

# **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**ISSN: 2215-2377**

## **REVISTA JUDICIAL N° 119**

**junio 2016**

Director: Dr. Haideer Miranda Bonilla  
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**

Dr. Haideer Miranda Bonilla ..... 5

### **La libertad de expresión de los jueces**

Dr. Marc Carrillo ..... 11

### **La incorporación de estándares internacionales y supranacionales en el derecho interno**

Dr. Rubén Hernández Valle. .... 31

### **La autonomía del derecho de la Unión Europea: una celebración conjunta de Kadi II y Van Gend en Loos**

Dr. Giuseppe Martinico ..... 41

### **El necesario paso de la interpretación jurídica a la argumentación jurídica en un paradigma constitucional**

M.sc. Julián Castro Argueta ..... 55

### **La eficacia de los derechos fundamentales entre sujetos de derecho privado: sobre la doctrina de la Drittwirkung der Grundrechte**

M.sc. Francisco Campos Zamora..... 81

### **El nuevo contrato de cuota litis**

Lic. Federico Torrealba Navas ..... 105

### **La imputación objetiva y sus criterios en el derecho de daños costarricense**

M.sc. Yuri López Casal ..... 119

### **La oralidad en el proceso contencioso administrativo**

M.sc. Maykol J. Andrade Fernández. .... 153

### **El régimen de nulidades aplicables en la contratación administrativa**

M.sc. Jessica Isabel Arroyo Chacón ..... 173

### **La confianza legítima**

Dr. Carlos Mata Coto ..... 195

### **La historia de la seguridad social en Costa Rica**

Dra. María del Rocío Carro Hernández y  
M.sc. Gabriel Espinoza Carro..... 221

### **La inspección como institución garante del trabajo decente en pro de la productividad**

Dr. Eric Briones Briones ..... 237



## PRESENTACIÓN

**Dr. Haideer Miranda Bonilla**

En esta edición de la Revista Judicial ofrecemos aportes de reconocidos académicos y juristas nacionales y extranjeros sobre la libertad de expresión de los jueces, la incorporación de estándares internacionales y supranacionales en el derecho interno, así como sobre la autonomía del derecho de la Unión Europea (U.E.), la importancia de la argumentación jurídica en el ámbito del derecho constitucional, la eficacia de los derechos fundamentales entre los sujetos de derecho privado. Además, sobre la oralidad en el proceso contencioso administrativo, la confianza legítima, el régimen de nulidades aplicables en la contratación administrativa, así como sobre el nuevo contrato de cuota litis, la imputación objetiva y sus criterios en el derecho de daños costarricense, historia de la seguridad social en Costa Rica y la inspección como institución garante del trabajo decente. Los temas planteados son de suma relevancia en el ámbito del derecho administrativo, comunitario, constitucional, civil, comercial, derechos humanos, laboral, penal e internacional público.

El Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, España, **Dr. Marc Carrillo**, nos presenta un estudio de gran actualidad y relevancia relacionado con “La libertad de expresión de los jueces” en una sociedad abierta y democrática, es decir, en un Estado Constitucional de Derecho. Al respecto, en el ordenamiento jurídico español la titularidad de la libertad de expresión y el derecho a informar no consiente diferencias subjetivas. Los jueces y magistrados son también titulares de los derechos a la libre expresión y a comunicar información y recibir información veraz, sin embargo, éstos no son derechos absolutos e irrestrictos. En este sentido, para el autor los principios constitucionales de independencia y responsabilidad del juez reconocidos en el artículo 117.1 de la Constitución Española son el referente de la libertad de expresión de los jueces y la imparcialidad la consecuencia. Además, analiza con detenimiento la dimensión de la libertad de expresión del juez en el ámbito del ejercicio de la función jurisdiccional y como ciudadano.

El constitucionalista **Dr. Rubén Hernández Valle**, Catedrático en Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, desarrolla el tema de “La incorporación de estándares internacionales y supranacionales en el derecho interno” llevando a cabo un análisis de derecho comparado entre el sistema europeo y el interamericano de protección en derechos humanos. En primer lugar el estudio desarrolla con plenitud los alcances jurídicos del diálogo judicial –*judicial dialogue*- entre los tribunales regionales de protección y los tribunales nacionales, el cual debe tener como finalidad mantener una cierta coherencia sustancial entre las jurisprudencias buscando interpretaciones convergentes que permitan materializar el principio de equivalencia y suficiencia sustancial de los derechos. En este sentido, el autor señala que los

tribunales nacionales deben guiarse por el “principio de armonización” que no es lo mismo que uniformidad, dado que la legislación interna tiene sus propios matices que exigen una adaptación de la doctrina sentada por los tribunales internacionales. Además determina que ese diálogo judicial no puede ir en solo un solo sentido, motivo por el cual es fundamental que los tribunales regionales tomen en cuenta la jurisprudencia de tribunales constitucionales a fin de que se produzca un enriquecimiento recíproco entre ambas jurisdicciones. El profesor Hernández Valle expone cómo se ha llevado a cabo ese diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales nacionales, haciendo referencia a experiencias en los ordenamientos jurídicos de Alemania, España e Italia. Por su parte, en el análisis de la experiencia interamericana de protección refiere cómo algunas jurisdicciones constitucionales, en particular la Sala Constitucional de nuestro país, la Corte Constitucional Colombiana y la Corte Suprema de Argentina, utilizan con frecuencia la Convención Americana de Derechos Humanos y demás instrumentos que conforman el parámetro de convencionalidad, así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por su parte, el **Dr. Giuseppe Martinico**, profesor de Derecho Público Comparado en la Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa, Italia (SSSUP) y ex investigador del Centro de Estudios Constitucionales y Políticos de Madrid (CECP) nos presenta un interesante estudio denominado “La autonomía del derecho de la Unión Europea: una celebración conjunta de Kadi II y Van Gend en Loos”. Al respecto, es importante establecer para una mayor comprensión del lector, que en el ámbito de la Unión Europea (U.E.) conformada actualmente por 28 países existe un órgano jurisdiccional, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (U.E.), cuya función principal es garantizar la interpretación uniforme y validez de la normativa comunitaria. El presente estudio tiene como objetivo hacer una comparación entre las sentencias “Van Gend en Loos” y “Kadi II” emitidas por el Tribunal de Justicia, las cuales son consideradas como emblemáticas en dos diferentes etapas del proceso de constitucionalización de la Unión Europea (Sobre este último tema véase el reciente libro del autor con Gordillo José Luis. Historia del país de las hadas. La jurisprudencia constitucionalizadora del Tribunal de Justicia. Ed. Civitas, Madrid, 2015). En la sentencia Van Gend en Loos, la idea de la autonomía se utilizó para construir la narrativa de la naturaleza sui generis del ordenamiento jurídico comunitario, mientras que en Kadi la idea de autonomía se ha empleado para justificar la intervención del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) para proteger algunos bienes fundamentales que pertenecen al núcleo fundamental de la U.E., incluso en casos de dudosa competencia del Tribunal. El hilo conductor entre los dos casos es representado por la idea de la autonomía de un orden jurídico, construida en dos maneras diferentes por el Tribunal de Justicia y por la atención prestada al «particular», concebido como titular de un conjunto de derechos fundamentales derivados de las fuentes europeas, pero invocables ante los jueces nacionales.

En su investigación “El necesario paso de la interpretación jurídica a la argumentación jurídica en un paradigma constitucional” el **M.Sc. Julián Castro Argueta**, Master en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante, desarrolla la doctrina que reconoce a la interpretación judicial como un método tradicional - formalista y su intrínseca conexión con el paradigma positivista. Posteriormente evidencia cómo con el fenómeno de la “constitucionalización del ordenamiento jurídico” lo adecuado es empezar a elaborar un giro en el método de la interpretación formal

hacia un nuevo método: “la argumentación jurídica”. En este sentido, se expone la relación entre el nuevo paradigma constitucional y el método de la argumentación jurídica, específicamente su concepción material. Lo anterior, porque el vínculo central entre este paradigma y la argumentación será la conexión entre la moral y el derecho.

**El M.Sc. Francisco Campos Zamora**, Profesor la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y Doctorando por la Christian- Albrechts Universität zu Kiel, República Federal de Alemania, presenta un interesante estudio denominado “Eficacia de los derechos fundamentales entre los sujetos de derechos privado sobre la doctrina de la Drittwirkung der Grundrechte” en el cual desarrolla el problema de la Drittwirkung der Grundrechte, voz alemana, que expresa la polémica acerca de la eficacia de los derechos fundamentales entre sujetos de derecho privado. Este tipo de derechos han evolucionado desde su desarrollo inicial como derechos de defensa oponibles únicamente frente al Estado, hasta convertirse en deberes de protección que son exigibles frente a sujetos tanto públicos como privados. El debate se enmarca dentro de la reflexión acerca de la influencia constitucional sobre el derecho privado y suscita una serie de interrogantes sobre el concepto de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional de Derecho. El autor se propone establecer los términos exactos de dicho problema, las soluciones aportadas por la doctrina alemana, su tratamiento en los tribunales internacionales, así como su recepción en el derecho costarricense.

“El nuevo contrato de cuota litis” se titula el trabajo realizado por el profesor **Federico Torrealba Navas** quien es integrante de la Comisión Civil y Mercantil del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica y profesor de la Cátedra de Derecho de la Contratación Privada en la Facultad de Derecho (UCR). El autor exponen los diversos modelos de servicios legales que existen, así como los aspectos novedosos del contrato de cuota litis regulado en el artículo 76.5 del nuevo Código Procesal Civil (CPC) aprobado el 1 de diciembre del 2015 – y que entrará en vigor 30 meses después de su publicación en el diario oficial La Gaceta-. Dentro de las novedades que establece el nuevo contrato de cuota litis se destacan: a) Extensión del contrato a la fase de ejecución de sentencia. b) Redefinición del concepto de éxito. c) Libertad contractual en la atribución de gastos y pérdidas. d) Regulación de la renuncia sin justa causa. e) Subsistencia del derecho del profesional en las hipótesis de terminación anticipada por imposibilidad sobreviniente o decisión unilateral del cliente. f) Liquidación diferida hasta la verificación de la condición suspensiva. g) Regulación fragmentaria de la contratación plural. h) Consagración del contrato mixto. i) Inembargabilidad de la parte del abogado. j) Limitaciones a la libertad de disposición. Por último desarrolla el tema de la protección del derecho del profesional mediante una garantía mobiliaria convencional.

**El M.Sc. Yuri López Casal**, Máster en Derecho Civil de la Ruprecht Karls-Universität, Heidelberg, Alemania, presenta un trabajo de investigación denominado: “La imputación objetiva y sus criterios en el Derecho de Daños Costarricense”. La investigación aborda uno de los retos más importantes del derecho de daños contemporáneo, cual es la llamada teoría de la imputación objetiva, la cual está estrechamente relacionada con el requisito del nexo causal como elemento constitutivo de la responsabilidad civil. Asimismo, explica los diversos criterios que conforman la teoría mencionada y algunas manifestaciones de tales criterios en el sistema de la responsabilidad civil costarricense.

El **M.Sc. Maikol Andrade Fernández**, profesor de la Maestría en Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica (UCR) en su trabajo denominado “La oralidad en el proceso contencioso administrativo” realiza un análisis sobre la importancia de este principio en la jurisdicción contenciosa en nuestro país. En primer plano desarrolla brevemente los antecedentes históricos, el reconocimiento internacional, así como las ventajas de la oralidad en los procesos judiciales en particular en la jurisdicción contenciosa con la entrada en vigor del nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo Costarricense, el cual, en su criterio, no regula un proceso plenamente estricto u oral, sino más bien combina ambas alternativas. Posteriormente analiza las condiciones necesarias para la conducción material de una audiencia oral.

La investigación titulada “El régimen de nulidades aplicables en la contratación administrativa” fue realizada **M.Sc. Jennifer Isabel Arroyo Chacón** quién es abogada, contadora pública y cuenta con una Maestría en Administración Pública con énfasis en Gestión Pública de la Universidad de Costa Rica. La autora examina las causales jurídicas que conllevan a la declaratoria de nulidad de un contrato administrativo, considerando que el contrato es un acto administrativo de declaratoria de derechos subjetivos, al que le resulta aplicable el principio de intangibilidad de los actos propios, por lo que, el interés es salvaguardar su continuidad, a favor de los intereses de la administración y del contratista. No obstante, afirma que en aquellos casos donde es necesario declararlo nulo se debe acudir a los mecanismos legalmente establecidos para esto, y respetando el debido proceso. En este sentido, se analizan los tipos de nulidades aplicables al contrato administrativo y los órganos competentes para declarar la nulidad.

El **Dr. Carlos Mata Coto** nos presenta un estudio relacionado con “La confianza legítima” que se ha sido reconocido en el derecho público y de forma concreta en el derecho administrativo. Al respecto, este principio parte de la confianza que tienen los administrados, en cuanto a que los actos y las actuaciones de las Administraciones Públicas sean conformes al ordenamiento jurídico. Las relaciones jurídico-administrativas entre las administraciones públicas y los administrados deben ser conformes a los principios de legalidad, seguridad jurídica y de buena fe. En el presente estudio se aborda el principio de protección de la confianza legítima desde sus orígenes en el ordenamiento comunitario europeo hasta su inclusión en el derecho público costarricense, finalizando con el debatido tema de la responsabilidad del Estado legislador justificado por el principio de protección de la confianza legítima.

Por otra parte, la **Dra. María Del Rocío Carro Hernández** y el **M.Sc. Gabriel Espinoza Carro** presentan una investigación denominada “Historia de la Seguridad Social en Costa Rica” en el cual analizan los antecedentes históricos de los primeros mecanismos de seguridad social presentes en la época precolombina y colonial y los importantes avances que se llevaron a cabo en la época republicana tras la independencia de nuestro país en 1821. Posteriormente analizan el establecimiento de la seguridad social con la creación de la Caja Costarricense de Seguro Social que instaure un sistema de solidaridad tripartito, en el cual participan el trabajador, el empleador y el Estado y cuyos objetivos iniciales fueron desarrollar el seguro de Enfermedad y Maternidad, así como el de Invalidez, Vejez y Muerte. Además desarrollan con detenimiento las importantes acciones que en esta materia se llevaron a cabo en los años sesentas, setentas y ochentas, entre

las cuales destacan la universalización de los seguros y la integración del sector salud. Finalmente analizan cual es la situación actual, los grandes logros alcanzados y los retos que enfrenta la seguridad social en nuestro país.

Por último, el profesor y especialista en derecho laboral, **Dr. Eric Briones Briones**, desarrolla el tema “La inspección, como institución garante del trabajo decente, en pro de la productividad”, en el cual expone cómo, dentro de la productividad laboral la inspección laboral deber ser una bastión de garantía del trabajo decente conforme a los lineamientos ampliamente desarrollados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Para esto se proponen algunos elementos, con los cuales debe contar la inspección de trabajo, con el fin de operacionalizar la misma productividad.



# LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LOS JUECES <sup>1</sup>

*Dr. Marc Carrillo \**

**SUMARIO:** 1. La independencia judicial y la responsabilidad del juez como condición constitucional para la libertad de expresión del juez. 1.1. El juez en la sociedad abierta. 1.2. Los principios constitucionales de independencia y responsabilidad del juez (art. 117. 1 CE) como referente y la imparcialidad como consecuencia. 2. La libertad de expresión en el ámbito del ejercicio de la función jurisdiccional. 3. La libertad de expresión del juez en su condición de ciudadano. 4. Bibliografía.

## **1. La independencia judicial y la responsabilidad del juez como condición constitucional para la libertad de expresión del juez.**

### **1.1. El juez en la sociedad abierta.**

La titularidad de la libertad de expresión y el derecho a informar no consiente diferencias subjetivas. Los jueces y magistrados son

también titulares de los derechos a la libre expresión y a comunicar información y recibir información veraz.

La Constitución no establece ninguna exclusión en este orden en cuanto a la titularidad de los derechos fundamentales reconocidos con una formulación impersonal en el art. 20.1 a) y d), por lo que los miembros del Poder Judicial que tienen atribuida la función jurisdiccional, con el ineludible condicionamiento que se deriva de su especial estatuto profesional y las obligaciones de discreción y reserva que el mismo conlleva (FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, 2006, p. 146), se encuentran en una situación de paridad con el resto de las personas en cuanto a la titularidad de ambos derechos fundamentales.

Como punto de partida, que los jueces manifiesten sus opiniones a través de las diversas formas que ofrece hoy la comunicación pública no es una circunstancia que, en sí misma, constituya un contrasentido

---

\* *Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Consejero del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña.*

1 *Este trabajo tiene su origen en una conferencia pronunciada con el título «La libertad de expresión y la responsabilidad de los jueces», en el curso sobre La responsabilidad profesional del juez, organizado por el Servicio de Formación Continua de la Escuela Judicial (Consejo General del Poder Judicial), el 27 de abril de 2010 dirigido por Núria Cleries Nerín, Magistrada de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya. Posteriormente lo he debatido con mis colegas profesores en el seno seminario del Área de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra, a quienes agradezco las sugerencias aportadas. Los errores son mi entera responsabilidad. El presente estudio fue publicado en la Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, número 53 – 53 junio 2015, Iustel, Madrid, España, motivo por el cual agradecemos enormemente a su Director Dr. Santiago Muñoz Machado como al Dr. Marc Carrillo en autorizar la reproducción en la presente edición de la Revista.*

ni una disfunción con el cargo constitucional que les está encomienda aplicar y hacer cumplir la Constitución y la ley. Pero el Poder Judicial es de los tres poderes del Estado en el que una parte de sus miembros se encuentra más cercana al ciudadano. Esta proximidad –junto con la que sin duda tienen los cargos representativos locales- le permite al juez disponer de una mayor capacidad de incidencia sobre su realidad más inmediata (ROSADO IGLESIAS, 2006, p. 72) en la que dirimen asuntos relativos a la libertad y el patrimonio de las personas. Pero en tanto que miembros integrantes de un poder del Estado, su estatuto profesional comporta que la emisión de sus opiniones o informaciones en ocasiones puedan entrar en fricción con el ejercicio de la función jurisdiccional que la Constitución les atribuye (arts. 24 y 117.1 CE).

Ciertamente, la libertad de expresión del juez es una consecuencia directa de su libertad ideológica (art. 16.1 CE), que siempre será innegable por mucho que le sea impedido pertenecer a partidos políticos y sindicatos (art. 127.1 CE). Su condición humana, como cualquier otra persona, conlleva la asunción de valores y principios que son tributarios de su entorno político cultural y de su formación general y profesional. Ignorar esta circunstancia en pro de una especie de concepción jurídico-sacerdotal del juez no dejaría, en realidad, de ser una apología del juez ideológico. No otra cosa sería la pretensión del juez encerrado en la pureza de su torre de marfil al margen de controversia social.

Ahora bien, que el juez independiente, responsable y, por tanto, imparcial no es un ser enclaustrado en un compartimento estanco al entorno social, no es sinónimo de un juez implicado activamente en el devenir del contexto que le rodea. De su condición

de miembro de un poder del Estado encargado de aplicar la ley, hay que colegir la evidente necesidad de distanciamiento respecto de los avatares que rodean su función jurisdiccional y su posición como juez en la sociedad. Sea cual fuere su ideología y sus concepciones políticas, es preciso interrogarse sobre si a través del ejercicio de derechos fundamentales como la libertad de expresión, el Poder Judicial en una sociedad abierta regida por las reglas de un Estado de derecho, puede consentir un juez involucrado en la controversia política y social.

Hace unos años, en el contexto de una iniciativa procesal tomada por el entonces magistrado-juez titular del Juzgado número 5 de la Audiencia Nacional, Baltasar Garzón, dirigida a perseguir judicialmente los crímenes del franquismo y de la posterior decisión del Pleno del citado tribunal, contenida en el Auto de 2 de diciembre de 2008, que declaró la incompetencia del magistrado-juez para llevar a cabo aquella iniciativa, así como también de la querrela por prevaricación presentada contra el mismo, varios miembros del Poder Judicial manifestaron su opinión al respecto.

Así, una magistrada discrepante con la decisión del Pleno de la Audiencia Nacional y firmante de un voto particular en la causa, publicó un artículo en la prensa diaria bajo el título «Yo discrepo pero no prevarico» afirmando que su discrepancia no significaba que por ello «[...] fuera una grosera ignorante de la legalidad ni una prevaricadora», añadiendo seguidamente que «[...] el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que los jueces y tribunales no aplicarán las leyes y normas contrarias a la Constitución y al artículo 10.2 de la Constitución que establece que las

normas relativas a la interpretación de los derechos fundamentales (y el derecho a la tutela judicial efectiva lo es) se interpretarán conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados y convenios internacionales ratificados por España»<sup>2</sup>.

Pocos días después, en las páginas del mismo rotativo, cinco magistrados firmaban otro artículo relativo al mismo asunto en el que, en un sentido distinto, opinaban que el Tribunal Supremo tenía el deber de investigar y de inculpar cuando, en términos racionales y motivados y conforme a las reglas de un proceso justo, identificase que la actuación de un juez era presuntamente arbitraria y concluían sosteniendo que no actuar contra determinadas personas o intereses, el citado magistrado-juez del Juzgado número 5 de la Audiencia Nacional, en el caso objeto de la controversia, «[...] es la mayor muestra de fascismo: que un tribunal no actúe en el ejercicio de sus competencias

constitucionales por miedo o por presiones de aquellos que a gritos –al modo del grito del pueblo, de Carl Schmitt- y exabruptos se han erigido en el supremo tribunal de los sentimientos de la sociedad española»<sup>3</sup>.

Más recientemente, en el marco del proceso secesionista en Catalunya, en los últimos meses ha cobrado actualidad la decisión de 33 magistrados que ejercen funciones jurisdiccionales en esta Comunidad Autónoma, de firmar un Manifiesto favorable a la realización de una consulta sobre el futuro político de Catalunya y su relación con el conjunto de España. De entre ellos, ha adquirido un notorio protagonismo mediático el magistrado Santiago Vidal de la Audiencia Provincial de Barcelona –ya muy conocido por su notoria proyección pública anterior, a causa de su reiterada participación en tertulias en medios de comunicación- quien, además, ha participado en un grupo redactor de un proyecto de Constitución para una futura Catalunya independiente<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> BAYARRI, Clara, «Discrepo pero no prevarico». *El País*, jueves 22 de abril de 2010., p. 9

<sup>3</sup> HERNANDEZ GARCÍA, J.; RAMÍREZ ORTIZ, J.L.; POZA CISNEROS, M.; GRAU GASSÓ, J. Y RODRÍGUEZ VERA, L. «El procedimiento en democracia». *El País*. 27 de abril 2010, p. 29. Días después, el mismo diario acogió una opinión emitida, ésta ya desde la academia, por una profesora de Derecho Penal, en la que sostenía que lo que desprestigia al Tribunal Supremo no son tales o cuales declaraciones, sino la actuación infundada e incomprensible contra el juez Garzón, en el que sostenía que también en Derecho el fondo es más importante que la forma (Véase, Araceli MANJÓN-CABEZA OLMEDA, «El procedimiento en Derecho». *El País*. 6 de mayo de 2010, p. 31. También, en el contexto de una aproximación jurídica a la cuestión, mi artículo de divulgación: «Cuando los jueces se expresan». *El País* de 26 de junio de 2010, p. 29.

<sup>4</sup> En el momento de finalizar la redacción de este artículo (mayo de 2015) ya es sabido que el Pleno del Consejo General del Poder Judicial acordó por una mayoría de 12 votos a 9 sancionar a este magistrado con la suspensión de funciones durante tres años. La infracción que se le fue imputada fue la tipificada en el artículo 417.14 de la LOPJ, que se refiere a «la ignorancia inexcusable en el cumplimiento de deberes judiciales».

Entre las reacciones que ha suscitado esta decisión, que está pendiente de la resolución del Tribunal Supremo al recurso formulado por el magistrado sancionado, algunas de ellas han tenido eco en artículos de opinión publicados en la prensa. En términos de análisis jurídico del problema planteado, cabe citar el muy certero análisis realizado por el profesor Enric FOSSAS ESPADALER, «El extraño caso del juez constituyente». *El País* 28 de febrero de 2015, p. 33. En otro contexto más próximo al examen político-jurídico del caso, cabe destacar los artículos por de ex miembros de la carrera fiscal y de la magistratura: José María MENA, «Tribunales de honor». *El País* (edición de Cataluña). 7 de marzo de 2015, p. 2; Ángel GARCIA FONTANET, «Injusticia en casa de la justicia», *El País* (edición de Cataluña), 6 de marzo de 2015, p. 2. Y, en fin, al margen de cualquier consideración jurídica sobre la cuestión y ya desde una

Continúa en la siguiente página

En lo que se refiere a la firma del Manifiesto, el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) decidió abrir un expediente disciplinario a los magistrados firmantes, a raíz de la denuncia presentada por el sindicato Manos Limpias.

Finalmente, el órgano de gobierno judicial resolvió archivar el expediente contra los magistrados, considerando que no habían cometido falta disciplinaria alguna, puesto que esta decisión era tomada por respeto a la libertad de expresión de los ciudadanos, incluidos los jueces. De acuerdo con ello, el Consejo argumentó que no se podía apreciar en los firmantes una finalidad diferente a la del simple traslado a la ciudadanía de una opinión sobre un tema de interés jurídico, social o político; una actuación que queda amparada por los derechos fundamentales a la libertad de expresión y de opinión reconocidos en el artículo 20 de la Constitución. Asimismo, añadió que los magistrados firmantes del manifiesto se limitaron a dar su criterio jurídico en defensa del derecho del ciudadano a participar en asuntos públicos, a decidir sobre posibles escenarios jurídicos, conducta ésta que ha de quedar amparada por los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. No obstante, la resolución censuró la actuación de los firmantes en el plano deontológico porque en dicho manifiesto suscribían una afirmación que carece de apoyo normativo y contradice la doctrina constitucional, cuando de manera implícita se afirma taxativamente

que Catalunya es una nación y que dicha realidad nacional radica en la base de la Constitución de 1978 y en los Estatutos de Autonomía de 1979 y de 2006.

Más allá de que estos casos puedan servir como supuestos de hecho útiles para situar en el plano jurídico el ejercicio de la libertad de expresión de los jueces, el objeto de las líneas que siguen, sin perjuicio de alguna referencia colateral, no pretende centrar la atención el examen de su contenido. Por el contrario, lo que sigue son una serie de consideraciones sobre el alcance y algunos límites que afectan al ejercicio de este derecho fundamental por los miembros de la Judicatura, ya sea en el ejercicio de la función jurisdiccional o fuera de ella como cualquier otro ciudadano.

## **1.2. Los principios constitucionales de independencia y responsabilidad del juez (art. 117. 1 CE) como referente y la imparcialidad como consecuencia.**

El punto de partida para delimitar el ámbito y los límites a la libertad de expresión de los jueces y magistrados es el principio constitucional de independencia, como condición para el cumplimiento, a su vez, del principio de responsabilidad por el juez en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión. De cómo articule el juez la conexión entre su libertad de expresión y

---

*perspectiva exclusivamente centrada en una clara defensa política de la posición del magistrado: JOAN B. CULLA CLARÀ, «De casos y jueces». El País (edición de Cataluña), 6 de marzo de 2015, p. 2.*

*Atendidos los hechos, lo relevante en la actuación de este magistrado con pretensiones de constituyente unilateral, no es, desde luego, que en sus ratos libres de la función jurisdiccional dedicase parte de su tiempo a redactar un proyecto de Constitución. En términos jurídicos, lo que merece retener la atención es su continua y activa exposición pública en actos de entidades sociales y políticas en defensa de una –por otra parte– legítima opción política respecto a las relaciones entre Catalunya y el resto de España. Es en este punto, donde radica la cuestión de los límites a la libertad de expresión en la actuación extraprocesal del juez.*

el principio de independencia dependerá que la legitimidad de origen de la que parte, se confirme con la legitimidad de ejercicio en tanto que servidor público (ARAGÓN, 2006, p.261).

La independencia es la garantía constitucional atribuida al juez que le reconoce libertad para interpretar la ley y el conjunto del ordenamiento jurídico, de forma acorde con la Constitución y sin constricciones provenientes de otros poderes públicos o instancias privadas. El juez, como titular de la función judicial, ha de disponer de libertad de criterio y de actuación para la resolución de los litigios que le competen.

Este sometimiento a la ley, que incluye como primera sujeción, la subordinación a la Constitución significa que dicha libertad de criterio no puede verse menoscabada por motivos ajenos al Derecho, tanto de carácter ideológico o político como de orden subjetivo (VACAS GARCIA-ALÓS, 2009, p. 1071)

Dicha libertad, no obstante, nunca podrá equivaler a la intangibilidad de la posición del juez. Esto es, no podrá ser sinónimo de una especie de cláusula en blanco que conduzca a un desprecio caprichoso de la racionalidad y del Derecho, sino que su existencia se justifica en la medida que permita garantizar un juicio *segundum legem* (MARTÍNEZ ALARCON, 2004, p. 330).

En el marco de esa libertad, el juez es independiente de los otros jueces y de los tribunales superiores. La organización jerárquica de la magistratura y las diferencias de grado o de rango existentes en su seno, no pueden afectar en ningún caso al derecho del juez a expresarse con toda libertad (SCHETREET-DECHENES, 1985,

p. 465). Esa libertad desaparece y puede devenir en arbitrariedad si la función del juez es condicionada por el Poder Ejecutivo o el Legislativo. Por ello, la independencia del juez protege al ciudadano frente al riesgo de actos arbitrarios que los órganos dependientes del Poder Judicial pueda cometer (SIMON, 1987, p. 7).

La garantía de la *independencia judicial* que ha de establecer toda Constitución democrática y que específicamente prescribe el art. 117.1 CE, depende del sistema de responsabilidad que la misma establezca (DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M<sup>a</sup>, 1991, p. 106). De las previsiones establecidas por el art. 117-1 CE, no se deduce un específico régimen legal para la responsabilidad del juez, si bien la sola referencia al principio de responsabilidad como corolario del principio de independencia, ya supone en sí mismo una garantía constitucional.

Las formas de responsabilidad de los jueces derivadas del conjunto del ordenamiento jurídico son tres: la penal, la civil y la disciplinaria, y es ésta última a la que hace especial mención el art. 122.2 CE. Por su parte, la LOPJ (arts. 414 a 427) regula el régimen de la responsabilidad disciplinaria, relativo a las acciones u omisiones que supongan el incumplimiento de los deberes legales del Juez o Magistrado

Por tanto, los jueces han de ser responsables precisamente porque son independientes (DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. 2009, p. 1842), razón por la cual el ejercicio de su libertad de expresión ha de quedar modulado cuando no limitado, en tanto que miembros que son de un poder del Estado, que les exige un indeclinable deber de lealtad institucional con el mismo, de acuerdo con los valores

constitucionales de libertad, igualdad, justicia, igualdad y, en especial, el pluralismo político (art. 1.1.CE).

En el ejercicio de la función jurisdiccional, el juez ha de ser especialmente respetuoso, tanto respecto de las legítimas opciones que el legislador democrático concrete a través del ejercicio de la potestad legislativa, como las que el Poder Ejecutivo tome para aplicar la ley que una mayoría política haya aprobado. No es de su competencia valorar la conveniencia u oportunidad de la norma que ha de aplicar al caso concreto sometido a su jurisdicción<sup>5</sup>. Quiere ello significar que las resoluciones que dicte no pueden ser en ningún caso la vía a través de la cual el juez manifieste su eventual acuerdo o disenso que como ciudadano, legítimamente pueda tener respecto a la obra del legislador, con expresiones de alago o descalificación. Sería ésta una actitud que no le corresponde.

Cuestión distinta es que su desacuerdo se fundamente en la validez de la ley aplicable al caso y ello le lleve a la convicción de que es contraria a la Constitución. Como es obvio, de darse esta circunstancia, la forma pertinente para mostrar su discrepancia es el planteamiento de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 CE). Pero con esa iniciativa procesal el juez no se expresa, ni opina sobre la oportunidad o los defectos de la ley en el orden político o social, sino que se limita a interpretar la

Constitución, como corresponde a cualquier poder de público, y a partir de esta premisa dar salida procesal a su independencia para enjuiciar la ley.

En el mismo sentido, otra vía es en aquellos ordenamientos jurídicos que lo admiten, la emisión de un voto particular al objeto de manifestar su opinión jurídica discrepante con la mayoría resultante en un tribunal. Pero también en este caso, el voto disidente ha de quedar limitado a manifestar el disenso jurídico, pero no para desacuerdos de otro orden.

El principio constitucional de la *responsabilidad de los jueces* se relaciona con la independencia que deben acreditar (art. 117.1 CE). En el ordenamiento jurídico español, basado en el modelo burocrático continental del Poder Judicial, organizado de acuerdo con un estatuto jurídico especial de corte funcional, los jueces sólo están sometidos a formas jurídicas de responsabilidad; en ningún caso a responsabilidad política. La legitimidad democrática del juez no proviene de un proceso electivo sino que, sencillamente, deriva de que interpreta y aplica la ley legitimada por el Parlamento como depositario de la soberanía popular.

En efecto, los jueces carecen de responsabilidad política porque no son libres; en su actuación jurisdiccional están solo sujetos a la Constitución y a ley del Parlamento, pero no a otro tipo de

---

5 *Un supuesto diferente es, por ejemplo, en el orden penal, que el juez se aperciba de deficiencias en la legislación reguladora que deban ser tenidas en cuenta en el futuro por el legislador, como la prevista art. 4.2 y 3 del Código Penal (CP): «2. En el caso de que un juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción o omisión que, sin estar penada por la Ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal. 3. Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión del indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo».*

vinculaciones. El sometimiento en exclusiva del juez a la voluntad de la ley excluye cualquier otra dependencia, incluida la suya propia, en forma de preferencias personales o de cualquier orden subjetivo. Por esta razón, la responsabilidad política por los efectos que produzca deben imputarse al autor de la ley, ya sean el Parlamento (LOPEZ GUERRA, 1997. p. 52).

De acuerdo con ello, la libertad expresión del juez, con independencia de las legítimas convicciones de todo orden que pueda tener, queda limitada por el respeto a la voluntad del plural legislador. Esta limitación ha de estar presente en el ejercicio de la función jurisdiccional, pero también al margen de ésta. En segundo lugar, ha de ser tenida en cuenta a través de la debida lealtad institucional que como servidor público ha de mantener con los otros poderes del Estado. Y, finalmente, los límites se concretan también en las reglas legales de incompatibilidad en el ejercicio del cargo que son consustanciales al Estado democrático.

En el ámbito de la actividad jurisdiccional del juez como integrante del Poder Judicial del Estado, resulta lógico que la garantía del principio constitucional de la independencia conlleve a su vez la previsión de formas de control que aseguren que cumple con sus responsabilidades públicas. Por tanto, no se trata de sustraerle su independencia sino más bien reforzársela ante los excesos o extralimitaciones en las que pueda verse inmerso. O dicho de otra forma, dicho control que de acuerdo con la Constitución debe establecer el legislador al regular el estatuto jurídico del juez, no ha de ir en perjuicio de la independencia sino justamente que la independencia existe gracias a dichos controles (REQUEJO PAGÉS, 1989, pp.

220-221). Aunque acto seguido sea preciso añadir que ello será así, siempre que el control llevado a cabo por el órgano de gobierno de la magistratura, opere de forma acorde con criterios de constitucionalidad y de legalidad. Ello se irá traste si, como lamentablemente han puesto de manifiesto el CGPJ y su comisión disciplinaria, en más de una ocasión las decisiones disciplinarias operan más acorde con una lógica *parlamentarizada*, respetuosamente tributaria del juego de mayorías y minorías en las Cortes Generales, que como criterio para valorar la actuación de juez.

Por supuesto, un primer estadio de la responsabilidad general del juez es el contenido de sus propias resoluciones. En el marco de la función constitucional de ejercer la jurisdicción, el juez desarrolla su libertad jurídica de interpretar el ordenamiento jurídico de acuerdo con la Constitución, la ley y la jurisprudencia que le vincula, sin estar sometido a constricciones de otra naturaleza, ya sean internas o externas, que puedan cuestionar dicha libertad y, por tanto su independencia. Pero en este contexto de ejercicio activo de la función jurisdiccional, el juez no está ejerciendo ningún derecho, sino que lo que está llevando a cabo es la función de aplicar el ordenamiento jurídico para garantizar a la persona el derecho a la tutela judicial, es decir, el derecho de acceso a la jurisdicción conforme a un procedimiento preestablecido el derecho a una resolución conforme a derecho.

En consecuencia, todo aquello que no permita o no coadyuve a una fundamentación jurídica de sus decisiones incurriendo, por ejemplo, en la tentación de emitir juicios de valor innecesario o superfluo sobre la norma aplicable al caso, o incorporando observaciones de oportunidad al respecto,

será accesorio y desde luego prescindible. E, incluso, lo que resulte sobrante de la argumentación empleada por el juez podrá, en su caso, dar lugar a responsabilidad jurídica ya sea ésta disciplinaria o incluso de otro orden. En este contexto habrá, por ejemplo, que situar el comportamiento del juez que descalifica la ley aplicable al caso, en términos de reserva moral, ideológica o religiosa sobre su contenido, o los supuestos en los que el juez injurie o menosprecie en el trato a un procesado o a su abogado.

Finalmente, la concurrencia de los principios de independencia y responsabilidad del juez cristalizan en un corolario que no es otro que la *imparcialidad* del juez. En el ejercicio de su libertad de expresión, el juez no puede hacer abstracción de esta cualidad que le concierne y que resulta complementaria a su independencia. La imparcialidad es una posición orgánica que debe adoptar el juez, es una imagen o actitud del órgano juzgador de desinterés y neutralidad, que juzga sin interferencias ni concesiones arbitrarias a una parte (JIMÉNEZ ASENSIO, 2002, p. 71). Acorde con ello, el juez ha de hallarse libre de todo perjuicio, interés o beneficio en relación con el asunto sometido a su enjuiciamiento y decisión.

Por otra parte, la imparcialidad es también una cualidad de orden objetivo que está directamente vinculada al crédito social de la institución de la justicia y a la propia legitimidad del Estado. Por esta razón, la imagen de imparcialidad del juez es decisiva para la seguridad de todo orden jurídico y para el mantenimiento de su legitimidad (REBUFFA, 1993, p. 42) y tal circunstancia comporta que el ejercicio de la libertad de expresión puede verse limitado «para garantizar la autoridad y la imparcialidad

del poder judicial» (STEDH, Obershcllick c. Austria, de 26 de abril de 1995).

Pues bien, con el parámetro constitucional que ofrecen estos principios, cabe interrogarse sobre el perfil de juez que prefigura la Constitución, en relación a la cuestión específica del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión por estos servidores públicos. Sin olvidar que la amplitud y la efectividad de esos principios que garantizan la actuación del juez, están estrechamente conectadas con las características particulares de la organización judicial, que en gran medida son tributarias del tipo de reclutamiento del juez (GUARNIERI-PEDERZOLI, 1999, p. 46), que ha de coadyuvar a determinar un perfil de juez. En este sentido, pueden plantearse preguntas como las que siguen: ¿el contenido y alcance de esos principios constitucionales preceptúa un juez impermeable al entorno?; ¿consiente la Constitución un juez como un activista social?; ¿la condición de juez, le acompaña siempre en todos sus actos cuando se manifiesta como cualquier ciudadano?... A fin de dar respuesta a estas cuestiones, en las líneas que siguen se analizará, en primer lugar, el alcance que puede tener el ejercicio de la libertad de expresión del juez en el contexto de la función jurisdiccional y seguidamente se examinará el alcance de dicha libertad cuando se manifiesta como ciudadano titular de derechos fundamentales.

## **2. La libertad de expresión en el ámbito del ejercicio de la función jurisdiccional.**

En el ámbito de la actividad de carácter jurisdiccional el juez representa al Estado y de él sólo cabe esperar la exteriorización de

los argumentos jurídicos que sustentan su resolución. El juez interpreta el derecho de acuerdo con las reglas jurídicas, que son la base de su independencia. En ningún caso puede emitir juicios de valor o de oportunidad ni expresar pensamientos o ideología acerca del contexto que rodea al caso sometido a su juicio. Lo cual, por supuesto, no significa que como ciudadano sea un ser aislado del contexto social.

El juez dispone, es evidente, de ideología y es depositario de una formación cultural y jurídica así como de convicciones políticas y sociales como cualquier otro ciudadano. Que la Constitución le impida pertenecer a partidos políticos y sindicatos (art. 127.1 CE) no es ningún óbice al respecto. La judicatura no puede ser entendida como un ámbito institucional cuyos miembros queden extramuros del contexto social y político. Por supuesto, no se trata de una especie sacerdocio, como pretendidamente y desde ciertos ámbitos autocalificados de “profesionales”, se quiere hacer aparecer al servidor público encargado de la función jurisdiccional.

Pero la ideología que posee todo juez, y de la que, desde luego, no está excluido aquél que niegue tenerla en pro de una impostada asepsia, no podrá ser un obstáculo ni tampoco mediatizar para que en el ejercicio de la función jurisdiccional, el juez quede siempre sujeto a los principios de constitucionalidad y legalidad. Principios que le constriñen a resolver los conflictos jurídicos de manera acorde con las reglas del Derecho. Ésta es la base de su independencia y de su responsabilidad. Y, sin duda, de ella depende el crédito institucional del Estado.

De acuerdo con esta premisa, cuando el juez en el ámbito de la actividad jurisdiccional se

manifiesta a través de sus intervenciones verbales y resoluciones jurisdiccionales, ¿también está ejerciendo su derecho a la libertad de expresión?. La respuesta no puede ser afirmativa salvo a riesgo de confundir el sentido de la función que la Constitución le atribuye de administrar justicia (art. 117.1 CE). En efecto, no lo puede ser porque el deber que compete al juez en el ámbito jurisdicción no consiste en expresar opiniones sobre tal o cual cuestión sometida a su enjuiciamiento, sino asegurar en nombre del Estado el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de todas las personas (art. 24.1 CE). Y ello de acuerdo con la Constitución y la ley, que es el terreno donde fruto del principio de independencia, dispone de libertad para interpretar su aplicación o, si se quiere, de libertad para expresarse, pero sólo jurídicamente. Por tanto, cuando el juez realiza funciones jurisdiccionales no está ejerciendo su derecho a la libertad de expresión, sino lo que está desarrollando es el cumplimiento de una función pública. En este contexto el juez no es portador de una voluntad propia sino que es transmisor de una voluntad ajena, que es la voluntad del Estado (DE OTTO PARDO, 2010, p. 1293-1295) a través de la aplicación de la ley y del resto del ordenamiento.

Por tanto, cabe reiterar que dicha libertad no ampara en modo alguno, por ejemplo, acudir a consideraciones de oportunidad sobre el ordenamiento aplicable al caso o el empleo de expresiones innecesarias o extravagantes ni, por supuesto, el empleo de adjetivos vejatorios o de menosprecio hacia las partes intervinientes. Pues si se comportase de esa forma, el impacto que produciría sobre la sociedad sería especialmente negativo, en la medida que es un representante poder del Estado que con su actitud quebrantaría la

confianza que el cuerpo social aspira a tener en el poder jurisdiccional.

Acerca del deber de contención verbal que debe asistir al juez en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, su sentencia de 24 de abril de 1998 se pronuncia sobre los límites a la libertad de expresión del juez cuando actúa en sede judicial con relación a los abogados de las partes. Como premisa de su razonamiento para justificar la confirmación de una sanción administrativa impuesta a un juez que se había excedido en sus expresiones en sede jurisdiccional, recuerda que la jurisprudencia constitucional (STC 371/1993), admite que existan sectores o grupos de ciudadanos sometidos a límites más estrictos en el ejercicio de la libertad de expresión en razón de la función que desempeñan. Los jueces son unos de ellos; y acerca de las limitaciones a las que se han de ver sometidos los jueces sostiene que *«la restricción de la libertad de expresión de los jueces en sus resoluciones por respeto, no ya del derecho al honor, como límite genérico de dicha libertad aplicable a todos los ciudadanos ex art. 18 CE, sino de la atención y consideración debida a los profesionales que actúan ante ellos, ex art. 419.2 LOPJ<sup>6</sup>, tiene un sólido fundamento en este último precepto, lo que impide estimar que la sanción impuesta por el uso en una resolución judicial de expresiones que en sí son constitutivas de la falta de dicho art. 419.2 pueda colisionar en ningún sentido con el art. 20.1 a) de la Constitución»*.

En relación a las infracciones disciplinarias reguladas por los artículos 418.5<sup>7</sup> y el citado 419.2 de la LOPJ, la sala 3<sup>a</sup> del Tribunal Supremo en sus SSTS de 24 de abril de 1998 y 9 de diciembre de 2005, declaró que el ilícito disciplinario consistente en la desconsideración del juez hacia terceros no constituye *per se* una ofensa al honor, como sería el tipo penal de la injuria, sino una conducta de diferente entidad y alcance jurídico relacionada con la urbanidad, la cortesía, los buenos modos y, en definitiva, el trato cortés, sin que resulte necesaria la existencia la concurrencia del ánimo ofensivo. En cualquier caso, es una conducta incorrecta en sede jurisdiccional que nunca puede encontrar cobertura en la libertad de expresión. Cuestión distinta es que en la argumentación que el juez exponga de forma oral o por escrito en el proceso, se manifieste con vehemencia a fin de resaltar determinados aspectos de su posición (VACAS GARCÍA, 2009, p. 1066).

En este sentido, no podrán entenderse como injustificadas las expresiones gramaticales dirigidas a enfatizar las razones jurídicas en las que su decisión jurisdiccional se fundamenta. Es una consecuencia del derecho a la tutela judicial. Y por esta razón, la potestad disciplinaria nunca podrá entrar a valorar el núcleo de la decisión judicial, sino es a riesgo de cuestionar la independencia del juez.

En lo que concierne al necesario *self restraint* del juez en sus manifestaciones

6 Art. 419.2 LOPJ: *«Son faltas leves: [...] La desatención o desconsideración con iguales o inferiores en el orden jerárquico, con los ciudadanos, los Miembros del Ministerio Fiscal, médicos forenses, abogados y procuradores [...]»*

7 Art. 418.5 LOPJ: *«Son faltas graves: [...] El exceso o abuso de autoridad o falta grave de consideración respecto de los ciudadanos, Instituciones, secretarios, médicos forenses o del resto del personal al Servicio de la Administración de Justicia, de los miembros del Ministerio Fiscal, abogados y procuradores, graduados sociales y funcionarios de la Policía Judicial»*.

públicas cuando está ejerciendo la función jurisdiccional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con motivo del relevante caso *Buscemi c. Italia* (STEDH de 16/XII/1999) señala dos reglas interpretativas que resultan ilustrativas sobre el deber de imparcialidad que el órgano juzgador ha de mantener. En un caso cuyo fondo versaba sobre un asunto de custodia de un menor, el diario italiano *La Stampa* publicó unas declaraciones del presidente del Tribunal de menores de Turín, en el que se recogía la polémica sobre la labor de este órgano judicial que había tenido a través de la prensa con el Sr. Buscemi padre de una niña, el cual finalmente solicitó la sustitución del juez por falta de imparcialidad. El Tribunal de Estrasburgo interpretó que ante todo: «[...] se exige a las autoridades judiciales llamadas a juzgar la mayor discreción, con el fin de garantizar su imagen de jueces imparciales. Esta discreción debe llevarles a no utilizar la prensa, incluso cuando sea a responder a provocaciones. Lo imponen la exigencia superior de la justicia y la naturaleza de la función judicial»; y, asimismo, añadía que «[...] el hecho de que el Presidente del Tribunal haya empleado públicamente expresiones a través de las cuales enjuiciaba desfavorablemente al demandante antes de presidir el órgano judicial que debía juzgar el asunto, no parece compatible con las exigencias de imparcialidad de todo tribunal, establecidas en el artículo 6.1 del Convenio».

Además del impedimento de no opinar en el seno de cualquier resolución judicial motivada (auto o sentencia), el deber de reserva se sintetiza en la necesidad de limitar

la libertad de expresión de los jueces cuando están conociendo una causa para opinar acerca de la misma; ello conlleva el deber de abstenerse de entrar en cualquier debate sobre el objeto o las partes del proceso, lo que viene exigido por el valor superior de garantizar el crédito social de la justicia (JIMÉNEZ ASENSIO, 2002, p. 127-128).

De acuerdo con esta misma lógica basada en la contención del juez, en la *Resolución sobre ética judicial adoptada por en su sesión plenaria de 23 de junio de 2008*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el punto VI sobre libertad de expresión, estableció que los jueces ejercen su libertad de expresión de manera compatible con la dignidad de su cargo; han de abstenerse de formular en público declaraciones o comentarios que puedan minar la autoridad del Tribunal o suscitar una dudas razonables sobre su imparcialidad<sup>8</sup>.

Desde la propia perspectiva profesional, la relación entre la independencia judicial y la libertad de expresión también ha ocupado al movimiento asociativo de jueces y magistrados. En la ya lejana Declaración Universal sobre la independencia de la Justicia, surgida de la Conferencia mundial celebrada en Montreal el 10 de junio de 1983, se acordaron unas pautas al respecto, Así, se estableció que en el ejercicio de la función jurisdiccional, el juez es independiente de los otros jueces y de sus superiores. La organización jerárquica de la magistratura y las diferencias de grado o de rango en su seno no pueden limitar el derecho del juez a pronunciarse con toda libertad. Asimismo, y

---

8 «VI. Freedom of expression: Judges shall exercise their freedom of expression in a manner compatible with the dignity of their office. They shall refrain from public statements or remarks that may undermine the authority of the Court or give rise to reasonable doubt as to their impartiality»

en relación a la previsión constitucional o legal de determinadas prohibiciones, se establecía que los jueces no deben ser miembros activos de un partido político ni ejercer responsabilidades en el seno del mismo. Este principio general –más laxo que el establecido por algunos ordenamientos constitucionales, como es el caso del español- no significa, sin embargo, que la Declaración de 1983 tenga por objeto permitir la pertenencia de los jueces a partidos políticos en los países en los que esta previsión está impedida, sino que lo que pretende es establecer unos criterios generales que limiten la esfera de compromiso político de los jueces en los países donde la afiliación a partidos políticos está permitida (SHETREET, DESCHANES, 1985, p.465 y 469).

Además, hay que entender que la libertad del juez a expresarse contenida en la Declaración de 1983 se refería al ámbito de la actividad jurisdiccional, en el que las relaciones de jerarquía propias de la organización judicial, no pueden ser impedimento para que tanto en sentido vertical, entre órganos judiciales de superior e inferior rango, como en sentido horizontal, entre aquéllos del mismo nivel, la libertad de interpretación del ordenamiento ha de ser plena como consecuencia del principio de independencia, sin perjuicio, claro está, de que dicha libertad se haya de coherar con el carácter vinculante de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales o de los tribunales supremos y, allí donde opere la fuerza obligatoria de la regla del precedente.

Otras declaraciones de tenor similar<sup>9</sup> reconocen a los jueces la libertad de expresión pero acto seguido añaden que

la garantía de la imparcialidad exige que el juez se someta a ciertas restricciones que eviten cualquier conducta que pueda poner en cuestión la imparcialidad del juez o la dignidad institucional de la función que ejerce.

Por otra parte, resulta obvio que la crítica *ad intra* de las decisiones judiciales es una garantía para la calidad del sistema judicial, siempre que se manifieste en el seno de una resolución judicial en el marco del sistema de recursos. En este sentido, nada impide para que una sentencia de apelación de casación pueda resultar especialmente crítica con la fundamentación empleada por el órgano inferior. Asimismo, los votos particulares pueden hacer lo propio respecto de la posición adoptada por la mayoría. Como parte integrante de la resolución judicial, conforman el necesario diálogo interno que debe producirse en el seno de los órganos colegiados, y que han de permitir una mayor legitimidad del Poder Judicial. En todo caso, la confianza de la sociedad en la labor del juez ha de pivotar, por encima de cualquier otro argumento, en la racionalidad de sus decisiones (ATIENZA, 1999, p. 438).

Finalmente, en ejercicio de la función jurisdiccional, el juez, como representante de un poder del Estado ha de quedar también al abrigo de actuaciones provenientes tanto del seno del propio Poder Judicial como de los otros poderes del Estado. La jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ofrece criterios jurisprudenciales de relevancia a tener en cuenta, destinados a salvaguardar la independencia y, con ella, la libertad de expresión de los jueces relacionada –que

---

<sup>9</sup> Entre otras, el American Bar Association Code of Judicial Conduct de 2004; The Universal Charter of the Judge, elaborada por la International Association of Judges (1999), o los Principios sobre la conducta judicial de Bangalore (2002).

no integrada- con la actividad jurisdiccional. En efecto, con respecto a la independencia judicial, el ejercicio de la libertad de expresión y el derecho a comunicar información en el seno del Poder Judicial, resulta especialmente ilustrativa la STEDH de 26 de febrero de 2009 (caso *Koudeshkina c. Rusia*) relativa a las sanciones impuestas a una juez por las declaraciones críticas difundidas por los medios de comunicación y que fueron pronunciadas por ella sobre sus colegas, en las que denunciaba las presiones a las que había sido sometida por esta causa. Sus manifestaciones de censura al funcionamiento del Poder Judicial fueron consideradas como excesivas y desproporcionadas. El Presidente del Consejo de la Magistratura de Moscú la cesó en sus funciones jurisdiccionales. Pero el TEDH no lo creyó así y argumentó con base en un argumento objetivo establecido en el artículo 10 del CEDH: la crítica pública de la juez poniendo de manifiesto que había sido objeto de presiones por parte de sus colegas jueces, revela una cuestión de interés general que merece ser objeto de debate en una sociedad democrática.

### **3. *La libertad de expresión del juez en su condición de ciudadano.***

La tesis, por tanto, que aquí se sostiene es que cuando el juez actúa desarrollando su función jurisdiccional, no ejerce el derecho a la libertad de expresión: la preceptiva motivación que ha de acompañar a una resolución judicial no puede ser la vía para manifestar las ideas que el juez tenga sobre tal o cual cuestión. A partir de esta premisa, sus ideas y valoraciones, sus posiciones ideológicas o sus convicciones religiosas,

han de encontrar el vehículo adecuado para darse a conocer cuando el juez actúa fuera del estricto ámbito jurisdiccional. Es entonces, en su condición de ciudadano, cuando objetivamente el juez puede disponer de medios para recuperar su derecho a expresarse.

La condición de juez no puede ser una causa que impida su participación en el debate público, no es un ciudadano disminuido. Pero acto seguido es preciso advertir que esta participación, no puede ser del mismo tenor de la de otros ciudadanos, porque su independencia no sólo puede correr riesgo cuando ejerce la función jurisdiccional sino también fuera de la misma. Así, por ejemplo, en las coordenadas de Estado democrático basado en la independencia de sus jueces y tribunales sería atípico, más bien esotérico, que un juez en ejercicio, deseoso de implicarse en el debate público, pueda devenir en una especie de activista expresando su opinión en foros públicos sobre no importa cual tema.

Los riesgos en los que en ese caso corre el juez son evidentes: expresar opiniones encontradas con otros poderes del Estado, adoptar posiciones beligerantes respecto de las sostenidas por otros jueces y tribunales, implicarse en actos políticos de cualquier signo, etc. Un perfil de esta naturaleza no se compadece en nada con el Poder Judicial de un Estado que se precie de la seriedad institucional de su organización jurisdiccional y de los miembros que la integran. Sería confundir los planos.

El juez, en su calidad de miembro de un cuerpo de servidores públicos, sujeto a un régimen especial de derechos y obligaciones que configuran un status jurídico

especial, no hay duda de que dispone del derecho fundamental del artículo 20.1.a) CE. Pero su condición de juez constituye un valor añadido (BODAS MARTÍN, 1999, P. 393) que obliga a un ejercicio modulado y acorde con los principios constitucionales de independencia y responsabilidad. Ello comporta una serie de limitaciones que dependen de cuáles sean los ámbitos materiales en los que el juez decida manifestar su opinión. Ámbitos que conformarán el alcance de su libertad de expresión, porque el juez no puede hacer abstracción de su condición de servidor público, y lo deberá tener muy en cuenta según cuales sean las materias, el modo y las circunstancias en las que decida expresarse en un contexto extraprocesal. Como, por ejemplo, en intervenciones o debates en medios de comunicación; en publicaciones en el ámbito universitario, o en defensa de intereses corporativos, en intervenciones institucionales, etc.

Para la mejor evaluación de tales circunstancias es sabido que habrá que tener en cuenta las variables específicas como, por ejemplo, el tono –la rotundidad o distanciamiento en la formulación de sus opiniones-, la reiteración temporal de las mismas o el factor cronológico necesario para examinar la eventual alteración de su imparcialidad. Veamos, pues, algunos de estos ámbitos en los que el juez-ciudadano puede expresarse

**a) El deber de sigilo.** Un primer contexto en el que el juez o el magistrado ha de guardar la debida contención fuera de la jurisdicción, se concreta en el deber de sigilo que le

corresponde mantener, especialmente, respecto de los casos que son juzgados en su jurisdicción o los que los que pertenecen a otra pero que no le resultan ajenos a su conocimiento<sup>10</sup>. Con ello se trata de garantizar que no se desvelen hechos y circunstancias que son conocidos como consecuencia del ejercicio de la profesión. Revelar estos datos constituye una infracción muy grave según prescribe el artículo 417.12 de la LOPJ<sup>11</sup>. Ahora bien, conviene precisar que de acuerdo la doctrina del Tribunal Supremo, cuando el artículo 416.1 de la LOPJ regula «las faltas cometidas por jueces y magistrados *en el ejercicio de sus cargos*, [...]», esta concreción no significa que para que la conducta sancionable pueda ser subsumible en el ámbito disciplinario tenga que haberse realizado, necesaria e ineludiblemente en el concreto ejercicio de sus funciones de carácter jurisdiccional, sino que ha de ser entendida en sentido amplio, de manera que también pueda abarcar otros ámbitos (STS de 21/1/1988) .

En todo caso, el ciudadano ha de tener la confianza de que el juez no revelará los datos procesales que le conciernen. En consecuencia, el juez no podrá ejercer la libertad de expresión ni tampoco el derecho a comunicar información sobre esos datos.

Cuestión distinta podrán ser algunas informaciones accesorias de orden procesal de interés para los medios de comunicación, aunque incluso en ese caso lo más adecuado es que sea la Oficina Judicial la encargada de proporcionar la información (CARRILLO, 1999, pp. 183-198). La finalidad no puede ser

<sup>10</sup> STS 23/III/1998 y STC 66/2001.

<sup>11</sup> Art. 417.12 LOPJ: «Son faltas muy graves: [...] La revelación por el juez o magistrado de hechos o datos conocidos en el ejercicio de su función o con ocasión de éste, cuando se cause algún perjuicio a la tramitación de un proceso o a cualquier proceso»

otra que proporcionar garantía al ciudadano que confía en que los órganos dependientes del Poder Judicial garanticen sus derechos e intereses legítimos, impidiendo la divulgación de informaciones que son confidenciales, en especial los derechos a la tutela judicial y a la intimidad, garantizando la autoridad y la imparcialidad del órgano judicial, evitando a su vez que con la filtración de noticias se provoque la aparición de juicios paralelos en los medios de comunicación, una patología ésta de la que no están exenta la prensa española.

Asimismo, el juez deberá ser escrupuloso en guardar el secreto de las deliberaciones tenidas en el seno de un órgano colegiado así como el sentido de las votaciones (art. 233 LOPJ). Sobre la finalidad de este deber de jueces y magistrados la jurisdicción constitucional subraya que con ello de evitar que se vean «[...] *presionados externamente en el momento de tomar su decisión, que les posibilita expresar libremente sus opiniones o valoraciones sobre los hechos y que impide consecuencias y juicios externos sobre lo manifestado individualmente por cada Magistrado durante los debates*» (STC 66/2001). En todo caso, habrá que entender que las opiniones y valoraciones a las que se refería el Tribunal son las de carácter estrictamente jurídico.

Al respecto, el Tribunal Supremo ha advertido en su doctrina que la infracción puede cometerse cuando advierte que «[...] *una cosa es que personas ajenas al proceso en curso puedan intuir por rumores o filtraciones indebidas lo que ocurre en el proceso, y otra muy diferente que se exponga a la opinión pública mediante una comunicación*

*realizada a un medio de gran difusión, por el máximo responsable de la investigación, lo que personalmente está haciendo en el proceso, ya que mediante esta actuación se atribuye plena verosimilitud a las noticias*».

**b) La intervención en medios de comunicación.** Un segundo supuesto que siempre es susceptible de controversia, es el que se produce con ocasión de las opiniones que el juez emita con ocasión de su participación en debates sobre temas de interés general en medios de comunicación u otros ámbitos públicos. Más allá del derecho del juez a la libertad de expresión con la modulación que se deriva del cargo, existe una aceptación general de que miembros del Poder Judicial en activo deben abstenerse de realizar declaraciones en los medios de comunicación, pues ello no es beneficioso para la independencia e imparcialidad que les ha de caracterizar. Ello también incluye sus opiniones sobre leyes procesales o sustantivas que le conciernan, pues para labor ya se encuentra el Consejo General del Poder Judicial como órgano de gobierno para fijar su posición a través de los informes que emite en el transcurso del proceso de elaboración de un proyecto legislativo.

La difusión de opiniones incumple el deber de discreción y el sentido de la prudencia que han de mantener (BACHMANIER, 2008, p. 81) y la deseable contención que han de mostrar como reiteradamente ha interpretado el Tribunal Supremo<sup>12</sup>. No obstante, si el juez acepta la intervención ocasional ante los medios lo ha de ser cuando pueda ser preciso a efectos informativos, aunque en ese caso la razonable es que dicha la asuma la oficina judicial competente.

12 SSTS 11/XII/1998, 14/7/1999, 23/1/2006 y 20/XI/2008.

En todo caso, la participación del juez en

tertulias de carácter político o programas similares de radio o televisión, es profundamente desaconsejable. El juez en activo, al tener necesariamente que adoptar en el escenario público una posición determinada sobre los temas más diversos, corre el riesgo comprometer su independencia y su apariencia de neutralidad. Pues nada excluye que posteriormente, cuando deba tener que decidir sobre cuestiones similares, se le pueda imputar el haber adoptado una posición previa.

En todo caso, si el juez, no obstante, decide comparecer ante los medios de comunicación, su autocontención ha de ser máxima, pues el riesgo de implicarse en debate y la controversia social o política siempre estará presente. De lo que no hay duda es que el juez como activista social, participe ocasional o asiduamente en sus horas de asueto jurisdiccional, en esa otra patología de la comunicación que son una buena parte las tertulias políticas en España, está en las antípodas del juez responsable que prescribe la Constitución. Y, desde luego, queda al margen de la función del juez en una sociedad democrática. Por esta razón, si desea implicarse de ese modo en el debate público lo más adecuado es que solicite la excedencia en la actividad como servidor público.

La regla general es, por tanto, el alejamiento del juez del debate público. Siendo ello así, no es admisible la excepción consistente en admitir que el juez pueda participar en debates sobre temas relacionados con el Poder Judicial como, por ejemplo, una reforma de las leyes procesales o el estatuto de sus miembros. Así lo sostienen algunos sectores de la magistratura, que se muestran más permisivos al respecto (REQUERO,

2003, p.1508), como si el debate acerca de las cuestiones judiciales careciese de relevancia política. Resulta incoherente y más bien corporativista, mantener una posición restrictiva o incluso opuesta a la participación del juez en debates de interés general y, por el contrario, favorable cuando se trata de opinar sobre temas judiciales.

De acuerdo, pues, con este criterio restrictivo, los límites a la libertad de expresión se proyectan también sobre el juez cuando actúan como representante de una asociación profesional. En tanto que entidad asociativa para la defensa de los intereses profesionales de sus afiliados, ésta no puede devenir un actor político del debate general que pueda ocupar a la sociedad, es decir como una especie de *lobby* en el iter legislativo que precede a la aprobación de una ley procesal o sustantiva.

Las soluciones que sobre la relación del juez con los medios de comunicación ofrece la experiencia comparada más próxima, coinciden en subrayar la necesidad el deber de discreción cuando aparecen en los medios. Su presencia en éstos no es rechazada de plano pero ese límite debe ser tenido muy cuenta a fin de preservar su imparcialidad. Así, por ejemplo, el *Code of Minimum Standards of the International Bar Association*, admite que los jueces puedan conceder entrevistas a los medios de comunicación; en el Reino Unido se tiende ahora hacia una cierta flexibilización de las normas –las «*Kilmuir Rules*»–que limitaban su presencia en los medios, dejando la decisión al juez; y en Italia el *Codice Etico* adoptado por la *Associazione Nazionale dei Magistrati*, permite la declaraciones de los medios con el fin de garantizar la correcta información a los ciudadanos (Bachmaier, 2008, p. 82).

c) Un tercer ámbito que limita su libertad de expresión es el que se deriva de la más que razonable *prohibición legal de «dirigir a los poderes, autoridades o funcionarios públicos... felicitaciones o censuras»* (art. 418. 3 LOPJ). Ya sea invocando la condición de Juez o sirviéndose de la misma. En este sentido cabe reseñar, entre otras la resolución de la Comisión Disciplinaria del CGPJ de 9 de abril de 2002, en la que el órgano de gobierno del Poder Judicial interpretó que *«[...] realizar en un medio de comunicación social declaraciones gravemente descalificadoras de la actuación profesional de otro Magistrado, trascienden de la vertiente interna de la organización administrativa en la que como, empleados públicos, están insertos y cuyo buen orden y funcionamiento trata de garantizar el régimen disciplinario, afectando negativamente la dimensión externa de su deber de lealtad constitucional. Y esa función constitucional confiada a los Jueces y Magistrados –con las importantes restricciones que conlleva, unida a su condición de empleados públicos, justifica limitaciones específicas a su derecho a la libertad de expresión»*.

El bien jurídico protegido que justifica la limitación no es otro que garantizar la independencia del juez. Al objeto de preservar la lealtad constitucional -cabría decir, más bien- institucional con otros poderes del Estado, el juez en activo, en cualquier circunstancia, debe abstenerse de expresar sus opiniones respecto de la actuación de los miembros del Parlamento o del Gobierno. De no hacerlo, la fragilidad de su posición institucional será la consecuencia más inmediata, poniendo en riesgo los principios constitucionales del artículo 117.1 CE que le conciernen.

En cualquier caso, la posición probablemente más esclarecedora para delimitar el ámbito de actuación del juez cuando ejercita su libre expresión, es aquella que se deriva de la STS de 14 de julio de 1999, que interpreta el sentido del artículo 416.1 de la LOPJ, sobre el significado de “en el ejercicio de sus cargos”, ya sean en el ámbito judicial o como simple ciudadano: lo relevante no es la naturaleza pública o privada de la conducta del juez en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, sino el impacto que el ejercicio de su derecho pueda llegar a tener en la confianza de la ciudadanía en el Poder Judicial: *«Dicho de otro modo, Jueces y Magistrados, además del deber de ejercer correctamente la función jurisdiccional, vienen obligados, mientras permanezcan en activo, esto es, en situación de habilitación legal para el ejercicio del dicha función, vienen obligados –repite- a cumplir con el deber de lealtad constitucional. Y en virtud del mismo, a no realizar ninguna clase de conductas que quebranten esa confianza social en el Poder Judicial que constituye elemento básico del sistema democrático»* (FJ 6).

**d) La actividad del juez en el ámbito académico y científico.** Al margen de las limitaciones a la libre expresión del juez hasta aquí expuestas, se ha de situar la participación del juez en los debates académicos y científicos en el ámbito jurídico. Sea cual fuere el contexto en el que se desarrolle: una revista científica o, incluso, un medio de comunicación donde el juez realice una colaboración de divulgación jurídica.

Sobre este particular, la STEDH de 28 de octubre de 1999 (*Caso Wielle c/*

*Liechtenstein*) muestra la cobertura a la libre expresión científico profesional del juez, incluso cuando ésta pueda resultar molesta para un cargo público. En síntesis este caso se suscitó con motivo de una conferencia dictada en un marco académico por el presidente del Tribunal Constitucional de Liechtenstein en la que se pronunció sobre sus competencias para resolver los conflictos entre el Gobierno y el Parlamento. El planteamiento del presidente no fue del agrado del Príncipe (Jefe del Estado) hasta el punto de considerar que no acataba la Constitución, haciéndole saber por carta que no pensaba renovarlo en el cargo. El presidente fundamentó su recurso al TEDH de Estrasburgo en la vulneración del artículo 10.2 del Convenio (libertad de expresión). Su demanda fue estimada y por lo que aquí interesa, señaló que para que se pueda restringir la libre expresión es preciso que la limitación esté legalmente prevista y que la restricción sea necesaria en una sociedad democrática. Y concretamente señaló, que la conferencia del presidente del Tribunal se había producido en un entorno académico, que si bien podía tener a connotaciones políticas, las declaraciones no se referían a un caso pendiente ni contenían críticas ni insultos a personas o instituciones; que no se había producido una evidencia que las referidas declaraciones hubiesen incidido en el correcto desarrollo de sus deberes jurisdiccionales y que, en consecuencia, la

sanción era desproporcionada e innecesaria en una sociedad democrática.

En otro orden y al objeto de examinar el alcance y los límites de la libre expresión del juez en el concreto ámbito de la actividad científica, resulta de interés evocar aquí también la doctrina del *Bundesverfassungsgericht*, el Tribunal Constitucional Federal alemán<sup>13</sup> en relación las colaboraciones profesionales. La regla general aplicable al trabajo de un juez es que en ese contexto, no pueden motivar, sin más, la abstención o recusación de un juez. El criterio de la jurisdicción constitucional alemana puede resumirse, de acuerdo con BACHMAIER (2008, p. 119) en dos reglas interpretativas: a) el haber expresado o defendido una posición jurídica en un trabajo jurídico o en un acto académico, por sí sola, no es causa que pueda fundar la exclusión de un magistrado de la decisión jurisdiccional. Será preciso que concurren otras circunstancias adicionales que puedan justificar la preceptiva abstención o recusación de un Magistrado; b) sin embargo, en el supuesto de que dicho trabajo haya podido ser la base para sostener una concreta posición jurídica de las partes del proceso, no podrá descartarse la presencia de un riesgo para la imparcialidad que el juez debe mantener. Y, en consecuencia, podrá quedar abierta la puerta para la abstención o, en su caso, la recusación.

---

13 *BVverfGE* de 26 de mayo de 1999.

#### 4. Bibliografía

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel (1999): "Estatuto judicial y límites a la libertad de expresión y opinión de los jueces". *Revista del Poder Judicial*. Noviembre, Madrid, pp. 435-444.

AGUIAR DE LUQUE, Luis (2007). "Estatuto del Juez y libertad de expresión". *Cuadernos de Derecho Público* nº30 (enero-abril), Madrid, pp. 11-32.

BACHMAIER WINTER, Lorena, (2008) *Imparcialidad Judicial y Libertad de expresión de jueces y magistrados. Las recusaciones de magistrados del Tribunal Constitucional*. Thompson Aranzadi, Navarra.

BODAS MARTÍN, Ricardo, (1999) "Estatuto judicial y límites a la libertad de expresión y opinión de los jueces". *Revista del Poder Judicial*. Noviembre, Madrid, pp. 383-394.

CARRILLO, Marc, (1999). "Los Tribunales de Justicia y sus obligaciones informativas". *Revista del Poder Judicial*. Noviembre, Madrid, pp.183-198.

DE OTTO PARDO, I. (2010). *Estudios sobre el Poder judicial*. Obras Completas. Universidad de Oviedo. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, (2009): "Artículo 117 de la Constitución". En: *Comentario a la Constitución española* (Coord. M.E CASAS BAAMONDE y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER). Fundación Wolkers Kluwer. Madrid, pp. 1827-1850.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis M<sup>a</sup>. (1991) *Régimen constitucional del Poder Judicial*. Cuadernos Cívitas. Madrid.

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Juan Manuel (2006). "El derecho a la libertad de expresión del juez, límites en consideración a su *status de especial sujeción* y e relación con las garantías procesales y derechos objeto de protección respecto a los intervinientes en el proceso. Los gabinetes de comunicación y su papel como cauce institucional de información". En: *Justicia y medios de Comunicación*. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid, pp. 137-216

GUARNIERI, C. y PEDERZOLI, P. (1999) *Los jueces y la política. Poder Judicial y democracia*. Taurus. Madrid.

JÍMENEZ ASENSIO, Rafael, (2002). *Imparcialidad Judicial y Derecho al juez Imparcial*. Aranzadi- Thompson. Navarra.

LÓPEZ GUERRA, L. (1997). «La legitimación democrática del juez». *Cuadernos de Derecho Público*. INAP. Madrid, pp. 43-76.

MARTÍNEZ-VARES GARCÍA, Santiago, (1999) "Estatuto judicial y límites a la libertad de expresión y opinión de los jueces". *Revista del Poder Judicial*. Noviembre, Madrid, pp. 373-381.

MARTÍNEZ ALARCON, María Luz, (2004) *La independencia judicial*. CEPC. Madrid

REQUEJO PAGÉS, Juan Luís (1989): *Jurisdicción e Independencia Judicial*. CEC. Madrid.

REQUERO IBÁÑEZ, José Luis.( 2003). "Libertad de expresión y de opinión de los jueces". *Diario LA LEY* nº 5700, año XXIII, pp. 1505-1509.

ROSADO IGLESIAS, Gema, (2009) "El ejercicio de la función disciplinaria por el Consejo General del Poder Judicial". En : *El Poder Judicial*. VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España (Coord. Miguel Revenga Sánchez). Tirant lo Blanch. Valencia.

SERRA CRISTÓBAL, Rosario (2004). *La libertad ideológica del juez*. Tirant lo Blanch. Valencia.

SERRA CRISTÓBAL, Rosario (2010). «La libre opinión sobre jueces y tribunales y sus límites», *El Cronista del estado Social y Democrático de Derecho*. Madrid, pp. 22-31.

SIMON, Dieter (1985) *La independencia del juez*. Ariel. Barcelona.

SHETREET. S. and DESCHENES, J. (ed.), (1985) *Judicial independence: The Contemporary debate*. Martinus Nighoff Publishers. Boston-Lancaster.

VACAS GARCÍA-ALÓS, Luis, (2009). "Las libertades informativas en el ámbito de la Administración de Justicia (I): la libertad de expresión de los jueces y magistrados". En: *Libertades Informativas* (A. TORRES DEL MORAL, director). Colex, 1059-1104.

VACAS GARCÍA-ALÓS, Luis (2004). *Recopilación de resoluciones del consejo del poder judicial en materia disciplinaria*. CGPJ. Madrid.

VAZQUEZ GARCÍA, José A, (2009) "La libertad de expresión del juez: límites e incidencia en el ámbito de la responsabilidad disciplinaria". En: "La responsabilidad personal del juez". En: *Estudios de Derecho Judicial* nº153, CGPJ, Madrid, pp.375-404.

# LA INCORPORACION DE ESTANDARES INTERNACIONALES Y SUPRANACIONALES EN EL DERECHO INTERNO

*Dr. Rubén Hernández Valle*<sup>1</sup>

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. El alcance jurídico del diálogo entre los tribunales internacionales de derechos humanos y los tribunales nacionales. 3. Los fundamentos de la recepción 4. El caso europeo 5. El caso americano 6. Conclusiones

## 1. *Introducción*

El denominado diálogo jurisprudencial entre los tribunales internacionales de derechos humanos y los tribunales nacionales o de derecho interno, especialmente con los tribunales supremos de orden constitucional y con las diferentes Salas de Casación, es un fenómeno relativamente reciente en América Latina.

## 2. *El alcance jurídico del diálogo entre los tribunales internacionales de derechos humanos y los tribunales nacionales*

El fin perseguido por la incorporación de estándares internacionales y supranacionales en el derecho interno es mantener **una cierta coherencia sustancial**

**de las jurisprudencias** entre los tribunales internacionales de derechos humanos y los tribunales internos, impidiendo de esa forma que se produzcan contradicciones insalvables y buscando, al mismo tiempo, **interpretaciones convergentes que permitan materializar el principio de equivalencia y suficiencia sustancial de los derechos.**

Según este último principio, la eficacia de los derechos humanos debe ser equivalente en todas las jurisdicciones y para conseguir ese objetivo deben ser aplicados de manera armónica, de manera tal que se respete su contenido sustancial.

Por ello, los tribunales nacionales deben guiarse por el principio de **armonización**, que no es lo mismo que uniformidad, según lo ha precisado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos – en adelante TEDH-, dado que cada legislación interna tiene sus propios matices que exigen una adaptación de la doctrina general sentada por los tribunales internacionales.

Esta adaptación se produce por medio de la teoría del “margen de apreciación nacional”

<sup>1</sup> Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad La Sapienza, Roma. Catedrático en Derecho Constitucional por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Redactor por encargo de la Organización de Naciones Unidas de la Constitución Política de Guinea Ecuatorial (1982). Ha sido profesor invitado en prestigiosas universidades latinoamericanas y europeas. Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Director de la Revista de Derecho Constitucional Costarricense.

desarrollada por el TEDH y que todavía no ha sido recogida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos – en adelante CIDH-.

Según esta doctrina, en todo derecho fundamental se debe distinguir un núcleo “duro” o “fundamental”, no reducible ni negociable, y otro segmento, más maleable, donde los Estados pueden introducir variantes de contenido atendiendo razones, por ejemplo, de buenas costumbres, moral pública, interés social, etc, conceptos jurídicos indeterminados que varían de un ordenamiento a otro. Si un tribunal regional de derechos humanos sienta en una causa una tesis recurriendo “al margen de la apreciación nacional” de un país puntual, tal doctrina, a la medida para ese Estado, no debería obligar a los demás. En otras palabras, la obligación de seguimiento a las interpretaciones formuladas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos, obliga a distinguir entre “interpretaciones en lo fundamental” o “esenciales”, o “definicionales”, e “interpretaciones contingentes” o ad hoc, de valor solamente en principio ) para el caso en donde fueron formuladas.

De acuerdo con el TEDH los ordenamientos jurídicos internos deben regirse por el principio general de compatibilidad con el derecho convencional, constituido en Europa por el CEDH y la jurisprudencia del TEDH y, en el caso de América Latina, por la CADH y la jurisprudencia de la CIDH. En otros términos, de conformidad con este principio, la legislación interna debe interpretarse conforme a la CADH y a la jurisprudencia de la CIDH.

No obstante, es importante señalar que el diálogo no puede ser en un solo sentido, pues en tal caso no existiría diálogo del

todo, por lo que los tribunales regionales sobre derechos humanos, tienen que tomar en cuenta la jurisprudencia decantada, a lo largo del tiempo, por los tribunales constitucionales de los países signatarios del respectivo tratado. De esa forma, los desarrollos jurisprudenciales de los tribunales constitucionales deben ser tomados en cuenta, conforme al principio de progresividad, por los tribunales regionales respectivos. Consecuencia de ello, se produce un enriquecimiento recíproco entre ambas jurisdicciones.

Por otra parte, debe distinguirse este diálogo jurisprudencial fecundo entre los tribunales internos y los tribunales regionales de derechos humanos, de la competencia y obligación que tienen los tribunales internos de ejecutar las sentencias de los tribunales regionales. En este caso, estamos en presencia de una obligación jurídica concreta, que se circunscribe al cumplimiento de una sentencia específica en cuyo proceso el Estado fue parte y resultó condenado a adoptar medidas específicas como parte de la restitución de los derechos de la víctima. En algunos casos, tales sentencias imponen obligaciones específicas a los propios órganos jurisdiccionales, las cuales deben ser cumplidas sin ninguna objeción y sin poder invocar válidamente institutos como los de la cosa juzgada material, etc, tal y como lo han hecho los tribunales nicaragüenses para no acatar las sentencias de la CIDH.

Sin embargo, la interpretación dada por el tribunal regional en esa sentencia particular, tiene efectos erga omnes hacia el futuro, no sólo para los tribunales internos del país que fue parte en el proceso, sino también para los órganos jurisdiccionales de los restantes países signatarios del respectivo tratado. En

el peor de los casos, las interpretaciones de los derechos humanos que haga el respectivo tribunal regional deben servir, al menos, como auxiliar o criterios interpretativos a ser tomados en cuenta por los tribunales internos.

Sin embargo, la tesis dominante hoy día es que las interpretaciones realizadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos tienen efectos generales que van más allá del fallo, tanto respecto del Estado implicado como respecto de terceros Estados. La razón para ello es que los tribunales regionales en la materia realizan no sólo una función crucial de protección a la víctima, sino también cumplen con una función preventiva de proteger el interés general de naturaleza colectiva para el sistema de protección de los derechos humanos.

En efecto, los casos concretos sometidos a los tribunales regionales sobre derechos humanos evidencian problemas de carácter general de los instrumentos convencionales, que requieren clarificación, salvaguarda y desarrollo.

Esta segunda función fue puesta de relieve por el TEDH prácticamente desde sus inicios en el caso Irlanda vs Reino Unido, cuando sostuvo que *“Las sentencias del Tribunal, de hecho, sirven no sólo para decidir los casos planteados ante el Tribunal, sino, más en general, para dilucidar, salvaguardar y desarrollar las normas instituidas por la Convención, contribuyendo así a la observancia por los Estados de los compromisos asumidos por ellos como Partes Contratantes (art. 19)”* (EDHR, Ireland vs United Kingdom Judgment of 18 January 1978, párrafo 154).

### 3. **Los fundamentos de la recepción**

Hoy día existe una importante relación entre los tribunales constitucionales y los internacionales que tutelan los derechos humanos. Dado que tanto las sentencias como la jurisprudencia de los tribunales constitucionales son recurribles ante los tribunales internacionales sobre derechos humanos, es claro que estos últimos han terminado siendo, en última instancia, los contralores de la regularidad jurídica de las resoluciones de los órganos internos de los países signatarios del respectivo tratado.

Dentro de este orden de ideas, el TEDH ha calificado al CEDH como un instrumento constitucional que es esencial para el orden público europeo, a fin de asegurar el respeto de los compromisos de los Estados parte. (ECHR, Loizidou vs Turkia, Judgment of 23 March, 1995, párrafos 75 y 93).

Por otra parte, los tribunales constitucionales son los intermediarios naturales de los tribunales internacionales de derechos humanos, dado el carácter supremo que tiene la interpretación de los derechos en ambas jurisdicciones. Además, a los primeros les corresponde explicar, aplicar y divulgar la jurisprudencia internacional sobre los derechos humanos en la jurisdicción interna.

Un ejemplo concreto explicará mejor esta relación de supremacía de los tribunales internacionales sobre los internos. El TEDH dedujo del artículo 8, apartados 2 y II de la CEDH, el principio de proporcionalidad.

Este principio, como es sabido, ha tenido gran influencia en todos los tribunales constitucionales del mundo, a partir de su recepción por el Tribunal Constitucional alemán que lo terminó de precisar desde el punto de vista dogmático.

En el caso de las sentencias internacionales ellas son obligatorias por el texto mismo de los tratados. De allí que también la eficacia de sus interpretaciones de las normas sobre derechos humanos que gozan de gran flexibilidad, termine teniendo el valor de "norma interpretada". Esta eficacia de la "norma interpretada" tiene un efecto armonizador sobre los ordenamientos jurídicos nacionales.

Por tanto, la jurisprudencia de los tribunales internacionales, en cuanto desarrolla los propios tratados sobre derechos humanos y actualiza los contenidos de los derechos que evolucionan con las sociedades democráticas, debe gozar de la misma obligatoriedad que tienen sus sentencias.

En la praxis se produce un enriquecimiento recíproco entre ambas jurisdicciones. No se trata de construir un resultado unificador por sí mismo, sino del resultado de la evolución de un pluralismo constitucional. Se trata de que ambas jurisdicciones se retroalimenten recíprocamente, pero en el entendido, como lo ha subrayado el TEDH que ante una norma escrita, ésta debe ser aplicada en los términos en que la jurisdicción competente la ha interpretado (**ECHR, Kruslin vs France, Judgment of 24 April 1999, párrafos 906-911**).

Dentro de este orden de ideas, por ejemplo, la Corte Costituzionale italiana le ha otorgado, sin reserva alguna, pleno valor a la interpretación de las normas del CEDH

hecha por el TEDH (**Corte Costituzionale, sentencias números 348 y 349 del 24 de octubre del 2007, párrafo 4.6.**).

#### **4. El caso europeo**

La CEDH desde su creación en 1959 ha dictado una gran cantidad de sentencias y producido una importante línea jurisprudencial.

En el sistema europeo, el diálogo de la CEDH con los tribunales nacionales se ha producido no sólo con los tribunales constitucionales, sino también con las Salas de Casación.

El TEDH ha considerado que su jurisprudencia es válida no sólo para los casos expresamente decididos, sino que tales resoluciones también despliegan efectos generales incluso para Estados que no estuvieron implicados en el proceso.

Ello ha permitido que los tribunales nacionales hayan comenzado recibir la jurisprudencia sentada por los tribunales internacionales, dando lugar a un diálogo fecundo entre ambas jurisdicciones.

En Italia, por ejemplo, la Corte Costituzionale en materia de inviolabilidad parlamentaria (art 68 Constitución italiana), se planteó la posibilidad de intervención procesal de un tercero que se había considerado ofendido por las expresiones del parlamentario. En un juicio anterior, el citado tribunal había negado la posibilidad de intervención procesal a terceros, lo cual trajo como consecuencia que Italia fuera condenada por el TEDH por violación del derecho a un juicio equitativo que consagra el artículo 6.1 de la CEDH (**Cordova vs Italia, Judgment of 30 January, 2003**). Como consecuencia de esta sentencia del TEDH, la Corte Costituzionale

italiana le dio recepción al nuevo criterio interpretativo de la jurisprudencia de aquél, por considerar que la mencionada prohibición de participación procesal de los terceros interesados, era violatoria del artículo 6 del CEDH, tal y como lo había afirmado el TEDH en la precitada sentencia *Cordova vs Italia*.

La misma Corte Costituzionale acogió la jurisprudencia sentada por el TEDH con relación al derecho a la defensa procesal del rebelde y la garantía de un juicio con celeridad. El tribunal italiano, con base en la jurisprudencia sentada por el TEDH en los casos *Colozza vs Italia* y *F.C.B. vs Italia* y otros, le dio una lectura garantista al derecho a un juicio justo (art 6, CEDH), estableciendo que si bien el proceso debe ser sustanciado en plazos breves, el mismo debe ser igualmente justo para respetar los derechos de los imputados (**Corte Costituzionale, sentencia del 4 diciembre 2009**). En suma, el tribunal italiano interpretó el artículo III de la Constitución italiana a la luz de la jurisprudencia del TEDH sobre el contenido del artículo 6 de la CEDH.

La Corte de Casación Italiana reiteradamente ha reconocido como obligatorio y de aplicación directa las normas contenidas en la CEDH, aplicándolos en la forma en que han sido interpretadas por el TEDH (**Tribunal Casación italiano, sentencia del 12 de mayo de 1993, sentencia del 3 de octubre del 2006, entre otras**).

En Alemania, el Tribunal Constitucional ha establecido con carácter general que los jueces nacionales están obligados a ajustarse a las sentencias del TEDH, ya que “el texto del Convenio y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sirven, a nivel de Derecho Constitucional, como guía

para la interpretación de los contenidos y fines de los derechos fundamentales y de los principios constitucionales de la Ley Fundamental”(**Tribunal Constitucional Alemán, caso Gürgülü, sentencia del 14 de octubre del 2004**).

Finalmente, en España, la recepción de la jurisprudencia del TEDH ha sido relativamente fácil, pues el artículo 10.2 de la Constitución española establece que las normas relativas a los derechos deben interpretarse de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados.

La aplicación de esta norma ha conducido al Tribunal Constitucional Español a desarrollar la tesis conforme a la cual los tratados sobre derechos humanos son “fuente interpretativa” de los derechos reconocidos en la Constitución, lo que evidentemente ha facilitado la recepción de la jurisprudencia del TEDH (**Sentencia número 236 del 7 de noviembre del 2007 y sentencia número 63/2010 del 18 de octubre del 2010**).

Los ejemplos de estos tres países, cuya sensibilidad jurídica es bastante cercana a la nuestra, demuestran como la jurisprudencia del TEDH ha ido calando, poco a poco, en los principales los tribunales constitucionales del mundo. Esta recepción de la jurisprudencia del TEDH se ha extendido también a otros países como Letonia, Polonia, etc.

## **5. El caso americano**

En las sentencias de los tribunales internos latinoamericanos se citan con frecuencia las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero sin que su criterio sea vinculante, aunque normalmente se

respetan sus lineamientos jurídicos debido a su autoridad científica. Igual sucede con la jurisprudencia de la CIDH y, en menor grado, con la jurisprudencia de la Comisión Interamericana.

La legislación peruana establece la obligación de sus jueces de interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales a la luz de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte. Es decir, en este ordenamiento las sentencias de los tribunales internacionales y, especialmente la jurisprudencia de la CIDH, sirve como instrumento interpretativo para los órganos titulares de la jurisdicción constitucional.

Otros tribunales, como la Sala Constitucional costarricense, consideran vinculante la jurisprudencia de la CIDH, ya sea en el ejercicio de su competencia consultiva o contenciosa. Verbigracia, una opinión consultiva de la CIDH que estableció que la colegiatura obligatoria para ejercer la profesión de periodista era incompatible con la Convención Americana a finales de los años ochenta, fue aplicada literalmente por la Sala Constitucional para declarar inconstitucional la Ley del Colegio de Periodistas que establecía esa obligatoriedad.

Los artículos 1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional confieren a la Sala Constitucional costarricense la potestad para “garantizar los principios del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación” y “ejercer la conformidad del ordenamiento interno con el Derecho Internacional o Comunitario”, respectivamente.

Asimismo, la Corte Constitucional de Colombia, desde 1995, adoptó la doctrina del bloque de constitucionalidad, dentro del cual incluye la jurisprudencia de la CIDH. A partir de 1999 estableció que las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos eran vinculantes para el Estado colombiano.

La Corte Suprema Argentina representa el ejemplo más claro de aplicación de la jurisprudencia de la CIDH.

Dentro de este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia Argentina, en el Fallo Espósito, admitió el recurso extraordinario deducido contra una sentencia que había declarado extinguida la acción penal por prescripción en una causa abierta por hechos que luego fueron juzgados por la CIDH.

Sostuvo la Corte Argentina que “resultan de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (68.I CADH), por lo cual también ella, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional” (Considerando 6).

Previo a ello, puntualizó que el rechazo de la apelación tendría como efecto inmediato la confirmación de la declaración de prescripción de la acción penal, en contravención de lo decidido por la Corte Interamericana en su sentencia de 18 de setiembre del 2003 en el caso “Bulacio c/ Argentina”, en el que se declaró la responsabilidad internacional del país.

En el Fallo “Arancibia Clavel”, la Corte Suprema de Justicia Argentina declaró procedente una queja y el recurso extraordinario que había sido denegado por la Cámara Nacional de Casación Penal, revocando la sentencia de este último tribunal, en cuanto había

declarado extinguida la acción penal por prescripción en la causa seguida por el delito de asociación ilícita con fines de persecución y exterminio de los opositores políticos.

Entre varios argumentos, el voto de mayoría estableció que el delito de asociación ilícita perpetrado para perseguir opositores políticos por medio de homicidios, desapariciones forzadas de personas y tormentos reviste carácter de crimen contra la humanidad, y por ende, es imprescriptible a pesar de lo que indique la legislación interna, pues la legislación interna resulta desplazada por el Derecho Internacional Consuetudinario y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

Para aplicar este criterio se basó en la jurisprudencia sentada por la CIDH a partir del caso *Velásquez Rodríguez*, según la cual es deber de todo Estado signatario de la Convención Americana, organizar el aparato gubernamental, en todas sus estructuras del ejercicio del poder público, de tal manera que sus instituciones sean capaces de asegurar la vigencia de los derechos humanos, lo cual incluye el deber de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención. Desde este punto de vista, la aplicación de las disposiciones de Derecho interno sobre prescripción constituye una violación al deber del Estado de perseguir y sancionar y, consecuentemente, compromete su responsabilidad internacional (Caso *Barrios Altos*, sentencia del 14 marzo 2001, considerando 41; Caso *Trujillo Oroza vs Bolivia*, Reparaciones, sentencia del 27 de febrero del 2002, considerando 106, entre otras).

En el Fallo “Simón”, la Corte Suprema Argentina afrontó el complejo tema de analizar la constitucionalidad de las denominadas leyes de “punto final” y de “obediencia debida”. La Corte terminó declarándolas inconstitucionales. Al mismo tiempo privó de cualquier efecto jurídico, además de dichas leyes, a cualquier acto fundado en ellas que pudiera oponerse al avance de los procesos penales que se instruyan, o al juzgamiento y eventual condena de los responsables, u obstaculizar en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo por los canales correspondientes y en el ámbito de sus respectivas competencias, por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio argentino.

En el Considerando 24 del Fallo, la Corte dijo que las conclusiones a que llegó la CIDH en el caso “Barrios Altos”, citado en el Fallo *Arancibia Clavel*, tenían necesariamente que trasladarse de manera imperativa en este caso, si es que las decisiones de la CIDH “han de ser interpretadas de buena fe como pautas jurisprudenciales”.

En el Considerando 26 dijo que la CIDH en el precitado caso “Barrios Altos” había establecido “severos límites a la facultad del Congreso para amnistiar, que le impiden incluir hechos como los alcanzados por las leyes de “punto final” y “obediencia debida”. Del mismo modo, toda regulación de derecho interno que, invocando razones de “pacificación” disponga el otorgamiento de cualquier forma de amnistía que deje impunes violaciones graves a los derechos humanos perpetradas por el régimen al que la disposición beneficia, es contraria a claras y obligatorias disposiciones de derecho internacional, y debe ser efectivamente suprimida”.

En el Fallo “Mazzeo”, la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucionales varios decretos ejecutivos emitidos por el Presidente de la República Argentina, mediante los cuales había emitido indultos que habían beneficiado a sujetos acusados de delitos de lesa humanidad.

La Corte fundamentó su sentencia en los argumentos vertidos por la CIDH en el caso “Almonacid Arellano” de 26 de setiembre del 2006. Argumentó la Corte Suprema Argentina en los siguientes términos:” 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 les 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 su 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 esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no sólo el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana” (párrafo 124).

*Ahora bien, a partir de la sentencia Almonacid vs Chile del 26 de setiembre de 2006, la jurisprudencia de la CIDH se volvió obligatoria para todos los tribunales internos de los países que admiten su jurisdicción plena.*

*En efecto, el precitado caso Almonacid Arellano vs Chile, la CIDH marcó un hito importante en la tutela de los derechos fundamentales en América Latina. En esa sentencia la Corte definió dentro del marco del Pacto de San José, el denominado control de convencionalidad a practicarse en lo sucesivo por los jueces nacionales.*

*En el párrafo 124 de la sentencia se dijo lo siguiente: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes del 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 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 último de la Convención Americana”.*

*En el párrafo siguiente, es decir en el 125, la Corte agrega que “En esa misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que “según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser acatadas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”. Esta regla está codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre los Tratados, de 1969*

*Esta doctrina fue repetida, sin ulteriores variantes, en los casos La Cantuta vs Perú del 29 de noviembre del 2006, considerando 173, y en Boyce vs Barbados, del 20 de noviembre del 2007, considerando 78.*

*Sin embargo, en el caso de Aguado Alfaro y otros, conocido como Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú, del 24 de noviembre del 2006, en el Considerando 126, la Corte precisó mejor su doctrina en la siguiente forma:*

*“Cuando el 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 cuadro 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, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones”(Caso Aguado Alfaro y otros vs Perú, sentencia del 24 noviembre 2006, considerando 126).*

Dentro de este orden de ideas, la Corte Suprema mexicana ha establecido que la jurisprudencia de la CIDH es vinculante para ella cuando sea emitida en casos en que el Estado mexicano ha sido parte. Cuando, en cambio, México no ha sido parte en el proceso internacional, la jurisprudencia de la CIDH tiene “un carácter de criterio orientador de todas las decisiones de los jueces mexicanos, pero siempre en aquello

que le sea más favorable a la persona” **(Corte Suprema de México, caso Engrose varios, sentencia del 14 de julio del 2011, párrafo 15).**

En Chile, la Corte Suprema ha calificado obligatorio el derecho internacional de los derechos humanos, a fin de declarar que “es inadmisibile la prescripción que pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos”(Corte Suprema de Justicia de Chile, Caso Manuel Tomás Rojas Fuentes, sentencia del 13 de marzo del 2007).

En Paraguay se ha declarado obligatoria la jurisprudencia de la CIDH. En efecto, se ha afirmado que “el carácter obligatorio de la jurisprudencia de la CIDH en nuestro medio jurídica es una condición necesaria de la aplicación de los artículos 26 (buena fue en el cumplimiento de los tratados) y 27 ( imposibilidad de alegar disposiciones de derecho interno) del Convenio de Viena sobre Derecho de los tratados, ratificado por el Paraguay..., así como del propio texto constitucional (art 143) que “acepta el derecho internacional” y se ajusta al principio de “protección internacional de los derechos humanos”(Juzgado de Liquidación, caso Elizabeth Flores Negri vs El Rectorado de la Universidad Nacional de Asunción, sentencia del 31 de julio del 2007).

Sentencias similares a las citadas se han producido, luego del 2006, en Bolivia, El Salvador, Guatemala, República Dominicana, entre otros países.

Desgraciadamente, en otras legislaciones latinoamericanas la jurisprudencia de los tribunales internacionales o inclusive de la misma CIDH, no tienen ni efectos vinculantes ni condicionan la aplicación de su normativa

interna, como es el caso de Nicaragua y Venezuela por supuestamente oponerse tales resoluciones a los institutos de la cosa juzgada material y a la soberanía del Estado, respectivamente.

## **6. Conclusiones**

Sin duda alguna, la incorporación de estándares internacionales y supranacionales en el Derecho es un fenómeno irreversible y cada vez más acentuado tanto en Europa como en América Latina. La retroalimentación que se está

produciendo entre los tribunales supremos y constitucionales internos y los tribunales regionales de derechos humanos, ha permitido decantar, cada vez con mayor precisión jurídica, el contenido esencial de los derechos humanos recogidos en las distintas Convenciones e instrumentos internacionales sobre derechos humanos. El resultado final será que cada día que pase, tanto la protección internacional como la nacional de los derechos humanos, habrá dado un paso adelante en el peregrinar incesante por alcanzar el horizonte inaccesible de la justicia.

# LA AUTONOMÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: UNA CELEBRACIÓN CONJUNTA DE KADI II Y VAN GEND EN LOOS

*Giuseppe Martinico* \*

**SUMARIO:** 1. Introducción: entre definición y identificación 2. La sentencia Van Gend en Loos: los límites (externos) de la doctrina de la autonomía. 3. La autonomía como apropiación: la saga Kadi 4. Una lectura contextualizada de la saga Kadi: El Tribunal de Justicia de la Unión Europea entre definición y identificación.

## 1. *Introducción: entre definición y identificación*

Como ha escrito Gattini *Kadi* (I)<sup>1</sup> es “*a direct, if late, offspring of the Van Gend en Loos and Costa/Enel jurisprudence*”<sup>2</sup>. A partir de esta idea y con motivo del 51º aniversario de la sentencia *Van Gend en Loos*<sup>3</sup> emitida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (ex C.E.), este artículo tiene como objetivo hacer

una comparación entre los casos *Van Gend en Loos* y *Kadi* II<sup>4</sup>, considerándolas como emblemáticas de dos etapas diferentes del proceso de constitucionalización de la Unión Europea (en adelante UE) Mientras que en *Van Gend en Loos*, la idea de la autonomía se utilizó para construir la narrativa de la naturaleza *sui generis* del ordenamiento jurídico comunitario, en *Kadi* la idea de autonomía se ha empleado para justificar la intervención del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) para proteger algunos bienes fundamentales que pertenecen al núcleo fundamental de la UE, incluso en casos de dudosa competencia del Tribunal. El hilo conductor entre los dos casos es representado por la idea de la autonomía de un orden jurídico<sup>5</sup>, construida en dos maneras diferentes por el Tribunal

1 \* Doctor en Derecho por la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa, Italia (SSSUP). Profesor Derecho Público Comparado en la (SSSUP) y ex investigador del Centro de Estudios Constitucionales y Políticos de Madrid (CECP) y en el European University Institute en Florencia, Italia. Además es investigador del Centre for Studies on Federalism en Turín, Italia y Co-editor de la Revista *Perspectives on Federalism*. Profesor honorario de derecho europeo en la Universidad de Henan en China.

C-402/05 P y C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission* [2005] ECR, II-3649. El texto integral de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea puede ser consultado en [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)

2 Andrea Gattini, *Joined Cases C-402/05 P & 415/05 P, Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission, judgment of the Grand Chamber of 3 September 2008* (2009) 46 *Common Market Law Review*, 213, p. 224.

3 Tribunal de Justicia ex Comunidad Europea, *Case 26/62, Van Gend en Loos* [1963] ECR 3.

4 C-584/10 P, C-593/10 P and C-595/10 P, *Commission, Council, United Kingdom v Yassin Abdullah Kadi*, nyr, [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)

5 Sobre el principio de autonomía en el Derecho de la UE se vea: René Barents, *The Autonomy of Community Law* (Kluwer Law International 2004).

de Justicia y por la atención prestada al «particular», concebido como titular de un conjunto de derechos derivados de las fuentes europeas, pero invocables ante los jueces nacionales.

Con el fin de desarrollar una comparación entre estas dos decisiones, en este artículo se desarrollará una distinción entre la *definición* y la *identificación*. *Definición* proviene de la palabra latina *finis* (frontera, límite) y se refiere al acto de hacer algo distinto de otra entidad. Esta fase ha sido descrita por eminentes estudiosos en este campo a través de la imagen de la “identidad-muro”, mientras que el otro paso crucial, que consiste en la identificación positiva de algunos elementos comunes, a través de un momento de reflexión, se ha descrito por la fórmula “identidad-espejo”<sup>6</sup>.

Tanto la definición (correspondiente al momento de la “identidad-muro”) e identificación (que corresponde a la fase de la “identidad-espejo”) son clásicos en todos los procesos de construcción de identidad.

De una manera parecida, en un primer momento, el Tribunal Justicia -comúnmente denominado Tribunal de Luxemburgo pues se sede se ubica en esa localidad- aclaró lo que “el Derecho comunitario no es”, mientras que en un segundo momento trató mostrar lo que el “Derecho de la UE es” por medio de algunos de los elementos “indicadores” de su propia especialidad, porque parte integrante de su núcleo inmutable. De acuerdo con esta lectura, *Van Gend en Loos* concernía la definición del ordenamiento jurídico comunitario como *sui generis* y autónomo, mientras que *Kadi* es más sobre la identificación del núcleo intangible de este orden jurídico especial<sup>7</sup>.

## 2. La sentencia *Van Gend en Loos*: los límites (externos) de la doctrina de la autonomía

¿Por qué todo el mundo está interesado en la saga *Kadi*? Por supuesto hay muchas razones para esto, pero nos limitaríamos a

6 Furio Cerutti, *Political Identity and Conflict: A Comparison of Definitions*, in Furio Cerutti and Rodolfo Ragionieri (eds.): *Identities and Conflicts* (Palgrave, 2001). “Furio Cerruti has, in a text dealing with group identities and political identities, suggested two metaphorical concepts that can be used as analytical tools: the mirror-identity and the wall-identity. The mirror identity is dependent on the values, normative principles, life forms and life styles, within which a group recognises itself. This process essentially consists of the group members recognising or mirroring themselves in those values, and through this mirroring they form their image as a group ‘Self’, as something that gives sense to their behaviour as a group. The mirror identity creates a ‘we’ but it does not create an ‘other’. The wall-identity, on the other hand, is more ambivalent. A wall gives support; it gives consistency to a group, preventing disintegration in times of political or social crises. A wall is also enclosing; it separates the group from other groups; it efficiently shuts out the Other. Which of the two walls will dominate or prevail depends on the wall’s constitutive elements (universal integrative or self centred-exclusive) as well as on the trials (e.g. existential or political threats) to which the group is subjected”, KG Hammarlund, *Between the Mirror and the Wall: Boundary and Identity in Peter Weiss Novel Die Ästhetik des Widerstands*, en KG Hammarlund (ed.), *Borders as Experience* (Forskning i Halmstad 2009), pp. 117-129, p. 117.

7 De una manera análoga se vean las consideraciones de Daniel Sarmiento, *The EU’s Constitutional Core*, en Alejandro Saiz Arnaiz and Carina Alcoberto Llivina (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration* (Intersentia 2013), pp. 177-204. Nikolaos Lavranos, *Revisiting Article 307 EC: The untouchable core of fundamental European constitutional law values*, en Paolo Carrozza, Filippo Fontanelli and Giuseppe Martinico (eds.), *Shaping rule of law through dialogue: international and supranational experiences* (Europa Law Publishing 2010) pp. 119-146.

tres elementos principales. En primer lugar, porque *Kadi* se enfrenta con varias cuestiones- de fondo y procesales- que han reunido la atención de estudiosos de distintos orígenes (estudios del derecho de la UE, constitucionalistas, internacionalistas, teóricos del derecho, administrativistas etc.). En segundo lugar, la saga *Kadi* es un compendio de muchos de los argumentos tradicionales empleados en los “Clásicos del Tribunal de Justicia” (*Van Gend en Loos*, *Costa/Enel*<sup>8</sup>, *Les Verts*<sup>9</sup>, el *Dictamen 1/91*<sup>10</sup>, etc.). Por último, el debate sobre *Kadi* ha sido idealmente un espacio donde diferentes concepciones sobre la naturaleza del derecho de la UE se han enfrentado. De hecho, casi por unanimidad, *Kadi I* ha sido visto como una representación perfecta de la audacia jurisprudencial del TJUE, ya que estaba caracterizado por numerosas “insinuaciones constitucionales”<sup>11</sup> y por un evidente uso de “simbolismo constitucional”<sup>12</sup>. También *Kadi* evoca la idea de una comunidad basada en el Estado de Derecho y, más concretamente, de un sistema completo y coherente de protección judicial<sup>13</sup> (todos los elementos retomados de la doctrina *Les Verts*). Estas referencias marcan la continuidad con la jurisprudencia de la fundación del derecho de la UE<sup>14</sup>, en particular en *Van*

*Gend en Loos*, como Gattini acertadamente señaló: “On the one hand, one can not but welcome the unbending commitment of the European Court of Justice to the respect of fundamental human rights, but on the other hand the relatively high price, in terms of coherence and unity of the international legal system, that had to be paid in order to arrive at the conclusion of the invalidity of the contested Regulation, is worrying. Of course, one might argue that the ECJ was all too willing to pay that price, and that it could have even felt it as no price at all, but as a golden opportunity to bring a step further the proclaimed ‘constitutionalization’ and autonomy of the Community legal system. The *Kadi* judgment is a direct, if late, offspring of the *van Gend en Loos* and *Costa/Enel* jurisprudence, and, without wanting to sound too rhetorical, one might even venture to say that similarly to those decisions it will be a landmark in the history of EC law”.<sup>15</sup>

Sin embargo, realizando una mirada más cercana a *Van Gend en Loos* se puede notar la ausencia de un “lenguaje” constitucional. De hecho, el Tribunal de Justicia utilizó una formulación mucho más ambigua para separar el destino de su propia comunidad de la de las demás organizaciones internacionales,

8 6/64, *Costa/Enel*, [1964] ECR, 1141.

9 294/83, *Parti Ecologiste Les Verts v Parliament*, [1986] ECR 1365.

10 *Dictamen 1/91*, *Dictamen sobre el «Proyecto de Acuerdo entre la Comunidad, por una parte, y los países de la Asociación Europea de Libre Comercio, por otra parte, sobre la creación del Espacio Económico Europeo»* [1991] ECR I-6079.

11 Neil Walker, *Opening or Closure? The Constitutional Intimations of the ECJ*, en Loïc Azoulay and Miguel Poiares Maduro (eds.), *The past and the future of EU law cit.*, pp. 333-342, p. 333.

12 Neil Walker, *Opening or Closure? The Constitutional Intimations of the ECJ*, en Loïc Azoulay and Miguel Poiares Maduro (eds.), *The past and the future of EU law cit.*, pp. 333-342, p. 333.

13 Se vean las contribuciones de Koen Lenaerts, *The Basic Constitutional Charter of a Community Based on the Rule of Law* and Jean-Paul Jacqué, *Les Verts v The European Parliament*; Alemanno Alemanno, *What Has Been, and What Could Be, Thirty Years after Les Verts/European Parliament*, en Loïc Azoulay and Miguel Poiares Maduro (eds.), *The past and the future of EU law cit.*

14 Franz Mayer, *Van Gend en Loos: The Foundation of a Community of Law*, en Loïc Azoulay and Miguel Poiares Maduro (eds.), *The past and the future of EU law cit.*, pp. 16-25.

15 Andrea Gattini, *Joined Cases C-402/05 op. cit.*, p. 224.

ya que describe el sistema de los Tratados como “*un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, en beneficio del cual los Estados han limitado, si bien en ámbitos restringidos, sus derechos soberanos*”<sup>16</sup>.

Al comentar estas líneas Franz Mayer argumentó que: “*The formula used by the Court to describe the European construct, however, has evolved over the years, replacing the reference to international law with a reference to constitutional law*”<sup>17</sup>. En otras palabras, el “vocabulario” constitucional no llegó (al menos inmediatamente) junto a la ideología de la autonomía<sup>18</sup>. Esta ambigüedad (la de un derecho comunitario ni totalmente internacional, ni plenamente constitucional) está al corazón de la narrativa *sui generis* del derecho supranacional y probablemente no había sido algo deseado en ese momento. Sin embargo, esto ha servido, durante los años también por razones estratégicas, para garantizar al Tribunal un escape de las categorías del derecho internacional público y, al mismo tiempo, para prescindir de ellas y evitar de ser sujeto al derecho de los Estados miembros<sup>19</sup>. Sin embargo, es correcto señalar que en *Van Gend en Loos*, el Tribunal de Luxemburgo proclamó la autonomía del Derecho comunitario sin pero agotar en aquella pronunciación el momento revolucionario. Como Mayer señaló nuevamente, este concepto no se define en un momento aislado por el TJUE.

Esto se logró en el tiempo, a través de una larga serie de decisiones: por ejemplo, en *Costa v Enel* el TJUE ha modificado ligeramente la terminología, describiendo el derecho comunitario como: “*a diferencia de los Tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE creó un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigor del Tratado, y que vincula a sus órganos jurisdiccionales*”<sup>20</sup>. Yendo aún más allá, en *Les Verts*, que finalmente empleó el lenguaje constitucional: “*En este sentido, es pertinente subrayar, en primer lugar, que la Comunidad Económica Europea es una comunidad de Derecho, en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la carta constitucional fundamental que constituye el Tratado*”. Sin embargo, desde el principio muchos autores han descrito *Van Gend en Loos* como caracterizada por una inspiración constitucional<sup>21</sup> y no hay duda de que, debido a este impacto sobre la historia de la legislación de la UE, esta decisión puede ser definida como fundamental y, por tanto, “constitucional” el sentido etimológico de la palabra (constitución de *constituere* = fundar, establecer), a pesar de la ausencia de una terminología constitucional.

Con el fin de resolver este *impasse* terminológica, es útil anticipar que “constitucio-

16 *Van Gend en Loos cit.*

17 Franz Mayer, *Van Gend en Loos: The Foundation cit.*, p. 20.

18 Deirdre Curtin, *The Shaping of a European Constitution and the 1996 IGC: Flexibility as a Key Paradigm? (1995)* 50 *Aussenwirtschaft* 237.

19 Sobre este proceso se vea: Matej Avbelj, *The Pitfalls of (Comparative) Constitutionalism for European Integration*, Eric Stein Working Paper (2008) p. 1, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1334216](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1334216)

20 *Costa/Enel cit.*

21 Daniel Halberstam, *Pluralism in Marbury and Van Gend'*, en Loic Azoulai and Miguel Poiars Maduro, *The Past and the Future cit.*, pp. 26-36.

nalización” se ha utilizado tradicionalmente en dos maneras por los estudiosos de la UE. Normalmente con “constitucionalización” de la UE, los estudiosos se refieren a la transformación progresiva del Derecho comunitario (y ahora de la UE) desde la perspectiva de una organización internacional a la de una entidad caracterizada por un componente “federal”; en este sentido, la expresión “constitucionalización” ha sido entendida como progresiva “federalización” del ordenamiento de la UE.

Sin embargo, en un sentido distinto, por constitucionalización del ordenamiento jurídico comunitario puede entenderse la progresiva “humanización” (es decir, la afirmación de los derechos humanos a nivel supranacional) de un Derecho nacido para disciplinar el mercado común<sup>22</sup>. Por supuesto, estos dos significados están relacionados<sup>23</sup> y conectados a un proceso más amplio de construcción política (incluso en términos de politización de la Unión), pero es posible decir que la jurisprudencia fundacional de la autonomía implica un movimiento en términos constitucionales (en un sentido amplio), mientras que la jurisprudencia posterior a *Internationale Handelsgesellschaft*<sup>24</sup> implica un movimiento en términos constitucionales en un sentido estricto .

En las páginas siguientes nos centraremos en la saga *Kadi*, demostrando su “valor añadido” en la historia del derecho de la UE. Nuestra idea es que *Van Gend en Loos*, *Costa/Enel* y muchas otras decisiones de la

época fundacional marcaron la existencia de una diferencia (por medio de una especie de *actio finium regundorum*), sin pero aclarar el “contenido” de dicho orden jurídico especial. Esto sucedió luego, cuando el TJUE pagó progresivamente atención a los derechos fundamentales, concibiendo el proceso de constitucionalización ya no como un mero alejamiento de las categorías del derecho internacional público, sino también como la construcción de un derecho caracterizado por algunos principios destinados a proteger unos bienes fundamentales, como los derechos humanos. De esta manera se llena la caja vacía e ideológica de la autonomía.

### 3. *La autonomía como apropiación: la saga Kadi*

La saga *Kadi* responde a una doble lógica: por una parte, se desarrolla a partir de una fuerte percepción de autonomía del derecho de la UE, mientras que, por otro lado, refleja la idea de la existencia de un sistema maduro en términos de protección de los derechos fundamentales. Esta idea de autonomía y madurez han sido utilizados por el TJUE como premisa fundamental para justificar su intervención en un caso muy sensible desde un punto de vista jurídico (y geopolítico). De hecho, a primera vista , la saga *Kadi* parece ofrecer la idea de una “apropiación” progresiva de una cuestión que se presentó, inicialmente, como un asunto disciplinado por un conjunto externo de normas pertenecientes al derecho internacional público, es decir, en

22 Sobre este proceso la bibliografía es abundante. Entre otros, vide Lenaerts, K., «Fundamental Rights in the European Union», *European Law Review*, Vol. 25/6, 2000, pp. 575-600; Schermers, H. G., Waelbroeck, D., *Judicial Protection in the European Union*, 6th ed., Kluwer, The Hague, 2001 y Canedo Arrillaga J.R., Gordillo Pérez L. I., «Los derechos fundamentales en la Unión Europea a la espera de Lisboa», *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 39, 2008, pp. 27-59.

23 Joseph H. H. Weiler, *The Transformation of Europe*, (1991) 100 *Yale Law Journal*. 2403

24 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, [1970] ECR 1125.

otras palabras, uno puede percibir en esta saga los esfuerzos progresivos realizados por el Tribunal de Justicia para “internalizar” las cuestiones jurídicas en juego<sup>25</sup>.

En *Kadi I* el antiguo Tribunal de Primera Instancia admitió la posibilidad de revisar el Reglamento de ejecución de la resolución de la ONU sólo en caso de violación del *jus cogens*, es decir, un *corpus* de normas originalmente ajenos al derecho de la UE<sup>26</sup>. Esto fue una consecuencia del enfoque elegido por el Tribunal de Primera Instancia, que adoptó como punto de referencia un conjunto de normas que no pertenecen al orden jurídico de la UE entendido en sentido estricto, es decir, las normas del derecho internacional. Al contrario, para pasar a las

conclusiones del Abogado General Maduro en *Kadi I*<sup>27</sup>, uno puede darse cuenta de que su punto de partida era muy diferente, ya que se centró en destacar la potencial violación producida por la resolución de la ONU de algunas de las normas propias del Derecho de la UE. Siguiendo una línea similar a la del Abogado General, *Kadi I* del Tribunal de Justicia se refirió constantemente a la autonomía del Derecho de la UE<sup>28</sup>, pero el TJUE fue aún más lejos en esa ocasión. En efecto, la cuestión de la autonomía del Derecho de la UE fue más enfatizada, porque el TJUE descuidó lo que era un paso esencial en las conclusiones del Abogado General: el análisis de la cuestión desde el punto de vista del ex art. 307 del TCE<sup>29</sup>. A partir de ex art. 307 del TCE, el Abogado

25 Para un enfoque parecido se vea: Marise Cremona, *European Law and international law after Kadi*, ponencia, Bristol University, 3 noviembre 2008, [http://denning.law.ox.ac.uk/news/events\\_files/European\\_Law\\_and\\_international\\_law\\_after\\_Kadi.pdf](http://denning.law.ox.ac.uk/news/events_files/European_Law_and_international_law_after_Kadi.pdf).

26 T-315/01 *Kadi v Council and Commission*, 2005, ECR II-3649, par. 226, “No obstante, el Tribunal de Primera Instancia está facultado para controlar, de modo incidental, la legalidad de las resoluciones del Consejo de Seguridad controvertidas desde el punto de vista del *jus cogens*, entendido como un orden público internacional que se impone a todos los sujetos del Derecho internacional, incluidos los órganos de la ONU, y que no tolera excepción alguna”

27 C-402/05 P y C-415/05 P, *Kadi and Al Barakaat*, Conclusiones del Abogado General Poiares Maduro [2008] ECR I-6351, en particular el par. 34: “A mi juicio, carece de todo fundamento la tesis de que el presente caso versa sobre una «cuestión política» en relación con la cual resultaría inadecuado incluso el más modesto grado de interferencia judicial. La pretensión de que una medida es necesaria para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales no puede surtir efectos hasta el punto de silenciar los principios generales del Derecho comunitario y de privar a los individuos de sus derechos fundamentales. Lo anterior no disminuye la importancia del interés en mantener la paz y la seguridad, sino que significa simplemente que persiste el deber de los tribunales de pronunciarse sobre la conformidad a Derecho de aquellas medidas que puedan entrar en conflicto con otros intereses que revisten asimismo gran importancia y cuya protección ha sido encomendada a los tribunales”.

28 Véase por ejemplo el par.282 de *Kadi I* del TJUE: “También es necesario recordar que un acuerdo internacional no puede menoscabar el orden de competencias fijado por los Tratados ni, por lo tanto, la autonomía del sistema jurídico comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia en virtud de la competencia exclusiva que le confiere el artículo 220 CE, competencia que, por otra parte, el Tribunal de Justicia ha indicado ya que forma parte de las propias bases de la Comunidad”.

29 Antiguo Art. 307 TEC (ahora Art. 351 TFEU) decía: “Las disposiciones del presente Tratado no afectarán a los derechos y obligaciones que resulten de convenios celebrados, con anterioridad al 1 de enero de 1958 o, para los Estados que se hayan adherido, con anterioridad a la fecha de su adhesión, entre uno o varios Estados miembros, por una parte, y uno o varios terceros Estados, por otra. En la medida en que tales convenios sean incompatibles con el presente Tratado, el Estado o los Estados miembros de que se trate recurrirán a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades que se hayan observado. En caso necesario, los Estados miembros se prestarán ayuda mutua para lograr tal finalidad y adoptarán, en su caso, una postura común. En la aplicación de los convenios mencionados en el primer párrafo, los Estados miembros tendrán en cuenta el hecho de que las ventajas concedidas en el presente

General en *Kadi I* intentó hacer hincapié en que no hay obligaciones previstas en el mismo se puede interpretar “*hasta el punto de silenciar los principios generales del Derecho comunitario y de privar a los individuos de sus derechos fundamentales*”<sup>30</sup>. Coherentemente con esta reconstrucción, era fundamental, para encontrar el camino correcto para el ordenamiento europeo, interaccionar con las obligaciones y los jueces del orden jurídico internacional. No es una coincidencia que el Abogado General dedicó varias líneas de sus Conclusiones a recordar la importancia de la deferencia a los tribunales internacionales en la relación entre el Tribunal de Justicia y los demás jueces. Esta deferencia, sin embargo, debe encontrar un límite en el posible riesgo para los valores fundamentales del ordenamiento jurídico de la UE: “*En consecuencia, en aquellas situaciones en las que los valores fundamentales de la Comunidad están en juego, puede ocurrir que el Tribunal de Justicia se vea obligado a examinar –y posiblemente a anular- determinadas medidas adoptadas por las instituciones comunitarias aun cuando tales medidas sean el reflejo de los deseos del Consejo de Seguridad*”<sup>31</sup>. En las propias palabras del Abogado General, estos valores representaban “*el marco constitucional creado por el Tratado*”<sup>32</sup>. En su razonamiento, el TJUE pareció prestar más atención a la peculiar naturaleza del

ordenamiento jurídico de la UE que a su relación con el derecho internacional. Esto puede ser notando mirando al uso de la idea de la autonomía empleado en la decisión. Por lo tanto, se podría decir que las hipótesis iniciales el TJUE fueron más unilaterales, ya que no se centraron en los términos de la relación entre el derecho internacional y de la UE, sino más bien en torno a la naturaleza constitucional y peculiar del Derecho de la UE. Esto también queda demostrado por el hecho de que el Tribunal de Justicia perdió la oportunidad de aclarar el alcance del art. 307, por ejemplo, especificando “*its position on the consequences if the “appropriate steps” of Member States remain unsuccessful*”<sup>33</sup>.

Concluyendo, en *Kadi I*, el Tribunal de Justicia casi desconsideró el ex art. 307 TEC siguiendo una estrategia argumentativa precisa: la necesidad de contextualizar la cuestión de la relación entre el derecho internacional y de la UE dentro de los límites de su propio ordenamiento jurídico, intentando dar a la cuestión una “respuesta interna” e insistiendo en los valores de su propio “ordenamiento”. Creo que *Kadi II*<sup>34</sup> puede leerse coherentemente con *Kadi I* del TJUE, a pesar de que las dos decisiones se diferencian por algunas razones, en primer lugar para el lenguaje empleado por el Tribunal de Luxemburgo en *Kadi II*. En efecto, es evidente a partir del análisis

---

*Tratado por cada uno de los Estados miembros son parte integrante del establecimiento de la Comunidad y están, por ello, inseparablemente ligadas a la creación de instituciones comunes, a la atribución de competencias en favor de estas últimas y a la concesión de las mismas ventajas por parte de los demás Estados miembros”. Se vea: Nikolaos Lavranos, Revisiting Article 307 EC cit.*

30 C-402/05 P y C-415/05 P, *Kadi and Al Barakaat, Conclusiones del Abogado General Poiares Maduro [2008] ECR I-6351, par. 34.*

31 *Conclusiones del Abogado General Poiares Maduro cit. par. 44.*

32 “*La relación entre el Derecho internacional y el ordenamiento jurídico comunitario se rige por este último, y el Derecho internacional únicamente puede penetrar en ese ordenamiento jurídico con sujeción a las condiciones que establecen los principios constitucionales de la Comunidad*”, *Conclusiones del Abogado General Poiares Maduro cit, par. 24.*

33 *Andrea Gattini, Joined Cases op. cit., p. 235.*

inicial que *Kadi II* no presenta la retórica poderosa presente en *Kadi I*. El adjetivo “constitucional” fue empleado nueve veces en *Kadi I*, mientras que “constitucional” ha sido recordado sólo dos veces en *Kadi II* y conviene recordar que en la primera de estas dos citas, el TJUE estaba resumiendo su primera decisión<sup>35</sup>. Otra diferencia evidente en la terminología empleada por el TJUE es la ausencia de la palabra “autonomía” en *Kadi II*. Estas consideraciones pueden llevar a considerar *Kadi II* como diferente de *Kadi I*, pero cuando se mira en el fondo de la decisión que es posible encontrar una fuerte continuidad. En *Kadi II*, la Corte rechazó el argumento según el cual el reglamento impugnado gozaba de inmunidad desde el control judicial. Lo hizo confiando en su decisión anterior y tomando en préstamo el mismo razonamiento, ya que “*los diferentes factores que respaldan la solución alcanzada por el Tribunal de Justicia en la sentencia Kadi, expuestos en los apartados 291 a 327 de dicha sentencia, no han experimentado evolución alguna que pueda justificar que se ponga de nuevo en entredicho tal solución. En síntesis, tales factores están relacionados con la garantía constitucional que representa, en una Unión de Derecho*” ( párr. 66 ). Como consecuencia, todos los actos de la UE deben ser revisados por el cumplimiento de los derechos fundamentales (párr. 67). También confirmó que la intensidad de la revisión, en principio, debe ser “full”, confirmando su precedente. El TJUE también mostró que no sufrió de la presión que venía de un contexto internacional y de los círculos académicos, ya que no tuvo

miedo de las posibles repercusiones de esta decisión sobre casos de *de-listing* que están todavía pendientes. Construyó el caso como un caso de “interno” por lo menos por dos razones: en primer lugar, porque el tema se refería a un acto de la UE, en segundo lugar, porque se trataba de una posible violación de algunos derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico de la UE. Por lo tanto, el TJUE confirmó el enfoque seguido en *Kadi I* y la idea de autonomía derivada de esa decisión. En conclusión, la primera forma de leer *Kadi II* por el TJUE, por tanto, la asimetría que existe entre la forma de esta decisión (que parece abandonar el enfoque grandilocuente utilizado en *Kadi I*) y el fondo de la sentencia que confirma su enfoque hacia el público internacional ley. A pesar de la diferente terminología empleada, si uno va más allá de la forma se puede ver que la confirmación de la idea “*in principio, full review*” confirma la contundente substancia de *Kadi I*.

Para ello, el TJUE llegó a defender el núcleo de la decisión adoptada por el Tribunal General (antiguo Tribunal de Primera Instancia) en *Kadi II*. En esa ocasión, el Tribunal General había aceptado revisar su anterior decisión para conformarse a la decisión revolucionaria del Tribunal de Justicia, que actuó como un “soldado leal”, a pesar de las muchas dudas que tenía sobre la decisión del TJUE<sup>36</sup>. Esto es evidente en los pasajes en los que el Tribunal General quiso recordar las decisiones de otros órganos jurisdiccionales que habían compartido la posición original del antiguo Tribunal de

34 C-584/10 P, C-593/10 P y C-595/10 P, *Commission, Council, United Kingdom v. Yassin Abdullah Kadi*, [www.curia.europa.it](http://www.curia.europa.it)

35 *Kadi II cit*, par. 21-22.

36 T-85/09 *Kadi v Commission* [2010] ECR II-5177, par. 121.

Primera Instancia<sup>37</sup>. En *Kadi II* del TJUE defendió el núcleo de la decisión del Tribunal General apoyando la idea según la cual la Unión Europea presenta un núcleo intocable de principios que no pueden estar afectados por el derecho internacional, ni siquiera por parte de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

#### **4. Una lectura contextualizada de la saga Kadi: El Tribunal de Justicia de la Unión Europea entre definición y identificación**

Como hemos visto, la narrativa *sui generis* creada por decisiones fundamentales como *Van Gend en Loos* y *Costa* responde a la necesidad de una delimitación del resto del derecho internacional, sin la necesidad de definir (por lo menos, no de inmediato) como “constitucional” y sin el esfuerzo de determinar el concepto muy peculiar de este nuevo ordenamiento jurídico. En la última parte de esta contribución, intento demostrar que *Kadi II* pertenece a una nueva generación de decisiones en las que el TJUE no se limita a proclamar la autonomía del derecho de la UE sea desde los derechos nacionales sea desde el derecho

internacional, sino donde trata de identificar un núcleo constitucional de principios cuya violación justifica su intervención, incluso en casos de dudosa jurisdicción. Como Rosas y Armati señalaron: “*in Kadi, the ECJ confirmed and made more explicit a tendency discernible in previous case-law according to which the EU constitutional order consists of some core principles which may prevail over provisions of the Treaties and thus of written primary law*”.<sup>38</sup>

Esto es evidente en la redacción de *Kadi I*, mediante el cual el Tribunal de Justicia sostuvo que: “*En efecto, el artículo 307 CE no podría permitir en ningún caso que se pusieran en entredicho los principios que constituyen las propias bases del ordenamiento jurídico comunitario, y entre ellos el de protección de los derechos fundamentales, que comprende el control de legalidad de los actos comunitarios por parte del juez comunitario en lo que respecta a su conformidad con los derechos fundamentales*”. (párr. 304). Haciéndolo, el Tribunal de Justicia actuó como muchos tribunales constitucionales hacen: de hecho, en estos casos, el TJUE ha seleccionado un grupo de principios que no pueden estar afectados porque su violación implica la negación de los fundamentos axiológicos

37 T-85/09 *Kadi v Commission* [2010] ECR II-5177: “122. Incidentalmente, es preciso señalar que, si bien algunos altos tribunales nacionales han adoptado un enfoque más bien similar al seguido por el Tribunal General en su sentencia *Kadi* [véanse, en este sentido, la resolución del Tribunal fédéral de Lausanne (Suiza) de 14 de noviembre de 2007, en el asunto 1A.45/2007, *Youssef Mustapha Nada c/Secrétariat d'État pour l'Économie*, y la sentencia de la House of Lords (Cámara de los Lores, Reino Unido) de 12 de diciembre de 2007, en el asunto *Al-Jedda v. Secretary of State for Defence* [2007] UKHL 58, que es actualmente objeto del asunto nº 27021/08, *Al-Jedda c. Reino Unido*, pendiente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; en lo sucesivo, «Tribunal EDH»], otros han seguido más bien el enfoque del Tribunal de Justicia al considerar que el sistema de designación del Comité de Sanciones era incompatible con el derecho fundamental a un recurso jurisdiccional efectivo ante un tribunal independiente e imparcial (véase, en este sentido, la sentencia de la Federal Court of Canada de 4 de junio de 2009 en el asunto *Abousfian Abdelrazik v The Minister of Foreign Affairs and the Attorney General of Canada* [2009] FC 580, mencionada en el apartado 69 de la sentencia *Ahmed* y otros de la UK Supreme Court)”.

38 Allan Rosas and Lorna Armati, *EU Constitutional Law. An Introduction* (Hart 2011) p. 43.

en que el ordenamiento jurídico de la UE se funda. A nivel nacional, los estudiosos de derecho constitucional se refieren a este conjunto de principios en diferentes formas – “forma republicana” (“forma Republicana”<sup>39</sup>) en Italia, cláusula de eternidad (“Ewigkeitsklausur”<sup>40</sup>) en Alemania -, pero en la tarea concreta de identificar los principios que se remonta a un núcleo intocable un papel principal siempre ha sido interpretado por los jueces constitucionales. Esto ha sucedido especialmente con referencia a los derechos humanos, cuyo lenguaje ha sido codificado por las constituciones nacionales *grosso modo* desde el final de la Segunda Guerra Mundial. Esta codificación de los derechos ha transformado esas normas dirigidas a proteger los derechos en unos principios constitucionales y que ha convertido los derechos protegidos por esos principios constitucionales en derechos fundamentales, es decir, meta-normas de muchos ordenamientos jurídicos contemporáneos. “*Fundamental rights are to be understood as encompassing those selective and substantive criteria which,*

*together with others, enable judgments of ‘validity’: the recognition of belonging to a legal order, legitimacy, compatibility of institutional behaviour and norms within a given legal-political system*”<sup>41</sup>. Otras evidencias de este enfoque se pueden encontrar en la jurisprudencia del TJUE. Por ejemplo, en algunos casos, el TJUE ha reconocido la existencia de un conjunto de derechos que no pueden ser sometidos a ninguna forma de ponderación, es decir, los derechos absolutos. Un ejemplo de esta forma de proceder es *Schmidberger*<sup>42</sup> cuando el Tribunal de Justicia distingue entre dos grupos de derechos fundamentales: los derechos absolutos (que no admiten restricciones) y otros derechos fundamentales. En cuanto a la segunda categoría de derechos, el Tribunal de Justicia admitió la necesidad de evaluar, a través de un enfoque caso por caso, la proporcionalidad de las posibles restricciones<sup>43</sup>. De este modo, el Tribunal de Luxemburgo abrió el camino para la creación de una jerarquía de principios (y de los derechos). La saga *Kadi* sigue una línea paralela, y con *Zambrano*<sup>44</sup>, pertenece

39 Art. 139 of the Italian Constitution.

40 Art. 79 paragraph (3) of the Basic Law (Grundgesetz-GG) for the Federal Republic of Germany.

41 Gianluigi Palombella, *From Human Rights to Fundamental Rights. Consequences of a conceptual distinction*, EUI Working Paper LAW No. 2006/34, 2006, <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/6400/LAW-2006-34pdf.jsessionid=57A331FDF3245D221C04E57E8469D36?sequence=1>

42 C-112/00 Schmidberger [2003] ECR I-5659.

43 “Por tanto, los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de reunión pacífica garantizados por el CEDH tampoco constituyen -contrariamente a otros derechos fundamentales reconocidos por el mismo Convenio, como el derecho de toda persona a la vida o la prohibición de la tortura y del trato inhumano o degradante, que no toleran ninguna restricción-prerrogativas absolutas, sino que deben considerarse según su función en la sociedad. Por consiguiente, pueden imponerse restricciones al ejercicio de esos derechos, en la medida en que éstas respondan efectivamente a objetivos de interés general y no constituyan, habida cuenta del objetivo perseguido por tales restricciones, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos protegidos”. C- 112/00 Schmidberger [2003] ECR I-5659, par. 80.

44 C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano v Office national de l'emploi (ONEm) [2011] ECR, I-01177. Sobre Zambrano se vean: Kay Hailbronner and Daniel Thym, *Case C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano v. Office national de l'emploi (ONEm), Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 8 Mar. 2011* (2011) 48 *Common Market Law Review* 1253; Anja Wiesbrock, *The Zambrano case: Relying on Union citizenship rights in internal situations* (9 March 2011) <http://eudo.citizenship.eu/news/citizenship-news/449-the-zambrano-case-relying-on-union-citizenship-rights-in-internal-situations>; Secretary of State for the Home Department, [2011] ECR, I-03375, C-256/11, *Dereci and others v. Bundesministerium* Continúa en la siguiente página

al momento de la identificación concreta de un conjunto de valores compartidos y de que es necesario luchar. Los estudiosos han comparado *Kadi* y *Zambrano*, leyéndolas como una parte de una importante jurisprudencia relativa a este proceso de construcción de la identidad. Comentándolas, autores como Von Bogdandy<sup>45</sup> argumentaron la existencia de un núcleo intangible de los derechos fundamentales protegidos por el derecho de la UE, oponible al derecho de la Comunidad Internacional o de los Estados miembros de la UE. Estas dos decisiones son diferentes y similares al mismo tiempo. Ambas han sido criticadas por los estudiosos y son dos expresiones de un Tribunal proactivo. Ambas son decisiones “musculares”, porque demuestran una concepción militante<sup>46</sup> de la función del Tribunal de Luxemburgo, ya que comparten la actitud intervencionista del TJUE en el caso de privación de la substancia de los derechos fundamentales<sup>47</sup> que pertenecen a este núcleo intocable. Y ambas se basan en una especie de presunción en favor del nivel nacional (en *Zambrano*) o internacional (*Kadi*) que conduce al TJUE a considerar su intervención como una especie de *extrema ratio*.

Al mismo tiempo, muestran diferencias importantes: los “interlocutores” en primer lugar, son diferentes (las Naciones Unidas en la saga *Kadi*, los Estados miembros de *Zambrano*) y también los motivos de las críticas son diferentes: a pesar de su impacto diplomático, en *Kadi* la intervención del TJUE se justifica por la existencia de un acto jurídico de la UE, mientras que en el TJUE en el caso *Zambrano* intervino en una situación que según muchos fue puramente interna<sup>48</sup>.

En *Zambrano* la Corte emitió en unas pocas páginas una sentencia revolucionaria, que se caracteriza por el razonamiento jurídico pobre<sup>49</sup>, oscuro y deja muchas preguntas abiertas, el producto de un Tribunal, que tiene miedo de su propio activismo. *Kadi* fue criticado, en cambio, por ser demasiado unilateral, incluso “chauvinist and parochial”<sup>50</sup>. Muchos estudiosos estaban seguros de que otra decisión como la de *Kadi I* era casi imposible, pero el TJUE ha reiterado su mensaje a la Comunidad internacional, lo que confirma la audacia de la Corte<sup>51</sup>. Esto me lleva a mi último punto: *Kadi I* (pero lo mismo se aplica a *Kadi II*) ha sido acusado de favorecer a los conflictos

---

für Inneres, nyr, C-40/11 - lida, nyr, Joined Cases C 356/11 and C 357/11 / Judgment - O, S v Maahanmuuttovirasto and Maahanmuuttovirasto v L., C 87/12, Kreshnik Ymeraga, www.curia.europa.eu

45 Armin Von Bogdandy, Matthias Kottmann, Carlino Antpöhler, Johanna Dickschen, Simon Hentrei and Maja Smrkolj, *Reverse Solange. Protecting the essence of fundamental rights against EU member States (2012)* 49 *Common Market Law Review* 489.

46 Sobre la idea de democracia militante se vea: Karl Loewenstein, *Militant Democracy and Fundamental Rights*, *I' American* (1937) 31 *Political Science Review*, p. 417.

47 Daniel Sarmiento, *The EU's Constitutional Core*, cit. pp. 186-187.

48 Se vea las contundentes Conclusiones del Abogado General Sharpston al caso *Zambrano*, especialmente al par. 90 y ss.

49 Sobre esto se vea: Urška Šadl, *Ruiz Zambrano as an Illustration of How the Court of Justice of the European Union Constructs Its Legal Arguments (2013)* 9 *European Constitutional Law Review* 205.

50 Gráinne de Búrca *The European Court of Justice and the International Legal Order After Kadi (2010)* 51 *Harvard International Law Journal* 1. Véase I. Gordillo Pérez, *Interlocking Constitutions: Towards an Interordinal Theory of National, European and UN Law (Hart 2012)* 305.

51 Se puede comparar, en este sentido, la decisión del TJUE con las Conclusiones del AG Bot al caso *Kadi II*.

sistémicos, de ser “ciegos” desde el punto de vista diplomático<sup>52</sup>. Sin embargo, mirando a la cuestión desde el punto de vista elegido por el TJUE, que asumió un enfoque constitucional, estas consideraciones pierden atractivo y la conclusión repetida por el TJUE se vuelve coherente con las premisas de la decisión (la existencia de un fuerte núcleo axiológico en la legislación de la UE). En este sentido hay que mirar a *Kadi* II como un juicio emblemático que va más allá de la situación particular del Sr. Kadi. La confirmación viene dada por la elección del TJUE de decidir la cuestión frontalmente a pesar del “de-listing” de *Kadi* I y del diferente enfoque propuesto por el Abogado General Bot<sup>53</sup>. Ahora está por ver si *Kadi* I y II influirá en la larga lista de casos parecidos pendientes en este ámbito. Probablemente el TJUE consideró necesario enviar un fuerte mensaje a la ONU, sólo para dejar en claro las bases de una futura convergencia. No sería la primera vez en la historia de la UE e incluso en un nivel comparativo, es posible detectar decisiones similares dictadas por

los tribunales nacionales. Estas decisiones insisten en la necesidad de preservar los derechos constitucionales a nivel nacional con el fin de “justificar” el incumplimiento de ciertas obligaciones internacionales (como en *Kadi*)<sup>54</sup> o que permiten la intervención federal en un dominio del Estado (como en *Rottmann* o *Zambrano*) sobre la base de la necesaria preservación de esas cláusulas de homogeneidad a través del cual la Constitución federal limita las cartas fundamentales de sus Estados miembros<sup>55</sup>. En efecto, los que critican *Kadi* I y II se olvidan de la importancia de que los conflictos han tenido tradicionalmente en el desarrollo del orden jurídico de la UE. Es suficiente pensar en la génesis del artículo 6 del TUE – que codifica el compromiso de la UE sobre los derechos humanos - para encontrar una prueba de esto. En efecto, este artículo era el subproducto de un largo enfrentamiento entre los tribunales constitucionales y el Tribunal de Justicia iniciado en los años 70 después de la decisión *Internationale Handelsgesellschaft*<sup>56</sup> que provocó la

52 Se vea, sobre este debate: Joris Larik, *Two Ships in the Night or in the Same Boat Together: How the ECJ Squared the Circle and Foreshadowed Lisbon in its Kadi Judgment* (2010) 13 *Yearbook of Polish European Studies*, pp. 149.

53 Uno podría comentar sobre las posibilidades ofrecidas al TJUE por el Art. 149 del Reglamento de procedimiento: “Si el Tribunal constata que el recurso ha quedado sin objeto y que procede su sobreseimiento, podrá decidir en cualquier momento, de oficio, a propuesta del Juez Ponente y tras oír a las partes y al Abogado General, resolver mediante auto motivado. En tal caso decidirá sobre las costas.”

54 Se vea por ejemplo el caso de la *Madras High Court*, *Novartis Novartis v. Union of India & Others.*, Judgment of 6 Aug. 2007: [http://judis.nic.in/judis\\_chennai/qrydispfree.aspx?filename=1121](http://judis.nic.in/judis_chennai/qrydispfree.aspx?filename=1121): “We have borne in mind the object which the Amending Act wanted to achieve namely, [...] to provide easy access to the citizens of this country to life saving drugs and to discharge the [legislature’s] Constitutional obligation of providing good health care to it’s [sic] citizens.” (id. at para.19). Sobre esto: Eyal Benvenisti and George W. Downs, *National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law* (2009), 20 *European Journal of International Law* 72. Mas recientemente (1 de Abril 2013) también el Tribunal Supremo de India se ha pronunciado sobre el caso, <http://supremecourtfindia.nic.in/ottoday/patent.pdf>.

55 Se vea por ejemplo el Art. 28 del Grundgesetz-GG alemana. Sobre esto se vea: Francesco Palermo, *La forma di stato dell’Unione europea* cit.

56 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft* [1970] ECR 1125 donde el TJUE dice: “...que la alegación de violaciones de los derechos fundamentales, tal como están formulados por la Constitución de un Estado miembro, o de los principios de una estructura constitucional nacional no puede afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto en el territorio de dicho Estado” (par. 3).

reacción de los guardianes constitucionales nacionales con la doctrina *Solange* y con los contra-límites<sup>57</sup>. Sin entrar en el debate sobre las similitudes (y diferencias) existentes entre *Kadi* y *Solange*, las doctrinas *Solange*<sup>58</sup> y los contra- límites son un perfecto ejemplo de la importancia de los conflictos constitucionales para el desarrollo del orden jurídico de la UE. La reacción de los tribunales constitucionales podían representar una potencial crisis del proceso europeo, pero en realidad fueron un punto de inflexión, abriendo una nueva etapa en la jurisprudencia del TJUE y de los Tribunales Constitucionales.

Esto no quiere decir que después de que aquella temporada los conflictos confrontación se desvanecieron. Al contrario, los enfrentamientos judiciales siguen siendo frecuentes en la vida del ordenamiento jurídico multinivel. Esto es coherente con las explicaciones dadas por los estudiosos interesados en los conflictos: a pesar de que los agentes que operan en este campo ahora comparten la necesidad de respetar los bienes constitucionales (los derechos fundamentales) concebidos como fundamentales por la jurisprudencia de los varios niveles, siempre es posible tener

discrepancias interpretativas. Creo que esta es la descripción que mejor explica el estado actual de la relación entre el Tribunal Constitucional y el TJUE: son tribunales competidores y antagonistas, pero esto no es patológico en absoluto, ya que también una situación parecida se da en otros contextos<sup>59</sup>. Más en general, los conflictos pertenecen a la vida de entidades políticas constitucionales. Esto ha sido demostrado por los estudiosos de la sociología y la ciencia política (sobre todo en lo que respecta a los conflictos sociales), pero en general los conflictos pertenecen a la esencia del constitucionalismo como tal que tiene una (y no irénica) la naturaleza “polémica”<sup>60</sup> porque insiste en una interminable fricción entre la libertad y el poder, como escribió Luciani<sup>61</sup>. En este sentido *Kadi* es la manifestación (en su mejor momento) del espíritu “polémico” del derecho constitucional europeo<sup>62</sup>: es probable que, incluso después de la sentencia *Kadi*, los conflictos - como expresión de desacuerdo de interpretación - no vayan a desaparecer por arte de magia. Tal vez la saga *Kadi* allanará el camino para una nueva temporada de la contestación y, con suerte, para una mejor protección de los derechos fundamentales a nivel internacional.

57 Paolo Barile, *Ancora su diritto comunitario e diritto interno*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea costituente*, VI (Vallecchi 1969), pp. 33-54, p. 49. Corte Costituzionale, decision No. 183/1973; decisiones No. 170 of 5 June 1984 y No. 232/1989.

58 BVerfGE 37, 271 (*Solange I*); 73, 339 (*Solange II*); se vean también BVerfGE 89, 155, BVerfGE 102, 147.

59 Daniel Halberstam, *Constitutional Heterarchy: The Centrality of Conflict in the European Union and the United States* in Jeffrey Dunoff and Joel Trachtman (eds.), *In Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance* (Cambridge University Press 2009) pp. 326-355: “In one important sense, however, the relationship between the European Union and its Member States is, of course, different from that between the United States and the several states. In the United States, the relationship between federal and state law, and, in particular, between the federal Supreme Court and the state judiciary, are fully ordered...In the European Union, by contrast, the relationship between the central and component state legal orders is fundamentally unsettled”.

60 Giuseppe Martinico, *The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process: The Frustrating Knot of Europe* (Routledge 2012), pp. 107-162

61 Massimo Luciani, “Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico”, [http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/costituzionalismo\\_irenico/index.html](http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/costituzionalismo_irenico/index.html).

62 Giuseppe Martinico, *Lo spirito polemico del diritto europeo. Studio sulle ambizioni costituzionali dell'Unione*, Roma, Ed. Aracne 2011.



# EL NECESARIO PASO DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA A LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN UN PARADIGMA CONSTITUCIONAL

*M.Sc. Julián Castro Argueta \**

*“Se dirá: ¿pero las Constituciones positivas imponiendo la soberanía sobre la cual todavía se basan, no pueden ir por su cuenta? ¿No es el constitucionalismo de nuestro tiempo quizás una frágil ideología o una vaga aspiración? (...) ¿es también lejanamente imaginable una constitución que empiece diciendo que la dignidad humana no es respetada, que es admitida la discriminación entre los seres humanos, que la libertad es proscrita, que la injusticia se eleva a valor?”*

**Gustavo Zagrebelsky**

**SUMARIO:** 1. La interpretación jurídica 1.1. Escuela francesa de la exégesis 1.2. Escuela histórica alemana 1.3. Escuela anglosajón. La jurisprudencia analítica inglesa y el formalismo en Estados Unidos 2. Positivismo jurídico 3. Positivismo jurídico y formalismo interpretativo 4. El cambio de paradigma 5. Constitucionalización del orden jurídico 6. Paradigma postpositivista o constitucional 7. La argumentación jurídica: La concepción material y el necesario vínculo entre moral y derecho 8. Paradigma postpositivista o constitucional y argumentación jurídica 9. Conclusiones 10. Bibliografía

## **1. La interpretación jurídica**

En el presente ensayo no se pretenderá abarcar exhaustivamente las doctrinas históricas de la interpretación jurídica<sup>1</sup>, pues

exceden los objetivos del estudio, pero sí es necesario realizar una breve mención sobre la principal escuela de interpretación jurídica a lo largo de la historia, pues es la que más auge y difusión ha tenido en la doctrina jurídica. Su alianza ideológica con una visión tradicional del derecho como es el positivismo, le ha permitido ser la doctrina mayoritaria, en donde las otras visiones únicamente gravitan por ser teorías críticas de este enfoque dominante. Esta perspectiva de la que estamos hablando es la que establece a la interpretación jurídica como un método tradicional o formalista.

El análisis prioritario de esta perspectiva no es una negación de las diferentes escuelas de la interpretación jurídica, sino que tiene como intención esclarecer lo que suele entenderse como interpretación jurídica desde un punto

<sup>1</sup> Abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Master en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante. Además cuenta con un Maestría en Sociología Jurídica- Penal por la Universidad de Barcelona. Egresado de la Maestría en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad de Lomas de Zamora, Argentina. Para una mejor información al respecto, se puede referir a la tesis doctoral de Isabel Lifante, *La interpretación en la Teoría del Derecho Contemporánea*. Universidad de Alicante. Facultad de Derecho.

de vista histórico y, así, desentrañar un concepto que es sumamente ambiguo. Por ende, el fin es dejar patente a cuál visión del derecho suele asociarse la interpretación y cómo, dentro de un cambio de paradigma, lo consecuente sería replantearnos también un cambio de método para llegar a conclusiones de los textos jurídicos.

En esta línea, es menester señalar que el surgimiento de los procesos de codificación tuvo como consecuencia el nacimiento de la ciencia jurídica moderna, que tiene su fundamento en una perspectiva positivista del derecho, dejando de lado las posiciones iusnaturalistas que habían dominado el pensamiento jurídico previo a la codificación. Así, se dio un giro a la forma en que se enfoca la interpretación, pues ésta dejaría de ser la integración de las normas –propia del paradigma del derecho natural-, y sería sustituido por la visión de que se trata de una actividad dirigida a la comprensión de la voluntad del creador de la norma a través de la expresión. Como se puede observar, se dio un salto de una posición amplia de la interpretación –iusnaturalista- a una posición restringida que la entenderá solo como comprensión de la voluntad de la norma. Al respecto, la profesora de la Universidad de Alicante Isabel Lifante<sup>2</sup> afirma que “este replanteamiento del método sería precisamente la primera y más importante consecuencia del tránsito del iusnaturalismo al positivismo”.

Lo anterior dio paso al nacimiento en el siglo XIX de “dos grandes métodos interpretativos

que pugnan durante este siglo en la ciencia jurídica: el método tradicional o formalista y el método teleológico”<sup>3</sup>. Sin embargo, por los objetivos generales de este trabajo, nos enfocaremos en el método tradicional, por su relación intrínseca con el positivismo. En este sentido, este método lo podemos definir, siguiendo la explicación de Lifante<sup>4</sup> como un “esquema tradicional o formalista el positivismo jurídico atribuye a la ley (entendida como mandato del soberano) la primacía sobre cualquier otra fuente del Derecho, y considera al conjunto de las leyes, en cuanto emanaciones de una presunta voluntad racional, como un sistema normativo completo y coherente; de este modo, la interpretación se disuelve en un procedimiento lógico que asigna al juez una función meramente declarativa”.

Siguiendo esta línea argumentativa, entre las escuelas que podemos definir como formalistas podemos encontrar la escuela francesa de la exégesis, la escuela histórica alemana y la jurisprudencia analítica inglesa.

### **1.1. Escuela francesa de la exégesis**

La escuela francesa basó su visión en un hecho determinante en la dogmática moderna como sería la codificación del derecho, lo que permitió dar el paso definitivo del iusnaturalismo al positivismo jurídico. Por eso, la codificación va a suponer un hito importante en el concepto de interpretación jurídica. Es bajo este contexto histórico –la obra codificadora de Napoleón- que surge la escuela exégesis francesa.

<sup>2</sup> Lifante, Isabel. (2008). *La interpretación jurídica y el Paradigma constitucionalista. Anuario de Filosofía del Derecho* Número XXV, 2008. Pág. 28.

<sup>3</sup> Lifante, Isabel. (1997). *op. cit.* . Pág. 26.

<sup>4</sup> Lifante, Isabel. (1997). *op. cit.* Pág. 27.

De esta forma, desde esta concepción, la interpretación se concibe únicamente como una investigación de la intención o voluntad del legislador, una mera explicación de la ley, es decir, interpretar es descubrir, dilucidar el sentido exacto y verdadero de la ley, la voluntad del legislador, la cual es completa.

En otras palabras, esta voluntad, que se descubre a partir del texto de la ley, también debe considerarse como su expresión. Todo está en el Código, y el jurista tiene que acercarse a éste, precisamente, con esta convicción. Como se puede observar, el enfoque de esta escuela se fundamenta en la idea de la plenitud del derecho, por lo que la función judicial pasará a ser una mera operación técnica que se adecua a la lógica, por lo que no representa elementos ideológicos o políticos. Por ende, se supone que el derecho siempre ofrece una solución correcta, que se descubre, bien indagando la voluntad del legislador, o bien obteniendo unos principios generales a partir de la norma positiva.

## **1. 2. Escuela histórica alemana**

Ahora bien, la otra gran escuela de la teoría formalista fue la contribución que realizó el jurista Savigny, aporte que fue realmente decisivo. En este sentido nos aclara la profesora Lifante<sup>5</sup> que este autor alemán fue “quien formuló los cuatro cánones de la interpretación que han sido asumidos, con escasas modificaciones, por todos los autores posteriores”. Estos cuatro elementos de la interpretación serían el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático.

No obstante, es preciso aclarar que estas cuatro operaciones, aunque distintas no son separadas entre sí, sino que un análisis de las cuatro es necesario para llevar a cabo la interpretación jurídica. Por ende, esta posición alemana se acerca a la visión de la exégesis francesa, pues también comparte una visión de plenitud del derecho, donde por medio de una descomposición lógica y formal es posible atender a la expresión y voluntad del legislador, pero también agrega el contexto histórico en que se dio la norma, es decir, la época en que se dictó la norma. Lo anterior, establece el derecho desde un gran conceptualismo jurídico donde se le mira como sistema coherente y coordinado.

## **1.3. Escuela anglosajón. La jurisprudencia analítica inglesa y el formalismo en Estados Unidos**

Como consecuencia del nominalismo inglés y el utilitarismo británico se dio el inicio de una nueva escuela formalista. Para entender mejor esta escuela, Lifante<sup>6</sup>, desde Atiyah y Summers, hace un esquema sobre los rasgos más importantes de esta escuela, siendo estos: “1) Creencia en que el sistema jurídico es algo esencialmente completo y comprensión y que, por tanto, contiene respuestas preexistentes para todas las cuestiones que puedan suscitarse. 2) Creencia en que la doctrina de la separación de poderes es un atributo inherente y necesario de todo sistema jurídico, de modo que sólo los legisladores, y no los tribunales, pueden crear derecho (...) 4) Creencia que el verdadero derecho consiste en reglas de Derecho en los libros, con independencia de las divergencias

5 Lifante, Isabel. (1997). *op. cit.* Pág. 34.

6 Lifante, Isabel. (1997). *op. cit.* Pág. 42 y 43.

entre éste y el Derecho en acción. 5) Creencia en que la elevada abstracción y generalidad son virtudes del Derecho (...) 6) Creencia en el recurso a la lógica interna de los conceptos jurídicos que aparecen en las reglas como la herramienta primordial del razonamiento jurídico (conceptualismo). 7) Creencia en que las decisiones judiciales deben justificarse mediante la subsunción de su resultado bajo conceptos generales plasmados en las reglas jurídicas relevantes. 8) Creencia en la certeza y predecibilidad como los máximos ideales jurídicos”.

Esta última escuela viene a ser un tipo de eslabón con las dos anteriores que cierra esa tendencia de ver al derecho como un sistema completo y coherente, que impulsa la separación de poderes, donde solo el legislador puede crear derecho y la labor del jurista es meramente una técnica lógica para encontrar la voluntad del legislador, lo que permite aceptar una posición predecible sobre la consecuencia que dictaminará la interpretación. Además, el intérprete utiliza el método de subsunción, pues únicamente trabaja con reglas previamente establecidas y claras. Por ende, en estas escuelas el trabajo del intérprete es mínimo y solo aplicable en un contexto de ambigüedad u oscuridad del texto normativo.

Como se mencionó al inicio de la investigación, esta visión formalista de la interpretación jurídica no es la única pero sí ha sido la más aceptada por la doctrina mayoritaria jurídica o, en todo caso, otras teorías se han erigido como simples críticas a este enfoque, con lo cual han aportado poco o casi nada a la teoría de la interpretación.

Así, si hacemos un análisis minucioso de estos métodos comprenderemos que los mismos tienen su explicación en una visión formalista de la interpretación, pues se enfoca en una visión lógica y sistemática del derecho, donde lo que se expresa es la voluntad del legislador –la cual es enunciada mediante palabras en un texto- que se da en un contexto histórico, que puede ser reconstruido lógicamente a sus fines y puede ser comparado con otros ordenamientos jurídicos.

De este modo, aunque ya habíamos indicado que el paso al positivismo jurídico había propiciado este enfoque de la interpretación, ahondaremos con mayor profundidad en esta conexión. Por eso, en el próximo apartado se hará un breve análisis sobre lo que entendemos por positivismo, para reconstruir su relación con el formalismo interpretativo.

## **2. Positivismo jurídico**

Antes de entrar a explicar una doctrina tan extensa como el positivismo jurídico es menester hacer dos advertencias. La primera es que en el presente ensayo no se realizará una exhaustiva explicación de sus postulados o tesis, pues, no solo sería propio de una investigación dedicada absolutamente a eso, excediendo los objetivos de este estudio, pero además –segunda advertencia- el positivismo jurídico es una heterogénea “familia” de autores y teorías muy diversas, que en ciertos contextos es más apropiado hablar de varios positivismos jurídicos y no de uno solo. No obstante, como en este ensayo el interés pasa por explicar la relación entre esta doctrina y el

---

7 Atienza, Manuel. (2001). *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel. Pág. 100-103.

formalismo interpretativo recién expuesto y si se da un cambio en uno es inevitable el cambio en el otro, nos daremos a la idea de establecer los postulados y tesis que comparten las diferentes visiones del positivismo, sin las cuales serían imposible hablar de esta doctrina.

En fin, según el filósofo del derecho H. L. Hart y su tesis de las fuentes sociales y de la separación conceptual, seguida por Manuel Atienza, en su texto “El sentido del Derecho”<sup>7</sup>, existe un “común denominador” compartido por los diversos iuspositivismos, como serían las siguientes dos tesis: 1) Tesis de las fuentes sociales del Derecho: sólo es Derecho el Derecho positivo, es decir, los diversos ordenamientos jurídicos positivos vigentes en cuanto fenómenos sociales y variables históricamente; 2) Tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral: el concepto de Derecho no debe caracterizarse según propiedades valorativas, sino tomando en cuenta únicamente propiedades descriptivas; es decir: la calificación de algo como Derecho es independiente de su posible justicia o injusticia. No existe una conexión conceptual o necesaria entre Derecho y moral.

Ahora bien, desde estos dos postulados que se representan como un mínimo común del positivismo podemos extraer ocho postulados que explican adecuadamente lo que es el paradigma positivista. Es menester aclarar que en este apartado seremos sumamente

breves, pues los puntos del paradigma positivista se encuentran explicados de forma completa y adecuada por el profesor Aguiló Regla<sup>8 9</sup>. Así, siguiendo el planteamiento de Aguiló<sup>10</sup>, estos postulados son los siguientes: a. El modelo de las reglas: el modelo adecuado para explicar (o dar cuenta de) la estructura de un sistema jurídico es el modelo de las reglas. Por reglas hay que entender normas que correlacionan la descripción cerrada de un caso con una solución normativa. El ideal regulativo es el de la tipicidad, es decir, normas generales y cerradas cuya aplicación no exige (más bien excluye) cualquier forma de deliberación práctica o de valoración; b. El modelo de las relaciones lógicas entre normas: es factible afirmar que entre las normas (las reglas) de un sistema jurídico se dan relaciones lógicas de deducibilidad; c. La correlatividad entre derechos y deberes: los enunciados jurídicos de derechos relativos a un sujeto o una clase de sujetos son siempre reducibles a enunciados de deberes de otro u otros sujetos. Derechos y deberes son, pues, correlativos; d. El modelo de la subsunción: congruentemente con el modelo de las reglas, el arquetipo de razonamiento jurídico es el razonamiento subjuntivo; e. Modelo de la oposición fuerte entre crear y aplicar normas: “crear normas” y “aplicar normas” son operaciones conceptualmente opuestas. Crear normas es una actividad centralmente política y/o moral, es decir, extra-jurídica.

En otras palabras, es una cuestión de voluntad. Por el contrario, aplicar normas

8 Aguiló, Joseph. (2007). *Positivismo y Postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. En Revista Doxa. N° 30. Alicante. Pág. 669-675.*

9 Aguiló, Joseph. (2007). *Sobre Derecho y argumentación. Madrid: Muntaner. Pág. 11-26.*

10 Se indica que Aguiló señala diez postulados en lugar de ocho como los aquí estudiados, sin embargo, la eliminación de estos dos postulados en el presente trabajo se debe a que lo relevante de estos postulados para el ensayo actual es la relación entre positivismo y formalismo interpretativo, por lo que se considera que estos ocho puntos sirven para explicar adecuadamente esta relación.

es una actividad fundamentalmente técnica y estrictamente jurídica. No es una cuestión de voluntad, sino de conocimiento; f. Los juicios formales de la validez de las normas: el Derecho es creado y la existencia de las normas jurídicas depende de la ocurrencia de hechos contingentes de creación. Como consecuencia de ello, el Derecho puede tener cualquier contenido. El Derecho, pues, no se identifica por su contenido, sino por su forma. La identificación de las normas jurídicas es una cuestión formal. El origen de las normas (no su contenido) es el que determina su juridicidad; g. La distinción entre casos regulados y casos no regulados: conforme al modelo de las reglas y a la oposición fuerte entre creación y aplicación de normas, la clasificación más importante (o más significativa) de los casos jurídicamente relevantes es la que distingue entre casos regulados (resueltos por el sistema de reglas) y casos no regulados (no resueltos por el sistema de reglas); h. De la separación tajante entre el lenguaje del Derecho y el lenguaje sobre el Derecho: en este paradigma, el lenguaje del Derecho, de las normas, es lenguaje prescriptivo y, en consecuencia, no tiene valor de verdad.

### **3. Positivismos jurídico y formalismo interpretativo**

De este modo, y después de realizar una somera distinción de los principales puntos del formalismo interpretativo y del positivismo jurídico, no es difícil establecer líneas en común entre estas dos teorías, que nos lleva a asegurar como una visión formalista en cuanto a la interpretación responde a

la dogmática del positivismo jurídico. En este sentido, ambas teorías responden a un enfoque del derecho como un sistema completo, comprensivo y coherente (el sistema jurídico), donde los valores de certeza y predecibilidad se imponen sobre la arbitrariedad del juzgador, pues el derecho está dado por el legislador, por lo que el único paso a seguir es mostrar la intención del legislador, haciendo una clara distinción entre el creador de la norma y el aplicador de la misma. Así, al ser un sistema lógico se basa en el modelo de reglas, además de la inevitable relación lógica entre las normas que permite sustentar esta visión de certeza, pues es un sistema coherente y lógico que por medio de un análisis de sus reglas es posible llegar a una única solución posible, la cual había sido prevista por el legislador. Además, como el derecho es un sistema coherente y completo basado en reglas que encuentra sus respuestas en su misma lógica interna, el derecho no necesita de otros saberes para fundamentarse, por lo que se instaura una teoría pura del derecho, es decir, “una teoría descontaminada de cualquier influencia exterior al propio derecho, bien provenga del campo de la moral, bien del de la sociología o psicología. Es en este marco donde se encuadra su idea de que la ciencia del derecho debe limitarse a conocer los distintos significados posibles de una norma jurídica sin decantarse, bajo ningún pretexto, por uno u otro de ellos”<sup>11</sup>. Por estas razones, estas teorías siguen propugnando una doctrina de la separación de poderes absoluta, pues es un atributo inherente y necesario de un estado de derecho, de modo que solo los legisladores y no los tribunales, pueden crear derecho.

---

<sup>11</sup> Lifante, Isabel. (1997). *op. cit.* Pág. 77.

Igualmente, ambas visiones mantiene una separación tajante en cuanto al tema de la moral y el derecho, por lo que nunca se cuestionará si existen fundamentos morales para las normas.

Al respecto, es relevante señalar que estas visiones todavía no solo se enseñan en nuestras facultades de derecho, sino que siguen siendo las orientaciones principales en esta enseñanza. Por ejemplo, en Costa Rica se utiliza el texto “Derecho de la Constitución” del constitucionalista costarricense Rubén Hernández, quien en su capítulo sobre interpretación únicamente se dedica a describirla desde la óptica del método tradicional o formalista comentado.<sup>12</sup>

La cual, por método, es acrítico. De esta forma, como consecuencia lógica de esta educación, la mayoría de los abogados suelen seguir expresando los principios del positivismo jurídico y del formalismo interpretativo cuando critica ciertos fallos de los Tribunales Constitucionales que, para ellos, estaría “usurpando” las labores del Poder Legislativo. Así, muchas de las críticas contra los Tribunales Constitucionales tienen como fundamento la teoría del positivismo jurídico y del formalismo interpretativo.

#### **4. El cambio de paradigma**

Sin embargo, y en contra de la visión que se planteó, una parte de la doctrina contemporánea jurídica ha venido propo-

niendo la crisis y eventual muerte del positivismo jurídico –y consecuentemente el formalismo interpretativo- y el inevitable paso a un nuevo paradigma constitucional o postpositivista. Al respecto, afirma Atienza<sup>13</sup> que “el positivismo ha agotado su ciclo histórico, como anteriormente lo hizo la teoría del Derecho Natural. Al igual que Bloch escribió que la escuela histórica ha crucificado al Derecho natural en la cruz de la historia, hoy podría afirmarse que el constitucionalismo ha crucificado al positivismo jurídico en la cruz de la Constitución”.

La crisis del positivismo jurídico es derivada de la crisis de los estados de derecho liberal en la segunda guerra mundial. Para entender esta problemática, el jurista Perelman, en su clásico texto “La lógica jurídica y la nueva retórica” (1988)<sup>14</sup> realiza una breve reseña histórica sobre la problemática vivida en la segunda guerra mundial con el estado nacional socialista y la ineficaz respuesta del positivismo jurídico a las cuestiones éticas que este problema planteaba. En este sentido, nos comenta Perelman<sup>15</sup> que “con el advenimiento de un Estado Criminal como fue el Estado nacionalista, incluso a los positivistas probados como Gustavo Radbruch les fue imposible seguir defendiendo la tesis de que “la ley es la ley” y que “el juez debe ajustarse a ella en todo caso”. Continúa explicando el autor que “los sucesos ocurridos en Alemania después de 1933 demostraron que es imposible identificar el derecho con la ley”. Ante esta situación en donde el positivismo

<sup>12</sup> Se enseñan simplemente los conceptos de interpretación gramatical o literal, interpretación lógica, interpretación sistemática, interpretación histórica, interpretación genética, interpretación comparativa, e interpretación teleológica. Hernández, Rubén. (1993). *Derecho de la Constitución*. San José: Juricentro. Pág. 198.

<sup>13</sup> Atienza, Manuel. (2006). *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel. Pág. 44.

<sup>14</sup> Perelman, Chaim. (1988). *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid: Civitas.

<sup>15</sup> Perelman, Chaim. (1988), *op. cit.* Pág. 96 y 97.

jurídico fue sobrepasado por la oleada del Estado criminal nazi, Perelman nos enseña no un regreso al derecho natural, pero sí la necesidad de respetar ciertos principios a la hora en que el juez debe aplicar la normativa en un caso concreto. Así, nos señala Perelman<sup>16</sup> que “el derecho judicial se elabora con ocasión de conflictos, que el juez debe arbitrar, buscándoles soluciones convincentes y satisfactorias en derecho o lo que es lo mismo bien motivadas, y toda nueva legislación no hace otra cosa que responder a una necesidad del medio político, económico y social”. Es en ese sentido que se empieza a resquebrajar la fuerte coraza lógica del positivismo jurídico y dar paso una visión necesaria y diferente: el paradigma constitucional o postpositivista, producto de la llamada constitucionalización del orden jurídico.

## 5. **Constitucionalización del orden jurídico**

Al respecto, Aguiló<sup>17</sup> manifiesta que “la expresión constitucionalización del orden jurídico, alude a un proceso histórico que ha tenido lugar en países europeos y latinoamericanos, que es el resultado del constitucionalismo que se ha desarrollado y practicado desde la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días y que está produciendo una transformación profunda en la concepción del Estado de Derecho. En esta transformación del Estado de Derecho, que puede sintetizarse en la fórmula “del Estado

legal de Derecho al Estado constitucional de Derecho” (o “del imperio de la ley” al “imperio de la constitución”), se ha situado también la crisis del paradigma positivista en la cultura jurídica y el tránsito hacia un paradigma postpositivista”. En una línea similar, el jurista argentino Jorge Alejandro Amaya<sup>18</sup> afirma que “esa constitucionalización está impulsando una nueva teoría del derecho, cuyos rasgos, en términos de García Figueroa, aun está por definir”. Continúa explicando Amaya, con una cita de Carbonell, que “en los últimos años ha crecido notablemente la atención que la teoría del derecho ha dispensado a las transformaciones experimentadas por los sistemas jurídicos en su tránsito desde el Estado de derecho sin más especificaciones hacia el Estado constitucional. De hecho, el papel que juega la Constitución en los actuales sistemas jurídicos ha llegado a condicionar inmensamente el discurso filosófico-jurídico, hasta el punto de fundar nada menos que una nueva teoría del derecho aún por definir, cuyo presupuesto sería el paradigma del constitucionalismo”.

Para tener mayor claridad sobre este proceso histórico, el jurista italiano Ricardo Guastini, seguido por Aguiló<sup>19</sup> señala que “este proceso es el resultado de la combinación de un conjunto de factores que pueden darse en mayor o menor medida en un orden jurídico determinado”. Estos factores, que son una cuestión de grado, según los menciona Aguiló<sup>20</sup> de su lectura de Guastini, son los siguientes: 1) El orden jurídico cuenta con una Constitución rígida que incorpora una

<sup>16</sup> Perelman, Chaim. (1988), *op. cit.* Pág. 115.

<sup>17</sup> Aguiló, Joseph. (2007). *Positivismo y Postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. En Revista Doxa.* N° 30. Alicante. Pág. 666.

<sup>18</sup> Amaya, Jorge Alejandro. (2014). *Democracia y minoría política.* Buenos Aires: Astrea. Pág. 07.

<sup>19</sup> Aguiló, Joseph. (2007), *op. cit.* Pág. 666 y 667.

<sup>20</sup> Aguiló, Joseph. (2007), *op. cit.* Pág. 666 y 667.

relación de derechos fundamentales; 2) Está prevista la garantía jurisdiccional de la Constitución; 3) Se considera que las normas constitucionales son susceptibles de ser aplicadas directamente; 4) Se impone el modelo de la interpretación de las leyes conforme a la Constitución; 5) Se produce una fuerte influencia de la Constitución en el debate y el proceso políticos.

Sin embargo, me parece relevante hacer una mención especial a los siguientes puntos<sup>21</sup>:

- 1) Se reconoce la fuerza normativa vinculante a la Constitución. Ello supone que todos los enunciados de la Constitución se interpretan—independientemente de su estructura y de su contenido— como normas jurídicas aplicables que obligan a sus destinatarios. Desaparece de esta manera la vieja categoría de “normas programáticas”, entendida como meras expresiones de programas y/o recomendaciones políticas que no son susceptibles de ser incumplidas ni, desde luego, jurisdiccionalmente garantizadas.
- 2) Se produce una “sobreinterpretación” de la Constitución. Es decir, se huye de la interpretación literal en favor de una interpretación extensiva, de manera que del texto constitucional pueden extraerse gran cantidad de normas y de principios implícitos.

Ahora bien, esta constitucionalización del ordenamiento jurídico nos lleva a poner en duda el dogma incuestionable del

positivismo jurídico sobre la separación de poderes absoluta y, en su lugar, nos permite afirmar que el poder judicial no es un poder completamente subordinado al legislativo ni tampoco opuesto a éste, sino que “constituye un aspecto complementario e indispensable de éste, que le impone una tarea no sólo jurídica, sino también política, como es la de armonizar el orden jurídico de origen legislativo con las ideas dominantes de lo que es justo y equitativo en un medio dado. Por esta razón, la aplicación del derecho y paso de la regla abstracta al caso concreto no son simples procesos deductivos, sino una adaptación constante de las disposiciones legales a los valores en conflicto en las controversias judiciales”<sup>22</sup>. De este modo, esta visión no vendría a menoscabar la seguridad jurídica, sino que busca fortalecer los valores de una sociedad concreta, que no puede seguir aplicando en abstracto el derecho, sino que debe tomar en cuenta principios y situaciones sociales, las cuales debe fundamentar mediante el razonamiento jurídico, pues jamás es un llamado a la arbitrariedad del juez. En este sentido, este nuevo paradigma es el resurgimiento de los principios y los valores en el derecho. Así, y en una misma línea argumentativa, Amaya<sup>23</sup>, citando a Prieto Sanchís, informa que “este paradigma puede estar representado de la siguiente manera: más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipresencia judicial en lugar de autonomía del legislador

<sup>21</sup> Se continúa como referencia los textos de Aguiló.

<sup>22</sup> Perelman, Chaim. (1988), *op. cit.* Pág. 115.

<sup>23</sup> Amaya, Jorge Alejandro. (2014), *op. cit.* Pág. 07.

ordinario; y por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas”.

De esta forma, con las afirmaciones vertidas, no es complicado entrever las amplias diferencias entre el positivismo jurídico y el nuevo paradigma constitucional. No obstante, para tener una mayor claridad de estas diferencias, se analizarán los puntos esgrimidos con anterioridad sobre el positivismo jurídico y su distinción con el paradigma constitucional o postpositivista, todo desde la lectura de Aguiló.

## **6. Paradigma postpositivista o constitucional**

Siguiendo la línea de Aguiló<sup>24</sup>, y en contraposición a los postulados del positivismo jurídico, los principales supuestos del paradigma postpositivista son los siguientes: a. Modelo de los principios: para dar cuenta de la estructura de un sistema jurídico hay que considerar que, además de reglas, hay principios jurídicos. Los principios, así entendidos, dotan de sentido a las reglas. Permiten verlas, por un lado, como instrumentos para la protección y promoción de ciertos bienes (valores) jurídicos y, por otro, como resultados de un “balance, ponderación o compromiso” entre principios para el caso (genérico) que ellas regulan; b. Modelo de las relaciones lógicas y las relaciones de justificación: entre las normas de un sistema jurídico no sólo se

dan relaciones lógicas de deducibilidad. Además de a la noción lógica de consistencia normativa se recurre a la idea de coherencia valorativa. Los conflictos entre principios, a diferencia de lo que ocurre con las reglas, no se resuelven por exclusión, sino mediante ponderación; c. La prioridad justificativa de los derechos: en términos justificativos la correlación entre derechos y deberes se pierde. El “reconocimiento” de derechos justifica la “imposición” de deberes, mientras que la imposición de deberes no sirve para justificar la titularidad de los derechos; d. Modelo de la subsunción y de la ponderación: en el Derecho hay reglas y, en consecuencia, hay razonamientos subsuntivos. Pero también hay principios; y guiarse por o aplicar principios exige un tipo de razonamiento, la ponderación. Las reglas no se entienden ya como meras manifestaciones de voluntad de la autoridad que las ha dictado, sino como el resultado de una ponderación de los principios relevantes llevada a cabo por dicha autoridad. Ello supone que la dimensión valorativa y justificativa del Derecho adquiere una relevancia fundamental; e. Modelo de la continuidad práctica de las diferentes operaciones normativas: no hay una separación tajante entre razonamiento político o moral y razonamiento jurídico; f. Validez formal y validez material de las normas: en el Derecho hay fuentes (hechos y actos creadores de normas), pero no todo el Derecho está basado en fuentes. Hay normas cuya validez no descansa sobre criterios formales, sino materiales, es decir, que son válidas en razón de su contenido. Así, el Derecho, en este sentido, se ha materializado y, en consecuencia, ya no puede ser visto sólo como expresión de una racionalidad de tipo formal; g. Distinción

<sup>24</sup> Aguiló, Joseph. (2007), *op. cit.* Pág. 669-674.

entre casos fáciles y casos difíciles: la distinción relevante no es ya la anterior (regulados/no regulados), sino la que opone los “casos fáciles” a los “casos difíciles”. Un caso es fácil cuando la solución es el resultado de aplicar una regla del sistema y dicha solución es consistente (lógicamente compatible) con las otras reglas del sistema y coherente (valorativamente compatible) con los principios del sistema. Por el contrario, un caso es difícil cuando la solución no proviene directamente de la aplicación de una regla del sistema, sino que hay que buscarla como la respuesta a una cuestión práctica que requiere desplegar una intensa actividad deliberativa y justificativa. Por ende, un caso difícil exige deliberación práctica, es decir, ponderar el Derecho para el caso. De este modo, desde el nuevo paradigma, la discrecionalidad del sujeto llamado a resolver el caso, el aplicador, no se concibe ya como libertad en el sentido permitido de elegir cualquier opción, sino más bien en el sentido de responsabilidad, de ese tipo especial de deberes que llamamos responsabilidades; h. Un discurso reconstructivo del Derecho mismo: el jurista sería un participante en una práctica social que con su discurso y sus acciones contribuye al desarrollo y a la conformación de la misma.

Recapitulando, si habíamos afirmado que el enfoque de la interpretación formalista respondía a una visión positivista del derecho, es adecuado cuestionarnos si un cambio de paradigma del positivismo jurídico a uno postpositivismo o constitucional, no nos conllevaría a un cambio necesario de estos métodos interpretativos tradicionales a un nuevo modelo de interpretación. Esta es la pregunta que trataremos de contestar en los próximos apartados. Sin embargo, antes

de iniciar este posible cambio interpretativa, hay otro hecho relevante que nos obliga a buscar este nuevo modelo y su respectiva justificación: las características especiales de las normas constitucionales.

A lo anterior, hay que añadirle que los preceptos constitucionales son distintos a los de la norma común, ya que los textos fundamentales –siguiendo la denominación de normas fundamentales–, por lo general, son esquemáticos, abstractos, indeterminados y elásticos. Lo anterior, porque los textos constitucionales –especialmente los relacionados con derechos humanos–, en su mayoría, están representados no por normas propiamente dichas (donde se establece claramente el mandato) sino que suelen contener principios (“*la vida humana es inviolable*”) que conllevan una mayor abstracción e indeterminación. Así, nos enfrentamos a normas indeterminadas, flexibles y abiertas que tienen un fuerte impacto político.

Tomando en cuenta la abstracción, vaguedad e indeterminación de los textos constitucionales, que usualmente contienen referencias a conceptos valorativos, no nos resulta difícil imaginar el serio problema que conlleva seguir aplicando los métodos tradicionales de la interpretación para interpretar los textos constitucionales. A lo que hay que agregar que si se trata de la norma superior que influye en todo el ordenamiento jurídico, que además tiene implicaciones en la organización del Estado y la Sociedad, sin olvidar que regula las relaciones políticas, y más encima, se trata de textos vagos, indeterminados, confusos, la labor de la interpretación constitucional es inevitablemente compleja. En palabras

de la jurista argentina Claudina Orunesu<sup>25</sup>: “las normas constitucionales son las de mayor jerarquía dentro de un ordenamiento jurídico, razón por la cual todas las restantes normas deben adecuarse a ellas para ser admitidas como válidas. Pero, por la misma razón, las normas constitucionales poseen el mayor nivel de abstracción y, por ello, son manifiestamente vagas y habitualmente contienen términos cargados de resonancias morales, de manera que resulta difícil determinar en qué casos una norma de jerarquía inferior resulta incompatible con ella. Los problemas de interpretación de las normas constitucionales son los más difíciles de resolver y, simultáneamente, los que resultan de la mayor importancia resolver”.

En síntesis, la constitucionalización del ordenamiento jurídico, producto de la crisis de los estados de derecho liberal de la segunda guerra mundial, ha conllevado al cambio de paradigma positivista a uno postpositivista o constitucional. Esto tiene como consecuencia lógica apartarnos de una visión formalista de la interpretación, pues ésta responde a un enfoque positivista. A lo que hay que añadir que las características propias de las normas constitucionales también obligan a este alejamiento y a la necesidad de reconstruir un nuevo método jurídico acorde con estas características y en línea al nuevo paradigma constitucional.

## **7. La argumentación jurídica: La concepción material y el necesario vínculo entre moral y derecho**

Siguiendo en la línea de la necesidad de un nuevo método jurídico acorde con las características del nuevo paradigma constitucional, el filósofo del derecho argentino Rodolfo Vigo<sup>26</sup>, menciona que “la argumentación comienza a instalarse en la agenda de la teoría del derecho en Europa continental a fines de la década de los cincuentas, impulsada paradigmáticamente por Perelman y Viehweg” y ella, en última instancia, “viene a sustituir o absorber a la problemática llamada de la interpretación jurídica o metodología jurídica en tanto su centro de atención privilegiada y de desarrollo futuro, es el campo de las decisiones jurídicas-judiciales”. Añade este autor que este cambio se dio por los hechos acaecidos “después de la segunda guerra en la realidad del derecho y de los Estados, alteraciones variadas que tornaron inviable las teorías que al respecto se habían elaborados y/o prescritos durante el XIX y la primera mitad del siglo XX. Después de Nurember –como advertirá el mismo Perelman- el derecho y la teoría del Estado en Europa ya no serán la misma, y esa nueva realidad torna necesarias una nueva teoría que permita comprenderla y orientarla”. Así, de las palabras de Vigo podemos encontrar un origen común entre el paradigma postpositivista o constitucional con el inicio y auge del método de la argumentación jurídica. Evidentemente, esta similitud de

<sup>25</sup> Orunesu, Claudina., Perot, Pablo. y Rodríguez, Jorge Luis. (2009). *Estudios sobre la interpretación y dinámica de los Sistemas Constitucionales*. México: Fontamara. Pág. 08.

<sup>26</sup> Vigo, Rodolfo. (2009). *La argumentación constitucional*. En *El Juez Constitucional en el Siglo XXI*. Tomo I. Universidad Nacional Autónoma de México. Pág. 27 y 28.

surgimiento histórico no es casualidad, pues, así como el formalismo interpretativo responde al enfoque que tiene del derecho la teoría positivista jurídica, la argumentación jurídica manifiesta al enfoque que tiene del derecho la teoría postpositivista. No obstante, antes de establecer estas líneas de aproximación, es menester esclarecer con cierta claridad que entendemos por argumentación jurídica, y específicamente su concepción material. En este sentido, y siguiendo la definición que da el profesor Manuel Atienza<sup>27</sup>, la argumentación es un proceso racional, una actividad racional o el producto de esa actividad racional, que siempre está relacionada con el lenguaje y presupone el planteamiento del problema y la solución de éste. Así, en cuanto a la problemática jurídica de resolver un caso, la argumentación sería el proceso racional por medio del cual se escoge entre diferentes respuestas jurídicas que el derecho vigente pone a su alcance, pero lo relevante es que se justifique, motive o fundamente la opción elegida de forma racional, lo que se dará a conocer por medio de los argumentos que usamos, es decir, lo central es dar razones, se argumenta cuando se defiende o se combate una determinada tesis y se dan razones para ello.

No obstante, es primordial profundizar más sobre la argumentación, pues Atienza señala que existen tres concepciones de la argumentación: formal, material y pragmática. En este sentido, el profesor español<sup>28</sup> indica que la primera concepción ve “la argumentación como una serie de enunciados sin interpretar, en el sentido de que hace abstracción del contenido de verdad, o de corrección de las premisas y de la conclusión.

Responde a problemas de naturaleza formal: si a partir de enunciados —premisas— de tal forma, se puede pasar a otro —conclusión— de otra determinada forma. Y para ello se centra no en la argumentación como actividad, sino como resultado: la lógica”. Continúa explican el profesor que para la segunda concepción, “lo esencial no es la forma de los enunciados, sino aquello que hace a los mismos verdaderos o correctos: los hechos naturales o institucionales a que se refieren esos enunciados. Responde al problema de en qué debemos creer o qué debemos hacer; o sea, no problemas formales, sino materiales: explicar, descubrir o predecir un acontecimiento, recomendar o justificar un curso de acción, etc. El centro de atención no se pone en la inferencia, sino en las premisas (las razones para creer en algo o para realizar o tener la intención de realizar una acción) y en la conclusión”. Finalmente, concluye Atienza que “la concepción pragmática contempla la argumentación como un tipo de actividad lingüística, como una serie de actos de lenguaje o un acto de lenguaje complejo; lo que se privilegia, por tanto, no es la dimensión sintáctica o semántica del lenguaje, sino la pragmática. Lo que desencadena la argumentación son problemas relativos a lograr la persuasión de un auditorio, o a interactuar con otro u otros para llegar a algún acuerdo respecto a cualquier problema teórico o práctico. Lo que importa aquí es la argumentación vista como una actividad, como una interacción”.

Ahora bien, teniendo claridad sobre lo que estamos hablando cuando hablamos de argumentación jurídica<sup>29</sup>, y tomando en

27 Atienza, Manuel. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta. Pág. 109 y 110.

28 Atienza, Manuel. (2013), *op. cit.* Pág. 110-111.

29 Para mayor claridad se puede analizar el texto *Curso de Argumentación de Manuel Atienza (2013)*, en el cual se explica de forma detallada este método jurídico.

cuenta que la intención de esta investigación es establecer una línea de dirección conjunta entre el paradigma constitucional y la argumentación jurídica desde su concepción material, procederemos a enfocarnos en esta concepción. Lo anterior, no conlleva a afirmar que las otras dos nociones no tienen relevancia, sino que simplemente pasa porque, respecto a un paradigma como el constitucional que le da pleno valor a la Constitución y su contenido, consideramos que la concepción material es la que explica mejor este paradigma. Por consiguiente, en este trabajo se reconoce que la argumentación jurídica es el conjunto de las tres nociones, pero para efectos académicos, analizaremos únicamente la concepción material.

De este modo, Atienza<sup>30</sup> explica que “desde la perspectiva que hemos llamado “material”, argumentar no consiste ya en presentar una serie de proposiciones estructuradas de una determinada manera, sino que es, más bien, la actividad de ofrecer razones (buenas razones) sobre cómo es el mundo (algún aspecto del mismo) o sobre cómo debe alguien actuar en él. El centro se sitúa, entonces, en las premisas (y en la conclusión), pero no entendidas en cuanto enunciados con una cierta forma, pues lo que interesa aquí es, precisamente, su contenido de verdad y de corrección”. Extiende la explicación Atienza<sup>31</sup> al indicar que “las razones de los argumentos son, entonces, las premisas, pero no consideradas como simples enunciados lingüísticos (...), sino como aquello de lo que depende que los enunciados en cuestión puedan calificarse

como verdaderos o correctos”. En este sentido, el Derecho no sería un sistema lógico y coherente –como pregonaban los positivistas-, sino un sistema en constante construcción, una práctica social compleja enfocada en realizar ciertas funciones utilizando medios argumentativos. Así, lo primordial es la relevancia y el peso o la fuerza de las premisas. Es decir, no se trata de que los argumentos cumplan con cierta forma, si no que cumplan con cierto criterio de validez, de corrección, por eso el contenido es central. Pero no cualquier contenido. Esto nos lleva a la vinculación entre la moral y el derecho. Lo anterior, porque, si le vamos a otorgar una relevancia central al peso de las premisas para justificar las decisiones, es inevitable fundamentar esas premisas en criterios valorativos, es decir, en premisas morales. Esto es lo que lleva a Atienza<sup>32</sup> a afirmar que es cierto “que las reglas que rigen los diversos ámbitos de la argumentación jurídica tienen que estar justificadas desde el punto de vista moral, esto es, tienen que poder derivarse de razones morales”, es decir, “necesitamos recurrir también a otros criterios más o menos materiales (de universalidad, de coherencia, de adecuación de las consecuencias, etc.) y, en definitiva, a una filosofía moral y política que permita articular, establecer, algún orden entre los diversos tipos de razones justificativas que concurren en el Derecho: formales o autoritativas y sustantivas; de corrección y de fin; institucionales”<sup>33</sup>. Lo anterior, significa darle cierta prioridad al elemento valorativo del Derecho sobre el autoritativo, a la hora de interpretar el Derecho.

---

30 Atienza, Manuel. (2013), *op. cit.* Pág. 276.

31 Atienza, Manuel. (2013), *op. cit.* Pág. 279.

32 Atienza, Manuel. (2013), *op. cit.* Pág. 286.

33 Atienza, Manuel. (2013), *op. cit.* Pág. 284.

Esta situación nos lleva al concepto de objetivismo moral. Al respecto, Atienza<sup>34</sup> señala que “lo que el objetivista defiende es que hay principios morales que pretenden valer objetivamente porque son el resultado de un discurso racional y, obviamente, están abiertos a la discusión racional”. Esto sería contrario a un absolutismo moral, que basa su moral en doctrinas irrefutables, que no pueden ser cuestionadas y al escepticismo moral, propio de varias posiciones positivista, pues consideran que “no se puede construir un discurso moral con pretensiones de objetividad”<sup>35</sup>.

Por consiguiente, lo central de esta nueva forma de establecer una vinculación entre moral y derecho –pues no es la visión antigua de la relación entre moral y derecho del derecho natural, la cual sería un tipo de absolutismo moral-, es que las decisiones jurídicas pueden ser moralmente defendibles por medio de un proceso racional con pretensión de verdad. Así, se pretende que las premisas que yo voy a defender por medio de una argumentación tiene el carácter de ser moralmente correctas. En palabras de Atienza<sup>36</sup>, “lo esencial (...) es aceptar que acerca de las cuestiones morales cabe una discusión racional; no exactamente igual a las de carácter científico, pero racional; esto es, que hay criterios objetivos”, es decir, que “nuestros juicios no son meras proclamaciones de derechos o manifestaciones de emociones”. Es central mantener esta idea, cuando en el próximo

apartado se defiende que los derechos humanos no son meras convenciones sociales, sino que tienen un necesario fundamento moral.

En conclusión, el razonamiento jurídico no es completamente independiente del de carácter moral, sino que sin duda tienen una vinculación necesaria para evitar los abusos del pasado. Asimismo, “el sometimiento de las razones jurídicas a las morales es una consecuencia de la unidad de la razón práctica, esto es, de que las razones morales sean las razones últimas de nuestros razonamientos prácticos”<sup>37</sup>. Lo anterior es una afirmación kantiana.

Ahora bien, el autor que, en los últimos tiempos, mejor ha planteado el tema de la relación entre la moral y el derecho es el norteamericano Ronald M. Dworkin, el filósofo del derecho más influyente de las últimas décadas. Al respecto, Atienza<sup>38</sup> señala que “la principal contribución de Dworkin a la filosofía del Derecho, a la cultura jurídica (...) ha consistido en ensanchar los horizontes de los juristas al defender la idea de que el Derecho no puede verse como (no consiste solo en) un conjunto de normas, sino que esencialmente es una práctica social destinada a satisfacer ciertos valores”.

Acerca de la compleja teoría de Dworkin, la profesora de la Universidad de Salamanca María Lourdes Santos Pérez<sup>39</sup> asegura que este autor norteamericano, considera que “se

34 Atienza, Manuel. (2013), *op. cit.* Pág. 82.

35 Atienza, Manuel. (2013), *op. cit.* Pág. 82.

36 Atienza, Manuel. (2013), *op. cit.* Pág. 87.

37 Atienza, Manuel. (2013), *op. cit.* Pág. 286.

38 Atienza, Manuel. (2013). *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho. Madrid: Pasos Perdidos. Pág. 132.*

39 Santos, María Lourdes (2005). *Una filosofía para erizos: Una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin. En Revista Doxa. No. 26. Alicante. Pág. 351.*

obtiene una comprensión mejor del proceso judicial si se admite que el derecho está integrado no sólo por reglas positivas sino también por principios, una clase de normas que no son creadas deliberadamente pero de cuya existencia nos cercioramos en el proceso de solución de los casos difíciles, y que mantienen una relación interna con las reglas vigentes en la medida en que las informan, les prestan justificación y, al mismo tiempo, guían la interpretación de la totalidad del material jurídico”. Esto es lo que nos lleva a afirmar que Dworkin concibe al derecho como integridad y como una concepción interpretativa. En cuanto a la primera, pues el derecho como integridad “propone al juez que trabaje como si el derecho a una comunidad fuera la obra de un legislador racional de modo que para cada caso hubiera una respuesta correcta y sólo una”<sup>40</sup>. Esta situación de entender el derecho como una obra común nos lleva a una concepción interpretativa del mismo. Siguiendo la lectura que realiza Atienza en su artículo “Dworkin, la eutanasia y la santidad de la vida”<sup>41</sup>, Dworkin comprende el derecho como empresa interpretativa, siendo que recurre a la analogía del jurista –juez- como un escritor que debe escribir un nuevo capítulo en una novela ya empezada y que se encamine a la realización de la mejor novela posible, por ende, el papel de los juristas –jueces constitucionales- sería, entonces, el de “desarrollar el Derecho en el sentido de potenciar los valores de esa práctica; la solución correcta a un caso es, por ello, aquella que, respetando los materiales jurídicos relevantes, resulte ser más

coherente con la filosofía moral y política que mejor logre dar cuenta de la Constitución”. En este sentido, Dworkin mantiene la tesis de que para aclarar que se entiende por derecho es necesario realizar un proceso interpretativo en el que están presentes valoraciones morales y políticas. Así, queda establecida la conexión necesaria entre moral y derecho en el pensamiento de Dworkin. Por consiguiente, su teoría del derecho como integridad y empresa interpretativa establece la existencia de una relación interna entre derecho y moral. Así, en palabras de María Lourdes Santos, “Dworkin parece estar enmarcado en la tarea de articular una teoría de la argumentación moral ligada a una teoría sobre la fundamentación de los juicios de valor”<sup>42</sup>.

Es en esta vinculación entre moral y derecho es donde surge uno de los núcleos centrales en el pensamiento del jurista norteamericano, la distinción entre reglas y principios. En este sentido, Atienza<sup>43</sup> indica que en el derecho existen “principios (un componente fundamental de nuestros sistemas jurídicos)” que “no pueden identificarse como derecho”, es decir, entendiéndolo a su origen o procedimiento de creación, sino “mediante un procedimiento que supone llevar a cabo un razonamiento moral”. En otras palabras, “no se trata ya de que el Derecho consista en normas establecidas por una autoridad y en principios morales (los principios que sirven de justificación a esas normas), sino de que el Derecho es parte de la moral, una rama de la moralidad política”. Por ende, en los principios es central su contenido, el

---

40 Santos, María Lourdes (2005), *op. cit.* Pág. 354 y 355.

41 Atienza, Manuel. (2013). *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*. Madrid: Pasos Perdidos. Pág. 132.

42 Santos, María Lourdes (2005), *op. cit.* Pág. 362.

43 Atienza, Manuel. (2013), *op. cit.* Pág. 137 y 139.

cual debe remitir a criterio de corrección, lo cual se puede descifrar mediante una labor interpretativa y argumentativa que conlleva dar razones a favor de esa visión.

Sobre este contenido moral de los principios que puede ser defendible racionalmente mediante argumentos objetivos, Atienza<sup>44</sup>, en el artículo mencionado, explica que Dworkin habla de “dos clases de razones que las personas tienen para encaminar su vida en una dirección o en otra: intereses de experiencia e intereses críticos. El valor de los primeros (...) depende de que las hallemos placenteras o excitantes como experiencias”. Además, en cuanto a las segundas, Dworkin menciona que “la mayoría de las personas piensa que también tenemos intereses críticos, estos es, intereses cuya satisfacción hace que las vidas sean genuinamente mejores, intereses cuyo no reconocimiento sería erróneo y las empeoraría”. Nos encontramos así ante “convicciones acerca de qué ayuda globalmente a conducir una vida buena”, es decir, representan “juicios críticos y no, simplemente, preferencias acerca de experiencias”. Por consiguiente, existen “ciertos criterios objetivos en relación a cómo vivir, de manera que no se trata simplemente de que uno piense que ha vivido bien y está satisfecho con su vida”.

Así, capitulando, el derecho como integridad significa que se debe entender como una empresa interpretativa enfocada en los principios, como lo afirma Santos<sup>45</sup>, “la

interpretación del derecho es un caso de interpretación de una práctica social que, a su vez, pertenece a una clase más general de interpretación, la interpretación creativa o constructiva”. Por ende, de lo que se trata es de darle sentido o significado a la práctica social que es el Derecho. Por consiguiente, tanto los conceptos jurídicos y los conceptos morales son conceptos interpretativos, no conceptos semánticos. Así, “Dworkin defiende la tesis de que los jueces, al resolver sus casos, han de sacar a flote los principios implícitos en su sistema y elaborarlos en una teoría que permita reconstruir el sistema con vistas a su aplicación”<sup>46</sup>. De este modo, para Dworkin el derecho es una práctica social que se compone no solo de reglas, sino también de principios, es decir, una serie de valores que dichas reglas pretenden desarrollar.

En síntesis, lo cual es central para entender el pensamiento de Dworkin y su vinculación entre la moral y el derecho –que como ya vimos es un punto nuclear de la concepción material de la argumentación jurídica-, este jurista bostoniano opta por una teoría interpretativa del Derecho. Al respecto, la profesora de la Universidad de Alicante Isabel Lifante<sup>47</sup> menciona que “el intérprete de una práctica social deberá, entonces, proponer un valor para dicha práctica, de manera que su interpretación describa un esquema de intereses, objetivos o principios de los que la práctica pueda ser expresión”. Pero que pasa en los casos donde se admite más de una interpretación, “en estos casos la elección de cada intérprete debe reflejar su opinión sobre qué interpretación

---

44 Atienza, Manuel. (2013), *op. cit.* Pág. 147 y 151.

45 Santos, María Lourdes (2005), *op. cit.* Pág. 365.

46 Santos, María Lourdes (2005), *op. cit.* Pág. 371.

47 Lifante, Isabel. (1999). *La teoría del Ronald Dworkin: la reconstrucción del Derecho a partir de casos* En *Jueces para la Democracia*, no. 36. Pág. 43.

propone el mejor valor para la práctica, lo que para Dworkin supone determinar cuál es las posibles interpretaciones muestra a la concreta muestra a la concreta práctica social como la mejor posible, tomando todo en cuenta”.

Para esta labor, Dworkin establece tres etapas interpretativas. La profesora Lifante<sup>48</sup> lo explica de esta forma: “la primera sería la etapa “pre interpretativa” es definir el objeto a interpretar. En este caso son las normas jurídicas (normas positivas)”. La segunda es la que “Dworkin denomina como la propiamente “interpretativa”, en ella se trata de averiguar cuál es el sentido de la práctica social. En el caso del Derecho, este sentido viene configurado fundamentalmente por los principios que son lo que permiten ver a la práctica como una unidad que sirve a ciertos valores y propósitos”. Por último, la tercera está enfocada en la etapa “postinterpretativa”, es decir, “se trata de elegir una entre las distintas teorías desarrolladas en la etapa anterior y que pugnan por ofrecer la mejor interpretación de los materiales jurídicos”. Como lo aclara la profesora española, aquí el concepto clave es el de “soundness”, que sería como solidez, corrección, bondad que deben pretender predicar las distintas teorías o interpretaciones que pugnan por dar cuenta de un determinado Derecho.

Siguiendo con la relación entre moral y derecho en Dworkin, Lifante<sup>49</sup> comenta que “Dworkin sostiene entonces que, en la etapa postinterpretativa, se establece una relación el Derecho y la moral”. Así, “son los principios morales lo que se utilizan para juzgar la

“soundness” de las teorías que pugnan por dar cuenta (por interpretar) los materiales jurídicos existentes y para elegir entre ellas la que ofrece una mejor visión de la práctica jurídica”. Por consiguiente, “son los valores morales, por tanto, los que se utilizan para juzgar las prácticas sociales”.

En síntesis, existe una conexión inevitable entre moral y derecho, pues la interpretación jurídica es una actividad basada en valores, cuyo objetivo es presentar el objeto interpretado bajo su mejor luz o posición, el cual sería el que desarrolle al máximo los valores de ese sistema. Por eso, se puede afirmar que esta actividad interpretativa conlleva un proceso reconstructivo de la Constitución, en el cual se establezca con claridad los valores y objetivos que persigue ese texto jurídico. Así, el “soundness” es lo que permite ver al derecho no como un mero conjunto de normas –como la costumbre positivista-, sino como una práctica social que debe ser reconstruida por la interpretación con el objetivo de perseguir ciertos valores que le darán sentido a esa práctica.

Esta relación entre moral y derecho, aplicada al derecho constitucional, fue lo que llevó a Dworkin a denominar la lectura moral de la Constitución, lo que quiere decir, nos explica Santos<sup>50</sup> que cuando un Juez constitucional se enfrenta a un caso y a la necesidad de interpretar la Constitución, “es inevitable incurrir en apreciaciones y juicios de valor políticos y morales. La razón para proceder de este modo es que ese conjunto de disposiciones han sido redactadas en un lenguaje deliberadamente

48 Lifante, Isabel. (1999), *op. cit.* Pág. 43 y 44.

49 Lifante, Isabel. (1999), *op. cit.* Pág. 44.

50 Santos, María Lourdes (2005), *op. cit.* Pág. 372.

abstracto con inequívocas connotaciones de carácter moral”. Por ende, “la lectura moral, en consecuencia, propone que todos nosotros –jueces, abogados y ciudadanos– interpretemos y apliquemos estas cláusulas abstractas en base al entendimiento de que invocan principios morales de decencia y justicia política”. En un sentido similar, el jurista argentino Carlos Santiago Niño<sup>51</sup> señala que “es obvio que los principios y procedimientos moralmente válidos son relevantes en el (...) razonamiento jurídico justificatorio para decidir las inevitables indeterminaciones que, incluso una Constitución concebida como práctica o convención, presenta”. De este modo, “la preservación de la Constitución como convención o práctica social de ningún modo implica congelar esa convención o práctica. Las prácticas sociales pueden evolucionar sin por ello quebrarse”.

Ahora bien, en este punto es menester traer brevemente a colación el pensamiento de otro central filósofo jurista de los últimos tiempos y de clara posición kantiana, el alemán Robert Alexy. Esto porque la mayoría de derechos fundamentales son principios en el sentido que venimos hablando, es decir, usando ahora la jerga del profesor alemán, mandatos de optimización, que deben ser interpretadas en el sentido mencionado. En esta línea, Alexy<sup>52</sup> señala que “el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las

posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado”. Es decir, lo que se intenta, similar a la visión de Dworkin, es lograr el estado de cosas constitucionalmente deseables, sea, la realización maximizada y armonizada de estos principios. Por eso, para realizar una adecuada interpretación de estos principios es necesario realizar una ponderación entre ellos. Al respecto, el profesor español Ricardo García<sup>53</sup> afirma que “la ponderación es, pues, la técnica apropiada para la aplicación de normas de principio y, por eso, la técnica característica de aplicación de normas constitucionales, típica mente principiales, no sólo, por cierto, cuando reconocen derechos sino también cuando establecen competencias normativas”. Esto es lo que lleva al propio Alexy<sup>54</sup> a asegurar que “la teoría de los principios conecta la teoría de los derechos fundamentales y la teoría de la argumentación en una unidad necesaria (...) entonces quedan reunidos los elementos principales del sistema del constitucionalismo democrático. Si lo ideal puede conciliarse con lo real, es en este intento de institucionalizar la razón”.

De este modo, compartimos la posición de Vigo<sup>55</sup>, quien se acerca a las visiones comentadas, que exalta el hecho de que “el derecho no es una realidad para ser contemplada y descripta sino que requiere del saber prudente que lo vaya determinado

51 Niño, Carlos Santiago. (2005). *Fundamento de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea. Pág. 72.

52 Alexy, Robert. (2009). *Los principales elementos de mi Filosofía del Derecho*. En *Revista Doxa*. No. 32. Alicante. Pág. 86.

53 García, Ricardo. (2009) *Presentación*. En *Derechos Sociales y Ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Pág. 21 y 22.

54 Alexy, Robert. (2009), *op. cit.* Pág. 84.

55 Vigo, Rodolfo. (2009). *La argumentación constitucional*. En *El Juez Constitucional en el Siglo XXI*. Tomo I. Universidad Nacional Autónoma de México. Pág. 52.

en función de circunstancias históricas cambiantes, y además, para que esa determinación sea propiamente humana y al servicio de la sociedad y sus integrantes se requiere que resulte de un discurso dialógico argumentativo”. Por ende, recalcamos la necesidad de un discurso dialógico argumentativo al momento de valorar el derecho y, así, fundamentar las decisiones jurídicas mediante esta valoración. En un sentido similar, el jurista alemán Jürgen Habermas<sup>56</sup> menciona que “la validez de los derechos, remite a la dimensión de una obtención de decisiones, racional, regida por principios (...) este punto de referencia que representa la razón práctica lo explica Dworkin, en lo que se refiere a método, recurriendo al procedimiento de la interpretación constructiva, y en lo que se refiere a contenido, mediante el postulado de una teoría del derecho que efectúe en cada caso una reconstrucción racional del derecho vigente”. En este sentido el jurista alemán toma de Dworkin la necesidad de la utilización de los principios para lograr llegar a acuerdos racionales e intersubjetivamente aceptados por los miembros de una comunidad jurídica. Esto es lo que Habermas ha llamado el giro constructivista en Dworkin. Lo anterior, significa que, mediante una adecuada argumentación, donde queden claros los fundamentos de esa argumentación, es posible llegar a un acuerdo racionalmente motivado sobre cuál es la mejor interpretación posible en un caso concreto, lo que limitaría el carácter vago de las normas constitucionales.

En síntesis, desde la óptica del derecho como argumentación, es necesario que los jueces realicen una adecuada reconstrucción

racional de sus argumentos al momento de decidir –interpretar– sobre un caso concreto y su solución. En otras palabras que fundamenten sus decisiones en argumentos claros que remitan a teorías y principios aceptados intersubjetivamente. En esta línea, vemos la necesidad de un compromiso ético y crítico de los jueces constitucionales que a la hora de tomar su decisión deben fundamentarla con los mejores argumentos que tienen y que estos queden claros y explícitos para el escrutinio de todos.

## 8. Paradigma postpositivista o constitucional y argumentación jurídica

Siguiendo con la línea argumentativa que venimos explorando, en los apartados anteriores se explicó las razones por las cuales se considera que la interpretación jurídica era el método del paradigma positivista. Ahora bien, se expondrán las razones por las cuales la argumentación jurídica, especialmente su concepción material, es el método adecuado para el paradigma postpositivista o constitucional.

Primero, y fundamentalmente, porque la argumentación jurídica y el nuevo paradigma comparten la visión sobre la necesaria conexión entre moral y derecho, lo que conlleva a la aceptación de la naturaleza valorativa y constructiva del Derecho. Por eso, autores contemporáneos como los citados Dworkin, Alexy y Nino “consideran que el fenómeno del constitucionalismo supone, desde el punto de vista teórico, el abandono del positivismo jurídico. La idea fundamental es que en el concepto de Derecho deben

<sup>56</sup> Habermas, Jürgen. (1998). *Facticidad y validez*. Madrid: Editorial Trotta S.A. Pág. 279.

integrarse dos elementos: uno autoritativo y otro valorativo”. Así, añade Atienza<sup>57</sup>, el Derecho no puede ser visto exclusivamente como una realidad ya dada, como el producto de una autoridad (de una voluntad), sino (además y fundamentalmente) como una práctica social que incorpora una pretensión de justificación o de corrección. Ello implica un cierto objetivismo valorativo”. Lo anterior nos lleva a “asumir que los derechos humanos no son simplemente convenciones, sino que tiene su fundamento en la moral (en una moral universal)”.

Por consiguiente, tanto el paradigma constitucional como la argumentación jurídica tendrán en común juristas que serán objetivistas éticos, conscientes, como afirma Atienza<sup>58</sup>, “de que los principios juegan un papel prominente (y necesario) en la justificación judicial (...) y defensores de la idea de que la ponderación es una método que puede usarse conforme a parámetros de racionalidad, de racionalidad práctica”.

De este modo, a diferencia de lo enseñando durante décadas en las Facultades de Derechos de nuestros países latinoamericanos —e igual europeos—, sí es importante para el objeto del estudio si una norma es justa o no. Por eso, compartimos con Atienza<sup>59</sup> que las empresas racionales hacen que “nuestros argumentos resulten no solo válidos o inválidos, sino también fuertes o débiles, pertinentes o irrelevantes, aptos o no para sustentar una determinada tesis. Digamos que, si no fuera así, no trataríamos propiamente con argumentos, sino con esquemas de argumentos. Pues

argumentar no consiste tanto en presentar una serie de proposiciones estructuradas en una determinada forma, cuanto en ofrecer razones (buenas razones) sobre cómo es (cómo ha sido o cómo será) tal aspecto del mundo, o sobre qué debe hacer (o deberíamos haber hecho o deberemos hacer en el futuro) frente a determinadas circunstancias”. Por ende, reiteramos que en este nuevo paradigma es necesario retomar el fin o el sentido del derecho, el cual ya no puede ser un mero instrumento de organización de la sociedad, sino que la finalidad, el sentido de este instrumento es que organice a la sociedad de manera justa y equitativa.

Esto nos lleva a otro punto de encuentro entre el paradigma constitucional y la argumentación jurídica: su contenido. Así, como la interpretación formalista y el positivismo aseguraban que el derecho únicamente estaba compuesto por reglas, ahora, tanto el paradigma constitucional como la argumentación jurídica aceptarán la existencia, no solo de reglas, sino también de principios y su importancia. Esto, derivado de la conexión entre moral y derecho.

Por ende, en el nuevo paradigma los principios, así entendidos, dotan de sentido a las reglas. Además, permiten verlas, por un lado, como instrumentos para la protección y promoción de ciertos bienes (valores) jurídicos y, por otro, como resultados de un “balance, ponderación o compromiso” entre principios para el caso (genérico) que ellas regulan. Guiar la conducta mediante principios y/o aplicar principios, al

---

57 Atienza, Manuel. (2013). *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*. Madrid: Pasos Perdidos. Pág. 38 y 39.

58 Atienza, Manuel. (2013), *op. cit.* Pág. 88 y 89.

59 Atienza, Manuel. (2006). *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel. Pág. 181.

tratarse de normas abiertas, exige siempre deliberación práctica por parte de los sujetos normativos, de los destinatarios. Asimismo, Vigo<sup>60</sup> menciona que la “argumentación tiene un particular contenido caracterizado por principios y valores (recordemos que Zagrebelsky asimila la norma con la ley y a los principios con la constitución)”, que hace del operador del derecho requerir de “determinadas directivas o meta argumentos (especialmente en ponderación y consiguientemente, una particular teoría argumentativa”. A lo cual añade el mismo Vigo<sup>61</sup> que “el derecho se constitucionaliza y así en él operan principios, valores o derechos humanos, encomendándosele a los jueces para que garanticen que en sus respectivas sociedades se los tomen en serio, haciéndolos prevalecer incluso contra las decisiones mayoritarias o unánimes”. De este modo, este cambio de primacía de las reglas por los principios pone su énfasis en una adecuada protección de los derechos humanos, lo que conlleva que ya no es posible seguir identificando la ley con el derecho y confiar ciegamente en la voluntad legislativa, pues lo relevante es el reconocimiento y protección de estos derechos, es decir, la prioridad justificativa de los derechos que menciona Aguiló. Entonces, está claro que no se puede seguir mostrando al derecho desde la óptica positivista de un sistema coherente, lógico, jerárquico y completo, formado únicamente por reglas que se explican a sí mismas, sino que se da el inevitable paso y énfasis a los principios, contenido propio del paradigma postpositivista y de la argumentación jurídica.

Ahora bien, la utilización de reglas llevaba a otro punto de encuentro entre el paradigma constitucionalista y la argumentación jurídica, el cual es el cambio del problema de subsunción al problema de la ponderación. Lo anterior, porque si ahora en el nuevo paradigma, se hace énfasis en los principios, esto nos lleva a la situación de la ponderación. De este modo, como menciona Aguiló<sup>62</sup>, “las reglas no se entienden ya como meras manifestaciones de voluntad de la autoridad que las ha dictado, sino como el resultado de una ponderación de los principios relevantes llevada a cabo por dicha autoridad. Ello supone que la dimensión valorativa y justificativa del Derecho adquiere una relevancia fundamental”. Por consiguiente, y como lo visto en Alexy, es central ponderar entre los diferentes principios para establecer el que mejor representa lo que queremos proteger, el derecho fundamental que debemos proteger, es decir, es nuclear la dimensión valorativa y justificativa del Derecho en esta etapa de ponderación. Ya no es una situación meramente formal (el caso se subsume en la regla), sino que lo relevante es la validez material de las normas. Por eso, Aguiló<sup>63</sup> afirma que “es posible que haya normas formalmente válidas (válidas por su origen) y materialmente inválidas (incoherentes valorativamente). El Derecho, en este sentido, se ha materializado o sustantivado y, en consecuencia, ya no puede ser visto sólo como expresión de una racionalidad de tipo formal”. Así, por eso seguimos asegurando que uno de los hechos centrales –sino es que el más importante- en que convergen el paradigma constitucional y

---

60 Vigo, Rodolfo. (2009), *op. cit.* Pág. 55.

61 Vigo, Rodolfo. (2009), *op. cit.* Pág. 28.

62 Aguiló, Joseph. (2007), *op. cit.* Pág. 671.

63 Aguiló, Joseph. (2007), *op. cit.* Pág. 672.

la argumentación jurídica es en la prioridad que se le da a la problemática material del derecho, es decir, la necesaria conexión entre la moral y el derecho, la unidad de la razón práctica, lo que obliga a ponderar los diferentes principios de una Constitución para lograr de una mejor forma los valores que en ella se establecen, lo cual debe ser establecido mediante argumentos claros y precisos. En síntesis, ya no se pueden seguir justificando decisiones injustas y perjudiciales sobre los derechos sociales mediante la aplicación del Derecho.

Por último, lo anterior nos lleva a asegurar que, desde la conexión entre paradigma constitucional y argumentación jurídica, nos permite comprender mejor la distinción entre casos fáciles y casos difíciles y no seguir viendo el problema como una distinción entre casos regulados y casos no regulados. Esto, porque como menciona Aguiló<sup>64</sup> “un caso difícil exige deliberación práctica (*jurisprudencia*, ponderar el Derecho para el caso). Desde el nuevo paradigma, la discrecionalidad del sujeto llamado a resolver el caso, el aplicador, no se concibe ya como libertad en el sentido permitido de elegir cualquier opción, sino más bien en el sentido de responsabilidad, de ese tipo especial de deberes que llamamos responsabilidades. Por ello, cuanto más discrecional es un acto (menos reglado está) más justificación requiere”. En un sentido similar, Atienza<sup>65</sup> indica que “la cuestión del peso de las premisas no se plantea en relación con los casos fáciles, esto es, aquellos casos en los que existe una única regla aplicable (o un conglomerado de reglas) cuyo sentido no es dudoso (no hay un problema de

interpretación) y no plantea tampoco ninguna cuestión de validez”. Continúa explicando Atienza que “la cuestión del peso se plantea en relación con los casos difíciles, esto es, cuando hay un vacío en el nivel de las reglas del sistema (una laguna normativa), o bien el caso no está adecuadamente resuelto en ese nivel (hay una laguna «axiológica»), porque hay un desajuste entre el aspecto directivo y el justificativo de las reglas. En esos supuestos se necesita recurrir a los principios (que son razones no perentorias), esto es, se necesita ponderar, sopesar, las diversas razones concurrentes para determinar cuál (qué conjunto) tiene un mayor peso”. Y aquí se cierre el círculo entre este paradigma y la argumentación jurídica, pues si ésta última es un proceso racional, una actividad racional o el producto de esa actividad racional, que siempre es relacionado con el lenguaje y presupone el planteamiento del problema y la solución de éste desde una óptica moral, lo anterior se logra deliberando, esgrimiendo argumentos para justificar la decisión que hemos tomado en esos casos difíciles.

## 9. Conclusiones

Siguiendo lo planteado a lo largo del trabajo, podemos concluir que la constitucionalización del ordenamiento jurídico ha conllevado al cambio de paradigma positivista a uno postpositivista o constitucional. Esto tiene como consecuencia lógica apartarnos de una visión formalista de la interpretación, pues ésta responde a un enfoque positivista. Asimismo, esta constitucionalización del ordenamiento jurídico también ha llevado a poner en duda el dogma incuestionable

<sup>64</sup> Aguiló, Joseph. (2007), *op. cit.* Pág. 673.

<sup>65</sup> Atienza, Manuel. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta. Pág. 284.

del positivismo jurídico sobre la separación de poderes absoluta. A lo que hay que aunar que las características propias de las normas constitucionales también obligan a este alejamiento y a la necesidad de reconstruir un nuevo método jurídico acorde con estas características y en línea al nuevo paradigma constitucional.

Por eso, como conclusión, suscribimos las palabras de Lifante<sup>66</sup>, cuando afirma que “la evolución que ha sufrido el tema de la interpretación jurídica, pasando a situarse en el núcleo de la teoría del Derecho, va de la mano con el cambio en el paradigma jurídico”, así, este paradigma “se caracterizaría por primar la referencia a los valores o principios del Derecho, sobre sus aspectos autoritativos; por ver al Derecho más como una práctica social que como un mero conjunto de textos; por reivindicar el carácter práctico de la teoría y de la ciencia del Derecho, y defender una conexión entre las diferentes esferas de la razón práctica: el Derecho, la moral y la política. Pues bien, lo que he querido mostrar es que esta teoría de la interpretación es la que mejor encaja con los rasgos que caracterizarían al Derecho según el nuevo paradigma constitucionalista que está abriéndose camino en la teoría y práctica jurídica”.

De este modo, consideramos que las palabras de Lifante encuentran eco en la visión planteada por Vigo, quien enfatiza el paso de la interpretación -o cierta interpretación- a la argumentación, o por lo menos a una interpretación enfocada en analizar principios y valores del sistema

jurídico, sin dejar de lado una necesaria argumentación moral. En este sentido, Vigo<sup>67</sup> (2009: 34) señala que “la argumentación es el nuevo nombre para explicar la tarea judicial que viene a reemplazar el decimonónico de la interpretación, y ello porque el derecho y el Estado han cambiado sustancialmente, lo que torna difícil conservar aquel concepto cuando ya no refleja semánticamente lo que se pretendía”. O, por lo menos, continúa señalando Vigo, “insistir con la interpretación como sinónimo de la argumentación, y por ende, abarcando la actual tarea judicial de escoger y argumentar a favor de alguna de las respuestas ofrecidas por el derecho. También, otra alternativa sería conservar el término interpretación como un tarea incluida en la argumentación, específicamente aquella vinculada a los textos legislativos o más genéricamente a los textos normativos”.

En síntesis, el nuevo paradigma postpositivista o constitucional y su método, la argumentación jurídica, pueden ser una respuesta al problema de la irracionalidad del positivismo jurídico y el formalismo interpretativo que propiciaron, o por lo menos no evitaron, las atrocidades de los regimenes fascistas, los cuales, siempre fueron formalmente válidos. En conclusión, debemos adentrarnos más en este nuevo paradigma y método para establecer una racionalidad constitucional que venga a ser un freno a los abusos y excesos de sociedades desiguales e injustas como las nuestras y así, salvar al derecho, por lo menos el derecho constitucional, de ser un instrumento al mando de las clases superiores, que únicamente buscan mantener sus privilegios.

---

66 Lifante, Isabel. (2008). *La interpretación jurídica y el Paradigma constitucionalista. Anuario de Filosofía del Derecho* Número XXV, 2008. Pág. 77.

67 Vigo, Rodolfo. (2009), *op. cit.* Pág. 34.

Lo anterior, lógicamente, nos llevará a admitir que existe una conexión inevitable entre moral y derecho –propio de la razón práctica kantiana-, pues la argumentación jurídica es una actividad basada en valores, cuyo objetivo es presentar el objeto interpretado bajo su mejor luz o posición, el cual sería el que desarrolle al máximo los valores de ese

sistema. Esta situación conlleva un proceso reconstructivo de la Constitución, en el cual se establezca con claridad los valores y objetivos que persigue ese texto jurídico. Incluso, podemos cuestionarnos si todos los constitucionalistas actuales no deberían seguir un tipo de neokantismo, pero esto será tema para otro análisis.

## 10. Bibliografía

Aguiló, Joseph. (2007). Positivismo y Post positivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. En *Revista Doxa*. No. 30. Alicante.

Aguiló, Joseph. (2007). Sobre Derecho y argumentación. Madrid: Muntaner.

Alexy, Robert. (2009). Los principales elementos de mi Filosofía del Derecho. En *Revista Doxa*. No. 32. Alicante.

Amaya, Jorge Alejandro. (2014). Democracia y minoría política. Buenos Aires: Astrea.

Atienza, Manuel. (2001). El sentido del Derecho. Barcelona: Ariel.

Atienza, Manuel. (2013). Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho. Madrid: Pasos Perdidos.

Atienza, Manuel. (2013). Curso de argumentación jurídica. Madrid: Trotta.

Atienza, Manuel. (2006). El derecho como argumentación. Barcelona: Ariel.

García, Ricardo. (2009) Presentación. En *Derechos Sociales y Ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

Habermas, Jurgen. (1998). Facticidad y validez. Madrid: Editorial Trotta S.A.

Hernández, Rubén. (1993). Derecho de la Constitución. San José: Juricentro.

Lifante, Isabel. (1997). La interpretación en la Teoría del Derecho Contemporánea.

Tesis Doctoral de la Universidad de Alicante. Facultad de Derecho.

Lifante, Isabel. (1999). La teoría del Ronald Dworkin: la reconstrucción del Derecho a partir de casos. En *Jueces para la Democracia*, no. 36.

Lifante, Isabel. (2008). La interpretación jurídica y el Paradigma constitucionalista. *Anuario de Filosofía del Derecho* Número XXV, 2008.

Nino, Carlos Santiago. (2005). Fundamento de Derecho Constitucional. Buenos Aires: Astrea.

Orunesu, Claudia., Perot, Pablo. y Rodríguez, Jorge Luis. (2009). Estudios sobre la interpretación y dinámica de los Sistemas Constitucionales. México: Fontamara.

Perelman, Chaim. (1988). La lógica jurídica y la nueva retórica. Madrid: Civitas.

Santos, María Lourdes (2005). Una filosofía para erizos: Una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin. En *Revista Doxa*. No. 26. Alicante.

Vigo, Rodolfo. (2009). La argumentación constitucional. En *El Juez Constitucional en el Siglo XXI*. Tomo I. Universidad Nacional Autónoma de México.

Zagrebelsky, Gustavo. (2009). El Juez Constitucional en el siglo XXI. En E. Ferrer Mac-Gregor y C. Molina (coordinadores). *El Juez Constitucional en el Siglo XXI. Tomo I*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

# LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ENTRE SUJETOS DE DERECHO PRIVADO SOBRE LA DOCTRINA DE LA DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE

*Francisco J. Campos Zamora \**

*«La influencia de los derechos fundamentales, como criterios valorativos, se realiza, sobre todo, mediante aquellas disposiciones del derecho privado que contienen derecho imperativo y por tanto forman parte del orden público en sentido amplio».*

**Tribunal Constitucional Alemán**

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Antecedentes de la drittwirkung en la jurisprudencia alemana. 2.1. Jurisdicción laboral. 2.2. Jurisdicción constitucional. 3. Modalidades de la drittwirkung. 3.1. Drittwirkung directa. 3.2. Drittwirkung indirecta. 4. Críticas a la drittwirkung. 4.1. El problema de su especialización. 4.2. El problema de la fricción con la autonomía de la voluntad. 4.3. El problema de la fricción con la autonomía de la voluntad. 5. Propuestas alternativas al problema de la drittwirkung. 5.1. Tesis de Lombardi. 5.2. Tesis de Canarias. 5.3. Tesis de Alexy. 6. Drittwirkung en el Sistema Europeo. 6.1. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 6.2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 7. Drittwirkung en el Sistema Interamericano.

## **1. Introducción**

Mediante la voz alemana, *Drittwirkung der Grundrechte*, se expresa la polémica acerca de la eficacia de los derechos fundamentales entre sujetos de derecho privado. Este tema, surgido durante la segunda mitad del siglo XX pretende determinar si tales derechos vinculan a los particulares de la misma forma que lo hacen con los poderes públicos. Dicha afirmación podría parecer poco problemática, sin embargo, su surgimiento como derechos de defensa frente al Estado (*Abwehrrechte*) hace que su aceptación resulte, en principio, conflictiva y obliga a considerarlos también como deberes de protección (*Schutzpflichten*)<sup>1</sup>. El debate se enmarca dentro de la reflexión acerca de la influencia

\* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Master en Derecho Económico de la Universidad Estatal a Distancia (UNED). Egresado del Master en Derechos Humanos de la Universidad Estatal a Distancia. Doctorando por la Christian-Albrechts Universität zu Kiel, República Federal de Alemania.

1 Una precisión se impone, no todos los derechos fundamentales pueden desplegar su eficacia en la esfera de las relaciones privadas. Así, por ejemplo, los derechos que integran el que Jellinek, denominara *Status activae civitatis*, tales como los derechos de participación política, sólo son exigibles frente a la autoridad estatal. Cfr. Jellinek, Georg. *System der subjectiven öffentlichen Rechte*, Scientia, Aalen, 1919.

constitucional sobre el derecho privado y suscita una serie de interrogantes sobre el concepto de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional, específicamente en las sociedades contemporáneas.

La jurisprudencia alemana ha mostrado el camino para la discusión de la *Drittwirkung* en el derecho constitucional, no obstante, las resoluciones del Tribunal Constitucional Federal sobre el tema son omisas en algunos puntos, siendo la doctrina, quien se ha encargado de especular con multitud de hipótesis, intentando responder ante todo a dos cuestionamientos: ¿Obligan los derechos fundamentales sólo al Estado o también a los particulares? ¿De qué modo obligan los derechos fundamentales? Las diversas respuestas a esas interrogantes han dado origen a una división entre quienes estiman plausible, el que los derechos fundamentales generen efectos directamente en todo el ordenamiento jurídico (*unmittelbare Drittwirkung*), frente a los partidarios de una influencia más moderada, quienes sostienen que tales derechos sólo influirían en el ámbito del derecho privado de manera mediata, como directrices de interpretación o principios normativos (*mittelbare Drittwirkung*). En esta monografía se analizará esta doctrina en el marco de la discusión constitucional alemana, específicamente su origen jurisprudencial (II), modalidades (III), críticas recibidas (IV), y propuestas alternativas (V). Posteriormente, se examinará su recepción en los sistemas europeo (VI) e interamericano (VII). Por último, se estudiará la figura del amparo contra sujetos de derecho privado en el derecho costarricense a fin de determinar si la misma constituye una variante de *Drittwirkung* (VIII).

## 2. Antecedentes de la *drittwirkung* en la jurisprudencia alemana

Los precedentes más citados respecto a los orígenes de la *Drittwirkung* provienen de la sede constitucional, no obstante, la jurisdicción laboral había resuelto ya asuntos cuyas consecuencias establecían un vínculo de derechos fundamentales entre particulares. A continuación, se reseñarán los principales casos que sirven de base al desarrollo doctrinal sobre el tema.

### 2.1. Jurisdicción laboral

El 3 de diciembre de 1954, el Tribunal Laboral Federal (*Bundesarbeitsgericht*) analizó los alcances del artículo 3 de la Constitución, respecto al caso de un trabajador despedido por proselitismo político y agitación en el lugar de trabajo.<sup>2</sup> El Tribunal estimó que el derecho fundamental a la libertad de expresión y la prohibición de discriminar a alguien debido a sus opiniones políticas, son principios ordenadores para la vida en sociedad, por lo cual poseen relevancia directa para las relaciones jurídicas de los ciudadanos entre sí, más allá, de su exigibilidad ante entes de derecho público. Destacó igualmente, que el derecho a la libertad de expresión tiene sus límites en las disposiciones de las leyes generales, mismas, que incluyen la relación de los ciudadanos entre sí y las normas básicas que rigen las relaciones laborales.

Posteriormente, el 15 de enero de 1955, la misma sede jurisdiccional, consideró que; una serie de normas privadas establecidas con ocasión de un contrato de trabajo presentaban un grosero trato discriminatorio, que

<sup>2</sup> BAG 03.12.1954 (1 AZR 150/54).

afectaba a las mujeres toda vez que estas recibían un salario menor por las mismas labores realizadas. El Tribunal consideró, que la igualdad derivada del numeral 3 de la Ley Fundamental es una verdadera norma jurídica y no un enunciado programático a desarrollar, que los principios de igualdad y no discriminación deben manifestarse de formas concretas tal y como, por ejemplo, igual retribución por igual trabajo, y que las cláusulas laborales que violenten tales principios son inválidas.<sup>3</sup>

Finalmente, el 10 de mayo de 1957, se declararía la nulidad de una cláusula contractual que estipulaba la finalización del vínculo laboral por parte del empleador, una vez que la trabajadora contrajese matrimonio según la denominada “cláusula del celibato” (*Zölibatsklausel*). Se determinó que tal disposición constituía un resabio que no se encontraba en consonancia con el Estado de derecho, y que ese tipo de estipulaciones vulneraban los principios de igualdad y no discriminación, protección del matrimonio y la familia, dignidad humana, y libre desarrollo de la personalidad.<sup>4</sup>

## 2.2. Jurisdicción constitucional

Las referencias en la jurisdicción laboral allanaron el camino para que a finales de esa misma década el Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) se pronunciara sobre el tema sentando el principal precedente en la materia, el caso *Lüth* (1958). En 1950 Erich Lüth, Presidente del Club de Prensa de Hamburgo, se

pronunció contra una película del director Veit Harlan, exhortando a no comercializar la película y a no acudir a su proyección en vista del pasado nacionalsocialista del realizador. La productora del film acudió al juez civil de Hamburgo y consiguió que se condenara al demandado con la prohibición de pronunciarse acerca de la película.<sup>5</sup> Para el juzgador se trataba de una incitación al boicot, que ocasionaba un “daño por actuación contraria a las buenas costumbres”, (*Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung*) contemplado en el numeral 826 del Código Civil. Contra esa resolución, Lüth recurrió argumentando que se había violentado su derecho a la libertad de expresión. El Tribunal Constitucional Federal determinó, que la expresión de una opinión, que contiene un llamado a un boicot, no viola necesariamente las buenas costumbres, en el sentido del artículo 826, sino que, puede estar justificada constitucionalmente mediante la libertad de expresión al ponderar todas las circunstancias del caso. Relevante para el análisis resulta la discusión sobre la naturaleza de los derechos fundamentales (*Grundrechte*) y su posible incidencia en el derecho privado. Señala el Tribunal:

La influencia de los derechos fundamentales, como criterios valorativos, se realiza sobre todo mediante aquellas disposiciones del derecho privado que contienen derecho imperativo y por tanto forman parte del orden público en sentido amplio, es decir, mediante los principios que, por razones de interés general, han de ser vinculantes para el modelo de las relaciones jurídicas

<sup>3</sup> BAG 15.01.1955 (1 AZR 305/54).

<sup>4</sup> BAG 10.05.1957 (1 AZR 249/56).

<sup>5</sup> García Torres, Jesús y Jiménez-Blanco, Antonio. *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 1986, p. 26.

entre los particulares y por ende están sustraídos a la autonomía de la voluntad. Tales disposiciones, por su finalidad, están emparentadas con el derecho público, del que son un complemento, y en especial con el derecho constitucional. Para la realización de esa influencia a la jurisprudencia se le ofrecen sobre todo las cláusulas generales que, como las del parágrafo 826 del BGB, remiten para el juicio de la conducta humana a medidas meta-civiles e incluso metajurídicas. A la hora de decidir lo que estos mandatos sociales exigen en el caso concreto ha de partirse, en primer lugar, de la totalidad de las representaciones de valor que el pueblo ha alcanzado en un determinado momento de su desarrollo cultural y fijado en su Constitución. Por ello se han calificado con razón las cláusulas generales como los puntos de irrupción de los derechos fundamentales en el derecho civil.

Por mandato constitucional el juez ha de examinar si las disposiciones de Derecho civil que él debe aplicar materialmente están influidas por los derechos fundamentales en la forma expuesta, y, en su labor de interpretación y aplicación, ha de tener en cuenta tales modificaciones del derecho privado. Tal es el sentido de que también el juez civil esté vinculado a los derechos fundamentales (artículo 3.1 GG). Si no observa esa medida y basa su sentencia en el olvido de la influencia de la Constitución sobre las normas civiles, no sólo actúa contra el derecho constitucional al desconocer el contenido de las normas sobre derechos fundamentales en cuanto normas objetivas, sino que, en cuanto titular del poder público,

viola mediante su sentencia el derecho fundamental a cuyo respeto también por el poder judicial tiene el particular un derecho jurídico-constitucional. Contra dicha sentencia y en perjuicio de las posteriores instancias en la vía judicial civil, puede recurrirse al Tribunal Constitucional Federal en queja constitucional.

El Tribunal Constitucional debe examinar si el Tribunal civil ha juzgado con acierto el alcance y el efecto de los derechos fundamentales en el ámbito del derecho civil. Pero de ahí se deriva al tiempo el límite de su labor revisora: no es asunto del Tribunal Constitucional examinar en su integridad las sentencias del juez civil; sólo debe examinar el llamado efecto de irradiación de los derechos fundamentales sobre el derecho civil y hacer valer aquí también el contenido de valor de la norma constitucional. El sentido del instituto de la queja constitucional es que todos los actos del poder legislativo, ejecutivo y judicial deban ser examinados según la medida de los derechos fundamentales (artículo 90 BVerfGG). De la misma forma que el Tribunal Constitucional Federal no puede actuar como instancia de revisión o de superrevisión sobre los Tribunales civiles, tampoco puede prescindir del examen de tales sentencias y desentenderse de eventuales desconocimientos de las normas y medidas de los derechos fundamentales.<sup>6</sup>

El Tribunal Constitucional Federal no analiza en concreto cada uno de los derechos fundamentales, sino que únicamente se centra en la violación imputable al juez civil, de acuerdo con los parámetros del citado artículo 90. La vigencia de los derechos

---

6 BVerfGE 15.01.1958 (1 BvR 400/51).

fundamentales en el tráfico privado y la revisión de las sentencias civiles por el Tribunal Constitucional Federal son dos problemas “resueltos de una sola vez”, con el impulso que ofrece la proclamación de la Constitución, como un sistema de valores.<sup>7</sup> En otras sentencias posteriores se ha vuelto a abordar el tema, sin embargo, la jurisprudencia ha aclarado muy poco de lo dicho en el asunto Lüth. Hoy casi sesenta años después muchas interrogantes continúan sin respuesta, y es la doctrina, quien ha dedicado gran cantidad de páginas a la elucidación de ese problema.

Un segundo precedente importante se encuentra en el caso *Blinkfüer* (1969).<sup>8</sup> En 1961 las editoriales Axel Springer, Hammerich & Lesser y Die Welt prohibieron a los distribuidores y comerciantes de revistas la comercialización del semanario *Blinkfüer*, por dar a conocer en la República Federal programas de radio y televisión de la República Democrática de Alemania, hecho que para las editoriales constituía un apoyo ideológico al régimen comunista por parte del semanario. El semanario interpuso demanda de indemnización por daños y perjuicios contra las editoriales, solicitud desestimada por el Tribunal Federal Supremo. Ante esa denegatoria, se recurre ante el Tribunal Constitucional Federal, invocando la lesión a la libertad de expresión. La sede constitucional reconoce que la protección del derecho fundamental fue omisa, y que la libertad de prensa es un instituto que no es lícito utilizar, para bloquear un cierto

contenido informativo prescindiendo de la libre discusión. El punto principal se proyecta en el ámbito concerniente a la omisión del deber de protección, que debió haber dispensado el juez civil, antes que el asunto de la afectación del derecho fundamental de *Blinkfüer* por parte de las editoriales. Asimismo, se advierte que importa al Tribunal dicha libertad en cuanto instituto, como elemento consustancial de la confrontación libre de ideas y opiniones.

El Tribunal Constitucional Federal estimó que se había extendido excesivamente la libertad de expresión, y siguiendo lo sostenido en el caso Lüth, el llamado al boicot como manifestación de la libertad de expresión se halla protegida siempre que concurren circunstancias adicionales, esto significa, que se acuda a él como un medio de confrontación de opiniones en temas de carácter político, económico, social y cultural, concernientes a la comunidad y que la convocatoria no se sirva como toma de posición en base a mecanismos obligatorios, como la posición dominante de mercado.

### **3. Modalidades de la *drittwirkung***

De admitirse, que los derechos fundamentales irradian sus efectos al derecho privado, la segunda cuestión en importancia es la determinación de la forma en que esos efectos se producen. Este cuestionamiento ha dado paso a dos modalidades de *Drittwirkung*.

<sup>7</sup> García Torres y Jiménez-Blanco, *op. cit.*, p. 33.

<sup>8</sup> BVerfGE 26.02.1969 (1 BvR 619/63).

### 3.1. *Drittwirkung directa*

La teoría de la *Drittwirkung* directa o inmediata (*unmittelbare Drittwirkung*), representada principalmente por Hans Carl Nipperdey<sup>9</sup>, sostiene la vinculación directa a los derechos fundamentales de los actos realizados por los particulares en el ejercicio de su autodeterminación. No se necesitaría la mediación del legislador o del juez para que tales derechos desplieguen plenamente sus efectos en el tráfico jurídico-privado, precisamente porque se trata de derechos proclamados por la Constitución.<sup>10</sup> Defender la tesis de la eficacia inmediata frente a terceros es afirmar la virtualidad directa, sin mediaciones de los derechos fundamentales, en tanto que derechos subjetivos reforzados por la garantía constitucional. Se sostiene, que esos derechos vinculan los actos de los particulares, es decir, se imponen dentro del ámbito que rige la autonomía de la voluntad y deben ser respetados aún en las relaciones privadas.<sup>11</sup>

La tesis de la eficacia inmediata, en cuanto atañe al plano de la contratación privada conduciría a afirmar, que los derechos fundamentales actúan como limitaciones inmediatas de la autonomía privada, con la consecuencia que el negocio

jurídico sería inválido en el caso, que las restricciones establecidas en ejercicio de la autovinculación, desborden el margen de lo admisible en materia de derechos fundamentales. Lo anterior, implica que los derechos fundamentales modifican normas de derecho privado y crean nuevas normas, como prohibiciones, mandatos, derechos subjetivos, leyes de protección, razones de justificación, etc. Desde la perspectiva contraria, los derechos fundamentales podrían ser limitados, válidamente, por la vía contractual; sólo de conformidad con el principio constitucional de la prohibición del exceso, la limitación negocial del derecho fundamental será admisible en la medida en que guarde relación con los parámetros de adecuación al fin, necesidad y proporcionalidad.<sup>12</sup>

### 3.2. *Drittwirkung indirecta*

La *Drittwirkung* indirecta o mediata (*mittelbare Drittwirkung*), representada principalmente por Günter Dürig, sostiene que son las normas, y no los actos de derecho privado, las que están vinculadas por los derechos fundamentales, y sólo en esa medida rigen, esos derechos, las relaciones entre particulares.<sup>13</sup> Según tal tesis, los derechos fundamentales al ser desarrollados por la

9 Nipperdey *prefiere hablar de efecto absoluto (Absolute Wirkung) de los derechos fundamentales y no de efectos ante terceros (Drittwirkung)*. Ennecerus, Ludwig/ Nipperdey, Hans Carl. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 1959, p. 94.

10 Nipperdey, Hans Carl. *Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung*, RdA 1950, pp.121-128; Nipperdey, Hans Carl. *Boycott und freie Meinungsäußerung*, DVBl 1958, pp. 445-452.

11 Venegas Grau, María. *Derechos fundamentales y Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 179. Bleckmann, Albert. *Neue Aspekte der Drittwirkung der Grundrechte*, DVBl 1988, p. 942. Hager, Johannes. *Grundrechte im Privatrecht*, JZ 1994, p. 383.

12 *Resulta sumamente provocativa la interpretación, según la cual se presenta una obligación de contratar en los casos en que la negativa de contratar de alguna de las partes pudiera estar en contradicción con algún derecho fundamental e implicara una violación al principio de igualdad y dignidad humana del afectado Rivero Sánchez, Juan Marcos. Constitución, Derechos fundamentales y Derecho privado, Biblioteca Jurídica Dike, San José, 2001, p. 153.*

13 Dürig, Günter. *Grundrechte und Privatrechtsverkehr (Komm. z. GG, Art. 1 Abs. 3 Rdnr. 127-132)*, en Maunz-Dürig *Grundgesetz Kommentar*, Verlag C.H. Beck, München, 2001, pp. 64-68.

ley, deben interpretarse en la forma en la que el legislador ha deparado su contenido, alcances y límites. Pero, además, los derechos fundamentales serían necesarios puntos de partida para la interpretación de la legalidad ordinaria, esto es, tendrían una eficacia interpretativa. Se reconoce así, la existencia de una eficacia horizontal de los derechos fundamentales.<sup>14</sup> Cuando se declara la vulneración de un derecho fundamental dentro de una relación privada, la violación no se debe atribuir a la otra parte, sino al poder público, que no ha satisfecho su obligación de proteger ese derecho; la violación no se enmarca en el plano privado, sino, por el contrario se produce en el ámbito del derecho público. La consecuencia más característica de esa mediación radica en que el derecho fundamental y la libertad pública surgen de ella transformados; ya no afecta la relación en cuanto derecho fundamental, sino, en razón de que el legislativo ha incorporado su influencia a su propia legislación, transformándolo en derecho objetivo. Corresponde, pues, a esa rama del ordenamiento dar una respuesta justa a los conflictos de intereses que surjan entre particulares, una solución acorde con la autonomía privada.<sup>15</sup>

Para la *Drittwirkung* indirecta, el reproche, ante una infracción a los derechos fundamentales, se sitúa en el legislador que no ha previsto una norma, para el supuesto en cuestión, o que ha establecido un precepto inadecuado, para regular la proyección de los derechos fundamentales en las relaciones privadas; o bien, se atribuye al juez, por no haber interpretado de forma acertada la vigencia de

los derechos en ese ámbito, por no tomar en cuenta los derechos fundamentales a la hora de interpretar las normas jurídico-privadas, que rigen los actos de los particulares. En conclusión, los mediadores de los derechos fundamentales serán el legislador, o bien el juez, quienes han faltado a su deber de tutela sobre el sujeto de derecho privado.<sup>16</sup> Se tendría así, que los derechos fundamentales desempeñan distintas funciones según se analicen los casos del legislador y el juez. En el primer caso, impondrían la obligación de legislar de acuerdo a la Constitución y sus valores, especialmente en lo que a los derechos fundamentales se refiere. En el segundo caso, estos tendrían una función interpretativa de doble naturaleza, como directrices o líneas interpretativas hacia el derecho privado, y mediante cláusulas generales, principios jurídicos y conceptos jurídicos indeterminados.

#### **4. Críticas a la *drittwirkung***

En Alemania la crítica a la *Drittwirkung* no se ha detenido. Desde su formulación original, su construcción teórica y sus silencios metodológicos han provocado distintas objeciones, reproches que se refieren, principalmente, a su especialización, y a las fricciones que provoca con la autodeterminación.

##### **4.1. El problema de su especialización**

Las tesis descritas admiten o parten del hecho; que existe, o puede existir, una eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico privadas, su

<sup>14</sup> Krüger, Herbert. *Die Verfassungen in der Zivilrechtsprechung*, NJW 1949, S.163.

<sup>15</sup> Venegas Grau, op. cit., p. 148.

<sup>16</sup> Ruffert, Matthias. *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*, Habil., 2001, p.12

discrepancia se plantea respecto a la forma en la que se proyecta dicha eficacia, sin embargo, se mantiene vigente la cuestión acerca de si ello justifica su consideración, como figura especial o su procedencia se encuentra, ya en los derechos de defensa frente al Estado. Un autor destacado en esa línea es Jürgen Schwabe, de acuerdo con el cual, la *Drittwirkung* no existe, más que como consideración de los derechos fundamentales originarios. Dicha relación no se ha modificado y esos derechos, entendidos como derechos de defensa, siguen enfocándose en la relación con el poder estatal.<sup>17</sup> De ese modo, sostiene Schwabe, un conflicto entre sujetos privados no supone una proyección alternativa u horizontal de tal relación jurídica, toda vez que, al ser el Estado, mediante el Poder Judicial, el llamado a resolver el conflicto, se convertiría siempre en un actor central de la relación.<sup>18</sup>

Los derechos fundamentales tendrían eficacia en las relaciones entre particulares directamente con base en la Ley Fundamental, porque serían objeto de intervención por el poder público a través de mandatos y prohibiciones, razón por la cual, no se justifica una dogmática especializada. A diferencia de las posturas clásicas, para Schwabe, la vinculación a los derechos fundamentales se produciría “a través” del Estado. Él anuda el asunto a la responsabilidad del Estado, para con las leyes

del derecho civil y las decisiones judiciales en esa materia. Desde esta perspectiva, si la legislación o la decisión judicial no observan satisfactoriamente los derechos fundamentales de los titulares, de los mismos, significa, entonces, que el legislador y el juez en cuanto órganos estatales han “intervenido” en aquellos. En resumen, la totalidad de la teoría de la *Drittwirkung* no vendría a ser más que, un problema aparente en la medida que el binomio, iusfundamental, vinculación-protección de los sujetos privados ya encuentra tutela en la Constitución sin necesitar del desarrollo de nuevas construcciones teóricas.<sup>19</sup>

#### **4.2. El problema de la fricción con la autonomía de la voluntad**

Es una máxima, plenamente aceptada en el moderno Estado de Derecho, la capacidad del ser humano para autodeterminarse. Llegar a ese reconocimiento no ha sido fácil. En su desarrollo, han jugado un importante papel tanto el ideal de justicia, aportado por el cristianismo en el medioevo, como la influencia, en los siglos XVIII y XIX, del idealismo y de la escuela histórica del derecho, reconociendo la importancia de la voluntad en las relaciones humanas. Posteriormente, los principios inspiradores de la revolución francesa, terminaron de configurar la autonomía de la voluntad bajo su forma actual. Se afirma, de ese modo, que el Estado sólo reconoce la dignidad de la

<sup>17</sup> Schwabe, Jürgen. *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte*, C.H. Beck, München, 1971, p. 54.

<sup>18</sup> A la tesis de Schwabe puede criticársele que confunde la relación de los vinculados por las normas en condición de tutela con aquella de los vinculados por una potestad jurídica en su condición de órgano decisor. El hecho que el juez resuelva no lo convierte en partícipe de la controversia originaria. Además, su tesis parte del modelo clásico de heterocomposición y no logra explicar modelos actuales en los que las partes privadas acuerdan solucionar sus conflictos prescindiendo de la autoridad estatal.

<sup>19</sup> Mendoza Escalante, Mijail. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, p. 15 en *Pensamiento Constitucional*, Año XI, N.º 11, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005.

persona como sujeto de derecho, en el tanto admita su libertad para decidir el contenido y destino de sus actuaciones. De lo contrario, le serán asignados desde el exterior, con lo cual corre el riesgo de quedar reducido a un objeto, víctima de la manipulación de poderes tanto públicos como privados. Una vez reconocida esa autonomía, se acepta, como una de sus principales manifestaciones la autovinculación, la cual permite a cada sujeto regular sus relaciones libremente con otros individuos, a fin de constituir vínculos contractuales con plena vigencia y fuerza de ley entre ellos.

Algunos autores manifiestan, que la teoría de la eficacia mediata tiene lugar actualmente en el derecho alemán; bajo la forma de deber de protección, y que su aplicación alcanza efectos aún más radicales de los pretendidos por la eficacia directa. Ese “espejismo” de la *Drittwirkung*, ha llevado los efectos de los derechos fundamentales a relaciones jurídico-privadas de muy distinta naturaleza, aplicándose así, no solamente en materia laboral o frente a vulneraciones del elenco de libertades, tal como sucedió en el caso Lüth o posteriormente en el caso Böll, sino también, en el ámbito de la contratación privada, justo allí donde la autodeterminación adopta la forma de una autovinculación.<sup>20</sup> Ello ha llevado a un sector de la doctrina a criticar el peligro, que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal representa para el principio de autodeterminación, rebasando los límites de lo estrictamente constitucional, y amenazando con convertirse en una instancia

de super-revisión procesal, ocasionando fricciones con la jurisdicción ordinaria. Se corre el riesgo de una “inflación” de asuntos al invocar excesivamente la infracción de un derecho fundamental, a veces de un modo injustificado.<sup>21</sup>

## 5. **Propuestas alternativas al problema de la *drittwirkung***

Las críticas formuladas a la teoría de la *Drittwirkung*, han producido una respuesta por parte de otros autores al problema de la tensión entre los derechos fundamentales y la autodeterminación, soluciones que difieren de las tesis mediata e inmediata, y entre las cuales se encuentran las propuestas de Lombardi, Schwabe, Stark, Canaris y Alexy.

### 5.1. **Tesis de Lombardi**

Para Lombardi, el primer problema que debe afrontarse es el de la disparidad entre las partes contratantes, problema que, de sólo, se elude ante la idea, con poco sustento en la praxis diaria, de la simetría contractual. En este tipo de relaciones, las partes no están en aquella posición de igualdad, que aparece como justificación constante de la autonomía privada, sino que una de ellas se encuentra por razones económicas y sociales en una posición dominante, mientras la otra se halla en estatus de sumisión. Ello da origen al ejercicio de un poder que es privado, pero que se realiza con aquellas formas de dominio y de autoridad sustancialmente

<sup>20</sup> Se ha limitado así la autonomía de la voluntad en materia de contrato de fianza (BverfGE 89, 214), contrato de agencia (BverfGE 81, 242) y arrendamientos urbanos (BverfGE vol. 89, 1, BverfGE 90, 27).

<sup>21</sup> Este tema que, merece una investigación más amplia, se enmarca en una serie de críticas acerca del Estado jurisdiccional caracterizado, como aquel en el cual el Estado se ha judicializado en demasía resultando, incluso en que en algunos casos la interpretación (*Auslegung*) se vea sustituida por una creación judicial del derecho (*Rechtsfortbildung*).

similares a las categorías administrativas, que son propias de los poderes de derecho público. Así las cosas, la aparición de poderes privados, capaces de imponer su voluntad y su *dominium* con igual o mayor fuerza que los poderes públicos del Estado, determina un nuevo y más amplio entendimiento de la dialéctica poder-libertad. Se vuelve necesaria la aplicación de derechos fundamentales, bajo la forma de derechos de defensa, que en tesis de principio, solo serían exigibles frente al Estado.

Aún, cuando existe una similitud entre ese poder y los poderes clásicos del derecho público, no es correcto suponer que su ejercicio esté sujeto a las mismas garantías que operan en dicho ámbito jurídico, es decir, a la oponibilidad de los derechos fundamentales. Para ello, sería *conditio sine que non*, por un lado, que las características del poder privado deban ser tales, que permitan reconocer en ellas una cierta esencia pública, y que el poder privado puede hacer abuso de esa posición de supremacía, de tal modo, que los instrumentos ordinarios de tutela, previstos por el derecho privado, no ofrezcan garantías adecuadas a la parte más débil. No se trataría, en este asunto, de un mero caso de abuso del derecho, pues esta figura del derecho privado está prevista para solventar situaciones en que existe una posición de paridad entre las partes, y representa un medio normal de garantía contra el dañino ejercicio de la autodeterminación. Antes bien, en vista que una de las partes es un poder privado, se trata de un abuso del derecho agravado, por esta última condición, que si bien hace parte del género mayor, tiene unas

características propias que lo distinguen.<sup>22</sup> Para Lombardi, el despliegue inmediato de efectos requiere de condiciones especiales, no basta con previsiones abstractas del texto constitucional, necesitan normas de conexión (norme di collegamento), que aseguren la accionabilidad de los derechos fundamentales frente a los poderes privados, en las que se precise con claridad su verdadero alcance y eficacia.

## 5.2. Tesis de Canaris

Según esta tesis de Claus Wilhem Canaris, que en menor medida también ha sido planteada por Christian Starck, el Estado debe proteger los derechos fundamentales ante afectaciones provenientes de particulares, a través de la legislación del derecho privado y de los jueces competentes en la materia.<sup>23</sup> Este imperativo recibe la denominación de “deber de protección” (*Schutzpflicht*). Si en una controversia privada, el juez no tutela los derechos fundamentales de las partes, se habrá producido una situación de omisión del cumplimiento del “deber de protección por parte del Estado”. De acuerdo con dichos autores, la *Drittwirkung* sería un caso particular de dicha protección. La consecuencia de esta postura es que los derechos fundamentales repercuten en las relaciones jurídico privadas “a través del derecho privado”. Las normas constitucionales que los enuncian, como tales y por sí solas, no vincularían en estas, sino la ley, que para proteger esos derechos ha sido establecida por el legislador, justamente, en cumplimiento del denominado “deber de protección”. La tesis de los “deberes de

<sup>22</sup> Lombardi, Giorgio. *Potere Privato e diritti fondamentali*, Giappichelli Editore, Torino, 1970, p. 90.

<sup>23</sup> Canaris, Claus-Wilhelm. *Grundrechte und Privatrecht – eine Zwischenbilanz*, Walter de Gruyter, Berlin, 1999.

protección” contribuiría a precisar la eficacia indirecta de los derechos fundamentales.

Por ello, podría afirmarse que se halla con ésta en la misma dirección y, además, opuesta a la tesis de la eficacia directa. Cabe indicar, que esta tesis, se construye sobre la relación entre deberes de protección y la función activa del Estado democrático de Derecho en la protección de los ciudadanos. Puede apreciarse de ese modo, la evolución constitucional, que supera la concepción de los derechos fundamentales, como derechos de defensa, y la reemplaza por una visión que integra la función activa del Estado en la tutela ante ataques sin distinción de su origen.

De acuerdo con Canaris, ese razonamiento fue utilizado en la resolución *Blinkfüer*.<sup>24</sup> El aporte fundamental de Canaris, consiste en afirmar que, contrario a lo resuelto por los jueces constitucionales, Springer no lesionó la libertad de prensa garantizada a *Blinkfüer*, puesto que aquel no era el destinatario de la norma, antes bien, fue la sentencia del Tribunal Federal Supremo al no garantizar a *Blinkfüer* protección frente al boicot y la presión económica por parte de un grupo editorial situado en una posición de poder.

Esta posición vendría a diferenciarse de la de Schwabe, en cuanto, a que el Poder Judicial no ha intervenido en la esfera del derecho fundamental, sino, por el contrario, en que

ha denegado su protección jurisdiccional que le estaba impuesta en vista del “deber de protección”

### 5.3. Tesis de Alexy

Robert Alexy propone una tercera solución que supere, lo que el denomina, como el problema de la pretensión de exclusividad. Su modelo pretende superar los vacíos de las teorías de la eficacia directa e indirecta, enfocándose en tres frentes básicos y esclareciendo las relaciones en tres frentes, los deberes del Estado, los derechos frente al Estado, y las relaciones jurídicas entre sujetos de derecho privado. El primer frente se relaciona con la teoría de la eficacia mediata, y afirma que los poderes estatales se encuentran vinculados a los derechos fundamentales, en tanto orden objetivo de valores que irradia sus efectos también en el ámbito del derecho privado.

El segundo frente analiza el derecho de los sujetos privados y su relación con el juez que aplica los derechos fundamentales en controversias de índole privada. En ese sentido, se trata de un derecho subjetivo, que el particular puede hacer efectivo si el juez ignora el deber mencionado en el primer frente. Se encuentra aquí un derecho del ciudadano frente a la administración de justicia, que comprende a la vez un derecho de defensa frente al Estado y un derecho a la protección de afectaciones por parte de

---

<sup>24</sup> La doctrina ha señalado, que el Tribunal Constitucional alemán ha apelado a este tipo de argumentación en la sentencia que examinó la constitucionalidad de la ley de reforma del Código Penal (de 18 de junio de 1974), sobre la punibilidad del aborto. En ese caso, el Tribunal (Sala Primera), por sentencia de 25 de febrero de 1975, consideró inconstitucional en lo esencial, la disposición (parágrafo 218a del Código Penal) que eximía de responsabilidad penal en el supuesto, que el aborto haya sido practicado por un médico y con el consentimiento de la gestante dentro de las doce semanas posteriores a la concepción. El razonamiento fue; que el Estado tiene un “deber de protección” de la vida en gestación en cuanto bien jurídico constitucionalmente garantizado, de modo que la exención de responsabilidad penal condicionada a un plazo implicaba que la ley no se había ajustado a dicha obligación

terceros, un mandato de protección. Este segundo frente, se asemeja a la tesis de Schwabe, de imputar a los poderes estatales la lesión proveniente del particular, aunque en este caso no se le atribuye directamente al poder judicial el acto impugnado, sino que se le reprocha no haber tenido en cuenta en la solución del caso en conflicto, los principios fundamentales, situación que lo sitúa cercano a la propuesta de Canaris.

El tercer frente, se enfoca directamente en los “efectos iusfundamentales”, en las relaciones jurídicas entre los sujetos privados. En la relación ciudadano-ciudadano existen relaciones ambivalentes, que se debaten entre su eficacia e ineficacia (derechos-no derechos y libertades-no libertades, por ejemplo). Ello indica, que los principios iusfundamentales conducen a derechos y deberes en relaciones entre iguales que, debido a la vigencia de estos principios, son necesarios, pero que, sin su vigencia, no lo serían. Esta idea se corresponde, según Alexy, con el efecto inmediato, dentro de las relaciones de los particulares, de los derechos fundamentales. Existiría así, una vinculación de derechos fundamentales entre particulares, que se manifiesta mediante la forma de mandatos, prohibiciones o permisos sobre los sujetos privados; simplemente esas modalidades no existirían si los derechos fundamentales no fuesen derecho vigente.

La propuesta de Alexy, se incluye en las soluciones alternativas, que pretenden superar los estrechos márgenes a que se

había reducido la discusión en el marco de la contraposición de las teorías tradicionales. No obstante, presenta el peligro de la ambigüedad, y obliga además a utilizar otros elementos de su construcción jurídica como son la teoría de la argumentación jurídica y el entendimiento de los derechos fundamentales como un todo.<sup>25</sup> El autor reconoce la incertidumbre que rodea el aspecto central de su planteamiento del problema, cuando afirma que, la respuesta a la cuestión última de la eficacia de los derechos particulares entre privados, es decir, “de saber si un particular que lesiona el derecho que otro particular tiene frente a él, y que está exigido por razones iusfundamentales, lesiona un derecho fundamental del otro”<sup>26</sup>, depende de una mera decisión terminológica, y ofrece de este modo una salida para evitar “los múltiples malos entendidos y simplificaciones que pueden estar vinculados con la concepción de la lesión de un derecho fundamental por un particular”<sup>27</sup>; de este modo, evita tomar una postura definitiva respecto de la cuestión que nos ocupa. El modelo de Alexy no resuelve el problema. Su virtud radica en ofrecer un modelo de integración, que clarifica el conflicto y lo explica a partir de tres niveles (derecho, deber y eficacia en el derecho privada). El modelo se basa en la concepción dual de los derechos como derechos de defensa y de protección, la admisión consiguiente de deberes de protección, y se explica en la eficacia indirecta de los derechos fundamentales en la forma que la expone el Tribunal Constitucional en la sentencia del caso Lüth.

---

<sup>25</sup> Estrada, Alexei Julio. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 137.

<sup>26</sup> Alexy, Robert. *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp Verlag Berlin, p. 475.

<sup>27</sup> Alexy, op. cit., p. 477.

## 6. *Drittwirkung en el Sistema Europeo*

En el ámbito europeo, la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares ha sido reconocida por los dos principales tribunales, en cuanto a protección de derechos se refiere. Por un lado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con sede en Luxemburgo, y por otro, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo. El primero de ellos presenta entre sus funciones más importantes, controlar que los actos de las instituciones comunitarias se ajusten al derecho, vigilar que los Estados miembros cumplan sus obligaciones, así como velar por la aplicación e interpretación uniforme del derecho comunitario en todo el territorio de la Unión Europea. El Tribunal con sede en Estrasburgo, por su parte, es la máxima autoridad europea para la protección de los derechos fundamentales. Se trata de un tribunal, ante el que puede acudir cualquier persona que considere, que sus derechos, reconocidos por el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, han sido violentados por parte de un Estado miembro del Consejo de Europa, una vez agotados sin éxito los recursos, judiciales disponibles en ese Estado.

### 6.1. *Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea con ocasión de conflictos de aplicación y competencia entre el derecho nacional y el derecho comunitario, se ha visto obligado a abordar indirectamente temas que se enmarcan en la discusión de la *Drittwirkung*. La aplicación uniforme del derecho comunitario europeo requiere la prohibición más amplia posible, por parte de los Estados nacionales, ante situaciones de discriminación y vulneración de derechos fundamentales, que trasciendan el esquema publicista clásico y se originan en conflictos de naturaleza esencialmente privada.<sup>28</sup> Lo anterior representa uno de los desafíos más grandes del derecho europeo, toda vez que la pluralidad de legislaciones nacionales dificulta el tratamiento homogéneo de determinadas figuras, así como la resolución de conflictos que encuentran en ellas su origen, obligando así al Tribunal a recurrir a la doctrina de la *Drittwirkung* como criterio unificador en la tutela de derechos fundamentales.<sup>29</sup>

El caso *Walrave y Koch* (1974)<sup>30</sup> constituye uno de los primeros en que se aborda la tesis de la irradiación de los derechos fundamentales en todo el ordenamiento jurídico. El caso, sometido a consideración de la Corte en

28 Oppermann, Thomas. *Europarecht*, CH. Beck Verlag, 1999, Nota al margen 1523.

29 El Tribunal se ha visto obligado, a lo largo de su historia, a resolver conflictos en que el desequilibrio de poder entre sujetos de naturaleza privada, ha producido afectaciones a derechos fundamentales. En ese sentido, se ha generado numerosa jurisprudencia en materia laboral por actuaciones contrarias a lo establecido en el artículo 7 párrafo 4 del Reglamento 1612/68 de la Comunidad Económica Europea, el cual establece que los acuerdos de derecho privado discriminatorios en el acceso y desarrollo del empleo, retribución y demás condiciones de trabajo serán nulos. Otra fuente considerable de precedentes, se encuentra en las normas del trato nacional, presentes en los artículos 7, 48 y 59 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957 (actualmente artículos 18, 45 y 56 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea), mismas que obligan a reinterpretar la legislación nacional a la luz del derecho comunitario a fin de reconocer, con algunas excepciones, a los ciudadanos de los otros países miembros derechos que anteriormente pertenecían sólo a los nacionales.

30 Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Resolución de 12 de diciembre de 1974. Rs. 36/74.

Luxemburgo, se plantea en el marco de una disputa contra la Unión Ciclista Internacional, así como contra las Federaciones ciclistas de los Países Bajos y de España, por dos ciudadanos neerlandeses, que participaban habitualmente como entrenadores en carreras del tipo descrito, y que consideraron discriminatoria la disposición, según la cual los puestos de entrenadores debían ser ocupados por nacionales; normativa que estimaban contraria a las disposiciones europeo-comunitarias. En ese juicio, el Tribunal estableció, que la legislación comunitaria no afectaba a normas que tenían un “interés puramente deportivo” ajenas a las actividades económicas referidas en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Dicho de otra forma, se dictaminó, que la legislación comunitaria no era aplicable a las normas que regulan la composición de las selecciones deportivas nacionales. Más allá de lo dispuesto sobre ese punto, interesa la consideración utilizada por el Tribunal respecto a las libertades fundamentales, en cuanto a que la prohibición de discriminación no solo se impone a la actuación de las autoridades públicas, sino que se extiende a las normativas de otra naturaleza que tengan por finalidad regular colectivamente el trabajo por cuenta ajena y las prestaciones de servicios.

Un segundo precedente de importancia en torno a la *Drittwirkung*, se encuentra en el caso *Reina* (1982)<sup>31</sup>. Este precedente se origina en el conflicto entre los demandantes Francesco y Letizia Reina, italianos residentes en Alemania, quienes con ocasión del nacimiento de sus hijos aplican para la

concesión de un préstamo “por nacimiento” de parte del Landeskreditbank, el cual rechaza la solicitud con el argumento; que las directrices para la concesión de dicho préstamo especifican que el mismo se otorgará cuando al menos uno de los esposos sea alemán. El Tribunal expone que los beneficios derivados o no de un contrato de trabajo, concedidos a los trabajadores nacionales, principalmente a causa de su condición objetiva de trabajadores, o simplemente debido a su residencia en el territorio nacional se extenderán a los trabajadores migrantes y sus familias, razón por la cual tal directriz bancaria violenta los derechos de igualdad y no discriminación, al tiempo que infringe la normativa de orden comunitario que consagra tales principios fundamentales.

Tales puntos de vista han sido ampliados en los casos *Donà* (1976)<sup>32</sup> y *Bosman* (1995)<sup>33</sup>. La primera; detalla el conflicto entre dos nacionales italianos y la Federación Italiana de Fútbol. Los demandantes consideran, que el Reglamento orgánico de la Federación riñe con el Tratado Constitutivo, al señalar que sólo los jugadores con licencia de la Federación pueden participar en las competiciones oficiales, y dicho permiso sólo se concede, en principio, a los jugadores de nacionalidad italiana. El Tribunal estimó que las disposiciones que buscan la supresión de toda discriminación contra el prestador del servicio, por razón de su nacionalidad o del hecho que resida en un Estado miembro, distinto de aquél donde se lleve a cabo la prestación tienen efecto directo en los ordenamientos jurídicos de los Estados

31 Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Resolución de 14 de enero de 1982. RS 65/81.

32 Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Resolución del 14 de julio de 1976. Rs. 13/76.

33 Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Resolución del 15 de diciembre de 1995. C-415-93

miembros, y confieren a los particulares derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales deben proteger. El segundo caso, de gran cobertura mediática, reseña los conflictos por el traspaso de un futbolista profesional belga, Jean Marc Bosman, del R.F.C. Liège al USL Dunkerque de Francia, negociación no concluida, debido a la indemnización solicitada por el primer club. Bosman reclama que tal cláusula es contraria al Tratado Constitutivo al limitar el acceso de jugadores profesionales extranjeros, ciudadanos de la Comunidad Europea, a las distintas competiciones de los países firmantes del Tratado. El Tribunal, en un punto que revolucionaría las competiciones europeas, decidió que el artículo 48 del Tratado se opone a la aplicación de normas adoptadas por asociaciones deportivas, según las cuales, en los partidos de las competiciones por ellas organizadas, los clubes de fútbol sólo pueden alinear un número limitado de jugadores profesionales nacionales de otros Estados miembros.

## 6.2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos aplica la doctrina de la *Drittwirkung* en el caso *Young, James y Webster contra Reino Unido* (1981).<sup>34</sup> En este, tres empleados de la compañía británica de trenes fueron despedidos por negarse a formar parte de sus sindicatos, situación permitida por un acuerdo tipo “Close shop” concluido el año anterior entre la compañía y los tres sindicatos de la empresa. Ante esos hechos, el Tribunal encuentra una violación

al artículo 11 de la Convención europea de derechos humanos, el cual protege la libertad de asociación. El Tribunal refuta la existencia de un derecho general negativo a asociarse, ubicado al mismo nivel que el derecho positivo de asociación, no obstante, expone que la legislación británica contraviene el numeral 11 del Convenio, según el cual los trabajadores poseen el derecho a asociarse o no. Los jueces encuentran que la cláusula “Close shop” presenta un severo ataque a la libertad proveniente de sujetos de derecho privado, que amerita la tutela del tribunal. Cabe destacar, que dicho precedente es motivo de análisis no solo desde la perspectiva constitucional, sino un importante caso de estudio por la doctrina laboral.

Un segundo gran precedente se halla en el caso *X e Y contra el Reino de los Países Bajos* (1985).<sup>35</sup> En este se cuestionaba la legislación nacional, que impedía, al padre de una menor con discapacidad cognoscitiva emprender acciones penales contra los sospechosos de haber realizado un atentado contra la integridad sexual de su hija. Se plantea así, la queja por la imposibilidad, para que los padres puedan ejercitar las acciones pertinentes tras los ataques sexuales efectuados contra sus hijos, por ausencia de un recurso efectivo y porque la situación litigiosa tenía carácter discriminatorio, que contraviene el artículo 8 de la Convención. El Tribunal recuerda, en una de sus manifestaciones más importantes a favor de la *Drittwirkung*, que el artículo 8 del Convenio, que tiene como objeto proteger a los individuos contra las injerencias ilegítimas de los poderes

<sup>34</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Resolución del 13 de agosto de 1981.

<sup>35</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Resolución del 26 de marzo de 1985

públicos, aplica también a aquellas que tienen su origen en actos particulares. En este sentido, el Tribunal afirma; que a esta obligación negativa de no injerencia pueden añadirse obligaciones positivas inherentes al respeto a la vida privada y familiar, entre las cuales pueden encontrarse la adopción de medidas tendentes a asegurar el respeto de la vida privada, incluso en las relaciones entre los individuos.

Ambos casos plantean un nuevo posicionamiento del Tribunal respecto a la interpretación del Convenio, postulando no únicamente una acción de protección de los derechos contra los poderes públicos, sino incluyendo la protección frente a violaciones realizadas por particulares, lo cual rompe con la función clásica de los tratados internacionales, para dotarlos de una eficacia que se irradia a todo el ordenamiento jurídico, en este caso los países miembros del Convenio y sus nacionales. Esta nueva interpretación del Tribunal, refuerza la dimensión normativa del sistema constitucional de derechos y el sentido de la aplicación a otorgar al artículo 9.1 del Convenio cuando éste dispone que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución.

## **7. *Drittwirkung en el Sistema Interamericano***

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos ha sufrido una evolución a lo largo de su historia hasta llegar

en los últimos años a aceptar posiciones que pueden ser admitidas como casos de *Drittwirkung*.<sup>36</sup> Desde sus inicios, dicho Tribunal se presenta como una instancia de tutela del ciudadano frente a las actuaciones por parte de los Estados que vulneren sus derechos. Esta primera etapa, se caracteriza por sentencias que analizan la obligación de respeto y vigilancia de los derechos fundamentales, por parte de los Estados, prevista en el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. El caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras* (1988)<sup>37</sup> es el primer asunto en el que llega a asomarse la cuestión de la *Drittwirkung*. Manfredo Velásquez, fue apresado sin mediar orden judicial, por la policía secreta hondureña y por civiles que actuaban bajo su dirección, posteriormente asesinado y enterrado en un cementerio clandestino. La Comisión Interamericana somete el caso a la competencia de la Corte, y esta manifiesta, que el análisis está determinado por los alcances que se atribuyan al artículo 1.1 de la Convención. En su consideración, dicho artículo “pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido (...) a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado”. Los derechos fundamentales, a juicio de la Corte, se configuran como límites dirigidos únicamente al actuar de las autoridades; la responsabilidad del Estado, sin embargo, se extiende a aquellos casos en que se demuestre “cierto apoyo o

<sup>36</sup> Para un desarrollo más amplio de esa evolución puede consultarse Mijangos y González, Javier. *La doctrina de la Drittwirkung der Grundrechte en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Teoría y Realidad Constitucional N.20, UNED, Madrid, 2007.*

<sup>37</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución del 29 de julio de 1988.

tolerancia del poder público respecto a los particulares en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención”. Para la Corte en este caso, si bien los individuos que participaron en los hechos no forman parte del Estado hondureño, existe una implicación significativa debido a la falta de debida diligencia, en apoyo, en aquiescencia o en tolerancia sobre el actuar de los particulares, que para efectos del artículo 1.1 de la Convención se asimilan a los poderes públicos. Se resuelve así, que el Estado es responsable con los hechos, mas no se entra a considerar a fondo el papel de los sujetos privados como responsables directos por las infracciones cometidas.

En una segunda fase, el eje de relevancia pasa del Estado, como sujeto pasivo en el proceso, a la norma violada y los hechos que la han ocasionado. La Corte expone así, que los derechos fundamentales previstos en la Convención resultan obligaciones *erga omnes* que no sólo son exigibles frente al poder estatal. Esta etapa da inicio con el caso *Blake contra Guatemala* (1998).<sup>38</sup> En marzo de 1985, dos ciudadanos estadounidenses fueron asesinados en Guatemala a manos de las denominadas Patrullas de Autodefensa Civil. La Corte estimó que las patrullas civiles actuaban, efectivamente, como agentes del Estado, ya que recibían recursos e incluso órdenes del ejército. La aquiescencia del Estado en relación a las actividades de estos grupos paramilitares permite extender la responsabilidad a las autoridades guatemaltecas. En la resolución de este asunto la Corte es consciente, que en ocasiones resultará imposible demostrar un estado general de impunidad respecto

a este tipo de hechos, considerar que las violaciones denunciadas son atribuibles a una política de Estado o, simplemente, acreditar una conexión, por mínima que sea, con los poderes públicos. Lo anterior conduce a uno de los miembros del Tribunal, el juez brasileño Cançado Trindade a redactar un voto razonado, que será la base para consagrar la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas. A su juicio, es necesario desmitificar a los tratados internacionales, como normas que limitan únicamente la actuación de los poderes públicos, antes bien, estas consagran obligaciones de carácter objetivo. El carácter absoluto de la autonomía de la voluntad ya no puede ser invocado ante la existencia de normas del *jus cogens*, que se configuran como obligaciones *erga omnes* de protección incluidas aquellas que se suceden entre actores no estatales.

Finalmente, una fase que llega hasta el día de hoy y cuyo precedente más importante no se halla en un caso contencioso, sino en la opinión consultiva 18/03, establece la eficacia de los derechos fundamentales entre sujetos de naturaleza privada. En marzo de 2002, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América decidió, en el caso *Hoffman Plastic Compounds v. National Labor Relations Board*, que un trabajador indocumentado, no tenía derecho al pago de salarios caídos, después de ser despedido ilegalmente por intentar ejercer derechos otorgados por la *National Labor Relations Act*. Ante esa resolución, México solicita en el mismo año, una opinión consultiva a la Corte con fundamento en el artículo 64.1 de la Convención.

---

38 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución del 24 de enero de 1998.

En su opinión consultiva 18/03<sup>39</sup>, la primera operación que realiza la Corte se encamina a determinar, si el principio de igualdad y no discriminación puede ser calificado como de *jus cogens*. A su juicio, dicho principio puede considerarse imperativo “en cuanto es aplicable a todo Estado, independiente de ser parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares (...), ya que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional, y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico”. Esas normas son *jus cogens* en el tanto, así lo hayan determinado los propios Estados miembros al establecer la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos, prevista en el artículo 1.1 de la Convención. Es a través de la unión de estos dos factores, como los derechos fundamentales de la Corte se convierten en normas de carácter imperativo, incluso para sujetos de naturaleza privada.

La Corte expone; que la obligación impuesta al Estado opera también cuando, actuando como legislador, regula las relaciones entre particulares y determina los contenidos de la legislación laboral. Ahora bien, en una relación laboral constituida por particulares, la Corte establece, que siendo el principio de igualdad una norma de *jus cogens*, acarrea obligaciones *erga omnes*, y por tanto, abarca a todos los posibles destinatarios. Los efectos de los derechos fundamentales frente a terceros están claramente configurados en el propio régimen jurídico de la Convención, específicamente en el artículo 1.1 de la misma, que proclama el sometimiento tanto de poderes públicos como de particulares a la

Convención. La Corte declara rotundamente que los derechos fundamentales son límites directos al actuar de los particulares. Lo expuesto en la opinión consultiva ha sido, a su vez, reiterado en el caso *El Nacional, Así es la Noticia y Globovisión contra Venezuela*, en el cual se denuncia la presunta persecución que han sufrido los medios por partes de las autoridades. Más allá de los hechos propios del caso que se enmarcan en violaciones por parte de la autoridad estatal, la Corte ha manifestado; que la libertad de expresión, como *norma imperativa* del sistema interamericana, es un límite directo que se impone en relación con actuaciones de terceros particulares, y en este sentido debe ser entendida y aplicada por los órganos judiciales de los Estados miembros.

## **8. Breve excursio: del amparo contra sujetos de derecho privado**

¿Puede hablarse en el sistema jurídico costarricense de irradiación de los derechos fundamentales a las situaciones entre particulares? Una respuesta definitiva a esta cuestión excede las expectativas de este trabajo, por cuanto exigiría un profundo estudio jurisprudencial de las distintas competencias funcionales del sistema de administración de justicia. Esta investigación se limitará a un breve análisis de la competencia constitucional, y específicamente al amparo contra sujetos de derecho privado con el fin de determinar si esta representa una variante de *Drittwirkung*. Aun cuando históricamente la sede laboral ha sido rica en la producción

---

39 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 18/03 de 17 de diciembre de 2003.

de precedentes, de los cuales puede inferirse la eficacia de los derechos fundamentales, no es sino en la jurisdicción constitucional donde esa irradiación adopta una forma definitiva, por gozar su jurisprudencia de mayor rango y poseer vinculación *erga omnes*.<sup>40</sup> En consecuencia, se debatirá aquí sobre dos puntos específicos, en primer lugar, la relación entre el amparo contra el poder estatal y aquel dirigido contra sujetos privados, y en segundo lugar, si el sistema jurídico costarricense admite una lectura de la *Drittwirkung* de la misma forma, en que esta se desarrolla en la jurisprudencia constitucional alemana.

### **8.1. Amparo contra el poder estatal vs amparo contra particulares**

La Ley de la Jurisdicción Constitucional de 1989, que regula el amparo en el ordenamiento jurídico costarricense, incluyó la novedad de extender el ámbito de aplicación de dicha figura a los sujetos de derecho privado. Al respecto el artículo 57 reza:

El recurso de amparo también se concederá contra las acciones u omisiones de sujetos de Derecho Privado, cuando éstos actúen o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas, o se encuentren, de derecho o de hecho, en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos o libertades fundamentales a que se refiere el artículo 2, inciso a) de esta Ley. La resolución que rechace el recurso deberá indicar el procedimiento idóneo para tutelar

el derecho lesionado. No se podrán acoger en sentencia recurso de amparo contra conductas legítimas del sujeto privado.

La filosofía que subyace a la norma es la misma presente en la jurisprudencia alemana, y muy claramente expresada en el pensamiento de Lombardi. Las afectaciones al elenco de derechos y libertades fundamentales no pueden estimarse más, como únicamente procedentes de las autoridades estatales. En la sociedad contemporánea, el Leviatán no es el único centro de imputación de poder, antes bien, grupos políticos y socioeconómicos pueden infringir los derechos y libertades de otros sujetos. En consecuencia, la naturaleza del amparo se ha trasladado de lo subjetivo hacia una perspectiva funcional, no importa ya tanto el sujeto que violenta los derechos, como la posición de poder y los efectos sobre los derechos de otros particulares.

El recurso de amparo, de acuerdo con la referencia al numeral 2 constitucional expone; que éste aplicará a todos los derechos fundamentales incluidos en la Carta Fundamental, de lo cual parece seguirse una equiparación del amparo contra sujetos privados con el amparo en su modalidad clásica. Lo anterior podría no llamar la atención, no obstante, deben realizarse algunas precisiones. Ambas figuras, contrario a lo que podría suponerse, difieren levemente en su esfera de protección. El amparo contra sujetos de derecho privado posee, lo que podría llamarse, una naturaleza "reducida-extendida". Por un lado, su esfera de protección se aprecia ligeramente *reducida*

---

<sup>40</sup> El origen del recurso de amparo contra sujetos de derecho privado se encuentra en el caso *Kot* de la Corte Suprema de Argentina. Cfr. Orozco Solano, Víctor. et al. *El recurso de amparo en Costa Rica*, Editorama, San José, 2008, p. 141.

al compararla con la modalidad clásica, en la medida que esta última incluye derechos, que por su naturaleza solo son exigibles frente al Estado, careciendo de protección en el ámbito privado, piénsese, por ejemplo, en el derecho de petición consagrado en el artículo 27 de la Constitución Política, el cual, por su naturaleza, únicamente encuentra sentido en la relación Poder Estatal-Ciudadano. Por otra parte, su esfera de protección se muestra *extendida* al tutelar infracciones que escapan a la esfera de acción del amparo en su modalidad clásica. Es este el caso de la protección de la libertad y la integridad personal, las cuales pertenecen a la esfera de protección del recurso de habeas corpus, cuando la violación proviene del Estado y sus instituciones; mas es tutelable vía amparo, cuando sus afectaciones provengan de particulares. Las consideraciones anteriores son necesarias, para precisar el alcance y naturaleza del amparo contra sujetos particulares, mismas, que no coinciden completamente con el amparo clásico. Esta situación ya ha sido detallada por la Sala Constitucional en su sentencia 171-90:

Aunque el amparo contra sujetos de Derecho Privado es un capítulo del título III de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, contenido dentro del recurso de amparo, y por medio de éste no se garantiza la libertad de tránsito, que es materia de habeas corpus, es evidente que del artículo 57 de la ley se desprende que por medio del amparo contra sujetos de Derecho Privado se protegen los derechos y libertades fundamentales en general, es decir, tanto las que se garantizan en la vía del habeas corpus como

del amparo. No otra cosa puede concluirse de la frase contenida en dicho artículo que señala:” ... para garantizar los derechos o libertades fundamentales a que se refiere el artículo 2 inciso a) de esta ley”, que son todos los consagrados por la Constitución Política y los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional vigente en Costa Rica. Así, si el legislador consideró conveniente defender a las personas frente a las infracciones constitucionales ejecutadas por sujetos de Derecho Privado cuando se trata de derechos y libertades garantizados por el recurso de amparo, a fortiori deben entenderse incorporadas también la protección a la libertad personal y de tránsito.<sup>41</sup>

## 8.2. ¿drittwirkung en el derecho costarricense?

El tenor literal del artículo 57 detalla los supuestos, para hacer valer el recurso de amparo contra sujetos de derecho privado. Los alcances de la norma exigen: a. Que el sujeto pasivo actúe en ejercicio de funciones o potestades públicas o, se encuentre de derecho o, de hecho, en una situación de poder respecto del amparado (*Esfera subjetiva*). b. Que los remedios jurisdiccionales ordinarios sean claramente insuficientes o tardíos para garantizar la plena eficacia de los derechos fundamentales (*Esfera de la eficacia*). c. Que el particular recurrido no esté actuando en ejercicio de conductas legítimas. (*Esfera de la legitimidad*). El análisis respecto a la *Drittwirkung*, en su sentido más estricto, se lleva a cabo en la primera esfera, esto es, la posición jurídica de los sujetos a los que puede imputarse la

<sup>41</sup> Sala Constitucional. Resolución 171-90 de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del trece de febrero de mil novecientos noventa.

lesión de los derechos fundamentales. El texto normativo expone dos supuestos que vale diferenciar.

En primer lugar, el recurso es viable contra los particulares en el ejercicio de funciones o potestades públicas. Se ha entendido por estos a los sujetos que cuentan con la autorización del ordenamiento jurídico para desempeñar labores que, en la teoría publicista original, correspondían a las potestades de imperio del Estado. Se trata en definitiva de atribuciones propias de los funcionarios públicos, por individuos que no lo son, equiparándoseles así a sujetos de derecho público. Los ejemplos clásicos de este tipo de potestades se encuentra en la labor de notarios y contadores públicos, los primeros ejercen una función pública desde el campo privado, los segundos gozan de la posibilidad de expedir documentos con valor de documentos públicos. Ahora bien, junto a estos también la Sala Constitucional ha reconocido la función pública de los concesionarios de servicios de transporte público, quienes podrían ser recurridos cuando adopten medidas que puedan estimarse discriminatorias. Así, la sentencia 2288-99 declara:

Esta Sala ya se ha pronunciado en otras ocasiones sobre la protección especial que el ordenamiento jurídico da a las personas discapacitadas, a fin de que éstas puedan desenvolverse normalmente dentro de la sociedad. No se trata simplemente de un trato especial en atención a las particulares condiciones de esa población, sino de un

derecho de ésta y una obligación del resto de las personas por respetar esos derechos y cumplir con las obligaciones que de ellos se derivan. En el caso que nos ocupa, ha quedado debidamente demostrado que a la recurrente se le negó el servicio público de taxi debido a que, por su condición de ciega, se hace acompañar de un perro guía, situación que implica, claramente, una discriminación. Nótese que se trata de un servicio público cuyo concesionario está en la obligación de brindarlo a las personas discapacitadas y en las condiciones en que éstas necesitan que se les preste.<sup>42</sup>

En segundo lugar, procederá también el amparo contra sujetos de derecho privado, que se encuentren de derecho o de hecho en una posición de poder, frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos o libertades fundamentales. Posición de poder de derecho, alude a aquella situación de superioridad, otorgada por mandato jurídico expreso al sujeto particular respecto del amparado. Una muestra de una relación de poder de derecho es el patrono respecto del trabajador en el ámbito laboral, así como la relación de la autoridad parental en el campo del derecho de familia. Por relación de poder de hecho, se entienden las situaciones, que colocan a un sujeto en una situación ventajosa sobre otro, tal como puede ocurrir, cuando una empresa con una posición dominante en el mercado ejerce presión sobre otras independientes de ella, o dependientes con ocasión de algún tipo

---

42 *Sala Constitucional. Resolución 2288-99 de las once horas y seis minutos del veintiséis de marzo de mil novecientos noventa y nueve. Ese desarrollo de funciones públicas ha sido reconocido también a la administración de los cementerios locales, al respecto Sala Constitucional. Resolución 2669-2006 de las dieciocho horas del veintiocho de febrero del dos mil seis.*

de contrato o colaboración mercantil. No obstante, como reza el artículo 57, no basta con la posición de poder, antes bien, debe carecerse de remedios jurisdiccionales que permitan resolver el conflicto, condición que convierte al amparo en un mecanismo de naturaleza excepcional. Así la Sala Constitucional en la sentencia 875-90:

El recurrente no trató, ni por asomo, de acreditar ante esta Sala aquella circunstancia, sino que simplemente se limitó a denunciar una serie de irregularidades, lo que constituye una mera denuncia o reclamo, lo cual puede hacer ante el juez común, pero no en esta Sede, ante la cual debió demostrar, no solo la eventual posición de poder sino también que los remedios jurisdiccionales de reparación resultarían claramente insuficientes o tardíos para garantizar sus derechos o libertades.<sup>43</sup>

Las precisiones expuestas sobre el funcionamiento del amparo contra sujetos de derecho privado llevan a concluir, que el mismo encuentra algunas similitudes con la *Drittwirkung*. Respecto al primer supuesto del amparo contra sujetos privados, aquellos que cumplen una función pública, debe señalarse que este soporta resabios del amparo clásico, toda vez que amplía ligeramente los sujetos pasibles de ocasionar infracciones, y lo hace en el tanto los equipara, desde la perspectiva funcional, a sujetos públicos, lo cual hace dudar, que en efecto se trate de un amparo contra sujetos particulares, y no de una ampliación del amparo clásico, donde se incluye a sujetos privados *en la medida* que desarrollan *simplemente* una función pública. Esa deficiencia se ve corregida

por el segundo supuesto, el cual amplía la competencia al reconocer la procedencia del recurso ante infracciones surgidas de una posición de poder de hecho o de derecho. Es en este último marco de referencia, donde pueden encontrarse similitudes con los casos *Lüth* y *Blinkfüer*. El llamado al boicot en el primer caso, más allá del hecho que el Tribunal Constitucional Alemán estime que esta es una forma de libertad de expresión, y que debe ser analizado caso por caso, y la presión sobre los distribuidores literarios, en el segundo, tienen lugar en el marco de una posición de poder que se utiliza para ejercer presión sobre otro sujeto. Abusos sustentados en posiciones de poder de ese tipo encuentran solución en el sistema costarricense por la vía del amparo contra sujetos de derecho privado, lo anterior es un punto importante a tener en consideración, toda vez que un recurso de esta naturaleza no se halla presente en todas las legislaciones.

## 9. Conclusiones

Desde el planteamiento inicial por parte de la jurisprudencia alemana de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, el reconocimiento de la irradiación de tales derechos a todo el ordenamiento jurídico se ha ido extendiendo hasta ser aceptada tanto por los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, como por distintas legislaciones nacionales, las cuales a través de distintos instrumentos brindan a sus ciudadanos tutela por acciones provenientes ya no sólo del Estado, sino de otros sujetos privados. El reconocimiento de

---

<sup>43</sup> Sala Constitucional. Resolución 875-90 de las diecisiete horas y quince minutos del treinta y uno de julio de mil novecientos noventa.

la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones de derecho privado es un reflejo de la voluntad de armonizar el ejercicio de tales derechos en las relaciones jurídicas. Negar lo anterior supone ignorar la evolución de la *Drittwirkung*, misma que se enmarca en una nueva forma de comprender los derechos fundamentales caracterizada por rechazar el maniqueísmo entre lo individual y lo colectivo que condujo a ver los derechos individuales como esferas de libertad frente al poder y que se tradujo en el sometimiento de los derechos a la ley. Si se pretende que los derechos fundamentales sean la base de la convivencia es necesario reconocerles eficacia también en las relaciones entre particulares.

La autodeterminación se presenta, para un sector de la doctrina, como un criterio recurrente para poner en tela de duda la teoría de la *Drittwirkung*, al alegar que una aceptación estricta de los derechos fundamentales en el derecho privado socava un elenco de libertades que solo ha sido posible alcanzar mediante revoluciones y cuyo reconocimiento no se ha logrado nunca de forma pacífica. Se difiere aquí de esa argumentación. Esa lucha interminable por el respeto a los derechos y las libertades se manifiesta también en la vinculación de todos los sujetos en condición de igualdad al derecho de la Constitución, esa es precisamente la idea fundamental de la *Drittwirkung*, el fungir como un contrapeso a los abusos de poder que los sujetos privados puedan sufrir por parte de otros de igual naturaleza. La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones de derecho privado no es el tema

en sí, ello es algo comúnmente admitido en el tanto la Constitución es la norma básica y vinculante del ordenamiento jurídico, sino la forma en que esa proyección horizontal de los derechos fundamentales debe ser llevada a cabo.

Los defensores de la eficacia mediata hacen referencia a la autodeterminación para descartar la tesis de la eficacia inmediata. De acuerdo con estos, son las normas que regulan esos actos las que se encuentran propiamente sujetas a la influencia de los derechos fundamentales y no los actos de los particulares. De ahí la defensa por una *Drittwirkung* mediata, puesta en marcha mediante los actos del legislador o del juez, estos, a diferencia de los sujetos privados, están directamente sometidos a la Constitución y deben respetar el contenido de los derechos fundamentales al elaborar e interpretar la normativa privada. De otro modo, si los derechos fundamentales fueran aplicables no ya como principios, sino como derechos subjetivos, se vulneraría inevitablemente el principio de autodeterminación mediante el cual los sujetos de derecho privado pueden regular sus relaciones. La aceptación de la tesis de la eficacia mediata se muestra compatible con la autodeterminación, misma que es objeto de protección constitucional. La *Drittwirkung* plantea un problema de colisión de derechos que deberá ser regulado por el legislador de acuerdo con el principio de proporcionalidad y que el juez resolverá considerando la influencia de los derechos fundamentales sobre las normas de derecho privado.

## 10. Bibliografía

Alexy, Robert. *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp Verlag Berlin, p. 475.

Bleckmann, Albert. *Neue Aspekte der Drittwirkung der Grundrechte*, DVBI 1988.

Canaris, Claus-Wilhelm. *Grundrechte und Privatrecht – eine Zwischenbilanz*, Walter de Gruyter, Berlin, 1999.

Ennecerus, Ludwig/ Nipperdey, Hans Carl. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 1959, p. 94.

Estrada, Alexei Julio. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000

García Torres, Jesús y Jiménez-Blanco, Antonio. *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 1986.

Dürig, Günter. Grundrechte und Privatrechtsverkehr (Komm. z. GG, Art. 1 Abs. 3 Rdnr. 127-132), en Maunz-Dürig *Grundgesetz Kommentar*, Verlag C.H. Beck, München, 2001, pp. 64-68.

Hager, Johannes. *Grundrechte im Privatrecht*, JZ 199

Jellinek, Georg. *System der subjectiven öffentlichen Rechte*, Scientia, Aalen, 1919.

Krüger, Herbert. *Die Verfassungen in der Zivilrechtsprechung*, NJW 1949.

Lombardi, Giorgio. *Potere Privato e diritti fondamentali*, Giappichelli Editore, Torino, 1970, p. 90.

Mendoza Escalante, Mijail. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, en Pensamiento Constitucional, Año XI, N.º 11, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005.

Mijangos y González, Javier. *La doctrina de la Drittwirkung der Grundrechte en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Teoría y Realidad Constitucional N.20*, UNED, Madrid, 2007.

Nipperdey, Hans Carl. *Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung*, RdA 1950.

Nipperdey, Hans Carl. *Boycott und freie Meinungsäußerung*, DVBI 1958.

Oppermann, Thomas. *Europarecht*, CH. Beck Verlag, 1999.

Orozco Solano, Victor et al. *El recurso de amparo en Costa Rica*, Editorama, San José, 2008

Rivero Sánchez, Juan Marcos. *Constitución, Derechos fundamentales y Derecho privado*, Biblioteca Jurídica Dike, San José, 2001

Ruffert, Matthias. *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*, Habil., 2001

Schwabe, Jürgen. *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte*, C.H. Beck, München, 1971

Venegas Grau, María. *Derechos fundamentales y Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

# EL NUEVO CONTRATO DE CUOTA LITIS <sup>1</sup>

*Lic. Federico Torrealba Navas* <sup>2</sup>

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Los diversos modelos de servicios legales: a) Contrato sinagmático-conmutativo (arancel). b) Contrato asociativo-aleatorio (cuota litis). c) Contratos mixtos. 3. Aspectos novedosos del artículo 76.5 del CPC de 2015: a) Extensión del contrato a la fase de ejecución de sentencia. b) Redefinición del concepto de éxito; c) Libertad contractual en la atribución de gastos y pérdidas. d) Regulación de la renuncia sin justa causa. e) Subsistencia del derecho del profesional en las hipótesis de terminación anticipada por imposibilidad sobreviniente o decisión unilateral del cliente. f) Liquidación diferida hasta la verificación de la condición suspensiva. g) Regulación fragmentaria de la contratación plural. h) Consagración del contrato mixto. i) Inembargabilidad de la parte del abogado. j) Limitaciones a la libertad de disposición. 4. Protección del derecho del profesional mediante una garantía mobiliaria convencional. 5. Anexo: Modelo de contrato de garantía mobiliaria en un contrato de cuota litis.

## 1. Introducción

El *Código Procesal Civil* de 2015 promulgado por la Asamblea Legislativa el 1 de diciembre del 2015 presenta algunas novedades en la disciplina típica del contrato de *cuota litis*. El texto finalmente sancionado del artículo 76.5 incorpora, integralmente, las modificaciones al *Proyecto de CPC* sugeridas por la Comisión de Asuntos Civiles y Mercantiles del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, bajo la presidencia del Dr. Álvaro Hernández Aguilar. El numeral 76.5 del *Proyecto de CPC* ya exhibía algunos cambios en relación con la regulación del artículo 238 del *Código Procesal Civil* de 1989. La Comisión del Colegio elaboró una propuesta de texto alternativo, con miras a armonizar equitativamente los intereses de todas las partes que intervienen en este modelo contractual. Correspondió a don Fernando Montero Piña exponer, ante los legisladores, las propuestas emanadas del Colegio.

<sup>1</sup> Conferencia presentada el día 3 de febrero de 2016, en el marco del Simposio Internacional: Nuevo Código Procesal Civil, Implementación, Retos y Cambio de Paradigma en el Litigio, llevado a cabo en el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. +

<sup>2</sup> Miembro de la Comisión Civil y Mercantil del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. Profesor de la Cátedra de Derecho de la Contratación Privada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

## 2. **Los diversos modelos de contratación de servicios legales**

El contrato de servicios profesionales en la abogacía puede estructurarse bajo diversos esquemas.

### a) **Contrato sinalagmático-conmutativo**

En un extremo del espectro, el contrato de servicios profesionales se plantea como un contrato **sinalagmático conmutativo**. En los contratos sinalagmáticos las partes tienen intereses y riesgos contrapuestos. En el plano económico, se plantea una relación de **intercambio** de prestaciones correlativas. El profesional presta sus servicios; el cliente paga una retribución. Ambas prestaciones se encuentran, *a priori*, debidamente determinadas (como es propio de los contratos conmutativos): El abogado tiene a su cargo un conjunto de obligaciones, de hacer *–por ejemplo*, emitir una opinión, redactar un contrato, dirigir un proceso judicial, etc.; y de no hacer *–v.gr.*, guardar confidencialidad, abstenerse de incurrir en conflictos de interés, etc. Algunas de esas obligaciones son de resultado *––ej.*, presentar la demanda, interponer en tiempo los recursos, entregar el informe escrito*–*. Otras, en cambio, son de medios *–p.ej.*, defender la causa del cliente diligentemente, conforme a su leal saber y entender. El cliente, por su parte, tiene a su cargo, la obligación fundamental de dar *–pagar el honorario convenido–*, así como otro tipo de obligaciones de hacer *–cooperar con el abogado, v.gr.*, suministrando la información requerida- y de no hacer *–p.ej.*, no infringir los derechos de propiedad intelectual del profesional.

Bajo el esquema sinalagmático conmutativo, el contrato de servicios legales puede revestir las características de una locación de obra *–en cuanto a la entrega de un producto intelectual o material–*; de un arrendamiento de servicios *–en cuanto a la prestación de un trabajo independiente;* o de un mandato, en cuanto a la concertación de actos jurídicos por cuenta del cliente, respecto de terceros. A menudo los tres modelos se combinan para dar vida a un esquema negocial híbrido.

El *Arancel de Honorarios por Servicios Profesionales de Abogacía y Notariado* (Decreto 39078 JP) establece los pisos mínimos de la retribución de servicios profesionales de abogacía. La tarifa general del artículo 16 se recorta bajo el esquema sinalagmático-conmutativo. Es de observar que, bajo la tarifa arancelaria general, en el contrato de servicios para la dirección de procesos judiciales y administrativos, el **riesgo de pérdida** pesa, fundamentalmente, sobre el cliente. En otras palabras: El abogado tiene derecho a la retribución de su servicio, independientemente de si el cliente gana o pierde el juicio. Tal modelo de distribución de riesgos se modifica bajo el esquema opuesto, que analizaremos enseguida, donde el abogado devenga honorarios si *–y sólo si–* se obtiene un resultado favorable.

### b) **Contrato asociativo-aleatorio (cuota litis)**

En el extremo opuesto del espectro, la convención de servicios profesionales se conforma como un **contrato asociativo aleatorio**. En los **contratos asociativos**, se produce una relación económica de **cooperación** y las partes comparten **riesgos e intereses comunes**. Son contratos asociativos: El contrato de sociedad

anónima, el contrato de sociedad de hecho<sup>3</sup>, las cuentas en participación<sup>4</sup>, el mandato de interés común, la *joint venture*, el consorcio<sup>5</sup>, y, precisamente, la *cuota litis*. Los contratos asociativos se caracterizan por la conjunción de **tres elementos**: a) El aporte de cada contratante; b) El riesgo compartido; c) La intención de participar en la distribución de utilidades.

En el **contrato aleatorio**, la prestación a cargo de una de las partes depende de un evento que, al momento de la formación, se avizora como incierto, es decir, de un azar. El contrato aleatorio no puede ser anulado por **lesión** (desequilibrio originario de las contraprestaciones). Tampoco cabe, en los contratos aleatorios, la corrección judicial de la excesiva onerosidad sobreviniente. A la luz del principio de no revisión del contrato aleatorio, no puede aducirse, ni por el acreedor ni por el deudor de la prestación aleatoria, un desequilibrio originario o sobreviniente de las contraprestaciones. Por *ejemplo*: En un contrato de seguros –que es el arquetipo de los contratos aleatorios lícitos– una vez acaecido el siniestro el asegurador no puede protestar por tener que indemnizar al asegurado por sumas cuantitativamente muy superiores a la prima recibida. Correlativamente, tampoco el asegurado, en caso de que expire el plazo de la póliza sin haber acaecido ningún siniestro, puede rebelarse contra la *aparente* desproporción entre la prima pagada y la contraprestación recibida (en realidad el asegurador pagó su obligación al haber mantenido la cobertura del riesgo asegurado, durante la vigencia del contrato).

El contrato de *cuota litis* –en su concepción pura– reúne los atributos tanto de un contrato **asociativo**, como de un **contrato aleatorio**. Es asociativo por las siguientes razones: En primer lugar, cada contratante realiza un aporte con miras a distribuirse las futuras utilidades o beneficios: el cliente aporta su derecho disputado, el abogado su trabajo y esfuerzo. También se produce un aporte en cuanto a gastos del proceso. En segundo término, ambas partes comparten un riesgo y, por ello, se encuentran en posición económica de cooperación. Si el proceso se gana, ambos ganan, en las proporciones convenidas. Si el proceso se pierde, ambos pierden: el cliente su derecho, el abogado, el tiempo invertido (el tiempo es el principal activo del abogado); ambas partes, los gastos incurridos, que se convierten en costos hundidos (ej., costos de peritajes, salarios de asistentes, gastos misceláneos).

El contrato de *cuota litis* es un contrato aleatorio en la medida en que las prestaciones a cargo de las partes dependen de un hecho futuro e incierto –en una palabra, de un álea–, *v.gr.*: la obtención de una sentencia favorable, la realización de un acuerdo conciliatorio, la recuperación efectiva de una indemnización, el restablecimiento de una situación jurídica, etc. El **principio de no revisión del contrato aleatorio** se aplica con rigor al contrato de *cuota litis*: Si el proceso se pierde, el abogado no puede pretender que el cliente le retribuya todo el tiempo y esfuerzo perdidos. Si la causa se gana y el objetivo se alcanza, el cliente no puede cuestionar la suma devengada

3 V. el art. 23 del Código de Comercio.

4 V. el art. 663 del Código de Comercio.

5 V. los artículos 41 del Reglamento General de la Contratación Administrativa y 27 de la Ley 7762 de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos.

por el abogado. En los contratos aleatorios ambas partes participan en un azar, sin que ninguna de ellas pueda, *ex post*, una vez desaparecida la incertidumbre, pretender una revisión del acuerdo originario.

El contrato de *cuota litis* ha sido, tradicionalmente, un **contrato típico**, es decir, reconocido y regulado legalmente<sup>6</sup>. El reconocimiento legal y reglamentario de la *cuota litis*, evidencia el siguiente principio: Es factible que el abogado cobre **más** (la ley fija como tope máximo el 50%) o **menos** que (si el proceso fracasa el honorario se reduce a 0%) de lo establecido en la tarifa general del *Arancel*, siempre y cuando se produzca un **traslado del riesgo** de pérdida, del cliente al abogado. El CPC de 1989 exige, además, un **traslado de costos** de tramitación del proceso: el abogado ha de asumir “...*obligaciones de gastos, garantía de costas o pago de éstas, o participación en los resultados adversos del proceso*”<sup>7</sup>.

Conviene analizar los términos de la conciliación de intereses que entraña el contrato de *cuota litis*: Desde el ángulo visual del cliente, la suscripción de un contrato de *cuota litis* constituye, a menudo, el único medio –o, en su caso, el medio económicamente más razonable– para hacer valer un derecho disputado. En la práctica forense los clientes que suscriben contratos de *cuota litis* no son, únicamente, las personas de bajos recursos económicos, sino también sujetos superavitarios

que, en su análisis costo-beneficio, se inclinan por la modalidad asociativa. En uno y otro caso, uno de los mayores incentivos para el cliente es saber que el abogado está *de su lado* –como ocurre en el contrato asociativo–, y que hará su mejor esfuerzo para que el proceso culmine exitosamente, no sólo para lograr el premio pactado, sino para evitar la pérdida representada por los costos hundidos y el tiempo perdido.

Desde el punto de vista del profesional en Derecho, la *cuota litis* le ofrece la esperanza y la promesa de alcanzar un mejoramiento en su situación económica. El profesional está dispuesto a postergar la gratificación, con miras a generar un beneficio futuro que le permita, eventualmente, saldar deudas, ahorrar, generar un fondo de retiro, etc. Como contrapartida, el contrato de *cuota litis* le implica, al abogado, un sacrificio del tiempo que podría estar dedicando a labores remuneradas conmutativamente, que le permitan afrontar sus obligaciones actuales y sufragar los costos de operación de su oficina profesional.

Lo cierto es que el contrato de *cuota litis* permite satisfacer necesidades y aspiraciones de ambas partes del contrato. Sin embargo, en buena parte de los casos, el contrato de *cuota litis puro* no resulta viable, por diversas razones. El abogado no siempre está en posibilidades o disposición de asumir la totalidad del riesgo de pérdida del proceso, ni de financiar –con el aporte de su único

6 Actualmente se encuentran disposiciones sobre la *cuota litis* en los siguientes cuerpos normativos: Artículo 238 del Código Procesal Civil. Artículos 48 y 52 del Código de Deberes Jurídicos, Morales y Éticos del Profesional en Derecho (aprobado en la Sesión 50-2004 del 25 de noviembre de 2004, publicado en La Gaceta número 242 del 10 de diciembre de 2004); y artículo 6 del Arancel de Honorarios por Servicios Profesionales de Abogacía y Notariado (Decreto Ejecutivo 39078-JP de 25 de mayo de 2015).

7 Artículo 238 del CPC (1989). Cabe hacer notar que la ley no exige que el abogado asuma la totalidad de los gastos, como parece haberlo inferido alguna línea jurisprudencial y se indicaba en el Proyecto del nuevo CPC.

recurso productivo (el tiempo) —a un cliente con solvencia económica. Esto ha llevado a que, en la práctica, una buena parte de los contratos de servicios profesionales se estructure bajo un modelo mixto, en parte conmutativo y en parte asociativo. Es aquí, en un punto intermedio entre los dos modelos arriba expuestos, donde los intereses y la voluntad común de ambas partes encuentran su **punto de equilibrio**, el *in idem placitum*.

### c) **Los contratos mixtos**

En el amplio espacio comprendido entre los dos modelos arriba estudiados, se sitúan otros modelos de contratación de servicios legales, caracterizados por una repartición moderada del riesgo de pérdida y de los beneficios del resultado exitoso.

Los esquemas mixtos se aplican a los servicios legales caracterizados por la presencia de un **álea**, especialmente **litigios** judiciales, administrativos y arbitrales. No se aplican, en cambio, a labores ciertas y determinadas, como redacción de contratos y rendición de opiniones e informes.

En el modelo mixto, el abogado devenga un honorario fijo y un honorario de éxito (también denominado honorario contingente, honorario de resultado o premio). El honorario fijo se devenga, independientemente de cuál sea el resultado del proyecto.

## 3. **Aspectos novedosos del artículo 76.5 del CPC de 2015**

El artículo 76.5 del nuevo CPC preceptúa:  
**“76.5. Convenio de cuota litis.** Es lícito el convenio de cuota litis entre el abogado

y su cliente, siempre que no exceda del cincuenta por ciento (50%) de lo que, por todo concepto, se obtenga en el proceso respectivo, porcentaje que comprenderá hasta el proceso de ejecución de sentencia, de cualquier naturaleza que éste sea, en el caso en que el profesional supedita el cobro de sus emolumentos al triunfo de la demanda u otro resultado favorable que las partes determinen. El convenio deberá constar por escrito y disponer el modo cómo se han de repartir o asumir los gastos, garantías o los resultados adversos del proceso. Será nula cualquier estipulación que conceda mayores beneficios a favor del abogado aún por intermedio de terceros y la cesión que se haga con la finalidad de permitir el ejercicio ilegal de la profesión de abogado.

No podrá cobrar suma alguna el abogado que renuncia sin justa causa. Si la separación se diere por imposibilidad legal o material, o por decisión unilateral del cliente, antes de que el proceso concluya, el abogado o sus causahabientes tendrán derecho a una retribución proporcional a la contribución del profesional en la obtención del resultado favorable que, en definitiva, se alcanzare. Dicho honorario se liquidará una vez concluido el proceso o definida la situación jurídica de la cual dependía el honorario de éxito. Cuando se suscriba con varios abogados se establecerán las obligaciones de cada uno, el porcentaje estipulado se distribuirá proporcionalmente entre ellos o conforme a lo pactado y la separación de uno de los abogados no implica terminación del contrato, salvo disposición en contrario.

También es lícito el contrato mixto, en el que la retribución del abogado se componga, en parte, de un honorario fijo no ligado al resultado y, en parte, a la obtención de los

resultados favorables definidos en el contrato. Este acuerdo se regirá por el principio de libertad contractual, y quedará sujeto a los controles de equidad del Derecho común.

No podrán ser embargados por deudas del cliente la parte de los honorarios que corresponde al abogado.

El cliente no podrá transigir ni renunciar la parte de los honorarios que corresponde al abogado.”

Examinemos los aspectos novedosos de esta disposición:

#### **a) Extensión del contrato a la fase de ejecución de sentencia**

“...porcentaje que comprenderá hasta el proceso de ejecución de sentencia...”

Bajo el texto del CPC de 1989, surgían, salvo pacto expreso, las siguientes dudas: 1. Si el profesional que había dirigido el proceso declarativo al amparo de un contrato de *cuota litis* tenía, también, la obligación de dirigir el proceso de ejecución de sentencia, como parte del mismo contrato; o si, por el contrario, la ejecución de sentencia generaba nuevos honorarios a su favor; los que, a falta de convenio, habrían de calcularse conforme a la tarifa arancelaria conmutativa. 2. Si el cliente podía considerarse libre para designar a otro profesional, para que dirigiera la fase de ejecución de sentencia. 3. Si el profesional sustituto que asumía la dirección de la ejecución de sentencia, incurría en una interferencia nociva del contrato entre el cliente y el profesional que dirigió el proceso

declarativo; quien, en virtud de un contrato de *cuota litis*, era acreedor de un honorario aún por liquidar.

Al establecer, el nuevo CPC, que el contrato de *cuota litis* se extiende a la fase de ejecución de sentencia, queda claro: 1. Que el profesional que dirigió el proceso principal bajo un contrato de *cuota litis*, debe también dirigir la fase de ejecución. 2. Que, salvo pacto en contrario, el profesional no tiene derecho a cobrar emolumentos adicionales por la dirección de la ejecución de sentencia. 3. Que, si bien el cliente puede designar un nuevo profesional para que dirija la ejecución de sentencia, esta nueva contratación no puede obrar en demérito de los derechos devengados por el profesional que llevó el juicio declarativo<sup>8</sup>. 4. Que, por consiguiente, el abogado que asuma la ejecución de sentencia debe agotar el procedimiento usual de sustitución del profesional director<sup>9</sup>.

#### **b) Redefinición del concepto de éxito**

“...supedite el cobro de sus emolumentos al triunfo de la demanda u otro resultado favorable que las partes determinen...”

El CPC de 1989 preceptúa que el contrato de *cuota litis* es lícito en el caso de que “supedite el cobro de sus emolumentos al triunfo de la demanda”. La frase “u otro resultado favorable que las partes determinen” hace, del contrato de *cuota litis*, un instrumento mucho más dúctil.

En realidad, el concepto de **resultado favorable** es mucho más amplio que el “... triunfo de la demanda”. El éxito puede consistir,

<sup>8</sup> Según veremos *infra*, el párrafo segundo regula la tutela de ese derecho, en caso de que el cliente decidiera dar por terminado unilateralmente el contrato de *cuota litis*.

<sup>9</sup> Ver el art. 67 del Código de Deberes Jurídicos, Morales y Éticos del Profesional en Derecho.

no sólo, o no tanto, en obtener una sentencia victoriosa, sino en la efectiva percepción de los beneficios económicos de ésta. Existe una diferencia significativa entre obtener una sentencia firme a favor y recibir el beneficio de dicha sentencia, una vez cumplida por la contraparte o ejecutada coercitivamente. Una considerable cantidad de sentencias favorables no se llega a traducir en un pago efectivo, es decir, se convierten en créditos incobrables. Por ello, es frecuente que los clientes pidan condicionar el honorario de éxito, no al *“triumfo de la demanda”*, sino a la realización de una atribución patrimonial efectiva. Por otra parte, la norma de 1989 no toma en cuenta que, a menudo, se liga el honorario de éxito a la obtención de pronto alivio, por medio de medidas cautelares. La norma del CPC de 1989 peca de estrechez, al contemplar, únicamente, el contrato de *cuota litis* entre el actor del proceso y su abogado(a). En la práctica, es frecuente el contrato de honorarios de éxito entre *el demandado* y su abogado. En tales casos, el éxito se define por la obtención de victorias transitorias (*v.gr.*, el rechazo o el levantamiento de medidas cautelares) o de triunfos definitivos: La sentencia total o parcialmente denegatoria. Es de observar cómo, en buena parte de los casos, los contratos de *cuota litis* o mixtos, a menudo ligan el honorario de éxito a la concertación de un acuerdo conciliatorio o transaccional y, fundamentalmente, a la percepción efectiva de beneficios o ventajas tangibles, a raíz de la concertación del acuerdo preclusivo.

En suma, la condición suspensiva que define el éxito, en el nuevo CPC, no nece-

sariamente ha de ser el *“triumfo de la demanda”*. Bien puede ser el *“rechazo de la demanda”*, o *“la absolutoria del cliente”*, si es que el profesional asume la labor defensiva. También podría ser la obtención de una medida cautelar, el perfeccionamiento de un acuerdo conciliatorio, la efectiva obtención de un resultado económico, etc. El concepto de éxito lo definen las partes. Lo que queda claro es que ha de ser un *“resultado favorable”*, cuya conceptualización se libra a la autonomía de la voluntad. El posible objeto de la cuota *litis* se ha expandido: Ya no sólo es la participación del profesional en los frutos, productos o incrementos patrimoniales obtenidos a través del proceso, sino que bien puede ser un crédito condicional.

### **c) Libertad contractual en la atribución de gastos y pérdidas**

*“...y disponer el modo cómo se han de repartir o asumir los gastos, garantías o los resultados adversos del proceso.”*

El CPC de 1989 requiere, del profesional en Derecho, no sólo su aporte en industria al contrato asociativo, sino, además un aporte en especie o en dinero, o que comparta los posibles resultados económicos negativos del proceso (como la condenatoria en costas). En efecto, el artículo 238 del CPC-1989 exige, como condición de validez del contrato, que el abogado(a) *“...asuma obligaciones de gastos, garantía de costas o pago de éstas, o participación en los resultados adversos del proceso”*. El *Proyecto de CPC* iba aún más lejos, al condicionar la validez del contrato a que el abogado asumiera *la totalidad* de los gastos, garantías o resultados adversos del proceso<sup>10</sup>. El *Proyecto* daba por sentado

<sup>10</sup> El Proyecto condicionaba la validez del contrato de cuota litis a que el profesional asumiera *“...los gastos, garantías o los resultados adversos del proceso”*.

que el contrato de *cuota litis* es, siempre, un contrato asimétrico. La Comisión de Asuntos Civiles y Mercantiles del Colegio observó que no siempre el cliente es la parte *débil* del contrato de *cuota litis*. A menudo el cliente es un sujeto muy solvente –v.gr., empresas mercantiles–, que perfectamente puede asumir o compartir tales gastos. Se consideró que lo concerniente a la distribución de los gastos del proceso y de la *pars damni*<sup>11</sup> debería quedar sujeto a la libertad contractual, con los respectivos controles provenientes del Derecho común (ej., prohibición del abuso). En este ámbito se ha producido un rebrote del principio de autonomía de la voluntad. No sería, en nuestra opinión, ilícito el contrato en que se convenga que el aporte del abogado se limite a dirigir el proceso y a asumir, por su cuenta, los costos directos e indirectos que implica la gestión logística y administrativa del proceso judicial, como, por ejemplo, los costos de transporte, personal asistencial, mantenimiento y monitoreo de medios para recibir notificaciones, etc. Este tipo de costos normalmente los asume el abogado, y son adicionales a su prestación intelectual propiamente dicha.

Finalmente, el nuevo texto normativo abre la posibilidad de que sea un tercero quien financie los costos del proceso, como es usual en otros países<sup>12</sup>.

#### **d) Regulación de la renuncia sin justa causa**

*“No podrá cobrar suma alguna el abogado que renuncia sin justa causa.”*

La primera frase del segundo párrafo disciplina un supuesto no visualizado por el artículo 238 del CPC-1989: la resiliación del contrato por decisión unilateral del profesional. La norma no prejuzga sobre la posible responsabilidad civil del profesional, pero sí establece una consecuencia económica: la pérdida del derecho a la retribución. *A priori*, esta solución parecería muy drástica. Sin embargo, si se analiza, en clave de causa, cuál es la expectativa legítima de cliente, se comprende que éste acepta compartir los futuros resultados del ejercicio de su derecho a cambio de contar con un aliado comprometido, dispuesto a llegar hasta el final –salvo eventos fuera de su control–. Uno de los mayores problemas prácticos de la renuncia-a-medio-camino es que a menudo resulta muy difícil, para el cliente, hallar una operación contractual de reemplazo, es decir, otro profesional que esté dispuesto a continuar con un caso que otro inició. Podría ocurrir que, en el curso del proceso, el profesional no quiera perseverar, o que pierda el interés al aparecer oportunidades de negocios más atractivas, etc. El único modo de garantizar un incentivo a la continuidad es la radical eliminación del

11 Las fuentes romanas recogen un antiguo debate relativo a disparidad de la *pars lucri* y la *pars damni* para el mismo socio. Mientras Q. Mucio consideraba contra naturam societatis el hecho de que se asignara a un socio una cuota menor de las pérdidas que la que le correspondía de las ganancias, Servio Sulpicio defendía la tesis contrapuesta, considerando viable la eximición total o parcial a un socio en las pérdidas (*pars damni*). Había consenso en cuanto al rechazo rotundo de la hipótesis inversa: que un socio participara únicamente de las pérdidas y no de las ganancias. Cassio calificaba dicho acuerdo como una *societas leonina*. TALAMANCA, Mario: *Società (dir. rom.)*, en: *Enciclopedia del Diritto*, XLIII Giuffrè Editore, Varese, 1990, pp. 814-857

12 Ver la tesis de Roberto CASTILLO PACHECO: “Third Party Litigation Funding”. *El Contrato de Financiamiento de Litigio en Costa Rica como herramienta para facilitar el acceso a la justicia en conflictos originados en contratos civiles o comerciales con cláusulas arbitrales institucionales vinculantes. Un análisis real-objetivo de la aplicabilidad de este instrumento contractual en nuestro medio. Tesis, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 2015.*

beneficio. De ese modo, no solo el profesional no gana, sino que debe absorber la pérdida de los recursos invertidos. Conviene insistir en que nada en esta norma prejuzga sobre la responsabilidad civil contractual.

**e) Subsistencia del derecho del profesional en las hipótesis de terminación anticipada por imposibilidad sobreviniente o decisión unilateral del cliente**

*“Si la separación se diere por imposibilidad legal o material, o por decisión unilateral del cliente, el abogado o sus causahabientes tendrán derecho a una retribución proporcional a la contribución del profesional en la obtención del resultado favorable que, en definitiva, se alcanzare.”<sup>13</sup>*

El hecho que le produce eficacia innovativa constitutiva al derecho del profesional es la formación del contrato de *cuota litis*. Ese derecho nace desde la concertación del contrato, pero queda sujeto a una situación de dependencia de eficacia, consistente la realización de la condición suspensiva de obtención del resultado favorable definido por las partes en el contrato. Si la separación del director del proceso se produce antes de la verificación de la condición suspensiva,

sin que medie culpa ni renuncia de su parte, no por ello se extingue el derecho del abogado o abogada. Ese derecho pervive a la separación del profesional de la dirección de proceso, ligado a la condición suspensiva original.

La norma se refiere a dos hipótesis de terminación anticipada sin culpa ni renuncia del profesional. Una es la imposibilidad sobreviniente. Por ejemplo, las hipótesis de muerte, enfermedad incapacitante, interdicción legal, etc. En caso de fallecimiento, el derecho del profesional pasa a sus herederos por los conductos normales de sucesión legítima o testamentaria. La segunda hipótesis es la terminación anticipada por decisión unilateral del cliente. La norma reconoce que el cliente tiene derecho a revocar el mandato *ad nutum*, en armonía con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 1278 del *Código Civil*. El mandato es, a fin de cuentas, un asunto de confianza. Sin embargo, por tratarse de un mandato de interés común<sup>14</sup>, el ejercicio del derecho de rescisión por parte del cliente no puede obrar en detrimento del derecho del profesional a recibir una retribución acorde con su contribución a la obtención del resultado favorable. El derecho subsiste, sujeto a la condición suspensiva, a la espera del desenlace de la historia.

13 El Proyecto de CPC indicaba: “Si la separación se diere por imposibilidad legal o material, antes de que el proceso concluya, tendrá derecho a los honorarios que le hubieren correspondido si no existiera el contrato de cuota litis”. La Comisión del Colegio consideró que esta regla podía ser injusta tanto para el cliente, como para el abogado, pues se modificaba el sistema acordado de distribución de riesgos y asignación de ganancias, y se variaba la naturaleza aleatoria del contrato.

14 Explica BÉNAVENT que la noción de mandato de interés común fue desarrollada por la jurisprudencia desde finales del SXIX, para equilibrar la facultad de revocación del mandante. La idea clave es que si el mandato no solamente sirve a los intereses del mandante, sino también a los del mandatario, su revocación por el mandante puede irrogarle perjuicios al mandatario, que deben ser indemnizados. Es un raro caso de responsabilidad civil contractual donde el factor de atribución no es el incumplimiento de una obligación, sino el ejercicio no necesariamente abusivo-- de la potestad legal de revocación. BÉNAVENT, Alain: *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*. 6<sup>e</sup> édition. LGDJ Montchrestien, París, 2004, p. 447.

Corresponde al adjudicador, a falta de acuerdo entre partes, valorar la contribución del letrado a la obtención del resultado favorable. No se trata, naturalmente, de una cuestión cuantitativa. Podría ocurrir, por ejemplo, que el juez considerare crucial el escrito de demanda –donde suelen condensarse la estrategia, el sentido jurídico y el a veces pesado trabajo preparatorio –, aun cuando el profesional no hubiere participado en todas las etapas del proceso.

**f) Liquidación diferida hasta la verificación de la condición suspensiva**

*“Dicho honorario se liquidará una vez concluido el proceso o definida la situación jurídica de la cual dependía el honorario de éxito.”*

En las hipótesis de separación anticipada sin culpa o renuncia del abogado, el derecho del profesional permanece ligado a la condición suspensiva original. Una vez verificado el acaecimiento de la condición suspensiva, es decir, una vez alcanzado el resultado favorable visualizado en el contrato, se procede a la liquidación del derecho del profesional. Nada impediría que el profesional gestione judicialmente el reconocimiento de su derecho. Sin embargo, la liquidación definitiva deberá esperar a la disipación del álea.

**g) Regulación fragmentaria de la contratación plural**

*“Cuando se suscriba con varios abogados se establecerán las obligaciones de cada uno, el porcentaje estipulado se distribuirá*

*proporcionalmente entre ellos o conforme a lo pactado y la separación de uno de los abogados no implica terminación del contrato, salvo disposición en contrario.”*

La norma en estudio regula *parcialmente* la contratación con pluralidad de partes. Se aborda la hipótesis de contratación de varios profesionales para atender un mismo proceso. No se regula la hipótesis de pluralidad de contratantes. Esta última hipótesis queda regida por el Derecho común, donde radica el persistente dilema entre lo civil y lo mercantil. Si el contrato se considera civil, se presume la mancomunidad<sup>15</sup>. Si es mercantil, la solidaridad<sup>16</sup>.

En materia de pluralidad de profesionales, prevalece, en primer término, el principio de autonomía de la voluntad. Las partes pueden, libremente, acordar las prestaciones a cargo de cada profesional, los términos de la distribución y la necesaria actuación conjunta. A falta de estipulaciones a contrario, gobiernan las siguientes reglas dispositivas.

La norma adopta un principio de distribución proporcional. Sin embargo, no aclara, en proporción a *qué*: No se sabe si *cantidad* de trabajo, o *calidad* de trabajo, a *tiempo* de dirección. Debemos inferir que la norma es intencionalmente dúctil, a fin que el adjudicador tenga un amplio margen de discrecionalidad. Salvo que se pacte lo contrario, la prestación profesional no se considera indivisible. Por consiguiente, la separación de uno de los profesionales no implica la extinción del contrato. La norma se refiere, sin embargo, a la hipótesis de contratación plural, no a la de subcontratación.

<sup>15</sup> Art. 638 del Código Civil.

<sup>16</sup> Art. 432 del Código de Comercio.

Si el contrato principal se extingue la misma suerte corre el subcontrato. Ahora bien, cabe observar que no siempre la sustitución del mandato implica una subcontratación. El consentimiento del cliente en la sustitución puede tener efectos novativos en el plano subjetivo. Un contrato individual puede, por esta vía, transformarse en un contrato plural.

### **h) Consagración del contrato mixto**

*“También es lícito el contrato mixto, en el que la retribución del abogado se componga, en parte, de un honorario fijo no ligado al resultado y, en parte, a la obtención de los resultados favorables definidos en el contrato. Este acuerdo se regirá por el principio de libertad contractual, y quedará sujeto a los controles de equidad del Derecho común.”*

Una de las principales innovaciones introducidas por el artículo 76.5 del CPC de 2015 es el reconocimiento del contrato mixto, donde la retribución del profesional se desdobra en dos componentes agregativos: 1. Un honorario fijo; y 2. Un honorario contingente, suspensivamente condicionado a la obtención de un resultado favorable (el llamado “*success fee*”). El objeto del contrato mixto es más amplio que la *cuota litis*. La *cuota litis* tradicional se refiere a la participación, a título de propiedad, en los frutos y productos del litigio. En cambio, el honorario contingente puede ser, tanto un derecho crédito como un derecho de copropiedad.

El contrato mixto se rige por el principio de libertad contractual y sus limitaciones de derecho común: Por ejemplo, causa justa, control judicial sobre el abuso del derecho,

proscripción de cláusulas abusivas en contratos de adhesión, etc.

### **i) Inembargabilidad de la parte del abogado(a)**

*“No podrán ser embargados por deudas del cliente la parte de los honorarios que corresponde al abogado.”*

El párrafo cuarto estatuye un privilegio legal especial a favor del abogado. La norma pretende evitar que se frustre el derecho del profesional en caso de sobrevenir un embargo sobre los derechos litigiosos del cliente. La parte que, conforme a lo pactado, corresponda al profesional, es inembargable por deudas del cliente. Esta norma confiere al profesional un privilegio sustantivo, a diferencia del incidente privilegiado de cobro de honorarios, que únicamente confiere ventajas de tipo procesal. Sin embargo, por tratarse de una garantía mobiliaria de origen legal, su prelación frente a terceros surge a partir de su publicidad en el Sistema de Garantías Mobiliarias<sup>17</sup>.

### **j) Limitaciones a la libertad de disposición**

*“El cliente no podrá transigir ni renunciar la parte de los honorarios que corresponde al abogado.”*

El último párrafo del artículo 76.5 limita la libertad de disposición del cliente, en relación con los derechos del juicio. Específicamente, se limita la posibilidad de renunciar o de transigir en lo concerniente a la parte que corresponda al profesional.

<sup>17</sup> Cfr. los artículos 6, 17, 49 y 50 de la Ley de Garantías Mobiliarias.

Sin embargo, esta norma no veda la posibilidad de que el cliente disponga de sus derechos litigiosos por otros medios. Por ello, conviene concertar una garantía mobiliaria convencional.

#### **4. Protección de los derechos del profesional mediante una garantía mobiliaria convencional.**

Para asegurar la prelación de su crédito frente a los causahabientes a título particular del cliente, es muy aconsejable instituir, a favor del profesional, una garantía mobiliaria convencional sobre los derechos del juicio y sus derivados y atribuibles, y darle publicidad a dicha garantía mediante su inscripción en el Sistema de Garantías Mobiliarias.

A tal fin, puede incorporarse un contrato de garantía mobiliaria dentro del contrato de prestación de servicios profesionales.

#### **5. Anexo Modelo de contrato de garantía mobiliaria en un contrato de cuota litis:**

“En garantía de los derechos del profesional, el cliente impone, a favor del abogado(a), garantía mobiliaria de primer grado sobre los bienes que se dirán, y sobre sus derivados y atribuibles. **Monto máximo garantizado:** El monto máximo garantizado es el \_\_\_% del valor de los derechos del proceso a que se refiere este contrato, o el de sus bienes derivados o atribuibles, a la fecha focal de la obtención del resultado favorable. En caso de divergencia tal valor se estimará pericialmente. **Obligaciones garantizadas:**

Las obligaciones garantizadas son: La obligación del constituyente de la garantía de: (*Opción #1: en caso de que se configure un crédito*): Pagar, a favor del profesional, una suma de dinero equivalente al \_\_\_% del valor de los bienes, derechos y ventajas patrimoniales que, por todo concepto, se obtengan a raíz de la interposición del proceso al que se refiere el contrato de *cuota litis* pactado entre las mismas partes, incluyendo la eventualidad de una conciliación o transacción. (*Opción #1: en caso de que se configure un derecho de participación*) Atribuir y traspasar, a favor del profesional, \_\_\_% de los bienes o derechos que, por todo concepto, se obtengan a raíz de la interposición del proceso al que se refiere el contrato de *cuota litis* pactado entre las mismas partes, incluyendo la eventualidad de una conciliación o transacción. **Otras obligaciones garantizadas:** También se incluyen, como obligaciones garantizadas, las que indica el artículo 5, inciso 2 de la Ley de Garantías Mobiliarias, con las siguientes precisiones: a) Los intereses corrientes y moratorios serán del 2% mensual. (*Nota: ver el artículo citado y ajustar al convenio*) **Bienes garantizadores:** Los bienes garantizadores serán los derechos del proceso objeto del presente contrato, y sus bienes derivados y atribuibles. **Acuerdo de no disposición:** Se excluye la posibilidad de disposición de los bienes garantizadores sin el previo consentimiento del acreedor garantizado, incluso si tal acto se realiza en el curso de los negocios del deudor garante. Este acuerdo será comunicado, a discreción del acreedor garantizado, a la autoridad competente, mediante la respectiva certificación de la garantía publicitada en el Sistema de Garantías Mobiliarias. **Notificación a la contraparte:** Se acuerda notificar a la contraparte del proceso, que el cumplimiento

voluntario o forzoso de las pretensiones sólo producirá efecto liberatorio en la medida en que tal cumplimiento se realice, en la proporción pactada, en beneficio del acreedor garantizado. **Autorización:** El deudor garante autoriza al acreedor garantizado para presentar el formulario de inscripción inicial al Sistema de Garantías Mobiliarias y demás formularios de inscripción posteriores, según lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley

de Garantías Mobiliarias. El acreedor queda expresamente autorizado para inscribir, mediante el formulario respectivo, los datos del número de expediente y los despachos donde se ventile el proceso. **Ejecución extrajudicial:** Se autoriza expresamente al acreedor garantizado para ejecutar las garantías en sede extrajudicial. **Domicilio contractual para notificaciones:** (...) **Fecha y lugar:** (...).



# LA IMPUTACIÓN OBJETIVA Y SUS CRITERIOS EN EL DERECHO DE DAÑOS COSTARRICENSE

*M.Sc. Yuri López Casal\**

**SUMARIO:** Introducción. **1.** Origen de la teoría de la imputación objetiva. **2.** Definición y finalidad de la teoría de la imputación objetiva. **3.** La distinción entre la relación de causalidad y la imputación objetiva. **4.** El orden sine qua non de la imputación del daño. **5.** Los criterios de la imputación objetiva. **5.1.** El llamado riesgo general de la vida. **5.2.** La prohibición de regreso. **5.3.** El incremento del riesgo. **5.4.** El criterio de la adecuación. **5.5.** El criterio de la provocación. **5.6.** El fin de protección de la norma. **6.** Manifestaciones de los criterios de la imputación objetiva en el Derecho de Daños costarricense. **7.** Conclusiones. **8.** Bibliografía.

## **Introducción**

Uno de los aspectos más importantes para determinar si un sujeto debe responder por los daños y perjuicios causados a otro es la existencia y la prueba de la relación de causalidad entre la acción u omisión dañosa y el daño infligido. Normalmente, esa relación de causalidad se limita a hacer un examen desde una perspectiva que podría llamarse “física” o “natural”, que consiste en una especie de operación de supresión hipotética, según la cual, si se eliminara la acción u omisión dañina, es decir, si ésta no hubiera existido, entonces el daño infligido nunca se hubiera producido. No obstante, la doctrina y

la jurisprudencia extranjeras han considerado, desde hace algunas décadas, que esa perspectiva puramente “física” o “natural” del nexo causal no es suficiente, por sí sola, para lograr imputarle, al presunto agente causante del daño, el deber de indemnizar los daños y perjuicios irrogados al damnificado. Es necesario, además, verificar si, desde un punto de vista puramente jurídico o normativo, puede atribuírsele, al agente causante del daño, el deber de reparación o compensación que constituye la razón de ser del Derecho de Daños. Ese perfil puramente jurídico o normativo de la imputación del daño es lo que, en términos generales, se denomina la “imputación objetiva”, la cual es conocida, por ejemplo, en el Derecho Civil italiano, como la “causalità giuridica” y en los países de la tradición del common law (como ocurre en el Reino Unido) como “causation in law”.

El presente trabajo se propone introducir y explicar, en el campo del sistema de la responsabilidad civil costarricense, la llamada teoría de la imputación objetiva, su origen, su finalidad, su relación con el perfil puramente “físico” o “natural” del nexo causal (conditio sine qua non), los criterios que la conforman y algunas manifestaciones de tales criterios de imputación objetiva en algunos recientes fallos emitidos por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, pese a que, como se

\* *Máster en Derecho Civil (LL. M.) de la Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemania).*

verá más adelante, dicha Sala de Casación nunca ha abordado, con claridad y amplitud, la teoría de la imputación objetiva en el Derecho de Daños costarricense, ni tampoco sus criterios, sino que, sin tener conciencia de ello, ha resuelto litigios de responsabilidad civil, con base en otros criterios o razones que, en el fondo, pertenecen a la teoría de la imputación objetiva.

## 1. Origen de la teoría de la imputación objetiva

En la doctrina y jurisprudencia internacional está pacíficamente aceptado que la teoría de la imputación objetiva, en el marco del sistema de responsabilidad civil, proviene de la doctrina del Derecho Penal alemán<sup>1</sup>.

Con base en la obra del autor español Martín García-Ripoll Montijano<sup>2</sup>, el autor y profesor español, Mario Maraver Gómez<sup>3</sup>, expone el origen de la teoría de la imputación objetiva en los siguientes términos:

*“Como indica García-Ripoll (pp. 1 y ss), la exposición de los orígenes de la teoría de la imputación objetiva suele realizarse partiendo de la obra de Larenz, Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung (1927). Ello es así por dos razones:*

*en primer lugar, porque, retomando el concepto de imputación de Hegel, Larenz insiste en la idea de que para afirmar que un resultado es obra de una persona no basta con constatar, en su caso, una relación causal con la acción de esa persona, sino que es necesario establecer una relación teleológica con su libre voluntad; en segundo lugar, y sobre todo, porque, a diferencia de Hegel, Larenz considera que la relación con la voluntad no es una relación subjetiva que sólo pueda establecerse con lo que el sujeto se ha representado, sino que es una relación objetiva que se establece igualmente con lo que el sujeto podía haberse representado, pues la “posibilidad de previsión”, según Larenz, también es expresión de la libre voluntad. De este modo, se da paso a un nuevo concepto de imputación (objetiva) que permite considerar obra de la persona no sólo los hechos dolosos, sino también los imprudentes (pp. 2-4). Este es el concepto de imputación objetiva que, posteriormente, gracias a las aportaciones de autores como Honig, fue desarrollando la doctrina penal alemana hasta llegar a la importante reformulación de Roxin en la década de los sesenta, que dio lugar a la moderna teoría de la imputación*

1 Reglero Campos, Luis Fernando. *El nexa causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas*. En: Reglero Campos, Luis Fernando y Busto Lago, José Manuel. *Lecciones de responsabilidad civil*. Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2. ed., 2013, página 109.

2 Dicha obra se llama *“Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables”*, Granada, Editorial Comares, 2008.

3 Se trata de un material intitulado *“Nota crítica. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva, en Derecho Civil y en Derecho Penal. A propósito del libro de Martín García-Ripoll Montijano, Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables”*, Granada, 2008” disponible en la siguiente dirección en internet: [www.boe.es](http://www.boe.es). Luego, se pone “click” en la pestaña llamada “publicaciones” y a continuación se pone “click” en “Anuarios” y se llena la ventana que allí aparece con los datos “Civil” y “maraver”.

*objetiva, caracterizada por analizar la relación entre la acción y el resultado desde un punto de vista ya no sólo lógico (causalidad) y teleológico (imputación/posibilidad de previsión), sino también normativo”.*

## **2. Definición y finalidad de la teoría de la imputación objetiva**

De acuerdo con el jurista español, Don Luis Fernando Reglero Campos, “la imputación objetiva es un elemento que discrimina entre las causas del daño que son jurídicamente relevantes y las que no lo son a partir de la valoración del riesgo creado por cada una de ellas de que el daño se produjese. Mayoritariamente, y también en abstracto, la teoría de la imputación objetiva sostiene que a una acción le resulta imputable objetivamente un daño si la acción ha creado un riesgo, mayor que el permitido, de que ese daño se produzca y si, además, el daño que se considera es una plasmación de ese riesgo excesivo creado por la acción. Esta definición abstracta de “imputación objetiva”, sin embargo, no se aplica directamente al supuesto de hecho considerado en prácticamente la totalidad de las ocasiones. Por el contrario, lo característico de la teoría de la imputación objetiva es que ésta se descompone en una serie de criterios tópicos, llamados “criterios de imputación objetiva”, que facilitan al intérprete la valoración de si, efectivamente, se cumplen respecto de cada causa del daño las condiciones abstractas que permiten considerarla causa jurídicamente relevante”<sup>4</sup>.

Como complemento de lo anterior, vale mucho la pena traer aquí a colación el pensamiento del autor español, Mario Maraver Gómez, para quien la teoría de la imputación objetiva

*“(…) se caracteriza por intentar ofrecer un instrumento dogmático — sustitutivo o complementario de la causalidad— con el que establecer la relación entre un determinado resultado y la conducta de la persona a la que pretende hacerse responsable de ese resultado. Es una teoría sobre la imputación objetiva porque trata de averiguar si el resultado producido puede verse como obra de la persona y no como fruto del azar o de la casualidad. Es una teoría sobre la imputación objetiva porque procura no tener en cuenta la voluntad del agente y operar de igual modo con independencia del carácter doloso o imprudente de su conducta. Con el tiempo, esta teoría ha ido configurando, de manera más o menos sistemática, toda una serie de principios o criterios de imputación tendentes a analizar la gran variedad de supuestos en los que la relación causal entre la acción y el resultado no parece ser razón suficiente para plantear la responsabilidad civil del sujeto: desde los casos de cursos causales anómalos en los que la producción del resultado aparece como algo improbable, hasta los casos en los que existen importantes factores causales concomitantes (procedentes incluso*

<sup>4</sup> Reglero Campos, Luis Fernando. *El nexos causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas*. En: Reglero Campos, Luis Fernando y Busto Lago, José Manuel. *Lecciones de responsabilidad civil*. Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2. ed., 2013, página 109.

de la actuación de terceras personas o de la propia víctima), pasando por los supuestos en los que la conducta desencadenante del resultado se encuentra generalmente aceptada por el ordenamiento jurídico<sup>5</sup>.

### 3. La distinción entre la relación de causalidad y la imputación objetiva

La creciente incorporación de la teoría de la imputación objetiva y sus criterios en la teoría general de la responsabilidad civil, ha tenido la virtud de crear una especie de distinción o diferencia entre la relación de causalidad propiamente tal y la imputación objetiva. Como ilustración de lo anterior, el jurista español, Don Luis Fernando Reglero Campos, manifiesta lo siguiente:

*“El primer paso para determinar si se cumple el requisito causal es, pues, si la conducta o actividad del sujeto eventualmente responsable representa un antecedente físico o material del hecho dañoso. Es decir, si constituyó una “conditio sine qua non” de ese resultado. Esta doctrina fue formulada por Engisch bajo la expresión “condición ajustada a las leyes de la experiencia científica (....) Esta operación previa constituye una cuestión de hecho y es un*

*presupuesto de la imputación causal, pero, por sí solo, no es suficiente para ello. Si no existe nexo causal entre la conducta o actividad del demandado, ningún paso más hay que dar. No cabe hablar, en modo alguno, de responsabilidad. Si existe ese nexo, habrá de partirse de la base de que si bien todos los antecedentes causales son físicamente necesarios para la producción de un determinado resultado, desde un punto de vista jurídico, no todos ellos generan, normalmente, el mismo aporte causal, a los efectos de la imputación objetiva”<sup>6</sup>. En otras palabras, “(...) los creadores de la teoría de la imputación objetiva no discuten la idoneidad de la teoría de la conditio sine qua non. Para ellos, la teoría de la equivalencia de las condiciones constituye el modo en que debe determinarse la causalidad natural; lo que sucede es que a esa relación de causalidad natural o física añaden un requisito de carácter normativo: la imputación objetiva”<sup>7</sup>.*

La distinción entre la relación de causalidad y la imputación objetiva proviene del Derecho Penal. En la jurisprudencia penal española, destaca, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 5 de abril de 1983, en la cual se trató la distinción entre ambas, de la siguiente manera:

5 Maraver Gómez, Mario. *supra* nota 3.

6 Reglero Campos, Luis Fernando y Medina Alcoz, Luis. *El nexo causal. La pérdida de la oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor*. En: Reglero Campos, Luis Fernando y Busto Lago, José Manuel. *Tratado de responsabilidad civil. Tomo I*. Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, 5 edición, páginas 774 a 775.

7 Reglero Campos, Luis Fernando. *El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas*. En: Reglero Campos, Luis Fernando y Busto Lago, José Manuel. *Lecciones de responsabilidad civil*. Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2. ed., 2013, página 109.

*“La sentencia del TS (Tribunal Supremo) 2ª de 20 de may. 1981, ya ha distinguido, con la precisión posible dentro de la difícil doctrina de la causalidad, entre relación causal e imputación objetiva, como categorías independientes y sucesivas, y que para la responsabilidad penal no basta con la constatación de la relación causal —a determinar según el criterio de la equivalencia de las condiciones— sino que además se precisa la imputación objetiva del resultado, para lo que se requiere la adecuación de la causa para producir aquél como consecuencia lógica y natural de aquélla. Es decir, como se tiene adelantado, que la imputación objetiva se sitúa en un momento anterior a la llamada imputación subjetiva. La concurrencia o no de causalidad es algo empíricamente constatable, a determinar según los métodos de las ciencias naturales, y ésta es la base de la teoría de la equivalencia de las condiciones. Pero otra cosa distinta es que para el injusto típico se requiera además la concurrencia de una categoría puramente normativa: la imputación objetiva, es decir, que mediante criterios extraídos de la interpretación de la esencia y función del tipo de injusto, se pueda afirmar desde el punto de vista jurídico penal, que el resultado es objetivamente atribuible, imputable a una acción. Como criterios de imputación objetiva del resultado pueden señalarse (como más frecuentes) el de la adecuación, pero también pueden existir otros, como el de la relevancia, el de la*

*realización del peligro inherente a la acción base, o los del incremento o reducción del riesgo, o el del fin de protección de la norma...”<sup>8</sup>.*

Por su parte, la jurisprudencia civil española ha incorporado, también, en el ámbito del Derecho de Daños, la distinción entre la relación de causalidad y la imputación objetiva. Así lo pone de manifiesto el jurista español, Don Luis Fernando Reglero Campos, de la siguiente manera:

*“Pueden hallarse incluso pronunciamientos que recogen a las claras la doctrina de la imputación objetiva. Así, las SSTs de 11 de junio de 2008 (RJ 2008, 4358) y 5 de marzo 2009 (RJ 2009, 1631): “la determinación del nexo causal entre el acto causante del daño y la actividad del agente a quien se imputa la responsabilidad civil constituye una cuestión de hecho, salvo en el terreno de la llamada imputación objetiva. Esta modalidad de imputación consiste en que, establecida una relación de causalidad física o fenomenológica entre el agente y el resultado dañoso, debe formularse un juicio mediante el cual se aprecia si las consecuencias dañosas de la actividad son susceptibles de ser atribuidas jurídicamente al agente, aplicando las pautas o criterios extraídos del Ordenamiento jurídico que justifican o descartan dicha imputación cuando se ponen en relación con el alcance del acto dañoso particularmente considerado, con su proximidad al resultado producido, con su idoneidad para producir el*

<sup>8</sup> Infante Ruiz, Francisco José. *La responsabilidad por daños: nexo de causalidad y causas hipotéticas*. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2002, página 155, nota de pie de página 248.

daño y con los demás elementos y circunstancias concurrente”. En esa línea, la STS de 6 de abril de 2009 (RJ 2010, 4354). Concretando criterios de imputación objetiva, las STSS de 15 de julio de 2010 (RJ 2010, 6049) y de 30 de noviembre 2011 (RJ 2012, 3518) declaran: “La imputación objetiva, que integra una *quaestio iuris* (cuestión jurídica), comporta un juicio que, más allá de la mera constatación física de la relación de causalidad, obliga a valorar con criterios extraídos del ordenamiento jurídico la posibilidad de imputar al agente el daño causado apreciando la proximidad con la conducta realizada, el ámbito de protección de la norma infringida, y la frecuencia o normalidad del riesgo creado frente a la existencia de los riesgos generales de la vida, entre otras circunstancias”<sup>9</sup>.

#### 4. El orden *sine qua non* de la imputación del daño

Con base en el desarrollo previo realizado en este trabajo, es posible colegir, preliminarmente, que el nexo causal y la imputación objetiva, no solamente son categorías diferentes e independientes sino que, además de eso, ambas son necesarias para que, en el campo de la responsabilidad civil, la obligación de resarcimiento de daños

y perjuicios pueda serle imputada al agente causante del daño.

Según la doctrina civil española<sup>10</sup>, la imputación del daño, entendida como la simbiosis concurrente y necesaria de la relación de causalidad y la imputación objetiva, presupone un orden específico de análisis y configuración necesario, cuyos niveles indispensables son los siguientes:

**4.1.** Existencia de la causalidad física o natural, entendida como el antecedente físico o material del resultado dañoso, o sea, si el evento causante del daño constituyó o no una “*conditio sine qua non*” de dicho resultado. Esta operación previa constituye una cuestión de hecho y es el presupuesto necesario de toda imputación causal.

**4.2.** Luego, hay que proceder a analizar si está presente la imputación objetiva, que es una cuestión de derecho sucédanea y complementaria de la causalidad física o natural. La imputación objetiva podrá tenerse por debidamente cumplida o configurada, si en el proceso de causación del daño y su potencial imputación al agente que lo causó, no concurre alguno de los llamados “criterios de la imputación objetiva”, los cuales tienen, como efecto jurídico, la exclusión de la imputación objetiva<sup>11</sup>. Tales criterios de imputación objetiva serán analizados más adelante y solamente para aclarar este punto,

9 Reglero Campos, Luis Fernando y Medina Alcoz, Luis. *El nexo causal. La pérdida de la oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor*. En: Reglero Campos, Luis Fernando y Busto Lago, José Manuel. *Tratado de responsabilidad civil. Tomo I*. Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, 5 edición, página 779.

10 Infante Ruiz, Francisco José. *op. cit.*, página 151.

11 En la jurisprudencia penal española, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 19 de octubre de 2000, indicó que, dentro de los supuestos de ruptura de la imputación objetiva en el ámbito del Derecho Penal, estaban los siguientes: a) riesgos permitidos; b) disminución del riesgo, en los que el autor obra causalmente respecto de un

pueden mencionarse los siguientes: el riesgo general de vida (conocido en Alemania como “allgemeines Lebensrisiko”), el criterio de la adecuación y el del fin de protección de la norma (conocido en el Derecho de Daños alemán como “Schutzzweck der Norm”).

**4.3.** Finalmente, en el caso de que esté debidamente configurada la imputación objetiva, se puede proceder a analizar si se configura o no la llamada “imputación subjetiva”, o sea, el análisis sobre si el agente causante del daño actuó con dolo o con culpa.

Como bien lo resume el autor español, Don Luis Fernando Reglero Campos, “la imputación subjetiva, esto es, la apreciación de la presencia de culpabilidad en el sujeto responsable sería una cuestión a resolver una vez dilucidada la presencia de causalidad e imputación objetiva. Sólo determinada la causalidad y la imputación objetiva, sería preciso entrar a enjuiciar si la acción u omisión del agente se ha producido interviniendo “culpa o negligencia” para proceder la declaración de responsabilidad civil subjetiva”<sup>12</sup>.

Para finalizar este apartado cabe preguntarse lo siguiente: ¿Es posible aplicar la teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad civil objetiva?

De acuerdo con el autor español Francisco Javier Infante Ruiz, sí es posible hacerlo, ya que, en su criterio, “en el plano de la responsabilidad objetiva, la imputación objetiva se establece sobre la base de la mera realización del peligro que la actividad peligrosa entraña”<sup>13</sup>. De acuerdo con ese mismo autor, los criterios de imputación objetiva que más se utilizan en el campo de la responsabilidad civil objetiva son: el del riesgo permitido y el del fin de protección de la norma<sup>14</sup>.

## **5. Los criterios de la imputación objetiva**

Los llamados “criterios de imputación objetiva” pueden ser considerados como una especie de herramientas que facilitan al intérprete la valoración de si, efectivamente, se cumplen respecto de cada causa del daño, las condiciones abstractas que permiten considerarla causa jurídicamente relevante<sup>15</sup>.

Son de muy diversa índole y, en honor a la verdad, no tienen conexión o relación entre ellos. La única característica común que tienen es, precisamente, excluir la imputación objetiva y, con ello, la posibilidad real y jurídica de poder atribuirle, al agente causante del daño, la obligación de indemnizar los daños y perjuicios infligidos.

---

resultado realmente ocurrido, pero evitando a la vez la producción de un resultado más perjudicial; c) el principio de confianza y; d) La prohibición de regreso. Al respecto ver Reglero Campos, Luis Fernando y Medina Alcoz, Luis. *El nexa causal. La pérdida de la oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor*. En: Reglero Campos, Luis Fernando y Busto Lago, José Manuel. *Tratado de responsabilidad civil. Tomo I. Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, 5 edición, página 777, nota de pie de página 22.*

12 Reglero Campos, Luis Fernando. *El nexa causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas*. En: Reglero Campos, Luis Fernando y Busto Lago, José Manuel. *Lecciones de responsabilidad civil*. Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2. ed., 2013, páginas 112 a 113.

13 Infante Ruiz, Francisco José. *op. cit.*, página 174.

14 Infante Ruiz, Francisco José. *Ibidem.*, páginas 173 a 176.

15 Reglero Campos, Luis Fernando. *El nexa causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas*. En: Reglero Campos, Luis Fernando y Busto Lago, José Manuel. *Lecciones de responsabilidad civil*. Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2. ed., 2013, página 109.

Los más importantes criterios de imputación objetiva en el sistema de responsabilidad civil contemporáneo son los siguientes:

### **5.1. El llamado riesgo general de la vida**

En la doctrina del Derecho Civil alemán es conocido como “allgemeines Lebensrisiko” y sostiene, básicamente, que no procede la imputación del daño, al agente a quien se le atribuye, cuando el daño es fruto de la realización de riesgos habitualmente ligados a la existencia natural del sujeto damnificado: tanto los vinculados a formas de actuar que, ordinariamente, ocurren o que siempre cabe esperar en el transcurso normal de la existencia del afectado, como los que con independencia de una acción u omisión del dañado desencadenada precisamente por la conducta del responsable, estén ligados de manera muy general a la existencia humana en la forma de socialización y civilización correspondientes<sup>16</sup>.

**Ejemplo:** El huésped de un hotel que, de manera accidental, da un paso en falso en una de las escaleras del hotel, cae y se lesiona parte de su cuerpo.

### **5.2. La prohibición de regreso**

De acuerdo con el jurista español, Don Luis Fernando Reglero Campos, “en cuanto a la denominada prohibición de regreso (en alemán, “Regreßverbot”), por la que se impide retroceder en la cadena causal

desde que se verificó una intervención dolosa o gravemente negligente de un tercero, estamos ante la irrupción de un nuevo curso causal (una conducta humana) en el ya iniciado por la conducta del eventual responsable (o en el seno de su actividad), que da lugar a un resultado que con aquella conducta o esta actividad no se hubiera alcanzado o bien hubiera sido diferente al finalmente acaecido. Se trata de un criterio que en nuestra jurisprudencia civil ha sido expresado con relativa claridad por la conocida sentencia del Hotel “Corona de Aragón” (STS de 11 de marzo de 1988 [RJ 1988, 1961]). El pequeño incendio originado en la churrería de dicho Hotel se propagó de forma incontrolada debido a que unos desconocidos habían colocado allí abundante material explosivo. La sentencia absolvió al propietario del establecimiento, declarando que “dentro ya de la teoría de la causalidad adecuada o eficiente (...) cabe estudiar el problema de la interrupción del nexo causal por la intervención de un tercero, respecto del cual es unánimemente aceptado que, en los supuestos en los que la intervención es dolosa o intencionada y no viene determinada por la del agente inicial, es decir, se opera de manera libre, se producirá una auténtica interrupción del nexo, determinativa de una irresponsabilidad de ésta último”<sup>17</sup>.

En el mismo sentido, pero con mayor claridad, la sentencia del Tribunal Supremo de España de 24 de octubre de 2003 (RJ 2003, 7519) abordó este principio de imputación objetiva de la siguiente manera:

<sup>16</sup> *Infante Ruiz, Francisco José. Ibídem., página 163.*

<sup>17</sup> *Reglero Campos, Luis Fernando y Medina Alcoz, Luis. El nexo causal. La pérdida de la oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. En: Reglero Campos, Luis Fernando y Busto Lago, José Manuel. Tratado de responsabilidad civil. Tomo I. Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, 5 edición, página 790.*

*“... de acuerdo con la doctrina moderna, uno de los criterios para establecer o excluir la imputación objetiva que más se acomodan al caso de autos es la llamada “prohibición de regreso”, supuesto en el que no es posible la imputación, cuando puesta en marcha la relación causal, sin embargo el daño se produce por subsiguiente intervención dolosa o gravemente imprudencia de un tercero, no pudiendo regresar desde el tercero causante del daño al que inició el curso causal. De la misma forma ocurre cuando es la víctima a la que corresponde el control de la situación, habida cuenta de la configuración del contacto social, es a ella a la que ha de imputarse las consecuencias lesivas y no el autor mediato”<sup>18</sup>.*

En resumen, el criterio de la prohibición de regreso implica que debe negarse la imputación objetiva de aquellos resultados dañinos cuando en el proceso causal iniciado por el agente interfiere la conducta dolosa o gravemente negligente de un tercero, salvo que esa conducta se hubiera visto significativamente favorecida por la conducta del agente.

Según el autor español Infante Ruiz, “en este criterio se pueden incardinar todos los supuestos de provocación imprudentes de suicidios, de autolesiones y de casos de autopuesta en peligro”. En el campo de

la responsabilidad civil del Estado y sus instituciones, como se verá más adelante, este principio de imputación objetiva tiene y puede tener mucha aplicación a la hora de definir si se le debe o no imputar al Estado el daño sufrido por los administrados.

La jurisprudencia civil española ha hecho referencia al criterio de la prohibición de regreso en casos como los siguientes<sup>19</sup>:

- a) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera Tercera, de 3 de junio de 1997: Una conserje de una institución educativa situada en Logroño, después del horario lectivo, fue agredida y violada por unos asaltantes. Demanda al Ministerio de Educación y obtiene la respectiva indemnización. Quedó probado que, antes del hecho, se habían producido robos y la conducta de no tener la vigilancia adecuada facilitó la intervención de los asaltantes y que éstos cometieran los delitos en perjuicio de la conserje.
- b) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 3 de diciembre de 2001: Lesiones a pasajera del metro tras ser violentamente empujada por un grupo de personas que intentaban subir al tren. El Tribunal Supremo tuvo por probado que, por la hora en que sucedieron los hechos, es decir, las 13:30 horas y porque un tren había pasado sin detenerse, era considerable el número de personas que

<sup>18</sup> Sentencia citada por Reglero Campos, Luis Fernando y Medina Alcoz, Luis. *El nexa causal. La pérdida de la oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor*. En: Reglero Campos, Luis Fernando y Bustó Lago, José Manuel. *Tratado de responsabilidad civil. Tomo I*. Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, 5 edición, páginas 793 a 794.

<sup>19</sup> Estas sentencias fueron encontradas, citadas y analizadas por el profesor español, Don Fernando Gómez Pomar, dentro de su material disponible en internet, llamado “*Derecho de Daños. Bases de la responsabilidad civil*”, bajo la siguiente dirección: [www.upf.edu/dretcivil/\\_pdf/mat\\_fernando/T22008.pdf](http://www.upf.edu/dretcivil/_pdf/mat_fernando/T22008.pdf)

intentaron subir al siguiente tren que se detuvo, entre ellas, la demandante. De ello se deduce que la situación creada por el grupo de personas era un peligro previsible para el transportista y evitable con la adopción de medidas tales como la circulación de un mayor número de trenes en horas pico, la evitación de aglomeraciones y la existencia de personal auxiliar.

- c) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 28 de septiembre de 2002: Atropello de un menor de edad en una playa. No existe nexo causal entre la actuación de la Administración y el daño producido, que deriva únicamente de la conducta dolosa del conductor y se habría producido igualmente con un servicio permanente de vigilancia en la playa.
- d) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, sentencia de 12 de junio de 2003: Un carro que circulaba con exceso de velocidad colisionó contra el bordillo de una isleta e impactó con la marquesina de la parada de un autobús, lo cual causó la muerte de un peatón que allí se encontraba. El Tribunal Supremo consideró que la Administración había cumplido debidamente con el artículo 21 de la Ley de Carreteras y que la intervención del conductor que conducía negligentemente y con exceso de velocidad tenía la virtud de romper el nexo causal entre el actuar de la Administración y el daño.
- e) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 3 de mayo de 2004: Imposibilidad de entrada en el puerto de un ferry por bloqueo del puerto.

El Tribunal Supremo declara que la Administración no es responsable, sino que la causa del resultado dañoso fue la conducta ilícita de los pescadores que bloquearon el puerto.

- f) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 9 de junio de 2006: Dos fallecidos y lesionados graves como consecuencia de la colisión del vehículo de los demandantes con un caballo. Aplicación del criterio de la prohibición de regreso. No existe posición de garante por parte de la policía ni por parte del Ayuntamiento.
- g) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 31 de octubre de 2007: Responsabilidad civil del Estado derivada del asesinato de un joven a manos de un preso tras quebrantar condena, al no presentarse después de un permiso de fin de semana. No se aplica el criterio de la prohibición de regreso, porque la Administración sí tiene posición de garante respecto de los daños causados por presos peligrosos que quebrantan la condena impuesta.

Si bien en el campo del Derecho Penal resulta decisivo, para la aplicación de la prohibición de regreso, la conducta dolosa o gravemente negligente del tercero, con la cual irrumpe un nuevo curso causal, ello no sucede igual en el campo de la responsabilidad civil, “en el que lo decisivo para que la irrupción de un nuevo curso causal sirva para impedir la imputación objetiva a quien originó uno anterior, no reside tanto en el grado de reproche de la conducta irruptiva cuanto en el grado de aporte causal del nuevo curso en la producción del resultado”<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> Reglero Campos, Luis Fernando y Medina Alcoz, Luis. *El nexo causal. La pérdida de la oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. En: Reglero Campos, Luis Fernando y Busto Lago, José Manuel. Tratado de responsabilidad civil. Tomo I. Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, 5 edición, páginas 794 a 795.*

Como colofón de lo expuesto y siguiendo al autor español Francisco José Infante Ruiz<sup>21</sup>, no resulta aplicable la prohibición de regreso, en tanto criterio de imputación objetiva y, por consiguiente, ésta existe y permanece incólume, en los siguientes casos:

**5.2.1.** Cuando el tercero que irrumpe, con su conducta, en el proceso causal puesto en marcha por el posible responsable del daño, hubiese actuado de manera superficialmente culposa o negligente, es decir, que el tercero no hubiese actuado con dolo o muy grave imprudencia de su parte;

**5.2.2.** Cuando la conducta voluntaria o conscientemente lesiva del tercero o terceros fuese conforme a Derecho o hubiese sido cometida bajo el amparo de alguna causa de justificación.

**5.2.3.** Cuando la acción dolosa o gravemente negligente del tercero hubiera sido favorecida por la negligencia cometida por el autor del primer curso causal o cuando la conducta del tercero fue posible o se vio facilitada por una infracción de normas de seguridad o de custodia.

En relación con éste último supuesto, en el cual la imputación objetiva no resulta excluida, cierto sector de la doctrina española ha preconizado, como parte del estudio de la prohibición de regreso, el llamado “**principio de confianza**”<sup>22</sup>.

**Ejemplo:** La señora A se introduce a un cajero automático bancario cerrado para sacar dinero de él. Cuando se dispone a cerrar, por

dentro, con el picaporte respectivo, la puerta del cajero automático, se percata de que tal mecanismo de cierre no funciona, pero, a pesar de eso, la puerta se mantiene cerrada. Con el dinero en sus manos y al disponerse a abandonar el cajero automático, ingresa un ladrón, al recinto del cajero automático y no solamente despoja a la señora A de su dinero sino que, además de eso, le causa lesiones con un cuchillo en ambos brazos.

Según el llamado “principio de confianza”, en el anterior ejemplo, la entidad bancaria sí sería responsable por el despojo patrimonial infligido a la señora A, por el tratamiento médico suficiente y necesario para curar sus lesiones y hasta por el daño moral padecido, pues no cabe duda que la existencia de cajeros automáticos cerrados genera una auténtica y fundada sensación de confianza y seguridad en quienes lo utilizan, sensación que puede verse defraudada si se llegara a demostrar que tal seguridad era falsa o inexistente. En otras palabras, la defraudación de la confianza hace responsable al sujeto que contribuye a generarla o crearla. Por todo lo anterior, en el ejemplo propuesto, perfectamente podría hablarse de una imputación objetiva por conducta omisiva de la entidad bancaria (salvo que el mal funcionamiento del sistema de cierre no le fuera subjetivamente imputable), al existir una confianza de seguridad por ella misma generada, y que fue defraudada”<sup>23</sup>.

A pesar de que en la opinión jurídica de la autora española, Gema Díez-Picazo Giménez,

21 Infante Ruiz, Francisco José. *op. cit.*, páginas 164 a 165.

22 Reglero Campos, Luis Fernando y Medina Alcoz, Luis. *El nexa causal. La pérdida de la oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. En: Reglero Campos, Luis Fernando y Busto Lago, José Manuel. Tratado de responsabilidad civil. Tomo I. Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, 5 edición, páginas 795 a 796.*

23 Reglero Campos, Luis Fernando y Medina Alcoz, Luis. *Ibidem.*, páginas 795 a 796.

el llamado “principio de confianza”, en los términos anteriormente expuestos, forme parte del contenido del principio de prohibición de regreso, el autor de este trabajo, por el contrario, coincide con el autor español, Francisco José Infante Ruiz, en el sentido de que el llamado “principio de confianza” no pertenece o no forma parte de la prohibición de regreso sino que, por el contrario, podría ser analizado y aplicado dentro de otro de los criterios de imputación objetiva, cual es el del ámbito de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad<sup>24</sup>.

### 5.3. El criterio del incremento del riesgo (*Risikoerhöhung*)

De acuerdo con el autor español Infante Ruiz<sup>25</sup>, “dos ideas básicas deben ser retenidas para la comprensión de este criterio:

1. El resultado (daño) causado por el agente sólo le es imputable (objetivamente) si la conducta del autor ha creado un peligro no cubierto por un riesgo no permitido, y ese peligro se ha realizado en el resultado concreto.
2. Si el resultado (daño) se presenta como realización de un peligro creado por el agente, por regla general es imputable (objetivamente). Pero excepcionalmente puede desaparecer la imputación si el alcance de la norma no abarca la evitación de tales peligros y repercusiones. Se plantea así una

interesante conexión entre este criterio del “incremento del riesgo” y el siguiente del “ámbito de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad”.

De acuerdo con el autor español, Fernando Gómez Pomar<sup>26</sup>, el criterio del incremento del riesgo puede resumirse de la siguiente manera:

*“Cuando el comportamiento del causante no ha incrementado el riesgo de producción del daño, debe negarse la imputación objetiva. Si a pesar de haber nexo causal entre el comportamiento y el daño, la conducta del agente no incrementa la probabilidad que se produzca el resultado dañoso, no habrá imputación objetiva, con independencia del nexo causal”.*

El criterio del incremento del riesgo, según la perspectiva desde la que se contemple el riesgo, puede ser desglosado —siguiendo en parte a ROXIN— a nuestro juicio<sup>27</sup>, del siguiente modo:

#### 5.3.1. Exclusión de la imputación en caso de disminución del riesgo

Falta la creación de un riesgo y con ello la posibilidad de imputación si el posible responsable modifica un curso causal de tal manera que aminora o disminuye el peligro ya existente para la víctima, y por tanto mejora la situación del objeto de la acción.

<sup>24</sup> Infante Riuz, Francisco José. *op. cit.*, páginas 167 a 168.

<sup>25</sup> Infante Ruiz, Francisco José. *Ibidem.*, páginas 170 y siguientes.

<sup>26</sup> Gómez Pomar, Fernando. “*Derecho de Daños. Bases de la responsabilidad civil*”, bajo la siguiente dirección: [www.upf.edu/dretcivil/\\_pdf/mat\\_fernando/T22008.pdf](http://www.upf.edu/dretcivil/_pdf/mat_fernando/T22008.pdf)

<sup>27</sup> Todo este desarrollo, que aparece tratado a partir del punto 5.3.1 y hasta el punto 5.3.4.3., corresponde al planteamiento del autor Francisco José Infante Ruiz, contenido en su libro citado a lo largo de esta investigación, a partir de la página 170.

Así, por ejemplo, si A ve cómo una piedra le va a dar a B en la cabeza con el consiguiente peligro y no puede evitar que la piedra le alcance, pero sí desviarla a otra parte del cuerpo en que el golpe sea menos peligroso, la actividad de A significa una disminución del riesgo para el bien protegido y, por ello, no se le puede imputar.

### **5.3.2. Exclusión de la imputación si falta la creación del peligro**

Debe rechazarse la imputación cuando el autor ciertamente no ha disminuido el riesgo de lesión de un bien, pero tampoco ha aumentado de modo jurídicamente considerable, ya que el Derecho no toma los mínimos riesgos socialmente adecuados que van unidos a actividades normales y jurídicamente irrelevantes (así, por ejemplo, no es imputable el resultado al sobrino que, para heredar a su tío, incita a éste a que se dirija al monte con la esperanza de que un rayo lo fulmine, como así ocurre, y en general cualquier incitación a realizar actividades normales).

Tampoco existe imputación objetiva si un peligro ya existente no es incrementado de modo mensurable por el sujeto frente al cual se pretende establecer la obligación de indemnizar. Así, por ejemplo, no pueden ser imputados los daños de una inundación al sujeto que vierte un barreño de agua en las turbulentas aguas que están a punto de romper la presa. Ciertamente y debido a la modificación del resultado, debe afirmarse que existe causalidad, pero en cualquier caso esta conducta no es imputable, objetivamente, pues el vertido del barreño de agua no ha incrementado de manera mensurable el peligro de que el daño se produzca.

### **5.3.3. La imputación en los casos de riesgo permitido.**

Existen ciertas actividades realizadas por el ser humano, que, a pesar de que entrañan un peligro en sí mismas, sin embargo, su realización es permitida por el legislador. En el ámbito del Derecho de Daños, estas actividades pueden encuadrarse, con carácter general, dentro del sector que ha venido a denominarse “responsabilidad objetiva”. Se trata de actividades que crean un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general están permitidas. Algunos ejemplos son: la conducción de vehículos en vías públicas o la introducción de productos en el mercado (responsabilidad civil por productos defectuosos).

De este modo, en la responsabilidad objetiva, la imputación objetiva se establece por el simple desarrollo de la actividad que crea un riesgo jurídicamente relevante, aunque permitido. Esto, sin embargo, no es óbice para que se pueda negar la imputación objetiva con base en otros criterios, sobre todo el del llamado “ámbito de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad” (Schutzzweck der Norm).

### **5.3.4. La imputación en los casos de realización del riesgo no permitido. El incremento del riesgo.**

La imputación objetiva presupone que en el resultado (daño) se haya realizado precisamente el riesgo no permitido creado por el posible responsable.

Con base en lo anterior, se puede establecer tres niveles de exclusión de la imputación objetiva:

**5.3.4.1.** Si el agente ha creado un peligro para el bien de que se trate, pero el resultado se produce no como efecto de plasmación de ese peligro, sino sólo en conexión causal con el mismo.

**Ejemplo:** A conduce temerariamente e incrementa considerablemente el riesgo de causar la muerte a B como consecuencia de un accidente, pero la muerte de B se produce no por la plasmación de ese peligro, sino por un infarto de miocardio conectado causalmente con la conducción temeraria.

Por el contrario, hay que imputar el resultado si la acción inicial ha aumentado el peligro del curso causal subsiguiente, de modo jurídicamente relevante, siendo el resultado una realización adecuada del peligro creado por la acción inicial. El penalista alemán, Claus Roxin, pone el siguiente ejemplo: Un sujeto quiere tirar al agua a otra persona, la cual no sabe nadar, desde un puente elevado, para que se ahogue, pero la víctima colisiona contra la base de un pilar del mismo puente y se desnuda.

**5.3.4.2.** Si falta la realización del riesgo no permitido. En caso de riesgo no permitido la imputabilidad del resultado depende adicionalmente de que en el mismo se haya realizado precisamente ese riesgo no permitido.

De este modo se puede distinguir un primer grupo de casos en los que la superación del riesgo permitido no repercute sobre el resultado de su concreta configuración, lo cual suele suceder en la constelación de casos que se estudian bajo la denominación de “comportamiento alternativo lícito”.

Así, por ejemplo, ocurre con el siguiente supuesto resuelto por el Tribunal Supremo

Federal alemán (RGSt. 63, 211): El director de una fábrica de pinceles suministra a sus trabajadores pelos de cabra china para su elaboración, sin desinfectarlos previamente, como estaba prescrito. Cuatro trabajadoras se infectan con bacilos de carbonuco y mueren. Una investigación posterior da como resultado que el desinfectante prescrito hubiera sido ineficaz contra ese bacilo, no conocido hasta ese momento en Europa. En este caso el autor, al omitir la desinfección, en un enjuiciamiento ex ante ha creado un peligro no permitido, pero el mismo, como posteriormente se ha podido comprobar, no se ha realizado. Si se le imputara el resultado al director de la fábrica, se le estaría haciendo responsable por la infracción de un deber, cuyo cumplimiento hubiera sido inútil.

Existe también un segundo grupo de casos en los que cabe negar la imputación objetiva, cuando la infracción del deber que rebasa el riesgo permitido es causal para el resultado, pero el riesgo de producción del mismo no se ha aumentado por la superación o exceso.

**Ejemplo:** El agente causante del daño rebasa la velocidad máxima permitida, pero poco después vuelve a observar la velocidad prescrita, observando todas las reglas de la conducción. Entonces atropella a un niño que había salido, repentinamente, de detrás de un automóvil y se introduce delante de su vehículo, con lo cual el accidente resulta inevitable por el conductor. El accidente no sólo ha sido causado por la conducción en sí misma (riesgo permitido, que normalmente es imputable, pero no en este caso concreto, debido a la culpa exclusiva de la víctima), sino precisamente también por rebasar la velocidad máxima, pues sin ella el vehículo no hubiera estado en ese lugar y sitio preciso al cruzar el niño la calle y no hubiera sucedido

nada. Sin embargo, no se ha realizado el riesgo específico que es inmanente al exceso de velocidad.

**5.3.4.3.** Si los resultados no están cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado. Se trata de casos en los que la superación del riesgo permitido ha aumentado claramente el peligro de un curso del hecho como el que se ha producido, pero pese a ello no puede tener lugar la imputación objetiva, pues no se ha realizado el peligro que la norma de cuidado trata de evitar sino otro.

En virtud de todo lo dicho anteriormente, el procedimiento a seguir, tal y como lo proponía ROXIN en 1962, que no ha sido variado por resto de autores que lo han seguido, es el siguiente: Examínese qué conducta no se le hubiera podido imputar al autor según el principios del riesgo permitido como infracción del deber; compárese con ella la forma de actuar del “procesado” (demandado, en nuestro caso), y compruébese entonces si en la configuración de los hechos a enjuiciar la conducta incorrecta del autor ha incrementado la probabilidad de producción del resultado en comparación con el riesgo permitido.

De ello resulta que si la conducta del dañante ha incrementado la probabilidad de producción del resultado habrá imputación objetiva del resultado. Por el contrario, si no hay aumento del riesgo, habrá de negarse la imputación objetiva del mismo.

Por lo tanto, la pregunta que surge inmediatamente es: ¿cómo podremos determinar

en cada caso si ha tenido o no lugar ese incremento del riesgo que pueda justificar la imputación objetiva del resultado dañoso a la conducta del dañante? Cuestión ésta que ha sido bastante discutida, en el sentido de si para negar la imputación objetiva debe existir una probabilidad nada despreciable de que el resultado, en su forma concreta de acaecimiento, se habría producido también de haber actuado el demandado o procesado diligentemente, o si también cabe que el resultado no sea seguro, sino sólo posible o probable. Compartimos en este punto la opinión de PANTALEÓN de que en estos últimos supuestos en los que no es seguro, sino sólo posible o probable, que el evento dañoso se hubiera verificado igualmente a consecuencia del riesgo permitido, está claro que la ilícita creación de un riesgo que sobrepasa la medida consentida, ha aumentado la probabilidad de que se verifique el evento dañoso. En consecuencia, si el evento se ha verificado, puede afirmarse sine dubio que el mismo es realización (también) del mayor riesgo lícitamente creado, dejando a un lado las consideraciones de si tal proceder vulnera el principio in dubio pro reo, que en materia de responsabilidad extracontractual no tiene sentido, ya que su función es compensatoria y no punitiva.

#### **5.4. El criterio de la adecuación**

El criterio de la adecuación, tal y como lo entiende la doctrina española de la responsabilidad civil<sup>28</sup>, coincide con lo que el Derecho de daños alemán conoce como

<sup>28</sup> De acuerdo con el autor español Francisco José Infante Ruiz, “la correcta formulación del criterio de la adecuación es la siguiente: no es objetivamente imputable un concreto evento dañoso a la conducta causante del mismo, cuando la producción de dicho evento hubiera sido descartada, como extraordinariamente improbable, por un observador experimentado que, contando además en su caso, con los especiales conocimientos del dañante, hubiese considerado  
Continúa en la siguiente página

causalidad adecuada<sup>29</sup>. Para la teoría de causalidad adecuada, un acontecimiento es causal cuando, en general, es propicio para producir la lesión del bien jurídico. Dicho en términos negativos, falta la causalidad adecuada cuando el resultado dañino está fuera de toda probabilidad o bien solamente ha podido darse mediante la inusual concurrencia de dichas circunstancias<sup>30</sup>.

En Alemania la jurisprudencia ha dicho que la causalidad adecuada se presenta cuando un hecho en general y no bajo circunstancias especiales, totalmente improbables y contrarias al normal desarrollo de las cosas, hubiese sido idóneo para la causación del daño (RGZ 133, 126, 127).

Para la determinación de la causalidad adecuada es necesario considerar y valorar dos aspectos:

**5.4.1.** Todas las circunstancias que, en el momento de la producción del daño, eran reconocibles para un observador óptimo y;

**5.4.2.** Todas las circunstancias conocidas por parte del agente causante del daño.

De acuerdo con el autor español Ignacio de Cuevillas Matozzi, “esta teoría fue expuesta inicialmente en el año 1871 por Luis von Bahr, a quien puede considerarse

el precursor de ella, pero su delimitación se debió a un fisiólogo y no a un jurista, J. von Kries, profesor de Friburgo en el año 1888. La teoría examina la adecuación de la causa en función de la posibilidad y probabilidad de un resultado, teniendo en cuenta lo que generalmente acontece según lo indica la experiencia habitual en orden al curso ordinario de los acontecimientos *id quod plerumque accidit*. Adecuación quiere decir adaptación; el efecto ha de ser apropiado a la forma de obrar del sujeto en función del daño resultante, que era de esperar en la esfera del curso normal de los sucesos, es decir, para que exista nexo causal, según el análisis interpretativo de la doctrina expuesta, la acción tiene que ser idónea para producir el efecto acaecido, tiene que determinarlo normalmente. Ahora bien, a fin de establecer la vinculación de causa a efecto entre dos sucesos, es menester realizar un juicio retrospectivo de probabilidad, cuya formulación sería la siguiente: ¿la acción u omisión que se juzga era per se apta o adecuada para producir normalmente esa consecuencia. En el ámbito doctrinario se denomina *prognosis póstuma* al procedimiento consistente en determinar *ex post facto* la posibilidad de un resultado en función de las condiciones precedentes, de aquí que la determinación del fenómeno causal va a surgir como resultado de un proceso abstracto que da

---

*la cuestión ex ante, en el momento que el dañante se dispuso a realizar la conducta, que desembocó en el evento dañoso de cuya imputación se trata (prognosis objetivo-posterior). El Juzgador debe colocarse posteriormente en el punto de vista de un observador objetivo que juzgue antes del hecho y disponga de los conocimientos de un hombre inteligente del correspondiente sector del tráfico y además del saber especial del autor”. Infante, Ruiz, Francisco José. op. cit., página 194.*

29 En el Derecho Civil alemán, la causalidad adecuada es el segundo nivel de análisis para determinar si se configura o no el nexo causal en tanto requisito constitutivo de la responsabilidad civil. Al respecto ver López Casal, Yuri. *La responsabilidad civil*. San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S. A., 2014, páginas 24 a 27.

30 Schwarz, Günter Christian. *Gesetzliche Schuldverhältnisse*. München, Franz Vahlen Verlag, 2003, Seite 405, Rdn. 131

relevancia a una de las condiciones del caso concreto, elevándola a la categoría de causa adecuada del resultado perjudicial<sup>31</sup>

**Ejemplo**<sup>32</sup>: Debido a que B dio una medida muy pequeña del ancho de su barco, esto hace que el barco de B y el barco de C coincidan en la esclusa, a pesar de que ésta, al darse el desagüe, no es lo suficientemente ancha. H, quien es el ayudante de las esclusas, llevó a cabo el vaciamiento de la esclusa, porque el Jefe de las esclusas no se encontraba presente en ese momento. Al bajar el nivel del agua, los barcos de B y C se atascan en la esclusa. Para eliminar el atascamiento, el ayudante de esclusas eleva el nivel del agua. Debido a que no hay electricidad y el equipo de emergencia tampoco funciona, la afluencia de agua no puede ser detenida, por lo cual el barco de C se inunda y se hunde. C reclama el pago de daños y perjuicios contra B. ¿Tendrá razón?

### **Solución**

**Hipótesis de trabajo:** C podría reclamarle a B el pago de los daños y perjuicios con base en el artículo 1045 del Código Civil.

Para ello es indispensable que se configuren los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual:

1. Hay lesión del bien jurídico, pues C sufrió la lesión de su derecho de propiedad que él ostentaba sobre su barco.
2. También hubo acción dañina de B, pues él dio una información errónea del tamaño del ancho de su barco.

3. Relación de causalidad entre el actuar dañino y la lesión del bien jurídico: En relación con el requisito del nexo causal en este caso concreto, hay que examinar los niveles de la causalidad, lo cual se hace de la siguiente manera:

3.1. La conducta de B es causal en el sentido de la causalidad equivalente. Si B no hubiese dado una información errónea del tamaño del ancho de su barco, entonces los barcos de B y de C no se hubieran encontrado en la esclusa, no se hubieran atascado, ni tampoco el barco de C se hubiese hundido. Así las cosas, la causalidad equivalente, como primer nivel del nexo causal, sí está presente en el caso que nos ocupa.

3.2. Causalidad adecuada: Ahora resulta necesario determinar si el segundo nivel de análisis del nexo causal (o sea, la causalidad adecuada), está presente en el caso. Como ya se indicó anteriormente, la causalidad adecuada establece que un acontecimiento es causal cuando, en general, es propicio para producir la lesión del bien jurídico. No se configura la causalidad adecuada cuando el resultado dañino está fuera de toda probabilidad o bien solamente ha podido darse mediante la inusual concurrencia de ciertas circunstancias. En el caso bajo análisis, es posible concluir que el barco de C se hundió debido a la concurrencia de circunstancias inusuales, tales como:

31 De Cuevillas Matozzi, Ignacio. *La relación de causalidad en la órbita del Derecho de Daños*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch, 2000, páginas 91 a 92.

32 BGHZ 3, 261.

- a) El Jefe de las esclusas no estaba y la atención de la situación en las esclusas fue asumida y atendida por el ayudante de las esclusas, quien no suele tener el conocimiento y la preparación necesarias para manipular el mecanismo de las esclusas;
- b) Ya muy tarde para poder haber actuado de otra manera, el ayudante de las esclusas se percató de que los barcos se podían atorar y, por lo tanto, el vaciamiento de las esclusas ya no se puede detener;
- c) La afluencia de agua, contrario a lo que se hubiera esperado, resulta insuficiente, dado el fuerte atoramiento de ambos barcos entre sí, para eliminar la colisión;
- d) Falta la electricidad y;
- e) El equipo de emergencia no funciona.

Con base en lo anterior, se colige que fue debido a la concurrencia de estas inusuales y extraordinarias circunstancias que el barco de C se hundió, de modo que la errónea información del ancho de su barco, dada por B, no es la causa, en el sentido de la causalidad adecuada (segundo nivel de análisis del nexo causal), que originó la lesión del derecho de propiedad que C tenía sobre su barco. Así las cosas, en el caso bajo análisis no está presente la causalidad adecuada, en tanto segundo nivel de análisis del nexo causal.

**Resultado:** Al no configurarse la causalidad adecuada, no está presente el nexo causal entre la acción dañina y la lesión del bien jurídico, por lo cual C no puede reclamarle a

B el pago de los daños y perjuicios con base en el artículo 1045 del Código Civil.

### **5.5. El criterio de la provocación (Herausforderungsfälle)**

Este criterio de imputación objetiva está pensado para darle solución a dos grupos de casos muy concretos del Derecho de Daños:

**5.5.1.** Por un lado, los llamados casos de provocación o desafío (en alemán, "Herausforderungsfälle"), en los cuales una persona resulta lesionada (o lesiona a un tercero) en un accidente sufrido durante la persecución de un delincuente o del agente causante del daño, el cual huía del lugar de los hechos.

El Tribunal Federal de Casación alemán (BGH) ha establecido los requisitos que deben cumplirse (a través de la llamada "fórmula del desafío o de la provocación" (**Herausforderungsformel**) para que los daños derivados de tales casos, o sea de los "casos del desafío o de la provocación" (**Herausforderungsfälle**), sean resarcidos al damnificado. Tales requisitos son<sup>33</sup>:

**5.5.1.1.** El perseguido debe haber desafiado o provocado la conducta o comportamiento del perseguidor. A causa de la persecución, el perseguido debe haber provocado el aumento del riesgo para los bienes jurídicos del damnificado (el perseguidor), a pesar de que el peligro era evitable. También desde la perspectiva del perseguidor (der Verfolger, en alemán), éste debe haberse sentido desafiado o provocado por el comportamiento

<sup>33</sup> Schwarz, Günter Christian. *Gesetzliche Schuldverhältnisse*. München, Franz Vahlen Verlag, 2003, Seite 418, Rdn. 147. Del mismo modo, puede consultarse Grigoleit/Riehm, *Schuldrecht IV. Deliktsrecht und Schadensrecht*. München, C.H. Beck Verlag, 2011, Seite 34, Rdn. 108.

del perseguido (der Verfolgte, en alemán), o sea, que la persecución emprendida por el perseguidor no puede corresponder a una reacción inusual sino que, por el contrario, tal reacción debe corresponder a una situación que, con base en las reglas de la sana crítica, sea comprensible que provoque la persecución.

Por otro lado, desde la perspectiva del perseguido, éste debía contar con que era perseguido y podía prever que, a raíz de la persecución, su perseguidor posiblemente iba a sufrir un daño.

**5.5.1.2.** El fin de la persecución debe estar en una razonable relación con el riesgo que la persecución lleva consigo (**sog. Zweck-Mittel-Verhältnis**). En otras palabras, los riesgos que apareja la persecución no pueden ser desproporcionalmente altos.

**5.5.1.3.** El resultado dañino debe ser consecuencia del elevado riesgo generado por la persecución. De esta manera, si el daño fuera producto del simple riesgo general cotidiano (allgemeines Lebensrisiko) y no de la persecución, entonces no se configuraría este tercer requisito.

Como ilustración de los casos del desafío o de la provocación y de la aplicación de la fórmula del desafío (Herausforderungsformel), se presentan los siguientes ejemplos:

**Ejemplo 1**<sup>34</sup>: El policía P debe trasladar al delincuente D, el cual se encuentra cumpliendo arresto domiciliario en la casa de sus padres, a un centro penitenciario. D se da cuenta de que P lo anda buscando,

por lo cual huye a través de la ventana del baño de la casa de sus padres. P se da cuenta de ello y también salta por esa ventana pero, a diferencia de D, P no conoce las características del lugar por lo que, al saltar por la ventana para perseguir a D, tardíamente se da cuenta de que, exactamente debajo de la ventana por la cual salta, hay una escalera y esto hace que se fracture su pierna derecha. Posteriormente, D es atrapado por otro policía. P le exige a D el pago de los daños y perjuicios causados por la fractura de su pierna. ¿Le asiste derecho a P en cuanto a esa pretensión?

### **Solución al ejemplo 1**

**Hipótesis de trabajo:** P podría exigirle a D el pago de los daños y perjuicios con base en el artículo 1045 del Código Civil.

Para ello es indispensable que se configuren los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual:

1. Lesión de bien jurídico (+), porque P sufrió la fractura de su pierna derecha y con ello se configura la lesión de su salud en tanto bien jurídico tutelado.
2. Acción dañina de D (+), porque la huida de D constituye un comportamiento activo.
3. Relación de causalidad entre acción dañina y lesión de bien jurídico: Para que surja el derecho al resarcimiento debe haber un nexo causal entre la acción u omisión dañinas y la lesión de un bien jurídico. Así pues, es necesario examinar los niveles de la relación de causalidad:

<sup>34</sup> BGHZ 63, 189.

3.1. Causalidad equivalente (+) porque si D no hubiere huido, entonces P no hubiera saltado por la ventana ni se hubiera fracturado su pierna.

3.2. Causalidad adecuada (+), porque el resultado dañino infligido a P no está fuera de toda probabilidad, ya que forma parte de las labores propias y esenciales de un policía el perseguir y capturar a los delincuentes. Además, el resultado dañino no se dio, según la relación de hechos del caso, mediante la inusual concurrencia de determinadas circunstancias.

3.3. Como se trata de un caso de persecución, es menester verificar los tres requisitos de la "fórmula del desafío" („Herausforderungsformel“) establecidos por la jurisprudencia alemana:

3.3.1. El damnificado debe haber sido desafiado o provocado por la conducta del agente causante del daño, es decir, del perseguido (der Verfolgte, en alemán): Este primer requisito de la fórmula del desafío se configura en el caso en cuestión, ya que P fue desafiado o provocado a saltar por la ventana debido a la huida protagonizada por D.

3.3.2. El fin de la persecución debe estar en una razonable relación con el riesgo que la persecución lleva consigo: Este segundo requisito de la fórmula del desafío está presente en el caso que nos ocupa, ya que forma parte del trabajo y funciones de un policía el aprehender y perseguir a los delincuentes. Por otra parte, cuando D salta por la

ventana, puede válidamente partirse del supuesto de que el policía P tiene bases objetivas para concluir que, al saltar él también por la ventana, ello no constituye un riesgo desproporcionado en relación con el fin de la persecución (Zweck-Mittel-Verhältnis).

3.3.3. El resultado dañino debe ser consecuencia del elevado riesgo generado por la persecución: Este requisito también está presente en el caso que nos ocupa pues la fractura de la pierna de P se debe al elevado riesgo generado por la persecución.

Así las cosas, los requisitos de la fórmula del desafío están presentes, por lo cual puede afirmarse que sí existe relación de causalidad entre la lesión del bien jurídico y la acción dañina del agente causante del daño (+).

4. Antijuricidad (+), pues no hubo ninguna causa de justificación que amparara el comportamiento de D de huir de la policía.

5. Culpa (+), pues D no observó su deber de cuidado consistente en que, con su huida del policía P, era perfectamente previsible y posible que se iba a causar un daño.

6. Aunque de la información del caso no se desprende expresamente, existen bases razonables para pensar que, a causa de la fractura de su pierna, el policía P tuvo que someterse a tratamiento médico, por el cual tuvo que pagar determinada suma de dinero. Bajo este supuesto, hay que concluir que también estarían presentes el daño (consistente

en el pago del tratamiento médico) y la relación de causalidad entre el bien jurídico lesionado (la salud física de P) y el daño causado (+).

**Resultado:** El policía P tiene derecho a cobrarle a D los daños y perjuicios causados, con base en el artículo 1045 del Código Civil.

**5.5.2.** Por otro lado, están los llamados casos del auxilio necesario (en alemán, "Nothilfefälle"), en los cuales la persona lesionada asume el riesgo del que finalmente resulta víctima (o causa daño a un tercero) en su intento de salvar su vida, integridad física o bienes o la vida, integridad física o bienes ajenos, de una situación de peligro cierto, creada culpablemente por el agente causante de esa situación.

A esta otra constelación de casos le resulta aplicable la "fórmula del desafío o de la provocación" (Herausforderungsformel), tratada y explicada en el punto 5.5.1.

**Ejemplo 2**<sup>35</sup>: Debido a un error cometido en una operación por el médico B, al niño N se le extrae el riñón lesionado, con el agravante de que si a N se le hubiese dado el tratamiento médico adecuado, entonces su riñón habría podido ser salvado. Por otra parte, N, desde su nacimiento, solamente poseía un riñón, razón por la cual, a causa del error médico cometido, M, la madre de N, consiente en que se le extraiga a ella un riñón para que se le implante a su hijo N. M le exige a B el resarcimiento de daños y perjuicios. ¿Le asiste derecho en su pretensión?

## **Solución al ejemplo 2**

**Hipótesis de trabajo:** M podría exigirle a B el pago de los daños y perjuicios con base en el artículo 1045 del Código Civil.

Para ello es indispensable que se configuren los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual:

1. Lesión de un bien jurídico (+), ya que la extracción del riñón de M representa para ella la lesión del bien jurídico salud.
2. Acción dañina (+), pues el médico B incurrió en un error médico al operar a N.
3. Relación de causalidad entre el actuar dañino y la lesión del bien jurídico: Para determinar la configuración de este requisito es menester comprobar la presencia de los tres niveles del nexo causal:
  - 3.1. Causalidad equivalente (+), porque si B no hubiese cometido el error médico en la operación, no habría sido necesario que se le hubiera extraído el riñón a M ni tampoco ésta hubiera permitido que, voluntariamente (por decisión de ella), se le extrajera uno de sus riñones.
  - 3.2. Causalidad adecuada (+), pues la donación de un órgano para un familiar cercano no constituye una circunstancia inusual o extraordinaria ni suele constituir un peligro fuera de lo normal para el donante.
  - 3.3. El caso en cuestión plantea la otra temática (casos de auxilio necesario (Nothilfefälle)) a la cual también

<sup>35</sup> BGHZ 101, 215 sog. "Nieren"-Fall.

resulta aplicable la fórmula del desafío y por ello hay que analizar si concurren los requisitos de dicha fórmula:

3.3.1. El damnificado debe haber sido desafiado o provocado por la conducta del agente causante del daño: Con base en el caso que nos ocupa, sí es posible afirmar que este primer requisito de la fórmula del desafío se configura, pues M es desafiada o provocada, ya que el médico B provoca un estado de peligro tal que, tratándose de parientes muy cercanos (su hijo), mueve a M, en aras de salvar la vida de su hijo, a asumir una lesión de su propio cuerpo (la extracción de uno de sus riñones).

3.3.2. La finalidad y el riesgo están en una relación adecuada: Para salvar y mejorar la vida de su hijo (finalidad), M se expone a un menoscabo en su salud, mediante la extracción de uno de sus riñones (medio). La relación medio-finalidad se cumple y es adecuada y razonable.

3.3.3. El resultado dañino debe ser consecuencia del elevado riesgo generado por la acción dañina del agente causante del desafío: Este requisito también está presente porque la extracción del riñón de M representa un típico riesgo originado por la operación errónea cometida por el médico B.

Así las cosas, se concluye que los tres requisitos de la fórmula del desafío están presentes en el caso (+). Al ser ello así,

sí se da la relación de causalidad entre la lesión del bien jurídico y la acción dañina del agente (+).

4. Antijuricidad (+), porque no hay ninguna causa de justificación que ampare la conducta negligente del médico B. El consentimiento de M para que se le extraiga su riñón no funge, en el caso concreto, como causa de justificación, ya que, desde el punto de vista teleológico, dicha causa de justificación no abarca los casos en los que se coloque al derechohabiente en una situación tal que, para salvar a su hijo, se convierta en una víctima de una lesión a su propia salud.
5. Culpa (+), porque el médico B no observó su deber de cuidado y cometió un error al operar a N.
6. Aunque de la información del caso no se desprende expresamente, existen bases razonables para pensar que, a causa de la extracción de su riñón, M tuvo que someterse a tratamiento médico, por el cual tuvo que pagar determinada suma de dinero. Bajo este supuesto, hay que concluir que también estarían presentes el daño (consistente en el pago del tratamiento médico) y la relación de causalidad entre el bien jurídico lesionado (la salud física de M) y el daño causado (+).

**Resultado:** M sí puede exigirle a B el pago de los daños y perjuicios con base en el artículo 1045 del Código Civil, los cuales consistirían en los daños materiales derivados de la operación de extracción de su riñón, así como el daño moral.

## 5.6. El fin de protección de la norma

### 5.6.1. Origen de la teoría del fin de protección de la norma

De acuerdo con el autor español Martín García-Ripoll Montijano<sup>36</sup>, la teoría del fin de protección de la norma “tiene su origen en la obra de Ernst RABEL (1874-1955), que la tomó de un sector de la doctrina norteamericana referida a la responsabilidad contractual. Señala que los redactores del Restatement of the Law of Contracts 1932 (I p. 520) deducen el requisito de que la indemnización del daño debe ser previsible, no ya de la consideración previa de la eventual infracción del derecho de crédito o de una promesa tácita de su reparación, sino de la interpretación del contrato. Y con razón ... El contrato indica los deberes, señala qué intereses del acreedor deben ser satisfechos, y aclara así qué consecuencias del incumplimiento ha de reparar el deudor en el patrimonio del acreedor. El deudor que ha infringido el derecho del acreedor no responde por todas las consecuencias imaginables de su acto ilícito, sino sólo por los perjuicios que sobrevienen a los intereses protegidos por el contrato. En cuanto a la responsabilidad extracontractual, en lugar del contrato aparece la normal legal imperativa o prohibitiva y la tesis general que de ello resulta para el observador es sencillamente que todo debe servir a determinados intereses, y que solo el daño que es causado a estos intereses puede ser imputado al deudor”.

### 5.6.2. Significado de la teoría del fin de protección de la norma

Según el jurista alemán y profesor de la Universidad de Mannheim, el Dr. Oliver Brand<sup>37</sup>, la teoría del fin de protección de la norma complementa la teoría de la adecuación<sup>38</sup>. Para el autor antes mencionado, la teoría del fin de protección de la norma sostiene que la obligación de indemnizar daños y perjuicios solamente surge y puede serle imputada al agente causante del daño, cuando la pretensión resarcitoria se encuentre dentro del campo de protección previsto por la norma invocada para obtener el resarcimiento del daño infligido.

En consonancia con lo antes expuesto, el autor español, Francisco José Infante Ruiz, agrega que el criterio del fin o ámbito de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad:

“En general, supone que la norma fundamentadora de la responsabilidad no tiende a la protección general de todos los daños imaginables. Más bien la norma se produce sólo en consideración a determinados daños y, sólo entonces, se podrá reclamar la indemnización en virtud de esa norma. Se trata, en definitiva, de valorar los intereses concretos que busca proteger la norma violada en cada caso, es decir, la norma fundamentadora de la responsabilidad tiene el objetivo de tutelar determinados bienes, en cuanto pertenecientes a

36 García-Ripoll Montijano, Martín. *Imputación objetiva. causa próxima y alcance de los daños indemnizables*. Granada, Editorial Comares, S. L., 2008, página 97.

37 Brand, Oliver. *Schadensersatzrecht*. München, C.H. Beck Verlag, 2010, Seite 33, Rdn. 28.

38 Al respecto ver Grigoleit/Riehm, *Schuldrecht IV. Deliktsrecht und Schadensrecht*. München, C.H. Beck Verlag, 2011, Seite 31, Rdn. 97.

determinados sujetos, de ciertos específicos eventos dañosos.

Por consiguiente, el resarcimiento del daño, acaecido a consecuencia de la violación de una norma, dependerá de tres circunstancias:

- a) Que haya sido dañado el bien tutelado por tal norma;
- b) Que el bien lesionado entre en la esfera patrimonial o personal del sujeto o del ámbito de personas que esta norma intentaba proteger y;
- c) Que la lesión haya sido producida en el modo en que la norma pretendía evitar que sucediese<sup>39</sup>.

En resumen, tal y como lo concluyen los autores alemanes Kötz y Wagner, la teoría del fin de protección de la norma significa:

*“Hat der Schädiger eine bestimmte Verhaltensnorm nicht beachtet, so sind die sich daraus ergebenden Schäden ihm nur insoweit zuzurechnen, als die verletzte Norm nach ihrem Sinn und Zweck den Eintritt gerade dieser Schäden verhindern wollte”<sup>40</sup>.* (en español, la traducción sería la siguiente: Si el agente causante del daño inobservó una determinada norma de conducta, entonces los daños resultantes solamente le podrán

ser imputados en la medida en que la norma violada, según su sentido y su finalidad, quería evitar la causación de tales daños).

La teoría del fin de protección de la norma puede y debe ser verificada, tanto en las hipótesis de responsabilidad civil contractual, como en los casos de responsabilidad civil extracontractual<sup>41</sup>. Por otro lado, la presencia del fin de protección de la norma se debe verificar tanto en lo que la doctrina alemana llama la haftungsbegründende Kausalität, como en lo que la doctrina de ese mismo país europeo denomina la haftungsausfüllende Kausalität<sup>42</sup>.

Un ejemplo de la aplicación de este criterio de imputación objetiva lo representa el caso fallado por el Tribunal Supremo de España en su sentencia de 22 de febrero de 1946. Se trató de un caso en el cual la parte actora reclamó la indemnización por la muerte de sus causantes, que habían fallecido a consecuencia de la explosión de un polvorín próximo a la fábrica en la que trabajaban en un día domingo. Los demandantes alegaron, entre otras cosas, que los trabajos que las víctimas llevaban a cabo en el día del siniestro, se realizaron infringiendo las normas laborales sobre descanso dominical, de conformidad con la denominada Ley de descanso dominical. En este caso concreto, la norma por la que se impone el descanso laboral dominical, persigue bien la defensa

39 Infante Ruiz, Francisco José. *op. cit.*, páginas 184 a 185. En el mismo sentido ver Deutsch/Ahrens. *Deliktsrecht*. München. Verlag Franz Vahlen, 2014, Seite 51, Rdn. 118.

40 Kötz/Wagner. *Deliktsrecht*. München. Verlag Franz Vahlen, 2013, Seite 85, Rdn. 195.

41 Brand, Oliver. *op.cit.*, Seite 33, Rdn. 28.

42 La haftungsbegründende Kausalität hace referencia a la relación de causalidad que se da entre la acción dañina y la lesión al bien jurídico tutelado. Por su parte, la haftungsausfüllende Kausalität hace referencia a la relación de causalidad que se da entre la lesión al bien jurídico tutelado y el daño irrogado. Al respecto ver Klunzinger, Eugen, *Einführung in das Bürgerliche Recht*, 12. Auflage, 2004, Seite 217.

de valores religiosos, bien la evitación de accidentes laborales por falta de descanso, pero no los accidentes causados como consecuencia de la explosión de un polvorín cercano a la fábrica.

Son, en concreto, dos, los grupos de casos en los cuales resulta relevante y necesario examinar el criterio del fin de protección de la norma<sup>43</sup>:

**5.6.2.1.** Casos de no plasmación del riesgo en el resultado: Son aquellos supuestos en los que el peligro creado no procede de la infracción de la norma, es decir, si bien existe una infracción de la norma, el peligro de lesión del bien no surge de esta inobservancia, sino de fuentes de riesgo diversas y;

**5.6.2.2.** *Ámbito de protección strictu sensu:* Son aquellos supuestos en los que el resultado es una plasmación del riesgo creado, pero éste como tal no aparece como uno de los que la norma pretende evitar, afirmándose, en consecuencia, que no está comprendido dentro del ámbito de protección de la norma. A diferencia del grupo de casos anterior, en este segundo, la infracción de la norma de cuidado es lo que efectivamente ha determinado el resultado, pero el motivo de que dicho comportamiento estuviera prohibido no era la evitación de ese concreto resultado.

Para finalizar con la explicación de los criterios de imputación objetiva, es menester indicar que es perfectamente posible, según la doctrina, que, para la resolución de un mismo caso, puedan utilizarse varios de los criterios antes expuestos de manera

simultánea. Es decir, los criterios de imputación objetiva no son excluyentes entre sí, sino que pueden concurrir, tal y como sucede, por ejemplo, con el incremento del riesgo y el riesgo general de la vida o bien el criterio del fin de protección de la norma con el del incremento del riesgo.

## **6. *Manifestaciones de los criterios de imputación objetiva en el Derecho de Daños costarricense***

Hasta donde tenemos humildemente conocimiento, la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia nunca ha abordado, de manera expresa, en los casos de responsabilidad civil sentenciados por ella, la teoría de la imputación objetiva y tampoco ha mencionado, expresamente, alguno de los criterios específicos que conforman tal teoría. No obstante, sí hay casos concretos en los cuales la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia y otros tribunales diferentes han aplicado criterios de imputación objetiva para resolver casos de Derecho de Daños.

Algunos de esos casos son los siguientes:

**6.1. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 626 de las 14:15 horas del 23 de mayo de 2012:** Se trató de un caso en el cual un banco le había prestado dinero a una persona para que ésta comprara una casa, la cual presentó defectos constructivos. El cliente demandó al Banco por considerar que éste era responsable o corresponsable de tales defectos.

---

43 *Infante Ruiz, Francisco José. op. cit., páginas 190 a 191.*

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia desestimó la demanda planteada en contra del Banco porque consideró que los defectos constructivos que presentaba la casa no eran responsabilidad del banco, sino que los eventuales responsables de tales defectos eran o podían ser la empresa constructora y el arquitecto encargado de la edificación. Según la Sala Primera, el papel del Banco se limitó a celebrar un contrato de préstamo de dinero con garantía hipotecaria sobre la casa en proceso de construcción y no tenía la obligación legal o contractual de velar por el proceso constructivo de la casa.

**Comentario:** La decisión de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia fue correcta. Ahora bien, en este caso concreto y aunque el fundamento jurídico expuesto por la Sala de Casación es adecuado y muy respetable, también lo es que acá resultaba aplicable el criterio de imputación objetiva conocido como el del fin de protección de la norma, dentro de la órbita contractual. Esto porque de acuerdo con la finalidad y la reglamentación específica del contrato de préstamo de dinero con garantía hipotecaria que un consumidor celebra con una entidad bancaria, ésta solamente se obliga a concederle al cliente la suma de dinero pedida por él para poder adquirir o construir la casa que le interesa. Queda completamente por fuera de ese específico contrato la obligación de vigilancia que el actor del proceso pretendió endilgarle al banco demandado.

**6.2. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 116 de las 9:20 horas del 16 de febrero de 2012:** Éste fue otro de los llamados casos de “internet banking”, en el cual, a uno de los clientes de un banco estatal, se le sustrajo, por parte de un tercero, una suma de dinero de su cuenta

bancaria, con ocasión del servicio de “internet banking” que el banco ofrecía a sus clientes. El Banco demandado fue condenado a restituirle al actor la suma de dinero que fue sustraída de su cuenta bancaria.

**Comentario:** En este caso concreto, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia tuvo que enfrentarse a un problema de incertidumbre causal, pues en el proceso quedó demostrado que los sistemas de seguridad del banco, con respecto al servicio de “internet banking”, no fueron vulnerados. Por otra parte, no quedó probado que hubiese mediado culpa de la víctima como causal de exoneración de la responsabilidad civil objetiva que establece el numeral 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. Debido a ello, con aplicación de la llamada “teoría de la carga dinámica de la prueba” y con la teoría del riesgo creado, la Sala Primera, finalmente, consideró que al Banco sí le era jurídicamente imputable la reparación del daño reclamado por su cliente.

En este particular caso concreto, consideramos que era aplicable el criterio de la prohibición de regreso. La intervención dolosa del tercero que sustrajo el dinero de la cuenta bancaria del actor fue la verdadera causa del despojo patrimonial infligido al cliente bancario y dicha intervención dolosa (y esto es particularmente importante en este caso) no se vio significativamente favorecida por la conducta del agente, pues éste demostró haber sido completamente diligente en cuanto a la implementación y correcto funcionamiento de sus sistemas de seguridad con respecto al servicio de “internet banking”, sistemas que el banco demandado demostró que no habían sido vulnerados. En consecuencia, en aplicación

del criterio de imputación objetiva conocido como “prohibición de regreso”, no había imputación objetiva en este caso concreto y, en consecuencia, la demanda planteada en contra del Banco debió haber sido declarada sin lugar.

**6.3. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 1084-F de las 8:35 horas del 8 de setiembre de 2011:** Se trató de un caso en el cual un peatón cruzó una calle que no contaba con semáforos, puentes peatonales, islas o cualquier otra medida para resguardar la seguridad de los transeúntes. Durante la acción de cruce de la calle, el peatón es atropellado por un conductor, que iba a exceso de velocidad, con las luces apagadas y en vehículo que no estaba en óptimas condiciones. El Estado alegó la eximente de responsabilidad civil conocida como “hecho de un tercero”, por cuanto consideró que el único responsable de la muerte del peatón fue el conductor que lo atropelló. La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia desestima tal argumento y confirmó la condenatoria contra el Estado, consistente en el pago de daños y perjuicios a los sucesores del peatón fallecido.

**Comentario:** La decisión de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia fue, en este caso concreto, correcta. No obstante, en lugar de hacer uso de los fundamentos propios de la responsabilidad civil general, tales como el nexo causal y las eximentes de responsabilidad civil objetiva que establece el numeral 190 de la Ley General de la Administración Pública, consideramos que este caso concreto se pudo haber resuelto con base en el criterio de imputación objetiva conocido como prohibición de regreso y, más específicamente, la excepción de aplicación de ese principio, que reza que no será

aplicable la prohibición de regreso cuando la acción dolosa o gravemente negligente del tercero hubiera sido favorecida por la negligencia cometida por el autor del primer curso causal o cuando la conducta del tercero fue posible o se vio facilitada por una infracción de normas de seguridad o de custodia. En efecto, en el supuesto que nos ocupa, quedó demostrado que El Estado faltó a su obligación de brindar seguridad a los peatones, pues la carretera no contaba con semáforos, cruces, pasos a desnivel, puentes peatonales, islas o cualquier otra medida para el resguardo de la integridad física de los peatones. Esta omisión facilitó, significativamente, la conducta gravemente negligente del conductor que atropelló al peatón.

**6.4. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 515 de las 13:30 horas del 26 de abril de 2011:** Un niño se golpeó la cabeza cuando se encontraba jugando dentro del área de juegos infantiles de un restaurante. La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia decidió mantener la condenatoria al pago de daños y perjuicios impuesta por las instancias inferiores.

**Comentario:** En este caso concreto, nos parece que confluyen dos criterios de imputación objetiva: por una parte, el llamado “riesgo general de la vida”, por cuanto el daño causado es producto de la realización de un riesgo habitualmente ligado con la actividad y objetos de juego de un niño; por otro lado, era aplicable el criterio del incremento del riesgo, debido a que si se considerara que la atracción o juego específico, existente en el área de juegos, fuese un peligro preexistente, lo cierto del caso es que dicho peligro no fue incrementado considerablemente por el agente a quien se le imputa la producción

del daño. Por consiguiente, por más que hubiera habido daño efectivo, infligido al niño, no se configura la imputación objetiva, por la presencia de esos dos criterios que la excluyen y, en consecuencia, el resultado correcto debió haber sido la desestimación de la pretensión resarcitoria planteada en contra del demandado.

**6.5. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 584 de las 10:40 horas del 11 de agosto de 2005:**

Se trató de un caso en el que un peatón, en evidente y probado estado de embriaguez, cruza una autopista, lugar donde muere atropellado y los sucesores del peatón fallecido demandaron al Estado y le atribuyeron responsabilidad civil causada por el hecho de no haber construido un puente peatonal sobre dicha carretera. En primera y en segunda instancia se desestima la demanda porque se consideró que había habido culpa de la víctima, la cual es una de las causales de exoneración de la responsabilidad civil objetiva que pesa sobre El Estado. Por el contrario, la mayoría de la Sala Primera (con voto salvado de la ex-Magistrada Anabelle León Feoli), casa la sentencia de segunda instancia y revoca la de primera instancia, por considerar que había habido culpa concurrente de la víctima del daño y del Estado y condena a éste último a pagar la mitad de la condena total del daño moral concedido, es decir, la suma de diez millones de colones.

**Comentario:** La decisión tomada por la mayoría de los Magistrados de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en este caso concreto no fue la correcta, ya que, bajo el ropaje de la culpa concurrente, lo que hizo fue aplicarle, al Estado, responsabilidad civil con base en lo que a

nosotros nos parece una mala o indebida aplicación del criterio de imputación objetiva conocido como “prohibición de regreso”. En efecto, al Estado se le imputa, finalmente, una parte de la indemnización derivada del atropello del peatón que cruzó la calle en estado etílico, por la acción causada por un conductor. No obstante, de la lectura total de la sentencia en cuestión no se colige que hubiese quedado demostrado que el conductor (el tercero) hubiese actuado de manera dolosa o gravemente negligente. Hipotéticamente hablando, el conductor que atropelló al peatón en estado de embriaguez, bien pudo haber estado conduciendo responsablemente. Del mismo modo, eso no se sabe, ni quedó probado en el expediente. Por consiguiente, si no quedó demostrada ninguna de las excepciones que excluyen la aplicación de la prohibición de regreso, no podía, pues, El Estado, ser condenado al pago de indemnización alguna por el atropello sufrido por el actor, cometido por un tercero. Aunado a lo anterior, consideramos que el criterio de la prohibición de regreso presupone o implica, desde un punto de vista teleológico, que la víctima del daño no hubiera actuado dolosamente o con culpa grave de su parte ya que, en tales supuestos entraría a operar, en todo su esplendor, la culpa de la víctima como causal de exoneración de la responsabilidad civil del Estado.

**6.6. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 295 de las 10:45 horas del 26 de abril de 2007:**

A una persona le roban su vehículo, el cual estaba estacionado en el parqueo de un supermercado.

**Comentario:** En este caso concreto resultaba aplicable el llamado “principio de confianza”. Un caso muy similar a éste y en el

cual se aplicó el citado principio para afirmar la existencia de imputación objetiva del daño, fue resuelto por el Tribunal Supremo de España, en su sentencia de 1 de febrero de 1994, en virtud de la cual se condenó a un hotel por la sustracción de un vehículo de su estacionamiento.

**6.7. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 1384 de las 9:25 horas del 17 de octubre de 2013:**

Un consumidor sufrió una caída al usar las gradas de una librería.

**Comentario:** En este caso concreto, nos parece que resultaba aplicable el llamado criterio del riesgo general de la vida. Es normal y sucede con cierta frecuencia, en las actividades cotidianas de las personas, que éstas se caigan y sufran daños, por dar pasos en falso o por autotropezarse, sin que ello sea responsabilidad de otros. En este mismo sentido y en aplicación del riesgo general de la vida, pueden consultarse las sentencias del Tribunal Supremo de España, Sala Primera, de 2 de marzo de 2000, 28 de marzo de 2000 y 2 de junio de 2000, entre muchas otras.

**6.8. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 1333 de las 10:15 horas del 2 de noviembre de 2007:**

Asalto a sucursal bancaria por parte de banda organizada, durante el cual fallecen clientes que estaban en el banco en el momento del hecho delictivo. Sucesores de los clientes fallecidos plantean acción civil resarcitoria contra el Banco y contra la empresa de seguridad contratada por la entidad bancaria para tal fin. La Sala Tercera casa la sentencia del Tribunal Penal de Puntarenas y declara con lugar la acción civil resarcitoria contra el Banco y la empresa de seguridad.

**Comentario:** Con base en el texto completo de esta sentencia, se colige, sin lugar a dudas, que en este caso concreto era perfectamente factible analizar, por una parte, el criterio de imputación objetiva conocido como prohibición de regreso. En efecto, con ocasión del servicio de actividad bancaria que el banco ofrece a sus clientes, una banda armada irrumpe en la sucursal bancaria y ocasiona daños a algunos de los clientes.

La Sala Tercera no mencionó, ni tampoco aplicó ese criterio de imputación objetiva. Por el contrario, consideró que forma parte de la actividad bancaria, considerada en sentido amplio, el darle a sus clientes el servicio de seguridad. En contraposición con esta tesis, el Tribunal de Puntarenas había exonerado al Banco de responsabilidad civil, por cuanto consideró que su responsabilidad solamente podía surgir de la actividad de intermediación financiera propiamente tal o de una inadecuada o insuficiente información respecto de la utilización o los riesgos derivados de tales servicios. Por otra parte, con respecto a la empresa de seguridad, la Sala Tercera también casó la sentencia del Tribunal de Puntarenas porque consideró que la empresa de seguridad y el banco formaban una “red contractualmente eficiente” y que, como eran vistas como una unidad frente a los usuarios de los servicios bancarios, ambos debían responder solidariamente ante los actores civiles.

En nuestro criterio, en este caso concreto, el único responsable civil debió haber sido la empresa de seguridad demandada, por cuanto ella era la única encargada de brindar el servicio de vigilancia en el Banco. En el proceso quedó demostrado que el Banco Nacional había contratado a la empresa

para que brindara el servicio de seguridad en la sucursal en la cual ocurrió el hecho delictivo. Por otra parte, de la lectura de la sentencia no parece haberse dado ninguna de las excepciones del criterio de imputación objetiva, conocida como prohibición de regreso, de modo entonces que la imputación objetiva existiría y, por este motivo, la empresa de seguridad sería civilmente responsable ex delicto.

En cuanto al Banco civilmente demandado, consideramos que no debió haber sido condenado al pago de los daños y perjuicios pedidos por los actores civiles, porque, en cuanto a él, resulta aplicable el criterio de imputación objetiva conocido como fin de protección de la norma. Sin haberlo dicho así expresamente en su sentencia, el Tribunal Penal de Puntarenas hizo una aplicación tácita de ese criterio de imputación objetiva al haber establecido, de manera muy puntual, cuáles eran los supuestos en los cuales los bancos eran responsables con ocasión de la actividad comercial que llevan a cabo. Tales supuestos son: la actividad de intermediación financiera propiamente tal o la inadecuada o insuficiente información respecto de la utilización o los riesgos derivados de tales servicios. Como bien lo indicó el Tribunal de Puntarenas, los daños irrogados a los actores civiles no provienen, ni tampoco están cubiertos por el sentido y la finalidad de la normativa que, en general, gobierna y regula la actividad bancaria.

Para finalizar, resulta interesante traer a colación una sentencia emitida por el Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, que, en nuestra opinión, de alguna manera podría tener relación con el caso sentenciado por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Se trató de un caso

en el cual un cliente aparcó su vehículo en el estacionamiento de un supermercado y cuando concluyó sus compras, se dio cuenta que le habían robado su carro. El cliente demandó al supermercado y a la empresa de seguridad que le prestaba tales servicios al supermercado. En ese caso concreto, el Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, exoneró de responsabilidad civil (basada en el artículo 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor) a la empresa de seguridad, por cuanto consideró que fue el supermercado el que brindó el servicio de estacionamiento al cliente. **(Voto número 82 de las 10:00 horas del 28 de junio de 2006).**

**6.9. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 443-F de las 8:40 horas del 27 de marzo de 2014:** Se trató de un caso en el cual un asegurado, quien contaba con póliza de seguros médicos, se le declinó la cobertura de dicha póliza porque, supuestamente, existía una condición preexistente. No obstante, eso era erróneo, pues tal condición preexistente correspondía a otra persona, cuyo nombre coincidía con el del actor. El demandado, se percató del error y le informa al actor que tiene toda la posibilidad de realizarse la operación que necesitaba con aplicación plena de su póliza de seguros médicos. El actor se realiza la operación y el demandado le comunica que, posteriormente, le haría el reembolso de los gastos médicos de la operación con cargo a su seguro. A pesar de todo lo anterior, el actor demanda al Instituto Nacional de Seguros y le exige el pago de daño moral.

**Comentario:** En este caso, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, de manera correcta, declaró sin lugar la demanda del

actor. Para ello, consideró, en lo esencial, que no había habido incumplimiento contractual, por parte del Instituto Nacional de Seguros y tampoco se había producido daño alguno, porque la operación se había realizado dentro un lapso muy reducido a aquél en que, erróneamente, se le había comunicado que no lo amparaba su póliza de gastos médicos.

Considero que en este supuesto específico era perfectamente aplicable el criterio de imputación objetiva, conocido como incremento del riesgo, en su modalidad de exclusión de la imputación en caso de disminución del riesgo. El Instituto Nacional de Seguros modificó su curso causal inicial de una manera tal que eliminó el peligro o riesgo que pesaba sobre el actor con respecto a la realización de la operación que le interesaba. Al ser aplicable esta modalidad del criterio de imputación objetiva, ésta no se configuraba y, por consiguiente, no podía imputársele el daño al demandado.

**6.10 Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda. Voto número 9 de las 10:20 horas del 25 de enero de 2012:** Se trató de una demanda ordinaria civil, mediante la cual, una persona física (el actor), sufrió daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito, razón por la cual planteó demanda en contra de la sociedad dueña del vehículo causante de tales daños y perjuicios. En el fundamento jurídico de su demanda, el actor invocó, como respaldo de su pretensión resarcitoria, el artículo 1048 párrafo 5 del Código Civil.

En el Considerando IV de esa sentencia, el Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, indicó lo siguiente:

*“IV. En el segundo reclamo, se indica que habría errado en cuanto al régimen de solidaridad aplicado, tratándose de hechos derivados de un accidente de tránsito. Se afirma: “De acuerdo con el régimen aplicable en estos casos —reclamos de responsabilidad por hechos derivados de accidentes de tránsito— la responsabilidad solidaria del propietario del vehículo no puede exigirse de forma autónoma sino que necesariamente debe determinarse la existencia de responsabilidad del conductor del vehículo, lo que en este proceso no ha acontecido. En ese contexto, la demanda dirigida contra mi representada carece de un presupuesto esencial, lo que implica su procedencia”. Tampoco resulta acertado este reproche. La parte actora dirigió directamente su demanda contra la sociedad demandada sin fundarse en una solidaridad o en la responsabilidad principal del conductor del vehículo de transporte explotado por la empresa accionada que intervino en el accidente que da origen a este litigio. El párrafo 5 del artículo 1048 del Código Civil contiene una norma especial, en tutela únicamente de la integridad psicofísica de las personas, mediante la cual se dispone la responsabilidad directa de las empresas explotadoras de máquinas motivas, independientemente inclusive que sean o no conducidas por personas, en los casos en que esas máquinas causen daños o lesiones a la integridad de una persona. Se establece: “...Y si una persona muriere o fuere lesionada*

*por una máquina motiva o un vehículo de un ferrocarril, tranvía u otro medio de transporte análogo, la empresa o persona explotadora está obligada a reparar el perjuicio que de ello resulte, si no prueba que el accidente fue causado por fuerza mayor o por la propia falta de la persona muerta o lesionada". En esta norma especial, creada para proteger la integridad personal, no se requiere que se demande a un conductor primero, o demostrar que éste incurrió en culpa o dolo. Simplemente, de manera objetiva, se le imputa directamente la responsabilidad a la empresa explotadora, siguiendo los criterios de responsabilidad objetiva según los cuales ha de indemnizar el daño producido quien explota medios potencialmente peligrosos o reciba los beneficios económicos de esa actividad. Es ajeno a ese supuesto específico, previsto por el citado párrafo del artículo 1048, lo que pueda o no regular la Ley de Tránsito, respecto de la responsabilidad general del dueño de vehículos comerciales".*

**Comentario:** En el caso concreto ya mencionado, nos parece que el Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, aludió, de manera tácita e indirecta, al criterio de imputación objetiva conocido como el fin de protección de la norma, ya que fue claro en indicar que los bienes jurídicos protegidos expresamente por el numeral 1048 párrafo 5 del Código Civil son la vida y la integridad psicofísica de las personas. Esto significa, entonces, que el fin de protección de la norma se restringe a resarcir las consecuencias dañinas que dimanar de la lesión de esos dos específicos bienes jurídicos. En

otras palabras, si los daños irrogados al damnificado no provienen de la afectación de su vida o de su integridad psicofísica, entonces el resarcimiento de esos otros daños no podría ser reclamado al amparo de dicha norma legal.

## 7. Conclusiones

La incorporación y adaptación, al Derecho de Daños, de la teoría de la imputación objetiva, es necesaria, adecuada y correcta, porque conlleva una superación y corrección de la causalidad meramente física o natural, noción que corresponde a lo que la parte general del Derecho de Daños llama la "conditio sine qua non".

La teoría de la imputación objetiva, al complementar la causalidad física o natural, mediante un juicio de relevancia puramente jurídica o normativa, permite comprender y llegar a un concepto mucho más integral y completo que el de la mera relación de causalidad entre acción u omisión dañina y daño causado, a los efectos de la atribución de la obligación de indemnizar daños y perjuicios, cual es el de la imputación.

Los criterios de la imputación objetiva son muy diferentes entre sí, pero es posible que concurren o se yuxtapongan, según el específico caso concreto de responsabilidad civil de que se trate. La variedad de los criterios de imputación objetiva se justifica por la multiplicidad de constelaciones de casos de responsabilidad civil, algunos de los cuales, sin los criterios de la imputación objetiva, francamente es muy difícil solucionarlos con los parámetros de la causalidad física o natural o con las causas de exoneración de la responsabilidad civil o con las causas

de justificación que excluyen la antijuricidad del comportamiento dañoso o con la imputación subjetiva.

En materia de responsabilidad civil, la jurisprudencia de las Salas Primera y Tercera de Casación, nunca han abordado, directa

y expresamente, la teoría de la imputación objetiva, su finalidad y mucho menos sus criterios. No obstante, han habido litigios de responsabilidad civil, sentenciados por esos órganos jurisdiccionales, que bien pudieron haber sido resueltos con base en la teoría de la imputación objetiva y sus criterios.

## 8. Bibliografía

Brand, Oliver. **Schadensersatzrecht**, München, Verlag C. H. Beck, 2010, páginas 161.

Busto Lago, José Manuel y Reglero Campos, Luis Fernando. **Lecciones de responsabilidad civil**, Navarra, España, Thomson Reuters Aranzadi, 2. ed., 2013, 656 páginas.

Busto Lago, José Manuel y Reglero Campos, Luis Fernando. **Tratado de responsabilidad civil**. Navarra, España, Thomson Reuters Aranzadi, 5. ed., 2014, 2 Tomos, 4400 páginas.

De Cuevillas Matozzi, Ignacio. **La relación de causalidad en la órbita del Derecho de Daños**. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2000, 439 páginas.

Deutsch/Ahrens. **Deliktsrecht**. München, Franz Vahlen Verlag, 6. Auflage, 2014.

García-Ripoll Montijano, Martín. **Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables**, Granada, España, Editorial Comares, S. L., 2008, 239 páginas.

Grigoleit/Riehm. **Schuldrecht IV. Deliktsrecht und Schadensrecht**. München, C. H. Beck Verlag, 2011.

Gómez Pomar, Fernando. **“Derecho de Daños. Bases de la responsabilidad civil”**, bajo

la siguiente dirección de internet: [www.upf.edu/dretcivil/\\_pdf/mat\\_fernando/T22008.pdf](http://www.upf.edu/dretcivil/_pdf/mat_fernando/T22008.pdf)

Infante Ruiz, Francisco José. **La responsabilidad por daños: Nexos de causalidad y causas hipotéticas**, Valencia, España, Editorial Tirant lo Blanch, 2002, 231 páginas.

Klunzinger, Eugen. **Einführung in das Bürgerliche Recht**, Verlag Franz Vahlen, München, 12. Auflage, 2004, 541 páginas.

Kötz/Wagner. **Deliktsrecht**, Verlag FranzVahlen, München, 12. Auflage, 2013, 324 páginas.

López Casal, Yuri. **La responsabilidad civil**, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S. A., 2014, 244 páginas.

Maraver Gómez, Mario. **“Nota crítica. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva, en Derecho Civil y en Derecho Penal. A propósito del libro de Martín García-Ripoll Montijano. Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables”**, Granada, 2008” disponible en la siguiente dirección en internet: [www.boe.es](http://www.boe.es). Luego, se pone “click” en la pestaña llamada “publicaciones” y a continuación se pone “click” en “Anuarios” y se llena la ventana que allí aparece con los datos “Civil” y “maraver”

Schwarz, Günter Christian. **Gesetzliche Schuldverhältnisse**. München, Verlag Franz Vahlen, 2003, 640 página

# LA ORALIDAD EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

*Maikol J. Andrade Fernández* <sup>1\*</sup>

**SUMARIO:** 1. Algunas reseñas históricas. 1.1. Instrumentos Internacionales 2. La oralidad como principio y como idea emblemática 3. La realización de los principios procesales en la oralidad 3.1. La intermediación vs. el “fortín de papel”. 3.2. La publicidad vs. el secreto. 3.3. La concentración vs. la dispersión. 4. Democratización del proceso. 5. La verdad como piedra angular. 6. Condiciones procesales necesarias para la conducción material de la audiencia oral. 6.1. Dirección temprana del proceso y la actitud dialógica en la audiencia. 6.2. La buena fe y la lealtad procesal de las partes y del juez. 7. La informalidad y flexibilidad en la dirección de la audiencia oral. 8. Bibliografía.

## **1. Algunas reseñas históricas**

Si bien en la cultura griega encontramos indicios de indagación oral, en estricto sentido, el juicio oral tiene antecedentes en la época clásica del imperio romano, en vigencia del “Corpus Juris Civilis”. Por ejemplo, la fase del procedimiento “apud

iudicem” fue eminentemente oral, lo cual implicaba intermediación y publicidad. En ese marco se recibían las pruebas, se escuchaban las partes y se fallaba en una sentencia que no admitía recursos.

Lo escritural surge en una etapa posterior, cuando se instauró la “appellatio” que obligó a la protocolización de la actuación para facilitar la revisión por el superior y en lo que se conoció como “extraordinaria cognitio”, un sistema inquisitivo escrito, en donde la publicidad cede el paso al secreto, la mediación sustituye a la intermediación.

El Tribunal de Aguas de la Vega de Valencia, la institución de justicia más antigua de Europa, es un vivo ejemplo de oralidad sencilla y efectiva, que data de los tiempos de Al-Andalus y, muy posiblemente, de la época del Califato de Córdoba, perfeccionada desde los primeros momentos de la conquista del Reino de Valencia por el rey don Jaime. El Tribunal sesiona los jueves para resolver los conflictos derivados de la escasez de agua.

---

1 \* *Máster en Justicia Constitucional por la Universidad de Costa Rica, Especialista en Derecho Administrativo y Financiero por la Universidad de Salamanca. Profesor de la Maestría en Justicia Constitucional, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Profesor de los cursos de Derecho Constitucional II y Derecho Administrativo I de la carrera de Derecho de la Universidad Federada de Costa Rica, Colegio Santo Tomás de Aquino. Anteriormente laboró como Abogado del Área de Derecho Público de la Procuraduría General de la República y en la actualidad se desempeña como Letrado de la Presidencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.*

Todo el juicio es oral, desde la denuncia hasta la sentencia, la cual es inapelable.

De nuestra parte, en el continente americano, estudios del derecho prehispánico han concluido que en las culturas maya y azteca adelantaban juicios orales. Se preguntarán: ¿En qué momento de la historia la oralidad fue desdeñada oficialmente? Fue el Papa Inocencio III quien en decisión pontifical del año 1216 impuso el deber de consignar en un acta todo lo ocurrido en un juicio, bajo el axioma *“quod no est in actis, non est in hoc mundo”* (lo que no está en actas no está en el mundo). Durante la edad media la idea se exageró a tal punto que se impuso al extremo el sistema escrito, lo cual acentuó sus debilidades y desdibujó sus virtudes.

En la Francia del siglo XIX se esbozó la recuperación de la oralidad en los procesos a través de los códigos napoleónicos, lo cual tuvo amplias repercusiones en las siguientes décadas de la Europa continental, en donde se aprobaron normas procesales que morigeraron lo escritural e integraron la oralidad. Merece especial mención la ley procesal alemana de 1887, poco después se aplicó en Austria y así se fue extendiendo por los demás ordenamientos jurídicos.

En el Código Procesal Contencioso Administrativo Costarricense (*Ley No. 8508 de 26 de abril de 2006, vigente a partir del 1ero de enero de 2008, publicado en el Alcance No. 38 A del Diario Oficial La Gaceta No. 120 del 22 de junio de 2006*), encontramos un acercamiento a la oralidad, previsto en el artículo 85 del CPCA, en el cual se indica:

***“(...) 1) La jueza o el juez tramitador y el Tribunal, según sea el caso, deberán asegurar, durante las audiencias, el pleno respeto de los principios de la oralidad.***

***2) En el curso de estas, deberá promoverse el contradictorio como instrumento para la verificación de la verdad real de los hechos y velar por la concentración de los distintos actos procesales que correspondan celebrar. (...)”***

Es así como se consagró un mecanismo que autoriza la celebración de audiencias públicas para dilucidar puntos de hecho o de derecho.

Como puede verse, una excelente idea procesal, que además podría calificarse como una temprana señal de oralidad, que logró culminar con una Ley de la República que introdujo la oralidad en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, dejando atrás, una Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que tenía a litigantes y a jueces sujetos a un estadio metal dentro de un sistema escritural tradicional, que menospreciaba toda posibilidad de oralidad.

Y es que las mayores dificultades en la aplicación del juicio por audiencias orales no están en la Legislación sino en nuestra propia ideología, que ofrece una gran resistencia al cambio. Al respecto dijo Chiovenda: *“(...) no será fruto de una reforma legislativa, ni de una reforma radical, sino sólo de una lenta y profunda modificación de nuestra conciencia y de nuestros sentimientos<sup>2</sup> (...)”*.

<sup>2</sup> López Ríos, Pedro. *El diseño de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en México, sustentada sobre una concepción civilista*. Universidad de Guanajuato, División de Derecho, Política y Gobierno Departamento de Derecho. Año 1, No. 2.

### **1.1. Instrumentos internacionales**

Los tratados internacionales de Derechos Humanos, que son parte del bloque de constitucionalidad, también han sido fuente vinculante para que se adopte el modelo del juicio por audiencias. Son ellos:

*La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 10 indica que "(...) Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal (...)"*

*(ii) La Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone en el artículo 8, párrafo 1°, como parte de las Garantías Judiciales, 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 (...)"*

*El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 14 ordena que "(...) Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley,*

*en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil (...)"*

*Lo anterior nos indica que el sistema de juicios públicos orales no es un asunto local sino transnacional, obligatorio para los Estados asociados desde mediados del siglo XX.*

## **2. La oralidad como principio y como idea emblemática**

La experiencia acumulada durante siglos permite combinar eficientemente los dos sistemas –oral y escritural-. Las deficiencias y recelos que suscitó la oralidad en la Edad Media por la dificultad para conservar la memoria de lo actuado, son superadas, y por mucho, con los medios tecnológicos modernos de grabación en vídeo y/o audio. Y por su parte, no se puede desconocer que el sistema escritural en sus justas proporciones nos ofrece buenas prácticas que se deben conservar como garantía de la seguridad jurídica y del principio dispositivo.

Por ello es más técnico llamar al sistema "juicio o proceso por audiencias", el cual implica que las principales decisiones se adoptan oralmente en audiencia pública, sin excluir completamente lo escrito, que como sabemos se conserva en la primera etapa desde la presentación de la demanda hasta antes de la audiencia preliminar (art. 90 Código Procesal Contencioso Administrativo –en adelante CPCA-). Nótese que aún la etapa escrita está diseñada como preparatoria de las audiencias, por eso se resalta que el proceso es "predominantemente oral".

Es pertinente acudir a la precisión conceptual de Manuel Atienza<sup>3</sup>, cuando distingue entre principio en sentido estricto y principio como directriz o norma programática. La oralidad no es un principio en sentido estricto, porque como tal, no es un valor superior del ordenamiento, sino un medio, que podrá tener excepciones, según lo determine el Legislador. Por ello el concepto de principio debemos entenderlo como una norma programática o directriz, que consagra un medio (diligencias orales y por audiencias) para alcanzar una justicia pronta y cumplida.

Lo anterior no desdeña el enfoque del maestro Mauro Cappelletti<sup>4</sup> quien consideró la oralidad como una idea símbolo, lo cual nos hace pensar que la oralidad tiene algunos elementos de un principio en sentido estricto, porque expresa un valor superior, una posición ideológica que representa un concepto más amplio y elocuente vinculado con una manera de concebir el proceso y la relación entre el juez y las partes (Artículo 85 del CPCA). Atienza reconoce que la dimensión directiva y valorativa de los principios a veces tiende a confundirse, lo que no ocurre con las reglas jurídicas.

### **3. La realización de los principios procesales en la oralidad**

La oralidad como principio tiene una particular dimensión legitimadora de la administración de justicia, porque el proceso por audiencias

realiza a plenitud – como ningún otro- los principios procesales que son más claros a un sistema judicial eficiente. De allí la importancia histórica que tiene para la justicia contenciosa administrativa el proceso por audiencias, porque nos pone en el camino de correctivos de fondo que la sociedad reclama con especial urgencia. Un sistema judicial socialmente ineficaz y desprestigiado es el peor de los males, lo cual podría hacer inviable una sociedad.

Los principios procesales que se realizan con especial preponderancia en el juicio por audiencias son: la inmediación, la publicidad, y la concentración. Veamos:

#### **3.1 La inmediación vs. el “fortín de papel”**

La inmediación podemos describirla de manera simple, como la proximidad física del juez o jueza a las partes al momento de tomar las principales decisiones judiciales en la audiencia, de cara al ciudadano. La transparencia que ello implica se convierte en un eficiente mecanismo legitimador de la justicia.

El sistema escritural ha propiciado el “fortín de papel” que hace invisible al juez o jueza ante los ojos del usuario de la justicia, quien frecuentemente lo imagina como un ser superior, lóbrego, incierto y tal vez imparcial, del que sólo tiene una vaga descripción – positiva o negativa- que le proporciona su apoderado judicial.

3 Atienza Manuel y Ruiz Manero Juan. *Sobre principios y reglas*. [http://www.tsjuc.gob.mx/capacitacion/materiales/diplomadoFuncionJurisdiccional2013/primerModulo/Sobre\\_principios\\_y\\_reglas.pdf](http://www.tsjuc.gob.mx/capacitacion/materiales/diplomadoFuncionJurisdiccional2013/primerModulo/Sobre_principios_y_reglas.pdf). 2013.

4 Ramírez Carvajal Diana María. *La oralidad y su relación con los poderes de instrucción que tiene el juez en proceso*. Ponencia presentada en el marco del II Congreso Internacional de Derecho Procesal, organizado en Cartagena de Indias por el grupo de investigaciones en derecho procesal de la Universidad de Medellín. Septiembre 17, 18 y 19 de 2009.

El proceso oral que ha instaurado el Código Procesal Contencioso Administrativo ha construido una nueva modalidad de juez, porque éste ya no estará más escondido detrás de los expedientes, sino que tendrá que estar frente al conflicto y los actores procesales.

El contacto inmediato del juez o jueza con las partes, los testigos, los peritos, etc., le permite captar de manera genuina las declaraciones y obtener impresiones esenciales para calificar la credibilidad de los deponentes.

La intermediación es prenda de garantía en la indagación de la verdad, el gran reto que tiene el juez o jueza contencioso administrativo para decidir el asunto de la manera más justa posible. El “fortín de papel”, propio del sistema escrito, indudablemente le ha prestado un flaco servicio a la legitimidad de la justicia costarricense.

Como bien lo señaló el Magistrado Ernesto Jinesta Lobo durante el debate del proyecto de ley del Código Procesal Contencioso Administrativo:

*“(…) B.- Discusión en Sub Comisión.*

*Magistrado Ernesto Jinesta Lobo. Acta N° 22 de 18 de mayo del 2005.*

*“Muy rápidamente de justificar uno de los puntos fundamentales de la columna vertebral del proyecto, que es la oralidad. Y aquí, está haciendo referencia a éste, digámoslo gran principio, que en realidad es un conjunto, un as de sus principios, como por ejemplo: la concentración, la intermediación, la identidad física del juzgador y, sobre todo, la dignificación*

*del proceso, en el sentido de que se establece una comunicación directa entre el justiciable y el juez, y eso reivindica la dignidad de la persona, porque ya no hay una muralla de papel, entre el juez y el justiciable, como ha existido siempre, en los procesos escritos, o predominantemente escritos, porque evidentemente, no hay, como lo dijo Mauro Capelletti, un proceso químicamente puro, porque tiene que ser una mixtura ahí, entre oralidad y escriturad.*

*Y bueno, esos sub principios son fundamentales, la identidad física le permite al juez resolver los asuntos, tanto en el trámite, como al momento de decidir y el tema de la concentración, tiene que o tiene relación directa con la justicia pronta y cumplida, o el proceso, dentro de un plazo razonable, y el tema de la intermediación también, pues garantiza esa mayor comunicación, más fluida entre juez y las partes.*

*En realidad, pues es un cambio ideológico importante, porque la oralidad supone un cambio en la concepción procesal y del mundo y yo creo que esto, marca un hito fundamental, porque se trata de dar el salto cualitativo de un proceso, predominantemente escrito a uno, predominantemente oral. (...)”*

### **3.2 La publicidad vs. el secreto**

La publicidad es parte esencial del juicio por audiencias porque rompe con el fetiche de lo “secreto” –para el administrado- que ha implicado el sistema escrito. La oralidad

ennoblece la legitimidad de las decisiones judiciales porque son adoptadas en frente de todos, de manera transparente, abierta, sin ocultamientos.

Dice Stefan Leible<sup>5</sup>: “(...) lo que ocurre a la vista y oídos del público, goza de confianza más fácilmente (...)”.

Son famosas las palabras del Conde de Mirabeau dirigidas a la Asamblea Nacional Francesa, en las que muestra la confiabilidad que al juicio público atribuía: “(...) *Dadme el juez que vosotros queráis, parcial, corrompido, incluso mi enemigo si queréis; no me importa, siempre que él no pueda actuar más que ante la cara del público*<sup>6</sup> (...)”.

La publicidad convierte a las partes y demás interesados en testigos de excepción de los principales actos procesales. La oportunidad que les brinda el sistema de asistir a la audiencia oral los hace copartícipes y por ende validadores de lo que allí sucedió, aunque no compartan las decisiones judiciales adoptadas. Ya no es sólo un asunto de los abogados y los jueces, es un asunto en donde todos están involucrados, de allí la confianza que genera este principio, que por lo mismo es profundamente democrático por el control social que implica.

Expone Tejeiro: “(...) *La circunstancia de producirse la mayoría de los actos procesales en la audiencia, públicamente, permite a las partes y a los terceros “adivinar” con anticipación, en la mayoría de*

*los casos, el sentido del fallo, pues pueden observar el debate, la práctica probatoria y las alegaciones finales, de suerte que en una especie de previsibilidad de la decisión tienen la opción de anticiparse a la sentencia y, normalmente, de coincidir con ella, lo cual importa confiabilidad y, por ese camino, inapelabilidad*<sup>7</sup> (...)”.

Es necesario distinguir la publicidad interna que cobija a las partes y terceros interesados del proceso, los que tendrán garantía de publicidad para preservar el debido proceso, de la publicidad externa que tiene relación con la comunidad en general, los medios de comunicación, y que desde luego, en ciertas y determinadas circunstancias podrá restringirse por tratarse de asuntos en donde, por ejemplo, estén involucrados menores de edad, asuntos de seguridad nacional, o existan peligros de desorden público, o cualquier otra circunstancias que el juez contencioso considere atentatoria de los derechos fundamentales de las partes.

Respecto de la publicidad externa es oportuno citar nuevamente el artículo 14 del Pacto de Nueva York, llamado Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que precisa el alcance de la publicidad externa como garantía fundamental de la sociedad para el ejercicio del control social. Veamos los apartes pertinentes:

“(...) *Artículo 14: Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia.*

<sup>5</sup> [http://www.upo.es/investiga/export/sites/investiga/dicodedoc/documentos/curriculum/Curriculum\\_Leible.pdf](http://www.upo.es/investiga/export/sites/investiga/dicodedoc/documentos/curriculum/Curriculum_Leible.pdf)

<sup>6</sup> Varela Castro Luciano. *Proceso penal y publicidad. Ejemplar dedicado a: Hacia un nuevo proceso penal*, págs. 287-350. Artículo 45, 2003.

<sup>7</sup> *Constitución y Justicia Constitucional: jornadas de derecho constitucional en Centroamérica. -I. Catalunya. Consell Consultiu II. Agencia Catalana de Cooperació al Desenvolupament III. Títol: Jornadas de derecho constitucional en Centroamérica. Dret constitucional Congressos. Dret constitucional Amèrica Central Congressos.*

*Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, (...) La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario. (...)*

La norma transcrita recomienda evaluar con *sindéresis* la situación concreta, bajo dos premisas básicas. (i) *Prima facie se debe favorecer el principio de publicidad, lo cual autoriza la presencia de los medios de comunicación en las audiencias que ellos consideren importantes.* (ii) *Pero si es necesario proteger derechos de un menor, o en general si la presencia de dichos medios afecta el núcleo esencial de los derechos fundamentales de alguna de las partes, o el debido proceso puede resultar grave y directamente afectado, o se trata de asuntos de orden público o seguridad nacional, entonces el juez o jueza podrá restringir la publicidad externa. El juez o jueza harán la ponderación en cada caso concreto.*

Para ello, el artículo 73 inciso 9) Reglamento Autónomo de Organización de la Jurisdicción

Contencioso Administrativa y Civil de Hacienda –aprobado por La Corte Plena, en su sesión No. 02-08, celebrada el 21 de enero de 2008, artículo IX-, le otorga la potestad al Juez de Juicio de declarar privado el juicio oral a través de una resolución debidamente motivada. Aunado a lo señalado en el numeral 1) del artículo 86 del CPCA, al regular los intervinientes en la audiencia:

*“(...) ARTÍCULO 86.-*

*1) Las partes o sus representantes, debidamente acreditados, deberán comparecer a las audiencias a las que sean convocados. (...)*”.

Ergo, en relación con terceros, la publicidad permite que, a través de su asistencia al debate o por los medios de comunicación, se informen de lo que sucede en el proceso oral y de su resultado. A juicio de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia<sup>8</sup>, todos esos principios potencian el Derecho de la Constitución y, precisamente, lo preceptuado en el inciso 4) del artículo 86 del Código Procesal Contencioso Administrativo.

### **3.3 La concentración vs. la dispersión**

Podría decirse, que la concentración es el principio de mayor jerarquía en el juicio por audiencias, porque el sistema permite que las principales decisiones judiciales se adopten en una sola audiencia, o sólo en las que sean absolutamente necesarias.

Al respecto, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica ha destacado

<sup>8</sup> Ver: Res. N° 2011017695 de la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA, dictada a las nueve horas cinco minutos del veintitrés de diciembre de dos mil once.

en la resolución N° Res. N° 2011-017695 lo siguiente:

*“(...) En el caso del nuevo proceso contencioso administrativo, la norma impugnada (artículo 86 inciso 4) responde, precisamente, a los principios que informan la oralidad, tales como la celeridad, la inmediación, la identidad física del juzgador, la **concentración**, la continuidad y la publicidad que inspiran al nuevo proceso contencioso administrativo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 85 del Código Procesal Contencioso Administrativo. En cuanto a la celeridad, si bien no es el fin propio de la oralidad, ésta sí contribuye positivamente a la consecución de una justicia pronta y cumplida, pues es evidente que la oralidad agiliza los trámites procesales, pudiéndose resolver inmediatamente las peticiones y reparos de las partes, lo cual no es posible en los procesos de índole escrita. Por medio de la inmediación es la relación o comunicación que en forma inmediata y directa se establece entre el juez o Tribunal, los demás sujetos procesales, los hechos y los medios de prueba, todo lo cual se logra en virtud de la oralidad. La **inmediación** es objetiva y subjetiva. La primera se refiere a la necesidad de que la deliberación se inicie de forma inmediata una vez termine el juicio oral, con procura de dictar inmediatamente la sentencia. La **inmediación** subjetiva es la identidad física de los jueces, en el sentido de que los jueces que se imponen de los alegatos de las partes y de sus pretensiones y participan en la práctica de los elementos*

*probatorios, han de ser los mismos que dictan la sentencia. El juez que practica la prueba debe también apreciarla y valorarla en sentencia. En cuanto a la concentración y la continuidad son principios inherentes a la oralidad, pues son lo contrario a la fragmentación y discontinuidad presentes en los procesos escritos. Esos principios significan que la causa debe sustanciarse en un período único que implique el menor número posible de audiencias sucesivas y, particularmente, impone el dictado de la sentencia después de la clausura del debate oral. **Además, en virtud de la concentración se produce una aceleración de los procesos, lo que potencia el derecho fundamental a una justicia pronta. Esa concentración supone la realización de una o varias audiencias consecutivas para evitar que se olvide lo que fue objeto de debate y, además, que todas las cuestiones previas e incidentales se concentren en la misma vista, no en procesos independientes. (...)**” El realce no es del original.*

En consecuencia, el juez o jueza puede dedicar lo mejor de sus conocimientos jurídicos y energías a la solución de un caso a la vez, y no en simultaneidad de procesos, que de manera dispersa acostumbrábamos en el otrora proceso escrito.

Esto implica un profundo cambio de metodología de trabajo en el despacho judicial, porque en pocas horas se pueden surtir los pasos procesales que en el sistema escritural requería de varios meses.

Al respecto, Juan Montero Aroca<sup>9</sup> nos ilustra al respecto: “(...) *la concentración supone que los actos procesales deben desarrollarse en una sola audiencia, o en todo caso en unas pocas audiencias próximas temporalmente entre sí, con el objetivo evidente de que las manifestaciones realizadas de palabra por las partes ante el Juez y las pruebas, permanezcan fielmente en la memoria de éste a la hora de dictar sentencia. El ideal de todo procedimiento es la concentración en una sola audiencia de todos los alegatos de las partes, de la proposición y práctica de la prueba e incluso de la resolución del asunto, y que si este ideal es difícilmente conseguible, la tarea del legislador y del tribunal consiste en aproximar lo más posible el procedimiento al ideal (...)*”.

La continuidad y la cercanía temporal de las audiencias ahorra esfuerzos, mantiene fresca en la memoria las pruebas y los demás actos procesales, etc., lo cual indudablemente contribuye a una decisión más cercana a la verdad, lo cual otorga una mayor legitimidad de las decisiones judiciales.

En resumen, los tres principios reseñados: **inmediación, publicidad y concentración**, son garantía del debido proceso y en especial de la legitimación de las decisiones judiciales ante los usuarios de la justicia.

La audiencia pública les permite a las partes asistir y percatarse por sus propios sentidos de lo que ocurre procesalmente con su caso. El despojo del ritualismo y tecnicismo excesivo hace más comprensible el proceso para el ciudadano o ciudadana.

Además, que puede escuchar los argumentos y contra argumentos, lo cual tiene un efecto de legitimación o aceptación de la decisión judicial, así le resulte desfavorable.

#### **4. La democratización del proceso**

La realización del mandato de los tratados internacionales para la efectiva protección de los derechos humanos ha circunscrito unísonamente que la **inmediación, la concentración y la publicidad**, constituyen el fondo esencial de la oralidad, cuyo resultado natural es la audiencia pública, continua e ininterrumpida en que se produce la discusión probatoria, la alegación y la sentencia, en medio de la unidad de tiempo, de lugar y de acción, como caracterizan al trial anglosajón los autores Antoine Garapon y Ioannis Papadopoulos en su texto “Juzgar en Estados Unidos y en Francia<sup>10</sup>”.

La inexperiencia en la cual se sumó en los primeros años la jurisdicción contenciosa administrativa ante el nuevo modelo de audiencias orales insertas por el CPCA, generó dudas sobre el rol que debía jugar el juez o jueza en la dirección de la audiencia. En el imaginario colectivo, pensamos que lo correcto era una fórmula intermedia entre la pasividad y el protagonismo, pero aún no vislumbrábamos con claridad los conceptos y las técnicas que garantizarían el justo medio que se necesitaba.

La dirección de la audiencia es sin lugar a dudas, un reto para el juez o jueza, de allí la

<sup>9</sup> Montero Aroca Juan, Ortells Ramos Manuel, Gomez Colomer Juan Luis. *Derecho Jurisdiccional. Tomo I, Parte General.* J. M. Bosh Editor. Barcelona 1991. p. 540.

necesidad de profundizar en los conceptos de dirección material y técnica de la misma. Por tanto, es pertinente hacer varias recomendaciones básicas, que a veces, por obvias razones, se desconocen o se dejan de lado.

## 5. La verdad como piedra angular

Tejeiro Duque dice: *“Como en el teatro clásico, el trial responde a la regla de las tres unidades: de tiempo, de lugar y de acción, a la cual se añaden el principio de contradicción en todas las etapas y el de la inmediatez de la prueba<sup>11</sup>”*.

El fin primordial del proceso, y por ende de la audiencia, es la búsqueda de la verdad, la cual es el soporte esencial de una decisión judicial justa, que preserve el orden jurídico y específicamente que garantice la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y en la Ley -artículos 82, 85.2 y 93.3 del CPCA-

Así las cosas, los numerales 82, 85.2 y 93.3 del CPCA precisan, que, en cualquiera de las instancias, se podrá decretar de oficio las pruebas que se consideren necesarias para el esclarecimiento de la verdad. Esta es la piedra angular del proceso contencioso administrativo, el cual sólo tiene sentido y

legitimidad en la medida que es la brújula de las decisiones judiciales.

Sabemos que la verdad es elusiva y que en el proceso cada una de las partes pretende hacer prevalecer su “verdad”. Los abogados de las partes utilizan todos los subterfugios legalmente posibles para ocultar aquello que le es desfavorable y el juez o jueza no puede ser un simple espectador de prestidigitaciones probatorias. De allí que se insista en un juez proactivo, que sin romper el equilibrio, la imparcialidad y el debido proceso, tiene como meta descubrir la verdad hasta donde ello fuere posible.

Ahora bien, la verdad metodológicamente se concibe como un principio directriz, esto es, como un ideal al que se aspira sin que sea conseguible en términos absolutos. Ontológicamente la verdad es la coincidencia con la realidad.

En el proceso judicial la verdad es relativa y por ello se ha conocido como la verdad procesal<sup>12</sup>, en términos de Popper Karl Raimund<sup>13</sup> podríamos decir que el proceso debe ser verosímil, es decir, lo más próximo posible a la verdad.

La verdad procesal básicamente la encontramos en los hechos judicialmente relevantes<sup>14</sup>, lo cuales no se conocen directamente por el juez o jueza, sino como

10 Garapon, Antoine y Papadopoulos, Ioannis. *Juzgar en Estados Unidos y en Francia. Cultura jurídica francesa y common law*, Bogotá, Editorial Legis S.A., 2006, 314 pp.

11 Tejeiro Duque, op. cit. p. 871.

12 Devis Echandía, Hernando. *Compendio de derecho procesal. Teoría General del Proceso*. Bogotá, Dike, 1993. p. 40.

13 Martínez Solano, José Francisco. *El problema de la verdad en Popper Karl Raimund. Reconstrucción histórico sistemática*. Madrid, Gesbiblo S.L., 2005. p. xvii.

14 Sin desconocer la verdad relativa de lo estrictamente hermenéutico que es directamente proporcional a la línea jurisprudencial predominante, tema que no se aborda en este ensayo.

una representación o un juicio sobre ellos<sup>15</sup>. Es la que surge del proceso, es decir, la que consta en los elementos probatorios y de convicción allegados a los autos. Esta puede ser diferente de la verdad real para el juez.

Algunos piensan que en la jurisdicción contenciosa la “justicia rogada” restringe el deber de indagación de la verdad. Ergo, ese mito se rompe si somos conscientes de los siguientes argumentos, que resume con gran precisión Jairo Parra Quijano en su libro *Manual del Derecho Probatorio*<sup>16</sup>: **(i) Las partes no tienen derechos adquiridos sobre verdades aparentes. (ii) El juez o jueza debe ser activo en la búsqueda de la verdad -es parcial en la búsqueda de la verdad y, con este proceder, es imparcial con las partes-. (iii) Se protege intereses de terceros (así se evita la pseudo-verdad).**

A manera de paréntesis, vale recordar que en la antigüedad las reglas de indagación o búsqueda de la “verdad” fueron muy diferentes a las que hoy conocemos. Por ejemplo, en la Grecia antigua, la *Iliada* narra la historia de la disputa entre Antíloco y Menelao<sup>17</sup> durante los juegos que se realizaron con ocasión de la muerte de Patroclo. En aquellos juegos hubo una carrera de carros impulsados por caballos, en un circuito de ida y vuelta, pasando por una baliza que debía rodearse tratando de que los carros pasaran lo más cerca posible. Homero nos informa que en aquella baliza se ubicaba un testigo, para que observara las posibles irregularidades, que ocasionaban accidentes e irregularidades. Antíloco gana la carrera. Menelao acusa a

Antíloco de haber incurrido en irregularidad. El encargado de dar el premio, para efectos de dirimir el pleito y establecer la verdad, paradójicamente no recurre al testigo. La querrela se contrae a los adversarios Menelao y Antíloco de la siguiente manera: Menelao desafía a Antíloco para que jure ante Zeus que no incurrió en ninguna irregularidad, y para ello debía poner la mano derecha sobre la cabeza del caballo y con la mano izquierda sostener la fusta. En ese instante, narra Homero, Antíloco frente a la exigencia de tal juramento (la prueba), renuncia a ella, no jura y reconoce así que cometió irregularidad.

Lo anterior nos muestra una manera singular de producir la verdad jurídica, en donde todo se reduce a una especie de juego, prueba arcaica, que implica un cierto desafío. Así, el descubrimiento de la verdad quedaría en manos de los dioses. Aún más, recordemos las llamadas “ordalías” que fueron practicadas especialmente en la Edad Media occidental, bajo las reglas del enfrentamiento del acusado con otras fuerzas provenientes de los hombres, de Dios o de la naturaleza.

Así por ejemplo, el viejo Derecho Germánico en Occidente reglamentó los combates y duelos, en los que cada parte elegía un campeón que, con la fuerza, debía hacer triunfar su buen derecho.

La prueba del hierro candente consistía en coger con las manos un hierro al “rojo vivo”, luego se examinaban las manos para descubrir si en ellas había signos de quemaduras que acusaban al culpable.

<sup>15</sup> Así las cosas, en los hechos procesales no hay transparencia sino opacidad para esclarecer. Ante ello las pruebas de oficio son el punto de aproximación a la verdad, o con mayor precisión a la verosimilitud, que no es otra cosa que la verdad procesal.

<sup>16</sup> Parra Quijano Jairo. *Manual del Derecho Probatorio*. Ediciones Librería del Profesional, 1986.

La ordalía del agua era muy común. Al imputado se le amarraban los brazos y las piernas, se le lanzaba al agua, si flotaba era culpable, y si, por el contrario, se hundía, era inocente. Se argumentaba que el agua siempre estaba dispuesta a acoger en su seno a un inocente mientras rechazaba al culpable.

Como puede verse, en este sistema no se buscaba probar la verdad, sino la fuerza, la resistencia, el peso o la importancia de quien estaba bajo juicio. En el viejo Derecho Germánico, el proceso es sólo una continuación reglamentada, ritualizada, de la guerra.

Luigi Ferrajoli, jurista florentino y uno de los principales teóricos del garantismo jurídico, en su obra *Derecho y Razón*<sup>18</sup>, al criticar el modelo de prueba legal o tasada, con la limitación de los medios probatorios y la atribución a cada uno de ellos de un peso o valor propio, sostiene que es una prolongación lógica y coherente de la prueba irracional o de la ordalía, porque son un supuesto de prueba formal, en donde se excluye la investigación y la libre valoración del juez o jueza, sustituyéndolas por un juicio infalible y superior.

## **6. Condiciones procesales necesarias para la conducción material de la audiencia oral**

La dirección material de la audiencia requiere de varias condiciones procesales, sin los cuales la búsqueda de la verdad sería un ejercicio estéril. Las principales condiciones las resumimos en los siguientes ítems: **(i) La dirección temprana del proceso y la actitud dialógica en la audiencia.** **(ii) La buena fe y la lealtad procesal de las partes y del juez.** Veamos los detalles:

### **6.1 Dirección temprana del proceso y la actitud dialógica en la audiencia**

La última década del siglo XX se caracterizó por amplias e importantes reformas a los códigos de procedimiento en el mundo, con el objetivo de conferir mayor poder legal a los jueces, de tal suerte que pudieran dirigir y orientar el proceso con mayor eficiencia, y así romper con la llamada “captura estratégica” (dominus litis) que de los procesos hicieron los litigantes, aprovechando la orientación dispositivas de los códigos y el excesivo formalismo continental, que generó un inmanejable lastre de morosidad de la justicia en el mundo.

En Francia se aprobó el Nouveau Code de Procédure Civil de 2001, que incrementó los poderes y competencias del juez de la mise

<sup>17</sup> Foucault Michel. *La verdad y las formas jurídicas. Conferencias pronunciadas por Michel Foucault en Río de Janeiro, entre los días 21 y 25 de mayo de 1973. La versión castellana de estos textos se ha realizado por la entidad organizadora del ciclo de conferencias de la Pontificia Universidad Católica do Rio de Janeiro, que preparó su edición contando con la colaboración de un equipo de investigadores y docentes de los departamentos de Filosofía y Artes y Letras de dicha Universidad.*

<sup>18</sup> Ferrajoli Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, ed. Trotta, Madrid, 1995.

en *état des affaires*. Se reforzó la figura del “*mise en état*”<sup>19</sup> que busca dar fuerza a la idea de la necesaria “*preparación y dirección del caso*” por parte del Juez. A decir de Diego López Medina<sup>20</sup>, la nueva concepción del juez director del proceso del common law y del derecho francés continental ha propiciado convergencias ideológicas y técnicas muy interesantes.

Ahora bien, en el sistema escritural la inercia de las circunstancias favorecía lo que se podría llamar la cultura jurídica del “*aplazamiento*”. Al decidir la admisión de la demanda nos circunscribíamos a constar los presupuestos de la acción y de la demanda; en el decreto de pruebas apenas sí se examinaba el expediente, sin profundizar en la teoría del caso propuesto por las partes. La verdad es que por regla general el estudio holístico del caso se aplazaba para el momento de proferir el fallo.

El juicio por audiencias exige un rotundo cambio cultural. Desde la admisión de la

demanda y la contestación de la misma, se debe identificar de manera temprana las teorías del caso que proponen las partes, y así definir los problemas jurídicos principales y asociados de la litis para una adecuada preparación de la audiencia.

Estos son los principales elementos con los cuales se construye el llamado “*plan o teoría del caso*”, que es un derrotero para una adecuada dirección material y técnica de las audiencias.

Es inaceptable la participación en la audiencia si ella no está debidamente preparada, con una detallada “*guía del caso*”<sup>21</sup>, que prevea cómo ha de desarrollarse la audiencia.

El éxito de la dirección material de la audiencia y de la búsqueda de la verdad dependerá en gran medida de la adecuada preparación de aquella, que empieza en la etapa escrita de presentación y contestación de la demanda y de los otros eventos previstos en el iter procesal.

19 *El proceso francés, como representante prominente de la familia jurídica romana, ha conservado una sorprendente continuidad. Su desarrollo se inicia, ya antes de la revolución, en cierta manera cerrado e integrado al ordenamiento monárquico-real. Al inicio del proceso en forma escrita se continúa -siempre que fuere necesaria- una etapa probatoria por ante el “juge /instruction”, quien en caso de que la causa esté en estado de ser resuelta la remite a una corte para su tratamiento y tramitación por audiencia oral. Esta estructura permanece hasta el día de hoy: demanda y contestación escrita, instrucción por ante el juge de la mise en état, audiencia oral y sentencia. La revolución francesa, aun cuando fortaleció la oralidad y el libre convencimiento del juez -en términos de Robespierre “conviction intime”- con la muy fuerte limitación a la inmediatez en la producción de la prueba por ante el “juge de la mise en état” y las reglas probatorias en favor de la prueba documental; permitió que lo esencial del proceso civil francés persista hasta el día de hoy.*

*El proceso italiano se vincula hasta ahora en forma fuerte con su pariente francés. En ambos procesos se percibe todavía claramente el proceso docto, aun cuando se manifiesta mayor oralidad y la modificación de muchas reglas probatorias.*

*El proceso español permaneció, de manera evidente, plenamente dentro del proceso docto hasta su radical reforma en el inicio de un nuevo siglo. La introducción de una audiencia preliminar, efectuando luego la producción de prueba por ante el juez que conoce en una audiencia oral concentrada, significa una orientación hacia el moderno derecho procesal alemán e inglés y el desapego del modelo románico clásico del proceso con su instrucción judicial organizada en, frecuentemente, largas secuencias de audiencias. Es valioso hacer resaltar que el mismo camino toma el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica y quizás a largo plazo pueda lograr su recepción plena en Centro y Sudamérica, que tradicionalmente pertenecieron al modelo tradicional romano.*

20 López Medina, Diego. *Nuevas tendencias en la dirección judicial del proceso*. Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2004. p. 33.

21 *Lo que comúnmente se le llama en el Área de Derecho Público de la Procuraduría General de la República: “La Guía de la Audiencia Preliminar o la de Juicio”.*

Sólo es posible una adecuada dirección material de la audiencia, si y sólo si, hay conocimiento pleno de las teorías de los casos propuestos por las partes y terceros, y además, el juez o jueza ha desarrollado el esquema básico de las decisiones judiciales que adoptará o al menos la guía jurisprudencial o normativa que lo iluminará.

Claro está, sin perjuicio de la **actitud dialógica**<sup>22</sup> que obliga a escuchar con atención los argumentos expuestos por las partes, lo cual podría conducir a un eventual cambio de decisión o de enfoque argumentativo.

En otras jurisdicciones parecería que las audiencias están afectadas por un mal que podríamos llamar “*oídos de sordos*”, en el que cada una de las partes cumple con exponer sus argumentos (algunos simplemente leen), mientras los demás no escuchan, o cuando más, simulan escuchar.

Hay poco interés en evaluar los argumentos del otro, o de contra argumentar, porque cada parte tiene posiciones dogmatizadas y casi que considera inútil el diálogo, el debate o el discurso<sup>23</sup>. Es muy difícil cambiar esta actitud reticente de algunos de los abogados y abogadas, porque finalmente el principal objetivo de ellos es convencer al juez o jueza de la bondad de sus planteamientos, y dan por descontado el desacuerdo de la contraparte.

El punto más delicado y deformante lo encontramos cuando el juez o jueza deja

traslucir tal desinterés en la audiencia, lo que desalienta el esfuerzo argumentativo de los letrados y deslegitima las decisiones judiciales. Hay que recordar que en la audiencia también están las personas interesadas en los resultados del proceso y lo mínimo que esperan es la debida atención del juez o jueza. Podríamos decir que la displicencia es enemiga de la oralidad y es el peor de los escenarios, que desde luego, no quisiéramos que tuviera sus ecos en la jurisdicción contenciosa administrativa.

Ahora bien, se advierte que la actitud dialógica no es sólo un asunto de postura o de intencionalidad durante la audiencia. La plena realización de tal condición se materializa en la decisión judicial que ha de referirse de manera explícita a los argumentos expuestos por las partes, bien para acogerlos o para refutarlos. El silencio es desestimulante, es deslegitimador. Los letrados y las partes estarán más dispuestos a aceptar una decisión judicial, aunque ella sea desfavorable, si en la motivación se controvierten los argumentos expuestos.

Se debe recordar que la decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

Por su parte Bonorino<sup>24</sup> afirma: “(...) *El dogmatismo ciego que sólo permite ver un*

22 *La actitud dialógica en la audiencia: No confundir con el diálogo como herramienta de comunicación; el concepto dialógico sugiere una ética del discurso.*

23 *En la audiencia los abogados y el juez tienen tres herramientas de comunicación: el debate, el diálogo y el discurso.*

24 *Bonorino, Pablo Raúl. Argumentación judicial. Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Capítulo V. Diálogo racional e interrogatorios. 2001. p. 35.*

*lado de la discusión es el impedimento más severo para lograr un diálogo razonable, actividad esta coherente y regulada, que permite a los participantes expresar sus opiniones sobre un tema y probarlas si pueden. Esto implica una postura abierta y capaz de reconocer las debilidades de su propia postura. (...)*”.

La legitimidad y la búsqueda de la verdad se construye gracias al proceso dialógico en condiciones de simetría, es decir, en igualdad de condiciones y posibilidades de éxito para cualquiera de las partes. Así, en las argumentaciones, los intervinientes participan como libres e iguales en una búsqueda cooperativa de la verdad, en la que la única coacción permitida es la del mejor argumento<sup>25</sup>.

La palabra audiencia viene del latín “*audire*” que significa oír. En ella la actitud dialógica la entendemos a partir de un axioma simple: todas las personas capaces de comunicarse son interlocutores válidos, a fortiori, si se trata de un proceso en el cual la legitimación en la causa por activa o pasiva es presupuesto de su presencia en el debate. Por tanto, la actitud dialógica es condición necesaria para la dirección material de la audiencia en la búsqueda de la verdad y en la legitimidad de la decisión judicial, porque es el sello de humanización del proceso, lo cual justifica, y por mucho, la oralidad.

La actitud dialógica también es antídoto de los conflictos que nos genera la “*disonancia*

*cognitiva*”<sup>26</sup>, la cual se presenta en la audiencia cuando no existe armonía, congruencia o consonancia entre lo que escuchamos y lo que nos convence. Por ello psicológicamente sobreestimamos los argumentos de la opción, tal vez ya elegida en la preparación de la audiencia, al mismo tiempo que disminuimos el valor de la solución no seleccionada.

La correcta dirección material de la audiencia creará un ambiente favorable para la acción comunicativa racional, en donde ha de predominar la mentalidad abierta, particularmente del juzgador, en el que se manifieste dispuesto al entendimiento.

Lo contrario será una actitud irracional – mentalidad cerrada- si se muestra dogmático e irreflexivo<sup>27</sup>.

## **6.2 La buena fe y la lealtad procesal de las partes y del juez**

La buena fe y la lealtad procesal son principios fundamentales del procedimiento para garantizar una recta administración de justicia. Expresa Devis Echandía: “(...) *La lealtad procesal es consecuencia de la buena fe en el proceso, y excluye las trampas judiciales, los recursos torcidos, la prueba deformada, las inmoralidades de todo orden. (...)*”.

Una de las condiciones necesarias para la adecuada dirección material de la audiencia es la buena fe y lealtad procesal de todo los intervinientes, razón por la cual debemos estar vigilantes del cabal cumplimiento de

25 Habermas, Jürgen. *Aclaraciones a la ética del discurso*. Madrid, Trotta, 2000. p. 17.

26 Concepto acuñado por León Festinger en 1957, en su obra *A theory of cognitive dissonance*: Dice el autor: “Las personas nos sentimos incómodas cuando mantenemos simultáneamente creencias contradictorias o cuando nuestras creencias no están en armonía con lo que hacemos. Por ejemplo, si normalmente votamos al partido A pero resulta que nos gusta más el programa electoral del partido B, es posible que sintamos que algo no marcha bien en nosotros”.

27 Habermas, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*, II. 4ed. Madrid, Taurus, 2003. p. 42.

aquellos, y en los casos extremos, hacerlos valer incluso con los poderes disciplinarios.

Sin la colaboración oportuna y diligente de los litigantes, es imposible un desarrollo productivo de la audiencia. Hay prevenciones que se deben superar en la audiencia. Si identificamos los roles que desempeñamos en la audiencia, ello puede despejar dudas y hacen prevalecer el principio de buena fe y lealtad procesal.

Ahora bien, según los parámetros éticos los letrados deben colaborar lealmente en la recta y cumplida administración de justicia, y con absoluta lealtad y honradez en sus relaciones con los clientes.

Abordar el complejo concepto de lealtad, que desde su perspectiva más general, presupone la fidelidad a unos principios, en nuestro caso, que corresponden a un Estado Social de Derecho, inscrito en los postulados de la modernidad. No es fácil entender el concepto de lealtad, puesto que necesitamos recurrir al antivalor traición, que implica la ruptura con aquellos principios o postulados que han orientado nuestro proyecto de vida como individuos, pero también y fundamentalmente como seres inscritos en una sociedad en donde creemos que vale la pena vivir. Esta es una reflexión ética ineludible.

Desde una perspectiva más concreta, no es posible entender el deber de lealtad, sin apoyarnos conceptualmente en la veracidad y la buena fe. El abogado o abogada, cuando

menos, tiene la obligación procesal de afirmar lo que es verdad en el expediente, aunque por lealtad a su cliente pueda ocultar “la verdad” que representa. Por ello, la verdad como deber del letrado en el proceso es relativa y sólo se exige respecto de las afirmaciones o negaciones ladinas o las citas inexactas. En tanto que la verdad respecto de su cliente debe ser absoluto.

En el imaginario colectivo, a veces, el abogado o abogada son vistos como un instrumento de satisfacción que no sólo hará triunfar la justicia, sino que además, en la medida de lo posible, hará “sufrir” o “desaparecer” la contraparte, como una especie de justicia de venganza.

Nos hemos referido con mayor detalle respecto de la lealtad y buena fe de los apoderados en la audiencia, porque desde luego, damos por supuesto que el juez o jueza será ejemplo de lealtad y buena fe en el proceso.

## **7. *La informalidad y flexibilidad en la dirección de la audiencia oral***

La dirección de la audiencia es también técnica, en la medida que debemos desarrollar ciertas destrezas, que nos permita cumplir a plenitud con los objetivos de las audiencias.

El juez tiene deberes procesales, poderes de ordenación e instrucción y poderes

correccionales de los cuales debe hacer uso de la manera más eficiente posible<sup>28</sup>.

Un mito ronda la oralidad. Se piensa que la misma sólo es posible realizarla si contamos con ostentosas salas de audiencias, medios tecnológicos, y otros artilugios, que son más producto de la truhanería cinematográfica.

En realidad para el cabal desarrollo de la oralidad sólo requerimos de una eficiente comunicación humana, lo demás, viene por añadidura.

En la jurisdicción contenciosa administrativa las primeras experiencias en el uso de las salas de audiencia nos demostró que para ciertos y determinados casos, es más importante la informalidad que el excesivo formalismo. Desde luego, es al juez quien corresponde decidir con *sindéresis* en qué casos es pertinente la utilización de una u otra la sala de audiencias, y para ello tendrá en cuenta los pronósticos del número de apoderados y las partes, la posible presencia de terceros, el impacto social y mediático del caso, etc.

Sin duda, este nuevo marco judicial implica que la conducta de las partes y el juez se ponga al servicio de la decisión y sin descuidar cada uno su labor: las partes en aras a lograr la protección de los intereses representados y el juez como dador de justicia, preservar el valor innegable e irrenunciable de la decisión pronta y eficaz que sirva a la solución del conflicto social planteado.

Indefectiblemente, la llegada del sistema mixto previsto en la Ley No.8508 de 26 de abril de 2006 –vigente a partir del 1° de enero de 2008- publicada en el Alcance N° 38 A de La Gaceta N° 120 del 22 de junio de 2006, implica un cambio radical en la forma de abordar la demanda de justicia en la jurisdicción contencioso administrativa, pues no será la ley la que permita la descongestión, tampoco es de esperarse que la “nueva” ley implique que la demanda de justicia ante lo contencioso administrativo disminuya por sí misma, por el contrario, de no encontrar creatividad y decisión, en un manejo adecuado de las audiencias, cambio en el comportamiento de las partes para que hagan un uso racional de los recursos judiciales y economía de los recursos físicos, incluido el tiempo, el esquema de la jurisdicción contencioso administrativo, muy posiblemente, desbordará la capacidad del factor humano.

Los párrafos anteriores, buscan ser el abrebocas para las nuevas ideas que, sin dejar de lado, como otro pilar fundamental, el derecho de defensa, se logre una respuesta mejorada a la demanda de justicia, no sólo para que el ciudadano sienta la presencia del juez, sino también para que el fin prometido por el legislador sea una realidad y que la justicia de lo contencioso administrativo logre llegar más allá de lo anhelado por los promotores de este proyecto convertido hoy en día en ley de la República.

---

28 *Intervención del Magistrado Ernesto Jinesta Lobo, en las discusiones del Proyecto de Ley del Código Procesal Contencioso Administrativo, Acta N° 24 de 25 de mayo del 2005. Indica: “En realidad el juez tiene poderes de ordenación y dentro de los poderes de ordenación está este que es un poder implícito del juez, es de ordenar la evacuación de la prueba, incluso, de ordenar el debate. Pero, bueno, en fin, sí hay momentos en que uno dice, que parece excesivamente reglamentista, porque se detalla muy, podría ser una posibilidad dejarlo de forma expresa, aunque yo lo entendería implícito los poderes de ordenación que tiene el juez.”*

## 8. Bibliografía

Carnelutti , Francesco, Sistema de Derecho Procesal Civil, traducción de Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Cárdenas Editor, México, 1998.

Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA. Estudio Comparativo: Avance en América Latina y el Caribe de la Reforma a la Justicia Civil, en: *Nueva Justicia Civil para Latinoamérica: Aportes para la reforma*. Chile. 2007.

Chiovenda , José, Principios de Derecho Procesal Civil, traducción de José Casais y Santaló, Cárdenas editor, México, 1980. t. 1.

Chiovenda , Giuseppe, Lezioni di diritto amministrativo, Giuffré Editore, Milán, 1991.

Constitución y Justicia Constitucional: jornadas de derecho constitucional en Centroamérica. -I. Catalunya. Consell Consultiu II. Agència Catalana de Cooperació al Desenvolupament III. Títol: Jornadas de derecho constitucional en Centroamérica.

Dret constitucional Congressos. Dret constitucional Amèrica Central Congressos.

De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael, voz "Jurisdicción", Diccionario de Derecho, Porrúa, México, 1995.

Duce Mauricio, Marín, Verdugo, Felipe y Riego, Cristian; Reforma a los procesos civiles orales: consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información. En: *Justicia Civil: perspectivas para una reforma en América Latina*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Eurososial – Sector Justicia. 2008

Fernández Ruiz, Jorge y López Acosta, Santiago, Derecho administrativo del Estado de Guanajuato, Ed. Porrúa-UNAM, México, 2008. Kelsen.

Ferrajoli Luigi. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal, ed. Trotta, Madrid, 1995

Foucault Michel. La verdad y las formas jurídicas. Conferencias pronunciadas por Michel Foucault en Río de Janeiro, entre los días 21 y 25 de mayo de 1973.

Garapon, Antoine y Papadopoulos, Ioannis: Juzgar en Estados Unidos y en Francia. Cultura Jurídica Francesa y Common Law, Bogotá, Editorial Legis S.A., 2006.

Habermas, Jürgen. Aclaraciones a la ética del discurso. Madrid, Trotta, 2000.

Habermas, Jürgen. Teoría de la acción comunicativa, II. 4ed. Madrid, Taurus, 2003.

Hans, Esencia y valor de la democracia, trad. de Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz y Lacambra, Colofón, México, 1992.

Jinesta Lobo, Ernesto. La oralidad en el proceso contencioso administrativo. *Ivstitia*. Año 13, N. 155-156 Nov-Dic. 1999.

Kelsen Hans. Teoría General del Estado, traducción de Luis Recaséns Siches y Justino de Azcárate, Colofón, México, 1992.

Montero Aroca Juan, Ortells Ramos Manuel, Gomez Colomer Juan Luis. Derecho Jurisdiccional. Tomo I, Parte General. J. M. Bosh Editor. Barcelona 1991.

Montesquieu Montesquieu, Del espíritu de las leyes, trad. de Nicolás Estévanez, Porrúa, México, 1982.

Nava Negrete, Alfonso, Derecho Procesal Administrativo, Ed. Porrúa, México, 1959.

López Ríos, Pedro. El diseño de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en México, sustentada sobre una concepción civilista. Universidad de Guanajuato, División de Derecho, Política y Gobierno Departamento de Derecho. Año 1, No. 2

Ovalle Favela , José, Teoría general del proceso, Harla, México, 1994.

Parra Quijano Jairo. Manual del Derecho Probatorio. Ediciones Librería del Profesional.1986.

Rousseau Jean-Jacques, El contrato Social, Grupo Editorial Éxodo, México, 2005.

Varela Castro Luciano. Proceso Penal y Publicidad. Ejemplar dedicado a: Hacia un nuevo proceso penal), 2003.



# EL RÉGIMEN DE NULIDADES APLICABLES EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

*M.Sc. Jennifer Isabel Arroyo Chacón<sup>1</sup>*

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Contratación administrativa. 2.1. Concepto de contrato público. 2.2. El contrato público como acto administrativo. 2.3. Elementos constitutivos del acto administrativo. 2.3.1. Elementos materiales o sustanciales 2.3.2. Elementos formales. 2.3.3. Elementos constitutivos del contrato administrativo. 3. Nulidad del contrato administrativo. 3.1. Tipos de nulidades aplicables al contrato administrativo. 3.1.1. Nulidad Absoluta, evidente y manifiesta. 3.2.2. Nulidad absoluta. 3.2.3. Nulidad relativa. 3.2. Principio de intangibilidad de los actos propios aplicable a los contratos públicos. 4. Órganos competentes para declarar la nulidad 4.1. Nulidades declaradas en sede administrativa. 4.2. Nulidades declaradas por la administración. 4.3. Nulidades declaradas por la Contraloría General de la República. 4.4. Nulidades declaradas en sede judicial. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

## 1. Introducción

Los contratos públicos resultan fundamentales para el adecuado desarrollo de la gestión pública dado que son necesarios para la correcta prestación del servicio de parte

de la institución pública; pero también, para el crecimiento económico de los pueblos, pues en muchas ocasiones los proveedores del Estado son empresas privadas que dependen de estos contratos para subsistir.

En principio todo contrato administrativo se considera válido y se debe ejecutar, ello con el fin de darle seguridad jurídica al contratista, y garantizar la prestación del servicio público; no obstante, el ordenamiento jurídico costarricense también reconoce supuestos bajo los cuales un acto administrativo, -cómo lo es el contrato público-, puede incurrir en vicios de nulidad y resulta necesaria su declaración; ahora bien, éste análisis debe realizarse de manera sumamente cuidadosa en materia de contratos por la importancia que poseen tanto para la administración pública como para el contratista.

Por lo tanto, es interés de éste documento realizar una revisión de la normativa vigente y jurisprudencia emitida al respecto, con el objetivo de tener claridad sobre el régimen jurídico aplicable en Costa Rica para declarar la nulidad de un contrato público, con el fin de compartir con la comunidad internacional

---

<sup>1</sup> *Abogada, Contadora Pública Autorizada C.P.A, Auditora y Administradora Pública, doctoranda en Gestión Pública y Ciencias Empresariales en el Instituto Centroamericano de Administración Pública (ICAP), posee un Diplôme d' supérieures spécialisées en Administration Publique de la Universidad de Quebec, Canadá y una Maestría en Administración Pública con énfasis en Gestión Pública de la Universidad de Costa Rica. Incorporada al Colegio de Abogados y Abogadas, al Colegio de Contadores Públicos y al Instituto de Auditores Internos de Costa Rica, certificada en Normas Internacionales de Auditoría (NIAS). Profesora universitaria. Página web [www.profesorajenniferarroyo.com](http://www.profesorajenniferarroyo.com) e-mail: [prof.jenniferarroyo@yahoo.com](mailto:prof.jenniferarroyo@yahoo.com)*

como se ha abordado el tema en este país y generar un espacio de reflexión y análisis de esta materia en otras legislaciones similares.

En los siguientes acápite se analiza esta temática, por lo que se invita a su lectura.

## **2. Contratación administrativa**

### **2.1. Concepto de contrato administrativo**

El contrato público o contrato administrativo es un acuerdo de voluntades de dar, hacer o no hacer, entre mínimo dos partes que posee la particularidad de que, al menos una de esas partes, es la Administración Pública en cualquiera de sus manifestaciones; por lo tanto, este contrato se va a regir por las normas que integran el régimen de contratación administrativa, que es el conjunto de normas y procedimientos que regulan la forma en que la Administración Pública interactúa en el mercado en calidad de cliente para adquirir los bienes y servicios necesarios para dar cumplimiento y satisfacción a los intereses públicos.

El Tribunal Contencioso Administrativo de Costa Rica se ha pronunciado sobre el proceso de contratación administrativa, cítese entre otras la sentencia N° 00113-2013 en la que señala lo siguiente:

Por lo anterior, el proceso de contratación es aquella actividad del Estado que regula la adquisición y venta de bienes y servicios que interesa celebrar a las instituciones públicas, para cumplir con los propósitos de carácter social que las caracterizan. Cabe mencionar que la contratación administrativa comprende a su vez una serie de necesidades, lo cual

decide el tipo de procedimiento a emplear. Las necesidades de contratación se resumen de la siguiente manera: Enajenación, Adquisición de inmuebles, Arrendamiento de bienes, Contratos de obra, Adquisición de bienes y servicios propiamente dichos, Contratación de Servicios Profesionales que no constituyan relación jurídica laboral, Venta de bienes y servicios, Concesión de Servicios u Obras Públicas, contempladas en leyes especiales, entre otras. De esta manera los objetivos de la contratación administrativa son los de ordenar, regular y planificar las relaciones de las diversas instituciones del Estado y las personas físicas y jurídicas participantes en los procesos de adquisición. Con lo anterior se pretende cumplir con las condiciones y especificaciones mínimas de contratación del Estado; y a la vez garantizar la igualdad de oportunidades para las personas licitantes. (00113-2013, 2013).

El contrato público posee gran relevancia para el ordenamiento jurídico, tanto para la operación de la administración pública como para el particular que contrata con el Estado.

### **2.2. El contrato público como acto administrativo**

La contratación administrativa se rige por normas y procedimientos propios; pese a ello, en cuanto a nulidades se refiere, el Decreto Ejecutivo N° 33411 denominado Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa establece que en esta materia se regirá por lo dispuesto a las nulidades de actos administrativos.

Artículo 6°—Régimen de nulidades. Las normas y principios consagrados en el Libro Primero de la Ley General de la Administración Pública respecto de la validez

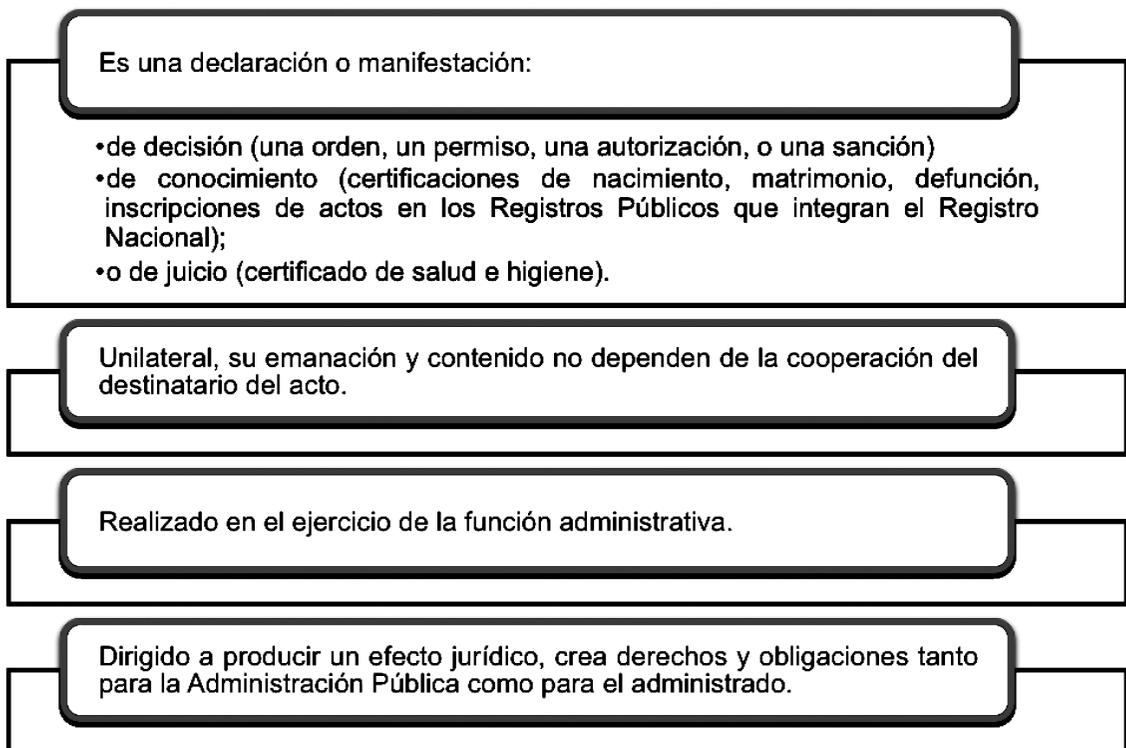
de la actividad administrativa, se aplicarán en toda su extensión en la valoración de los actos de la contratación administrativa. (Asamblea Legislativa, 2006)

Por lo tanto, se debe analizar el contrato público precisamente como una manifestación de un acto administrativa; en consecuencia, para conocer las causales de nulidad aplicables es preciso retomar

este concepto. Por acto administrativo se entiende toda declaración unilateral de decisión, conocimiento o juicio efectuada en el ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos concretos o generales, de alcance normativo o no, en forma directa o inmediata.

El acto administrativo posee cuatro características que son:

*Figura N 1. Elementos del acto administrativo*

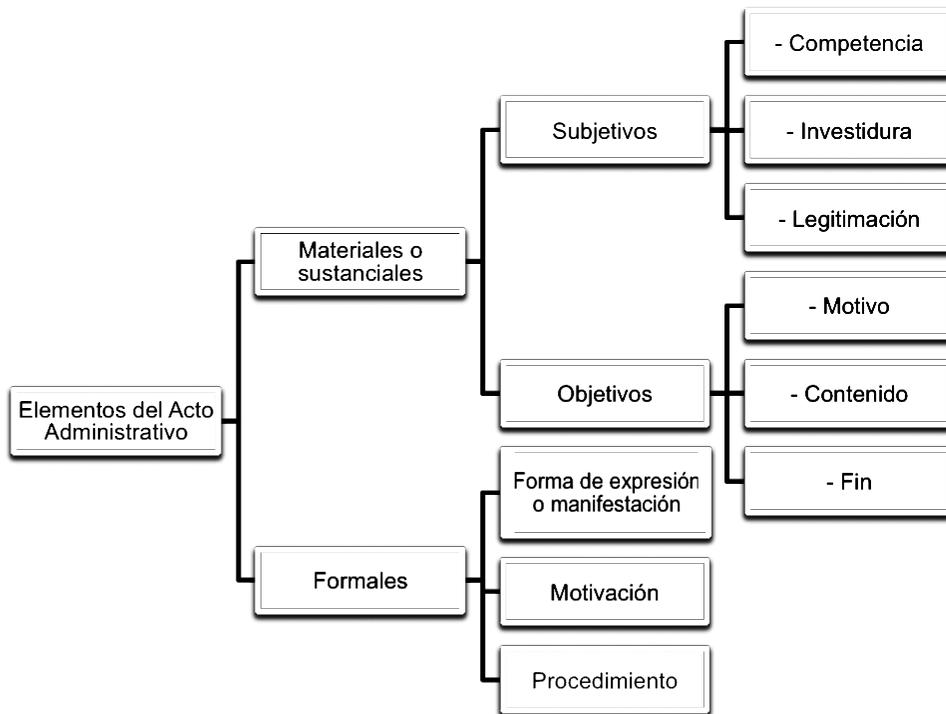


*Fuente: Elaboración propia con base en la Ley General de la Administración Pública*

El contrato administrativo como acto administrativo se puede entender como una manifestación de voluntad de la administración pública que produce efectos jurídicos concretos y generales según los alcances que establece el ordenamiento

jurídico; y produce derechos y obligaciones para ambas partes. Asimismo, los elementos del acto constitutivo se pueden clasificar en materiales o sustanciales y en formales, los cuales a su vez poseen subclasificaciones que son:

Figura N 2. Elementos del acto administrativo



Fuente: Elaboración propia con base en la Ley General de la Administración Pública

### 2.3. Elementos constitutivos del acto administrativo.

Dada la importancia de estos elementos conviene analizarlos con detalle:

#### 2.3.1. Elementos materiales o sustanciales

Los elementos materiales o sustanciales se clasifican en subjetivos y objetivos.

#### Subjetivo:

El primer elemento es la competencia que se define como la aptitud para realizar un acto jurídico, en los términos del artículo 129 de la Ley General de la Administración Pública cuando dice:

*Artículo 129.-El acto deberá dictarse por el órgano competente y por el servidor regularmente designado al momento de dictarlo, previo*

*cumplimiento de todos los trámites sustanciales previstos al efecto y de los requisitos indispensables para el ejercicio de la competencia. (Asamblea Legislativa, 2009)*

La competencia se clasifica por materia, territorio, tiempo y grado o jerarquía.

Por materia se refiere a los fines que debe perseguir y las tareas, actividades o actuaciones sustanciales que legítimamente puede desempeñar el ente u órgano para alcanzarlos. El territorio comprende el ámbito espacial dentro de cuya demarcación es legítimo el ejercicio de la función administrativa respectiva. El tiempo es el parámetro temporal en el cual es legítimo el ejercicio de la función administrativa; y finalmente, el grado o jerarquía que comprende las atribuciones que puede ejercitar el órgano dependiendo de su posición en la ordenación jerárquica de la Administración.

La investidura se refiere al nombramiento que servidor o funcionario público debe poseer por medio de un acto legal para ello; el cual está vinculado con la legitimación que es la potestad genérica para ejercer la competencia que le corresponde.

### **Objetivos**

Los elementos objetivos incluyen el motivo del acto administrativo, que se refiere a los antecedentes, presupuestos o razones jurídicas (derecho) y fácticas (hechos) que hacen posible o necesaria la emisión de dicho acto. El motivo es el porqué, la justificación o las razones que tomó en cuenta la Administración para dictar el acto.

El acto debe ser legítimo; es decir válido y conforme al ordenamiento jurídico; y obedecer a la realidad del acto que se adopta. Se dice que hay ausencia de motivo cuando los hechos invocados como antecedentes son falsos o el derecho invocado no existe o se hizo una aplicación incorrecta de la norma al caso en estudio.

El segundo elemento objetivo es el contenido que es lo que el acto declara, dispone, ordena, certifica o juzga y suele expresarse en la parte dispositiva de las resoluciones administrativas. Debe ser lícito, posible, claro, preciso y abarcar las cuestiones de hecho y de derecho surgidas del motivo. Su adaptación al fin puede lograrse mediante la inserción de condiciones, términos o modos en el tanto sean legales.

Por último, el fin es el resultado último de índole no jurídica que persigue el acto en relación con el motivo, siempre deberá ser un fin público y específico en beneficio de la colectividad, todo acto administrativo debe ir revestido de un interés público.

### **2.3.2. Elementos formales.**

Dentro de los elementos formales del acto se incluye la forma de expresión o manifestación, que por regla debe ser de forma escrita, tal y como lo dice el artículo 134 de la Ley General de Administración Pública que dice: *“1. El acto administrativo deberá expresarse por escrito, salvo que su naturaleza o las circunstancias exijan forma diversa”*. (Asamblea Legislativa, 2009)

No obstante, se permite que el acto administrativo se pueda expresar de la siguiente manera:

Figura N 3. Forma de manifestación del acto

Forma de expresión o manifestación	Escrita o verbal
	Con signos o símbolos tales como: señales acústicas (timbres, sirenas, alarmas), lumínicas (luces de tránsito vial –semáforos-, ferroviario o aéreo);
	Tácita
	Implícita, o sea que se infiera del contenido de otro acto administrativo

Fuente: Elaboración propia con base en la Ley General de la Administración Pública

La motivación es la declaración de circunstancias de hecho y de derecho que sustentan el dictado del acto; y finalmente, el procedimiento, que corresponde al proceso que realizó la administración para poder emitir dicho acto.

### 2.3.3. Elementos constitutivos del contrato administrativo.

El contrato administrativo, como un tipo de acto administrativo posee los mismos elementos constitutivos antes citados; no obstante, dada su importancia para el sector público y su régimen especial se debe analizar con especial interés

Los siguientes elementos constitutivos del contrato administrativo son: Sujetos: Administración Pública y los particulares; o otra Administración Pública, competencia y capacidad, voluntad, objeto y forma.

El primer elemento relevante en términos de contratos públicos son los sujetos, pues al ser un régimen contractual se requieren al menos dos partes, que son: la administración pública que contrata en cualquiera de sus grados y clases, y la contrapartida, que puede ser un particular, (individual o

colectivamente); o bien, otra Administración Pública.

Para ello resulta necesario retomar el ámbito de cobertura de la Ley N° 6227 Ley de Contratación Administrativa, que establece:

#### ARTICULO 1.- Cobertura.

*Esta Ley regirá la actividad de contratación desplegada por los órganos del Poder Ejecutivo, el Poder Judicial, el Poder Legislativo, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República, la Defensoría de los Habitantes, el sector descentralizado territorial e institucional, los entes públicos no estatales y las empresas públicas.*

Cuando se utilicen parcial o totalmente recursos públicos, la actividad contractual de todo otro tipo de personas físicas o jurídicas se someterá a los principios de esta Ley.

Cuando en esta Ley se utilice el término “Administración”, se entenderá que se refiere a cualquiera de los sujetos destinatarios de sus regulaciones. (Asamblea Legislativa, 2009)

Íntimamente vinculado con el sujeto esta la competencia y capacidad, que exige que las partes contratantes posean aptitud legal para celebrar y ejecutar el contrato. Se exige la capacidad jurídica de quien contrata con la Administración y la competencia del órgano o ente que ejerce la función administrativa.

En este punto, se debe verificar que la administración que pretende adquirir los bienes o servicios sea competente para realizar ese acto, o que quien la representa tenga suficientes poderes para obligarla. Igualmente, resulta indispensable la existencia de dos voluntades válidas para su formación: la voluntad de la administración y la voluntad del contratista. El consentimiento como expresión de la voluntad válida común, produce la existencia del contrato, e importa su manifestación coincidente entre las partes.

El consentimiento es la exteriorización de la voluntad unilateral de cada uno de los contratantes.

Por objeto se refiere a la obligación que del contrato se constituye, la cual tiene por contenido una prestación de dar o hacer. El objeto del contrato es la consecuencia que se persigue al celebrarlo como factor determinante de la voluntad de las partes. En la administración pública la finalidad es el cumplimiento de los intereses públicos y la satisfacción de las necesidades generales. El objeto es distinto al fin u objetivo, ya que el primero es la prestación que se deriva del contrato y el segundo es el interés público que se pretende satisfacer con el contrato.

Por su parte, la forma es un elemento relevante; el cual debe distinguirse entre formalidades y forma. Las formalidades se refieren a las etapas o fases que han

de observarse para la celebración de un contrato, tales como: el pliego cartelario, el acto de adjudicación, el refrendo, entre otros. La segunda, es uno de los elementos esenciales, entendida como el modo concreto en que se materializa, exterioriza o instrumentaliza el vínculo contractual, por ejemplo mediante una orden de compra, un documento contractual, una escritura pública, etc.

Finalmente, se debe señalar que el contrato administrativo, no solo es un acto administrativo, sino que es también, un acto declaratorio de derechos subjetivos; así lo han entendido los tribunales, por ejemplo, en la siguiente cita del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VII:

*En este sentido, se debe partir de la consideración de que el acto de adjudicación -de un proceso licitatorio- es un acto administrativo unilateral de efectos bilaterales, (negrita añadida) por cuanto es dictado por la Administración licitante -en forma unilateral- dentro de un proceso concursal de contratación administrativa, en el que selecciona o determina la oferta que estima más conveniente para suplir la necesidad pública que sustenta todo el procedimiento de licitación (en este sentido, se manifiesta la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia número 1205-96), en tanto el fin de toda contratación administrativa es la elección de la propuesta más conveniente para la satisfacción del interés público, en beneficio de la colectividad; que por su contenido, genera una relación jurídico-administrativa, en tanto no*

sólo obliga al administrado, sino también, a la Administración misma. Pero la característica más significativa de este acto es que **se trata de un acto declarativo de derechos** (negrita añadida), por cuanto por él, la Administración declara, determina y define quién es el adjudicatario del proceso que ha convocado; por lo que genera obligaciones y derechos para ambas partes (subrayado añadido); al tenor del cual, la Administración licitante está obligada a respetar ese acuerdo conforme a lo pactado, en aplicación de los principios que integran la contratación administrativa, puede exigir el cumplimiento de ese acuerdo; y el adjudicatario, tiene el derecho de ejecutar el contrato declarado a su favor y, la obligación de hacerlo en los términos acordados.- *negrita añadida-* (00083-2013, 2013)

### **3. Nulidad del contrato administrativo**

#### **3.1. Tipos de nulidades aplicables al contrato administrativo**

La nulidad de cualquier acto administrativo se genera por el vicio que afecta la aptitud del acto para producir efectos en razón de su disconformidad con el derecho. La invalidez del acto administrativo podría traer como consecuencia su nulidad absoluta o relativa, según la gravedad de la violación cometida.

El aspecto principal del acto administrativo es la consecución del fin, por lo que a efectos de determinar la gravedad del vicio y, por consiguiente, la existencia de una nulidad absoluta o relativa, se debe analizar el mayor

o menor impedimento que significa el vicio para la obtención del fin del acto.

La nulidad es el vicio que afecta la aptitud del contrato para producir efectos, en razón de su disconformidad con el ordenamiento jurídico, por lo que un contrato podría estar en alguno de los siguientes tres supuestos: absoluta, evidente y manifiesta, absoluta y relativa.

#### **3.1.1 Nulidad absoluta evidente y manifiesta**

La nulidad absoluta, evidente y manifiesta es aquella nulidad de fácil apreciación, que se denota de la sola confrontación del expediente con la norma; y la cual no requiere un análisis profundo para identificarla; pues es tan notoria que existe consenso generalizado en su existencia.

Sendos dictámenes de la Procuraduría General de la República se han referido a esta figura, en el Dictamen C-206-2014 reiteró que los defectos del acto deben ser extremos, graves, trascendentes y además, evidentes y manifiestos para aplicar este nulidad:

Antes que nada debe indicarse que el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública (LGAP) otorga a la Administración la potestad de anular, de oficio y por sus propios medios, sus propios actos declarativos de derechos. Pero esta potestad se encuentra circunscrita a aquellas situaciones en que los actos a anular se encuentren viciados con defectos, de un extremo, graves y trascendentes, y luego que sean también evidentes y manifiestos.

Es decir, para que la Administración pueda ejercer la potestad prevista en el numeral 173

LGAP, no basta con que el defecto acusado sea absoluto y por ende grave. La Ley exige además que la invalidez sea harto notoria, clara y patente. (C-206-2014, 2014)

Este tipo de nulidad se encuentra regulada en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, en los siguientes términos:

*Artículo 173.-*

*1) Cuando la nulidad absoluta de un acto declaratorio de derechos sea evidente y manifiesta, podrá ser declarada por la Administración en la vía administrativa, sin necesidad de recurrir al contencioso-administrativo de lesividad, previsto en el Código Procesal Contencioso-Administrativo, previo dictamen favorable de la Procuraduría General de la República; este dictamen es obligatorio y vinculante. Cuando la nulidad absoluta verse sobre actos administrativos directamente relacionados con el proceso presupuestario o la contratación administrativa, la Contraloría General de la República deberá rendir el dictamen.*

*En ambos casos, los dictámenes respectivos deberán pronunciarse expresamente sobre el carácter absoluto, evidente y manifiesto de la nulidad invocada.*

*2) Cuando se trate de la Administración central del Estado, el ministro del ramo que dictó el respectivo acto deberá declarar la nulidad. Cuando se trate de otros entes públicos o Poderes del Estado, deberá declararla el órgano superior supremo de la jerarquía administrativa. Contra lo resuelto cabrá recurso de reposición*

*o de reconsideración, en los términos del Código Procesal Contencioso-Administrativo.*

*3) Previo al acto final de anulación de los actos a que se refiere este artículo, la Administración deberá dar audiencia a las partes involucradas y cumplir con el debido procedimiento administrativo ordinario dispuesto en esta Ley.*

*4) La potestad de revisión oficiosa consagrada en este artículo, caducará en un año, a partir de la adopción del acto, salvo que sus efectos perduren.*

*5) La anulación administrativa de un acto contra lo dispuesto en este artículo, sea por omisión de las formalidades previstas o por no ser absoluta, evidente y manifiesta, será absolutamente nula, y la Administración estará obligada, además, al pago por daños, perjuicios y costas; todo sin perjuicio de las responsabilidades personales del servidor agente, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 199.*

*6) Para los casos en que el dictado del acto administrativo viciado de nulidad absoluta, evidente y manifiesta corresponda a dos o más ministerios, o cuando se trate de la declaratoria de nulidad de actos administrativos relacionados entre sí, pero dictados por órganos distintos, regirá lo dispuesto en el inciso d) del artículo 26 de esta Ley.*

*7) La pretensión de lesividad no podrá deducirse por la vía de la contrademanda.*

*(Así reformado por el artículo 200, inciso 6) de la Ley N° 8508 de 28 de abril de 2006, Código Procesal Contencioso-Administrativo). (Asamblea Legislativa, 2009)*

Del anterior numeral se extraen aspectos relevantes: en primer lugar, la nulidad absoluta, evidente y manifiesta puede ser declarada en vía administrativa, sea por la propia administración o bien, por la Contraloría General de la República de forma oficiosa.

Asimismo, la administración posee un año para declararla, y deberá instaurar el procedimiento correspondiente, dando garantía al debido proceso a todas las partes que se verían afectadas con dicha declaratoria.

Se debe destacar la frase *“caducará en un año, a partir de la adopción del acto”* dado que estamos ante un plazo de caducidad y no de prescripción. La caducidad es el plazo después del cual se extingue el derecho de la administración para actuar; sanciona la inactividad procesal; por lo tanto, pasado dicho año no se podrá declarar la nulidad. A diferencia de la prescripción la caducidad no se suspende; por lo tanto, el plazo de un año es perentorio, y eso demanda que la administración sea sumamente eficiente en su actuar.

La norma citada incluye una excepción del plazo del año para aquellos actos que poseen efectos continuados, los cuales, podrán ser declarados con nulidad absoluta, evidente y manifiesta mientras duren sus efectos.

Resulta relevante reiterar la naturaleza de “evidente y manifiesta” de la nulidad, pues si incumple con estas características estaríamos ante una nulidad absoluta, que se explicará a continuación.

### 3.1.2. Nulidad absoluta

El artículo 166 de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica

sanciona con nulidad absoluta aquel acto o contrato que carezca totalmente de uno o varios de sus elementos constitutivos, real o jurídicamente. Un acto administrativo incurre en vicios de nulidad absoluta cuando se presenta alguno de los siguientes tres supuestos.

- a- Cuando faltan uno o varios de los elementos constitutivos del acto administrativo real o jurídicamente aparente.
- b- Cuando existan los elementos constitutivos del acto administrativo pero sean imperfectos (que existan pero que no cumplan con todos los requisitos que la ley establece para su validez), siempre y cuando dicha imperfección impida la realización del fin. (art. 167 LGAP)
- c- En ese sentido es importante recordar que la nulidad no procede por la nulidad misma o sea por el mero incumplimiento de la legalidad, sino que el vicio que la provoca debe ser no sólo contrario al ordenamiento jurídico sino que también debe impedir la realización del fin del acto, aspectos que deberán motivarse y demostrarse debidamente para declarar la nulidad.
- d- Cuando la ley sanciona expresamente con nulidad absoluta un determinado acto defectuoso o una omisión.

La nulidad absoluta posee importantes efectos para la administración pues dicho acto se considera absolutamente nulo desde su origen; en consecuencia, no posee efectos jurídicos y su ejecución puede conllevar a responsabilidades civiles para la Administración y administrativas e incluso penales para el funcionario que lo ejecutó.

El acto nulo no se legitima con su ejecución y no puede ser convalidado ni saneado; por lo tanto, la administración está obligada a declarar su nulidad.

### 3.1.3. Nulidad relativa.

La nulidad relativa se presenta cuando uno de los elementos constitutivos del acto administrativo es imperfecto, pero no impide la realización del fin o por disposición legal; en los términos del artículo 167 que dice: "Habrà nulidad relativa del acto cuando sea imperfecto uno de sus elementos constitutivos, salvo que la imperfección impida la realización del fin, en cuyo

caso la nulidad será absoluta". (Asamblea Legislativa, 2009)

La nulidad relativa posee un impacto menos nocivo en la administración pública, pues el acto con nulidad relativa se presume válido y por ende posee todos los efectos jurídicos; de tal manera, que su invalidez se da a solicitud de parte. Asimismo, dado que se considera válido su ejecución no produce responsabilidad civil o penal para el funcionario que lo ejecuta.

Los principales aspectos diferenciadores entre un acto absolutamente nulo y un acto relativamente nulo, se pueden apreciar mejor en la siguiente tabla:

*Tabla N 1. Comparación entre el acto absolutamente nulo y el acto relativamente nulo*

<b>ACTO ABSOLUTAMENTE NULO</b>	<b>ACTO RELATIVAMENTE NULO</b>
No se presume legítimo	Se presume legítimo en tanto no se declare lo contrario en la vía jurisdiccional o administrativa cuando así corresponda
No se vuelve legítimo si puede ser ejecutado.	Produce efectos como si fuera válido mientras no sea anulado
No produce efecto jurídico alguno y resulta ilegítima toda acción jurídica o material en él fundada.	Produce efectos jurídicos precarios, puesto que subsisten en tanto no venzan los términos de impugnación o sea convalidado el acto.
La anulación del acto produce efectos retroactivos al momento de emisión del acto, salvo los derechos adquiridos de buena fe.	La anulación del acto relativamente nulo producirá efecto sólo para el futuro, excepto cuando el efecto retroactivo sea necesario para evitar daños al destinatario o a terceros, o al interés público.
No se puede convalidar ni sanear	Puede ser convalidado, saneado o convertido.
La ejecución del acto absolutamente nulo es abuso de autoridad y produce responsabilidad penal.	La ejecución del acto relativamente nulo nunca produce responsabilidad penal del funcionario.
La ejecución del acto absolutamente nulo puede originar responsabilidad civil de la Administración y responsabilidad civil, penal y administrativa del funcionario	La ejecución del acto relativamente nulo produce responsabilidad civil de la Administración, pero no del funcionario
La Administración está obligada a declarar la nulidad del acto absolutamente nulo.	La anulación de oficio, por parte de la Administración, del acto relativamente nulo será discrecional y deberá estar justificada por un motivo de oportunidad, específico y actual.
Se puede declarar de oficio	Sólo puede ser declarada si es invocada, por lo que el juez nunca puede declararla de oficio.

*Fuente: Elaboración propia con base en la Ley General de la Administración Pública*

### **3.2. Principio de intangibilidad de los actos propios aplicable a los contratos públicos**

El principio de intangibilidad de los actos propios ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia de la Sala Constitucional y los tribunales respectivos, al señalar que si bien la administración puede revisar sus propios actos, el objetivo debe ser darle continuidad a los mismos.

Ello implica que no puede haber nulidad por la nulidad misma, la regla debe ser preservar el acto y si éste debe ser anulado, seguir el procedimiento que corresponda; máxime cuando el mismo otorgue derechos subjetivos al administrado.

El objetivo perseguido es dar seguridad a los proveedores de que los derechos que han adquirido mediante un contrato administrativo, no se dejarán sin efecto en forma arbitraria, de manera que sólo en los supuestos que expresamente disponga la Ley, la Administración pueda revocar o declarar la nulidad de sus propios actos.

Esta figura ha sido ampliamente desarrollada por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, quién en sentencia 00407-2014 señaló:

*En relación, estima esta Cámara, por el principio de intangibilidad de los actos propios que emana del artículo 34 de la Carta Magna, la Administración tiene vedado anular o dirigirse por sí misma, contra los actos por ella emitidos, que declaren derechos subjetivos a favor del administrado. La salvedad la constituyen los supuestos de revocación y declaratoria oficiosa*

*de nulidad absoluta, evidente y manifiesta, contempladas en la LGAP. En esta línea pueden consultarse, entre otras, las sentencias de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia números 2006-013447 de las 10 horas 6 minutos del 8 de setiembre de 2006 y 2010-016314 de las 15 horas 16 minutos del 29 de setiembre de 2010. Este principio se erige entonces, como garante de los administrados frente a la Administración, quien no podrá desconocer mediante un acto posterior, los derechos subjetivos que les ha otorgado o reconocido. En virtud de lo anterior, la potestad de aquélla para declarar por sí la nulidad, se ha configurado atendiendo a dos hipótesis distintas: el acto ablativo y el declarativo de derechos a favor del administrado. En el primero, plenamente compatible con el principio mencionado, la Administración tiene la posibilidad de revisar de oficio y declarar la nulidad del acto que le causaba una situación de desventaja o gravamen, en razón de que el resultado será beneficioso para la esfera jurídica del administrado. Desde otro ángulo, cuando de por medio existen derechos subjetivos otorgados en el acto, para ser declarada su nulidad en la vía administrativa, ésta ha de ser absoluta, evidente y manifiesta. Si el vicio no reviste tales características, la Administración no podrá de oficio decretar su nulidad, y deberá, para que se suprima el acto con motivo de su invalidez, acudir al proceso de lesividad, establecido legalmente como concreción del artículo 49 de la Constitución Política, que a su vez, estatuye a la jurisdicción*

*contencioso administrativa, garante de los derechos subjetivos e intereses legítimos de los administrados. (00407-2014, 2014)*

Por otro lado, los tribunales no han desconocido la potestad que posee la administración de anular un contrato cuando existen vicios de nulidad; no obstante, ha sido contundente en establecer que se debe seguir el procedimiento respectivo y otorgar el debido proceso, de lo contrario, no podrá anular el derecho otorgado al contratista producto de dicho contrato. Al respecto dice:

*En razón de lo anterior, y conforme al desarrollo jurisprudencial de la misma Sala Constitucional -entre otros, en los pronunciamientos número 2753-93, 4596-93, 585-94, 2186-94, 2187-94 y 899-95-, se erigió la doctrina de la teoría de la intangibilidad de los actos propios, al que, inclusive le dotó de rango constitucional, al sustentarlo en los principios de irretroactividad e intangibilidad del patrimonio (artículos 34 y 45 de la Constitución Política); en virtud del cual, cuando exista un acto declaratorio de derechos subjetivos, éste deviene inmodificable para la Administración, salvo que utilice las vías previstas por el ordenamiento jurídico para su revocación o anulación, reguladas en los artículos 154 y 155, 173 y 183 de la Ley General de la Administración Pública y 34 del Código Procesal Contencioso Administrativo, previo cumplimiento, en los dos primeros casos, del procedimiento administrativo ordinario abierto al efecto, cuando se esté frente a una nulidad absoluta -por infracción de los numerales 16 en*

*relación con el 158.3, 131, 132, 136, 166, 182.1 todos de la Ley General de la Administración Pública-, evidente y manifiesta o mediante un proceso jurisdiccional de lesividad, cuando esa nulidad absoluta no sea evidente ni manifiesta o lo sea relativa. /.../ Con ello no se está desconociendo a la Administración Pública la facultad de revocar y modificar sus propias decisiones; pero se sabe que ésta no es totalmente libre, sino que debe sujetarse a los límites -ya señalados- dispuestos expresamente por el legislador, y que, por interpretación de la Sala Constitucional, se constituyen en garantía de la legitimidad de la actuación de la Administración y en derecho para el administrado. /.../ Es así como este principio se erige una garantía para el administrado en el que se recoge la protección a los derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas, que impiden, en principio, que la Administración revierta en forma arbitraria o antojadiza los actos declarativos de derechos subjetivos, si no lo es a través de mecanismos procedimentales que conllevan en su pretensión, la eliminación del mundo jurídico de aquél acto favorable al administrado, en los que se debe seguir la garantía del debido proceso constitucional, como derecho fundamental. Lo indicado, necesariamente conduce a la constatación de la evidente infracción del principio enunciado, ya que en esta ocasión, se anuló, no sólo el acto de adjudicación adoptado mediante oficio 072-12, del seis de diciembre del dos mil doce de la proveedora municipal -hecho probado*

*10.)-, sino todo el proceso licitatorio del concurso 2012CD-000299-01 para la contratación de servicios de asesoría legal para el Concejo de Tibás -hecho probado 3.)-, sin utilizarse ninguno de los mecanismos procedimentales establecidos en el ordenamiento jurídico para tal fin. /.../ Y de estimar el Alcalde la posible existencia de algún vicio invalidante del proceso licitatorio, debió acudir a los mecanismos procedimentales previstos en el ordenamiento para tal fin, sea, el declarar su la nulidad en sede administrativa mediante procedimiento administrativo ordinario abierto al efecto o en sede jurisdiccional a través del proceso de lesividad correspondiente, cumpliendo en ambos casos, con los requerimientos establecidos al efecto (artículos 173 y 183 de la Ley General de la Administración Pública, respectivamente.) (00083-2013, 2013)*

Los anteriores extractos dejan claro que cuando la administración encuentre vicios de nulidad de un contrato administrativo siempre debe seguir el procedimiento establecido para declararla y nunca podrá hacerlo de forma unilateral.

## **4. Órganos competentes para declarar la nulidad**

### **4.1. Nulidades declaradas en sede administrativa**

Como se señaló previamente un contrato es un acto declaratorio de derechos subjetivos; por lo tanto, la administración lo primero que debe hacer cuando perciba que existen

vicios de nulidad es determinar el tipo de nulidad corresponde aplicar. Si es una nulidad absoluta, evidente y manifiesta podrá declararla en sede administrativa.

En este caso, la administración posee un año a partir de la adopción del acto; es decir, a partir de la adjudicación de un contrato para declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta.

A contrario sensu, si el contrato posee vicios de nulidad absoluta, evidente y manifiesta, pero ha pasado un año desde su adjudicación el derecho de la Administración de declararlo nulo ha caducado.

En el supuesto en que la administración denote que un contrato posee causales para declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta y aún se encuentre en plazo deberá iniciar un procedimiento administrativo garantizado la observancia de todos los principios y garantías del debido proceso regulado por lo dispuesto en el artículo 308 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública, deberá otorgar audiencia a las partes perjudicadas con dicha declaratoria; es decir, darle audiencia al contratista que se vería afectado por la declaración de nulidad del acto de adjudicación del contrato.

Previo a declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta del acto, deberá remitir el expediente del procedimiento administrativo a la Contraloría General de la República para que ésta institución emita un dictamen sobre el carácter absoluto, evidente y manifiesto de la nulidad.

El dictamen emitido por el órgano contralor es vinculante, por lo tanto, si éste es

desfavorable no podrá darse la declaratoria de nulidad; pero si por el contrario, el dictamen señala la existencia de vicios de nulidad absoluta, evidente o manifiesta la administración está obligada a declararla.

#### **4.2. Nulidades declaradas por la Contraloría General de la República**

La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República le otorga al órgano contralor la potestad de declarar la nulidad de un contrato administrativo de oficio o a solicitud de parte. Textualmente, el numeral que le otorga esta potestad dice:

##### **ARTÍCULO 28.- DECLARACIÓN DE NULIDAD**

*Dentro del ámbito de su competencia, la Contraloría General de la República, de oficio o por reclamo del titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, podrá declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta, que advierta en los actos o contratos administrativos de los sujetos pasivos, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 173 de la Ley general de la Administración Pública, y sin perjuicio de las potestades anulatorias de la Administración activa.*

*Cuando alguien que no sea titular de un derecho subjetivo ni de un interés legítimo, presente una denuncia, la intervención de la Contraloría será facultativa.*

*La anulación o desaprobación de un acto o de un contrato administrativo por vía de recurso, en ejercicio de tutela administrativa, se regirá por sus propias reglas.*

*La Contraloría, siguiendo los procedimientos propios del respectivo*

*recurso, podrá declarar de oficio la nulidad de un acto o de un contrato administrativo recurrido, por motivos no invocados por el recurrente, solo cuando la nulidad sea absoluta.*

*(Así reformado por el artículo 218, inciso 2) de la Ley N° 8508 de 28 de abril de 2006, Código Procesal Contencioso-Administrativo).*

En este supuesto rigen las mismas causales y supuestos de la nulidad absoluta, evidente y manifiesta del artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública; la única diferencia es que si la administración no puede o no desee declarar la nulidad del contrato, la Contraloría General podrá hacerlo de manera oficiosa, ello en concordancia con el artículo 168 del Reglamento a la Ley de Contratación administrativa que dice:

*Artículo 168. —Vicios de nulidad no alegados en el expediente. Cuando en el conocimiento de un recurso la Administración o la Contraloría General de la República consideren que se encuentran en presencia de un vicio causante de nulidad absoluta no alegado en el expediente lo pondrá en conocimiento de las partes por un plazo de entre tres a cinco días hábiles para que manifiesten su posición al respecto. (Asamblea Legislativa, 2006)*

La Contraloría General debe instaurar el procedimiento administrativo correspondiente y darles audiencia a los contratistas antes de declarar la nulidad del contrato. De tal manera, que se puede apreciar que la Contraloría General participa en los procesos para declarar la nulidad de todo contrato en dos formas:

- 1- Cuando la propia administración instaura el procedimiento declaratorio de nulidad absoluta, evidente y manifiesta y de previo a declararla solicita el dictamen favorable al órgano contralor.
- 2- Cuando la administración no inicia el procedimiento, pero la Contraloría en ejercicio de sus potestades de fiscalización denota un vicio de nulidad absoluta, evidente y manifiesta, por lo que de oficio; o bien a solicitud de interesado, instaura el procedimiento correspondiente, cumple con el debido proceso y procede a declarar la nulidad del acto.

En ambos supuestos se está ante la declaratoria de la nulidad absoluta, evidente y manifiesta que se realiza en vía administrativa.

La Contraloría General de la República ha ejercido esta potestad de forma oficiosa, véase la resolución R-DCA-011-2014 del 09 de enero del 2014, en la cual se declaró la nulidad absoluta, evidente y manifiesta de la Licitación Pública 2013LN-000005-00103, argumentando lo siguiente:

*II. SOBRE LA NULIDAD ABSOLUTA DE TODO EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. En el caso bajo análisis, es menester señalar que el artículo 168 del RLCAdispone: “Cuando en el conocimiento de un recurso la Administración o la Contraloría General de la República consideren que se encuentran en presencia de un vicio causante de nulidad absoluta no alegado en el expediente lo pondrá*

*en conocimiento de las partes por un plazo de entre tres a cinco días hábiles para que manifiesten su posición al respecto”. Con fundamento en lo anterior, este órgano contralor, mediante la resolución número R-DCA-783-2013 de las nueve horas del seis de diciembre de dos mil trece, otorgó audiencia de nulidad a la Administración, a XXX<sup>2</sup> y a la empresa adjudicataria, para que se refieran a una eventual nulidad absoluta de todo el procedimiento de contratación promovido por el HT, S.A., debido a que: 1) No consta en el expediente administrativo el análisis que refleje de manera comparativa el resultado obtenido –puntaje- por cada una de las ofertas al aplicarles los criterios de evaluación (precio, experiencia en el servicio solicitado brindado en el mercado, tanto nacional como internacional y presencia del producto solicitado en el mercado nacional), con lo cual se fundamente y motive el acto de adjudicación; 2) El rechazo de las ofertas por precio excesivo carece del estudio que fundamente y dé sustento a la decisión administrativa y 3) Los montos que constan en la adjudicación de la empresa SCR Ltda, no corresponden a los montos presentados en el desglose del precio de dicha empresa. (R-DCA-011 2014 , 2014)*

Otro caso en donde el órgano contralor ejerció su potestad para anular contratos es la resolución R-DJ-072-2010 del 23 de febrero de 2010, en donde resolvió la siguiente:

---

<sup>2</sup> Se omiten y modifican nombres de proveedores.

*II. SOBRE LA EXISTENCIA DE VICIOS DE NULIDAD ABSOLUTA EVIDENTE Y MANIFIESTA DEL CARTEL DE LICITACIÓN Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN. Es menester señalar que el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), en el artículo 168 dispone: “Cuando en el conocimiento de un recurso la Administración o la Contraloría General de la República consideren que se encuentran en presencia de un vicio causante de nulidad absoluta no alegado en el expediente lo pondrá en conocimiento de las partes por un plazo de entre tres a cinco días hábiles para que manifiesten su posición al respecto.” Con fundamento en lo anterior, este Despacho, mediante auto de las trece horas del ocho de febrero del año en curso, concedió audiencia respecto a la eventual nulidad absoluta, evidente y manifiesta del cartel y de todo el procedimiento, indicando: “a) existe una aparente variación o separación de la metodología empleada por la Comisión encargada de realizar la calificación de las ofertas, respecto a la forma estipulada en el pliego de condiciones para efectuar la evaluación correspondiente, véase por ejemplo el acta de la segunda sesión de la comisión especial para el estudio de los documentos, b) Del pliego cartelario se desprende que eventualmente se podría estar ante una serie de elementos que se presentan como requisitos de admisibilidad y aspectos de evaluación al mismo*

*tiempo, lo cual de conformidad con el artículo 55 del Reglamento a la Ley de Contratación no es permitido. c) No se observa la motivación o justificación correspondiente por medio de la cual la Junta Administrativa y/o la respectiva Comisión omitieron evaluar la oferta presentada por el apelante (...)”<sup>3</sup>, en los mismos términos que se evaluó la oferta del adjudicatario, nótese que para éste último los miembros de la Comisión efectuaron una calificación individual de la oferta. d) En las calificaciones finales emitidas de forma individual, en apariencia por el Comité, no se logra determinar en algunos casos, cuáles fueron los miembros que realizaron el estudio de la oferta adjudicada”*

*Finalmente, resuelve declara la nulidad absoluta, evidente y manifiesta en forma oficiosa:*

**POR TANTO**

*De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política; 223 de la Ley General de la Administración Pública, 85 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa; 51, 55, 174 y siguientes del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, 4 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, se resuelve:*

**1) DECLARAR DE OFICIO LA NULIDAD DEL CARTEL DE LICITACIÓN Y CONSECUENTEMENTE DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** relativo la compra de un terreno de construcción de las nuevas instalaciones del Liceo Llano Bonito, promovida por la Junta

---

3 Se omite el nombre del apelante.

*Administrativa del Liceo Llano Bonito, y recaído a favor del señor (...)<sup>4</sup>, acto el cual se anula. 2) De conformidad con el artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa se da por agotada la vía administrativa. (R-DJ-072-2010, 2010)*

Igualmente, ha declarado la nulidad a petición de parte, como en la resolución R-DCA-257-2012 del 29 de mayo de 2012, en donde declara la nulidad solicitada por un apelante.

Recurso de apelación y nulidad interpuesto por la DFCyV 3 M S.A. en contra del acto de adjudicación de la Contratación Directa Número 01-2011 promovida por la Junta de Educación de la Escuela Quince de Setiembre para la contratación de alimentos recaído a favor del señor (...).

/.../

*RESUELVE: 1) Declarar la nulidad absoluta evidente y manifiesta del procedimiento de Contratación Directa Número 01-2011 promovida por la Junta de Educación de la Escuela Quince de Setiembre para la contratación de alimentos recaída a favor del señor (...), cuyo acto de adjudicación se anula. (R-DCA-257-2012, 2012)*

#### **4.3. Nulidades declaradas por la Contraloría General de la República**

Cuando se refiera a nulidad absoluta y relativa de un contrato administrativo la Administración deberá recurrir a la vía jurisdiccional a instaurar un procedimiento

de lesividad a fin de que un juez sea el que finalmente declare la nulidad del contrato.

El procedimiento de lesividad en vía jurisdiccional está reservado para aquellos casos que cumplan tres requisitos que son: sea un acto declaratorio de derechos subjetivos, un acto lesivo a los intereses públicos o a los intereses económicos del Estado y posea vicios de nulidad absoluta o relativa

El Tribunal Contencioso ha desglosado estos requerimientos para acudir al proceso de lesividad en los siguientes términos:

Así, en los numerales 10 inciso 5) y 34 supra citado y 173 y 183. 3 de la Ley General de la Administración Pública (número 6227) se prevé el proceso de lesividad respecto de aquellas situaciones en las cuales el acto presente una nulidad que no resulte evidente y manifiesta o relativa; pero con las siguientes características: en primer lugar, que se trate de un **acto declaratorio de derechos subjetivos** (negrita añadida), entendiendo como tal el "...poder de obrar válidamente dentro de ciertos límites, y / o de ser beneficiario de la conducta pública, exigiendo del Poder Público (y en concreto de la Administración), por un medio coactivo si es preciso, la conducta concreta y específica correspondiente, otorgada por el Ordenamiento Jurídico a ese o esos sujetos para la satisfacción de sus fines o intereses" (González Camacho Oscar, La Justicia Administrativa. Tomo II, Investigaciones Jurídicas S.A., San José. Costa Rica 2002, pág. 178); en segundo lugar, que **el acto sea lesivo a los intereses públicos o a los**

<sup>4</sup> Se omite nombre.

**intereses económicos del Estado** (negrita añadida), por lo que al hacer la valoración correspondiente, el juzgador habrá de determinar si efectivamente se ha producido una afectación del interés común o general, o de las finanzas públicas; y en tercer lugar, que **el acto en cuestión debe estar viciado de nulidad** (negrita añadida), es decir, que dicho acto no cumpla los requisitos sustanciales para su validez, en tanto éste no resulte conforme con el ordenamiento jurídico, entendido éste más allá del concepto restringido y erróneo que lo conceptúa como la norma aplicable a un caso particular, conforme a lo dispuesto en el artículo 158 de la Ley General de la Administración Pública. (00089-2013, 2013)

Para ello se debe seguir lo establecido en el inciso 1) del artículo 34 del Código Procesal Contencioso-Administrativo, que dice:

*Artículo 34.-*

*1) Cuando la propia Administración, autora de algún acto declarativo de derechos, pretenda demandar su anulación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, previamente el superior jerárquico supremo deberá declararlo lesivo a los intereses públicos, económicos o de cualquier otra naturaleza. El plazo máximo para ello será de un año, contado a partir del día siguiente a aquel en que haya sido dictado, salvo si el acto contiene vicios de nulidad absoluta, en cuyo caso, dicha declaratoria podrá hacerse mientras perduren sus efectos. En este último supuesto, el plazo de un año correrá a partir de que cesen sus efectos y la sentencia que declare la nulidad lo hará, únicamente, para fines de*

*su anulación e inaplicabilidad futura. (Asamblea Legislativa, 2006)*

De este numeral se deben extraer varios aspectos importantes, en primer lugar la administración posee un año contado a partir del día siguiente a aquel en que haya sido dictado para declarar la lesividad y recurrir jurisdicción contenciosa-administrativa para solicitar su nulidad.

Igualmente, bajo una interpretación a contrario sensu si la administración denota que ha transcurrido dicho plazo no podrá solicitar la declarar la nulidad del contrato. Sobre este punto, resulta enriquecedora la lectura de la sentencia 00089-2013 del Tribunal Contencioso Administrativo que sobre este plazo dice:

*d.) Finalmente, en cuanto a la dimensión temporal, la normativa procesal vigente establece un plazo de un año contado a partir de la emisión del acto (no de su comunicación) para declararlo lesivo a los intereses públicos y, luego de esa declaratoria (y no a partir del vencimiento de ese primer año) se otorga, en principio, un plazo de un año para plantear la acción contenciosa administrativa a modo de plazo fatal de caducidad, salvo en casos de actos con nulidad absoluta, en cuyo caso, la declaratoria de lesividad puede realizarse en tanto perduren sus efectos, corriendo el año aludido desde el cese definitivo de dichos efectos. En esa hipótesis, la eventual sentencia estimatoria dispondrá la nulidad únicamente para la inaplicabilidad futura del acto, constituyéndose en una excepción expresa al régimen de retroactividad*

*de las nulidades absolutas establecido por el ordinal 171 de la Ley General de la Administración Pública. Sin embargo, el ordenamiento procesal establece de manera expresa dos excepciones a este aspecto temporal de un año, según se anotó anteriormente, en relación con la tutela del dominio público, en los que la acción de lesividad no está sujeta a plazo por la aplicación de la cláusula general de imprescriptibilidad de ese tipo de bienes, según se deriva de manera expresa en el ordinal 34 inciso 2) del Código Procesal Contencioso Administrativo (y tratándose de bienes incorporados al patrimonio natural del Estado, de manera expresa en el artículo 14 de la Ley Forestal) y en la materia tributaria, en la cual el artículo 41 inciso 2) del Código Procesal de esta Jurisdicción señala que el plazo máximo para incoar el proceso será el mismo que disponga el ordenamiento jurídico como plazo de prescripción para el respectivo derecho de fondo que se discute. Precisamente, si no se cumple el aspecto temporal de la lesividad, las partes –e incluso de oficio el juez tramitador o decisor– pueden determinar la existencia de una caducidad de la acción en los términos del artículo 39 Ídem. (00089-2013, 2013)*

En el caso de que la Administración se encuentre dentro de dicho plazo, de previo a recurrir a la vía jurisdiccional el jerarca de la institución deberá declararlo lesivo a los intereses públicos, económicos o de cualquier otra naturaleza, para hacer dicha declaratoria no resulta necesario darle audiencia a las partes, pues es en

el procedimiento jurisdiccional que los eventuales afectados tendrán oportunidad de exponer sus alegatos.

En el supuesto de que la administración remita a la vía jurisdiccional la solicitud de declaratoria de nulidad absoluta o relativa de un contrato sin contar con dicha declaratoria de contrato lesivo, el juez deberá declararla inadmisibile. Al respecto continúa la anterior sentencia señalando:

*c) En lo que respecta al orden procedimental, se impone que la Administración Pública respectiva declare la lesividad del acto, sea por lesión a intereses económicos, fiscales o de otra índole que se desprendan del interés público; lo que debe ser establecido dentro de un marco de acciones internas de la Administración que son impostergables para formular la acción. Se aclara que para ello no requiere de audiencia al tercero, ya que es dentro del proceso judicial que el tercero podrá establecer sus alegatos de defensa. Ahora bien, cuando el acto emane de la Administración Central (Ministerio), la demanda solo podrá ser incoada por la Procuraduría General de la República (artículo 16 de la Ley número 8508), previo pedimento del jerarca máximo supremo y previa declaratoria interna de lesividad, con detalle de los motivos de ese criterio. Si es el caso de las administraciones públicas descentralizadas, deberá declararla el órgano superior supremo de la jerarquía administrativa. Como se ha venido indicando, en este caso, consta dicha declaratoria de lesividad, emanada del jerarca de la institución accionante, y es más, se verificó*

*un procedimiento administrativo, inicialmente tendente a declararse en sede administrativa la nulidad absoluta del acto impugnado ahora, y luego de conferirse audiencia a A AC de P del S (COOPROSUR R.L.) dio como resultado el informe del Órgano Director (Asesoría Legal Región Brunca), de las diez horas del once de mayo del dos mil diez, que recomendó declarar lesivo el acuerdo del Artículo XIV de la sesión ordinaria 037-98, de la Junta Directiva, como en efecto se hizo posteriormente. (00089-2013, 2013)*

En vía jurisdiccional, el juez otorgará audiencia a las partes para que discutan la existencia de la nulidad absoluta o relativa del contrato, y finalmente, será el juez quien mediante sentencia firme declare la nulidad absoluta o relativa del contrato.

Para clarificar aún más lo hasta aquí estudiado, podemos afirmar que la nulidad es absoluta, evidente y manifiesta se puede declarar en sede administrativa, tanto por la administración previo dictamen favorable de la Contraloría General de la República, como por el propio órgano contralor en forma oficiosa o a solicitud de interesado.

Para declarar la nulidad absoluta o relativa, la administración debe declarar el contrato como lesivo y posteriormente, acudir a la vía jurisdiccional para que dentro de un proceso contencioso administrativo de lesividad se anule el contrato.

## **5. Conclusiones**

Con el fin de salvaguardar el correcto funcionamiento de una institución pública y proteger los derechos de los ciudadanos se considera que todo acto administrativo es válido y se debe ejecutar; lo cual es de especial interés en el tema de contratos públicos en donde la Administración Pública requiere de los insumos que contrató para operar y a su vez otorga seguridad jurídica y tutelar los intereses del contratista.

No obstante, existen supuesto bajo los cuales se puede declarar la nulidad de dicho contrato, ahora bien, al ser un contrato administrativo un acto que otorga derechos subjetivos debe necesariamente seguir el procedimiento administrativo correspondiente otorgándole el debido proceso al contratista que se vería afectado con dicha nulidad.

La nulidad absoluta evidente y manifiesta puede ser declarada en sede administrativa por la propia administración que emitió el contrato público contando con el dictamen favorable de la Contraloría General de la República, o bien, de manera oficiosa por el órgano contralor; mientras que para declarar la nulidad absoluta o relativa es necesario acudir a un procedimiento jurisdiccional de lesividad habiendo declarado previamente el contrato como lesivo a los intereses de la administración.

Lo anterior con el fin de otorgarle mayores garantías al Estado y al contratista a quién se le otorgó un derecho subjetivo con dicha contratación.

## 6. Bibliografía

R-DJ-072-2010 , 072 (División de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República de Costa Rica 23 de Febrero de 2010).

R-DCA-257-2012 , 257 (División de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República de Costa Rica 29 de mayo de 2012).

00083-2013, 00083 (Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VII 21 de Noviembre de 2013).

00089-2013, 00089 (Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VII 13 de Diciembre de 2013).

00113-2013, 00113 (Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VIII 06 de Diciembre de 2013).

00407-2014, 00407 (Sala Primera de la Corte 20 de Marzo de 2014).

C-206-2014, 206 (Procuraduría General de la República 26 de Junio de 2014).

R-DCA-011-2014 , 011-2014 (División de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República 09 de enero de 2014).

Arroyo Chacón, J., & Bolaños Gonzalez, J. (2013). Régimen Jurídico de los contratos. En J. Arroyo Chacón, & J. Bolaños Gonzalez, *Derecho Empresarial II*. San José, Costa Rica: EUNED.

Asamblea Legislativa. (2006). *Decreto Ejecutivo N° 33411 denominado Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa*. San José, Costa Rica: SINALEVI.

Asamblea Legislativa. (2006). *Ley N° 8508 denominado Código Procesal Contencioso-Administrativo* . San José, Costa Rica : SINALEVI.

Asamblea Legislativa. (2009). *Ley N° 6227 denominada Ley General de la Administración Pública* . San José, Costa Rica: SINALEVI.

Capitant, H. (1986). *Diccionario Vocabulario Jurídico*. Argentina: Ediciones Depalma.

Fernández Vázquez, E. (1981). *Diccionario de Derecho Público*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.

# LA CONFIANZA LEGÍTIMA

Carlos Mata Coto \*

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. El principio de protección de la confianza legítima (concepto, naturaleza jurídica y orígenes). 3. La doctrina de la intangibilidad de los actos propios en el derecho público costarricense. 4. El principio de protección de la confianza legítima en el derecho público costarricense. 5. El principio de protección de la confianza legítima como razón justificativa de la responsabilidad del Estado legislador. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

## 1. Introducción

Las administraciones públicas y sus funcionarios tienen la obligación de cumplir con el principio de legalidad; resulta ser un principio de rigor aplicativo en el derecho administrativo, y que es invocado en los escritos de los litigantes al momento de exigirse que las conductas administrativas se apeguen a derecho. Para los profesionales en derecho, todo inicia desde los cursos

de derecho público, en que se introduce el estudio de la organización de la administración pública<sup>1</sup>.

Los funcionarios públicos cuentan con amplias facultades para la obtención de los fines públicos, y es conocido por todos la discrecionalidad administrativa con la que cuentan, por la lógica de sus actuaciones<sup>2</sup>, de elegir y de toma de decisiones<sup>3</sup>, dentro de los límites de la ley<sup>4</sup>.

Las administraciones públicas deben actuar de conformidad con el principio de legalidad, respetar la ley y la Constitución, y en tal sentido, los administrados esperan y confían en que las actuaciones de las administraciones públicas son de conformidad con el derecho y la justicia.

Las administraciones públicas se deben al interés público<sup>5</sup>; los funcionarios deben cumplir con la legalidad, y sus actuaciones deben ser de conformidad con lo que dicta la ley<sup>6</sup>, pero

1 \* Doctor en derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Especialización en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas, por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid. Abogado litigante.

Así, el artículo 11 de la Constitución y, el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública.

2 Así, los artículos 15 y 17 de la Ley General de la Administración Pública.

3 Vid. PAREJO ALFONSO, L., *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 121.

4 Vid. SÁNCHEZ MORÓN, M., *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 67.

5 Así, el artículo 113 de la Ley General de la Administración Pública.

6 Al respecto señala Piero CALAMANDREI, «reforzamiento de la autoridad del Estado quiere decir, ante todo, reforzamiento de la autoridad de las leyes: donde la ley está desacreditada no puede haber un Estado fuerte, la fuerza de los Estados está en función de su legalidad». Vid. Fe en el Derecho, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 93.

a la vez deben cumplir con los principios de eficacia y eficiencia<sup>7</sup>. Los principios jurídicos fundamentan el ordenamiento jurídico<sup>8</sup>. El tema de los principios en el derecho público se ha constituido en un asunto recurrente, incluso en algunos casos se ha empleado con abuso<sup>9</sup>. En la actualidad es común la invocación de principios jurídicos en sede administrativa y jurisdiccional, tales como la buena fe, la seguridad jurídica y la confianza legítima.

La invocación de la confianza legítima de los administrados, lo es en el tanto se presume la legalidad de las actuaciones de las administraciones públicas, para ello, procederemos al estudio de ese principio, de su alcance y sus posibilidades de formulación en el ordenamiento jurídico.

## 2. El principio de protección de la confianza legítima (concepto, naturaleza jurídica y orígenes)

Las administraciones públicas deben actuar según la legalidad, en respeto de la esfera de libertad y la autonomía de los administrados; siendo así que éstos confían en que las actuaciones de las administraciones públicas se encuentran apegadas a derecho.

El principio de protección de la confianza legítima es un límite a la actividad del poder público, cuando se genere una confianza en los administrados, y así, impedir que dicha confianza sea vulnerada sin razón fundamentada, protegiendo la estabilidad de las situaciones jurídicas<sup>10</sup>.

7 Vid. *in totum*, VAQUER CABALLERÍA, M., — *El criterio de la eficiencia en el derecho administrativo*—, RAP, núm. 186, 2011, y; FIDONE, G., — *Eficacia y eficiencia en la reforma italiana de la Administración Pública (la llamada reforma Brunetta). De las medidas para la optimización de la productividad del empleo público a la «acción por la eficiencia»*—, RAP, núm. 186, 2011. Así, SSC N° 11222-2003, de 30 de setiembre, fundamento jurídico 3°.

8 Vid. al respecto, BELADIEZ ROJO, M., *Los principios jurídicos*, Thomson Reuters-Civitas-Aranzadi, Navarra, 2012, p. 129. Así, el artículo 1° del Código Civil y, el artículo 7 de la Ley General de la Administración Pública.

9 Vid. al respecto GONZÁLEZ PÉREZ, J., y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Thomson Reuters-Civitas-Aranzadi, Navarra, 2012, p. 188.

10 Vid. al respecto SANZ RUBIALES, I., — *El principio de confianza legítima, limitador del poder normativo comunitario*—, RDCE, núm. 7, 2000, p. 92. Para Caterina BALASSO, «el principio de la protección de la confianza legítima se presenta entonces como rector de la relación jurídica que se establece entre los particulares y el Estado, imponiéndole a éste el deber de reconocer el carácter legítimo que tiene las expectativas jurídicas fundadas en sus actuaciones reiteradas y, -en tal sentido-, imponiéndole también el deber de respetarlas, absteniéndose de modificarlas de manera irracional, brusca, intempestiva, sin la debida preparación en relación con los efectos que se generarán». Vid. — *El principio de protección de la confianza legítima y su aplicabilidad respecto de los ámbitos de actuación del poder público*—, RIDPA, núm. 6, 2006, p. 203. También, REY VÁZQUEZ, L. E., — *El principio de confianza legítima. Su posible gravitación en el derecho administrativo argentino*—, AFDUC, núm. 17, 2013, pp. 262-263.

Los orígenes del principio de protección de la confianza legítima se ubican en el derecho público alemán -en la década de los cincuenta del siglo XX<sup>11</sup>, para ser luego incorporado en el derecho comunitario, sobre lo que se ha referido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>12</sup>.

Así, ha señalado ese alto Tribunal<sup>13</sup>:

*22. A este respecto, procede recordar que el principio de la protección de la confianza legítima forma parte del ordenamiento jurídico comunitario (véase sentencia de 3 de mayo de 1978, Töpfer, 112/77, Rec. 1978, p. 1019) y que el cumplimiento de los principios*

*generales del Derecho comunitario se impone a cualquier autoridad nacional encargada de aplicar el Derecho comunitario (véase sentencia de 27 de septiembre de 1979, Eridania, 230/78, Rec. 1979, p. 2749). Por consiguiente, la autoridad nacional encargada de aplicar el régimen de las restituciones a la exportación en el ámbito de la organización común de los mercados agrícolas está obligada a respetar el principio de la protección de la confianza legítima de los operadores económicos.*

En el Common Law se encuentra la doctrina de las *legitimate expectations* paralelo al

11 Al respecto señala Felipe de VIVERO ARCINIEGAS, «es allí donde encontramos la consagración de la figura conocida como *vertrauensschutz*, que traduce literalmente — protección de confianza—. [ ] Se ha dicho que en la jurisprudencia prusiana aparecen desde 1892 intentos de aplicación de la teoría. Sin embargo, los fundamentos que se encuentran surgen de la aplicación del principio de buena fe. El derecho alemán ubica como punto de partida de la teoría la sentencia del OVG de Berlín del 14 de noviembre de 1956. Los hechos relatan la situación de una anciana viuda que se traslada del land en el que habitaba al land de Berlín. En donde residía había recibido el reconocimiento de una pensión correspondiente a su marido, que en vida había sido funcionario público. Al llegar al land de Berlín, y luego de haberse garantizado que su pensión sería abonada allí por parte de las autoridades competentes, éstas se percatan de que la resolución de reconocimiento era ilegal por un problema de competencia y emprenden su revisión. El tribunal niega la posibilidad de revisarla basado en la aplicación de la teoría de los actos propios». Vid. — La protección de la confianza legítima y su aplicación a la contratación estatal—, RDP, núm. 17, 2004, pp. 125-126. Viviana PONCE DE LEÓN SOLÍS por su parte nos señala, «sus orígenes pueden encontrarse en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán y del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo alemán de finales de la década de los cincuenta. Con todo, alguna doctrina considera que sus raíces se encuentran en el Código de Procedimiento Administrativo de la República Popular de Polonia, de 14 de junio de 1963». Vid. — La problemática invocación a la confianza legítima como límite a la potestad legislativa—, EC, núm. 1, 2014, p. 432. Para Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «del Derecho alemán y holandés asciende al Derecho comunitario, donde el TJCE le da carta de naturaleza al utilizarlo como principio general del Derecho comunitario». Vid. La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 92.

12 Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., — El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador—, RAP, núm. 159, 2002, p. 175; MEDINA ALCOZ, L., — Confianza legítima y responsabilidad patrimonial—, REDA, núm. 130, 2006, p. 285; FINK, E., — The Possibility of Protection of Legitimate Expectations in Recovery of Unlawful State Aid—, JI, XX, 2013, pp. 135-136.

13 Asunto 316/86, de 26 de abril de 1988, Hautzollant Hamburg, Rec. 2213. También ver el asunto 81/72, de 5 de junio de 1973, Comisión c. Consejo, Rec. 575. Para Paolo MENGOZZI, «la jurisprudencia comunitaria ha llegado a aplicarlo gracias a un two step analysis approach que comporta, de entrada y separadamente, la verificación de la idoneidad de actos de las instituciones comunitarias y de prácticas o comunicaciones de las mismas para dar lugar a una confianza legítima de los particulares; y, sucesivamente, la verificación de que la posibilidad de la protección concreta del mismo sea excluida por obra de actos de las instituciones por razón de los valores y objetivos tutelados o perseguidos por éstos respectivamente». Vid. — La jurisprudencia comunitaria relativa a la protección de la confianza legítima—, REEI, núm. 3, 2001, pp. 5-6.

desarrollo de la protección de la confianza legítima en el derecho europeo continental, y, así, la institución del *estoppel*, de su similar con los actos propios<sup>14</sup>.

La confianza legítima supone la garantía de una estabilidad para los administrados en las relaciones jurídico-administrativas ¿ como parte del Estado de Derecho?<sup>15</sup>; se plantea como un atenuante al rigor del principio de legalidad<sup>16</sup>, es decir, para reducir el uso abusivo de este principio.

El principio de protección de la confianza legítima tiene su origen en el principio de buena fe, y a la vez supone un enfrentamiento entre los principios de seguridad jurídica y de legalidad<sup>17</sup>, es decir, que a la vez deviene del principio de seguridad jurídica<sup>18</sup>.

Así, señala el Tribunal Constitucional español<sup>19</sup>:

*4. Así las cosas, es claro que en el ciudadano y en los profesionales del Derecho la expresa dicción del Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, publicado en el BOE de 12 de enero de 2001,*

*pudo generar un criterio merecedor de protección, al amparo del principio de confianza legítima, derivación del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) en un Estado de Derecho (art. 1.1 CE). La idea material contenida en ese principio impide, en este caso, quebrantar en perjuicio de los derechos del ciudadano la confianza que había sido generada por un acto del poder público conforme al cual aquéllos podían haber configurado la decisión relativa a su actuación procesal.*

Y ha señalado el Tribunal Supremo español, Sala de lo Contencioso<sup>20</sup>:

*Pues bien, además de la doctrina de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional apuntada por la representación de la parte apelante -que esta Sala que ahora enjuicia considera, en principio, correcta- se ha de considerar que en supuestos sustancialmente semejantes al presente, este Tribunal que ahora resuelve en apelación, tie-*

14 Vid. COVIELLO, P. J. J., — *La confianza legítima*—, EJ, núm. 11, 2013, p. 29; CARTWRIGHT, J., — *Protecting Legitimate Expectations and Estoppel in English Law*—, EJCL, vol. 10.3, 2006, pp. 1 y 6; GROVES, M., “*Substantive Legitimate Expectations in Australian Administrative Law*”, MULR, vol. 32(2), 2008, p. 472.

15 Vid. LORENZO DE MEMBIELA, J. B., — *El principio de confianza legítima como criterio ponderativo de la actividad discrecional de la Administración Pública*—, RAP, núm. 171, 2006, p. 252.

16 Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Comentarios...*, p. 250.

17 Vid. VIVERO ARCINIEGAS, F. de, — *La protección* —, p. 123.

18 Vid. al respecto GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., *Técnica legislativa y seguridad jurídica: ¿hacia el control constitucional de la calidad de las leyes?*, Civitas-Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2010, p. 22. Al respecto señala Iñigo SANZ RUBIALES, «*la fuente de la confianza legítima se encuentra en el principio de seguridad jurídica. Así lo han venido entendiendo la jurisprudencia alemana y comunitaria, y la doctrina especializada*». Vid. — *El principio...*—, p. 99. *La confianza legítima es un principio debatido sobre sus efectos en el ordenamiento jurídico y su estabilidad, así, para Raúl LETELIER WARTENBERG, «la confianza legítima, al contrario, produce seguridad solo en el individuo beneficiado y no a nivel de sistema jurídico*». Vid. — *Contra la confianza legítima como límite a la invalidación de actos administrativos*—, RCD, núm. 2, 2014, p. 624.

19 STC núm. 222/2003, de 15 de diciembre.

20 STS núm. 725, de 22 de marzo de 1991, fundamento de derecho 3°.

ne declarado que «en el conflicto que suscita la prevalencia entre los principios de legalidad y seguridad jurídica», ambos garantizados por el art. 9.º3 de la Constitución, en relación con la conformidad o disconformidad a derecho de los actos administrativos, cuando concurren a la vez determinadas circunstancias amparadas por otro principio jurídico, como un «plus» al principio constitucional considerado, tiene primacía el principio de «seguridad jurídica» que dicha Ley Fundamental garantiza. Ésto ocurre cuando a la vez incide el principio, que aunque no extraño al de la bona fides de nuestro tradicional ordenamiento jurídico, ha sido acuñado por reiteradas Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y también asumido por la jurisprudencia de esta Sala que ahora enjuicia, en numerosas Sentencias de las que son una muestra las de 28 de febrero de 1989, 1 de febrero de 1990 y 1 de marzo de 1991, consistente en el denominado «principio de protección de la confianza legítima», que ha de amparar a los ciudadanos en sus relaciones con la Administración, ya que ésta por imperativo del art. 103.1 viene obligada a actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho; cuyo actuar genera en aquél una fundada creencia o confianza en la legalidad de los actos que la Administración realiza y definitivamente produce, y si bien no basta para ello cualquier

tipo de convicción meramente psicológica o impacto emocional que el ciudadano reciba, sí es suficiente la creencia o confianza de éste, fundada en signos o actos externos que la Administración manifiestamente realiza, deducida razonablemente, con fuerza suficiente para moverle a realizar u omitir una conducta o actividad que, directa o indirectamente, repercute en su esfera patrimonial, máxime cuando tal creencia o confianza le conduce a realizar unos actos que le originen unos gastos que, en el supuesto de no mediar dichas circunstancias, no hubiera realizado y, por ende, no habría de soportar.

El principio de protección de la confianza legítima impide actuaciones arbitrarias de las administraciones públicas, en que se quebrante la confianza que los administrados han depositado en situaciones jurídicas<sup>21</sup>. Es así que las administraciones deben actuar de forma justa y razonable, de lo cual también deriva la confianza legítima<sup>22</sup>.

En cuanto a la integración del principio en una ley, en España, es de interés el artículo 3, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común<sup>23</sup>, que señala:

*Artículo 3. Principios generales.*

1. *Las Administraciones públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con*

21 Vid. RODRÍGUEZ-ARANA, J., — *El principio general del derecho de confianza legítima*—, CJ, núm. 4, 2013, p. 62.

22 Vid. FLANAGAN, R., “*Legitimate expectation and applications – an outdated and unneeded distinction*”, CLR, número 2, 2011, p. 284.

23 BOE núm. 285, de 27 de noviembre de 1992. Así, redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992. BOE núm. 12, de 14 de enero de 1999.

*los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho.*

*Igualmente, deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima.*

2. *Las Administraciones públicas, en sus relaciones, se rigen por el principio de cooperación y colaboración, y en su actuación por los criterios de eficiencia y servicio a los ciudadanos.*
3. *Bajo la dirección del Gobierno de la Nación, de los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas y de los correspondientes de las Entidades que integran la Administración Local, la actuación de la Administración pública respectiva se desarrolla para alcanzar los objetivos que establecen las leyes y el resto del ordenamiento jurídico.*
4. *Cada una de las Administraciones públicas actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única.*
5. *En sus relaciones con los ciudadanos las Administraciones públicas actúan de conformidad con los principios de transparencia y de participación.*

Ahora, si toda actuación de la Administración Pública debe ser conforme a la ley, y es así como lo espera el administrado, no es acaso que la confianza tiene un origen psicológico y, que dicha confianza ha existido según el orden lógico de la organización administrativa del Estado, siendo así que las exigencias de fundamentación de toda actuación y acto de las administraciones públicas, demandan la lealtad a la ley y, la confianza de titulares de un derecho subjetivo, o así de un interés legítimo.

Mediante un acto o conducta la administración pública favorece a un administrado, éste obtiene un beneficio, existe un derecho subjetivo; el administrado confía en la administración pública, cuyo acto administrativo o conducta tiene apariencia de legalidad, siguiendo la teoría de la apariencia, de lo aparente sobre lo real<sup>24</sup>.

Se evita entonces que el derecho otorgado al administrado sea suprimido por una decisión administrativa, en que se ha generado una confianza; incluso, en tratándose de cambios en las políticas públicas<sup>25</sup>.

### **3. La doctrina de la intangibilidad de los actos propios en el derecho público costarricense**

Las relaciones entre los sujetos se sustentan en el principio de buena fe, y así el ejercicio de los derechos; toda contratación entre las partes se rige por el principio de buena

<sup>24</sup> Vid. SALAH ABUSLEME, M. A., — *Las doctrinas de los actos propios y de la protección a la apariencia: una mirada comparativa*—, RMDD, núm. 2, 2008, p. 197; FAUVARQUE-COSSON, B., — *La confiance légitime et l'estoppel*—, EJCL, vol. 11.3, 2007, p. 25.

<sup>25</sup> Vid. ANTHONY, G., — *Procedimiento, Derecho material y proporcionalidad: el principio de confianza legítima en el Derecho administrativo del Reino Unido*—, DA, núms. 263-264, 2002, p. 331.

fe, de un alcance moral, de cumplimiento y compromiso, y de los efectos jurídicos por las actuaciones de los sujetos<sup>26</sup>.

Al respecto señala el Código Civil:

*Artículo 21.- Los derechos deberán ejercitarse conforme con las exigencias de la buena fe.*

*No se puede ir en contra de los actos propios, lo que encuentra sus raíces en el derecho privado, pero también tiene su desarrollo en el derecho público, y en concreto, en el derecho administrativo<sup>27</sup>.*

Señala el artículo 34, de la Constitución:

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

La administración pública que mediante un acto administrativo, acto propio, otorga un derecho subjetivo a un administrado, y que posteriormente pretende suprimirlo por otro

acto administrativo, sin que medie justificación alguna de nulidad absoluta, ni razones de interés público, hace que devenga en ilegal este acto, contrario a derecho, y es así que ante el juez contencioso-administrativo el administrado tiene la posibilidad de solicitar como medida cautelar la suspensión del acto administrativo que pretende suprimir el derecho subjetivo otorgado. El acto administrativo que otorga un derecho subjetivo, implica una situación consolidada para al administrativo, que disfruta en su esfera particular<sup>28</sup>.

Ha señalado la Sala Constitucional<sup>29</sup>, de la Corte Suprema de Justicia:

*II. De este modo, el artículo 54 de la Ley General de Migración y Extranjería adolece de un problema de constitucionalidad, que debe verse referido a la doctrina de los actos propios de la Administración, cuyo fundamento constitucional se encuentra en el artículo 34 de la Carta Política, referido al principio de irretroactividad de las leyes, en perjuicio de los derechos adquiridos*

26 Vid. CARRETERO SÁNCHEZ, S., — *Un reducto para la libertad del juez: la doctrina de los actos propios y la buena fe*—, ADH, vol. 4, 2003, p. 20; también BAUDRIT CARRILLO, D., *Derecho Civil IV, Volumen I, Teoría General del Contrato*, Juricentro, San José, 1990, p. 68.

27 Vid. GIMENO SENDRA, V., SABORÍO VALVERDE, R., GARBERÍ LLOBREGAT, J., y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Derecho Procesal Administrativo Costarricense*, Juricentro, San José, 1994, p. 501. Del catálogo de tópicos jurídicos de Gerhard STRUCK en su estudio *Topische Jurisprudenz*, sobre la relevancia de los tópicos jurídicos en la legislación y jurisprudencia alemanas, Chaim PERELMAN destacó algunos de los loci, entre ellos, el número 28, «venire contra factum proprium: no se puede atacar lo que resulta del propio hecho. En derecho administrativo esta regla obliga a la Administración a conformarse con las reglas que ella misma ha instituido: patere legem quam ipse fecisti». Vid. *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 119 y 123. Como señala Mariana BERNAL FANDIÑO, «desde el derecho romano, encontramos la regla del venire contra factum proprium non valet, según la cual nadie puede cambiar su propio designio en perjuicio de otro». Vid. — *La doctrina de los actos propios y la interpretación del contrato*—, *Vniversitas*, núm. 120, 2010, p. 255. Para Miguel SÁNCHEZ MORÓN, «se trata de una exigencia de coherencia en el comportamiento, esto es, en las relaciones jurídicas, que enlaza directamente con el principio de buena fe y el de confianza legítima». Vid. «Venire contra factum proprium non valet», *DA*, núms. 263-264, 2002, p. 228.

28 Vid. ORTIZ ORTIZ, E., *Tesis de Derecho administrativo, II, Stradtmann*, San José, 2000, p. 374.

29 SSC N° 2754-93, de 15 de junio.

de los particulares. Si conforme a este principio, los derechos adquiridos constituyen una restricción para el legislador, en el ejercicio de su función, con mucha más razón este límite rige también para la Administración, que pretenda eliminar en la vía administrativa un derecho subjetivo, previamente concedido. Siguiendo la citada teoría de la intangibilidad de los actos propios, expresada con el apotegma *venire contra factum proprium non valet*, a la Administración le está vedado suprimir por su propia acción aquellos actos que haya emitido, que confieran derechos subjetivos a los particulares. Así, los derechos subjetivos constituyen un límite respecto de las potestades de revocación -o modificación- de los actos administrativos con el fin de exigir mayores garantías procedimentales para ejercer las potestades de autotutela estatales. Al respecto ha señalado el Tribunal Supremo español en sentencia del 21 de noviembre de 1974: "...al haber ya una licencia concedida cuando se produjeron en sentido contrario los acuerdos referidos, éstos han de anularse, so pena de conculcar el principio que impone el respeto a los derechos adquiridos y el que consagra la sujeción a los actos propios." De este modo, se observa que la Administración al emitir un acto y con posterioridad emanar otro contrario al primero, en menoscabo de derechos fundamentales, está violentando no sólo el principio enunciado, sino también los derechos que a través del primer acto había concedido. La única vía que el Estado tiene para eliminar

un acto suyo del ordenamiento es el proceso jurisdiccional de lesividad, -con las excepciones que más adelante se dirán- pues este proceso está concebido como una garantía procesal a favor del administrado, impidiendo que el interés del Estado prevalezca sobre sus derechos, sin haberse demostrado que verdaderamente se está en la presencia de un interés público (vid. artículos 10 párrafo cuarto y 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa). En nuestro ordenamiento existe la posibilidad de ir contra los actos propios en la vía administrativa, pero en las hipótesis excepcionales de revocatoria, establecida en el artículo 155 de la Ley General de la Administración Pública y de nulidad absoluta evidente y manifiesta, prevista en el artículo 173 de la misma Ley. Para aquellos casos no contemplados en las citadas excepciones, reiteramos, la única posibilidad de supresión reside en el proceso de lesividad, de conformidad con las disposiciones que al respecto preceptúan la Ley General de la Administración Pública y la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Así, la Ley General de la Administración Pública, que cumple una función medular en la regulación de los actos y límites del Estado, desarrolla en el campo administrativo mediante los ya citados artículos 155 y 173, y en el numeral 308, la aplicación del principio de irretroactividad, estableciendo canales específicos, de obligatorio acatamiento para la Administración, cuando ésta pretenda eliminar a un particular, un derecho.

Por disposición del artículo 10.5), del Código Procesal Contencioso-Administrativo, la Administración podrá impugnar un acto propio, firme y creador de algún derecho subjetivo, cuando el superior jerárquico supremo haya declarado, en resolución fundada, que es lesivo a los intereses públicos, siendo así el proceso de lesividad<sup>30</sup>, una excepción a la doctrina de la intangibilidad de los actos propios<sup>31</sup>.

Ha señalado el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, sección séptima<sup>32</sup>:

**VI.-DE LOS PRESUPUESTOS DEL PROCESO DE LESIVIDAD.-** *De previo al análisis sustantivo del caso concreto, estima necesario este Tribunal examinar el cumplimiento de los diversos presupuestos que impone el ordenamiento jurídico para la interposición de un proceso de lesividad, siendo que la ausencia de uno de estos elementos haría innecesario el examen de fondo. Cabe advertir que el análisis de estos presupuestos deviene en una práctica oficiosa para el Juzgador, por constituirse en elementos esenciales de la acción, y valga la indicación, que tanto el personero del instituto accionante como la representación del Estado, durante la Audiencia Preliminar, en la fase de conclusiones, hicieron referencia a estos elementos. Debemos recordar que los procesos de lesividad están dispuestos como una garantía para*

*el administrado en tanto se parte del principio de intangibilidad de los actos propios, como derivado directo de los artículos 34 y 45 de la Constitución Política, en los que se recoge la protección a los derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas, que impiden, en principio, que la Administración revierta en forma arbitraria o antojadiza los actos declarativos de derechos subjetivos, por lo que, debe acudir a la intervención de los órganos jurisdiccionales para la impugnación de éstos por estimarlo “lesivo “ =del interés público, por razones de orden económico o de otra naturaleza=, sobre la base de una nulidad absoluta no evidente y no manifiesta o relativa, lo que conlleva a su pretensión de eliminación del mundo jurídico, proceso en el que se debe seguir la garantía del debido proceso constitucional, como derecho fundamental. En efecto, en diversos fallos =entre otros, ver las sentencias número 2753-93, 4596-93, 585-94, 2186-94, 2187-94 y 899-95=, la Sala Constitucional desarrolló la doctrina de la intangibilidad de los actos propios, la que, inclusive dotó de rango constitucional, al sustentarla en los principios de irretroactividad e intangibilidad del patrimonio (artículos 34 y 45 de la Constitución Política); en virtud del cual, cuando exista un acto declaratorio de derechos subjetivos, éste deviene inmodificable para la Administración, salvo que utilice las*

30 Así, el artículo 34 del Código Procesal Contencioso-Administrativo. Vid. QUADRA-SALCEDO, T. de la, — La revisión de los actos y disposiciones nulos y anulables y la revocación de actos—, DA, núms. 254-255, 1999, p. 251.

31 Vid. JINESTA LOBO, E., Manual del Proceso Contencioso-Administrativo, Ius Consultec-Ejc, San José, 2008, p. 67.

32 STCA N° 89-2013-VII, de 13 de diciembre.

vías previstas por el ordenamiento jurídico para su revocación o anulación, reguladas en los artículos 154 y 155, 173 y 183 de la Ley General de la Administración Pública y 34 del Código Procesal Contencioso Administrativo, previo cumplimiento, en los dos primeros casos, del procedimiento administrativo ordinario. Así, ha señalado: “[...] existe en derecho un principio general según el cual nadie puede volver sobre sus propios actos, sin embargo en lo que respecta a los actos emanados de la Administración en ejercicio de sus funciones opera el principio general de que los actos administrativos son esencialmente revocables existiendo sin embargo una excepción, cual es que los actos administrativos no son revocables cuando crean, declaran o reconocen derechos en favor de terceros siempre y cuando esos actos hayan sido dictados en cabal cumplimiento de los requisitos esenciales para su validez cuales son el objeto, competencia, voluntad y forma, pues en caso de que no cumplan tales requerimientos precisamente por ser actos que crean, declaran o reconocen derechos podrían engendrar nulidad absoluta o relativa la cual es declarada a partir de procedimientos previamente establecidos por ley [...]” (sentencia de la Sala Constitucional número 5808-93, de las dieciséis horas cuarenta y dos minutos del diez de noviembre de mil novecientos noventa y tres). Con ello no se está desconociendo a la Administración Pública la facultad de revocar y modificar sus propias decisiones; pero se sabe que ésta

no es totalmente libre, sino que debe sujetarse a los límites =ya señalados= dispuestos expresamente por el legislador, y que, por interpretación de la Sala Constitucional, se constituyen en garantía de la legitimidad de la actuación de la Administración, y en derecho para el administrado. Así, en los numerales 10 inciso 5) y 34 supra citado y 173 y 183. 3 de la Ley General de la Administración Pública (número 6227) se prevé el proceso de lesividad respecto de aquellas situaciones en las cuales el acto presente una nulidad que no resulte evidente y manifiesta o relativa; pero con las siguientes características: en primer lugar, **que se trate de un acto declaratorio de derechos subjetivos**, entendiendo como tal el “... poder de obrar válidamente dentro de ciertos límites, y / o de ser beneficiario de la conducta pública, exigiendo del Poder Público (y en concreto de la Administración), por un medio coactivo si es preciso, la conducta concreta y específica correspondiente, otorgada por el Ordenamiento Jurídico a ese o esos sujetos para la satisfacción de sus fines o intereses” (González Camacho Oscar, La Justicia Administrativa. Tomo II, Investigaciones Jurídicas S.A., San José. Costa Rica 2002, pág. 178); en segundo lugar, **que el acto sea lesivo a los intereses públicos o a los intereses económicos del Estado**, por lo que al hacer la valoración correspondiente, el juzgador habrá de determinar si efectivamente se ha producido una afectación del interés común o general, o de las finanzas públicas; y en tercer lugar, **que el acto en cuestión debe estar viciado de**

**nulidad**, es decir, que dicho acto no cumpla los requisitos sustanciales para su validez, en tanto éste no resulte conforme con el ordenamiento jurídico, entendido éste más allá del concepto restringido y erróneo que lo conceptúa como la norma aplicable a un caso particular, conforme a lo dispuesto en el artículo 158 de la Ley General de la Administración Pública. Así los elementos a tomar en cuenta para establecer la validez del acto son amplios: “Deben incluirse como componentes del parámetro de legalidad o invalidez, por consiguiente, los principios generales del derecho, la jurisprudencia y la costumbre (artículos 6 y 7 LGAP) y, adicionalmente, normas de carácter metajurídico, en sentido estricto, pero debidamente positivizadas o incorporadas al ordenamiento jurídico como las reglas unívocas o de aplicación exacta de la ciencia y de la técnica y los principios elementales de la lógica, justicia o conveniencia (artículos 158, párrafo 4º, 160, 15, 16 y 17 de la LGAP).” (Jinesta Lobo Ernesto, *Tratado de Derecho Administrativo Tomo I*, Biblioteca Jurídica Diké. Primera edición, Bogotá Colombia. 2002, págs 396 y 397); [ ].

Siendo que un acto administrativo otorga un derecho subjetivo al administrativo, en que no existe una lesión al interés público, ni nulidad absoluta evidente y manifiesta, el acto es intangible por la administración pública. Pretender la nulidad de dicho acto, sea mediante otro acto administrativo,

resultaría ilegal y, se diría hoy día, contrario al principio de protección de la confianza legítima.

#### **4. El principio de protección de la confianza legítima en el derecho público costarricense**

En el derecho costarricense, en el campo del derecho público, el principio de protección de la confianza legítima se ha invocado en la jurisdicción contencioso-administrativa y la jurisdicción constitucional.

Para el Tribunal Contencioso-Administrativo, sección segunda<sup>33</sup>:

**VII.- DE LA PROTECCION DE LA CONFIANZA LEGITIMA EN EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD DEL COMERCIO:** *El principio de protección de la confianza legítima surge en la República Federal Alemana para luego permear los sistemas de justicia europeos, a partir de una sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Este principio, no es más que un derivado del constitucional de seguridad =consistente en el saber a qué atenerse=. Sin duda alguna, se trata, también, de una manifestación del principio general de la buena fe, que tiene aplicación en todos los campos del derecho, incluido, desde luego, el Derecho Administrativo y Municipal. La doctrina del Derecho Público ha abierto espacio a la aplicación del principio de la confianza legítima cuando hay*

33 STCA N° 330-2005, de 22 de julio.

*signos externos de la Administración que le permiten concluir al particular, razonablemente, que su actividad es legítima. Debe existir, por ello, un acto administrativo que otorgue confianza, en términos que le permita pensar que sus expectativas son razonables. Paralelamente, debe haber surgido una situación jurídica individualizada, en cuya estabilidad confía el administrado que, ha cumplido con los deberes y obligaciones correspondientes, es decir, cree firmemente, =a partir de los signos que ha recibido de la administración-, que su actuación se encuentra ajustada al bloque de legalidad, que no ha querido infringir. Ahora bien, la inobservancia de este principio tiene consecuencias resarcitorias para el ente público, si con ello se frustran expectativas legítimas y derechos subjetivos, sin acudir a los causes establecidos (doctrina de los numerales 190 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública).*

Es el caso, en que una administración pública mediante un acto administrativo otorga un derecho subjetivo a un administrado. El beneficio está otorgado, la persona empieza a disfrutar de su derecho, confía en la legalidad del acto, pero posteriormente la administración pública pretende la invalidación de dicho acto administrativo aduciendo una nulidad sobrevenida, por supuestos hechos que modifican el acto administrativo que otorgó el derecho subjetivo, sin que exista una lesión al interés público; por la confianza legítima, el administrado merece la protección de

su derecho. Cualquier acto administrativo posterior que pretenda dejar sin efecto el acto que otorgó el derecho subjetivo, deviene contrario incluso al principio de legalidad, y, por la lesión al derecho subjetivo, el administrado tiene derecho a su restitución, y a la indemnización por los daños ocasionados.

También, ha señalado el Tribunal Contencioso-Administrativo, sección cuarta<sup>34</sup>:

**II) SOBRE EL FONDO: [...] II.3)- SOBRE LA CONFIANZA LEGÍTIMA Y LOS DERECHOS SUBJETIVOS DEL ADMINISTRADO OBTENIDOS DE BUENA FE:** *Sobre este tema es relevante indicar que los derechos subjetivos se amparan en los principios de seguridad jurídica, intangibilidad de los actos propios de la Administración Pública, el de buena fe y confianza legítima. [ ] la confianza legítima es un saber a que atenerse válidamente, es reconocer la buena fe del administrado para no someterlo a los cambios políticos. Siendo importante indicar que este principio se concreta fundamentalmente en la teoría de la intangibilidad de los actos propios declaratorios de derechos para el administrado [ ].*

Mediante la doctrina de la intangibilidad de los actos propios se hace valer un derecho subjetivo que se pretende invalidar.

El principio de protección de la confianza legítima tiene un valor tangencial y accesorio a esa doctrina e incluso dependiente.

<sup>34</sup> STCA N° 84-2013, de 16 de setiembre.

Para la Sala Primera<sup>35</sup>, de la Corte Suprema de Justicia:

*VIII.-[ ]La aplicación del principio de confianza legítima tiene como presupuesto necesario que la Administración, mediante una o varias actuaciones, haya determinado el comportamiento del particular, quien puede presumir, con base en estas, la legitimidad de su conducta.*

El administrado presume que el acto por el que se le otorga un derecho es legal y, de allí, considera que ese derecho le pertenece y por tanto que toda actuación que realice es legítima; su confianza es legitimada por la autoridad de la administración pública otorgante del derecho.

Sobre el principio de protección de la confianza legítima, la Sala Constitucional ha señalado<sup>36</sup>:

**IV.-EL PRINCIPIO GENERAL DE PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA DEL CIUDADANO FRENTE A LOS PODERES PÚBLICOS.** *Sobre el desarrollo de este principio y su profunda raigambre constitucional, la doctrina nacional ha manifestado lo siguiente:*

*“Este principio surge en la República Federal de Alemania y, luego, es recogido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, para definir una situación digna de ser amparada al haber sido*

*violada la confianza puesta en la acción de la Administración Pública. El Tribunal Supremo Español, en su sentencia del 1º de febrero de 1990, consideró que este principio “... ha de ser aplicado, no tan sólo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa, unido a que, dada la ponderación de intereses en juego –interés individual e interés general- la revocación o dejación sin efectos del acto, hace crecer en el patrimonio del beneficiado que confió razonablemente en dicha situación administrativa, unos perjuicios que no tiene por qué soportar derivados de unos gastos o inversiones que solo pueden serle restituidos con graves perjuicios en su patrimonio”.*

*En cuanto a los requisitos del principio de confianza legítima, la doctrina española, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, ha establecido los siguientes:*

1. *Debe mediar un acto de la administración lo suficientemente concluyente para provocar en el afectado uno de los tres tipos siguientes de confianza: a)*

35 SSI N° 000093-F-S1-2011, de 3 de febrero.

36 SSC N° 10171-2010, de 11 de junio. Vid. la primera edición de Ernesto JINESTA LOBO, *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I (Parte General)*, Diké, Medellín, 2002, pp. 180-182. Vid. también, SSC N° 14443-2004, de 17 de diciembre; SSC N° 4295-2005, de 20 de abril; SSC N° 11412-2006, de 8 de agosto; SSC N° 5877-2007, de 27 de abril.

*confianza del afectado en que la Administración Pública actúa correctamente; b) confianza del afectado en que es lícita la conducta que mantiene en su relación con la Administración Pública, al existir un eventual error de prohibición; c) confianza del afectado en que sus expectativas como interesado son razonables.*

2. *La Administración Pública debe provocar signos (actos o hechos) externos que, incluso, sin necesidad de ser jurídicamente vinculantes, orienten al administrado hacia una determinada conducta que de no ser por la apariencia de legalidad creada no hubiere efectuado.*
3. *Un acto de la Administración Pública –v. gr. un reglamento– que reconoce o constituye una situación jurídica individualizada en cuya estabilidad confía el administrado.*
4. *La causa idónea para provocar la confianza legítima del afectado no puede provocarse por la mera negligencia, tolerancia, ignorancia de la Administración Pública o lo irracional de lo pretendido por el administrado.*
5. *El administrado debe cumplir los deberes y obligaciones que le competen.*

*El quebranto del principio de la confianza legítima provoca, indudablemente, varios efectos jurídicos de importancia, veamos:*

1. *Actúa como límite al ejercicio de las potestades discrecionales.*
2. *Opera como una garantía del principio de igualdad.*
3. *Provoca el deber de la Administración pública de resarcir la frustración de las expectativas legítimas y los derechos subjetivos lesionados.*

*El principio de la confianza legítima, junto con el de la buena fe en las relaciones jurídico-administrativas, dimana del principio de igualdad jurídica, esto es, la certidumbre de las relaciones con los poderes públicos, saber, el administrado, a qué atenerse con éstos, quienes deben evitar las situaciones objetivamente confusas y mantener las situaciones jurídicas aunque no sean absolutamente conformes con el ordenamiento jurídico. Este principio, se concreta, entre otros supuestos, con la teoría de la intangibilidad de los actos propios declarativos de derechos para el administrado, la limitación de los actos de gravamen y la irretroactividad. Encuentra aplicación, también, cuando una administración pública dicta y realiza una serie de actos y de actuaciones, que aunque jurídicamente incorrectas, generan una serie de expectativas en el administrado creyendo que ostenta una situación jurídica conforme con el ordenamiento jurídico. =JINESTA LOBO (Ernesto), Tratado de Derecho Administrativo =Parte General-, San José, IUSconsultec y Editorial Jurídica Continental, 2ª. Edición, 2009, pp. 294-296.*

La Constitución es defensora de los derechos subjetivos e intereses legítimos de los

administrados, que deben ser respetados y tutelados por las administraciones públicas, por lo que sus actuaciones legitiman el actuar de los administrados.

El principio de protección de la confianza legítima tiene un alcance subjetivo, a lo que ya ha venido resolviendo de manera objetiva la doctrina de la intangibilidad de los actos propios.

### **5. El principio de protección de la confianza legítima como razón justificativa de la responsabilidad del Estado legislador.**

El espíritu de la ley se presume conforme a la voluntad de un pueblo, en que la ley es justa para todos. La confianza en la ley es la confianza en el poder legislativo, en que las leyes responden a los intereses de la sociedad. Para Alexis de TOCQUEVILLE, «la legislatura es, de todos los poderes

políticos, el que obedece de más buena gana a la mayoría»<sup>37</sup>.

La responsabilidad patrimonial del Estado legislador no es una discusión pacífica en la doctrina<sup>38</sup>. La controversia de la responsabilidad del Estado legislador y los primeros intentos de reclamar indemnizaciones al respecto, se puede ubicar en el derecho francés, de la mano de la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>39</sup>.

El Estado es responsable de sus actos y de su conducta, cuando de ellos derive un daño para los administrados<sup>40</sup>. Ahora, ¿Debe ser el Estado responsable por los daños que ocasione a unos administrados la aplicación de una ley? ¿Y en caso afirmativo, implicaría tal responsabilidad del Estado legislador, la intromisión de otro poder en las funciones legislativas, quedando en duda la legitimidad democrática a ambos poderes? La separación de los poderes del Estado, es la idea de Charles Louis de Secondant, Barón de MONTESQUIEU, de que los

37 Vid. su obra *La Democracia en América*, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1996, p. 254.

38 Vid. GONZÁLEZ BOTIJA, F., — *Los principios de la jurisprudencia comunitaria y su influencia en la reciente doctrina del Tribunal Supremo sobre responsabilidad del Estado legislador*—, RDCE, núm. 6, 1999, p. 349.

39 Vid. JINESTA LOBO, E., “La responsabilidad del Estado legislador”, RDP, núm. 1, 2005, p. 50. Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, al respecto señala, «el tema de la reclamación pecuniaria contra la Administración por daños causados por actos legislativos se plantean muy tempranamente a la jurisdicción francesa, mucho antes de haber sido examinado científicamente por la doctrina. Con toda probabilidad, la causa de su planteamiento se debió a la estructura inicial del sistema de responsabilidad, basado en reconocimientos efectuados por leyes especiales. Durante el primer tercio del siglo, la generalidad de las leyes de reforma económica respetaron el principio de indemnización a los particulares afectados; pero este criterio comienza a romperse con la Ley de 12 de febrero de 1835. Esta norma, dictada para asegurar el rendimiento económico del monopolio estatal de tabacos, prohibió la fabricación, circulación y venta de los sucedáneos de este producto, forzando el cierre de diversas fábricas. La ley no preveía indemnización alguna, y la reclamación de M. DUCHATELIER, uno de los fabricantes afectados por el cierre, fue rechazada por el Conseil d'Etat en un arrêt de 11 de enero de 1838». Vid. — *La teoría de la responsabilidad del Estado legislador*—, RAP, núm. 68, 1972, p. 70. Señala Eduardo ORTIZ ORTIZ, «por arrêt La Fleurette, 14 de enero de 1938, el Consejo de Estado, siguiendo a su Comisario de Gobierno (Roujou), reconoció responsabilidades estatales por daño inferido a través de una ley. La sociedad en cuestión fabricaba un sucedáneo de la crema de leche, que la ley prohibió, en protección del comercio de la leche, no de la salud pública, pues el producto era químicamente inocuo. La actora tuvo que cerrar la fábrica. El C.E. otorgó la indemnización, aunque no lo dijera, atendiendo a la especialidad y anormalidad del daño». Vid. su obra *Expropiación y responsabilidad pública*, LII, San José, 1996, p. 64.

40 Así, los artículos 9 y 41 de la Constitución.

poderes no se encuentran en las manos de un solo sujeto<sup>41</sup>, para quien, «cuando el poder legislativo y el poder ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo, no hay libertad; falta la confianza, porque puede temerse que el monarca o el Senado, hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismos tiránicamente. No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos, como que el juez sería legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor»<sup>42</sup>.

El Estado creador de leyes, lo es por su soberanía y, así no es responsable; la irresponsabilidad del poder legislativo del derecho inglés<sup>43</sup>. La labor del legislador es de garantía para la democracia y su estabilidad política. Para sus defensores, su planteamiento filosófico se encuentra en el pensamiento de Jean-Jacques ROUSSEAU, quien señala que, «el principio de la vida política se encuentra en la autoridad soberana. El poder legislativo es el corazón del Estado; el ejecutivo, el cerebro que lleva el movimiento a todas partes. Un hombre puede imbecilizarse y la vida continuar; pero tan pronto como el corazón cesa en sus funciones, el animal muere. El Estado no subsiste por las leyes, sino en función del poder legislativo»<sup>44</sup>.

41 Vid. COMANDUCCI, P., *Hacia una teoría analítica del Derecho. Ensayos escogidos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, p. 108.

42 Vid. *El Espíritu de las Leyes, Libro Libre*, San José, 1986, p. 134.

43 Vid. JANER TORRENS, J. D., — *La influencia del derecho comunitario en la creación de un ius commune de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales—*, RDCE, núm. 11, 2002, p. 192, y; NÚÑEZ LEIVA, J. I., — *Vigencia del dogma de la irresponsabilidad del Estado legislador en el Estado constitucional de derecho. Ensayando bases para una teoría sobre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador—*, EC, núm. 1, 2011, pp. 279-280.

44 Vid. *El contrato social*, Edaf, Madrid, 2001, p. 153. Al respecto señala Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «DUGUIT comienza observando que la concepción rousseauiana de la Ley como soberana excluía que ésta pudiese ser nunca causa de una responsabilidad, pero uno de los dogmas duguitianos es la afirmación de que la soberanía es irreal e inexistente (su lugar central en el Derecho Público habría sido sustituido por el de servicio público: es una de sus tesis centrales), lo que hace que el Estado debe responder en cuanto «es asegurador respecto de los administrados de todo riesgo que resulte de su actividad general... incluso del riesgo resultante de la aplicación de una Ley». Y ello aunque la Ley sea conforme a lo que él llama el «Derecho superior», que no es para él la Constitución, por cierto, sino una serie de principios sociales de que el Estado se haría valedor y que surge de «la masa de las conciencias sociales». [ ] Desde ahora podemos afirmar que el pronóstico duguitiano de una generalización de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador no se cumplió en Estado alguno. Ni siquiera en Francia esos alegatos proféticos llegaron a cumplirse. La conciencia creciente, en efecto, de una solidaridad nacional no cuajó en esa insólita extensión de la técnica de la institución resarcitoria, sino en instituciones que parecen mucho más adecuadas y eficaces, como el perfeccionamiento del sistema tributario, la seguridad social, la política social de protección y de tutela de clases y sujetos desfavorecidos». Vid. *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho español*, Thomson-Civitas-Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 169-170. Para José Manuel RODRÍGUEZ URIBES, el ginebrino, «es antes un defensor de un Estado fuerte, democrático y paternalista, si se quiere, de un «Estado educador», republicano, pero en todo caso «de Derecho», que pretende concienciar a sus ciudadanos en el valor del bien común o, lo que viene a ser lo mismo, en el «bienestar del todo y de cada parte» (aunque utiliza algunos medios para conseguirlo nada aceptables como la censura estatal), que del Estado totalitario propiamente dicho, que suele respetar poco (nada) la soberanía popular y el imperio de la ley, tan claramente defendidos una y otro por ROUSSEAU». [...] Y entre las razones para fundamentar el carácter democrático del pensamiento político-jurídico del filósofo, señala: «2. El gobierno de las leyes, entendidas éstas como expresión última de la Voluntad General fruto de la opinión pública, que es universal». Vid. *Sobre la democracia de Jean-Jacques Rousseau*, Instituto de Derechos Humanos — Bartolomé de las Casas— Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 1999, pp. 33-34 y 37.

En la Unión Europea a partir de 1987, el Tribunal de Justicia reforzó la aplicación del principio de protección de la confianza legítima, reconociendo indemnizaciones a los perjudicados y, procediendo a la invalidación de normas del derecho comunitario<sup>45</sup>.

En el derecho público costarricense, lo que respecta a la responsabilidad del Estado legislador se ubica en el artículo 194 de la Ley General de la Administración Pública, que señala:

*Artículo 194.-*

1. *La Administración será responsable por sus actos lícitos y por su funcionamiento normal cuando los mismos causen daño a los derechos del administrado en forma especial, por la pequeña proporción de afectados o por la intensidad excepcional de la lesión.*
2. *En este caso la indemnización deberá cubrir el valor de los daños al momento de su pago, pero no el lucro cesante.*
3. *El Estado será responsable por los daños causados directamente por una ley, que sean especiales de conformidad con el presente artículo.*

Mediante el oficio N° 340-69-DM, de 27 de noviembre de 1969, el señor Diego TREJOS, Ministro de la Presidencia, remite a la Asamblea Legislativa el Proyecto de Ley General de la Administración Pública, señalando que es reproducción del anteproyecto elaborado y sometido a la Presidencia de la República por la Comisión Especial Redactora del Proyecto de Código Administrativo, creada por Decreto N° 138, de 12 de agosto de 1968. Introducido mediante una exposición de motivos, en lo que interesa, se indica: «Se parte del supuesto de que si la actividad del Estado, inclusive la legislativa, lesiona seriamente a un ciudadano o su patrimonio por razones de interés público cuya satisfacción mejora directa o indirectamente la esfera jurídica del resto de los ciudadanos, se cometería grave discriminación si al mismo tiempo no se pusiera a estos últimos a contribuir también en los costos de ese progreso común, que en virtud de la lesión sólo ha recaído sobre el damnificado, en forma totalmente especial o particular»<sup>46</sup>.

En tal sentido ha señalado Eduardo ORTIZ ORTIZ, «hay derecho a indemnización si la ley o el acto administrativo, con alcance general o individual, privan a una propiedad de su mejor uso por ley o por razones de mercado»<sup>47</sup>; que sería del resultado de los daños económicamente evaluables<sup>48</sup>, y que

45 Vid. SANZ RUBIALES, I., — *El principio...*—, p. 98. Así asuntos 84/85, de 1 de octubre de 1987, Reino Unido/Comisión, Rec. 3765; C-189/89, de 11 de diciembre de 1990, Spagl/Hauptzollamt Rosenheim, Rec. I-04539; C-368/89, de 11 de julio de 1991, Crispoltoni/Fattoria Autonoma Tabacchi di Città di Castello, Rec. I-03695.

46 Del documento presentado pp. xxxix-xL. Así, expediente legislativo N° 4118, archivado mediante el N° A-23 E 5452.

47 Vid. *Expropiación...*, p. 203.

48 Vid. QUINTANA LÓPEZ, T., — *La responsabilidad del Estado legislador*—, RAP, núm. 135, 1994, p. 103.

es especial por la individualización de los particulares y/o por su gravedad<sup>49</sup>.

Por justicia es posible la indemnización cuando una ley lesiona el derecho de unos administrados, y por ende existe responsabilidad patrimonial del Estado legislador<sup>50</sup>, por la especialidad del daño, siendo un asunto que le compete resolver a la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>51</sup>.

Otro asunto es la expropiación legislativa. Existe una privación de un derecho, indemnizable, por un deber jurídico de soportar por parte de un grupo de administrados, en razón del interés público, de la satisfacción de intereses generales<sup>52</sup>. Mas, de conformidad con el principio de igualdad ante las cargas públicas<sup>53</sup>, las cuales deben ser soportadas por todos<sup>54</sup>, es que procede la indemnización para ese

49 Señala Eduardo ORTIZ ORTIZ, «la razón real de la regla es que la universalidad del daño amenaza las finanzas y la solvencia del Estado, si se indemnizara a todas las víctimas. Es una razón puramente financiera y no dogmática, sobre todo si se admite simultáneamente indemnización de daños a un grupo y no únicamente a un individuo. ¿Cuántos hacen al grupo indemnizable y al que no lo es? Resulta imposible saberlo. Es por ello que el artículo 194 de la LGAP enuncia dos criterios de distinción del daño indemnizable y no únicamente de pequeña proporción de los afectados, cuando alude a la — intensidad excepcional de la lesión—. Esta debe ser especial y no producir la obligación del damnificado de cumplir con la sujeción o la pérdida que impone el acto, y el artículo 194 define en qué sentido ha de entenderse como especial: o porque son pocas e individualizables las víctimas o porque, aunque el daño sea universal, presente una intensidad o gravedad excepcionales». Vid. Tesis de Derecho administrativo, III, Stradtman-Diké, Medellín, 2004, pp. 285-286. Para María Consuelo ALONSO, y Eric LEIVA-RAMÍREZ, «la generalidad y abstracción de las disposiciones legislativas dificultaba la caracterización de los perjuicios de ella derivados como especiales o particulares, únicos que inicialmente en la teoría de la responsabilidad extracontractual administrativa podían ser objeto de reparación». Vid. «La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador», RESJ, núm. 13.2, 2011, p. 81.

50 Para Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, «puede ser discutible acudir al principio de confianza legítima para fundamentar la responsabilidad del Estado por acto legislativo. Pero lo que no puede discutirse es la Justicia de las decisiones judiciales por las que se condena a indemnizar los perjuicios ocasionados por innovaciones legislativas que han dado lugar a situaciones en que el administrado, en virtud de actos dictados en aplicación de una ley y confiando en ellos, ha realizado unas inversiones cuantiosas esperando unas contraprestaciones, de las que se verá privado por una nueva Ley». Vid. Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, Thomson Reuters-Civitas-Aranzadi, Navarra, 2012, p. 65. Además, «GARCÍA DE ENTERRÍA, defensor de la fórmula amplia de responsabilidad patrimonial de la Administración, la negará respecto del Estado legislador». *Ibid.*, p. 66, np. 10. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., —El principio de «la responsabilidad de los poderes públicos» según el art. 9.3 de la Constitución y la responsabilidad patrimonial del Estado legislador—, REDC, núm. 67, 2003, p. 41; La responsabilidad patrimonial..., *in totum*. Para Roberto GALÁN VIOQUE, «la fuerza normativa que tiene una ley constituye una causa de exoneración de responsabilidad para la Administración que la haya aplicado, pero no proporciona ninguna impunidad por los daños que haya podido producir ya que ello iría en contra de la garantía de la responsabilidad de los poderes públicos». Vid. —De la teoría a la realidad de la responsabilidad del Estado legislador—, RAP, núm. 155, 2001, p. 313.

51 En tesis contraria señala Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «es manifiesto que los Tribunales contencioso-administrativos cuando declaran, como están haciendo, la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, están utilizando poderes que la Constitución y las Leyes en modo alguno les atribuyen, y que más bien contradicen frontalmente su posición institucional inequívoca, según la misma Constitución y las Leyes, que no pueden, en modo alguno, ser extendidas por simple iniciativa de ningún Tribunal». Vid. —La inexistencia de jurisdicción en los tribunales contencioso-administrativos para decidir acciones de condena contra el legislador—, DPC, núm. 17, 2003, p. 283.

52 Vid. GARRIDO FALLA, F., «Sobre la responsabilidad del Estado legislador», RAP, núm. 118, 1989, p. 53; GONZÁLEZ BOTIJA, F., —Los principios...—, p. 359; TEJERA HERNÁNDEZ, E. V. de la y, HERRERA MOLINA, P. M., —La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho español—, BMDC, núm. 141, 2014, p. 1145.

53 Así, los artículos 18 y 33 de la Constitución.

54 Vid. GARRIDO FALLA, F., «Sobre la responsabilidad...», p. 53.

grupo de administrados, por la ruptura de ese principio<sup>55</sup>.

Previamente el legislador puede establecer algún mecanismo compensatorio<sup>56</sup>, en favor de un grupo de administrados afectados en algún derecho por la aplicación de una ley, o en que estos puedan prever los efectos de la ley; en este último caso es cuestionable la invocación del principio de protección de la confianza legítima, al aplicar el administrado alguna medida preventiva.

Al respecto, de interés lo señalado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así<sup>57</sup>:

*53. De reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que la posibilidad de invocar el principio de protección de la confianza legítima está abierta a todo operador económico en relación con el cual una autoridad nacional haya infundido fundadas esperanzas. No obstante, cuando un operador económico prudente y diligente puede prever la adopción de una medida que pueda afectar a sus intereses, no puede invocar tal principio si se adopta esa medida. Además, los agentes económicos no pueden confiar legítimamente en que se mantenga una situación existente*

*que puede ser modificada en el ejercicio de la facultad discrecional de las autoridades nacionales (véanse, en este sentido, en particular, las sentencias de 15 de julio de 2004, Di Lenardo y Dillexport, C37/02 y C38/02, Rec. p. 16911, apartado 70 y jurisprudencia citada, así como de 7 de septiembre de 2006, España/Consejo, C310/04, Rec. p. 17285, apartado 81).*

El Estado en el cumplimiento de sus obligaciones, en su actuar legítimo y lícito, puede causar daños a algunos ciudadanos por la aplicación de una ley, y siendo que éstos no tienen un deber jurídico de soportar daño alguno al respecto<sup>58</sup>, pueden ser indemnizados; en que no media responsabilidad alguna de la administración pública que aplica la ley, por exoneración de responsabilidad derivada del poder legislativo.

El servicio público de legislación de la doctrina francesa<sup>59</sup>, no resulta aceptable para justificar la responsabilidad del Estado legislador, pues el legislador cumple con su función legislativa, como poder del Estado, a pesar de la existencia de un daño especial, que se resuelve de conformidad con una indemnización, pero que es justificable en todo caso, por el principio fundamental del

55 Vid. GALÁN VIOQUE, R., —De la teoría—, p. 315.

56 Vid. QUINTANA LÓPEZ, T., —La responsabilidad...—, p. 132.

57 Así, asunto C-201/08, de 10 de septiembre de 2009, Plantanol GmbH & Co. KG/Hauptzollamt Darmstadt, Rec. I-08343.

58 Vid. al respecto TEJERA HERNÁNDEZ, E. V. de la y, HERRERA MOLINA, P. M., —La responsabilidad...—, p. 1145.

59 Vid. GARRIDO FALLA, F., —Sobre la responsabilidad—, p. 50, np. 3; QUINTANA LÓPEZ, T., —La responsabilidad...—, p. 105. Señala Martin BULLINGER, «el propósito fundamental de los servicios públicos, y así también de toda actividad de una República, lo encontró DUGUIT, por un lado, en la fraternité de la Revolución Francesa y, por otro, en la Sociología de su colega DURKHEIM, quien también enseñaba en la Universidad de Burdeos y contaba a DUGUIT entre sus oyentes. La fraternidad de la Revolución Francesa se transformó con DUGUIT en solidaridad y cooperación de los grupos sociales. Habría de reunir a gobernantes y gobernado en la consecución conjunta del interés público en el marco del service public». Vid. su artículo —El service public francés y la daseinsvorsorge en Alemania—, RAP, núm. 166, 2005, p. 37.

servicio público de adaptabilidad a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social que se satisface<sup>60</sup>.

Una ley que es declarada inconstitucional<sup>61</sup>, la declaratoria de inconstitucionalidad implicaría la nulidad de la ley por inconstitucional, por ser ilícita<sup>62</sup>, sin embargo, no es de aplicación el artículo 194 de la Ley General de la Administración Pública, en el tanto, la misma inconstitucionalidad, por no ser un caso de conducta lícita, hace inaplicable la especialidad del daño y, por ende no existiría indemnización alguna. Habría que acudir a un régimen distinto de responsabilidad que no está contemplado por esta ley, caso contrario, el juez constitucional se estaría no solamente extralimitando en sus funciones, sino que además, estaría irrumpiendo las funciones del legislador y, violentando la legitimidad democrática.

Además, sobre la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, y de quienes reconocen una responsabilidad del Estado legislador, equivalente a la responsabilidad por falta de servicio, por ilicitud<sup>63</sup>, y así una indemnización, no tiene justificación jurídica. Existe una declaratoria de nulidad de ley, sin embargo, los efectos retroactivos, *ex tunc*<sup>64</sup>,

además de que no están contemplados en nuestro ordenamiento jurídico para una posible indemnización<sup>65</sup>, no serían conformes a la especialidad del daño; de declararse una responsabilidad del Estado legislador por la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, el juez constitucional estaría realizando funciones legislativas, pues estaría creando un nuevo tipo de responsabilidad del Estado legislador, distinta a la establecida en el artículo 194 de la Ley General de la Administración Pública.

La cuestión, el principio de protección de la confianza legítima como razón justificativa de la responsabilidad del Estado legislador, por los daños que cause una ley a un posible grupo de administrados. La responsabilidad del Estado legislador lo es en términos de justicia, más ello no implica quebranto alguno a una confianza legítima, que en todo caso, no es justificable como causalidad alguna de responsabilidad<sup>66</sup>.

La desconfianza en la labor del legislador resultaría en una deslegitimación del poder legislativo en la democracia, y a la vez, implicaría la invalidez jurídica de las leyes, lo cual no es lógico en un ordenamiento jurídico. Las imperfecciones de la democracia se deben resolver, a través de mecanismos y

60 Así, el artículo 4 de la Ley General de la Administración Pública.

61 Para Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «es [ ] inexacta la creencia de la normalidad de una responsabilidad patrimonial del Estado como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de una Ley». Vid. su trabajo "Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado como autor de una ley declarada inconstitucional", RAP, núm. 166, 2005, pp. 116-117.

62 Vid. JINESTA LOBO, E., "La responsabilidad...", p. 58.

63 Vid. GARRIDO FALLA, F., "Sobre la responsabilidad...", p. 50, np. 3 y, p. 52; JINESTA LOBO, E., "La responsabilidad...", pp. 58-59.

64 Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., —Sobre la responsabilidad...—, p. 141.

65 Así, artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

66 Para Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «la democracia, que es la que ha creado enteramente el concepto mismo de Legislación sobre el que hoy vivimos, no tolera la invocación de ninguna confianza, o comodidad, o interés de nadie en mantener la situación existente y que pueda justificar la imposibilidad de que el Legislador pueda cambiar la Ley a su arbitrio». Vid. —El principio de protección...—, p. 195.

soluciones apropiadas, pero sin deslegitimar la obra de los poderes democráticos.

Ciertamente el ciudadano tiene una confianza en la labor del legislador en un Estado democrático, por ser un poder del Estado, sin embargo, invocar la protección de la confianza legítima para justifica la responsabilidad del Estado legislador, no tiene validez jurídica alguna.

## **6. Conclusiones**

El principio de protección de la confianza legítima es aplicable en situaciones jurídicas entre los administrados y las administraciones públicas, por la estabilidad que debe existir en tales situaciones y, a la vez por la tutela de los derechos subjetivos e intereses legítimos; mas su alcance es subjetivo, en relación con la doctrina de la intangibilidad de los actos propios.

La responsabilidad del Estado legislador lo es por una cuestión de justicia, por la especialidad del daño, mas, referirse al principio de protección de la confianza legítima como razón justificativa de dicha responsabilidad, no tiene razón alguna, ni causalidad, puesto que no hay confianza alguna lesionada por la obra democrática del legislador.

## 7. Bibliografía

ALONSO, María Consuelo, y LEIVARÁMIREZ, Eric, “La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador”, *RESJ*, núm. 13.2, 2011, pp. 77-106.

ANTHONY, Gordon, “Procedimiento, Derecho material y proporcionalidad: el principio de confianza legítima en el Derecho administrativo del Reino Unido”, *DA*, núms. 263-264, 2002, pp. 329-352.

BALASSO, Caterina, “El principio de protección de la confianza legítima y su aplicabilidad respecto de los ámbitos de actuación del poder público”, *RIDPA*, núm. 6, 2006, pp. 202-208.

BAUDRIT CARRILLO, Diego, *Derecho Civil IV, Volumen I, Teoría General del Contrato*, Juricentro, San José, 1990.

BELADIEZ ROJO, Margarita, *Los principios jurídicos*, Thomson Reuters-Civitas-Aranzadi, Navarra, 2012.

BERNAL FANDIÑO, Mariana, “La doctrina de los actos propios y la interpretación del contrato”, *Vniversitas*, núm. 120, 2010, pp. 253-269.

BULLINGER, Martin, “El *service public* francés y la *daseinsvorsorge* en Alemania”, *RAP*, núm. 166, 2005, pp. 29-49.

CALAMANDREI, Piero, *Fe en el Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

CARRETERO SÁNCHEZ, Santiago, “Un reducto para la libertad del juez: la doctrina de los actos propios y la buena fe”, *ADH*, vol. 4, 2003, pp. 11-34.

CARTWRIGHT, John, “Protecting Legitimate Expectations and Estoppel in English Law”, *EJCL*, vol. 10.3, 2006, pp. 1-22.

COMANDUCCI, Paolo, *Hacia una teoría analítica del Derecho. Ensayos escogidos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010.

COVIELLO, Pedro José Jorge, “La confianza legítima”, *EJ*, núm. 11, 2013, pp. 9-69.

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, “La confiance légitime et l’estoppel”, *EJCL*, vol. 11.3, 2007, pp. 1-47.

FIDONE, Gianfrancesco, “Eficacia y eficiencia en la reforma italiana de la Administración Pública (la llamada *reforma Brunetta*). De las medidas para la optimización de la productividad del empleo público a la «acción por la eficiencia»”, *RAP*, núm. 186, 2011, pp. 371-388.

FINK, Eve, “The Possibility of Protection of Legitimate Expectations in Recovery of Unlawful State Aid”, *Jl*, XX, 2013, pp. 133-141.

FLANAGAN, Richard, “Legitimate expectation and applications – an outdated and unneeded distinction”, *CLR*, núm. 2, 2011, pp. 283-298.

GALÁN VIOQUE, Roberto, “De la teoría a la realidad de la responsabilidad del Estado legislador”, *RAP*, núm. 155, 2001, pp. 285-329.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador”, *RAP*, núm. 159, 2002, pp. 173-206.

— “El principio de «la responsabilidad de los poderes públicos» según el art. 9.3 de la Constitución y la responsabilidad patrimonial del Estado legislador”, *REDC*, núm. 67, 2003, pp. 15-47.

— “La inexistencia de jurisdicción en los tribunales contencioso-administrativos para decidir acciones de condena contra el legislador”, *DPC*, núm. 17, 2003, pp. 269-290.

— “Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado como autor de una ley declarada inconstitucional”, *RAP*, núm. 166, 2005, pp. 99-147.

— *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho español*, Thomson-Civitas-Aranzadi, Navarra, 2007.

GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, Piedad, *Técnica legislativa y seguridad jurídica: ¿hacia el control constitucional de la calidad de las leyes?*, Civitas-Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2010.

GARRIDO FALLA, Fernando, “Sobre la responsabilidad del Estado legislador”, *RAP*, núm. 118, 1989, pp. 35-56.

GIMENO SENDRA, Vicente, SABORÍO VALVERDE, Rodolfo, GARBERÍ LLOBREGAT, José, y GONZÁLEZ-CUELLAR

SERRANO, Nicolás, *Derecho Procesal Administrativo Costarricense*, Juricentro, San José, 1994.

GONZÁLEZ BOTIJA, Fernando, “Los principios de la jurisprudencia comunitaria y su influencia en la reciente doctrina del Tribunal Supremo sobre responsabilidad del Estado legislador”, *RDCE*, núm. 6, 1999, pp. 347-374.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, Thomson Reuters-Civitas-Aranzadi, Navarra, 2012.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Thomson Reuters-Civitas-Aranzadi, Navarra, 2012.

GROVES, Matthew, “Substantive Legitimate Expectations in Australian Administrative Law”, *MULR*, vol. 32(2), 2008, pp. 470-523.

JANER TORRENS, Joan David, “La influencia del derecho comunitario en la creación de un *ius commune* de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales”, *RDCE*, núm. 11, 2002, pp. 177-192.

JINESTALOBO, Ernesto, *Tratado de Derecho administrativo*, Tomo I (Parte General), Dík, Medellín, 2002.

— “La responsabilidad del Estado legislador”, *RDP*, núm. 1, 2005, pp. 47-71.

— *Manual del Proceso Contencioso-Administrativo*, Ius Consultec-Ejc, San José, 2008.

LETELIER WARTENBERG, Raúl, “Contra la confianza legítima como límite a la invalidación de actos administrativos”, *RCD*, núm. 2, 2014, pp. 609-634.

LORENZO DE MEMBIELA, Juan Bautista, “El principio de confianza legítima como criterio ponderativo de la actividad discrecional de la Administración Pública”, *RAP*, núm. 171, 2006, pp. 249-263.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

MEDINA ALCOZ, Luis, "Confianza legítima y responsabilidad patrimonial", *REDA*, núm. 130, 2006, pp. 275-326.

MENGOZZI, Paolo, "La jurisprudencia comunitaria relativa a la protección de la confianza legítima", *REEI*, núm. 3, 2001, pp. 1-14.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Barón de, *El Espíritu de las Leyes*, Libro Libre, San José, 1986.

NÚÑEZ LEIVA, José Ignacio, "Vigencia del dogma de la irresponsabilidad del Estado legislador en el Estado constitucional de derecho. Ensayando bases para una teoría sobre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador", *EC*, núm. 1, 2011, pp. 277-300.

ORTIZ ORTIZ, Eduardo, *Expropiación y responsabilidad pública*, Lil, San José, 1996.  
— *Tesis de Derecho administrativo*, II, Stradtman, San José, 2000.  
— *Tesis de Derecho administrativo*, III, Stradtman-Diké, Medellín, 2004.

PAREJO ALFONSO, Luciano, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993.

PERELMAN, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1988.

PONCE DE LEÓN SOLÍS, Viviana, "La problemática invocación a la confianza legítima como límite a la potestad legislativa", *EC*, núm. 1, 2014, pp. 429-471.

QUADRA-SALCEDO, Tomás de la, "La revisión de los actos y disposiciones nulos y anulables y la revocación de actos", *DA*, núms. 254-255, 1999, pp. 197-261.

QUINTANA LÓPEZ, Tomás, "La responsabilidad del Estado legislador", *RAP*, núm. 135, 1994, pp. 103-147.

RODRÍGUEZ URIBES, José Manuel, *Sobre la democracia de Jean-Jacques Rousseau*, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 1999.

REY VÁZQUEZ, Luis Eduardo, "El principio de confianza legítima. Su posible gravitación en el derecho administrativo argentino", *AFDUC*, núm. 17, 2013, pp. 259-282.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, "El principio general del derecho de confianza legítima", *CJ*, núm. 4, 2013, pp. 59-70.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social*, Edaf, Madrid, 2001.

SALAH ABUSLEME, María Agnes, "Las doctrinas de los actos propios y de la protección a la apariencia: una mirada comparativa", *RMDD*, núm. 2, 2008, pp. 189-202.

SÁNCHEZMORÓN, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994.  
— "Venire contra factum proprium non valet", *DA*, núms. 263-264, 2002, pp. 223-246.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, "La teoría de la responsabilidad del Estado legislador", *RAP*, núm. 68, 1972, pp. 57-136.

SANZ RUBIALES, Iñigo, “El principio de confianza legítima, limitador del poder normativo comunitario”, *RDCE*, núm. 7, 2000, pp. 91-122.

TEJERA HERNÁNDEZ, Evangelina Verónica de la y, HERRERA MOLINA, Pedro Manuel, “La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho español”, *BMDC*, núm. 141, 2014, pp. 1137-1164.

TOCQUEVILLE, Alexis de, *La Democracia en América*, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1996.

VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “El criterio de la eficiencia en el derecho administrativo”, *RAP*, núm. 186, 2011, pp. 91-135.

VIVERO ARCINIEGAS, Felipe de, “La protección de la confianza legítima y su aplicación a la contratación estatal”, *RDP*, núm. 17, 2004, pp. 123-148.



# LA HISTORIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN COSTA RICA<sup>1</sup>

**Dra. María Del Rocío Carro Hernández \***  
**M.Sc. Gabriel Espinoza Carro \*\***

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Primeros mecanismos de protección social. 2.1. Época precolombina. 2.2. La colonia. 2.3. La República. 3. Establecimiento del sistema de Seguro Social y de la Caja Costarricense del Seguro Social. 4. Universalización de seguros integración del sector salud. 5. Situación actual y objetivos hacia el futuro. 6. Conclusiones 7. Bibliografía.

## 1. *Introducción*

En Costa Rica, las primeras manifestaciones de la seguridad social se observan desde la época precolombina donde, de una manera muy elemental es evidente la preocupación de la comunidad en el tema de salud.

Posteriormente se destaca el interés de las autoridades y de la iglesia en apoyar a las personas enfermas, especialmente a trabajadores enfermos, desarrollándose así un sistema asistencialista que en su época tuvo gran importancia.

El café y después el banano, fueron los factores que sirvieron de base para una discusión en el tema de seguridad social, toda vez que sus trabajadores sufrieron una gran cantidad de pestes, epidemias y enfermedades, lo que conllevó al surgimiento de hospitales para su atención.

La promulgación de las encíclicas *Rerum Novarum* y *Quadragesimo Anno* fue de una gran influencia en el pensamiento político del país. Grandes debates sobre los seguros sociales se dieron a raíz de su contenido y en el año 1925 se promulgó la primera ley de Seguro Social en Costa Rica llamada "*Proyecto de ley de reparación por accidentes de trabajo*".

En 1940 inicia su gestión el Presidente Calderón Guardia y toma la decisión de elaborar un Proyecto de Código de Trabajo y la inclusión constitucional de las Garantías sociales. Posteriormente se aprueba la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social en Noviembre de 1941 donde se establece la creación del seguro social.

---

<sup>1</sup> *Abogada con una carrera más de 25 años. Licenciada en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Doctora en Derecho Laboral de la Università Degli Studi di Pisa, Italia. Al comienzo de su carrera fue Juez de Trabajo en la Corte Suprema de Justicia y asesora de la O.I.T., oportunidades que le dieron experiencia nacional e internacional. Tiene varias publicaciones académicas. Ha laborado como profesora de Relaciones Laborales en el Instituto Centroamericano Superior; Universidad de Costa Rica y Universidad La Salle. Actualmente Presidente Asociación Costarricense de Derecho del Trabajo y Magistrada Suplente Sala Segunda Corte Suprema de Justicia.*

<sup>\*\*</sup> *Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica, tesis aprobada con distinción por los integrantes del Tribunal. Especialización en la Responsabilidad Social Corporativa en el Instituto Tecnológico de Costa Rica. Maester en Asesoría Jurídica de Empresas de la Universidad Carlos III de Madrid, España, la obtuvo con la aprobación de su tesis con honores. Es miembro de la Asociación Costarricense de Derecho del Trabajo y de la Sección Latinoamericana de Jóvenes Juristas de la Asociación Internacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.*

A partir de estas decisiones se inicia un proceso lento pero seguro de implementación de los seguros sociales por etapas y a grupos limitados de personas. Poco a poco se van tomando decisiones tendientes a extender la cobertura del seguro a más grupos de personas. Años más tarde, mediante la creación de una sólida estructura legal se regula la universalización de los seguros y la integración y coordinación del Sistema de Salud.

Es interesante destacar que diversos gobiernos de distintas denominaciones políticas hicieron posible el proceso de la seguridad social y con los alcances que ha tenido hasta el día de hoy

## **2. Primeros mecanismos de protección social**

### **2.1. Época precolombina.**

En la época precolombina podemos encontrar los antecedentes más remotos de la Seguridad social pues, la medicina indígena tenía un alto nivel de desarrollo. Se puede decir que era una medicina básicamente "mágica", basada en creencias tradiciones y conocimientos de botánica que de uno u otro modo suplían las necesidades y expectativas de la gente.

Posteriormente este tipo de medicina fue evolucionando de una forma más empírica caracterizada por la experimentación y manteniendo la base botánica.

En el aspecto social es posible distinguir lo que podrían ser las primeras formas básicas de seguridad colectiva, que habrían incluido la atención médica individual y la asistencia a la viuda y los huérfanos, a cargo de la comunidad. Sin embargo, no hay a disposición registros o datos suficientes sobre esta época.<sup>2</sup>

### **2.2. La colonia**

De 1502 a 1821 aproximadamente, llegaron a Costa Rica los inmigrantes europeos quienes debían empezar desde cero pues no tenían más que unas pocas pertenencias y sus fuerzas para trabajar. Esto imprime a su organización una característica importante pues destacó por ser una comunidad igualitaria en el sentido que todos tenían que trabajar y cultivar su tierra pues, de no hacerlo, nadie lo haría por ellos y podrían morir de hambre. En este sentido, hasta la misma persona que representaba la autoridad tenía que trabajar su tierra sin distinción alguna.

Otro aspecto que destaca en esa época fue la solidaridad entre ellos; las condiciones adversas, la escasa población y pocos productos hacía indispensable las relaciones interpersonales pues se necesitaban unos a otros en todos los aspectos, incluida la recolección de la cosecha.<sup>3</sup>

La riqueza era representada por la tenencia de la tierra así como por la población suficiente para garantizar su cultivo. Surge el trueque como la primera forma inicial de comercio.

---

<sup>2</sup> Quirós Coronado Roberto. *Antecedentes Sociales y Jurídicos de la Seguridad Social en Costa Rica. En Revista Jurídica de la Seguridad Social No.2, Costa Rica, 1992, p.22*

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 22

Desde el punto de vista de la salud, la historia está llena de ejemplos de grandes infortunios de poblaciones enteras que padecieron pestes y hambrunas que afectaban indistintamente a unos u otros<sup>4</sup>.

Surge un enorme interés en temas de salud, ya que existía un riesgo latente de enfermarse y no poder sobrevivir la enfermedad. Esto genera preocupación en las autoridades que empiezan a tomar medidas dirigidas a la salud y al saneamiento. También se observan intervenciones de la Iglesia Católica de apoyo humano tratando de llevar consuelo en la enfermedad y la pobreza con medidas asistenciales. En este período, el concepto “mágico” de la medicina fue evolucionando poco a poco hacia lo empírico, dándose los primeros acercamientos a la medicina científica.<sup>5</sup>

### **2.3. La República**

La época republicana se inició con la independencia en setiembre de 1821. La economía de subsistencia se desarrolla hacia un sistema más fuerte que empieza a crecer con el comercio y la producción.

Siguen siendo las autoridades gubernamentales y eclesiásticas quienes desarrollaron acciones orientadas a incrementar la salud pública. Podemos mencionar que de esa época datan las Juntas de Caridad y Protección Social y los hospitales de caridad, de los cuales se construyeron diez. También, empezó a perfilarse la institución del “Médico de Pueblo”.

En cuanto a la salubridad, por mucho tiempo coexistieron los aspectos tradicionales con los nuevos avances de la medicina occidental.

En la denominación convencional, de aspectos mágico, empírico y científico, este último fue el que impulsaron los gobiernos y, por tanto, ganó terreno cada vez mayor.

Puede decirse que el acto médico fue en la mayoría de los casos de carácter privado, pero con la aparición de las Juntas de Caridad y Protección Social, los Hospitales de Caridad y el Médico de Pueblo, hubo medicina gratuita para la población que carecía de recursos para contratar los servicios de los profesionales.<sup>6</sup>

Costa Rica ingresó y se mantuvo en el mercado mundial con el cultivo del café y posteriormente surgió el enclave bananero. Esto tuvo un impacto importante en el tema de seguridad social, ya que esa población se vio afectada con distintas epidemias, enfermedades y accidentes de trabajo en los que no había medidas de seguridad ni protección por parte de los empleadores.

Efectivamente, a principios del año 1840 se inicia un visionario proyecto que consistía en construir el camino a Matina para facilitar el comercio internacional (proyecto que se terminaría 130 años después), pero rápidamente surgieron una serie de problemas derivados de las malas condiciones ambientales que afectaron a los trabajadores. El gobierno de Braulio Carrillo

4 Miranda Gutiérrez Guido. *Desarrollo Histórico de la Caja Costarricense de Seguro Social. En Gaceta Médica de Costa Rica. Suplemento No.2, 2006, p. 1.*

5 Quirós Coronado Roberto, *op. cit.*, p.22.

6 Quirós Coronado Roberto, *op. cit.*, p.23.

ideó un “sistema de atención médica” para cubrir riesgos laborales de los trabajadores, mediante un esquema de financiamiento compartido que bien hoy denominaríamos “un seguro de prepago de riesgos laborales”. Algo novedoso para la época. Las primeras disposiciones fueron las compras de medicinas para atender a los enfermos, también se estableció que la atención de los empleados enfermos se haría en una cofradía a cargo de los hermanos del Carmen. Se observaba un tema de asistencia pública con un componente de caridad. Aunque muy rústico, este es un antecedente al seguro de riesgos del trabajo.<sup>7</sup>

El tema de seguridad social siguió siendo un tema que se debatía en el ámbito internacional y nacional. Poco a poco se empezó a crear conciencia sobre el tema con grandes debates: de un lado estaban los sectores de la oligarquía que se negaban a aceptar cambios que los afectaran económicamente y, por otro lado los grupos de trabajadores abogaban por temas de seguridad social.

Al mismo tiempo, surgieron pensamientos políticos nuevos, inspirados en la reconocida encíclica **Rerum Novarum**, promulgada por el Papa León XIII en 1891. Este documento tiene una importancia trascendental porque por primera vez se regulaban de manera clara las bases para las relaciones laborales entre patronos y trabajadores católicos con base en los principios de justicia social cristiana y desde una perspectiva diferente a la que hasta el momento existía. Esta encíclica sería posteriormente actualizada 40 años después con la segunda encíclica

sobre el mismo tema, llamada **Quadragessimo Anno**.<sup>8</sup>

Este pensamiento de la Iglesia Católica tuvo una influencia trascendental pues su contenido fue analizado en muchos sectores, algunos de los cuales tenían influencia en el mundo político. Para 1907 se propuso un proyecto que contenía legislación sobre accidentes de trabajo en que las indemnizaciones eran a cargo del jefe o dueño del establecimiento.

En 1913 nuevamente se plantearon estas demandas sin ningún resultado positivo. Ya en 1913 se formó la Confederación General de Trabajadores, y para 1915 existían numerosas organizaciones laborales.

En 1914 y 1915, se registraron el tercero y el cuarto intentos por lograr esa legislación. Todos fracasaron en el Congreso. Es claro que en aquel contexto la legislación social no era conveniente en términos económicos para los patronos, mientras que para la clase obrera, era políticamente imposible de alcanzar.

Un cambio importante se dio con la llegada del sacerdote Jorge Volio, procedente de la Universidad de Lovaina, quien bajo la influencia de la Rerum Novarum, predicaba sus sermones en la Iglesia a favor de los trabajadores. Posteriormente decide dejar el sacerdocio y entra a la política nacional a fundar el Partido Reformista. Participa en las elecciones de 1924 y mediante una negociación política pacta con el presidente Jiménez la creación de una institución que

7 Zamora Zamora Carlos Alberto. *El Primer Seguro Social de Costa Rica. Viales Ronny y Marín Juan José, Historia de la Ciencia y de la Salud Pública. IX Congreso Centroamericano de Historia. Universidad de Costa Rica, 2008, p. 313-316.*

8 Miranda Gutiérrez Guido, *op. cit.*, p. 3.

se ocupe de los riesgos profesionales y los accidentes de trabajo. Aprovechando el descontento que existía en esa materia, en 1925 se promulga la primera ley de Seguro Social en Costa Rica llamada “*Proyecto de ley de reparación por accidentes de trabajo*”, que constituye, el Banco de Seguros como un monopolio estatal de seguros comerciales.<sup>9</sup>

Como se observa, el primer seguro social que apareció fue el seguro de accidentes de trabajo y el establecimiento del seguro de salud tardaría 16 años más cuando, en 1941, se creó la Caja Costarricense de Seguro Social.

Prosiguiendo con nuestro recuento histórico tenemos que para las elecciones de 1928 el candidato a presidente Cleto González le solicita a un experto la preparación de un proyecto que aborde el tema. La propuesta que se presenta se basa en una contribución tripartita de los trabajadores, patronos y el Estado, a pesar de que esta fue aprobada en el Congreso, la misma no fue ejecutada debido a la crisis mundial.<sup>10</sup>

La crisis de los años siguientes obligó al Estado a dictar medidas intervencionistas y de gran interés se observan las siguientes: Ley de creación de las comisiones de salarios mínimos en cada cantón, creada en 1934. En 1935 se estableció el salario mínimo para el trabajador agrícola. En 1936 se creó el Consejo Nacional de Salubridad, Beneficencia Pública y Promoción social y en 1930 se construyó un hospital.<sup>11</sup>

En el campo político se detalla en 1932 la fundación del Partido Comunista bajo la dirección de Manuel Mora. En su Programa Mínimo de Acción anuncia la lucha por la “fundación de los seguros sociales para la protección de los obreros y campesinos y sus familias”. Por primera vez este objetivo figura como meta de un partido político nacional.<sup>12</sup>

Al inicio de la administración del Presidente León Cortés, electo por el Partido Republicano Nacional, es electo el primer diputado del Partido comunista Lic. Manuel Mora; también es electo diputado el Dr. Rafael Calderón Guardia, hijo del Dr. Calderón Muñoz y ambos graduados de la Universidad de Lovaina, en Bélgica. Éste último pronto se perfila como el candidato de mayor aceptación de la oligarquía económica nacional para la elección de Febrero de 1940. Adicionalmente, el padre Víctor Sanabria es electo Obispo de Alajuela con apoyo claro del Presidente Cortés y dos años después, al fallecer el arzobispo de San José Rafael Otón Castro, de nuevo el presidente Cortés reitera su respaldo para que el padre Sanabria sea nombrado Jefe de la Iglesia nacional, en su carácter de Arzobispo de San José. Y para completar el ciclo, doña Julia Fernández, esposa del Presidente, le presenta a su marido el proyecto para construir “La Casa de la Madre y el Niño”, financiado con el presupuesto nacional. El arquitecto Salazar, del Ministerio de Obras Públicas hace los planos y en 1938 se inicia la construcción “en el terreno colindante con los tanques del primer acueducto metropolitano”, edificio de

9 Miranda Gutiérrez Guido, *op. cit.*, p.4 y Roberto Quirós Coronado, *op. cit.*, p.24.

10 *Ibidem*, p. 26.

11 Quirós Coronado Roberto, *op. cit.*, p.26.

12 Cabezas Solera Edgar. *Antecedentes Históricos de la Seguridad Social, La Seguridad Social en Costa Rica: Problemas y Perspectivas*. 1994, p.15.

dos plantas destinado al cuidado de los niños y alojamiento conjunto con sus madres en las noches. El país vivía una intensa actividad ideológica, tanto por actores externos como internos. El proceso democratizador y socializante estaba en pleno apogeo y nuestra intelectualidad ve nacer El Centro para el Estudio de los Problemas Nacionales, constituido especialmente por estudiantes de leyes encabezados por Rodrigo Facio, que se dedican a analizar la realidad nacional y que jugarán un papel muy destacado.<sup>13</sup>

En 1940 inicia su gestión el Presidente Calderón Guardia y toma la decisión de elaborar un Proyecto de Código de Trabajo y la inclusión constitucional de las Garantías sociales. Posteriormente toma la decisión de establecer el Seguro Social, para lo cual encarga la elaboración del proyecto de ley al Lic. Padilla Castro. Sin embargo, ese proyecto tropieza con una gran oposición debido a la difícil situación generada por la Guerra en Europa. El Presidente Calderón fue lo suficientemente hábil para mantener el proyecto, aún con los cambios que se le introdujeron, porque cuando se aprueba la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, en Noviembre de 1941, la autonomía ha desaparecido para transformarse en una dependencia del Poder Ejecutivo, cuyos fondos serían manejados por una Comisión formada por el Gerente del Banco de Seguros, el Gerente del Banco Nacional y un representante de la Casa Presidencial.<sup>14</sup>

Interesa destacar que “Costa Rica, como parte del conjunto de países del hemisferio,

fue el número 10 en contar con una ley de seguro de riesgos del trabajo y el número 11 en contar con una ley de seguro de salud.”<sup>15</sup>

Años después, en 1943, la Junta Directiva de la institución envía un nuevo proyecto de Ley al Congreso y con esta reforma la Institución recuperó, las modificaciones a la Ley original del 41, como fue la autonomía perdida y su propia administración, incluso la financiera.

### **3. Establecimiento del Sistema de Seguro Social y de la Caja Costarricense del seguro social**

Con la promulgación de la Ley de creación de la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS) se instaura un sistema de solidaridad tripartito, en el cual participan el trabajador, el empleador y el Estado. Sus objetivos iniciales fueron desarrollar poco a poco el seguro de Enfermedad y Maternidad, así como el de Invalidez, Vejez y Muerte.

Esto generó muchísimas discusiones a nivel nacional sobre temas como la cobertura, extensión, regulaciones, organización de los servicios e infraestructura.

Poco a poco se fueron estableciendo los lineamientos del disfrute. Así, los primeros en recibir el beneficio fueron los cotizantes de las cabeceras de provincia de San José, Alajuela, Cartago y Heredia, extendiéndose la cobertura a trabajadores asalariados e independientes tanto del sector público

<sup>13</sup> Miranda Gutiérrez Guido, *Op. cit.*, p.7.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>15</sup> Zamora Zamora Carlos Alberto; “El Primer Seguro Social de Costa Rica”. Viales Ronny y Marín Juan José, *Historia de la Ciencia y de la Salud Pública. IX Congreso Centroamericano de Historia. Universidad de Costa Rica, 2008, p. 313 a 316.*

como el privado con ingresos de hasta tres mil colones.<sup>16</sup>

Para el año 1945, la Caja Costarricense de Seguro Social tomó un proyecto que se había iniciado en el gobierno del Lic. León Cortés hospicio denominado “Casa de la Madre y el Niño” y lo transformó en el principal hospital general del Seguro Social con el nombre de Policlínico, luego llamado Hospital Central y posteriormente se le llamó Hospital Dr. R. A. Calderón Guardia.<sup>17</sup>

Lentamente se van venciendo obstáculos y asentando las bases fundamentales del Seguro Social y de la Caja Costarricense de Seguro Social. Se construyen clínicas y hospitales a lo largo y ancho del país. Destaca el hecho que en el año 1946 el Seguro Obligatorio de Enfermedad y Maternidad cubría a casi 50.000 trabajadores, siendo el tope salarial de cotización de 400 colones. Nótese que a este momento todavía no se había podido romper ese tope. Por su parte, el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte se inicia en 1947 para servidores del Estado e instituciones públicas y municipalidades. En julio de ese mismo año se incorporan los trabajadores administrativos de la empresa privada.<sup>18</sup>

Los años cincuenta y sesenta se caracterizan por la realización de dos acciones prioritarias:

la extensión del Seguro de Enfermedad y Maternidad y la ruptura del tope salarial, pues era importante alcanzar a todos los trabajadores independientemente del salario que percibían. El seguro de Enfermedad y Maternidad se extiende especialmente hacia los asalariados.

En 1956 se inicia un proceso novedoso que consistió en la cobertura familiar para la esposa o compañera, hijos menores y padres dependientes del asegurado directo tanto en el ámbito rural como urbano.<sup>19</sup>

En 1960, el Seguro de Invalidez Vejez y Muerte amplió su cobertura a los empleados del comercio, escuelas de enseñanza particular, consultorios profesionales y trabajadores municipales pagados por planillas de jornales. En 1962, se amplió a los trabajadores manuales ocasionales (construcción), a los pagados por planillas de jornales en obras públicas, ferrocarriles. En 1971, se incluyen a todos los obreros del país.<sup>20</sup> La universalización avanza con fuerza.

Como se observa, se fueron dando modificaciones fundamentales en el desarrollo institucional y el concepto del Seguro Social, evolucionando de la protección de un sector de la población hacia el concepto más amplio de la Seguridad Social en la que se protege a toda la población costarricense.

---

16 Asís B. Luis y Piedra G. Marielos, “El Reto de la Cobertura”. *La Seguridad Social en Costa Rica: Problemas y Perspectivas*, 1994, p. 37.

17 González Pacheco Carlos Eduardo, *Bosquejo Histórico de la Caja Costarricense de Seguro Social, La Seguridad Social Costarricense y la Organización Sanitaria en Costa Rica*. Caja Costarricense de Seguro Social, Costa Rica (Consulta: 28 de marzo de 2014). Disponible en [http://www.ccss.sa.cr/museo\\_virtual/historia.html](http://www.ccss.sa.cr/museo_virtual/historia.html), p. 5.

18 Área Comunicación Digital, *Caja Costarricense de Seguro Social (C.C.S.S.)*, (Consulta: 27 de marzo de 2014). Disponible en <http://www.ccss.sa.cr>

19 Asís B. Luis y Piedra Marielos, *op. cit.*, p.38.

20 Área Comunicación Digital, *Caja Costarricense de Seguro Social (C.C.S.S.)*, (Consulta: 27 de marzo de 2014). Disponible en <http://www.ccss.sa.cr>

La ruptura del tope salarial fue otro tema que se discutió durante años pues, el primer tope de salarios era de 300 colones, posteriormente se fijó un tope de 400 colones, hasta que en 1959 el tope es fijado en 1.000 colones, con lo que quedaron atrás años de dificultad para conseguir mayores ingresos económicos, necesarios para la extensión de los programas de salud y pensiones.<sup>21</sup>

En los períodos de 1950 y 1960 se suscitaron acciones de mucha importancia para el desarrollo de la Institución, entre ellas, las siguientes: Se impulsó la formación médica en áreas especializadas, en 1966 la Escuela de Medicina de la Universidad de Costa Rica declara cátedras paralelas entre el Hospital San Juan de Dios y el Hospital Central. Se inaugura en 1969 el Hospital México, primer hospital nacional general construido y planeado por la Caja Costarricense de Seguro Social. Se inauguran las primeras clínicas metropolitanas: Dr. Ricardo Moreno Cañas, Dr. Ricardo Jiménez Núñez y Dr. Clorito Picado Twigh. - En 1956 la protección va a cubrir a los familiares del asegurado, y a partir de 1965 se extiende el Régimen de Enfermedad y Maternidad a toda la zona rural. El Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte también fue ampliando su nivel de cobertura para diferentes grupos de empleados y trabajadores.<sup>22</sup>

Durante los años 60 la extensión de la cobertura avanzaba y surgió la conveniencia de suscribir un contrato con los Hospitales periféricos en virtud de los cuales se compraban servicios de hospitalización, dentro de los cuales la Caja preveía la

visita del médico y los medicamentos. Este procedimiento fue muy útil, sin embargo rápidamente se detectó que el mismo permitía dos atenciones médicas de diferente calidad hacia una misma dolencia: por un lado la de los asegurados y por el otro la de los no asegurados.<sup>23</sup>

Fue surgiendo la idea de la universalidad de las prestaciones hospitalarias, ante esto, un abogado llamado Enrique Obregón, presentó al Congreso una modificación al artículo 3 de la Constitución Política agregando el siguiente párrafo: **“La Caja Costarricense de Seguro Social deberá realizar la universalización de los diversos seguros puestos a su cargo incluyendo la protección familiar en el régimen de enfermedad y maternidad en un plazo no mayor de diez años, a partir de la promulgación de esta reforma constitucional”**

Esta modificación fue de un inmenso significado pues a partir de allí existía un mandato constitucional de extender el Régimen de Enfermedad y Maternidad a toda la población en un plazo de 10 años. Para que esto fuera posible había que darle contenido económico, de allí la modificación al artículo 177 de la Constitución Política en el que se señalaba que:

*“para lograr la universalización de los seguros sociales y garantizar cumplidamente el pago de la contribución del Estado como tal y como patrono, se crearán a favor de la Caja Costarricense de Seguro Social rentas suficientes y calculadas en tal forma que cubran las necesidades*

<sup>21</sup> González Pacheco Carlos Eduardo, *Op. cit.*, p.7

<sup>22</sup> *Ibíd.*, p.9

<sup>23</sup> Miranda Gutiérrez Guido, *op. cit.*, p.13.

*actuales y futuras de la Institución. Si se produjere un déficit por insuficiencia en las rentas, el Estado lo asumirá, para lo cual el Poder ejecutivo deberá incluir en su próximo proyecto de presupuesto la partida respectiva que le determine como necesaria la citada Institución para cubrir la totalidad de las cuotas del Estado”.*<sup>24</sup>

Con la universalización de los seguros, que tenía que hacerse realidad en los años de 1970, ya la Caja Costarricense de Seguro Social protegería a asegurados, familiares, trabajadores independientes, asegurados por el Estado e indigentes.

#### **4. Universalización de seguros e integración del sector salud**

La universalización de los seguros fue el increíble resultado de la participación de varias personas de distinto pensamiento político en diferentes momentos, y que indudablemente impactaron a todo el país y sus habitantes. El proceso inició con la norma constitucional citada, pues se imponía al Estado la obligación de universalizar el seguro en un plazo determinado. Dicha disposición fue emitida en la administración del Lic. Mario Echandi Jiménez, y se hizo realidad en los posteriores gobiernos de don José Figueres Ferrer y el Lic. Daniel Oduber Quirós en los años setenta cuando queda establecida la universalización y la integración del sistema hospitalario nacional.

Desde los años cincuenta la integración y coordinación del sistema hospitalario ya era una inquietud y planteamiento de diversas personalidades quienes señalaban la importancia porque todos los hospitales y centros asistenciales dependieran de una sola institución o coordinación.

La necesidad era evidente por los limitados recursos del país, pero también porque había una duplicidad que era indispensable eliminar ya que las diferentes instituciones relacionadas con la salud trabajaban de manera independiente y limitadas económicamente, podemos mencionar los hospitales de las compañías bananeras, los hospitales de las Juntas de Protección Social disgregadas por el país y dispensarios y clínicas del Ministerio de Salubridad Pública. Otros factores eran que no existía una política clara y articulada en la materia y además, había muchas personas que no tenían ningún tipo de protección.

Al inicio de los años setenta se hace un análisis del sistema de salud y surge el “*Primer Plan Nacional de Salud 1971-1974*”, mediante el cual se empieza a organizar el Sector Salud de manera estructurada y se fortalece la implementación efectiva de la universalización del Seguro Social.<sup>25</sup>

Efectivamente, primero se emite la Ley 4750 de 1971 que reforma a la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, y regula la universalización por etapas, lo cual ayudó a establecer los objetivos y el orden del proceso.

<sup>24</sup> Asís B. Luis y Piedra Marielos, *op. cit.*, p.38.

<sup>25</sup> Asís B. Luis y Piedra Marielos, *op. cit.*, p.38.

Entre las etapas se distingue la que tuvo por objeto extender el Régimen de Enfermedad y Maternidad a la gran mayoría de trabajadores, además de que se fija la ruptura de los topes salariales, fue una extensión vertical. Una etapa subsiguiente es la de extensión horizontal para dar cobertura de servicios a todas las áreas del territorio nacional.

El objetivo principal era incluir y proteger bajo el Régimen de Enfermedad y Maternidad a toda la población económicamente activa y sus dependientes, incluyendo a los trabajadores independientes, asegurados por el Estado e indigentes y coadyuvar en la atención de otros riesgos básicos.<sup>26</sup>

La promulgación de la Ley 5349 de setiembre de 1973 tuvo también un gran impacto al autorizar el traspaso a la Caja Costarricense de Seguro Social de los establecimientos médicos y de asistencia que dependían de otras instituciones, tales como de las Juntas de Protección Social y Compañías Bananeras. Así las instituciones se fueron trasladando y organizando bajo la cobertura de la CCSS, a la que al mismo tiempo se le daban más recursos materiales y humanos.<sup>27</sup>

Todo este proceso fue complementado con distintas leyes que fueron promulgadas y que facilitaron el proceso, entre ellas: la Ley General de Salud N° 5395 de octubre de 1973, que declara la salud como un bien de interés público bajo la tutela del Estado. La Ley Orgánica del Ministerio de Salud N° 5412 de noviembre de 1973. Esto da como resultado la coordinación entre el Ministerio

de Salud y la Caja Costarricense del Seguro Social que permite la implementación de la regionalización del país a partir del segundo semestre de 1973 en el cual se definen hospitales regionales y sus respectivos planes. Destaca también la Ley 5662 de diciembre de 1974 de Asignaciones Familiares, en la que se establece el Régimen No Contributivo de Pensiones, posteriormente complementado con dinero proveniente de la Ley de Protección al Trabajador y que es administrado por la Caja Costarricense de Seguro Social.

Adicionalmente, La Caja Costarricense de Seguro Social realiza cuantiosas inversiones en clínicas e infraestructura hospitalaria para cumplir con la universalización en todo el país.<sup>28</sup>

En los años ochenta se continúa con la universalización así como el proceso de la integración de la Caja Costarricense de Seguro Social y el Ministerio de Salud mediante una *política nacional de salud*. En apoyo a esta visión se promulgan una serie de decretos y reformas que permiten llevar a cabo este proceso.<sup>29</sup>

En relación con lo comentado, un primer Decreto Ejecutivo, el No 13989 del mes noviembre 1981, crea una Comisión Interinstitucional entre la Caja y el Ministerio en función de articular más ampliamente los objetivos y propósitos entre ambos entes. “Esta articulación se profundiza con el No 14313 de 1983, por el cual también van a coadyuvar dentro del Sector Salud el Ministerio de

<sup>26</sup> González Pacheco Carlos Eduardo, *op. cit.*, p. 11.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>28</sup> González Pacheco Carlos Eduardo, *op. cit.*, p. 13. Miranda Gutiérrez Guido, *op. cit.*, p. 15.

<sup>29</sup> Asís B. Luis y Piedra Marielos, *op. cit.*, p. 38.

Planificación, el Ministerio de la Presidencia, el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, el Instituto Nacional de Seguros y la Universidad de Costa Rica.”<sup>30</sup>

Muchos aspectos se regularon entre la Caja Costarricense del Seguro Social y el Ministerio de Salud, entre los más importantes tenemos la definición de Rectoría a cargo del Ministerio de Salud, y configuración de distintos niveles de atención por parte de la Caja Costarricense de Seguro Social. Entre esos niveles de atención podemos citar la atención primaria (infraestructuras básicas y EBAIS), segundo nivel conformado por clínicas, luego los hospitales periféricos y regionales y lo correspondiente los hospitales nacionales.

Es de resaltar, a su vez, el hecho de que ya en estos años ochenta la Caja se plantea la necesidad de introducir nuevos modelos de atención más individualizada y así surgen capitación, el cooperativo y el comunitario, el médico de empresa y de medicina mixta.<sup>31</sup>

## **5. Situación actual y objetivos hacia el futuro**

Con la idea de adaptarse a las continuas necesidades de la sociedad, en el último decenio del siglo XX la institución dirige sus esfuerzos a tres ideas: los Compromisos de Gestión, los Planes Anuales Operativos y las Juntas de Salud.

Los Compromisos de Gestión han sido una propuesta concreta cuyo objetivo es seguir manteniendo índices satisfactorios

en salud, con los indicadores de eficiencia y productividad para garantizar una mejor utilización y aprovechamiento de los recursos. Con el instrumento de Compromiso de Gestión lo que se pretende es mejorar la equidad en la distribución de los recursos entre las regiones de salud, los hospitales y demás dependencias asistenciales, así como la introducción de elementos gerenciales en el servicio para una mayor calidad en la prestación que requiere el ciudadano.

“Los Compromisos de Gestión se conforman en dos partes: por un lado, las autoridades superiores del nivel central de la Caja funcionan en calidad de financiador-comprador; y por el otro, los hospitales y centros asistenciales funcionan en calidad de proveedores. Así, de esta forma, al financiador-comprador le compete otorgar los recursos convenientes, la definición de los servicios a comprar, la planificación y los instrumentos de control de objetivos. Al ente proveedor le compete las actividades por realizar, verificar los niveles de calidad y brindar los servicios con la mayor eficacia y eficiencia con los recursos dispuestos.”<sup>32</sup>

Por su parte, en los Planes Anuales Operativos se establecen claramente metas y objetivos específicos íntimamente ligados a las actividades y a sus recursos. Es un instrumento útil que permite de manera práctica maximizar los recursos de la institución de una manera coherente y ordenada dirigida hacia objetivos concretos.

Las Juntas de Salud se crean conforme la ley # 7852 de 1998 llamada “De Desconcentración

<sup>30</sup> González Pacheco Carlos Eduardo, *Op. cit.*, p.14.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p.15.

<sup>32</sup> González Pacheco Carlos Eduardo, *op. cit.*, p.16 y 17.

de los Hospitales y Clínicas de la Caja” y cuyo objetivo es contribuir en el fomento y la mejoría de la atención integral en salud que requieren los habitantes de la República. Actúan como auxiliares de los centros asistenciales y representan la participación de la sociedad civil en el sistema de salud, por lo que su contribución en la identificación de problemas, necesidades y propuestas llena una necesidad democrática y cívico-social.<sup>33</sup>

No podemos dejar de mencionar que el Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte, iniciado en 1947, continuó su proceso durante este tiempo y se fue adaptando a diferentes situaciones y fue revisado y modificado para garantizar su sostenibilidad con el paso de los años y en diferentes circunstancias. En este sentido, hubo una reforma de gran trascendencia en el año 2000, nos referimos a la Ley N° 7983 Ley de Protección al Trabajador mediante la cual se acordó la que la CCSS recaudaría las cuotas patronales relacionadas con los fondos de pensión y capitalización laboral y lo trasladaría a las diferentes operadoras de pensiones definidas por cada trabajador.<sup>34</sup>

Es importante destacar como después del establecimiento del Seguro Social se ha alcanzado el nivel de cobertura que existe en la actualidad. Los servicios de salud están a disposición de la totalidad de la población nacional, con un 100% de población beneficiaria, pues de acuerdo con la legislación citada, se deben otorgar las

prestaciones de salud a toda la población, cualquiera que sea su condición económica y social. En relación con este aspecto destaca el hecho de que en la actualidad tenemos un gran grupo de inmigrantes que viven en nuestro país y también ellos disfrutan de los beneficios que ofrece el Seguro Social.

A esta fecha, la cobertura de población asegurada es cercana al 85%, o sea, la proporción de la población compuesta por los asegurados directos cotizantes, los pensionados, los familiares dependientes de asegurados directos y los asegurados por cuenta del Estado.<sup>35</sup>

En los últimos cinco años la universalización se ha extendido a grupos de población de trabajadores independientes que, tienen capacidad de pago pero que no cotizan para el sistema, según se estipula legalmente.

Actualmente la población en Costa Rica es de 4,717,681 millones de costarricenses, y podemos afirmar que esa es la población beneficiaria a recibir los servicios de salud ya que la C.C.S.S. debe de prestar servicios a toda la población. “De ese total, el 85,5% de la población está cubierta por alguna de las diversas formas de aseguramiento de la Caja Costarricense de Seguro Social. Quienes cotizan tanto en el Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte o en el Régimen de Enfermedad y Maternidad (o en ambos), representa el 38,3% de la población, esto permite a su vez extender la cobertura del seguro de salud al 39,4% de la población

<sup>33</sup> González Pacheco Carlos Eduardo, *op. cit.*, p. 18.

<sup>34</sup> Área Comunicación Digital, Caja Costarricense de Seguro Social (C.C.S.S.), (Consulta: 27 de marzo de 2014). Disponible en <http://www.ccss.sa.cr>

<sup>35</sup> Asís B. Luis y Piedra Marielos, *op. cit.*, p. 40.

por medio del aseguramiento de familiares; mientras que el 7.8% de la población está cubierta por regímenes no contributivos.”<sup>36</sup>

Otro dato interesante es que del total de población asegurada, el 38.3% son asegurados directos, incluidas personas con seguro de asalariado, mediante convenio, por cuenta propia o de manera voluntaria, además de los pensionados. El 39.4% son familiares de asegurados directos, incluye a las personas familiares de los asegurados directos contribuyente y, finalmente, el 7.8% son asegurados no contribuyentes, incluye asegurado por el Estado, pensionados y otras formas. El restante 14.5% no asegurado, incluye condición de aseguramiento ignorado)<sup>37</sup>.

Adicionalmente, destacamos que las 676,847 personas no aseguradas igualmente tienen derecho a disfrutar de los servicios de atención médica pagando el costo de la atención recibida, en las mismas condiciones que un asegurado, de tal manera que la totalidad de la población está cubierta por la seguridad social.

Desde el punto de vista social, los datos son muy buenos ya que apenas un 14.5% de la población nacional no está cubierta por el Seguro Social. Sin embargo, desde la perspectiva legal, todo trabajador debe estar adscrito como contribuyente al sistema y sus familiares como derechohabientes. Por estas

razones, la Caja Costarricense de Seguro Social está tomando medidas para que las personas que no pertenecen a alguno de los regímenes, lo hagan.

Para cumplir con esos objetivos y para adaptarse a las cambiantes necesidades de la sociedad, para el siglo XXI las autoridades han tratado de darle un nuevo rumbo a la Caja Costarricense de Seguro Social visualizándola con imagen corporativa y gerencial.

Desde la perspectiva corporativa, la Institución es una organización con líneas de servicios diferentes que se prestan en áreas funcionales desconcentradas a lo largo del país. Desde el punto de vista gerencial, la Caja Costarricense de Seguro Social trabaja aspectos como la eficiencia, la calidad del servicio, la educación en salud, la atención, el equilibrio financiero, salud ocupacional, etc.<sup>38</sup>

Hacia el futuro, la institución ha elaborado un programa de planificación estratégica para dirigir los esfuerzos institucionales hasta los primeros 25 años del siglo XXI. Este plan contempla las modificaciones económicas, demográficas, sociales y epidemiológicas que tendrá Costa Rica a mediano y largo plazo, y el rol fundamental que deberá tener la Caja Costarricense de Seguro Social dentro del sistema de salud y de protección social para los habitantes de la República.<sup>39</sup>

36 Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC), *Encuesta Nacional de Hogares, 2013*. (Consulta: 31 de marzo de 2014). Disponible en <http://www.inec.go.cr>

37 *Ibidem*

38 González Pacheco Carlos Eduardo, *op. cit.*, p.19 y 20.

39 *Ibidem* p.20.

## 6. Conclusiones

De este análisis se puede concluir que ha habido grandes avances en el tema. Al igual que otros países el tema de la seguridad social inició con una atención esporádica y con carácter de beneficencia, de tal manera que surgieron en el país algunos centros asistenciales.

Posteriormente, ante la influencia de varias corrientes europeas en materia de seguridad social así como la de las encíclicas papales *Rerum Novarum* y *Quadragésimo Anno*, se inició una discusión en el país sobre la conveniencia o no de regular esta materia y el resultado de la misma fue el nacimiento del Seguro Social, sistema solidario creado sobre una base de participación tripartita: Estado, empleador y trabajador, en la cual todos contribuyen para que el funcionamiento del sistema sea una realidad.

El Seguro Social empezó con un régimen tradicional que daba cobertura a los asalariados, posteriormente extendió a sus familiares y dependientes, protegiendo así a un mayor número de personas, pero siempre con un tope máximo de cotización.

Sin embargo, rápidamente se evidenció que esta concepción del seguro social no era suficiente pues dejaba al descubierto a gran cantidad de personas, de tal manera que poco a poco se crea conciencia que esto no es suficiente y que es necesario extenderlo a otros sectores de la población.

En esta empresa participaron distintos sectores de nuestra sociedad y de diferentes posiciones políticas que convergieron en la necesidad de direccionar el seguro social

hacia la seguridad social, abarcando así a la mayoría de la población costarricense.

Es evidente que hubo un consenso político que permitió crear una estructura legal a través la Constitución Política, diversas leyes, reglamentos y convenios que establecieron objetivos y prioridades que le dieron al régimen las características de hoy en día.

La creación de la Caja Costarricense del Seguro Social mediante su Ley constitutiva es fundamental pues la dotó de la base jurídica fundamental para cumplir con sus propósitos. Por disposición normativa y voluntad política, esta institución se orientó decididamente hacia la Seguridad Social al luchar por la universalización de los seguros llevando a que los seguros iniciales tuvieran una amplitud de cobertura.

También destaca la importante lucha por integrar y coordinar el Sector Salud, de tal manera que hubiera un máximo aprovechamiento de los recursos humanos y materiales y no hubiera duplicidad de funciones.

Esto ha permitido que otras instituciones estatales participen coordinadamente y esto ha incidido en el mejoramiento de las condiciones de vida de los costarricenses tales como vivienda, agua, electricidad, etc.

El avance ha sido notorio al punto que el 85,5% de la población total actual está cubierta por alguna de las diversas formas de aseguramiento de la Caja Costarricense de Seguro Social. El 38.3% son asegurados directos, el 39.4% son familiares de asegurados directos, incluye a las personas familiares de los asegurados directos

contribuyente y, finalmente, el 7.8 pertenecen al régimen contributivo, solamente hay un 14.5% sin cobertura del seguro, pero que sí tienen acceso a los servicios médicos pagando su costo.

Aunque ha habido un gran avance en el tema de la universalización del seguro social, considero que aún quedan muchas cosas que hacer especialmente en el tema de la calidad del servicio que se brinda, pero ese es tema de otra investigación.

## 7. Bibliografía

Asis B. Luis y Piedra G. Marielos. "El Reto de la Cobertura". *La Seguridad Social en Costa Rica: Problemas y Perpectivas*, 1994, p.37.

Área Comunicación Digital, Caja Costarricense de Seguro Social (C.C.S.S.), (Consulta: 27 de marzo de 2014). Disponible en <http://www.ccss.sa.cr>

Cabezas Solera Edgar. *Antecedentes Históricos de la Seguridad Social*. En *la Seguridad Social en Costa Rica: Problemas y Perspectivas*, 1994, p.15.

González Pacheco Carlos Eduardo. *Bosquejo Histórico de la Caja Costarricense de Seguro Social, La Seguridad Social Costarricense y la Organización Sanitaria en Costa Rica*. Caja Costarricense de Seguro Social, Costa Rica (Consulta: 28 de marzo de 2014). Disponible en [http://www.ccss.sa.cr/museo\\_virtual/historia.html](http://www.ccss.sa.cr/museo_virtual/historia.html)

Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC), *Encuesta Nacional de Hogares*, 2013.( Consulta: 31 de marzo de 2014). Disponible en <http://www.inec.go.cr>

Miranda Gutiérrez Guido. *Desarrollo Histórico de la Caja Costarricense de Seguro Social*, Gaceta Médica de Costa Rica. Suplemento No. 2, Año 2006.

Quirós Coronado Roberto. *Antecedentes Sociales y Jurídicos de la Seguridad Social en Costa Rica*", Revista Jurídica de la Seguridad Social No.2, Costa Rica, Julio 1992.

Zamora Zamora Carlos Alberto. "El Primer Seguro Social de Costa Rica". Viales Ronny y Marín Juan José, *Historia de la Ciencia y de la Salud Pública*. IX Congreso Centroamericano de Historia. Universidad de Costa Rica, 2008, p. 313-316.

# LA INSPECCIÓN COMO INSTITUCIÓN GARANTE DEL TRABAJO DECENTE EN PRO DE LA PRODUCTIVIDAD

*Dr. Eric Briones Briones \**

**SUMARIO:**1. Introducción. 2. Antecedentes históricos. 3. Declaración de Principios y Derechos Fundamentales OIT y su relación con las dimensiones del concepto del Trabajo Decente. 4. La inspección como componente necesario para que se cumpla con el trabajo decente. 5. Ética y Capacitación. 5.1. Sobre la ética 5.2. La Capacitación. 6. Coordinación estatal. 7. Algunas buenas prácticas. 8. Conclusiones y recomendaciones. 9. Bibliografía.

## **1. Introducción**

Al pretenderse relacionar el trabajo decente (*decent work*) con la productividad de los bienes que producen la riqueza de una nación, es necesario recordar las palabras de la Madre Teresa de Calcuta: **“Los artesanos y los dirigentes no pueden tener en cuenta exclusivamente el objetivo económico de la empresa (...) la dignidad humana de los trabajadores que laboran en la empresa, es también su deber preciso”**; es por ello, que es necesario entender la productividad como un medio para crear bienes y servicios,

dentro del actual mundo globalizado, que rompe barreras de todo tipo y se posiciona integralmente, con el fin de la obtención de un rendimiento efectivo y concentrado, pero que el mismo debe venir aparejado con una visión humana.

Así es importante, introducir dentro del campo productivo, el concepto del **“decent work”**, y para ello su tratamiento de su fuente internacional, referida a los Principios y Derechos fundamentales de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), como basamento de la tutela del trabajo en libertad y sus componentes más relevantes, reducidos a la dignidad humana.

Asimismo, no es dable dentro de la temática, obviar al ente estatal, llamado Inspección de Trabajo, como organización vigilante y garante no solo del piso de las condiciones en el trabajo, sino también del desarrollo de la productividad, pero dentro de un componente de trabajo decente, es decir, acorde con la dignidad humana, en pro del respeto y progreso personal del trabajador, como ultima ratio, de la existencia de la polis<sup>1</sup>.

---

\* *Abogado y Notario Público. Cuenta con una Maestría y un Doctorado con énfasis en Derecho Laboral. Actualmente es Jefe del Departamento Legal de la Inspección de Trabajo Costarricense. Profesor e Investigador Universitario, de Licenciatura y Maestría. Autor de decenas de artículos en materia laboral, tanto a nivel nacional como internacional. Hasta ahora ha publicado 11 libros, dos de ellos publicados en España y Argentina.*

<sup>1</sup> *En alusión, a la antigua Grecia, como comunidad política que se administraba por sí misma, constituida generalmente por una agrupación urbana y el territorio circundante.*

Relacionando así todos estos componentes, en beneficio de una convivencia de relaciones laborales globalizadas, que conlleven el desarrollo humano conforme a la productividad<sup>2</sup>.

## 2. Antecedentes históricos

Resulta importante recordar el aparte histórico del Derecho Laboral<sup>3</sup> como rama sistematizada e independiente del ordenamiento jurídico en general, el cual da fe que dicho nacimiento fue como consecuencia de un escenario nada halagüeño en el que se encontraba la humanidad, para ir decantándose poco a poco, por situaciones más honrosas para las personas trabajadoras, con base en la creación de instituciones tales como la Organización Internacional del Trabajo y las Inspecciones de Trabajo, en los distintos países del mundo .

Bajo este vistazo histórico es relevante mencionar la Revolución Francesa de 1789, la cual auxilia los derechos del hombre; considerando que debía prevalecer el “*Laissez Faire*”, “*Laissez Passare*”. Tratándose de igualar al que contrataba el trabajo con el que lo desempeñaba, sobre la base de que todas las personas eran iguales ante la ley, sin establecer ningún régimen especial que regulara las relaciones obrero patronales, dejándolas sujetas a la vía civil (sistema de locatio conductio).

Donde todos los hombres son iguales, libres y con las mismas posibilidades de negociar, por lo que mediante la Ley Chapalier en 1791, se elimina -bajo pena de sanción- la constitución de asociaciones de artesanos, obreros o jornaleros o cualquier otra entidad que pretendiera organizar a algún conglomerado, bajo la concepción de la reivindicación individual sujeta a los términos económicos de la oferta y demanda.<sup>4</sup> Este último acontecimiento provocó injusticias que vinieron aparejados de movimientos -dignos de recordar- como el llevado a cabo por un grupo de féminas que reclamaban derechos laborales, en 1857 y el producido mediante la consigna “**A partir de hoy nadie debe trabajar más de ocho horas al día**”, 8 horas de trabajo, 8 horas de descanso, 8 horas de recreación. Esto tuvo saldos trágicos para sus dirigentes, quienes fueron encarcelados y sentenciados a la horca. A ellos se les conoce como “**Los Mártires de Chicago**”.<sup>5</sup>

Por su parte la OIT, como organismo supra nacional que tutela los derechos laborales y trata de unificar sus políticas a nivel internacional, con el ánimo de mantener la paz mundial, se puede afirmar que como antecedente, inició en el siglo diecinueve y específicamente se afianzo de manera permanente con la creación de la Asociación Internacional para la protección legal de los trabajadores, fundada en Basilea, Suiza, en 1901; la cual emitió entre 1905 y 1906, dos instrumentos internacionales que trataban la prohibición del uso del fósforo blanco

2 El presente tiene como fuente fundamental, algunas de las ideas recogidas -por parte del autor- en el seminario: “La Inspección de Trabajo como herramienta de difusión del trabajo decente en América Latina”, llevado a cabo en Madrid-España, los días 5 al 9 de octubre del año 2015.

3 En este aparte, se tomará en cuenta para su desarrollo, la tesis doctoral del autor, denominada: “Hacia un cambio de paradigma del sistema sancionatorio costarricense por infraccionalidad laboral”; capítulo primero sobre el desarrollo de las relaciones laborales en el tratamiento de la tutela. UNED, Pp. 534

4 Briones, Eric. Revista *Ivstitia* No. 271-272, 2009: p.24

(elemento químico incendiario) y del trabajo nocturno de las mujeres en la industria, los cuales fueron adoptados por la mayor parte de los países signatarios.<sup>6</sup> Así las necesidades que impulsaron la creación de la OIT, fueron provocadas por consideraciones atinentes a la seguridad y bienestar de la humanidad, pudiendo ser sintetizadas de conformidad con el preámbulo de la misma constitución de la OIT, en paz universal, la cual solo es dable al fundarse en una justicia social. De allí la urgencia de mejorar las condiciones laborales, para encontrar una paz duradera y armoniosa, velando porque ninguna nación del mundo en el futuro dificultare dicho cometido<sup>7</sup>.

Se estaba desarrollando -entonces- un verdadero reconocimiento internacional a la importancia de la justicia social para el logro de la paz, en contraste con un pasado de explotación de los trabajadores en los países industrializados de ese momento. Había, también, una comprensión cada vez mayor de la interdependencia económica del mundo y de la necesidad de cooperación para obtener igualdad en las condiciones de trabajo en los países que competían por los mercados internacionales.

La OIT pasa por ende a constituirse en el organismo especializado de las Naciones Unidas, con el objetivo de promover la justicia social, los derechos humanos y laborales reconocidos internacionalmente. Siendo su constitución elaborada entre enero y abril de 1919, por una comisión de trabajo establecida por la Conferencia de Paz, que

se reunió por primera vez en París y luego en Versalles, la cual tenía como antecedente ideas tratadas en la IALL, de Basilea. Esto dio como resultado la conformación de una organización tripartita, única en su género, con representantes de gobiernos, empleadores y trabajadores dentro de sus órganos ejecutivos. En los años 1919 y 1921, la OIT sancionó dieciséis convenios internacionales del trabajo y dieciocho recomendaciones y, en 1926, se introdujo un mecanismo de control, aún vigente, por el cual cada país debía presentar anualmente una memoria informando sobre el estado de aplicación de las normas internacionales.

Para examinar esas memorias, se creó también la Comisión de Expertos, integrada por juristas independientes, que cada año presentan su informe a la Conferencia. En 1944, en pleno apogeo de la Segunda Guerra Mundial, la Conferencia Internacional del Trabajo en Filadelfia aprobó la Declaración de Filadelfia, que se integró como anexo a la Constitución, fijando los principios, fines y objetivos de la OIT, ampliándose así su campo de acción, sobre la base de la relación existente entre los problemas laborales, sociales, económicos y financieros.<sup>8</sup>

Entre 1948 y 1970, durante la administración del estadounidense David Morse -por el proceso de descolonización- se duplicó el número de Estados que pasaron a ser miembros, quedando en minoría los países industrializados. La OIT amplió sus actividades quintuplicando el presupuesto y cuadruplicando el número de sus empleados. En 1960, se creó

5 *Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de Costa Rica, 1988: p. 16.*

6 *Von Potobsky y Bartolomei. La Organización Internacional del Trabajo. 2002: p.5*

7 *Recuperado el 4 de agosto del 2015 de <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/iloconst.htm>.*

8 *Von Potobsky, op.cit, p.7.*

el Instituto Internacional de Estudios Laborales y, en 1965, el Centro Internacional de Perfeccionamiento Profesional y Técnico, con sede en Turín. En 1969, al cumplirse cincuenta años de su creación, le fue otorgado el Premio Nobel de la Paz.<sup>9</sup>

Finalizada la Guerra Fría y frente al proceso de globalización y deterioro de los derechos laborales en todo el mundo, la OIT ha señalado la necesidad de dar el trabajo, garantizados por ocho convenios fundamentales (libertad sindical, negociación colectiva, abolición trabajo forzoso, abolición del trabajo infantil, eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación), destacando los conceptos de empleo decente y democratización de la productividad globalizada.

En cuanto a la inspección, hoy como función estatal de la administración del trabajo que vela por el cumplimiento de la legislación laboral en los centros de trabajo, puede afirmarse como referencia, que surgió facultativamente en Inglaterra,<sup>10</sup> para evitar el desarrollo de enfermedades contagiosas y para preservar la moralidad de los aprendices en los locales, implantándose obligatoriamente en 1833, según lo expone el profesor español, Alberto Arufe:

*“El precedente más remoto lo registran las leyes de fábricas inglesas*

*-la primera de las cuales, en 1833, se refería ya a las funciones de los que llamaba “inspectores de fábricas (inspectors of factories)”-y a dichas leyes inglesas subsiguieron, por su orden cronológico, la Ordenanza Industrial alemana de 1869 -encomendando la función inspectora a “funcionarios especiales”-, la aparición en 1891 de los primeros “inspectores industriales” en Portugal, y la de los primeros “inspectores del trabajo” en Francia sólo un año después, en 1892”.<sup>11</sup>*

Por su parte, en Prusia, se extiende forzosamente a las actividades laborales, mediante Ley de 1869 promulgada por Bismark. En Francia, mediante Ley de 19 de mayo de 1874 se configura el primer intento de crear un cuerpo de funcionarios encargados de aplicar las leyes sociales. El cuerpo estaba conformado por quince inspectores nombrados y retribuidos por el Gobierno y otros por los Consejos Generales; pero, muchos de estos incumplieron con la remuneración, por lo que la propuesta no fructificó. En Alemania, aparece dentro del Código Industrial de 1889, con carácter facultativo y con funciones limitadas a la tutela de la higiene y seguridad en el trabajo. No es sino, hasta 1892 cuando realmente se crea como una estructura administrativa estatal, con miembros reclutados por concurso y dotados de un estatuto.<sup>12</sup>

9 Lee E, Swepston, Rodgers G, L y Van Daele J. (2009). *La Organización Internacional del Trabajo y la lucha por la justicia social, 1919-2009. Impreso Suiza. P. 2.*

10 *En un primer escenario se emitió la ley para preservar la moralidad de los aprendices, la cual iba dirigida a niños trabajadores, creándose comités de manera voluntaria conformados por personas notables de cada localidad (OIT. Inspección del trabajo: lo que es y lo que hace: s/f, pp.9).*

11 *Op.cit. p. 129-130.*

12 *Briones, Eric. Revista Real Card, 3° ed, 2010: p. 13.*

A nivel americano -se puede señalar -en los Estados Unidos de Norteamérica, es a partir de 1890 y específicamente en New York, en donde empieza a funcionar el servicio de inspección de trabajo y como dato curioso, algunas mujeres formaban parte de él,<sup>13</sup> con potestades dirigidas a la investigación y prevención de los riesgos profesionales. En Chile se crea la Dirección General del Trabajo, en el año 1924, a la cual se le asignaron funciones de fiscalización en el cumplimiento a las leyes del trabajo y lo concerniente a los tribunales encargados de su aplicación y en México no es hasta 1931, cuando regula mediante Ley Federal, las atribuciones de un cuerpo inspectivo.

Como puede apreciarse los cuerpos inspectivos de Europa y América fueron suscitándose a finales del siglo diecinueve y las primeras cuatro décadas del siglo veinte; no obstante, su pleno nacimiento con sustento normativo internacional, lo consiguen por medio del Tratado de Paz de Versalles que proclamó en su aparte XIII, como principio la importancia particular y urgente de que cada Estado organizara un servicio de inspección, que comprendiera a las mujeres, con el objeto de asegurar la aplicación de las leyes y reglamentos para la protección de los trabajadores (artículo 427, inc. 9). En el mismo sentido, en 1923, como parte de su quinta reunión, adoptó la necesidad de que cada Estado miembro, contara con un servicio de inspección, con

la misión esencial de asegurar la aplicación de las leyes y reglamentos concernientes a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión.

Esto, definitivamente, revistió un indudable interés histórico por cuanto, basándose en la experiencia adquirida por los países que ya la habían constituido, trazó los lineamientos generales que inspirarían la conformación de la inspección de trabajo en numerosos países y, en especial, en Costa Rica.

A partir de este recuento, se ha identificado al trabajador como la parte más débil y por tal razón se han creado mecanismos tanto en el ámbito internacional como nacional de cada país (v.gr. Tratado de Versalles, aparte X111, Constitución OIT 1919 y su adopción en 1944 de sus fines y objetivos en Filadelfia, la Declaración de Principios y Derechos fundamentales de la OIT, Código de Trabajo, Ley Orgánica del ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Directriz N. 017-2013 MTSS, atinente a los procedimientos inspectivos y su reforma mediante directriz No. 014-2014), que le vienen a brindar protección, durante su ocupación (tanto para emplearse, como durante la relación laboral o la creación propia de su empleo), en pro de tener un trabajo decente<sup>14</sup>; dentro de una tendencia actual basada en una crisis del derecho laboral, en donde se le pretende en muchos casos de sumergirse,

<sup>13</sup> *Pudiendo ser una conquista como consecuencia de la muerte de las ciento sesenta mujeres dentro de la fábrica cotton, en dicho Estado.*

<sup>14</sup> *Entendido el "decent work" o trabajo decente, como la esperanza que tiene todo trabajador de conseguir dentro de su vida laboral, las máximas condiciones - en cuanto a contar con oportunidades de un trabajo que sea productivo, que conlleve un ingreso digno y no sólo para él, sino para su núcleo familiar, de acuerdo con lo que sostiene la doctrina social de la Iglesia Católica en sus diversas encíclicas papales, de contar con seguridad en el lugar de trabajo y protección social para las familias, mejores perspectivas de superación personal e integración social, libertad para expresar sus ideas, de contar con igualdad de oportunidades tanto dentro de su trabajo como con ocasión de proveerse de uno.*

mediante disfraces, con la utilización de la figura de la locación de los servicios, en vez de la laboralización; creación de empleos en cantidad por encima de lo cualitativo; relaciones en donde media la flexiseguridad impuesta unilateralmente y; creación de trabajos informales e insostenibles, a raíz de la globalización y transformaciones tecnológicas sin control efectivo estatal.

### **3. Declaración de Principios y Derechos Fundamentales OIT y su relación con las dimensiones del concepto del Trabajo Decente**

Ahora bien, la culminación de autocrítica de la OIT de 1998, conllevó a dictar cuatro pilares fundamentales (erradicación efectiva del trabajo infantil, no discriminación, no trabajo forzoso y libertad de asociación, sindical y de negociación), los cuales al relacionarlos con las dimensiones del trabajo decente, conllevan a una libertad de asociación sindical mediante la creación de representaciones de empleadores y trabajadores, que posibiliten el dialogo social, dentro del ámbito democrático empresarial y nacional de cada país, junto con los fueros especiales que le confieran las legislaciones (Voto Constitucional No. 5000-93 y promulgación de la ley No. 7360). Asimismo con el presupuesto de la erradicación efectiva del trabajo infantil, se busca que los menores tengan la posibilidad de obtener el respeto de sus derechos universales, bajo el concepto del interés superior del menor; con mayores y mejores oportunidades de empleo, por lo que para ello el sistema productivo del país, debe conllevar políticas sociales de creación y reinserción de oportunidades dentro del mismo sistema educativo. Pues

un menor pobre que trabaja y no estudia no saldrá de su pobreza, a lo sumo lo que está haciendo es engrosar los índices por encima del 50% del trabajo informal que existe a nivel del Continente Americano. El trabajo forzoso como componente fundamental de erradicación, además de violar los Derechos Humanos, conlleva una desprotección social para el trabajador y afecta el sistema de seguridad social de un país.

Asimismo la discriminación no debe entenderse dentro del trabajo decente -según lo ha entendido la OIT- solo con ocasión de la relación laboral (empleabilidad), sino dentro del concepto de trabajo u ocupación, por ser más amplio, en donde no se discrimine el acceso al mismo, por razón de edad, etnia, género o religión (normativa nacional Leyes Nos. 2694 y 8107) o como lo dicta más ampliamente el Convenio no. 111 **“prohibición de toda clase de discriminación laboral”** (reiterado por voto constitucional No. 1874 del año 2010, acerca de la negativa a concederle ocupación a un portador de VIH-SIDA, dentro de una institución estatal), pues ello conlleva a prácticas desleales que atentan contra la dignidad de la persona y bien provocan más bien la contracción de la economía de un país, al darse un ambiente intolerable en contra de los principios reconocidos a nivel internacional.

Por su parte, la OIT, no considera como libertad de trabajo sólo el no trabajar forzosamente, sino que en un concepto más amplio, lo lleva hasta el extremo del trabajo decente (justicia social, igualdad, dignidad, respeto de los pisos mínimos, etc.), por lo que incluye además los componentes mencionados anteriormente sobre no discriminación y erradicación de las labores infantiles; y lo más importante el desarrollo del

trabajo dentro de un marco de diálogo social por medio de las organizaciones sociales constituida por empleados y empleadores, con su componente de protección en caso de ataque a la libertad de asociación dentro de sus dos modalidades positiva y negativa; es decir, posibilidad de elección libre y esta a su vez libre de amenazas. Entendido el trabajo en libertad como aquel con relación al uso de la coerción de trabajadores vulnerables que se encuentran atrapados contra su voluntad (tráfico de personas, esclavitud, servidumbre por deudas, trabajos domésticos, trabajos militares, obras públicas y carcelarias con fines de lucro). Todos así resultan ser un complemento de lo que se debe entender por libertad del trabajo.

A nivel nacional, el artículo 56 de la Carta Magna, dispone una doble declaración -según lo ha manifestado la Sala Constitucional, en voto 5424-2002- una, la de que el trabajo es un derecho del individuo y otra, la de que el Estado garantiza el derecho bajo libre elección, que en su conjunto ambas constituyen la denominada “**Libertad de Trabajo**”. Aquí es importante el concepto de colocación libre, en donde el estado costarricense entonces tiene el deber de facilitarle al habitante la posibilidad de escoger libremente entre un sinnúmero de trabajos lícitos, libres de discriminación (por razón de edad, etnia, genero o religión) entendida de conformidad con el Convenio No.111, párrafo 1b, o como de cualquier “**otra condición social**” que atente contra la libertad. A su vez el Estado se debe comprometer a no imponerle a sus

habitantes una determinada actividad que afecte su autodeterminación; sin embargo, aparejado a ello, es necesario que además de proveer trabajo y con el fin de hacer dable este presupuesto constitucional, todo país brinde una igualdad de posibilidades para acceder a la educación, con el fin de poder tener un acceso en el futuro en verdaderas condiciones de igualdad y libre escogencia, a los cargos que se generen. Esto es el reflejo como la dignidad humana<sup>15</sup> es consustancial a un trabajo en libertad.

#### **4. La inspección como componente necesario para que se cumpla con el trabajo decente**

Es necesario añadir que para que se cumpla efectivamente tales derechos fundamentales dentro del ámbito del trabajo decente, además de las políticas sociales estatales, no se debe dejar de lado el componente de verificación (no solo entendido de manera represiva, sino también de prevención y enseñanza). Tal cometido en la práctica de cada país es realizado por entes administrativos y judiciales. Es precisamente aquí que se debe relacionar con la Inspección de Trabajo (Convenios Internacionales 81 y 129 y Recomendaciones 81 y 133), de allí que el jurista Fernando Suárez González, afirme: “**la historia de la Inspección es paralela a la historia de la legislación laboral**”.<sup>16</sup> En 1923, mediante recomendación No. 20, la Conferencia General de la Organización

15 Al tratar el tema del trabajo en libertad, no se puede dejar de lado el concepto de “Dignidad Humana”, entendida como el valor supremo por el simple hecho de ser consustancial a la persona; considerándose éste el fundamento para reconocer derechos. Si se parte de este concepto por ende debe venir el reconocimiento del mismo, en toda actividad de la persona, incluida la laboral, pues el trabajo forzoso niega, limita y menosprecia precisamente a la dignidad.

16 Recuperado el 29 de setiembre de 2015, de <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/139/45.pdf>.

Internacional del Trabajo (OIT) reunida en Ginebra, en su quinta reunión adoptó la necesidad de que cada Estado miembro contara con un servicio de inspección, con la misión esencial de asegurar la aplicación de las leyes y reglamentos concernientes a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión.

De allí que resulte importante al hacer mención del trabajo decente de este complemento práctico, que protege los derechos dentro de una justicia pronta y cumplida. Señala la encíclica papal *Caritas in Veritate*, del Sumo Pontífice, Benedicto XVI,<sup>17</sup> que a los sistemas de protección y previsión, les va a costar lograr sus objetivos de verdadera justicia social dentro de un cuadro de fuerzas profundamente transformado, por cuanto los mercados al globalizarse, sobre todo en países poderosos, les lleva a la búsqueda de emplazar la producción a bajo coste con el fin de reducir los precios de muchos bienes, aumentar el poder de adquisición y acelerar por tanto los índices de crecimiento, centrando estos esfuerzos en flexibilizar la normativa fiscal y laboral; sin embargo y, a pesar de ello, no se debe desmayar y por el contrario es necesario contar con medidas de protección sociales que equilibren dicha realidad. Siendo ante esta premonición, necesario el proponer dentro del esquema de estado protector, nuevos paradigmas que faciliten, agilicen y hagan efectivas, las competencias de los organismos de protección tanto a nivel administrativo como judicial.

## 5. *Ética y Capacitación*

### 5.1. *Sobre la ética.*

Dentro de una sinergia entre los tópicos en tratamiento, se hace necesario de un ingrediente ético subjetivo; ya que en toda actividad humana deben incorporarse valores, virtudes y en general, una voluntad hacia el bien, máxime cuando se trata de la aplicación de potestades ungidas por el Estado (como lo es el inspeccionar) en razón del cargo y que tienen que ver con intervenir la esfera privada de los individuos que conforman la sociedad.

Precisamente, el nacimiento de los valores se debe al resultado del comportamiento humano. Un valor es precisamente la ética dentro de la profesión o trabajo electo, entendido como la disciplina que enseña cuál debe ser el comportamiento correcto, que debe estar adecuado a las exigencias de una sociedad en determinado espacio y tiempo; es decir, un saber o arte normativo de actuación en función del espíritu de conservación. Los actos humanos constituyen el presu-puesto básico sobre el cual se construye la ciencia ética.<sup>18</sup>

Indica Antonio Marlasca, que a la ética, realmente solo le interesan los actos humanos, es decir, los actos libres, morales, voluntarios e imputables. No considera los actos naturales o fisiológicos (como la digestión), los físicamente forzados o coaccionados, los no imputables (enfermo mental o un niño). Todos estos actos no

<sup>17</sup> Recuperado el 9 de setiembre de 2015, de [http://www.vatican.va/holy\\_father/benedict\\_xvi/encyclicals/documents/hf\\_ben-xvi\\_enc\\_20090629\\_caritas-in-veritate\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate_sp.html).

<sup>18</sup> Briones, Eric. *Tesis Doctoral*, 2013: p. 214.

son morales ni inmorales, no pueden ser revestidos de un valor, están al margen de la moralidad. El acto moral supone, el acto humano o voluntario que implica proceder desde la interioridad y con conocimiento del fin al que se ordena la acción que se realiza.<sup>19</sup>

En toda administración, existen y específicamente a la hora de su ejercicio, ciertos factores que propician los antivalores y por lo tanto su decaimiento en los llamados actos de corrupción, entre los que se pueden mencionar:<sup>20</sup> **a)** Deficiencia de controles: crea las condiciones óptimas para el desarrollo de la corrupción, casos ejemplares, serían la falta de regulaciones legales sancionatorias, la falta de pesos y contrapesos dentro del engranaje político del país a nivel de sus distintos poderes, así como la carencia de auditorías oportunas. La OIT, sobre la administración del trabajo público, ha manifestado lo siguiente:

*“La mayoría de los gobiernos son conscientes del problema y han tomado medidas para evitar estas dificultades y mejorar el comportamiento profesional de los Inspectores. En América Latina, Europa y África Occidental, varios países han creado un órgano interno de control o auditoría para supervisar la conducta ética de los funcionarios*

*públicos” (Informe V. 2011: p. 81).<sup>21</sup>*

**b)** Discrecionalidad sin límites: entendida la discrecionalidad como el poder de decisión de manera libre. Precisamente dejada en manos de los funcionarios públicos y aunado al establecimiento de más y más reglamentaciones, permisos, autorizaciones y licencias para la actuación de los administrados, esto provoca que se produzca dentro de dicha maraña, mayor discrecionalidad sin control previo, ni posterior, mediante una actuación arbitraria; **c)** Centralización: la concentración del poder en manos de pocos, aunada a la discrecionalidad, provoca y facilita la corrupción; **d)** Inestabilidad del funcionario: en muchos casos la función pública se ejerce con consciencia de transitoriedad y como un único medio para subsistir, sin sustrato o contenido de mística e identificación que podría generar la estabilidad laboral dentro de determinada función. Al respecto, señalan Cervantes y Corrales:

*“El funcionario, consciente de su inestabilidad, en muchos casos ha utilizado el cargo público como un medio para enriquecerse y protegerse económicamente frente a su salida de la Administración, lo cual puede producirse, sea por los cambios*

19 Marlasca, Antonio (2007). *Introducción a la Ética*. Pp. 66-67.

20 *En términos generales corrupción significa degradación de algo, putrefacción. Es así una alteración o perversión de la forma o estructura original, de algo o alguien.*

21 *Asimismo a mediados del año 2008, la Asociación Internacional de la Inspección de Trabajo (AIIT), adoptó el Código Global de Integridad, con el fin de promover la profesionalidad, cultivando la integridad, el compromiso, el dinamismo y la buena gobernanza, elementos necesarios en el cumplimiento de los deberes, con el ánimo de que el desempeño inspectivo sea creíble y profesional. En la República de El Salvador en el año 2010, se emitió un Código de Ética, pretendiéndose que se convierta en una herramienta que busque facilitar al personal de la Inspección de Trabajo un corpus de valores y normas de conducta que orienten su comportamiento ético, tanto en el ejercicio de sus funciones públicas como en sus actividades privadas y que conduzca al establecimiento de un sistema de Inspección de Trabajo así transparente. En el país existe un proyecto que se está discutiendo y que ha sido patrocinado por la Fundación para la paz y la democracia (Funpadem).*

*políticos, o por la misma deficiencia del sistema de administración del personal público”.*<sup>22</sup>

En igual sentido la OIT, ha alertado sobre el tema, señalando, en referencia a los sistemas de inspección laboral:

*“En muchos sistemas de inspección del trabajo, la rotación de personal es elevada y numerosos inspectores pasan a integrar el sector privado. Esto se debe en gran medida a la falta de incentivos, principalmente en términos de remuneración, para incitar a los inspectores a permanecer en sus puestos de trabajo. Además, las condiciones de trabajo poco atractivas para muchos inspectores pueden dar lugar a problemas éticos. La conducta profesional y el riesgo de corrupción son temas recurrentes”.*<sup>23</sup>

**e)** Posiciones partidistas: los partidos, al proteger a los funcionarios irresponsables o deshonestos, han provocado pérdida de credibilidad en el sistema sancionatorio o de control, y han fomentado la corrupción; **f)** Falta de transparencia y publicidad: históricamente estos factores han encontrado su caldo de cultivo en aquellos Estados autocráticos, bajo un secretismo, amparado por lo eclesástico inquisitorial o bien bajo la actitud paternalista de la administración al considerar a los administrados como menores, a los que no debe dárselos cuenta de nada<sup>24</sup>.

Contrario a lo anterior, en estos tiempos se ha considerado que los administrados deben tener el derecho a conocer los pormenores de

la función o conducta administrativa, durante todas sus etapas, en el entendido que el componente social, pasa de espectador a actor. Al respecto ha considerado, Ernesto Jinesta, lo siguiente:

*“Modernamente, se ha producido un cambio profundo en las relaciones Administración Pública-administrado, puesto que la primera debe considerar y tratar a los segundos como clientes-cultura del cliente-, asociados o personas con iguales derechos y no como simples súbditos a los que les otorga o concede algo, se trata, entonces, de la sustitución de la tradicional relación autoridad-súbdito por una más humana y digna. Incluso, es un hecho que a través de los diversos mecanismos de participación de los administrados y de las organizaciones colectivas de éstos -representativas de intereses colectivos o corporativos- se va sustituyendo el principio de autoridad, jerarquía o supremacía por el de negociación o concertación (“government by contract”). La Administración debe tener una actitud diferente y amistosa hacia al administrado mostrándose como socia y no como ordenadora de conductas, comportamientos y relaciones. Es evidente que frente al principio secular y tradicional del secreto, la transparencia presupone un replanteamiento de las relaciones Administración-administrado que incide, necesariamente, en la función, la organización, los medios y la formación del personal.”*<sup>25</sup>

<sup>22</sup> Cervantes Benavides, O y Corrales Jiménez, G. (1987). *Antología de Administración de Instituciones Públicas*. p.291.

<sup>23</sup> *Los presupuestos de los Ministerios de Trabajo de los países Centroamericanos y República Dominicana, 2010: p. 81.*

<sup>24</sup> Jinesta Lobo. *Transparencia administrativa y Derecho de acceso a la información administrativa, 2006: p. 29.*

<sup>25</sup> *Op.cit. p.21.*

Entonces se entiende que la administración existe para servir a la sociedad y debe ejercer sus funciones para un buen desempeño dentro de un marco legal y ético. En este sentido, la Sala Constitucional, en su Voto No. 3276 del año 2006, ha considerado:

*“En el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, todos y cada uno de los entes y órganos públicos que conforman la administración respectiva, deben estar sujetos a los principios constitucionales implícitos de la transparencia y la publicidad que deben ser la regla de toda la actuación o función administrativa. Las organizaciones colectivas del Derecho Público -entes públicos- están llamadas a ser verdaderas casas de cristal en cuyo interior puedan escrutar y fiscalizar, a plena luz del día, todos los administrados. Las administraciones públicas deben crear y propiciar canales permanentes y fluidos de comunicación o de intercambio de información con los administrados y los medios de comunicación colectiva en aras de incentivar una mayor participación directa y activa en la gestión pública y de actuar los principios de evaluación de resultados y rendición de cuentas actualmente incorporados a nuestro texto constitucional (artículo 11 de la Constitución Política) (...). El derecho de acceso a la información administrativa es un mecanismo de control en manos de los administrados, puesto que, le permite a éstos, ejercer un control óptimo de la legalidad y de la*

*oportunidad, conveniencia o mérito y, en general, de la eficacia y eficiencia de la función administrativa desplegada por los diversos entes públicos. Las administraciones públicas eficientes y eficaces son aquellas que se someten al control y escrutinio público, pero no puede existir un control ciudadano sin una adecuada información”.*

Así, con base en la información oportuna y acceso a la misma, se ejerce el control ciudadano en la verificación de una administración basada en los parámetros de la legalidad, eficiencia y moralidad que debe tener su funcionamiento.

No obstante, frente a la trascendental importancia de los principios de transparencia y publicidad oportuna, el secreto administrativo no resulta condenable del todo ya que dichos principios tampoco son del todo absolutos, en vista que la misma Constitución Política, los limita a la salvedad de los secretos del Estado o incluso al resguardo de ciertas instituciones (v.gr. Instituto Nacional de Seguros, Instituto Costarricense de Electricidad) que han visto modificadas sus actuaciones monopolísticas de antaño, por un nuevo régimen de competencia. Esto con el ánimo de protegerlas, pues no conviene la divulgación de cierta información a terceros por motivos estratégicos, comerciales y de competencia<sup>26</sup>.

## **5.2. La Capacitación**

Los funcionarios además de probos, deben ser idóneos en el cumplimiento de sus funciones, para alcanzar sus objetivos y

---

<sup>26</sup> Voto de la Sala Constitucional No. 12879-2012.

metas de conformidad con lo que se dejó plasmado constitucionalmente desde el año de 1949. En una referencia específica a los funcionarios de la Inspección de Trabajo, la OIT, con respecto a la temática a tratar ha dispuesto: “Para mejorar la planificación y la programación es indispensable aplicar una buena estrategia de formación que permita mejorar sustancialmente las competencias profesionales de los inspectores”<sup>27</sup>.

De allí que se esté de acuerdo, en que hay necesidad de capacitar a los distintos cuadros técnicos y profesionales dentro de la función pública, pero precisando en qué áreas, para conducir ésta de manera ordenada y estructurada, en vista que así lo demandan los constantes cambios que ocurren, como consecuencia de los avances científicos y socio jurídicos. Usualmente, se acepta como acto de fe que la administración no consigue su eficacia y eficiencia -como dos medios dependientes entre sí, para una óptima marcha de la gestión- porque los burócratas no tienen capacidad para ejecutar, ni siquiera para diseñar, lo cual viene a contrapelo del fundamento constitucional estipulado en el artículo 192, el cual refiere:

*“Con las excepciones que esta Constitución y el estatuto de servicio civil determinen, los servidores públicos serán nombrados a base de idoneidad comprobada y sólo podrán ser removidos por las causales de*

*despido justificado que exprese la legislación de trabajo, o en el caso de reducción forzosa de servicios, ya sea por falta de fondos o para conseguir una mejor organización de los mismos”*  
[cursivas añadidas].

Pero dicha idoneidad debe mantenerse durante el desempeño de las funciones, y no solo con ocasión del acceso al empleo público. Con respecto a esta última situación, la Sala Constitucional se ha decantado por la necesidad de contar con pruebas de ingreso al sector público, correspondientes al razonamiento verbal, numérico o abstracto, así como de conocimientos científicos atinentes al puesto que pretende ofertarse. Sosteniendo que la idoneidad, precisamente, dentro del empleo público debe comprobarse mediante pruebas de aptitud y conocimiento, específicas para un cargo determinado y no solo con base en pruebas de tipo psicométricas, como hasta ahora había sido la tónica dentro de la función pública (Voto No. 7163-12).<sup>28</sup>

Asimismo, dicho ente judicial ha considerado que la eficiencia en la gestión administrativa es un imperativo, por lo que la estabilidad a que alude el artículo 192 constitucional, no es solamente un requisito de ingreso, sino de permanencia; el funcionario nombrado en un puesto o para realizar una determinada función, debe hacerlo de manera idónea, es decir, eficiente, conveniente y eficaz,

<sup>27</sup> Informe V sobre la Administración del trabajo y la Inspección del Trabajo, en la 100 reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, OIT. Ginebra 2011.

<sup>28</sup> Dentro del ámbito Europeo y específicamente en Alemania y Francia, en cumplimiento de la eficacia administrativa, se realizan para acceder al sistema inspectivo, pruebas tanto escritas como orales, en donde se exige el conocimiento de materias atinentes a la administración, el derecho, la economía, la seguridad social y el funcionamiento de la Inspección de Trabajo. Ahora bien, en el caso de Francia, además se realizan pruebas físicas de atletismo, con el fin de valorar la salud del futuro inspector. Para el caso de España, refiere el profesor Alberto Arufe (2007), se requiere algún conocimiento de otros idiomas como el Francés, Inglés y Alemán (p. 143).

durante todo el período por el cual ocupe el cargo, rigiendo los principios de idoneidad comprobada y eficiencia <sup>29</sup>.

Es por ello, la necesidad de una constante y sostenible formación, sea mediante programas universitarios de formación especial a nivel de pregrado y postgrado. Para el caso de la administración del trabajo y en específico de la inspección, debería darse un componente concreto dentro de las carreras de derecho o de administración del trabajo, las que deberían contar con profesorado experimentado en el área del desempeño inspectivo.

Ahora bien, si quiere formalizarse más la enseñanza de manera especializada, podría contarse con un centro de enseñanza destinado única, y exclusivamente, a tal fin. Como sucede en Francia por medio del Instituto Nacional de Trabajo, Empleo y Formación especializada Profesional (Intefp), Argelia (Instituto Nacional de Trabajo), Polonia (Centro Nacional de Formación de Inspectores del Trabajo), Rumanía (Centro de Formación para la Inspección del Trabajo), Túnez (Instituto Nacional de Estudios Laborales y Sociales),

en la India, Brasil y Portugal, la cual cuenta con sus propios institutos de formación para la inspección laboral, la seguridad social y las minas.<sup>30</sup>

Otro ejemplo, lo constituye España en donde se creó mediante Real Decreto No. 1 223 de fecha 17 de julio del año 2009, una Escuela de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.<sup>31</sup> Creada como una estructura para reducir la siniestralidad laboral, luchar contra la economía sumergida y el fraude, vigilar el cumplimiento de la legislación laboral, garantizar la igualdad efectiva, la no discriminación de mujeres y discapacitados y a su vez, de formación y actualización continua de sus funcionarios, con el que se les permita establecer itinerarios de perfeccionamiento y especialización en áreas y materias concretas; como consecuencia de los frecuentes cambios y modificaciones legales que constantemente, se encuentra sometida la labor inspectiva.<sup>32</sup>

Es que la propia realidad social sobre la que opera la Inspección de Trabajo, resulta ser de constante evolución, con aparición de nuevas técnicas y formas de prestación laboral, y como contrapartida, con surgimiento

29 Voto de la Sala Constitucional, no. 14785-2010.

30 Seminario: *La Inspección de trabajo como herramienta 2015*, op.cit.

31 *La misma debe cumplir con tres metas: 1-) Facilitar la realización de las correspondientes pruebas, dentro del proceso selectivo, para la comprobación de conocimientos y de capacidad analítica de los aspirantes al ingreso en los Cuerpos Técnicos del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, pasándose de un sistema de reclutamiento (una oposición de base memorística) a uno de formación teórica y práctica que permita completar la formación académica y desarrollar habilidades de negociación, mediación y conciliación; 2-) Gestionar la adecuada ejecución de los programas de formación continuada y especialización para los funcionarios que constituyen parte del sistema, tanto el personal inspector como el de estructura; 3-) Promover el estudio, la investigación y el debate de las nuevas situaciones, con impacto en la formación inspectora, que se plantean en el área sociolaboral, con la participación de otros operadores sociales, pudiendo sugerir a los centros directivos las propuestas de adaptación normativa que pudieran derivarse. Esta última misión podrá ser desarrollada en colaboración con instituciones de tipo fundacional, que faciliten la captación de recursos externos para los fines señalados (Recuperado el 6 de octubre del 2015 desde <http://www.europapress.es/economia/laboral-00346/noticia-economia-laboral-gobierno-crea-escuela-inspeccion-trabajo-seguridad-social-20090717142647.html> ).*

32 Recuperado el 6 de octubre del 2015, desde <http://www.mtin.es/es/organizacion/subsecretaria/contenido/OM113b.htm>.

de nuevos problemas y fuentes de conflicto.<sup>33</sup> Todo ello reafirma la necesidad de que el sistema inspectivo laboral deba estar integrado por funcionarios con formación y conocimientos actualizados, adaptados a la diversidad de cometidos y especialización funcional propios de la labor inspectiva, para lo que resulta de la mayor trascendencia contar con una institución que pueda, por una parte, llevar a cabo las tareas necesarias para la formación, así como para promover el estudio, la investigación y la reflexión sobre las nuevas situaciones que se plantean, con la participación de los diversos operadores sociales.

## 6. Coordinación estatal

Las nuevas demandas, enseñan -como buena práctica- el fomento de un constante control coordinado entre todas las autoridades dentro del ámbito nacional, con el fin de poder contar con los recursos de todas en un esfuerzo conjunto, pues dispersamente con los pocos recursos que cada una tiene, no es mucho lo que se puede hacer; precisamente los diversos diagnósticos de la OIT, emitidos para las administraciones del trabajo, en Centroamérica, han detectado la falta de coordinación interinstitucional, lo cual provoca, estructuras independientes y sin canales de comunicación e información entre sí, lo que reduce la efectividad de las mismas (Diagnóstico para Honduras: 2009: p.21).

Se hace imperativa –entonces- la formulación de una política integral en materia social de

trabajo, rompiendo la cultura de feudos, siendo así asumida como una política de Estado, bajo el norte del principio de progresividad. Entendido éste como la mejora del nivel de desarrollo de un Estado, en cuanto al nivel de compromiso de garantizar los derechos:

*“En teoría, la idea es que, entre más recursos tenga un Estado, mayor será su capacidad para brindar servicios que garanticen los derechos. La obligación de implementación progresiva contiene la prohibición de no regresividad que puede ser sometida a control judicial en caso de incumplimiento. Cuando un Estado reconoce, respeta y satisface algún derecho fundamental, tiene prohibido reducir los niveles de protección de los derechos vigentes o suprimir los ya existentes. Una decisión o política pública puede considerarse regresiva cuando sus resultados desmejoran, en comparación con los resultados de un punto de partida anterior que ha sido escogido como parámetro y en el campo de las normas jurídicas, si al comparar una nueva norma, se suprimen, limitan o restringen derechos anteriormente existentes. En ese sentido, la doctrina ha establecido que una vez que un determinado derecho ha sido formalmente reconocido como inherente a la persona humana, queda integrado en forma definitiva e irrevocable a la categoría de los derechos humanos cuya tutela*

---

<sup>33</sup> Algunos de los que ha señalado la OIT en su informe V, están: el envejecimiento de la población trabajadora, las tasas más elevadas de empleo de las mujeres, el aumento de la tasa de desempleo de los jóvenes, los movimientos migratorios; así como las nuevas formas de organización del trabajo, como la subcontratación y el teletrabajo, el nuevo enfoque ambiental y de globalización tecnológica (2011: p. 93). Es, precisamente, ante esta realidad que hoy, más que nunca, resulta necesario contar con mecanismos que permitan poner al día las capacidades y los conocimientos de los Inspectores de Trabajo.

*resulta obligatoria. Ahora bien, para que pueda señalarse que existe una lesión al principio de progresividad y no regresividad, se requiere que exista un derecho fundamental que se hubiera reconocido y que el mismo sea limitado o restringido sin justificación razonable alguna”.*<sup>34</sup>

Importante es también poderse valer de las herramientas tecnológicas, pues mediante redes sociales internacionales de comunicación (por ejemplo: la creada recientemente llamada red iberoamericana de inspección de trabajo), se facilita el contar con experiencias e informaciones que pueden ser adaptadas al país, según su idiosincrasia.

Sin dejar de lado la necesidad de realizar campañas de concientización públicas en pro de los diversos temas de derecho laboral. Haciendo que los orga-nismos internacionales con interés en común, compartan presupuesto ante una misma visión.

Llegados a esta etapa, en donde se han mencionado algunas ideas indispensables para empatar el trabajo decente con la productividad, entre los que se han resaltado, el componente de la Inspección como institución práctica para la aplicación y enseñanza del respeto de las garantías laborales y el fomento de la paz laboral, en donde debe fortalecerse mediante códigos de ética, capacitación y coordinación con otros entes, es por lo que se debe pasar a ver algunas conclusiones y recomendaciones, con el ánimo de fortalecer el trabajo aquí propuesto.

## **7. Conclusiones y Recomendaciones**

Si bien, el trabajo decente podría llevar a provocar -en apariencia- un mayor costo para el crecimiento de las economías, no se debe obviar que al querer sobreponer el crecimiento de la productividad a costa de la fractura del trabajo de justicia social (decent work), ya se ha demostrado que ello trae consecuencias negativas a las economías, que no han tomado mecanismos de compensación y fortalecimiento de sus instituciones de tutela. Es así, como por ejemplo, en un país como Irlanda, que después de ser uno de los países más pobres, se convirtió en uno de los más ricos del mundo en apenas doce años. Con el producto bruto per cápita de 35 mil dólares por año, con una tasa de un 4% de desempleo y en descenso. La cual previo a entrar a la competencia comercial en las grandes ligas, tuvo la experiencia de suspender bajo un **“Acuerdo Social”**, durante los primeros tres años, tanto los impuestos a los empresarios, como lo correspondiente a sus cargas sociales y condiciones para sus trabajadores, bajo la promesa que cuando la nación creciera, esto cambiaría. El anterior, acuerdo sin embargo, se prolongo en detrimento de la seguridad social, a pesar de haberse alcanzado los estándares económicos y sociales, esperados. No es sino, cuando se volvió a contar con un ambiente de respeto a los estándares internacionales laborales, que es cuando la nación logra alcanzar la cima económica.<sup>35</sup>

Lo anterior, refleja que el trabajo justo y la productividad, confluyen como **“dos eslabones de una misma cadena”**, que

<sup>34</sup> Voto de la Sala Constitucional no. 11.088-2013.

<sup>35</sup> Ponencia de Briones Briones, E. 22 de mayo del año 2009, dictada en el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, sobre: “Opciones alternas a la flexibilidad laboral en momentos de crisis”.

son necesarios y de vital importancia para un sistema que quiera ser sostenible. No puede haber aumento de productividad sin un trabajo decente y viceversa, como lo ha advertido el profesor Enrique Brú Batista.<sup>36</sup> Es necesario, entonces entender que bajo la protección de los derechos laborales y la ratificación de la normativa internacional por el país, se puede mercadear en el exterior una idea basada en la producción y su componente de respeto a las condiciones de los trabajadores, bajo el amparo de diversos órganos públicos (Inspección de Trabajo y Tribunales de Justicia) y una política clara de distribución de los beneficios, con lo que se estaría consolidando un mecanismo de sostenibilidad dentro de las dimensiones sustantivas del concepto del trabajo decente.

Para hacer dable lo anterior, es necesario pensar en alguna de estas recomendaciones: a) impartir formación continua y capacitación sistemática, al personal de la Inspección de Trabajo, destinados al logro de cambio de actitudes hacia el trabajo, la adopción de nuevos valores, así como el incremento de habilidades y destrezas, de manera que el personal pueda comprender los cambios y antes de evaluarlos o rechazarlos, hayan sido partícipes activos, con lo cual se generaría un sentimiento más de apropiación y beneplácito de estos; b) plantear como necesidad nacional, la formación de

profesionales en la rama inspectiva, como una solución para enfrentar con mayor éxito el problema de la eficacia estatal en la protección de las relaciones laborales; c) reforzar el concepto de idoneidad comprobada a que hace referencia el artículo 192 constitucional, puesto que si se quiere garantizar la eficiencia administrativa presupuestada a nivel constitucional, debe nombrarse a funcionarios que ofrezcan un perfil de alto rendimiento, dejándose de lado criterios clásicos desfasados y reprochables por la opinión pública de manera negativa, tales como la antigüedad, amiguismo, el clientelismo o nepotismo; d) a su vez los mismos funcionarios, conforme a los convenios internacionales de la OIT sobre la Inspección, deben proveérseles de estabilidad laboral e independencia de los cambios de gobierno y de cualquier influencia exterior indebida (Convenio 81, art. 6 y Convenio 129, art.8); e) Sin obviar de que deben existir canales de comunicación amplios y oportunos entre sus mismas dependencias internas y otras que complementen su trabajo; f) preparar políticas públicas que permitan y desarrollen la productividad, dentro del marco del trabajo decente, por cuanto no solo con órganos represivos se va a posibilitar dicho entronque, sino por el contrario, también con estímulos fiscales y sociales, promovidos por las autoridades estatales.

---

<sup>36</sup> Recuperado desde (<http://www.cinterfor.org.uy/public/spanish/ampro/cinterfor/publ/boletin/153/pdf/bru.pdf>).

## 8. Bibliografía

### Libros

Arufe Valera, A. (2007). Estudio comparado de la carrera administrativa de los funcionarios del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Europa. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, 1 ed. Pp. 158.

Jinesta Lobo, J. (2006). Transparencia administrativa y Derecho de acceso a la información administrativa. Editorial Juricentro. San José, Costa Rica. Pp. 256.

Marlasca López, A. (2007). Introducción a la ética. Editorial Euned. San José, Costa Rica. Pp. 172.

Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Dirección de Relaciones Públicas. (1988). Seis décadas de Historia Laboral. Departamento de Reproducciones INA. San José, Costa Rica. Mayo, Pp. 94.

Lee E, Swepston, Rodgers G, L y Van Daele J. (2009). La Organización Internacional del Trabajo y la lucha por la justicia social, 1919-2009. Impreso Suiza. Pp. 292

Von Potobsky, G. y Bartolomei De la Cruz, H. (2002). La Organización Internacional del Trabajo. Editorial Astrea, 1ª. reimpr. Buenos Aires. Pp. 526.

### Revistas consultadas

Revista Ivstitia (2009). Fueros Laborales. Briones Briones, E. No. 271-272, pp.29-37.

Revista Real Card (2010). La Inspección de Trabajo Costarricense: El Deber de Tutelar Imparcialmente. Briones Briones, E.

Editorial Proyecto Real Card, Asies, (3ª. ed.). Guatemala. Pp. 9-28.

### Antología

Cervantes Benavides, O y Corrales Jiménez, G. (1987). Antología de Administración de Instituciones Públicas. Segunda Parte, Euned, San José, Costa Rica. Pp. 352.

### Resoluciones

Sala Constitucional. Voto No. 5000 de las 10:09 hrs, del 8 de octubre del año 1993.

Sala Constitucional. Voto No. 5424 de las 11:10 hrs, del 31 de mayo del año 2002.

Sala Constitucional. Voto No. 1874 de las 11:54 hrs, del 29 de enero del año 2010.

Sala Constitucional. Voto No. 3276 de las 13:03 hrs, del 10 de marzo del año 2006.

Sala Constitucional. Voto No. 12879 de las 9:05 hrs, del 14 de setiembre del año 2012.

Sala Constitucional. Voto No. 11088 de las 11:54 hrs, del 29 de enero del año 2013.

### Legislación

Código de Trabajo de Costa Rica. Administración R.A. CALDERON GUARDIA. Secretaria de Trabajo y Previsión Social. 26 de agosto de 1943. Imprenta Nacional, setiembre de 1943. San José pp. 159.

Constitución Política de Costa Rica, 1949 (versión electrónica). Recuperado el 7 de octubre del 2015, desde <http://www.tramites.go.cr/manual/espanol/legislacion/ConstitucionPolitica.pdf>.

Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Previsión Social (versión electrónica). Recuperado el 7 de octubre del 2015, desde <http://admsjoarc19.ccss.sa.cr:82/rhumanos/normativa/Ley%20Org%C3%A1nica%20del%20Ministerio%20de%20Trabajo%20y%20Seguridad%20Social.pdf>.

Convenio 81 sobre la inspección del trabajo, 1947 (versión digital). Recuperado el 11 de octubre del 2010, desde <http://www.cesdepu.com/instint/oit81.htm>.

Convenio 111 C sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1960.

Convenio 129 sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (versión digital). Recuperado el 11 de octubre del 2010, desde <http://www.cesdepu.com/instint/oit129.htm>.

### **Otras fuentes**

Discurso dado por el Sr. Oscar Arias Sánchez, en la 95ª Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT “El trabajo decente se encuentra en el corazón de la paz”. Año 2006.

Informe V sobre la Administración del trabajo y la Inspección del Trabajo, en la 100 reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, OIT. Ginebra 2011. Recuperado el 10 de octubre del 2015 desde [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_153936.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_153936.pdf).

OIT. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra. Diagnóstico de la situación de la Inspección de Trabajo en Honduras.

Programa sobre administración e inspección del Trabajo. Octubre, 2009.

Seminario: “**La Inspección de Trabajo como herramienta de difusión del trabajo decente en América Latina**”, llevado a cabo en Madrid-España, los días 5 al 9 de octubre del año 2015.

Ponencia de Briones Briones, E. 22 de mayo del año 2009, dictada en el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, sobre “**Opciones alternas a la flexibilidad laboral en momentos de crisis**”.

OIT. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra. Los presupuestos de los Ministerios de Trabajo de los países centroamericanos y República Dominicana. 2010.

<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/139/45.pdf>.

[http://www.vatican.va/holy\\_father/benedict\\_xvi/encyclicals/documents/hf\\_ben-xvi\\_enc\\_20090629\\_caritas-in-veritate\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate_sp.html)).

Artículo: “**Empresa humanizada: trabajo decente y productividad**”. Enrique Brú Bautista. <http://www.cinterfor.org.uy/public/spanish/ampro/cinterfor/publ/boletin/153/pdf/bru.pdf>.

Condiciones Laborales desde la OIT (Recuperado el 5 de octubre del 2015 de <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/iloconst.htm>).

<http://www.europapress.es/economia/laboral-00346/noticia-economia-laboral-gobierno-crea-escuela-inspeccion-trabajo-seguridad-social-20090717142647.htm>





Poder Judicial  
Departamento de Artes Gráficas  
B. 44942