

Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS



REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS

81

(1963-1995)

32 años

SAN JOSE, COSTA RICA

1995

MAYO-AGOSTO

JUNTA DIRECTIVA
COLEGIO DE ABOGADOS

1996

Presidente:

Lic. Horacio González Quiroga

Vicepresidente:

Licda. Roxana Pujol Sobalvarro

Secretaria:

Licda. Carmen Aguilar Mora

Prosecretario:

Lic. Henry Vega Salazar

Tesorera:

Licda. Maritza Blanco Vargas

Fiscal:

Lic. Marcos Castro Alvarado

Vocal 1:

Lic. Pedro Bernal Chávez Corrales

Vocal 2:

Lic. Gilberto Corella Quesada

Vocal 3:

Dr. Román Solís Zelaya

Vocal 4:

Licda. Ifigenia Bustamante Guerrero

Vocal 5:

Dr. Manuel Amador Hernández

AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS

Rector:

Dr. Gabriel Macaya Trejos

Director Consejo Universitario:

Máster Jorge Fonseca Zamora

Vice-Rector de Docencia:

Dr. Luis Camacho Naranjo

Vice-Rectora de Investigación:

Dra. Yamileth González García

Vice-Rectora de Acción Social:

Dra. Leda Muñoz García

Vice-Rectora de Vida Estudiantil:

Dra. Ligia Bolaños Varela

Vice-Rector de Administración:

Dr. Gabriel Macaya Trejos

Decana Facultad de Derecho:

Dra. María Antonieta Sáenz Elizondo

Vice-Decano Facultad de Derecho:

Dr. Luis Baudrit Carrillo

Directora Instituto de Investigaciones Jurídicas:

Dra. Ligia Roxana Sánchez Boza

Coordinador de la Comisión Editorial:

Ing. Mario Murillo Rodríguez

PRESENTACION

En este número se editan investigaciones en el terreno de los derechos educativo, constitucional, administrativo y económico internacional; además, de lo propio de la psicología criminal. También, se publica el documento-homenaje del Dr. Víctor Pérez Vargas, al maestro del Derecho Administrativo don Eduardo Ortiz Ortiz.

Tales trabajos reflejan el estado actual de la madurez de la evolución del Derecho en nuestro país.

El director y editor

LOS DERECHOS EDUCATIVOS FUNDAMENTALES EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Lic. Celín Arce Gómez
Jefe Oficina Jurídica
Universidad Estatal a Distancia

SUMARIO

- A. Introducción
- B. La educación y la cultura en la Constitución Política
- C. Importancia de la jurisprudencia constitucional
- D. La educación en la jurisprudencia constitucional
- E. La educación pública en la jurisprudencia constitucional
- F. La autonomía universitaria en la jurisprudencia constitucional

A. INTRODUCCION

La Sala Constitucional o Sala IV como se le conoce más popularmente, fue creada mediante la Ley No. 7135 del 11 de octubre de 1989. Han transcurrido desde su creación cinco años.

A la Sala Constitucional le compete garantizar la supremacía de las normas y los principios constitucionales y del Derecho Internacional, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica.

“La creación de la Sala Constitucional, constituye la coronación del Estado de Derecho que hemos vivido los costarricenses desde hace muchos años, y que es la cristalización de un largo proceso de maduración histórica, que se inició desde el mismo día en que obtuvimos nuestra independencia de España.

La Sala Constitucional es lo que un jurista nacional acertadamente llamara, la Sala de la Libertad”.

Hernández Valle, Rubén.
“La Sala Constitucional”.
Suplemento La Gaceta No. 23;
19 de junio de 1991, p. 1.

En efecto, está llamada la Sala Constitucional a velar por la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos consagrados en la Constitución Política y en los tratados y convenios por medio de los recursos de amparo, hábeas corpus y las acciones de inconstitucionalidad.

Desde este punto de vista, la Sala Constitucional interpreta y aplica la Constitución Política, Ley Fundamental en la que, además de fijarse el régimen jurídico-político del país, se contemplan los derechos humanos que le asisten al costarricense.

Dentro de este marco la Constitución de 1949 destina un título a la educación y a la cultura, cuyas disposiciones ya han sido objeto de interpretación y de aplicación por parte de la Sala Constitucional.

Resulta de interés para los padres de familia, alumnos, autoridades educativas y ciudadanos en general conocer lo fallos más importantes que en esta materia ha dictado nuestro máximo tribunal en justicia constitucional.

B. *LA EDUCACION Y LA CULTURA EN LA CONSTITUCION POLITICA*

Nuestra Ley Fundamental destina su título VII para consagrar las disposiciones de más alto rango en nuestro ordenamiento jurídico en materia de educación y cultura.

En efecto, del artículo 76 al 89 regula aspectos medulares de nuestro régimen político-constitucional tales como: el derecho a la educación, la libertad de enseñanza, la autonomía universitaria, la enseñanza oficial, la libertad de cátedra, etc.

La Sala Constitucional a través de los diferentes recursos interpuestos ante ella, ha ido consolidando una jurisprudencia importante en Derecho Educativo, o lo que es lo mismo, en materia de derechos fundamentales atinentes a la educación pública y privada y a la cultura en general.

Ciertamente, a pesar del relativamente corto tiempo que ha transcurrido desde su creación, la Sala IV ha resuelto gran cantidad de recursos de amparo, y no pocas acciones inconstitucionalidad de especial importancia, referentes al capítulo VII constitucional.

Dichos fallos son de especial interés y relevancia para los costarricenses, y de manera especial para los padres de familia, los alumnos-como beneficiarios directos de la educación-, y para quienes en forma directa están interesados en el evolución y destino de la educación nacional.

Así como en materia de derechos fundamentales debemos hacer un corte histórico a partir de la creación de la Sala Constitucional, de igual manera debemos hacer un corte en materia de derechos educativos, antes de la existencia y después de su creación.

A partir de su existencia, los derechos fundamentales de los costarricenses en este ámbito se han visto indudablemente fortalecidos y clarificados.

La Sala IV, a través de sus fallos -unos más medulares que otros- ha ido logrando solidificar toda una doctrina jurisprudencial en cuanto a los derechos educativos.

En virtud de accionar la Administración Pública ha debido de revisar sus disposiciones reglamentarias tanto en su parte escrita como interpretativa, o bien abstenerse de emitir actos que, otrora eran muy comunes y de aceptación general.

3210
R
C. 8
ANOTADO 3 DIC. 1996
BIBLIOTECA
Universidad de Costa Rica

Pero, la justicia constitucional educativa no se ha circunscrito únicamente al sector educativo público o estatal, sino que, ha trascendido con igual importancia a los centros educativos privados.

En efecto, así como la Sala ha delimitado los alcances de la libertad de enseñanza pro primera vez desde la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1949, de igual manera ha debido de poner coto a ciertas prácticas abusivas en los centros docentes privados de vieja raigambre.

Así como ha consagrado las potestades y el ámbito en materia educativa, de igual manera se ha visto compelida a precisar los límites de tal libertad, tarea que, por lo demás, se encuentra inconclusa.

El ojo avisador de nuestro juez constitucional ha penetrado no solo las entrañas de nuestro Ministerio de Educación, sino que, también, las propias de nuestras universidades públicas, siempre en el campo de la vigencia de los derechos fundamentales.

C. *IMPORTANCIA DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL*

La importancia de conocer la jurisprudencia constitucional en materia educativa, es más que evidente.

Sin embargo, se imponen ciertos comentarios.

Para poder conocer la realidad de la educación nacional, es menester penetrar en sus componentes cualitativo y cuantitativo, apreciar su entorno social, presupuestario, su evolución histórica, etc.

Pero, de manera igualmente importante, es necesario conocer su marco jurídico, y hoy día de manera particular, la jurisprudencia constitucional.

En efecto, no podemos llevar a cabo un diagnóstico preciso de nuestro sistema educativo, si no conocemos su entorno jurídico y de manera particular lo atinente al respecto y vigencia de los derechos educativos fundamentales y la interpretación correcta de las normas jurídicas de rango superior.

Indica el artículo 13 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Constitucional que: **"La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma."**

De esta manera, la jurisprudencia y los precedentes de nuestra jurisdicción constitucional inciden directamente en la toma de decisiones de nuestro jerarcas educativos, tanto del sector público como del privado. De esta forma podemos afirmar sin temor a equivocarnos, que en nuestro medio ha irrumpido una nueva institución -la Sala Constitucional- que con su jurisprudencia y precedentes, está perfilando nuestro sistema educativo al que, indudablemente, le está imprimiendo un nuevo rumbo. Nuestros políticos, Ministros de Educación y autoridades en general al momento de formular sus planes y políticas educativas, deben de tomar en consideración y, con especial seriedad, la jurisprudencia constitucional, la que de manera alguna pueden soslayar.

Si en verdad queremos aprehender la esencia de nuestro sistema educativo y, lo más importante, su evolución futura, debemos ineludiblemente desentrañar sus fines y valores más medulares a través de la lectura atenta e inteligente de nuestra jurisprudencia constitucional

Así como en el pasado, para conocer la política educativa vigente en un momento dado era menester recurrir a las proclamas, documentos y estudios de nuestros estadistas, Ministros y educadores de fuste, hoy día -y hacia el futuro- debemos con igual interés y ahínco conocer los principios rectores de nuestro sistema educativo, extraídos de nuestra jurisprudencia constitucional cada vez más rica y profusa en principios y valores que consolidan y definen nuestro sistema educativo.

D. LA EDUCACION EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

1. *El marco jurídico de la libertad de enseñanza. (Voto No. 3550-92 de las 16:00 horas del 24 de noviembre de 1992).*

Esta sentencia es el voto que más ampliamente ha desarrollado los alcances, contenido y límites de la libertad de enseñanza.

Por tal razón podemos conceptualarla como la sentencia marco de la libertad de enseñanza de nuestro país.

Es una pieza jurídica redactada por el Magistrado Piza Escalante en la que, de manera decidida se analizan diferentes temas relacionados entre sí y de gran interés y vigencia en este momento.

Por primera vez desde que entró en vigencia la Constitución Política de 1949, se hace un esfuerzo serio por tratar de definir la libertad

de enseñanza, la enseñanza oficial, la competencia constitucional del Consejo Superior de Educación los alcances de la inspección estatal sobre los centros docentes privados, etc.

a. *Contenido de la libertad de enseñanza*

Esta libertad se bifurca en dos grandes componentes a saber: en primer lugar se manifiesta como la libertad de aprender eligiendo libremente a los maestros y a los centros educativos; y en segundo lugar en la libertad que les asiste a los particulares para fundar, organizar, dirigir y administrar centros docentes privados que, inclusive, el Estado está obligado a estimular.

Como parte de este segundo componente, los centros educativos privados tienen la libertad de decidir libremente su actividad académica, docente, administrativa, financiera, cultural y espiritual.

b. *La libertad de enseñanza es un derecho fundamental*

- Al ser un derecho fundamental, es inherente al ser humano, por lo que no deriva de la voluntad del Estado ni de ninguna otra autoridad política o social.
- Al ser un derecho consustancial al ser humano, no está sujeto a concesión, licencia o permiso estatal. El poder político a lo sumo, puede inspeccionarlo en los alcances del artículo 79 constitucional.
- Como libertad pública que es, goza de los atributos, condiciones, efectos y garantías propias de la libertad en general.

Especialmente se ve favorecida por lo dispuesto en el artículo 28 constitucional según el cual "Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley...".

De esta manera ni siquiera la ley podría invadir la esfera intangible de tal libertad.

- Como libertad pública que es, está sometida a "reserva de ley". Quiere esto decir que sólo mediante ley formal emanada de la Asamblea Legislativa, y previo cumplimiento del procedimiento previsto en la Constitución Política para la emisión de leyes, es posible restringir y regular la libertad de enseñanza.

- Sólo los reglamentos ejecutivos de estas leyes pueden desarrollar sus preceptos. Pero tales reglamentos, por su condición de ejecutivos, no pueden incrementar las restricciones establecidas, ni crear las no establecidas en aquellas. Deben respetar rigurosamente el contenido esencial de dichas leyes.
- La Ley no puede delegar en los reglamentos ejecutivos la determinación de regulaciones o restricciones.
- La Administración Pública carece de potestades discrecionales de esta materia. Toda la actividad administrativa debe ser reglada.

c. Los límites de la libertad de enseñanza

La libertad de enseñanza, como toda libertad pública, está sujeta a determinadas restricciones, las que, sin embargo, deben ser socialmente imperiosas, por lo que en caso de duda debe preferirse siempre la libertad.

En Costa Rica dichas restricciones son las siguientes: el orden público, la moral y los derechos de terceros que, por lo demás, deben ser aplicadas e interpretadas restrictivamente.

Así por ejemplo, en el caso del orden público, las amenazas al mismo deben ser graves, entendiendo por ello una amenaza a la integridad y supervivencia de los elementos fundamentales del Estado.

Por moral debemos de entender "el conjunto de principios y de creencias fundamentales vigentes en la sociedad, cuya violación ofenda gravemente a la generalidad de los miembros de esa sociedad".

En cuanto a los derechos de terceros se deben proceder de conformidad con el principio general "... de que sólo se justifica regular y eventualmente limitar la libertad para proteger derecho de igual o mayor rango, frente a amenazas de igual o mayor intensidad".

d. La enseñanza privada es de interés público

La educación privada está sujeta a regulaciones generales en beneficio de la colectividad. En fin, está sujeta a la fiscalización tutelar del Estado.

Empero, de todos los temas desarrollados en este voto, el menos claro y preciso es el referente a la inspección estatal sobre los centros

docentes privados, tópico de indudable trascendencia para poder delimitar el necesario equilibrio que debe existir entre la libertad de enseñanza con todos sus atributos, y las exigencias del bien común.

De los pocos párrafos que aportan elementos de juicio sobre el particular, destacamos el siguiente:

"Que el mismo equilibrio armónico entre la libertad del educador y del educando faculta y obliga al Estado, dentro de rigurosos límites de razonabilidad y proporcionalidad, a exigir a los establecimientos privados de enseñanza requisitos y garantías mínimos de curriculum y excelencia académica, de ponderación y estabilidad en sus matrículas y cobros a los estudiantes, de una normal permanencia de éstos en los cursos y a los largo de su carrera estudiantil, del respeto debido a sus derechos fundamentales, en general, y de otras condiciones igualmente se vea truncado o gravemente amenazado; pero, eso sí, sin imponerles a los primeros fines ni contenidos rígidos ni invadir el campo razonable de su autonomía administrativa, económica, ideológica, académica y docente -recuérdese que no hay autonomía mayor que la de la libertad-".

De conformidad con los principios anteriores, surge la duda legítima de si éstas potestades deben estar reguladas necesariamente en una ley, de conformidad con otro principio ya expuesto, en caso de duda se debe optar siempre por la libertad en demérito de las potestades estatales.

Pero surgen otras dudas igualmente válidas. ¿Cuál es el campo razonable de la autonomía administrativa, económica, ideológica, académica y docente que puede "invadir" el Estado?

Para insistir en que los alcances de la inspección estatal constituye el punto débil de este fallo, conviene repasar la posición ambivalente que la Sala ha revelado sobre le particular.

En efecto, en un voto dictado con anterioridad al que estudiamos, expresó:

"El Estado por mandato constitucional tiene una labor de vigilancia de los centros educativos privados, siendo llamados por razón de la materia tanto el Ministerio de Educación Pública

como el Consejo Superior de Educación, a fiscalizar estas instrucciones tanto en el campo educativo como administrativo. Razones de interés general, justifican que el Consejo Superior de Educación previo estudio del Ministerio de Educación Pública, con dictámenes técnicos vr.gr. auditorajes, exhibición de libros, examen de ayuda estatal, etc. determine si el aumento decretado, atiende a la proporcionalidad que debe existir entre la subsistencia de los centros privados y el cumplimiento por estos en el contenido fundamental de la educación, que es la formación del educando a costos justos, que no lo hagan prohibitivo." (VOTO Nº 590-91 DE LAS 15:18 HORAS DEL 20 DE MARZO DE 1991).

Igualmente, en otra sentencia anterior al voto que ocupa, manifestó:

"La libertad de enseñanza que es la que interesa en este caso bajo examen, está limitada, es decir, no es absoluta, de manera que siempre puede esta sometida a regulaciones por parte del Estado. Así, el derecho a fundar y administrar Centros Educativos, es un derecho sobre los cuales el Estado debe de ejercitar con mayor cuidado una estrecha regulación". (VOTO Nº 1557-91 DE LAS 15:30 HORAS DEL 13 DE AGOSTO DE 1991).

Luego, en otro voto, pero posterior a la sentencia 3550-92, la Sala se expresó en los siguientes términos:

"También se hace necesaria una pequeña disquisición acerca de lo que sucede a partir de la sentencia de esta misma Sala No. 3550-92, de las dieciséis horas del veinticuatro de noviembre último acerca de la libertad de enseñanza, toda vez que podrían presentarse dudas en situaciones como la que en esta amparo si discuten. A raíz de la tesis sentada por la Sala en esa sentencia, debe entenderse que existe libertad para un centro privado de enseñanza de darse una regulación propia en la materia que comentamos. Pero, por una parte en el caso que nos ocupa, los hechos sucedieron antes de la fecha de la sentencia en comentario, mientras que por otra, el hecho de que el Reglamento General ya citado no pudiera aplicarse compulsivamente en estos momentos, no implica que el centro privado de enseñanza quede liberado de tener una normativa a ese respecto, toda vez que deben tipificarse las conductas sancionables y las posibles sanciones, todo también dentro de parámetros de razonabilidad y con plena posibilidad de defensa. De modo, entonces, que la Sala no puede entender que a partir del voto No. 3550-92,

los centros privados no tengan controles de ningún tipo, pues aunque el Consejo Superior de Educación no sea el órgano apropiado para ello, el Ministerio de Educación si lo podría ser dentro de límites también racionales pero, fundamentalmente, la actividad propiamente disciplinaria siempre sería objeto de revisión en la jurisdicción constitucional cuando adolezca del vicio de inconstitucionalidad o ilegítima".

Nótese como la Sala emplea en forma indistinta los vocablos "controles", "regulaciones", "vigilancia", "fiscalizar", todos ellos referidos a la inspección estatal. ¿Son en verdad sinónimos?

En suma: en nuestro ordenamiento jurídico no se define el contenido ni los alcances de la inspección estatal sobre los centros docentes privados.

A pesar de los esfuerzos hechos, la Sala tampoco ha logrado dar una definición precisa.

Hasta que ello no se logre tendremos que habituarnos a convivir con un marcado desequilibrio entre la libertad y la autoridad; entre la libertad de enseñanza y el bien común; entre la libertad de enseñanza y los derechos de la colectividad.

El vacío jurídico en referencia motivó el Defensor de los Habitantes, Rodrigo Alberto Carazo, a urgir a la Asamblea Legislativa, en el discurso pronunciado ante dicho órgano con motivo del Informe Anual de Labores 1993-1994, a legislar sobre la "Regulación de la competencia otorgada al Estado para supervisar la enseñanza privada".

e. *Sobre el órgano competente para ejercer la inspección estatal*

El artículo 79 constitucional indica que "Se garantiza la libertad de enseñanza. No obstante, todo centro docente privado estará bajo la inspección del Estado". Como se puede apreciar no indica, cuál es el órgano estatal concreto que debe ejercer la inspección estatal sobre los centros docentes privados.

A lo largo de las últimas décadas, tal competencia se le asignó indistintamente al Ministerio de Educación como al Consejo Superior de Educación.

Así, por ejemplo, el artículo 33, inciso c) de la Ley Fundamental de la Educación, le asignó al Consejo Superior de Educación la competencia, en relación a los centros docentes privados de: "Ejercer la vigilancia necesaria para que sus cuadros de profesores y funcionarios administrativos estén formados por personas que reúnan las condiciones señaladas por el artículo 38". (Tales condiciones se refieren a las "capacidades profesionales y morales que determine la Ley").

Igualmente, el artículo 4, inciso h) de la Ley Orgánica de dicho Consejo, -Ley No. 1362 del 8 de octubre de 1951-, le otorga la función de conocer: "Las resoluciones de la inspección de escuelas y colegios privados..."

Es decir, la inspección la ejercería el Ministerio de Educación, pero las decisiones las adoptaría el Consejo Superior de Educación.

Finalmente, el artículo 4 de la Ley Orgánica del Ministerio -Ley No. 3481 del 13 de enero de 1965- establece que: "Corresponde al Ministerio coordinar e inspeccionar la educación que se imparta en todo centro docente privado, así como la vigilancia administrativa de toda forma de estímulo que el Estado brinda a la iniciativa privada en materia educativa."

Empero, tal confusión de competencias fue despejada por la Sala en el voto que nos ocupa, declarando:

... "de manera que si, como se ha dicho, la enseñanza privada no es educación pública, nada tiene que hacer el Consejo en relación con ella. En consecuencia, la inspección del Estado en materia de educación privada, por ser una potestad administrativa, sólo puede ser ejercida por la Administración Central, valga decir, el Poder Ejecutivo -Presidente y Ministro del ramo, art. 140 Const.- con la ayuda y, en su caso, el asesoramiento que consisten en la dependencia de sus dependencias, incluido el mismo Consejo Superior de Educación; y todo ello, desde luego, de acuerdo con la ley..."

2. Debe otorgarse audiencia antes de promulgarse disposiciones generales que puedan afectar a los centros docentes privados. (VOTO No. 4702-93 DE LAS 15:57 HORAS DEL 28 DE SEPTIEMBRE DE 1993).

Por primera vez la Sala declara que el principio de audiencia prevía y del debido proceso regulado en los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, comprende la obligada audiencia previa a los centros docentes privados, o bien a las entidades representativas de intereses, de los decretos o reglamentos que se pretendían promulgar por parte del Poder Ejecutivo.

Consecuentemente, toda disposición general que se ponga en vigencia sin garantizar esta audiencia, estará afectada de nulidad absoluta, según este precedente.

Tal audiencia, como principio implícito derivado de los artículos 39 y 41 constitucionales, se ve fortalecido por la legislación ordinaria.

En efecto, establece que el artículo 361.2 de la Ley General de la Administración Pública que: "Se concederá a las entidades representativas de intereses de carácter general o corporativo afectadas por la disposición la oportunidad de exponer su parecer, dentro del plazo de diez días, salvo cuando se opongan a ello razones de interés público o de urgencia debidamente consignadas en el anteproyecto".

Este procedimiento especial fue copiado de la Ley de Procedimiento Administrativo de España, la que en su artículo 129.4 expresa: "Siempre que sea posible y la índole de la disposición lo aconseje, se concederá a la Organización Sindical y demás entidades que por ley ostenten la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo afectados por dicha disposición, la oportunidad de exponer su parecer en razonado informe en el término de diez días, a contar desde la remisión del proyecto, salvo cuando se opongan a ello razones de interés público debidamente consignadas en el anteproyecto".

Este tipo de procedimiento busca garantizar la legalidad, acierto y oportunidad de las expresadas disposiciones generales, mediante la opinión de los administradores por medio del trámite de información pública.

De conformidad con la doctrina jurisprudencial anterior, este procedimiento constituye un requisito esencial de validez de los reglamentos que regulen esta materia.

Debe recordarse que la libertad de enseñanza es una libertad propiamente dicha y, como tal goza de todos los atributos mencionados,

especialmente el de reserva de ley, por lo que todo reglamento ejecutivo, por definición, debe interpretarse restrictivamente y, lo más importante, no contradecir el marco legal costarricense.

“Entre los centros educativos privados y el Ministerio de Educación es legítimo el ejercicio de potestades de “inspección” (Constitución Política, artículo 79), y para contribuir a resguardar razonable y proporcionalmente la libertad de enseñanza la previa audiencia a los particulares es una previsión que podría permitir a estos expresar sus puntos de vista, discutirlos con el Ejecutivo y concertar acciones para ponderar el interés públicos ineludible y los espacios de libertad constitucionalmente garantizados, todo lo cual acarreará la declaratoria de inconstitucionalidad del decreto ejecutivo no consultado a los centros educativos por infracción directa de los artículos 39 y 41 en conexión con el artículo 79, todos de la Constitución Política”.

3. *El hecho de que el Estado estimule la educación privada, al amparo del artículo 80 Constitucional, no lo autoriza a limitar la libertad de enseñanza.* (VOTO NO. 1481-92 DE LAS 15:42 HORAS DEL 3 DE JUNIO DE 1992).

Indica el artículo 80 de la Constitución Política que: “La iniciativa privada en materia educacional merecerá estímulo del Estado, en la forma que indique la ley”.

Como se puede apreciar el anterior mandato está sujeto a reserva de ley. Sin embargo, el día de hoy no se ha promulgado la ley en la que ha de definirse los estímulos correspondientes.

Obviamente, tales estímulos pueden ser variados desde subvenciones, exenciones de impuestos, suscripción de contratos con el Estado, etc.

Ahora bien. ¿Dichos estímulos le conceden al Estado prerrogativas adicionales en relación a los centros docentes privados especialmente de carácter jerárquico?

“En primer término se debe analizar si la subvención de las entidades que reciben ese beneficio. En este sentido, cabe señalar que las instituciones que reciben una subvención como aquellas que gozan de una exención de impuestos, tienen un alto grado de privacidad, en otras palabras, la intervención del Estado en

dichas entidades es menor, porque este se encuentra autorizado para fiscalizarlas así como para someterlas a controles y condiciones pero nunca para regular su libertad por el simple hecho de otorgarle cualquiera de estos privilegios”.

El fallo que nos ocupa es producto de una acción de inconstitucionalidad interpuesta en contra de una norma presupuestaria “atípica” que decía literalmente lo siguiente:

“El Consejo Superior de Educación, con fundamento en el informe de costos elaborado por la División de Planeamiento y Desarrollo Educativo del Ministerio de Educación Pública, revisará y fijará los montos por cobrar, por concepto de matrícula y mensualidad en el nivel de enseñanza que corresponda, en todas aquellas instituciones de enseñanza privada que reciben aportes del gobierno por medio del Presupuesto Nacional para el pago de profesores”.

Específicamente tal norma hace referencia a los denominados “colegios semioficiales”, que son aquellas instituciones privadas de enseñanza en las que los salarios del personal son cancelados por el Ministerio de Educación en virtud de partida presupuestaria prevista anualmente en la ley de presupuesto ordinario de la República.

Como se puede apreciar, se buscó en virtud de dicha norma, que el M.E.P. al menos revisará los montos que por concepto de matrícula y mensualidad los mismos cobran, lo que pareciera justo tomando en consideración la ayuda tan sustancial que el mismo les brinda, y que en 1994 ascendía a una suma global aproximada a los mil millones de colones al año.

No sólo eso, en el citado voto 3550-92, tal y como fue consignado, el equilibrio que debe existir entre la libertad del educador y del educando, faculta y obliga al Estado, entre otras cosas, a garantizar: “... condiciones igualmente necesarias para que el derecho a educarse no se vea truncado o gravemente amenazado...”

¿Estamos en un contradicción entre ambos votos?

Evidentemente no. Lo que sucede es que tal materia debe estar regulada por ley, principio que no se ha cumplido a la fecha.

Finalmente, la Sala declaró inconstitucional dicha norma, además de las razones dichas, por ser una norma presupuestaria "atípica", reiterando una jurisprudencia copiosa y harto reiterada a partir del voto No. 121-89 de las 11:00 horas del 23 de noviembre de 1989".

En dicha oportunidad dispuso que: "... es enteramente procedente que se incluyan «normas generales» en las leyes de presupuesto, siempre y cuando ellas se encuentren ligadas a la especialidad que esa materia significa, o lo que es lo mismo decir, a la ejecución del presupuesto. Lo que no es posible incluir en las leyes de presupuesto son las normas que no tienen ese carácter, ya que con ellas deben regularse por lo dispuesto para las leyes comunes u ordinarias".

4. *Los centros docentes privados no pueden retener las calificaciones con el propósito de forzar el pago de deudas.* (VOTO NO. 313 DE LAS 10:15 HORAS DEL 23 DE SETIEMBRE DE 1990).

En este fallo la Sala declaró con lugar un recurso de amparo interpuesto en contra de un colegio privado, el que procedió a retener las "notas" o calificaciones de un alumno con el propósito de forzar el pago de la deuda que el padre de familia tenía con la institución.

En primer lugar, es de destacar que la Sala dio trámite al recurso al estimar que, si bien es cierto, es una institución privada, se dan los supuestos fácticos del artículo 57 de la Ley de Jurisdicción Constitucional que dice:

"El recurso de amparo también se concederá contra las acciones u omisiones de sujetos de Derecho Privado, cuando estos 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..."

En efecto, a pesar de que se trata de un colegio privado (sujeto de Derecho Privado), no menos cierto es que la actitud asumida por el mismo es una posición de hecho frente a la cual los recursos ordinarios previstos en el ordenamiento jurídico le resulten tardíos e insuficientes al padre de familia.

La Sala, con buen criterio, declaró con lugar el recurso aduciendo que, si bien es cierto existe la deuda del padre de familia para con la institución, la medida adoptada por el Colegio, evidentemente compulsiva, es desproporcionada "... pues sin soslayar que existe una deuda (de cantidad que fuere) por parte del padre de los alumnos, lo cierto es que la retención reclamada producía o podría producir efectos independientes, respecto de los perjudicados de mayor trascendencia o entidad que los causados con la deuda insoluta".

O sea, que a pesar de ser un colegio privado el que, por regla general, subsiste de las tarifas o derechos que les cobre a los padres de los alumnos, lo cierto es que nuestro ordenamiento para hacer efectivo su cobro, no siendo válido retener las notas, ya que ello es una medida abusiva y desproporcionada que afecta en forma directa al estudiante y su derecho a la educación.

Por tal razón debemos distinguir lo que son los derechos y deberes estrictamente académicos, de los de carácter económico.

Aplicando extensivamente la doctrina implícitamente en este voto, podemos concluir que, por principio general de derechos, los centros docentes privados están impelidos para retener no solo las notas, sino que los títulos de graduación y las certificaciones académicas en general, con el propósito de forzar la cancelación de deudas económicas.

Este fallo sienta un precedente muy importante, ya que en nuestro medio es muy común este tipo de prácticas que lesionan directamente el derecho fundamental a la educación.

5. *Los centros docentes privados pueden contar con su propio ideario educativo.* (VOTO NO. 590-91 DE LAS 15:18 HORAS DEL 20 DE MARZO DE 1991).

La libertad de crear centros educativos privados, o sea, distintos de los estatales. Para que ello sea así, es necesario que puedan contar con su propia concepción pedagógica que los singularice, esto es, contar con su propio ideario educativo.

Si ello no fuese así, no habría libertad de enseñanza ya que sería una negación de tal libertad, en tanto se estaría permitiendo crear centros privados pero, subordinados a los mandatos o concepciones oficiales del Estado.

No hay libertad de educación, si no hay libertad para que cada centro privado pueda contar con su propio ideario.

Empero, el derecho de dotarse de un ideario no es ilimitado. De manera particular, todo ideario está limitado por los derechos fundamentales contemplados en la Carta Política. La libertad de enseñanza no puede de manera alguna superponerse a la Ley Fundamental.

“El ideario de todo centro educativo dentro del marco de los principios constitucionales tiene como limitaciones lo establecido y regulado en la Constitución; en los instrumentos internacionales y en la ley, en tanto suponen el respeto a los derechos fundamentales. A mayor abundamiento, debe indicarse que cuando los padres eligen para sus hijos un centro con un ideario determinado, están obligados a respetarlo, sin que ello implique en lo atinente a la orientación religiosa, que la misma pueda ser impuesta forzosamente al educando, en el tanto existe una limitación constitucional que garantiza la libertad de culto (artículos 79 y 36 de la Ley Fundamental de Educación). Lo propio sucede con discriminaciones por razón de raza, credo político o posición social, materias que se imponen como limitación al ideario. En conclusión, los centros educativos pueden tener su propio ideario, sin que el mismo se imponga como una razón de discriminación al ingreso, o permanencia en el mismo”.

De la anterior doctrina podemos extraer el principio general de que ningún centro docente privado, a pesar de tener el derecho de poder contar con su propio ideario -el que en principio es vinculante para los padres de familia que en ellos matriculan a sus hijos-, puede lesionar los derechos fundamentales de los estudiantes o padres de familia.

Específicamente tienen la prohibición de:

- a. imponer una concepción religiosa determinada aunque sean colegios declarados a sí mismos católicos, evangélicos, metodistas, etc.;
- b. por razones de convicción religiosa negarle la matrícula o preferir a los alumnos que sí participen de sus mismas convicciones religiosas o espirituales;
- c. negar el derecho de asociación, reunión y libertad de pensamiento de los padres de familia;

- d. negarle a los padres de familia el derecho de participar en los asuntos de atañen al centro educativo “por cuanto la educación de sus hijos corresponde fundamentalmente y es responsabilidad de los padres”.

Sin embargo, tal participación debe serlo con sujeción a las reglamentaciones internas de la institución;

- e. por razones de nivel socioeconómico del estudiante negarle matrícula o acceso al centro educativo;
- f. negarle el derecho al estudiante de seguir sus estudios en el centro educativo correspondiente si no existen razones válidas del punto de vista jurídico, máxime si es alumno regular del mismo y ha cumplido con sus obligaciones académicas.

En fin, no es procedente la costumbre inveterada en nuestro medio, de negarle matrícula a los alumnos en los cursos lectivos sucesivos por razones disciplinarias, económicas, de oportunidad, etc.

La Sala Constitucional no ha definido aún de manera expresa o que debemos entender por “ideario”. No obstante, podemos recurrir a la doctrina con el fin de contar con un concepto más claro y preciso.

En efecto, el ideario ha sido definido como “un sistema coherente de ideas o principios generales destinados a engendrar y dirigir un proyecto de enseñanza” o bien como “el conjunto de principios básicos y fundamentales que sintetizan la orientación última que define un centro educativo ante los padres, los alumnos, los profesores y ante la sociedad en general. Marca los fines últimos, las ideas-fuerza, es esquemático, estable para todo centro”. (Ortiz Díaz, J. *“La Libertad de Enseñanza”*; Universidad de Málaga; 1980. Citado por Embid Irujo, Antonio. *“Las libertades en la Enseñanza”*; Madrid, Tecnos; 1983, p. 323).

E. LA EDUCACION PUBLICA EN LA JURISPRUDENCIA
CONSTITUCIONAL

1. La competencia del Consejo Superior de Educación consiste en dirigir la educación oficial, esto es, la pública o estatal exclusivamente. (VOTO NO. 1873-90 DE LAS 15:45 HORAS DEL 18 DE DICIEMBRE DE 1990).

Indica el artículo 81 de la Constitución Política que: "La dirección general de enseñanza oficial corresponde a un consejo superior integrado como señale la ley, presidido por el Ministro del ramo.

No define, sin embargo, este artículo la enseñanza oficial.

¿Comprenderá acaso la educación pública, y la educación privada reconocida oficialmente por el Estado?

A partir de la promulgación de la Ley Orgánica del Consejo Superior de Educación -Ley No. 1362 del 8 de octubre de 1951-, el legislador interpretó que la enseñanza oficial comprende no solo a la pública o estatal, de lo que no hay duda alguna, sino que también la privada reconocida oficialmente por el Estado.

En efecto, el artículo 4, inciso h) de esta ley le asigna a dicho Consejo la competencia de conocer: "Las resoluciones de la inspección de escuelas y colegios privados, así como del establecimiento de nuevas instituciones de este carácter".

Desde esta fecha -1951- y por decisión del legislador, la educación privada es subordinada a la dirección del Consejo Superior de Educación y la apertura de los centros docentes privados se sujeta a la autorización administrativa.

Esta tendencia e interpretación se consolida en el año 1957 al promulgarse la Ley Fundamental de Educación -Ley No. 2160 del 5 de setiembre de 1957, adicionada por la Ley No. 2298 del 22 de noviembre de 1958-, al indicar su artículo 34 lo siguiente:

"Para que adquiera validez oficial la educación que impartan los establecimientos privados, el Consejo Superior de Educación deberá:

- a) Aprobar sus propósitos, planes de estudio y programas de acuerdo con el reglamento que con ese objetivo se dicte;
- b) Autorizar al expedición de certificados y títulos que sean de categoría o validez legal similar a los oficiales; y
- c) Ejercer la vigilancia necesaria para que sus cuadros de profesores y funcionarios administrativos estén formados por personas que reúnan las condiciones señaladas por el artículo 38".

Con base en estas disposiciones legales, a partir de 1953 se promulgan diferentes reglamentos de establecimientos privados de enseñanza, los que se caracterizan por subordinar la educación privada al Consejo Superior de Educación, puesto que tal órgano es el competente para otorgar reconocimiento oficial a los centros docentes privados.

Dichos reglamentos son los siguientes: D.E. Nº 9 del 7 de marzo de 1953; D.E. Nº 2 del 18 de enero de 1957; D.E. Nº 2 del 15 de febrero de 1958; D.E. Nº 1 del 14 de junio de 1950; D.E. Nº 6687-E del 12 de enero de 1977; y el D.E. Nº 20108-MEP publicado en La Gaceta Nº 3 del 4 de enero de 1991.

Sin embargo, la Sala Constitucional en la sentencia 3550-92, después de recurrir a las actas de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, concluye tajantemente que la enseñanza oficial se refiere exclusivamente a la enseñanza del Estado, y que no tiene relación alguna con la educación privada, tal y como erróneamente se venía interpretando desde la entrada en vigencia de la propia Constitución del 49.

Consecuentemente, el Consejo Superior de Educación no puede tener injerencia en la educación privada.

"La sola lectura del artículo 81 constitucional demuestra que la interpretación es la contraria a la que arriba la Procuraduría: la norma se refiere a la dirección general del enseñanza oficial, no a la privada, la cual únicamente está sometida a la inspección estatal, no a su dirección (los subrayados no son del texto). No es posible admitir la tesis de que en el artículo 79 el constituyente garantizara la libertad de enseñanza, limitando el accionar del Estado sobre estos centros docentes privados únicamente a su inspección, y más adelante en el artículo 81 los sometiera a sus dirección. El contenido de las Actas que recogieron los debates de los Constituyentes es aún más claro.

En la sesión No. 158 del 27 de setiembre de 1949 (pág. 374, Tomo III) se presentó una moción por los diputados Fabio Baudrit Solera y otros, para que se adicionara un artículo con el siguiente texto: «La dirección general de la enseñanza oficial y de la autorizada oficialmente, estará a cargo de un Consejo Superior que se integrará en la forma que señale la ley» (el subrayado no es del texto original). Inmediatamente el diputado Volio Sancho advirtió que ya se había resuelto que... tratándose de instituciones docentes privadas, el Estado ejercerá tan solo la vigilancia y la inspección de las mismas, mas no la dirección. A continuación los proponentes solicitaron que se suprimiera la frase «y la autorizada oficialmente», lo cual se hizo (ver discusión en páginas 374-375 del Tomo III de las Actas de la Asamblea Nacional Constituyente). ¿Puede existir alguna duda de que el concepto de oficial se refiere exclusivamente a la enseñanza del Estado, y que no tiene ninguna relación con la educación privada, sometida solo a la inspección estatal y no a su dirección? Es evidente que no”.

Todo este proceso jurídico concluye con la emisión precisamente del voto No. 3550-92, el que define el marco de la libertad de enseñanza, declarando inconstitucional los mencionados reglamentos de establecimientos privados de enseñanza, el artículo 34 de la Ley Fundamental de Educación, el artículo 4, inciso h) de la Ley Orgánica del Consejo Superior de Educación y el artículo 4, inciso h) de su reglamento, D.E. No. 14 del 31 de agosto de 1953.

Para reforzar el argumento de que al amparo de la anterior normativa, los centros docentes privados estaban bajo la égida del Estado a través del Consejo Superior de Educación, procedemos de inmediato a transcribir, en lo pertinente, un dictamen de la Procuraduría General de la República, solicitado precisamente por el propio Consejo Superior de Educación.

Tal dictamen es el No. C-022-81 del 2 de febrero de 1981 el que manifiesta:

“Lo expuesto hasta el momento nos permite dar cumplida respuesta a uno de los aspectos consultados: queda pues establecido que todo centro docente privado de enseñanza debe contar con autorización estatal, y está sujeto a su inspección. De este modo, aquellos que operan sin tal autorización, lo hacen en

contravención a nuestro ordenamiento jurídico, y los responsables deben ser sancionados de conformidad con las normas punitivas establecidas, como veremos oportunamente... Cabe indicar además; que en vista de que en su estimable consulta se señala que son varios los centros privados que operan sin autorización, es conveniente que el Consejo comunique a la ciudadanía, por los medios a su alcance, cuáles son los establecimientos de cada nivel debidamente autorizados, con la advertencia de que los títulos o diplomas que otorguen aquellos no autorizados, carecen de validez oficial para todo efecto”.

Como se puede apreciar, la Sala Constitucional con tal voto da un giro de ciento ochenta grados en materia de libertad de enseñanza, puesto se pasa de un régimen en el que todo centro docente privado debía ser autorizado por el Estado, so pena de responsabilidad penal; a otro en el que tales centros están sujetos únicamente a inspección estatal y no requieren autorización, licencia o permiso alguno del Estado o de cualquier poder social, para poder funcionar.

El voto indudablemente vino a declarar como incorrecta toda una concepción ideológico-jurídica vigente inclusive con anterioridad a la Constitución de 1949.

De ahí que un conocido dirigente social demócrata exclamara:

“El logro principal del redactor del fallo es el haber extraído de los textos constitucionales -acudiendo a las discusiones mismas de los constituyentes- la esencia eminentemente conservadora y pequeño burguesa de nuestra Constitución Política, que induce a una interpretación estática, retroactiva, de una disposición trascendental, como es la relación del Estado con la educación. Suprema función que no nos habíamos percatado, no fue percibida como un servicio fundamental del Estado, por la mayoría conservadora que configuraba la Asamblea Constituyente de 1949”. (Solano Orfila, Rodolfo. *¿Se quedó atrás la Constitución?* La República, 25 de enero de 1993, pág. 19).

El fallo que nos ocupa, ciertamente, concreta una concepción sobre la relación Estado-Educación Privada limitada en mucho a la literalidad de la Carta Política desconociendo en cierta medida la evolución de dicha libertad en el Derecho comparado, y la naturaleza de nuestro Estado Social de Derecho.

Por la trascendencia del tema, conviene llevar a cabo un repaso sobre las formas en que otros regímenes regulan tan importante materia.

Las legislaciones modernas sujetan el funcionamiento de los centros docentes privados a permiso o licencia previa por parte del Estado.

Así, el artículo 27.1 de la Constitución de España de 1978, establece que:

“Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.”

Al amparo de tal disposición, la Ley Orgánica Reguladora del Derecho a la Educación de 1985, establece en su artículo 23 que: “La apertura y funcionamiento de los centros docentes privados se someterán al principio de autorización administrativa, la cual se concederá siempre y cuando reúnan los requisitos mínimos que se establezcan con carácter general, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 14 de esta ley. La autorización se revocará cuando los centros dejen de reunir estos requisitos”.

Tal principio de autorización administrativa es el que prevalecía precisamente en Costa Rica hasta el voto 3550-92.

Por su cuenta el artículo 19, inciso 11 de la Constitución Política de Chile de 1991 dice: “La libertad de enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales. La libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional. La enseñanza reconocida oficialmente no podrá orientarse a propagar tendencia político partidista alguna. Los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos.

Una ley orgánica constitucional establecerá los requisitos mínimos que deberán exigirse en cada uno de los niveles de la enseñanza básica y señalará las normas objetivas, de general aplicación, que permitan al Estado velar por su cumplimiento. Dicha ley, del mismo modo, establecerá los requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales de todo nivel”.

La Ley Federal de Educación de Argentina de 1993, establece en su artículo 36 que: “Los servicios educativos de gestión privada estarán sujetos al reconocimiento previo y a la supervisión de las autoridades educa-

tivas oficiales”. Agrega que dichos centros asumen las siguientes obligaciones: “Responder a los lineamientos de la política educativa nacional y jurisdiccional; ofrecer servicios educativos que respondan a necesidades de la comunidad, con posibilidad de abrirse solidariamente a cualquier otro tipo de servicio...”.

En Alemania sucede algo parecido. Se garantiza la libertad de la Escuela Privada y con ello el derecho a los particulares a abrir escuelas privadas, las que no se constituyen como sistemas estancos respecto a las públicas, ya que forman parte del completo sistema escolar.

“El particular puede abrir un centro de enseñanza y configurarlo de una determinada manera tanto pedagógicamente como en relación a los fines educativos a alcanzar... Podrán ser enseñanzas ajenas o semejantes a los planes de estudio estatales pero, en principio estas escuelas privadas no gozan de ninguna pretensión a que los estudios en ellas impartidos lleven a la obtención de una titulación estatal”.

También existen las escuelas particulares en sustitución de escuelas públicas, las que están sometidas a un proceso de autorización administrativa.

La autorización indica el artículo 7-4-3, habrá de otorgarse “cuando las escuelas particulares no estén a un nivel inferior al de las escuelas públicas en lo que concierne a los fines de la enseñanza y a su organización, así como a la formación científica de su personal, y cuando no se fomente entre los alumnos una distinción derivada de la situación económica de los padres” (Embido Irujo, A. op. cit. p. 129).

Por su cuenta, en Italia, el artículo 33 de la Constitución garantiza la libertad de enseñanza que aparece acompañada de la libertad de fundar escuelas: “entidades y particulares tienen el derecho de fundar escuelas e institutos de educación”.

Los estudios cursados en las escuelas privadas no tienen validez a los efectos de la entrega de títulos pero sí los cumplidos en las escuelas legalmente reconocidas. Estas están sometidas a autorización (art. 9 de la ley de 1942) y pueden ser abiertas por todos los ciudadanos... Es posible también crear universidades libres cuyos títulos académicos tienen el mismo valor que los entregados por las universidades estatales. Están sujetos a autorización previa que se concede por decreto del Presidente de la República. En cuanto al régimen jurídico de las enseñanzas y del personal, deben conformarse a las normas previstas para las universidades estatales” (ibidem, pp. 171-172).

2. *El derecho a la educación es un derecho de carácter económico-social.* (VOTO NO. 2179-92 DE LAS 16:42 HORAS DEL 8 DE AGOSTO DE 1992).

Si bien es cierto que el derecho a la educación es un derecho humano fundamental consagrado en el artículo 78 constitucional, y en los más importantes convenios y tratados internacionales, no menos cierto es que se ubica dentro de la categoría jurídica de los denominados derechos económico-sociales.

Existen en primer lugar, los derechos civiles y políticos, los que se caracterizan porque, la obligación del Estado es, en lo esencial, la de no violarlos, no lesionarlos mediante la acción o la omisión, sin perjuicio del deber genérico que en todo momento le asiste de establecer y garantizar la posibilidad de existencia y vigencia de los mismos.

“En cambio, con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales el Estado tiene, esencial aunque no exclusivamente, una obligación de hacer: la obligación de brindar los medios materiales para que los servicios de asistencia económica, social, sanitaria, cultural, etc., provean los elementos y medios necesarios para satisfacerlos...”

La obligación del Estado radica en el imperativo deber de dedicar, dentro de sus posibilidades económicas y financieras, los recursos necesarios para la satisfacción de esos derechos económicos, sociales y culturales” (Gros Espiell, Héctor. *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano*. San José, Libro Libre; 1986, pp. 21-22).

Es decir, que el derecho a la educación lo debe garantizar el Estado costarricense según sus posibilidades financieras, tarea en la que través de la historia ha venido cumpliendo con gran sentido de responsabilidad y de compromiso con las generaciones futuras.

Tal y como se expresa en el voto que ocupa el presente apartado:

“El derecho a la educación, por pertenecer a los llamados derechos sociales, requiere para su plena vigencia, de la capacidad del Estado para garantizarlo, por lo que no se puede pretender que el Estado lo garantice más allá de su capacidad real para financiarlo. Dentro de esa perspectiva debe analizarse y

reclamarse el derecho a la educación en nuestro país, porque no es, como se pretende, un derecho absoluto”.

Esta nueva incorporación de los derechos humanos pone el énfasis en el derecho de las personas de obtener prestaciones del Estado.

Los derechos fundamentales -y de manera particular el derecho a la educación- se convierten en títulos jurídicos suficientes para exigir del Estado una determinada forma de prestación.

De esta forma, las potestades del Estado sobre el derecho a la educación no son meramente subsidiarias, subordinadas al previo ejercicio de la familia o de la Iglesia como lo entiende la doctrina social cristiana.

El simple hecho de que el derecho a la educación esté garantizado en el artículo 78 Constitucional y en no pocos convenios e instrumentos internacionales, provocan que el Estado deba interesarse directamente en el proceso educativo en hacer efectivo, en fin, tal derecho.

3. *La falta de cupo es la razón válida para negar la matrícula en un centro educativo, pero no para negar el derecho a la educación por parte del Estado.* (VOTO NO. 4668-93 DE LAS 9:51 HORAS DEL 17 DE SETIEMBRE DE 1993).

Ya quedó consignado que el derecho a la educación no es un derecho absoluto.

Según la doctrina sentada por la Sala en este voto, no se viola el derecho a la educación cuando se niega la matrícula o el acceso a un centro educativo específico por razones de espacio físico objetivamente constatable.

Es una realidad que determinados centros educativos tienen una gran demanda de matrícula la que no pueden satisfacer a plenitud por razones educativas.

Empero, ello no autoriza o exonera a la Administración Pública, y de manera particular al Ministerio de Educación, a soslayar su deber de garantizar el derecho a la educación en otros centros educativos, para lo cual debe adoptar las medidas pertinentes.

“Sin embargo, debe entender la Administración, que la excusa de la “falta de cupo”, es una razón parcialmente

aceptable, que depende de la situación específica, pues no podría admitirse en ningún caso, que por causa de ese motivo -falta de cupo-, un menor se quede sin recibir educación, como es su derecho fundamental, al tenor de lo ordenado por la Constitución Política en su artículo 78. Por otra parte, también llama la atención que la Administración no tenga -al menos eso no se desprende del proceso- una vía expedita de solución, a problemas como el aquí se ha discutido.

Por esta razón el Ministerio de Educación Pública, si es que no lo hecho aún, debe adoptar los planes de matrícula eventual, dentro de las distintas jurisdicciones administrativas, teniendo siempre en cuenta el interés del menor, su seguridad y los demás elementos que a esa parte beneficia (artículo 51 de la Constitución Política)."

Con el fin de garantizar el derecho a la educación, debe el Estado crear centros educativos para todos los órdenes, grados y circunscripciones territoriales.

Conforme la demanda de educación crezca, de igual manera el Estado debe irse adaptando a tales cambios sociales con el propósito de garantizar el mismo.

Debe recordarse que todo ser humano, hombre o mujer, por el simple hecho de serlo, tiene el derecho y el deber a educarse y ser educado, lo que es una responsabilidad primaria del Estado, ya que el derecho a la educación no sólo importa al individuo, sino que importa a la sociedad en un todo.

Ahora bien, el hecho de que la educación sea una responsabilidad primaria del Estado, ello no da base para negar que los padres son los primeros responsables de la educación de sus hijos. De ahí que el Estado está obligado de manera particular a reconocer expresamente el derecho de los padres de elegir el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, de acuerdo con los dictados de su conciencia y en cumplimiento de su ineludible responsabilidad.

4. Los centros educativos públicos no pueden establecer requisitos de ingreso propios, o sea, previstos en forma general para todos. (VOTO NO. 1091-93 DE LAS 8:54 HORAS DEL 5 DE MARZO DE 1993).

Al Estado le corresponde, entre otras muchas tareas, velar por la prestación del servicio público de la educación.

Para satisfacer tan vital servicio, puede adoptar diversas modalidades o formas organizativas tales como colegios autónomos, cogestionarios, académicos, agropecuarios, etc.

Sin embargo, los requisitos de ingreso a los mismos deben ser generales, objetivos, razonables, proporcionados y no discriminatorios.

De esta manera, ningún centro educativo público u oficial, puede, motu proprio, fijar requisitos de ingreso diversos a los establecidos en forma genérica para todos ellos.

Por ejemplo, un colegio público no puede establecer por sí mismo un examen de admisión, si ello no es requisito general en todos ellos.

"En este contexto, es evidente que las condiciones establecidas para regular el ingreso a los diversos colegios públicos en atención al cupo limitado de algunos de ellos tienen -como es el caso del Colegio San Luis Gonzaga- no pueden ser de tal entidad o envergadura, ni concebirse ni aplicarse de manera tal que hagan nugatorios u obstaculicen, directa o indirectamente, más allá de toda razón y proporción el derecho y la libertad de aprender. Además, por conexión con lo constitucionalmente estatuido respecto del principio de igualdad y de no discriminación, aquellas condiciones que se justifiquen por comprensible razones de limitación material de cupo no pueden violentar esos principios y, especialmente, no pueden ser o tener efectos discriminatorios".

De este fallo podemos extraer los siguientes corolarios:

- a. los centros educativos que no padezcan problemas de cupo, no pueden restringir de manera alguna el acceso a los mismos, ya que el derecho de educación comprende por igual la libertad de escoger el centro que se desee;

- b. los centros educativos públicos que no pueden crear requisitos o restricciones específicas para efectos de matrícula, aunque tenga problemas de espacio físico. Deben someterse a las disposiciones generales que rijan para todos ellos;
- c. los centros educativos que tengan problemas de espacio físico, no pueden fijar examen de admisión, ya que sería un requisito discriminatorio.

5. *El derecho a la educación comprende el deber de definir la situación académica del alumno.* (VOTO NO. 413-91 DE LAS 14:36 HORAS DEL 20 DE FEBRERO DE 1991).

El derecho a la educación es un concepto polivalente. Como ya se indicó, comprende al menos, el derecho de escoger los maestros y los centros educativos que es estime conveniente.

Pero también comprende el derecho del estudiante de que se le defina con prontitud y objetividad su situación académica en un momento determinado.

Es decir, el derecho a que se le garantice la seguridad jurídica en su evolución académica.

“En este derecho fundamental, se debe entender incluido el deber de los institutos de enseñanza, de resolver pronto y en forma cumplida todos los asuntos que atañen a la determinación de los niveles académicos de los alumnos para proteger sus legítimas aspiraciones a la instrucción del Estado”.

6. *La educación pública no debe ser una educación de segunda categoría.* (VOTO NO. 424-93 DE LAS 14:33 HORAS DEL 16 DE ABRIL DE 1993).

La educación pública debe ser una educación de excelencia. El hecho de que sea pública no por ello debe ser mediocre.

El funcionamiento anormal de la Administración Pública o el incumplimiento de los principios fundamentales del servicio público -continuidad, igualdad, adaptabilidad y eficiencia-, lesionan gravemente el derecho a la educación.

“El Ministerio no puede alegar que es una situación ajena a su control el que los estudiantes no hayan recibido clases de química, si estos no han recibido los conocimientos respectivos no pueden por ello aprobar el examen de bachillerato, pero a su debido tiempo el Ministerio debió haber tomado las providencias del caso para que el curso fuera debidamente impartido, esa es su responsabilidad...”

Sobre esta misma idea expresó la Sala Cuarta, en el voto No. 3550-92 lo siguiente:

“Incluso cabe decir, aunque no forme parte del objeto de esta acción, que el derecho -y libertad- de aprender es de tal modo fundamental, que deben procurarse los medios y garantías para que también la educación pública, además de excelente y accesible, de derecho y de hecho, a toda la población, se dé efectivamente “para la libertad”, en el sentido de que los beneficios de una educación en libertad, esenciales para la existencia y desarrollo de una sociedad verdaderamente libre y democrática, no sean sólo para quienes puedan acceder a escuelas o colegios privados, sino también para quienes se eduquen en los públicos”.

Aplicando la doctrina anterior podemos extraer las siguientes reglas:

- a. docentes no calificados para ejercer la docencia -llámense aspirantes o sin formación pedagógica adecuada- atenta contra el derecho a la educación.
- b. grupos de alumnos saturados que excedan el número máximo razonable lesiona por igual tal derecho.
- c. centros educativos ayunos de material didáctico y de las condiciones mínimas para ejercer la docencia, atenta contra el derecho a la educación.
- d. la pérdida de días lectivos, cualesquiera que sean las razones, atenta contra el derecho a la educación.
- e. planes y programas de estudio obsoletos contra el derecho a la educación.

7. *En materia disciplinaria estudiantil debe cumplirse con el debido proceso.* (VOTO No. 4308-C-93 DE LAS 18:30 HORAS DEL 22 DE DICIEMBRE DE 1993).

Indica el artículo 39 constitucional que: "A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad".

Tal disposición, como se puede apreciar, fue concebida para garantizar del debido proceso en materia penal. Empero, la Sala, con acertado criterio la ha hecho extensiva a la materia disciplinaria, y en general a todos los casos en que se puedan lesionar derechos e intereses de las personas por parte de la Administración Pública.

"Tomen en cuenta los recurridos que el derecho de defensa resguardado en el artículo 39 ibídem, no solo rige para los procedimientos jurisdiccionales, sino también para cualquier procedimiento administrativo llevado a cabo por la administración pública..." (VOTO No. 15 DE LAS 16:45 HORAS DEL 5 DE ENERO DE 1990).

En similares términos se pronunció en otro voto que conviene recordar.

"El derecho de defensa como garantía constitucional, es también aplicable al proceso administrativo, y se manifiesta en el acceso que deben tener las partes al procedimiento alegando y probando cuanto estimen pertinente en una condición de igualdad con las otras partes del mismo. Para promover su plena efectividad, el derecho de defensa está rodeado además de la necesaria resolución de lo alegado y de la exigencia de la efectiva comunicación de lo resuelto. En este sentido, las notificaciones, citaciones, emplazamientos y demás actuaciones han de ser ejecutadas de modo que permitan al destinatario, disponer lo conveniente para la mejor defensa de los derechos e intereses cuestionados". (VOTO No. 449-91 DE LAS 15:50 HORAS DEL 21 DE FEBRERO DE 1991).

Independientemente de la gravedad de la falta cometida, de lo problemático que sea el estudiante o de la efervescencia que pueda

prevalecer en un centro educativo dado, lo cierto es que a todo estudiante se le debe garantizar el derecho a la defensa, de previo a aplicarle cualquier sanción.

Le beneficia el otro principio constitucional según el cual se debe presumir inocente hasta que no se demuestre lo contrario.

Igualmente, en virtud del principio de legalidad que vincula a la Administración Pública, se debe cumplir con el procedimiento legalmente estatuido para sancionar a los estudiantes, no siendo permitido inventar procedimientos ad hoc.

Debe recordarse que estamos ante un derecho fundamental, en el que por regla general, debe prevalecer el principio pro libertate, así como el pro reo en caso de duda.

8. *La suspensión de un alumno, como sanción por falta cometida, no puede tener efectos secundarios o ajenos a la sanción profundamente dicha.* (VOTO No. 3942-93 DE LAS 15:48 HORAS DEL 12 DE AGOSTO DE 1993).

Es usual que en los reglamentos que regulan las faltas y sanciones disciplinarias estudiantiles, se contemple como una medida disciplinaria típica, la suspensión del estudiante.

Asimismo, se ha venido interpretando que cuando se aplica la medida de suspensión, además de impedirle al estudiante asistir a clases -como es lógico y aceptable-, tal medida incide también en otros extremos tales como la nota de conducta, reputar los días de suspensión como ausencias injustificadas, etc.

Empero, la Sala Constitucional ha declarado que la suspensión no puede tener estos efectos secundarios.

"Si debe advertir la Sala que la sanción disciplinaria impuesta, no debe exceder en sus efectos, los propósitos de la misma, ocasionando al alumno otros perjuicios académicos como por ejemplo la pérdida de exámenes, los que deberán ser repuestos, ni que se afecte su nota de conducta, ni perder el año por causa de la suspensión, puesto que la expulsión es por sí misma la sanción. Lo contrario implicaría que el estudiante sufriría varias consecuencias por el mismo hecho".

BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Este criterio fue ratificado de manera contundente en el voto No. 4341-93 de las 15:48 horas del 12 de agosto de 1993.

“... las medidas correctivas no pueden ser tales que impongan una sanción tan grave que genere como un efecto secundario la pérdida, para el educando, del curso lectivo o alguna de sus materias -por superarse el máximo de ausencias permitido o por ejecutarse la medida de suspensión durante un período de exámenes ordinario o extraordinario-, cuando este efecto no esté contemplado dentro del marco impuesto por la misma medida; caso contrario se desvirtuaría su naturaleza correctiva y se convertiría en irrazonable y desproporcionada”.

Es de sobra conocido el ambiente de indisciplina que afecta en ciertas ocasiones a nuestros colegios. Ante dicha realidad, uno de los pocos instrumentos jurídicos con que cuentan, es precisamente la suspensión por el resto del curso lectivo, lo que acarrea automáticamente la pérdida del curso lectivo.

Algo parecido sucede con la suspensión temporal, ya que las ausencias durante la suspensión se computan como injustificadas lo que, normalmente conduce, también a la pérdida del curso lectivo.

En efecto, cuando la materia disciplinaria estudiantil estuvo regulada en el Reglamento de Evaluación y Normas de Promoción del Ministerio de Educación, la suspensión por el resto del curso lectivo, implicaba en forma inmediata la pérdida del curso lectivo, de tal suerte que el estudiante no podía matricularse en ningún otro centro educativo, durante el mismo año.

En la actualidad, el artículo 19, inciso d) del Reglamento de Disciplina, Convivencia y Méritos Estudiantiles, D.E. No. 21231-MEP, publicado en La Gaceta No. 97 del 21 de mayo de 1992, establece como una de las sanciones: “Suspensión del derecho de asistencia a la Institución Educativa o a determinadas clases y actividades escolares hasta por el período de quince días lectivos, las que se tomarán como ausencias injustificadas”.

De conformidad con la doctrina constitucional que nos ocupa, es evidente, que estos efectos secundarios no están permitidos por irrazonables y desproporcionados.

De esta manera, la suspensión, independientemente de su duración, se convierte en el otorgamiento de unas vacaciones adicionales para el estudiante ya que, es claro que no le corren ausencias injustificadas, que no puede perder el curso lectivo, no se le puede impedir presentar exámenes ni cumplir con trabajos, asignaciones, etc.

9. *Los centros educativos carecen de potestades disciplinarias sobre los actos de los estudiantes fuera de su horario lectivo.* (VOTO NO. 1624-93 DE LAS 10:40 HORAS DEL 2 DE ABRIL DE 1993).

La Administración Pública ostenta el derecho legítimo de poder regular los derechos y deberes estudiantiles, así como para establecer el régimen disciplinario a los mismos.

Empero, tal potestad -legítima y necesaria-, no puede colusionar con otros derechos fundamentales de igual o superior rango, como lo es la patria potestad que los padres ejercen sobre sus hijos.

“Fuera del horario lectivo y de toda actividad escolar, las potestades correctivas y disciplinarias de las autoridades del centro educativo deben entenderse mermadas ante las de quienes ejercen la patria potestad de sus hijos. En consecuencia, no pueden los citados órganos entender el control de los estrictamente razonable y mucho menos culminar la investigación con la imposición de una sanción disciplinaria en contra del menor.

Admitir lo contrario sería tolerar que, en el ejercicio de dichas potestades se pueda intervenir indebidamente en la esfera familiar, en cuyo seno es que fundamentalmente habrá de determinarse lo relativo a la formación de los hijos, lo que evidentemente transgrediría los artículos 5 y 53 de la Constitución Política”.

Así las cosas, las potestades disciplinarias de los centros educativos comprenden únicamente las actuaciones de los alumnos durante el horario lectivo o bien en actividades escolares, o sea, oficiales de aquéllos.

Toda conducta de los alumnos fuera de estos dos supuestos, son de responsabilidad exclusiva de los padres de familia.

El anterior voto viene, indudablemente, indudablemente, a rescatar la responsabilidad y deberes irrenunciables de los padres de

familia sobre la educación de sus hijos, tarea que progresivamente han venido delegando en el Estado y en los centros docentes, en tanto que ellos son los principales y primarios responsables de tal educación.

En efecto, indica el artículo 51 Constitucional que: "La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado".

Es decir, que al ser la familia el elemento natural y fundamental de la sociedad tiene el derecho a la protección especial del Estado, y goza de derechos y prerrogativas propias.

Tal y como lo expresa esa misma Sala en otro voto:

"La Sala en múltiples pronunciamientos ha reconocido el deber del Estado en brindar especial protección a la familia, así como el derecho fundamental que tiene todo ser humano de constituir la familia. La familia es sin duda el núcleo primario fundamental de la sociedad para el pleno desarrollo físico, mental, moral y social del individuo. Debemos entonces, desde este lineamiento, entender el término familia en su sentido sustancial y no formal, superando el concepto tradicional de familia manejado en los diferentes campos del derecho, en los cuales muchas se deja de lado la esencia misma de ese núcleo. Indudablemente la familia es el vehículo ideal para lograr el desarrollo humano y la preparación de la vida en sociedad; es el marco en el cual le corresponde al individuo aprender -entre otras cosas-, a respetar los derechos y propiedades de los otros y es allí donde se forman los principios de cooperación y mutuo auxilio, base de la familia moderna los que se trasladan de generación en generación dándonos la estabilidad social de la que gozamos". (VOTO NO. 346 DE LAS 15:42 HORAS DEL 18 DE ENERO DE 1994).

El Lic. Rodrigo Facio, en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, expresó que:

"... al margen de las teorías sociológicas sobre el origen de la familia y la sociedad -cuya discusión llevaría a la Asamblea mucho tiempo-, dentro de la civilización occidental en que vivimos, la familia es el fundamento, la unidad jurídica, sociológica, económica y política a través de la cual vive el hombre. Todos nuestros intereses se concentran en la familia. Consideramos a la familia, por la sangre, por la tradición, el fundamento primario de la sociedad". (Actas, Asamblea Nacional Constituyente, San José, Imprenta Nacional, Tomo II, p. 566).

Es decir, no cabe duda a la luz del anterior precepto constitucional que la familia al ser el elemento natural y el fundamento de la sociedad, existe antes que el Estado o cualquier otra comunidad, y posee unos derechos propios que son inalienables.

La Carta de los Derechos de la Familia, presentada por la Santa Sede establece en su artículo 5, que:

"Por el hecho de haber dado la vida a sus hijos, los padres tienen el derecho originario, primario e inalienable de educarlos; por esta razón ellos deben ser reconocidos como los primeros y principales educadores de sus hijos".

De aquí que, entre otras cosas:

- a. Los padres tienen el derecho de educar a sus hijos conforme a sus convicciones morales y religiosas.
- b. Los padres tienen el derecho de elegir libremente las escuelas u otros medios necesarios para educar a sus hijos según sus conciencias.
- c. Los padres de familia tienen el derecho de obtener que sus hijos no sean obligados a seguir cursos que no están de acuerdo con sus convicciones morales y religiosas.
- d. El derecho primario de los padres a educar a sus hijos debe ser tenido en cuenta en todas formas de colaboración entre padres, maestros y autoridades escolares, y particularmente en las formas de participación encaminadas a dar a los ciudadanos una voz en el funcionamiento de las escuelas, y en la formulación y aplicación de la política educativa.
- e. Los derechos de los padres son violados cuando el Estado impone un sistema obligatorio de educación del que se excluye toda formación religiosa.

F. *LA AUTONOMIA UNIVERSITARIA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL*

1. *El marco jurisprudencial-doctrinario de la autonomía.*
(VOTO NO. 1313-93 DE LAS 13:54 HORAS DEL 26 DE MARZO DE 1993).

Esta sentencia es producto de una acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Consejo Universitario de la Universidad Estatal a Distancia (UNED), en contra de los artículos 7 a 16 de la Ley de Creación de la UNED, Ley No. 6044 del 30 de marzo de 1977, al estimar que lesionaban la autonomía organizativa de la misma. Tal acción fue interpuesta con ocasión de un conflicto surgido en un proceso electoral para designar al Rector, ya que el Tribunal Electoral interno creó requisitos de inscripción adicionales no contemplados en dicha ley.

La acción busca, precisamente, que se respete la autonomía electoral interna que es consustancial a la universidad por su sola condición de tal.

Dichos artículos regulan los siguientes aspectos:

- a. Artículo 7: Señala que el Consejo Universitario es el órgano superior o de más alta jerarquía en materia administrativa y remite al Estatuto Orgánico que se deberá promulgar, la estructuración y organización de la Universidad. Con el carácter de organización transitoria, el mismo artículo señala que durante los primeros cinco años de vigencia de la ley, las funciones del Consejo Universitario serán ejercidas por una Junta Universitaria. De esta forma el legislador en el acto fundacional de la Universidad proveyó a la misma, con toda claridad, de un régimen interino que hiciera posible su total formación, que quedaría completa en el momento en que la institución dictara su propio estatuto. De tal forma que la Junta Universitaria tendría una validez temporal de cinco años.
- b. Artículo 8: En esta norma se establece el régimen interno de funcionamiento de la Junta Universitaria transitoria, señalándose que sus miembros quedarían protegidos por una especial estabilidad en el cargo durante "el período para el que fueron nombrados" es decir, los cinco primeros años de existencia de la Universidad. Debe entenderse, desde luego, que los funcionarios que debieron

suplirlos después de esos primeros cinco años, no podían quedar protegidos por esa misma norma, sino por las disposiciones que en el Estatuto Orgánico se llegaren a establecer.

- c. Artículo 9: Dispone el funcionamiento normal de la Junta: regularidad para sesionar ordinariamente, quórum funcional y validez formal de sus actos. Es claro que la norma se refiere a la Junta Universitaria que funcionará como gobierno provisional.
- d. Artículo 10: Se refiere a las remuneraciones que podían recibir los integrantes de esa Junta Universitaria provisional.
- e. Artículo 11: Define las funciones de la Junta Universitaria y aquí es de vital importancia lo que se señala en el inciso a), que dispone como función principal "Redactar y proponer a la Asamblea Universitaria el primer Estatuto Orgánico de la Universidad".
- f. Artículo 12: Se refiere al nombramiento del Rector de la Universidad, señalándose los requisitos formales que se deben ostentar para desempeñar el cargo y se incluye una norma paralela de duración en el puesto, de cinco años, para quien resulte designado primer Rector de la Universidad.
- g. Artículo 13: Le otorga a la Junta Universitaria la facultad de suplir las ausencias temporales del Rector.
- h. Artículo 14: Se refiere a las funciones que desempeñará el Rector.
- i. Artículo 15: Establece un régimen provisional para dictar la estructuración administrativa de la Universidad, mientras no se cuente con el Estatuto Orgánico, la Junta Universitaria proveerá lo necesario.
- j. Artículo 16: Lo mismo ocurre con el Auditor Interno, que se hace depender de la Junta Universitaria. Debe entenderse que al cesar esta área en sus funciones cinco años después, el Auditor pasa a depender del órgano superior que determine el Estatuto Orgánico.

El voto que nos ocupa, representa, a no dudarlo, la sentencia marco que delimita los alcances de la autonomía otorgada por la Constitución Política a las universidades estatales.

En efecto, indica el artículo 84 de la Carta Política, literalmente, lo siguiente:

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

La Sala después de repasar las Actas de la Asamblea Nacional Constituyente concluye que la autonomía otorgada a las universidades estatales es “especial”, “completa” y “distinta” de la del resto de los entes descentralizados de nuestro ordenamiento (instituciones autónomas, semiautónomas y las municipalidades).

“... y significa, para empezar con una parte de sus aspectos más importantes, que aquellas están fuera de la dirección del Poder Ejecutivo y de su jerarquía, que cuentan con todas las facultades y poderes administrativos necesarios para llevar adelante el fin especial que legítimamente se les ha encomendado; que pueden autoadministrarse, en el sentido de que están habilitadas para establecer sus planes, programas, presupuestos, organización interna y estructurar su gobierno propio. Tienen poder reglamentario (autónomo y de ejecución); pueden autoestructurarse, repartir sus competencias dentro del ámbito interno del ente, desconcentrarse en lo jurídicamente posible y lícito, regular el servicio que prestan, y decidir libremente sobre su personal (como ya lo estableció esta sala en la resolución No. 495-92). Son estas las modalidades administrativa, política, organizativa y financiera de la autonomía que corresponde a las universidades públicas”.

En otro orden de cosas, es importante repasar cuáles son las facultades de la Asamblea Legislativa en relación a las universidades estatales.

En efecto, el Constituyente no le quitó ni impidió a la Asamblea la potestad de legislar respecto de las materias puestas bajo la competencia

de las mismas, o de las directamente relacionadas con ellas. La única condición expresa que al respecto le impuso, fue la de oír las previamente, para discutir y aprobar los proyectos de ley correspondientes “... salvo lo que atañe a la facultad de organización y de darse el propio gobierno, según la independencia claramente otorgada en el artículo 84 constitucional”.

“Si bien es cierto -como ya se comprobó- la Asamblea Legislativa puede regular lo concerniente a la materia de las universidades, le está vedado imposibilitar, restar o disminuir a esas instituciones, aquellas potestades que les son necesarias para cumplir su correspondiente finalidad y que conforman su propia autonomía. Es decir, para expresarlo en los términos de cierta doctrina relevante, esos entes tienen la titularidad y el ejercicio inicial, independiente e irrestricto de todas las potestades administrativas y docentes para el cumplimiento de su especialización material, sin que esto pueda ser menoscabado por la Ley”.

De esta manera podemos concluir que la autonomía universitaria se caracteriza por los siguientes elementos, listado que no es exhaustivo:

- a. ausencia de toda clase de subordinación al Poder Ejecutivo;
- b. facultades y poderes administrativos para cumplir sus fines;
- c. capacidad de autoadministrarse (establecer sus planes, programas, presupuestos, organización interna, estructurar su propio gobierno);
- d. poder reglamentario autónomo y de organización;
- e. autoestructurarse, es decir, repartir competencias a lo interno;
- f. regular el servicio que prestan;
- g. decidir libremente sobre su personal.

El voto en estudio goza de la virtud adicional de brindarnos un concepto refrescante de “Universidad”, que encierra la idea medular sobre la verdadera misión de la universidad en nuestra sociedad y para los tiempos actuales.

Resulta pertinente destacar esta definición tan necesaria en esos momentos en que se ha desatado una competencia entre las universidades públicas y privadas que amenaza con socavar los cimientos y los principios del Alma Máter.

“En este sentido, la Universidad no es una simple institución de enseñanza (la enseñanza ya fue definida como libertad fundamental en nuestro voto número 3559-92), pues a ellas corresponde la función compleja, integrante de su naturaleza, de realizar y profundizar la investigación científica, cultivar las artes y las letras en su máxima expresión, analizar y criticar, con objetividad, conocimiento y racionalidad elevados, la realidad social, cultural, política y económica de su pueblo y el mundo, proponer soluciones a los grandes problemas y por ello, en el caso de los países subdesarrollados, o poco desarrollados, como el nuestro, servir de impulsora de ideas y de acciones para alcanzar el desarrollo en todos los niveles (espiritual, científico y material), contribuyendo con esa labor a la realización de la identidad costarricense, que pueden resumirse, según se dijo en el voto que se acaba de citar, en los de la democracia, el Estado Social de Derecho, la dignidad esencial del ser humano y el “sistema de libertad”, además de la paz (artículo 12 de la Constitución Política) y la justicia (41 ibídem); en síntesis, para esos propósitos es creada, sin perjuicio de las especialidades o materias que se le asignen, y nada menos que eso se espera y exige de ella”.

También, este voto trata de definir por primera vez los alcances de la libertad de cátedra, la que se bifurca en dos ideas fundamentales.

*“Pero además, dentro de la modalidad docente explicada, también sirve de escudo a esa autonomía, la **libertad de cátedra** (artículo 87 de la Carta Política), que se puede entender como la potestad de la universidad de decidir el contenido de la enseñanza que imparte, sin estar sujeta a lo dispuesto por poderes externos a ella, o bien, en el sentido de la facultad de los docentes universtarios de expresar sus ideas al interno de la institución permitiendo la coexistencia de diferentes corrientes de pensamiento”.*

2. *La autonomía de las universidades en la administración de su personal.* (VOTO NO. 123 DE LAS 9:10 HORAS DEL 7 DE AGOSTO DE 1991. SENTENCIA DE CASACIÓN, SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA).

En la sentencia marco anterior quedó consignado que, como parte de su autonomía las universidades estatales gozan de la potestad de “decidir libremente sobre su personal”.

Ahora bien. ¿En qué consiste específicamente tal libertad?

En el voto No. 123 en comentario, la Sala de Casación, reconoció las facultades legisladoras de las universidades estatales, para regular lo referente a su personal, declarando además que sus reglamento en esta materia, al constituir un orden jurídico especial, prevalecen respecto a la legislación ordinaria, especialmente sobre el Código de Trabajo.

“No debe perderse de vista que, si los artículos 192 y 84 de la Constitución Política, otorga a las Universidades Estatales y demás centros de Educación Superior, autonomía legislativa, en lo que se refiere al desarrollo de sus fines, sería contrariar el espíritu que informó a la Asamblea Constituyente, al redactar las normas relacionadas, cualquier interpretación que imponga a esos centros de enseñanza superior, nombramientos de profesores que, por cualquier motivo, no reúnan los requisitos que se exigen para ingresar a la Carrera Profesional. La excelencia académica de los profesores que contrata, es responsabilidad, en el caso que nos ocupa, de la Universidad Estatal a Distancia y si se el impusieran los nombramientos, su responsabilidad cesaría (sentencia No. 123 de las 9:10 horas del 7 de agosto de 1991, Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia).

Queda claro, de esta manera, que las universidades gozan de suficientes facultades legisladoras para regular todo lo referente a su personal, del que depende el buen servicio que pueda ofrecer, para satisfacer las necesidades educacionales de los estudiantes y cumplir así con sus fines.

Las universidades públicas pueden, consecuentemente, otorgar beneficios superiores a su personal en relación a los contemplados en el Código de Trabajo, emitir todos los reglamentos o disposiciones internas que estimen pertinentes para regular las relaciones de servicio sin sujetarse a normas legales o reglamentarias extensas.

Por supuesto, que a pesar de tal autonomía sí están sujetas a la Constitución Política, que sería la normativa superior a que deben someterse en forma irrestricta y al resto de normativa jurídica que, como ente descentralizado le vincula.

Un caso concreto de autonomía en la administración de su personal, consiste en la potestad de las universidades de fijar las reglas que estimen pertinentes en relación a la carga académica de su personal en cada curso lectivo.

En el voto No. 418-91 de las 14:51 horas del 20 de febrero de 1991, la Sala Constitucional expresó:

“La elaboración de la carga académica para cada ciclo lectivo, no constituye un derecho adquirido a favor del profesor - como se pretende hacer ver, sino que es una obligación para él, que emana del propio contrato de trabajo para con la unidad académica en la que preste sus servicios... sin que su grado académico o sus años de experiencia puedan afectar es decisión de manera alguna”.

3. *La autonomía universitaria y los tribunales de justicia.* (VOTO NO. 418-91 DE LAS 14:51 HORAS DEL 20 DE FEBRERO DE 1991).

A pesar de que las universidades gozan de una amplia autonomía, no por ello puede interpretarse que están fuera o sobre el ordenamiento jurídico, especialmente el constitucional.

“La Universidad de Costa Rica tiene el derecho de gobernarse, dentro de los límites de su autonomía, conforme a sus reglamentos en el quehacer que le es propio. Por ello los tribunales de justicia, no pueden intervenir contra la autonomía funcional de ella, salvo cuando las autoridades universitarias, en cualquier forma, violen los derechos fundamentales que consagra nuestra Constitución Política”.

4. *Autonomía universitaria y fijación de derechos y costos de matrícula.* (VOTO NO. 192 DE LAS 14:30 HORAS DEL 20 DE FEBRERO DE 1990).

En la sentencia marco de la autonomía se consignó que las universidades estatales gozan de autonomía financiera.

A la luz de lo establecido en los artículos 78 y 85 de la Constitución Política, la educación superior no es gratuita por lo que el Estado a los sumo, debe facilitar la prosecución de los estudios superiores por medio de becas y otro tipo de auxilios (préstamos a través de CONAPE, por ejemplo).

Desde este punto de vista, es de suponer que las universidades gozan de la potestad de acordar los derechos y costos de matrícula en general que estimen necesario de y fijar, por igual sus montos.

“Además debe tomar en cuenta el accionante, que el artículo 78 de la Carta Magna, no incluye a la Educación Superior como gratuita, razón que obliga a los estudiantes a comprar los materiales y pagar los derechos y costos de matrícula que determina la Universidad, con el fin de que se logre el equilibrio de sus finanzas, y así mantener el mejor sistema educativo a distancia...”

En resumen, a la luz del voto de la Sala Constitucional podemos extraer los siguientes corolarios:

1. La Asamblea Legislativa sí puede legislar sobre “Las materias puestas bajo la competencia” de las universidades o bien sobre las “relacionadas directamente con ellas”, siempre y cuando oiga previamente al Consejo Universitario o al órgano director correspondiente de cada una de ellas.
2. Sin embargo, tal potestad legisladora no puede afectar la “facultad de organización y de darse su propio gobierno”, en virtud de la independencia otorgada claramente en el artículo 84 Constitucional a las universidades.

En otras palabras, el está vedado al legislador “restar o disminuir a esas instituciones, aquellas potestades que les son necesarias para cumplir su correspondiente finalidad y que conforman su propia autonomía”.

3. En virtud de lo anterior, no queda claramente delimitados los ámbitos de la autonomía de gobierno y el de la autonomía organizativa en relación a las potestades del legislador.

Tal y como lo expresa el Dr. Mauro Murillo:

“En síntesis, que la Sala en el voto No. 1313-93 ha dado un gran paso en la conceptualización de la autonomía universitaria.

Sin embargo, no abunda propiamente el concepto de autonomía organizativa como categoría diferente de las otras autonomías, ni llegó a definir el verdadero papel que queda al legislador frente a esa autonomía.

En lo sucesivo no puede continuarse más sosteniéndose simplemente que la autonomía organizativa universitaria es una mera capacidad de autoestructuración. Es una capacidad que debe desglosarse en diferentes renglones, en forma tal que en algunos es clara la potestad exclusiva universitaria, mientras que en otros esa potestad es racionalmente compartida con la del legislador”.

(Comentario sobre el voto 1313-9 de la Sala IV. Acción de inconstitucionalidad planteada por la Universidad Estatal a Distancia. EUNED, 1994).

CONSTITUCION Y DERECHO FINANCIERO

Dr. León Cortiñaz-Peláez (*)

(*) Profesor-Investigador en la Universidad Autónoma Metropolitana (México) y, en período sabático, en la Universidad Carlos III de Madrid (beca sabática del Ministerio de Educación y Ciencia de España, en Misión de la U.A.M.-Azcapotzalco).

SUMARIO

- I. **El perfil académico y humano.** 1.A) Nuestro marco académico y personal. 2.B) Omisiones de una investigación comprometida.
- II. **Heteronomía científica y derecho consuetudinario.** 3.A) Polivalencia y heteronomía de los derechos financiero y tributario. 4.B) Democracia y costumbres constitucionales. 5.C) Entraña hispánica y modelos anglosajones.
- III. **El derecho como ciencia social desborda el simple tecnicismo normativo.** 6. Descentralización y estado de derecho.
- IV. **El círculo vicioso del "desorden establecido".** 7.A) Fraternalidad e igualdad, ausentes en la pura libertad. 8.B) un "bien triste fin de siglo". 9.C) la "mano invisible" y la ética del intervencionismo.
- V. **La incoherencia del nuevo ordenamiento jurisdiccional.** 10.A) Modernidad del contencioso administrativo autónomo. 11.B) Sumisión normativa a la hegemonía estadounidense. 12.C) Un testamento científico y jurisdiccional. 13.D) Hacia una justicia imprevista e ignorante. 14.E) Ruptura del equilibrio entre particulares y administración. 15.F) Frivolidad legislativa y desconfianza ante el retroceso judicialista. 16.G) Incoherencia, de cuño profesional, entre las funciones constituyente y legislativa (1988). 17.H) Federalismo y jurisdicciones estatales.
- VI. **Jurisdicción y justicia a la hora del T.L.C. norteamericano.** 18. Fecundidad, actualidad e interrogantes. 19.A) Actualidad de las reservas de Ignacio Vallarta: hacia una tecnocracia judicial. 20.B) Reglamento de policía y reglamentos autónomos. 21.C) Escepticismo doctrinal: desigualdad social y equidad contributiva.
- VII. **Los elementos extranormativos del derecho.** 22. Del derecho como estructura normativa social.

I

EL PERFIL ACADÉMICO Y HUMANO

1.A) **Nuestro marco académico y personal.**—En la Universidad sueca de Uppsala conocimos por primera vez al profesor Alfonso Cortina-Gutiérrez (1907-1990) en agosto de 1966, con motivo de la ponencia mexicana sobre *Medidas fiscales destinadas a favorecer las inversiones*, presentada ante el VII Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado. Posteriormente, en México a partir de los setenta, tuvimos la oportunidad de utilizar, en nuestras clases de derecho fiscal en la UNAM su *Curso* ⁽¹⁾, y de departir frecuentemente con don Alfonso en sus calidades sucesivas de asesor de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público de México (1976-1978) y de magistrado y presidente del Tribunal Fiscal de la Federación, desde 1978 hasta su muerte en 1990. En todo momento, la lectura de sus escritos doctrinales y de sus dictámenes administrativos y financieros, así como sus opiniones y densos diálogos, significaron una aportación permanente de lucidez, solidez científica en lo teórico y en lo práctico, e inagotable humanismo. Complementariamente, colegas y alumnos tuvieron el lujo intelectual de acogerlo como visitante ponente de honor en sendas sesiones del Taller de Derecho Público (Univ. Metropolitana y UNAM), en casa de nuestros entonces anfitriones de turno, el C. Magistrado Rafael Ibarra Gil y el Profesor Dr. Pedro G. Zorrilla Martínez, siendo respectivamente ponentes el Dr. Arturo González-Cosío y el Maestro español Eduardo García de Enterría.

Tal es el marco académico y personal que nos permite comentar y prolongar doctrinalmente una publicación póstuma de sus principales escritos, no sólo en materia tributaria sino fundamentalmente en lo relativo a los principios generales del derecho público-administrativo y del contencioso-administrativo ⁽²⁾. Para Cortina, en efecto, el derecho tributario es únicamente una rama del derecho público financiero, éste enclavado en el derecho administrativo y, más ampliamente aún, en los principios generales del derecho constitucional. Por lo demás, como

(1) CORTINA-GUTIERREZ, Alfonso, *Curso de política de finanzas públicas en México*, ciudad de México: Porrúa Hnos, S. A.; 1970, 330 pp.

(2) CORTINA-GUTIERREZ, Alfonso, *Ensayos jurídicos en materia tributaria*, ciudad de México: Themis, colección ensayos jurídicos, "Prólogo" de Antonio MARTINEZ-BAEZ, "Presentación" por Mariano AZUELA-GUITRON, 1993, XXX + 304 pp. En las notas subsiguientes, será citada sólo por *Ensayos*.

hombre culto y como jurista cuyos conceptos siempre rebasaron los tecnicismos normativistas del "puro legista", su pensamiento no se deja encerrar por las anteojeras kelsenianas y profundiza cuidadosamente en todo momento los elementos extra-normativos de lo jurídico.

2.B) **Omisiones de una investigación comprometida.**—Los veinticuatro trabajos contenidos en el volumen póstumo no contiene desgraciadamente algunas de sus aportaciones más significativas para la comprometida investigación del derecho público mexicano, tales como las referentes a Petróleos Mexicanos en su etapa fundacional y en el siniestro de la plataforma del Ixtoc, o respecto de la manifiesta antijuridicidad de la creación y reconocimiento de estudios de la Escuela autollamada Libre de Derecho; pero en su conjunto nos permiten perfilar y proyectar algunas de las principales preocupaciones del siempre joven Profesor y Abogado del Estado Mexicano recientemente desaparecido.

Séanos permitido apuntar seguidamente algunas ideas-fuerza que sus **Ensayos** ponen de manifiesto, sin perjuicio de señalar brevemente ciertas interrogantes.

II

HETERONOMIA CIENTIFICA Y DERECHO CONSUECUDINARIO

3.A) **Polivalencia y heteronomía de los derechos financiero y tributario.**—En el desenvolvimiento jurisdiccional del derecho federal de las finanzas públicas mexicanas, el autor tiene clara conciencia de que hay para el Tribunal Fiscal de la Federación una ruta muy amplia (3), todavía en estos años finales del siglo XX, para entretejer los principios del derecho tributario y de la economía financiera, permitiendo, pero siempre dentro del marco jurídico, que el régimen tributario se use con fines extrafiscales de diversa naturaleza, contribuyendo a la ecuación exacta del progreso y de la justicia social (4). Estado así la fiscalidad en sentido amplio orientada al cumplimiento estricto de los mandatos constitucionales de 1917 y los concordantes posteriores, se prescinde de la pretendida "autonomía" formalista e individualista del derecho tributario, para conceptualarlo, por cierto al igual que la mejor

(3) *Ensayos*, p. 179.
(4) *Ibidem*.

doctrina estadounidense (5) y francesa (6), entre nosotros adoptada por el Profesor Sergio Francisco de la Garza, como uno de los elementos de la rica rama financiera del derecho administrativo, subsumido éste igualmente en la imperatividad de las reglas constitucionales y de los principios capitales (7) sancionados por el ordenamiento mexicano.

Puesto que el cometido financiero es polivalente, el mismo comprende la determinación, recaudación y administración de los ingresos; pero, y he aquí la rotunda convicción (8), la fiscalidad incluye también al gasto, es decir, la planeación, programación, control y evaluación del presupuesto, puesto que las erogaciones actualmente presupuestadas integran la materia fiscal entendida en un sentido moderno, de claro cuño doctrinal estadounidense (9), obviamente muy posterior a las antiguallas de una estrecha doctrina italiana curiosamente demasiado difundida entre algunos de los tributaristas españoles y latinoamericanos.

4.B) **Democracia y costumbres constitucionales.**—Importa el señalamiento de la trascendencia que se atribuye al clima democrático para el fomento de la inversión (10), conjuntamente con la estabilidad política y económica, el nivel cultural, la eficiencia de la política exterior e interior, y el correcto funcionamiento institucional de las esferas administrativa y jurisdiccional. En efecto, el inversionista extranjero examina primero todos esos factores extraformativos y normativos del derecho del país receptor, para decidir si hace o no la inversión proyectada (11).

Las costumbres constitucionales son en ello más relevantes que tantos retóricos como incumplidos preceptos de nuestra pretendida "juridicidad mediterránea". Jurista firmemente anclado en las categorías y prácticas del mundo europeo continental, excelente conocedor de las

(5) MUSGRAVE, R. A. y MUSGRAVE, P. B., *Public Finance in Theory and Practice*, N. York: Mc Graw Hill Book Co., 1976, 567 pp.
(6) Cfr., por todos, LALUMIÈRE, Pierre, *Les finances publiques*, París: Colin, 2a. ed., 1973, 528 pp., de periódica reedición.
(7) ROSAS-DIAZ, Josefina, *El Principio de la supremacía constitucional y su defensa en la Constitución mexicana de 1917*, Naucalpán de Juárez/Estado de México: U.N.A.M. / E.N.E.P. "Acatlán", División de Ciencias Jurídicas, tesis profesional con mención honorífica, 1993, 178 ff.
(8) *Ensayos*, p. 238.
(9) MUSGRAVE y SAMUELSON.
(10) *Ensayos*, p. 113.
(11) *Ibidem*.

fuentes italiana (12) y francesa (13) del derecho positivo mexicano en materias administrativa y financiera, Cortina forma parte empero de quienes han sido vitalmente seducidos por las prácticas quizá irracionales pero ciertamente funcionales del mundo anglosajón, particularmente en su prístina versión inglesa. Por ello, no debe escandalizarnos su visión del estado de derecho como una realidad materialmente consuetudinaria, cuya eficacia no depende tanto de la geométrica perfección de su andamiaje normativo cuando mucho más de las costumbres, del nivel económico y cultural, del índice social imperante (14). Concordando con las visiones historicistas de otros ilustres juspublicistas latinoamericanos, tales como el uruguayo Juan Andrés Ramírez (1877-1963) (15) y el mexicano Miguel González Avelar (16), nuestro autor, asomándose a la perspectiva de la justicia administrativa de México (17), hace referencia a un hecho que considera notorio:

“Encima de la Ley escrita fundamental hay otro ordenamiento distinto de formas sociales vivas y actuales, que en un grado mayor o menor encauzan y dirigen el acontecimiento diario, la actividad ciudadana, las costumbres del pueblo. Existen frecuentes discrepancias entre lo que está legislado y lo que se vive”.

5.C) **Entraña hispánica y modelos anglosajones.**—Debe así conectarse un poco más la extranormatividad psicosocial con la normatividad de nuestras instituciones. Por ello, en las actuales circunstancias latinoamericanas y mexicanas, posteriores a la implosión del bloque socialista en 1989 y a la llamada globalización planetaria de la economía, que parecen amenazar la supervivencia de nuestros valores y forma de

(12) *Ensayos*, p. 261 y concordantes.

(13) *Ibidem*.

(14) *Ensayos*, p. 169.

(15) RAMIREZ, Juan Andrés, *Sinopsis de la evolución constitucional*, Montevideo: Letras, S. A., 1949, 125 pp. Cfr., al respecto, CORTIÑAS-PELAEZ, León, “Ramírez publicista, un maestro de maestros”, en *Homenaje al Dr. Juan Andrés Ramírez*, Montevideo: Barreiro y Ramos, S. A., “Prólogo” de Ariosto González, 1964, 176 pp., esp. pp. 99-102; reproducción del “Editorial” publicado por *La revista de derecho, jurisprudencia y administración*, t. 60, 1963, pp. 1-4, in 40.

(16) GONZALEZ-AVELAR, Miguel, *La suprema corte y la política*, “Prólogo” de Antonio CARRILLO-FLORES, ciudad de México: UNAM / Coordinación de Humanidades, 1979, 168 pp. Cfr., al respecto, CORTIÑAS-PELAEZ, León, *recensión en ciudad de México: Alegatos*, Universidad Autónoma Metropolitana (U.A.M. - A.)/Departamento de Derecho, núm. 15-16, mayo-dic. 1990, pp. 114-120, in 40.

(17) *Ensayos*, p. 191.

vida (18); ante el mestizaje de las técnicas jurídicas, operante ya en la Unión Europea desde 1993 (19) y obviamente avizorable en el horizonte de la Iniciativa para las Américas y el Tratado (norteamericano) de Libre Comercio desde 1994, merecen atención estas líneas:

“Entre nosotros es apenas perceptible lo español en las formas jurídicas esenciales de la emancipada Nueva España, y así ocurre también en todas las repúblicas hispanoamericanas, pero desde otro aspecto es obvia la influencia española en los hechos cotidianos y en los grandes cauces nacionales, frecuentemente soslayados por los congresos constituyentes al copiar el modelo anglosajón, tan ajeno a sus costumbres ancestrales. Las asambleas legisladoras se hacen la ilusión de apoyarse en los yacentes estratos históricos, pero la entraña viva del país una y otra vez desborda la superficialidad legisladora, que se mantiene escrita, pero muerta”.

III

EL DERECHO COMO CIENCIA SOCIAL DESBORDA EL SIMPLE TECNICISMO NORMATIVO

6. **Descentralización y estado de derecho.**—Hoy requerimos de una consideración científica, y no puramente tecnicista, del derecho administrativo y financiero, axiológica y normativamente fundado en la preceptiva del derecho constitucional, como siempre lo han sustentado nuestros mejores publicistas latinoamericanos (Carrillo-Flores, Flores-Zavala, Lares-Martínez, Sayagués-Laso, Silva-Cimma, Valdés-Costa, Vidal-Perdomo), ahora robustecidos por el ejemplar magisterio del español

(18) CORTIÑAS-PELAEZ, León, “Bartuleos sobre nuestras áreas metropolitanas”, ciudad de México: *Alegatos*, Universidad Autónoma Metropolitana (U.A.M. - A.)/Departamento de Derecho, núm. 27, mayo-ag. 1994, pp. 217-240, esp. 236-238.

(19) En este sentido, por todos, las agudas recensiones de Eduardo GARCIA DE ENTERRIA a propósito de SCHWARZE, Jürgen, *Droit administratif européen*, Bruselas: Bruylant, 1994, 2 vols., 1632 pp., en Madrid: *Revista de Administración Pública*, No. 119 de 1989, págs. 536 y ss. (respecto de la edición original en alemán) y, ahora, No. 136, en - ab. 1995, pp. 590-591 (respecto de su edición en lengua francesa).

Eduardo García de Enterría y sus jóvenes discípulos Luis Ortega-Alvarez, Luciano Parejo y Miguel Sánchez-Morón. En este sentido, cabe señalar la reivindicación del clásico concepto electivo ⁽²⁰⁾ de la descentralización, sustentado en la elección ⁽²¹⁾ de sus superiores jerárquicos, concepto hoy tan gravemente desvirtuado por la práctica y normatividad mexicanas, tanto en lo relativo a la casi inexistente descentralización funcional en sentido estricto (reservada a las universidades federales) como a la puramente formal descentralización territorial, permitida a estados y municipios en el marco del régimen de partido político dominante.

Somos perfectamente conscientes de que la centralización absoluta nos viene de la tradición imperial autóctona de muchos siglos, primero tolteca y después azteca; así como de la herencia del poder irrestricto de los monarcas españoles ⁽²²⁾. Ello desemboca en la "ficción de tres poderes distintos" ⁽²³⁾ desde el Reglamento provisional político del imperio mexicano (1822), la cual se prolonga durante los siglos XIX y XX, pareciendo verosímil su mantenimiento para el sexenio 1994-2000, con la consiguiente fragilidad en la observancia administrativa y jurisdiccional de los preceptos constitucionales y legales. Esto ha afectado y seguirá lesionando gravemente el imperativo de la legalidad tributaria y financiera (por ejemplo, de la deuda externa) ⁽²⁴⁾, así como el de su control en nuestro endeble estado de derecho.

(20) Cfr., DUGUIT, León, *Traité de droit constitutionnel*, París: Fontemoing/Boccard, 5 vols., 3a. ed., 1928 (vols. I, II y III) y 2. ed., 1924 (vols. IV y V), respectivamente (XIX + 763) + 888 + 856 + 938 + 703 pp.; BURDEAU, Georges, *Traité de science politique*, París: L.G.D.J., 11 vols., 1967-77, esp. vol. II, 1967, pp. 368-470, especialmente en su rigurosa argumentación **jurídica** del No. 272, pp. 379-383 (*Il n'y a pas de décentralisation sans élection*); RIVERO, Jean y WALINE, Jean, *Droit administratif*, París: Dalloz, 15a. ed., 1994, 480 pp., esp. 270-275, con matices empero importantes (p. 271).

(21) *Ensayos*, p. 162.

(22) *Ensayos*, p. 193.

(23) *Ibidem*.

(24) VAZQUEZ-PANDO, Fernando Alejandro, *La crisis de la deuda externa y los desequilibrios constitucionales*, ciudad de México: Escuela Libre de Derecho y Miguel Angel Porrúa, 1990, 219 pp.; así como, en 1995, la tesis de doctorado en derecho de Juan Manuel SALDAÑA-PEREZ, ciudad de México: U.N.A.M./Facultad de Derecho, *Análisis jurídico de la contratación de deuda pública externa mexicana*, 251 pp.

EL CIRCULO VICIOSO DEL "DESORDEN ESTABLECIDO"

7.A) **Fraternidad e igualdad ausente en la pura libertad.**—La indicada insuficiencia del estado de derecho mexicano tiende por otra parte a agravarse con la creciente sustitución de los valores constitucionales de la Revolución Francesa, fraternales e igualitarios, por los valores de la Revolución inglesa, puramente apoyada en la libertad como factor mágico y aún jamás históricamente eficaz en la consolidación de los valores de la igualdad y de la fraternidad, éstos últimos siempre predominantemente ausentes en las instituciones y en la vida cotidiana, tanto del Reino Unido ⁽²⁵⁾ como de los Estados Unidos de América ⁽²⁶⁾. Esta inhumana omisión de las instituciones anglosajonas tiende a prolongarse planetariamente en todos los continentes ⁽²⁷⁾, como consecuencia de la acción, globalmente troqueladora, cumplida desde 1945 por la instituciones financieras internacionales forjadas en Bretton Woods ⁽²⁸⁾, cuya hegemonía parece ilimitada a partir de 1989 ⁽²⁹⁾.

8.B) **Un "bien triste fin de siglo".**—Como pusiéramos de manifiesto en el Taller de Derecho Público, en mayo de 1992 y citando, en presencia de García de Enterría, al Maestro Pierre Lavigne, Profesor emérito de la Universidad de París I (Pantheon-Sorbonne), estamos ante

(25) KINGDOM, John, *Government & politics in Britain. An introduction*, Cambridge y Oxford: Polity Press y Blackwell Publishers, 1992, XX + 651 pp.

(26) Cfr. sobre la tremenda desigualdad reinante en la sociedad estadounidense: PEROUX, François, "Alienación y creación colectiva", en SAYAGUES-LOBO, Enrique, *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a*, dirección, "Introducción general" y anotaciones por León COTIÑAS-PELAES, Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, "Préface" de Marcel WALINE, 5 vols. 1a. ed., 1969, 5, 418 pp., en su vol. I, pp. 417-447, esp. 443; KOLKO, Gabriel, *Wealth and Power in America, an Analysis of Social Class and Income Distribution*, Nueva York: Praeger, 1962, XII + 178 pp.; HARRINGTON, Michael, *The Other America, Poverty in the United States*, Nueva York: McMillan, 1963 (trad. francesa, *L'autre Amérique, La Paurvreté aux Etats Unis*, París: Gallimord, 1967, 293 pp.).

(27) PAECH, Norman y STUBBY, Gerhard, *Machtpolitik un Völkerrecht in den internationalen Beziehungen* (Política de la fuerza y derecho de gentes en las relaciones internacionales), Baden-Baden: Nomos, 1994, XIX + 880 pp.

(28) COMBA, Andrea, *Il neo liberismo internazionale (Strutture giuridiche a dimensione mondiale)*, Milán: Giuffrè, 1987, 199 p.

(29) HUDSON, Michael, *Trade development and foreign debt (A history of theories of polarisation and convergence in the international economy)*, Londres: Pluto Press, 1992, 2 vols. XIV + 481 pp.

un "bien triste fin de siglo". Cortina-Gutiérrez parecía así comprenderlo cuando señala que:

"En la explotación del débil por el fuerte, reflejada muchas veces en los sistemas impositivos, se encuentra el fermento de las perturbaciones sociales (...). La injusticia y la arbitrariedad de los impuestos han sido automáticamente la causa de profundos cambios en las raíces de las estructuras con el oleaje revolucionario provocado por el uso abusivo del poder hegemónico de dictaduras estatales, industriales y comerciales". (30)

Ante la irracionalidad del desequilibrio y del paro laboral creciente, éste su fatal consecuencia, señalada entre nosotros por Marcos Kaplan (31); asediados por la ferocidad del desempleo y, en general, de las relaciones económicas y sociales desatada en la Unión Europea, en la Europa del Este, en el Hemisferio Occidental y en el Tercer Mundo como consecuencia de la ruptura (1989) del equilibrio bipolar planetario; ante tamaña confusión e inmadurez axiológicas, sorprende la fresca clarividencia del colaborador de Narciso Bassols (32) y del sexenio cardenista (1934-1940). Cortina, contrastando con el conformismo tecnócrata de sus colegas principalmente tributaristas, apunta lo insensato de un desarrollo económico en la iniquidad, particularmente la tributaria (33), consistente en que sean mayores los impuestos sobre el producto del trabajo que los que existen sobre la renta del capital invertido.

9.C) La "mano invisible" y la ética del intervencionismo.—

En tiempos donde el imperio del capital y la desordenada codicia

(30) *Ensayos*. p. 25.

(31) KAPLAN, Marcos, *Revolución tecnológica, Estado y Derecho*, ciudad de México: Pemex/UNAM-III, 1993, 4 vols. esp. su vol. IV, 239 pp.

(32) Respecto de este excepcional valor mexicano (1898-1959), en la teoría jurídica y en la praxis político-administrativa (Secretario general de gobierno del Estado de México, profesor de Derecho constitucional y de Garantías y amparo en la U.N.A.M., decano de la facultad de derecho de la U.N.A.M., Secretario de Educación Pública, Secretario de Gobernación, Secretario de Hacienda y Crédito Público, Embajador de la República ante la Liga de las Naciones y ante las grandes potencias en los años treinta, agente eficaz del presidente de la República en la creativa hospitalidad decretada y ejecutada para republicanos sobrevivientes del exilio español de 1938-40), debe verse, entre otros: BASSOLS, Narciso, *Obras*, "Prólogo" de Jesús SILVA-HERZOG, ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1964, 987 pp.; *Narciso Bassols*, Toluca de Lerdo: Gobierno del Estado de México/FONAPAS., 1978, 131 pp.; BASSOLS, Narciso, *Debates y propuestas*, Toluca de Lerdo: Gobierno del Estado de México, antología y recopilación por Angel ALBITER-BARRUETA, 1986, 608 pp.; AGUILAR-MONTEVERDE, Alonso, *Narciso Bassols, pensamiento y acción*, ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1995, 258 pp.

(33) *Ensayos*. p. 43.

dineraria destruyen tantas células de la dignidad humana, a pretexto de una desbocada libertad, destructiva de toda igualdad y fraternidad, paradójicamente, la "mano invisible" parece exigir y reivindicar crecientemente, con su renovado "desorden establecido", una ética del intervencionismo del Poder Público (34), pues en nuestros países la acción estatal es indispensable para fomentar y conducir el desarrollo de la nación incipiente (35).

Como lo estudiara Gunnar Myrdal, Premio Nobel de Economía, los países subdesarrollados se encuentran dentro del círculo vicioso de la pobreza (36). Este círculo vicioso (37) hace aún más urgente e imperativa la acción del estado (38), puesto que la escasez del ahorro interno (39), la naturaleza medrosa y fundamentalmente especulativa de la inversión privada nacional y aún de la extranjera, generan la ilusión de que "el Estado ofrece a los países subdesarrollados la única esperanza de redención..." (40), política que Cortina considera errónea pero explicable, pues al sector público el fortalecimiento de la infraestructura y de la industria básica, a pesar de la ínfima participación que corresponde a los ingresos fiscales dentro del producto nacional bruto de los países del Tercer Mundo (41).

Fiel a las posturas democráticas y sociales del intervencionismo laborista inglés (42) y, especialmente a las metas y objetivos del "Nuevo trato" del presidente Franklin Roosevelt, la normatividad financiera y tributaria carece para nuestro autor de sentido, si no es la resultante de una profundización y extensión de los cometidos del Poder Público (43) a

(34) *Ensayos*. p. 22.

(35) *Ensayos*. p. 38.

(36) *Ensayos*. p. 110.

(37) Cfr. MYDRAL, Gunnar, *Economic Theory and Under - developed Regions*, Londres: Duckworth & Co., 1957, con trad. castellana, *Teoría económica y regiones subdesarrolladas*, ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 4a. ed., 1968, 188 pp.; y, del mismo MYDRAL, *Asian drama. An inquiry into the poverty of nations*. Londres: Allen Lane The Penguin Press - Pelican Books, 3 vols. 1968, XXX + 2284 pp.

(38) *Ensayos*. p. 111.

(39) Cfr. César GARRIDO-NOGUERA, "El ahorro en México. Evolución y problemas actuales", ponencia en *El seminario de sistema financiero y desarrollo económico de México*, ciudad de México: Universidad Autónoma Metropolitana - Azcapotzalco, sesión del 1o. de agosto de 1995.

(40) *Ensayos*. p. 25.

(41) *Ibidem*.

(42) Cfr. la renovada presentación de PIMLOTT, Ben, *Harold Wilson*, Londres: Harper Collins, 1993, XVI + 811 pp., **in totum**.

(43) Cfr. CORTIÑAS-PELAEZ, León (dirección), *Introducción al derecho administrativo*, ciudad de México: Porrúa Hnos., S. A., 2a. ed., 1994, 361 pp., esp. 57-87.

cargo de la gestión directa gubernamental ⁽⁴⁴⁾. En páginas escritas en 1989 y 1990, el Profesor Cortina destaca la fácil admisión de la gestión directa, por el Poder Público, de cometidos que eran otrora la provincia esencial de la esfera privada y los define, no porque correspondan intrínseca y necesariamente a la acción estatal, sino porque políticamente se consideran mejor administrados por el Poder Público que por la acción particular. Esta se desinteresa en ellos porque, la regulación correctiva de los excesos del sector privado ⁽⁴⁵⁾, limita sus utilidades y, en ocasiones las impide, al extremo de que los concesionarios privados prefieren que las concesiones se cancelen y se les reintegre su inversión ⁽⁴⁶⁾. Este criterio sustantivo no excluye que Cortina lo matice más lejos con relación a los cometidos de gestión privada sujetos al derecho mercantil ya que, justamente, critica en ellos una indebida proyección a intereses particulares de un régimen propio al interés general, o protegido por el derecho administrativo ⁽⁴⁷⁾.

V

LA INCOHERENCIA DEL NUEVO ORDENAMIENTO JURISDICCIONAL

10.A) **Modernidad del contencioso administrativo autónomo.**—Cortina-Gutiérrez, corredactor, fundador, magistrado y presidente (1982) del Tribunal Fiscal de la Federación, sostuvo durante más de medio siglo una desigual batalla en defensa del contencioso administrativo autónomo, inicialmente incomprendido por juristas excesivamente troquelados por las técnicas vigentes en el judicialismo anglosajón de los Estados Unidos de América, encarnadas en México por el ministro Ignacio Vallarta; éste, en su maniquea oposición y enfrentamiento simplista del siglo XIX, frente a la creativa elaboración doctrinal y legislativa de Teodosio Lares ⁽⁴⁸⁾, quien fuera forjador del primero, en México y en América Latina, del moderno derecho administrativo posterior a la Revolución francesa ⁽⁴⁹⁾.

(44) *Ensayos*. p. 78.

(45) *Ensayos*. p. 76.

(46) *Ensayos*. p. 78.

(47) *Ensayos*. p. 80.

(48) LARES, Teodosio, *Lecciones de derecho administrativo dadas en el Ateneo Mexicano*, ciudad de México: Imprenta de Ignacio Cumplido, 1852. Hay reimpresiones facsimilares: de la U.N.A.M., "Prólogo" de Antonio CARRILLO-FLORES, sept. 1978, XIV + 409 pp.; y de la S.H.C.P. (Secretaría de Hacienda y Crédito Público), junio 1979, 407 pp.

(49) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, en su clásica "La revolución francesa y la emergencia histórica de la administración contemporánea", en el t. II del *Homenaje a don Nicolás Pérez Serrano*, Madrid, 1959, con múltiples reimpresiones actualizadas bajo el título *Revolución francesa y administración contemporánea*, Madrid: Civitas, 1994, 102 pp.; y, del mismo ENTERRÍA, su discurso de 24 de octubre de 1994, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, en el acto de recepción como académico de número en Madrid: Real Academia Española, 1994, 253 pp.

La mala fortuna quiso que Lares promoviera sus ideas, para la época avanzadas, ante sucesivos gobiernos ultraconservadores de mediados del siglo XIX, por lo cual ellas quedaron sepultadas durante tres cuartos de siglo, hasta 1936-38, en que la superior cultura jurídico-administrativa y constitucional de los asesores ⁽⁵⁰⁾ del presidente Lázaro Cárdenas permitió rebasar aquellos prejuicios técnicamente infundados y brindar a la República, con el Tribunal Fiscal de la Federación, una jurisdicción administrativa autónoma, inicialmente reservada a la materia tributaria pero luego progresivamente ampliada al conocimiento de diversas materias administrativas. Hacían presagiar estas ampliaciones el surgimiento de una jurisdicción administrativa mexicana solo **transitoriamente** sometida por imperativo constitucional al control judicialista del amparo ⁽⁵¹⁾; pero esto no habría impedido que su superioridad técnica y su clara autonomía le permitieran posteriormente librarse de aquella reminiscencia del judicialismo estadounidense. En dicho sentido, se habían redactado numerosos anteproyectos de ley reglamentaria durante más de medio siglo (1936-1988), los cuales tendían en sus borradores finales a la institución de un Tribunal Administrativo Federal Supremo ⁽⁵²⁾, cuyas decisiones pasarían en autoridad de cosa juzgada, sin necesidad de ser complicadas y demoradas por un ulterior recurso al juicio de amparo ⁽⁵³⁾.

11.B) **Sumisión normativa a la hegemonía estadounidense.**—Sorpresivamente, y cerrando el ultraconservador sexenio presidencial del profesor Miguel de la Madrid Hurtado (1982-1988), el foro y la cátedra se vieron sacudidos por una arbitraria legislación de

(50) Particularmente, Antonio CARRILLO-FLORES, Alfonso CORTINA-GUTIERREZ y Manuel SANCHEZ-CUEN.

(51) *Ensayos*. p. 187.

(52) En este sentido, la obra toda de GONZALEZ COSIO, Arturo, esp. su *El Poder Público y la jurisdicción administrativa de México*, 2a. ed., ciudad de México: Porrúa Hnos., S. A., 1982, 252 pp.; v. igualmente, de CORTIÑAS-PELAEZ, León, "Jurisdicción administrativa y tecnocracia judicial", en *Libro homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez*, Caracas: Instituto de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas/Universidad Central de Venezuela, 1984, 2 vols. 1198 pp., esp. vol I, pp. 235-254. Esta postura, contraria al judicialismo de la reforma legislativa de 1988 que se impugna en el texto coincidiendo con la crítica del Maestro CORTINA-GUTIERREZ, fue expresa y categóricamente compartida en México, por el Senado de la República, en su Dictamen No. LD/194 del 26 de diciembre de 1984, cuyo texto final reproduce GONZALEZ-COSIO, Arturo, *El juicio de amparo*, "Prólogo" de León CORTIÑAS-PELAEZ, cuarta ed., ciudad de México: Porrúa Hnos., S. A., 1994, 323 pp., en su anexo VIII, páginas 291-294.

(53) *Ensayos*. p. 278.

enéro de 1988 ⁽⁵⁴⁾. Esta abandona la rica experiencia autónoma del Tribunal Fiscal de la Federación y lo somete en definitiva al Poder Judicial Federal, instaurando respecto de las decisiones tributarias de las salas regionales un recurso ante el Tribunal Colegiado competente en la sede de la Sala Regional respectiva. Al hacerlo, la Sala Superior del Tribunal Fiscal queda privada de su facultad revisora de las sentencias regionales de primera instancia, salvo juicios muy particulares. Ello, quizá en concordancia con la desenfadada sumisión lamadridiana a la hegemonía estadounidense, implica en México la importación extralógica de la **Tax Court of the United States**, cuyas decisiones están sujetas a la justicia ordinaria federal, a través del recurso de **certiorari** ⁽⁵⁵⁾.

12.C) **Un testamento científico y jurisdiccional.**—En total acuerdo con el profesor Cortina, expresamos, con firmeza cívica, respetuosa pero radical discrepancia con esta inconsulta y por ende arbitraria iniciativa del Poder Ejecutivo federal, sancionada sumisamente y sin debate por el Congreso de la Unión. Cortina lo hizo con argumentos ⁽⁵⁶⁾ recogidos sucesivamente en varias intervenciones que se escalonan desde 1987 hasta su muerte en 1990 ⁽⁵⁷⁾, lo cuales configuran un breve pero estremecedor “testamento científico y jurisdiccional”, cuya sabiduría de teoría y práctica contrasta con las apresuradas improvisaciones legislativas del entonces gobernante en turno.

13.D) **Hacia una justicia imprevista e ignorante.**—La especialidad del Tribunal, tan cuidadosamente proyectada en los treinta y perfeccionada durante medio siglo, se desvirtúa. Los tribunales colegiados del Poder Judicial carecen de toda preparación técnica al respecto, conocen simultáneamente de todas las materias (tanto mercantiles como penales) y nunca han sido entrenados, ni en la administración activa ni menos en la contenciosa, para el adecuado conocimiento de materias como los derechos administrativo y financiero, tan disímiles como refi-

(54) Así lo denunciamos de inmediato, en cátedra paralela con el profesor GARCIA DE ENTERRIA, en nuestras conferencias de febrero de 1988 en la Universidad Autónoma de Nuevo León, sobre “Génesis y perspectivas del contencioso administrativo en México”, en el marco del *Curso de actualización en derecho administrativo español mexicano comparado*; denuncia que conceptualmente otrora (diciembre de 1974) pusiera nerviosos a ciertos arcaicos colegas de la Facultad de Derecho de la UN.A.M.

(55) *Ensayos*. p. 183.

(56) *Ensayos*. pp. 203, 224-225, 227, 278, 294, 252, 265, 297, etc.

(57) *Ensayos*. esp. 289-298.

nadas en relación con la materia judicial ordinaria. Si la garantía de los contribuyentes e incluso el propio Fisco consiste en la competencia profesional de sus jueces, el paso atrás es evidente. Jueces imprevistos ⁽⁵⁸⁾, ignorantes ⁽⁵⁹⁾ de las finezas del derecho tributario, y dependientes de la formación privatística de nuestras atrasadas facultades y escuelas de derecho ⁽⁶⁰⁾, merecen respeto en lo personal pero ninguna confianza profesional en materia tan delicada para la seguridad jurídica de los ciudadanos.

14.E) **Ruptura del equilibrio entre particulares y administración.**—El derecho comparado, de América Latina ⁽⁶¹⁾ y naturalmente de ese gran crisol de nuestra ciencia que es el derecho público francés ⁽⁶²⁾, ha logrado la consolidación secular de un equilibrio entre particulares y administración precisamente porque sus magistrados y jueces están imbuidos, desde la fundación del Consejo del Estado y demás órganos constitutivos de la jurisdicción autónoma, de la necesidad de arbitrar incansablemente, aún al margen y por encima de las rigideces normativas, entre las exigencias del interés singular hoy transnacionalizado y del interés general. Este equilibrio es notoriamente ajeno a las prácticas dominantes en el mexicano Poder Judicial Federal.

15.F) **Frivolidad legislativa y desconfianza ante el retroceso judicialista.**—El reclutamiento de los servidores públicos destinados al ejercicio de esta función jurisdiccional, especializada, ha tenido como meta en México, desde 1936, la búsqueda equilibrada de prácticos de la administración hacendaria y de expertos del contencioso tributario. La desvirtuación lamadridiana lleva a consolidar, en materia muy delicada, el monopolio de legistas unilateralmente formados, con tal ignorancia de la vertiente político-administrativa de la disciplina. Ello acabará por impregnar los fallos administrativos y tributarios de la justicia ordinaria, con la misma desconfianza que justamente se tenía respecto de los tribunales del Antiguo Régimen, por parte de los constituyentes y legisladores de la Revolución, a fines del siglo XVIII y comienzos del XIX. La

(58) *Ensayos*. p. 278.

(59) *Ensayos*. p. 294.

(60) Cfr. CORTIÑAS-PELAEZ, León, “Algunas facultades de derecho europeas” (Esbozo de un panorama de sus planes de estudio: Roma, Friburgo de Suiza, París, Madrid), Montevideo: *Revista del Centro de Estudiantes de Derecho* (Número dedicado a la memoria del decano Eduardo J. Couture), t. XIX, No. 85, sept. 1956, pp. 475-508.

(61) *Ensayos*. p. 261.

(62) *Ensayos*. pp. 184-186 y concordantes.

frivolidad legislativa, típica de un crepúsculo presidencial mexicano, desdén la mundialmente reconocida sabiduría napoleónica del Consejo de Estado, tan inteligente y oportunamente adaptada por el presidente Cárdenas y sus colaboradores a la jurisdicción mexicana desde los años treinta de este siglo.

16.G) **Incoherencia, de cuño profesoral, entre las funciones constituyente y legislativa (1988).**—La ley de 1988 parece ignorar las importantes adiciones y modificaciones constitucionales del mismo sexenio 1982-1988 en esta materia.

La renovación y adición de los artículos 73 (XXIX-H), 104 (I-B), 116 (IV) y 107 de la Constitución Federal, así como las numerosas regulaciones entonces incorporadas al respecto en las constituciones de los estados, iban preparando el camino para la jurisdicción administrativa federal autónoma, curiosamente exaltada por el propio autor de la iniciativa de ley que criticamos, el presidente mexicano (1982-1988) profesor Miguel de la Madrid Hurtado en su obra *Elementos de Derecho Constitucional* (63).

En todo ese movimiento legislativo y constituyente, el objetivo de la “renovación moral de la sociedad”, que algo vocingleramente enarbolará el mismo presidente de la República, debería de haber aquí culminado con una ineludible elevación del “nivel ético del Estado” (64).

17.H) **Federalismo y jurisdicciones estatales.**—Finalmente, cabe esbozar una esperanza, apoyada en la realidad autónoma de las numerosas jurisdicciones contencioso-administrativas de los Estados (65).

En efecto, en los estados de la federación, se siguen construyendo y conservando en ellas el doble piso procesal (66), al crearse, respecto de las respectivas salas estatales de primera instancia administrativa-fiscal, un recurso de revisión ante una sala de segunda instancia en la propia entidad federativa.

(63) MADRID-HURTADO, Miguel de la, *Elementos de derecho constitucional*, ciudad de México: I.C.A.P. del Partido Revolucionario Institucional y Porrúa Hnos., S. A. (distribución), 1982, 680 pp., en sus páginas 379, 470 y concordantes, complementadas por sus puntuales reflexiones críticas sobre el amparo, en sus páginas 478 a 483.

(64) *Ensayos*. p. 252.

(65) *Ensayos*. p. 226.

(66) *Ensayos*. p. 297.

En auténtico espíritu federalista, cabría esperar así que la fidelidad de los Estados Unidos al contencioso administrativo autónomo logrará próximamente (1996-2000?) aplastar el judicialismo de la ley de 1988 y, con ello, impregnar la hoy desvirtuada autonomía de la especializada jurisdicción federal.

VI

JURISDICCION Y JUSTICIA A LA HORA DEL T.L.C. NORTEAMERICANO

18. **Fecundidad, actualidad e interrogantes.**—En una obra de esta amplitud, cuyos desarrollos integran trabajos y reflexiones que se extienden a más de medio siglo, sería aquí indiscreto mencionar ciertos desajustes editoriales y algunas algo inactuales referencias normativas y de derecho comparado. Ellos no son sino el testimonio de la fecundidad de esta doctrina, que nos permite el lujo de ver deambular la riqueza de su información y espíritu crítico, desde la depresión de los treinta hasta sus magistrales enseñanzas en la Universidad de Salamanca (1989) (67).

Cabe sí el señalamiento de algunas interrogantes. Nos limitaremos brevemente a tres de ellas.

19.A) **Actualidad de las reservas de Vallarta: hacia una tecnocracia judicial.**—En primer lugar, los argumentos de Abraham Lincoln (68), contrarios al control jurisdiccional de la Ley y las justificadas resistencias planteadas en Francia (70), así como la tradicional desconfianza hacia una tecnocracia judicial, expresada en reciente dictamen de la Cámara de Senadores de México en 1984 (71), nos parece obligar a un replanteamiento positivo de las clásicas reservas de Vallarta a la intervención judicial en los actos legislativos sobre impuestos. Estas reservas denuncian en efecto, acertadamente en Vallarta y en el Dictamen senatorial que compartimos, que el Poder Judicial se arrogaría un carácter político que no tiene (72), arrebatando al Parlamento esa soberanía financiera

(67) Enseñanzas por cierto impartidas en la cátedra del profesor Eusebio GONZÁLEZ-GARCÍA, quien encabeza los *Ensayos* con una bella y robusta semblanza de CORTINA-GUTIÉRREZ (pp. XV-XXI).

(68) *Ensayos*. p. 195.

(69) *Ensayos*. p. 197.

(70) *Ibidem*.

(71) Véase *supra*, nota (52).

(72) *Ensayos*. p. 135.

que justamente le viene desde la Carta Magna inglesa de 1215. Ello además desconocería la modernidad, plasmada por la historia revolucionaria francesa, particularmente de 1971⁽⁷³⁾, y nos sometería al peligro de una jurisdicción omnipotente y única, que sólo la multiplicidad jurisdiccional podría quizá atenuar⁽⁷⁴⁾.

20.B) **Reglamento de policía y reglamentos autónomos.**—En segundo lugar, la monografía sobre *Origen de los Reglamentos de Policía a que se refieren los artículos 16 y 21 constitucionales*⁽⁷⁵⁾ abre, desbordando ciertamente el enfoque creativo pero prudente de Cortina, un campo así infinito a la regulación de la administración pública tanto general como especializada. Nos preguntamos si la coincidencia material del término “policía” (en la ciencia administrativa del siglo XVIII, que es fuente del derecho constitucional mexicano) con los “servicios públicos” en sentido amplio conocidos por el Constituyente mexicano de 1917, no permitiría una flexible regulación de las administraciones centralizada y paraestatal, mediante los reglamentos autónomos, tan cultivados en el derecho administrativo comparado posterior a la segunda guerra mundial.

21.C) **Escepticismo doctrinal: desigualdad social y equidad contributiva.**—En tercer lugar, la doctrina es metódicamente pesimista, a lo mejor **malgré elle**. En efecto, es algo escéptica respecto de las posibilidades del sistema tributario para incluir en la transformación de la tan escandalosamente desigual estructura social mexicana⁽⁷⁶⁾.

Por una parte, le parece claro que la Revolución no logró romper la rigidez de las estructuras sociales y políticas⁽⁷⁷⁾ vigentes en 1910, siendo muy resistente el **establishment** a la búsqueda de una equidad contributiva que los intereses afectados estimaron excesiva.

Por otra parte, empero el envite nos parece que sigue siendo medular, en el progresivo perfeccionamiento de una justicia social constitucionalmente imperativa, e ineludible a la hora de la integración mexicana en el mercado de América del Norte.

(73) *Ensayos*, p. 196.

(74) *Ensayos*, p. 205, en nota.

(75) *Ensayos*, pp. 143-154.

(76) *Ensayos*, pp. 29, 69.

(77) *Ensayos*, p. 32.

LOS ELEMENTOS EXTRANORMATIVOS DEL DERECHO

22. **Del derecho como estructura normativa social.**—La dogmática separación de los aspectos extranormativos y de los aspectos normativos de lo jurídico sólo era concebible, con ignorancia metodológica de los primeros y a principios del siglo, por los aislados y demostradamente infecundos profesores de la escuela de Viena.

La doctrina es aquí una demostración fehaciente de la fecunda e indispensable interacción de los elementos extranormativos (económicos, sociales, políticos y, en definitiva, históricos) con los elementos normativos. En efecto, el derecho es una estructura normativa social, en la cual ambos tipos de elementos se dan indisolublemente entrelazados.

La creatividad en la construcción de instituciones se refleja plenamente en estas páginas póstumas de la doctrina aquí inspiradora, ejemplo de “ciencia con conciencia”. Hermann Heller habría visto en este volumen una enriquecedora expresión de “ciencia jurídica **con Derecho**”.

EL PSICOLOGO EN LA CARCEL (Anotaciones en torno al tema de la participación del psicólogo criminal en el sistema anglosajón estadounidense)

Lic. Alvaro A. Burgos Mata (*)
Abogado costarricense

- II. CARTEL DE PARTICIPACION DEL PSICOLOGO CRIMINAL EN LOS SISTEMAS DE JUSTICIA PENAL EN LOS PAISES ANGLOSAJONES
- D. SISTEMAS DE PARTICIPACION DEL PSICOLOGO CRIMINAL EN LOS PAISES ANGLOSAJONES
- a. Reino Unido
 - b. Estados Unidos
 - c. España
 - d. Francia
 - e. Alemania
 - f. Italia
 - g. Países Bajos
 - h. Suecia
 - i. Dinamarca
 - j. Noruega
 - k. Finlandia
 - l. Islandia
 - m. Irlanda
 - n. Portugal
 - o. Grecia
 - p. Turquía
 - q. Polonia
 - r. República Checa
 - s. Eslovaquia
 - t. Hungría
 - u. Austria
 - v. Suiza
 - w. Bélgica
 - x. Países Bajos
 - y. Alemania
 - z. Francia

(*) Lic. en Derecho, U.C.R.; Especialista en Ciencias Penales, Sistema de Estudios de Postgrado U.C.R.; Máster en Psicología Criminal, C.U.N.Y., N.Y., EE.UU.; Miembro de la Sociedad Nacional de Honor en Psicología de los EE. UU., de la Sociedad Americana de Criminología, de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, de la Asociación Costarricense de Medicina Forense, y de los Colegios Profesionales de Abogados y Psicólogos de Costa Rica. Ha trabajado para el Ministerio de Justicia, Asociación Costarricense de Ayuda al Preso, y para la Corte Suprema de Justicia como Defensor Público, Alcalde de Faltas y Contravenciones, Juez de Instrucción y Juez Tutelar de Menores, Defensor Público en la Jurisdicción Tutelar de Menores de San José. Actualmente, se encuentra haciendo estudios de doctorado en España.

CONTENIDO

INTRODUCCION

- I. *CAPITULO PRIMERO. La relación entre el Sistema de Administración de Justicia y el Sistema de Salud Mental*
 - 1) *Sección Primera. De la prestación de Servicios en Psicología Forense en el Sistema Penal*
 - a. *Profesionales y Técnicos del Sistema de Administración de Justicia.*
 - b. *Contratación de empresas privadas en el suministro de servicios en Psicología Criminal*
 - 2) *Sección Segunda. Diferentes opciones para el suministro del tratamiento*
 - a. *Dentro de la cárcel*
 - b. *"In-Patient-Units"*
 - c. *"Out-Patient-Units"*
- II. *CAPITULO SEGUNDO. De la participación del psicólogo criminal en las diferentes etapas del proceso penal estadounidense*
 - 1) *Sección Primera. Diferentes momentos procesales en los cuales existe intervención del Psicólogo Forense*
 - a. *"Pre-Trial"*
 - b. *"Competency Hearing"*
 - c. *"Expert Witness"*
 - d. *"Failure to comply with court orders or conditions"*
 - e. *"Pre-Sentence"*
 - f. *"Post-Trial"*
 - g. *"Probation or Community Control"*
 - 2) *Sección Segunda. Principales determinaciones técnicas en la labor del Psicólogo Criminal*
 - a. *Diferentes "Pleas"*
 - a.1. *"Guilty"*
 - a.2. *"Not Guilty"*
 - a.3. *"No lo Contendere"*
 - a.4. *"Plea Bargain"*
 - a.5. *"Not Guilty by reason of Insanity"*

- b. *"Competence to Stand Trial"*
- c. *"Insanity Defense"*
- d. *"Not Guilty by reason of Insanity"*

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

"... el hombre es la realidad central del ordenamiento jurídico, y por lo tanto, en la persona humana está el punto de tangencia de la Psiquiatría del Derecho. Todo lo que pueda concretar el concepto de lo humano o definirlo interesará tanto a la ciencia jurídica como a la psiquiátrica".

Dr. Fernando Herrero Tejedor

INTRODUCCION

La figura del Psicólogo Criminal en el Sistema Judicial Estadounidense, ha sido ampliamente desarrollada, y constituye sin duda alguna, un aporte fundamental de carácter técnico dentro del Proceso Penal y la obtención de la Verdad Real de los hechos.

Tanto durante mis estudios de Maestría en Psicología Criminal en el John Jay College of Criminal Justice de la City University of New York, en la ciudad de New York, como durante mi internado en el University Medical Center y la Cárcel de la ciudad de Jacksonville, Florida, tuve la oportunidad de conocer más de cerca los instrumentos y la metodología utilizada en el campo Psicológico-Criminal, al servicio del Sistema de Administración de Justicia de los Estados Unidos, algunos de los cuales espero sean reproducidos en nuestro contexto patrio, adaptándose a las necesidades reales de nuestro país, a fin de proporcionar una calidad de servicio Psicológico-Forense más eficiente y más técnica cada día en Costa Rica.

En el presente trabajo, dividiremos nuestro estudio en dos capítulos. En el primero de ellos, analizaremos la relación existente entre el Sistema de Administración de Justicia y el de Salud Mental en los Estados Unidos de América, estudiando tanto el tipo y clase de prestación de servicios profesionales en Psicología Criminal, como algunas de las opciones de tratamiento de los pacientes, que a la vez son igualmente "clientes" de la Justicia Penal. En el Capítulo Segundo, dirigiremos nuestra atención hacia la participación concreta del Psicólogo Forense en las distintas etapas del Proceso Penal Norteamericano, y las principales determinaciones técnicas con las que trabaja dicho profesional en aquel país anglosajón, para luego establecer nuestras conclusiones al respecto.

I. CAPITULO PRIMERO. LA RELACION ENTRE EL SISTEMA DE ADMINISTRACION DE JUSTICIA Y EL SISTEMA DE SALUD MENTAL

Quizás uno de los aspectos más significativos de la evolución de la intervención del profesional en Psicología Criminal en el Proceso Penal Estadounidense es y ha sido, la concepción de la necesidad de contar con un puente más amplio de comunicación entre el "Criminal Justice System" (Sistema Judicial), y el "Mental Health Department" (Departamento de Salud Mental). A continuación desarrollaremos un recorrido, primeramente por las alternativas públicas o privadas de

prestación de servicios en Psicología Criminal, para luego brindar al lector una panorámica de las diferentes modalidades que son utilizadas dentro del ámbito estadounidense para el tratamiento de pacientes remitidos por el Sistema de Administración de Justicia.

1. *Sección Primera. De la prestación de servicios en Psicología Forense en el Sistema Penal*

En cuanto a la Prestación de Servicios en Psicología Criminal en el Sistema Penal Norteamericano, se establecen básicamente dos alternativas: a. La utilización de material humano profesional y técnico proveniente del propio Sistema de Administración de Justicia; y/o b. La contratación de servicios técnicos y profesionales de la empresa privada.

A continuación, analizaremos ambas opciones por separado.

a. *Profesionales y técnicos del Sistema de Administración de Justicia*

Una de las alternativas y, generalmente la menos utilizada para la prestación de servicios en Psicología Forense, es la proveniente de los mismos profesionales del Sistema de Administración de Justicia. Tanto el Poder Judicial, como el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América, cuentan con profesionales en el campo de la Psicología Criminal, pero generalmente éstos son la minoría, pues regularmente son contratados por hospitales o clínicas privadas, o bien se dedican a ofrecer consultorías privadas en sus campos.

b. *Contratación de empresas privadas en el suministro de servicios de Psicología Criminal*

La modalidad más utilizada en cuanto a la prestación de servicios en Psicología Forense, es la contratación de empresas privadas, sean hospitales, clínicas o profesionales particulares. Puede darse en dos formas básicas: 1. La contratación directa de la Corte o del Departamento de Justicia sobre una empresa o persona, o bien; 2. La designación de una oficina específica dentro del Poder Judicial o Departamento de Justicia, la cual a su vez contrata los servicios profesionales particulares conforme a las necesidades existentes (1).

(1) En la Prisión de Jacksonville, por ejemplo, es la Oficina del Sheriff la designada para el suministro de la atención Psicológica a los internos, pero, ésta contrata los servicios del University Medical Center, en su división de Servicios Forenses, para la ejecución de los mismos.

2. *Sección Segunda. Diferentes opciones para el suministro del Tratamiento*

La prestación de servicios en Psicología Criminal puede ser desarrollada en diferentes formas básicas de aplicación concreta: en la prisión, en "In-Patient Units" o en "Out-Patients Units".

a. *Dentro de la cárcel*

Hay que hacer notar que el Sistema Penitenciario distingue entre "Jail" y "Prison", según se trate de establecimientos reclusorios para indiciados, o sentenciados, respectivamente (2). Igualmente se hace una distinción entre "Felonies" y "Misdemeanors", en cuanto a la categorización de los delitos (3). Generalmente, tanto en "Jails", como en "Prisons", existen unidades especiales donde los detenidos son tratados en cuanto a sus necesidades psicológicas y/o psiquiátricas (4). Cuando existe una orden de la Corte para su evaluación, los imputados son trasladados al lugar en donde el profesional específico que ha sido designado por orden judicial realizará su evaluación.

b. *"In-Patients Units"*

En ocasiones, ya sea cuando el detenido o imputado en alguna causa necesita de mayor cuidado o de tratamiento específico que no se le puede brindar apropiadamente y con la regularidad requerida en el cárcel, o bien cuando habiendo sido puesto en libertad condicional, no cumpliere el sujeto con los requisitos que se le habían impuesto, o el tratamiento no dio el resultado esperado y el sujeto amerita ser internado, la Corte puede ordenar su internamiento en una "In-Patients Unit", la

- (2) Esto es básicamente la misma distinción que opera en nuestro medio penitenciario entre Unidades de Admisión y Centros de Tratamiento. Al igual que sucede aquí, el incremento de la población penal y el hacinamiento carcelario en EE. UU. hace que algunos casos se den de forma mixta, reclusando indiciados y sentenciados en el mismo lugar.
- (3) "Felonies" son delitos con pena de prisión de más de un año, en donde se incluyen también los castigados con Pena Capital (de muerte). "Misdemeanors", son delitos que pueden tener hasta un año de prisión como pena, y las de segundo grado pueden tener hasta un máximo de pena de 60 días de prisión.
- (4) En algunos estados de los Estados Unidos, los psicólogos están facultados para prescribir medicamentos. En los casos en que esto no existe, el psiquiatra, por sí mismo, o a solicitud del psicólogo forense, quien prescribe la medicación correspondiente para el tratamiento del interno.

cual funciona generalmente en una sección específica del hospital o clínica que brinda este tipo de servicios. En dichas unidades internas de tratamiento, el individuo puede encontrarse por un tiempo prudencial hasta que el Poder Judicial tome una decisión definitiva en su caso sobre su capacidad, imputabilidad o remisión a un centro específico para su tratamiento psiquiátrico o psicológico. Estas unidades cuentan con profesionales que periódicamente evalúan a los pacientes y brindan informes al tribunal ad quo para su determinación médico-legal.

c. "Out-Patient Units"

Orientadas hacia una política de Desinstitucionalización del Tratamiento a pacientes de tipo Psicológico y Psiquiátrico, estas unidades externas de tratamiento funcionan tanto cuando al individuo se le previene su presentación periódica a un centro, hospital, clínica, o grupo de tratamiento determinado, sea que se le haya puesto en custodia de su familia, un curador, o se encuentre en libertad condicional sujeto al cumplimiento de un tratamiento externo fijado previamente. En todos los casos, la Corte recibe informes periódicos del progreso y asimilación del paciente, para el establecimiento, cesación o modificación de su tratamiento.

Estas Unidades de Tratamiento Externo, son de la más diversa clase, pues van desde la presentación en una clínica u hospital, hasta la participación del imputado en grupos como Alcohólicos Anónimos, siendo su modalidad de tratamiento igualmente diversa, utilizando elementos de Psicoterapia, Terapia Grupal, Psicodrama, Medicación, etc. (5)

II. CAPITULO SEGUNDO. DE LA PARTICIPACION DEL PSICOLOGO CRIMINAL EN LAS DIFERENTES ETAPAS DEL PROCESO PENAL

En el presente capítulo, analizaremos las diferentes etapas en las cuales el Psicólogo Criminal Estadounidense en el Proceso Penal, así como también las principales determinaciones técnicas en cuanto a su intervención profesional propiamente dicha.

(5) Szasz, T. "Law Liberty and Psychiatry". Collier Macmillan, New York, U.S.A., 1985, págs. 151-178.

1. Sección Primera. Diferentes momentos procesales en los cuales existe intervención del Psicólogo Forense

Existen diferentes oportunidades procesales en las cuales el Psicólogo Criminal ofrece su intervención técnica al servicio del Proceso Penal en Estados Unidos, de inmediato analizaremos algunas de las más importantes.

a. "Pre-Trial"

En la etapa previa al juicio (6), la participación del Psicólogo Forense es determinante para aquellos casos en que se presenten alegatos de "Competence to Stand Trial" o "Insanity Defense", los cuales estudiaremos más adelante.

b. "Competence Hearing"

Luego de iniciado el proceso, si existe duda sobre la capacidad del individuo para entender de qué se le acusa, colaborar con su defensor, determinarse de una forma apropiada ante el tribunal donde se ventila la causa, etc., el imputado puede ser remitido por la Corte para una "Competence Hearing", o audiencia para determinar su competencia, sea porque su defensor planteó una incidencia de "Competence to Stand Trial", o porque el Juez de la causa así lo determinó (7).

c. "Expert Witness"

El Psicólogo Criminal también puede ser llamado como perito ante el tribunal, tanto en la etapa oral, como durante su investigación. Generalmente hasta dos dictámenes u opiniones de profesionales son permitidas por el tribunal, sea en su calidad de peritos, o bien de testigos, en razón del tratamiento brindado al paciente (8). Hay que anotar que en ocasiones existen extralimitaciones evidentes tanto del tribunal como de

(6) Entendemos juicio aquí, tanto la Etapa Oral del Debate, como las Audiencias ante el Juez, en los casos en que no es necesario la participación del Jurado.

(7) Nuestro artículo 49 del C.P.P., contiene una regulación similar en cuanto a la "Incapacidad Sobreviniente", la cual posteriormente será retomada para su análisis en la Sección Segunda de este Capítulo, en cuanto a la "Competence to Stand Trial".

(8) Se ha discutido bastante éste punto especialmente con referencia al secreto profesional, pero en la mayoría de estados, los expertos siguen rindiendo testimonio sobre sujetos que han analizado en calidad de pacientes.

las partes en cuanto a las expectativas de la participación de los expertos (9) en la búsqueda de la Verdad Real de los Hechos, en contraposición a la actitud responsablemente cautelosa y apegada a la valoración estrictamente científico-técnica que debe desarrollar tanto el perito como el testigo en su calidad de experto (10).

d. *"Failure to comply with Court orders or conditions"*

Cuando el tribunal competente ha impuesto al sujeto determinadas restricciones, limitaciones o condiciones, ligadas a su tratamiento o rehabilitación, sea durante el proceso, o en la etapa de ejecución, y éste no las ha cumplido o no las puede cumplir por encontrarse incapacitado mentalmente (11), el tribunal puede pedir la remisión del individuo para su valoración por el profesional en Psicología Criminal.

e. *"Pre-Sentence"*

Previo a la sentencia, se establece como una exigencia la valoración psicológica del imputado (12), no sólo para la emisión de la misma al tomarse en cuenta la personalidad del sujeto, sino también para cumplir con los requisitos exigidos por el Sistema Penológico Norteamericano en el cual rige el principio de que se debe ser capaz para ser ejecutado (13).

(9) Así, véase Leone, Giovanni. "Tratado de Derecho Procesal Penal". EJEA, Buenos Aires, 1963, tomo II, pág. 213; y en el mismo sentido, Castro Juan Diego, "La impugnación de los informes médico-legales", en Medicina Legal de Costa Rica, San José, volumen 6, número 3 y 4, dic. 1989, pág. 20.

(10) Nuestro Código de Procedimientos Penales en su art. 379 establece esta posibilidad. Así, véase Castro, Juan Diego, "Las Peritaciones Médico-Legales en el Proceso Penal Costarricense". Revista Judicial, Costa Rica, Año XVII, Nº 55, marzo 1992, págs. 66 y 67.

También, véase Vargas Alvarado, Eduardo. "Medicina Legal". Lehmann, San José, Costa Rica, 3a. edición, 1983, pág. 462.

(11) Por ejemplo, quien nunca se presentó a su tratamiento, volvió a su adicción, o empeoró, de forma tal que se encuentra descompensado.

(12) En nuestro medio, el artículo 71 del Código Penal contiene tal exigencia, pero aunque es una obligación tanto para el juzgador, como para el Instituto Nacional de Criminología el solicitar y rendir los informes correspondientes, respectivamente, en la práctica esto no ocurre, pues ni se solicita por el Juez, ni se realiza por el Instituto Nacional de Criminología por falta de recursos y personal capacitado.

(13) Schwitzgebel, R., "Law and Psychological Practice". American Psychiatric Association, N.Y., U.S.A.; págs. 25-57.

f. *"Post-trial"*

Luego de la sentencia, el juzgador remite nuevamente al imputado para su valoración ante el Psicólogo Forense, a fin de establecer su recomendación con respecto al tratamiento a seguir y/o las medidas inmediatas para abordar el cuadro psicológico que presenta el imputado, que van desde su medicación ordinaria en el centro de detención a donde se le envíe, hasta el internamiento en un centro de atención psiquiátrica apropiado, todo ello sin perjuicio de la posterior valoración de los profesionales encargados de brindar seguimiento, quienes periódicamente deben rendir informes del progreso del sentenciado.

g. *"Probation or Community Control"*

Otra modalidad de la participación del Psicólogo Forense en el Sistema de Administración de Justicia, es dentro del régimen de Prueba o Control Comunitario, tanto a nivel de indiciados como de sentenciados. El tribunal competente puede conceder al imputado o sentenciado la posibilidad de optar por un tratamiento fuera de la cárcel cuando lo considere apto para una libertad condicional, o bien cuando sentenciado, no se considerare necesaria su reclusión en prisión, exigiendo también otras posibilidades como la libertad del sujeto, regulada por medio del control comunitario, ya sea por medio de un grupo comunal específico o de una institución privada que se encarga de velar por la rehabilitación del sujeto (14). En todos los casos anteriores, un Profesional en Psicología Criminal evalúan el estado mental de la persona, así como su progreso, rindiendo informes periódicos al tribunal competente.

2. *Sección Segunda. Principales Determinaciones Técnicas en la labor del Psicólogo Criminal*

En la presente sección, analizaremos tres de las más importantes determinaciones técnicas que realiza el Psicólogo Forense estadounidense a solicitud de la Corte o de la parte interesada: "Competence to Stand Trial", "Insanity Defense" y "Not Guilty by Reason of Insanity", señalando primeramente las cinco modalidades del "Pleas" existentes en el Sistema Penal de los Estados Unidos de Norteamérica.

(14) Por ejemplo Alcohólicos Anónimos, Neuróticos Anónimos, etc.

a. *Diferentes "Pleas"*

Una vez que el imputado ha sido intimado de los hechos que se le acusan y de los derechos de que goza en su calidad de acusado, tiene la posibilidad de manifestarse sobre ellos de 5 formas: "Guilty", "Not Guilty", "No lo Contendere", "Plea Bargain", o "Not Guilty by Reason of Insanity".

a.1. *"Guilty"*

Aquí el acusado admite su participación en el delito del que se le acusa, se declara a sí mismo culpable, y renuncia a su derecho consagrado en la Quinta Enmienda Constitucional de no inculparse a sí mismo. (15)

a.2. *"Not Guilty"*

En este caso el imputado se declara inocente de los cargos de que se le acusan, prosiguiéndose con la investigación respectiva de los hechos.

a.3. *"Nolo Contendere"*

Esta es una declaratoria muy "sui-generis" del Derecho Anglosajón Norteamericano, por medio de la cual, el encartado no dice que no cometió el delito, pero tampoco afirma categóricamente lo contrario. (16)

a.4. *"Plea Bargain"*

Una de las más interesantes instituciones jurídico-penales del Proceso Anglosajón Estadounidense, es el "Plea Bargain". Consiste en la negociación previa entre el representante del Ministerio Público (17), el Defensor del Imputado, y el Juez de la causa, quienes establecen una especie de transacción en cuanto al delito (s) de que le acusa (n) al

(15) U.S. Congress. "The Constitution of The United States". Arrow Publishing Co.; MA, U.S.A.; 1989, pág. 45.

(16) Braley, Rance. "Competency Handbook". North Florida Evaluation and Treatment Center; FL., U.S.A.; 1992, pág. 16.

(17) En los Estados Unidos de América es conocido como "Prosecutor", quien labora para el "District Attorney's Office".

imputado, y sobre la magnitud y clase de sanción eventualmente aplicable que se daría si el encartado se declara culpable de uno, varios, o todos los delitos por los que se le sigue la causa (18).

El "Plea Bargain" ha sido tan elogiado como criticado por teóricos del Derecho, pero es indudable que en el Sistema Procesal Penal Estadounidense funciona de una forma extremadamente eficiente, siendo que en estados como Florida, de cada 10 casos presentados, 9 se tramiten por medio del "Plea Bargain" (19).

a.5. *"Not Guilty by Reason of Insanity"*

En esta última posibilidad de "Plea", el profesional en Psicología Criminal es requerido para brindar su apreciación técnica sobre si al momento de la comisión del ilícito, el sujeto era capaz de saber la diferencia sobre la naturaleza ilícita del delito que se le acusa (20). Más adelante, en el punto "d" de esta Sección, trataremos el tema con más detenimiento.

b. *"Competence to Stand Trial"*

Una de las principales determinaciones por la cual un sujeto bajo la tutela del Sistema de Administración de Justicia, es remitido al profesional en Psicología Criminal es la de Competence to Stand Trial".

(18) Previo a la transacción, el Defensor dialoga con su representado sobre la posibilidad de acudir al "Plea Bargain", y/o sobre el monto final y las características de la sanción que eventualmente se le impondría si se le declara autor responsable del cargo (s) de que se le acusa (n). Pero, es el mismo imputado, ante el Juez en la audiencia respectiva, el que de viva voz deberá declarar en definitiva, su anuencia o desaveniencia con lo previamente pactado, de forma tal que pudiera cambiar su "Plea" en aquel momento inclusive.

(19) Ver Braley, Rance. Op. cit., pág. 17.

Si bien es cierto que el celo por la aplicación de los Principios del Debido Proceso en materia penal debe ser siempre respetado, somos del criterio de que con la debida adaptación a nuestro medio, la posibilidad de la utilización del "Plea Bargain" en el Sistema Procesal Penal Costarricense, repercutirá definitivamente en una mayor eficiencia en la obtención de una aplicación de justicia más pronta y más cumplida, y en un ejercicio más racional de los recursos existentes, a fin de lograr una más "económica, economía procesal..."

(20) Este determinación puede hacerse independientemente del eventual incidente presentado por la parte sobre la solicitud de "Insanity Defense".

Una determinación similar se encuentra establecida en nuestro artículo 49 del Código de Procedimientos Procesales⁽²¹⁾. En la determinación de "Competence to Stand Trial", hay básicamente dos preguntas que emergen:

- 1.- ¿Tiene el imputado actualmente la capacidad de entender la naturaleza y propósito del proceso que es desarrollado en su contra?; y
- 2.- ¿Tiene el encartado la capacidad de colaborar con su abogado para su propia defensa o puede defenderse a sí mismo?

En la mayoría de los estados de los Estado Unidos, el asunto de la competencia mental del acusado puede ser dilucidado en cualquier parte del proceso, tanto por el Juez, como por las demás partes⁽²²⁾.

Generalmente dos profesionales calificados en Psicología o Psiquiatría Criminal son seleccionados o designados por el Juez para examinar al imputado y rendir su opinión técnica de si el encartado es en ese momento mentalmente competente para participar en el proceso. Si la decisión resulta dividida, un tercer profesional en las antes citadas áreas de conocimiento es llamado a fin de dirimir sobre la controversia⁽²³⁾.

El asunto de la competencia para actuar en el proceso no es asunto nuevo, y ya en el siglo IX, en el Derecho Inglés, los jueces penales

(21) El artículo 49 del Código de Procedimientos Penales de Costa Rica, se refiere a la Incapacidad Sobreviniente del imputado, pero se limita a asuntos que tengan que ver con la Capacidad Volitiva y/o Cognoscitiva del acusado: "... que excluya su capacidad de entender o de querer...", y deja de lado otro tipo de problemas psicómotores derivados de enfermedades mentales. (Por ej. parálisis o afectación de algún sentido, como el habla, el oído, etc. por aspectos psicofísicos o piscosomáticos, etc.). El artículo 49 en mención, también señala como efecto inmediato, además del internamiento del incapaz en un establecimiento adecuado, la: "... suspensión del trámite hasta que desaparezca la incapacidad...", lo que parece inadecuado, pues clínicamente se ha comprobado que hay ciertas enfermedades o afecciones mentales que no pueden ser curadas, sino solo controladas, como Schizofrenia, por ejemplo.

(22) Lawrence, Stephen. "Clinical Evaluation of Competence to Stand Trial". Lo mismo sucede en nuestro medio, pues el artículo 49 del Código de Procedimientos Penales, habla de: "... si durante el proceso sobreviniere la enfermedad mental del imputado...". De conformidad con el Código Procesal Costarricense, la suspensión de procedimientos rige básicamente para la declaración del imputado, y para juicio oral, pero no para el resto de la investigación de los hechos o el proceso respectivo contra otros coimputados.

(23) Frecuentemente los tribunales tienen una lista de expertos a quien acudir en casos de este tipo, o bien como peritos o testigos en debates, etc.

adoptaron la práctica de excluir sordomudos del proceso, sobre la base de que enjuiciar a quien ni puede oír los cargos de que se le acusa, ni tampoco pronunciar su propio "plea" (ver aparte "a" de esta misma sección), podría recaer en una detracción de la dignidad, del decoro y del valor simbólico de los procedimientos, al tiempo que violentaría principios del Debido Proceso⁽²⁴⁾. Un aspecto sumamente importante es el de que durante el siglo XVIII, las cortes inglesas sostuvieron básicamente el mismo criterio seguido por nuestro Código de Procedimientos Penales actual, en el sentido de que se le contemplaba como una Incapacidad Sobreviniente, la cual, se asimilaba más al criterio de "Insanity" (el cual estudiaremos más adelante), mientras que desde el siglo XIX, se requiere que el acusado sea capaz de entender la naturaleza y propósito del proceso llevado en contra suya, así como la posibilidad de colaborar con su abogado durante su defensa⁽²⁵⁾. Lo anterior produjo un cambio drástico en la aplicación de los conceptos ligados a la competencia del imputado, en el tanto en que inclusive psicóticos podían llegar a ser contemplados como competentes para actuar dentro del proceso, mientras que, algún individuo no psicótico podía encontrarse no apto para concurrir al proceso, en la medida en que no respondiera al criterio de determinación de su capacidad. Arriba del 95% de las evaluaciones psicológicas asignadas a profesionales en Psicología Forense, gravitan alrededor de la determinación de la competencia para actuar en el proceso de imputado, o "Competence to Stand Trial"⁽²⁶⁾.

Uno de los instrumentos más importantes utilizados para la determinación técnica de la "Competence to Stand Trial" por los psicólogos y psiquiatras criminales, es el "Lawrence Psychological Forensic Examination", conocido también como "LAW-PSI"⁽²⁷⁾, el cual integra datos personales del sujeto, su visión del mundo, y capacidad de visión integral de las cosas y de sí mismo, diferentes exámenes psicológicos, para luego establecer el diagnóstico respectivo del imputado de acuerdo a lo estipulado en el "DSM-III-R"⁽²⁸⁾, y brindar recomendaciones en cuanto al tratamiento específico y al criterio de competencia del individuo.

(24) Walker, N. "Crime and Insanity in England". Edinburg University Press. Edinburg, England, 1988, vol. I, pág. 30.

(25) Op. cit., pág. 42.

(26) Stone, A. "Mental Health and Law: A System in transition". DHEW Publication Nº ADM 85-176, Washington, D.C., U.S.A., 1985, pág. 52.

(27) Lawrence, S. "The Lawrence Psychological Forensic Examination". San Bernardino, CA., U.S.A., 1988.

(28) Este el texto utilizado por la "American Psychiatric Association", como Manual para el Diagnóstico y Categorización de los desórdenes mentales.

c. *Insanity Defense*

A diferencia del "Competence to Stand Trial", que se preocupa por determinar la capacidad actual del sujeto, que se preocupa por determinar la capacidad actual del sujeto para actuar en el proceso seguido en su contra, la "Insanity Defense", tiende a establecer la imputabilidad o inimputabilidad del sujeto activo del delito en la comisión del ilícito (29). Es claro que se trata fundamentalmente de una "defense", o alegato sostenido por parte de la defensa del acusado, no obstante el "Prosecutor" o el Juez podrían solicitar la evaluación del imputado para determinar su presunta inimputabilidad al momento de la comisión del delito. Definitivamente es una tarea nada fácil para el profesional en Psicología Criminal el determinar si efectivamente el encartado al momento de la comisión del delito (30) podría encontrarse efectivamente en un estado de inimputabilidad, pues esto resulta para algunos poco menos que científico y hasta atrevidamente infundado (31). Lo anterior se hace patente especialmente en aquellos casos en que meses, y hasta años después de iniciada la causa, la defensa del imputado enarbola la acción para que se determine la "Insanity Defense", habiéndose perdido en el camino obviamente la inmediatez de la prueba. No obstante en el Derecho Norteamericano en estos casos, la carga de la prueba corresponde a quien alega, y quizás por ello es muy poco utilizada la "Insanity Defense" como argumento de la defensa, pues resulta sumamente de probar.

En la evolución del concepto de "Insanity Defense", inicialmente se consideraba inimputable a quien no podía apreciar la naturaleza y calidad de los actos que cometía (32). Luego el concepto se adaptó a fines del siglo XVII a quien, además de no entender la naturaleza delictiva de su acto, no pudiera resistir o soportar un "Impulso irresistible" (33), lo que obviamente resultaba igualmente genérico y ambiguo. A principios de siglo, la tendencia en la aplicación de la "Insanity Defense", se dirigió hacia quienes hubieren delinquido como producto de una enfermedad o

(29) Shapiro, David. "Insanity and the...", cit. *infra*.

(30) Idem.

(31) Ennis, J.B., 1992.

(32) Shapiro, David. "Insanity and the Assessment of Criminal Responsibility". Columbia University Press, N.Y., U.S.A., 1990, Pág. 68.

(33) Vann, C.R. "Pretrial determination and judicial decision making: An analysis of the use of Psychiatric information in the administration of CRIMINAL JUSTICE". University of Detroit Law Journal". Detroit, MI., U.S.A., 1990, pág. 43.

defecto mental (34), fue definida como cualquier condición anormal del cerebro que afecte procesos mentales o emocionales, o impida sustancialmente el control del comportamiento (35). Sin embargo, la definición antes citada ha sido criticada por la Suprema Corte de los Estados Unidos, en el sentido de que tales criterios justifican el etiquetamiento de los enjuiciados, al categorizar a los imputados conforme a sus padecimientos mentales (36).

d. *"Not Guilty by Reason of Insanity"*

Como señalamos anteriormente, cuando hablamos de los diferentes tipos de "Pleas" (a.5 en esta misma Sección), al inicio del Proceso, en la audiencia respectiva, el imputado tiene la posibilidad de declararse "Not Guilty by Reason of Insanity", siendo la prueba al respecto a su cargo, debiendo probar el acusado que al momento de la comisión de hechos se encontraba en estado de inimputabilidad, planteando igualmente la acción de "Insanity Defense" para que el profesional en Psicología Forense vierta su opinión técnica sobre la misma conforme fue descrito en el punto anterior.

El primer antecedente conocido de un fallo en sentencia acogiendo el criterio de "Not Guilty by Reason of Insanity", se dio en el caso M'Naughten en 1843 en Inglaterra, en el cual Daniel M'Naughten desarrolló un sistema delusional en relación al gobierno de la Reina Victoria, bajo esas circunstancias M'Naughten disparó contra un sujeto que creyó se había confabulado para asesinarle. En el juicio, cuatro psiquiatras testificaron a favor de la defensa y el encartado fue encontrado "Not Guilty by Reason of Insanity" (37).

En nuestros tiempos, como hemos mencionado anteriormente, puesto que la "Insanity Defense" es poco utilizada por los abogados defensores, el porcentaje de imputados encontrados en sentencia "Not

(34) El problema que se suscitó fue que los términos "enfermedad o defecto mental" nunca fueron definidos. El mismo problema sucede en nuestros códigos patrios con conceptos jurídicos indeterminados referidos al campo Psicológico-Criminal (por ejemplo: Enfermedad Mental, Capacidad de entender o querer, Grave perturbación de la conciencia, etc.).

(35) McDonald vs. United States, 316 F.2d (D.C. Cir. 1962).

(36) United States vs. Brawner, 471 F.2d 969 (D.C. Cir. 1972).

(37) M'Naughten's Case, 8 Eng. Rep. 718 (1843).

Gulty by Reason of Insanity” es cada vez menor. Cuando el Juez o el Jurado, encuentran al acusado en sentencia “Not Guilty by Reason of Insanity”, se remite al individuo para un estudio de “Post-Trial” para determinar cuáles pueden ser las mejores medidas aplicables a fin de proveer al sujeto de la terapia o tratamiento necesario específico para el sentenciado (38).

CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo, hemos puesto de manifiesto la importancia de la labor del Profesional en Psicología o Psiquiatría Forense, puntualizando la necesidad de desarrollar una revisión profunda de las figuras penales, procesales, institucionales, reglamentarias y/o técnicas, relativas a la participación de profesionales en Psicología o Psiquiatría Criminal en el campo Judicial o Penitenciario en razón de lo cual creo necesario el establecer algunas sugerencias dirigidas propiamente al Sistema de Justicia Criminal Costarricense:

- 1) Paralelamente a la utilización de los profesionales específicos (Psiquiatras y/o Psicólogos que trabajan para el Poder Judicial, se debe contar con una lista de expertos calificados, especialistas en el campo forense, a fin de ser eventualmente utilizados u ofrecidos por las Partes dentro del Proceso Penal;
- 2) Se debe garantizar una mayor hegemonía de la aplicación del **Principio de Legalidad** en materia judicial y penitenciaria, en cuanto a las categorizaciones y a los criterios psicológico-criminales de ubicación y tratamiento de los individuos que se encuentran bajo la tutela del Sistema de Justicia Criminal (tanto a nivel judicial como penitenciario);
- 3) Debe de existir un **punto de comunicación** cada vez mayor entre el Sistema de Justicia Criminal y el de Salud Mental, a fin de unificar criterios técnicos en el abordaje y tratamiento de los casos patológico-jurídicos que se presentan;
- 4) Debe de abogarse por una mayor **capacitación** de los profesio-

(38) Matthews, A.R. “Mental Disability and the Criminal Law”. American Baro Foundation, Chicago, IL., U.S.A., 1990, pág. 75.

nales, no solamente del Poder Judicial, sino también del Ministerio de Justicia, Adaptación Social, Hospital Nacional Psiquiátrico, etc., en aras de obtener una mejor aplicación de la tutela de los Derechos Humanos en esta porción de la población penal de nuestro país;

- 5) Debe de existir una **mayor participación del Sector Privado** en el abordaje de casos Psiquiátrico-Penales, promoviéndose la intervención de Comités y Organizaciones Comunales, tendiéndose hacia una **desconcentración de su tratamiento**, e inclusive diversificado en cuanto a las posibilidades que el mismo Sector Público brinda, pudiéndose suscribir **convenios** con instituciones como la Caja Costarricense de Seguro Social, a fin de poder dar tratamiento institucionalizado o semi-intitucionalizado a este tipo de “pacientes”.
- 6) Deben ser creados **Centros Especiales** para la atención de sujetos que, ligados la Proceso Penal, afrontan padecimientos psicológicos o psiquiátricos, puesto que actualmente no los hay, en donde se cuente no solo con una infraestructura apropiada a las necesidades propias del grupo citado, sino que, se cuente también con personal idóneo y capacitado para tratar dicho sector.
- 7) Debe de reducirse los términos de los estudios que son requeridos al Instituto Nacional de Criminología, sobre todo en cuanto a la Aplicación de Medidas de Seguridad, y a los estudios de **“Pre-Sentencia”** requeridos de conformidad con el artículo 71 del Código Penal.
- 8) Debe de **fortalecerse al Instituto Nacional de Criminología** en cuanto a recursos económicos, humanos y técnicos, a fin de cumplir de manera real y efectiva con el mandato legal y los requerimientos particulares de su razón de ser.

Con la implementación de estrategias como las antes citadas, con muchas otras, lograremos poco a poco una aplicación más real, digna y efectiva de los Derechos Humanos en esta porción de la población penal y penitenciaria de nuestro país que ha sufrido tradicionalmente una de las más olvidadas y menos estudiadas por nuestros teóricos del Derecho.

BIBLIOGRAFIA

- American Psychiatric Association. "Diagnostic Criteria from DSM-III-R". Washington, D.C., U.S.A.; 1989.
- Asamblea Legislativa, República de Costa Rica. "Código de Procedimientos Penales". Editorial Porvenir; San José, Costa Rica, 1991.
- Asamblea Legislativa, República de Costa Rica. "Código Penal". Editorial Porvenir; San José, Costa Rica; 1991.
- Braley, Rance. "Competency Handbook". North Florida Evaluation on Treatment Center; FL., U.S.A.; 1992.
- Castro, Juan Diego. "La Impugnación de los Informes Médico-Legales". Revista de Medicina Legal de Costa Rica, San José; volumen 6, números 3 y 4; diciembre de 1989.
- Castro, Juan Diego. "Las Peritaciones Médico-Legales en el Proceso Penal Costarricense". Revista Judicial, Costa Rica; año XVII, Nº 55, marzo de 1992.
- Ennis, J.B. "Prisoners of Psychiatry: Mental Patients, Psychiatrists of the Law". Harcourt Brace Jovanovich; N.Y., U.S.A.; 1992.
- Lawrence, Stephen. "Clinical Evaluation of Competence to Stand Trial". University of Chicago Press; Chicago, IL., U.S.A.; 1990.
- Lawrence, Stephen. "The Lawrence Psychological Forensic Examination". San Bernardino, CA., U.S.A.; 1988.
- Leone, Giovanni. "Tratado de Derecho Procesal Penal". EJEA, Buenos Aires, Argentina; 1963, tomo II.
- Matthews, A.R. "Mental Disability and The Criminal Law". American Bar Foundation; Chicago, IL., U.S.A.; 1990.
- McDonald's vs. United States, 316 F. 2d 847 (D.C. Cir. 1962).
- M'Naughten's Case, 8 Eng. Rep. 718 (1843).
- Shapiro, David. "Insanity and The Assessment of Criminal Responsibility". Columbia University Press; N.Y., U.S.A.; 1990.
- Schwitzgebel, R. "Law and Psychological Practice". American Psychiatric Association; N.Y., U.S.A.; 1990.
- Stone, A. "Mental Health and Law: A System in Transition". DHEW Publication, Nº ADM 85-176; Washington, D.C., U.S.A.; 1985.
- Szasz, T. "Law Liberty and Psychiatry". Collier Macmillan; N.Y., U.S.A.; 1985.
- U.S. Congress. "The Constitution of The United States". Arrow Publishing Co.; MA., U.S.A.; 1989.
- United States vs. Brawner, 471 F. 2d 969 (D.C. Cir. 1972).
- Vann, C.R. "Pretrial determination and judicial decision making: An analysis of the use of psychiatric information in the administration of Criminal Justice". University of Detroit Law Journal; Detroit, MI., U.S.A.; 1990.
- Vargas, Eduardo. "Medicina Legal". Editorial Lehmann, San José, Costa Rica; 3ª edición; 1983.
- Walker, N. "Crime and Insanity in England". Edinburg University Press; Edinburg, England; 1988, vol. I.

REFLEXIONES ACTUALES SOBRE LOS CAMBIOS DE LA ADMINISTRACION PUBLICA

Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez (*)

Profesor de Derecho Administrativo
y de Derecho Económico Internacional
Catedrático Universidad de Costa Rica

1	INTRODUCCION
2	EL ESTADO Y LA ADMINISTRACION PUBLICA
3	EL ESTADO Y LA ADMINISTRACION PUBLICA EN EL SIGLO XXI
4	EL ESTADO Y LA ADMINISTRACION PUBLICA EN EL SIGLO XXI
5	EL ESTADO Y LA ADMINISTRACION PUBLICA EN EL SIGLO XXI
6	EL ESTADO Y LA ADMINISTRACION PUBLICA EN EL SIGLO XXI
7	EL ESTADO Y LA ADMINISTRACION PUBLICA EN EL SIGLO XXI
8	EL ESTADO Y LA ADMINISTRACION PUBLICA EN EL SIGLO XXI
9	EL ESTADO Y LA ADMINISTRACION PUBLICA EN EL SIGLO XXI
10	EL ESTADO Y LA ADMINISTRACION PUBLICA EN EL SIGLO XXI
11	EL ESTADO Y LA ADMINISTRACION PUBLICA EN EL SIGLO XXI
12	EL ESTADO Y LA ADMINISTRACION PUBLICA EN EL SIGLO XXI
13	EL ESTADO Y LA ADMINISTRACION PUBLICA EN EL SIGLO XXI
14	EL ESTADO Y LA ADMINISTRACION PUBLICA EN EL SIGLO XXI
15	EL ESTADO Y LA ADMINISTRACION PUBLICA EN EL SIGLO XXI
16	EL ESTADO Y LA ADMINISTRACION PUBLICA EN EL SIGLO XXI
17	EL ESTADO Y LA ADMINISTRACION PUBLICA EN EL SIGLO XXI
18	EL ESTADO Y LA ADMINISTRACION PUBLICA EN EL SIGLO XXI
19	EL ESTADO Y LA ADMINISTRACION PUBLICA EN EL SIGLO XXI
20	EL ESTADO Y LA ADMINISTRACION PUBLICA EN EL SIGLO XXI

(*) Telefax (00-506) 259-4844 - San José, Costa Rica

SUMARIO

1. NOTA
2. RESUMEN
3. ABSTRACT
4. INTRODUCCION
5. REFORMA DEL ESTADO
6. DOS CLASES DIFERENTES DE REFORMA DEL ESTADO
7. ESTEREOTIPOS USADOS
8. LA REFORMA NEOLIBERAL DEL ESTADO
9. PACTO FIGUERES-CALDERON
10. PRIVATIZACION
11. REFORMA LIBERAL DEL ESTADO Y AJUSTES ESTRUCTURALES
12. FUGA DE CAPITALS
13. EVALUACION
14. FINALIDAD
15. PAE: INCONSISTENCIAS
16. AREAS DEL PAE
17. CARACTERISTICAS DE LOS PAES
18. COSTO SOCIAL DE LOS AJUSTES
19. A MODO DE CONCLUSION
20. BIBLIOGRAFIA

1. NOTA

En el año 1995 se celebraron tres congresos en América Latina en Ciencias Sociales (Sociología, Economía y Derecho): XX Congreso de la Asociación Latinoamericana de *Sociología*: América Latina y el Caribe: perspectiva de su reconstrucción, ciudad de México, octubre de 1995. V Congreso de Ciencias Económicas de Costa Rica, setiembre de 1995. Congreso *Jurídico* Nacional "Reforma del Estado, globalización y Estado Social de Derecho", diciembre de 1995.

En esto tres congresos latinoamericanos participé con ponencias y conferencias en torno a los temas de deuda externa, ajustes estructurales, pobreza y reforma del Estado. El presente documento es una síntesis de tales ponencias y conferencias de cara al tema que ahora se edita.

Se debe tomar en cuenta nuestro anterior artículo sobre la La Reforma del Estado (San José: Revista de Ciencias Jurídicas Nº 69, 1991), ya que éste como el presente forman una unidad temática.

2. RESUMEN

Se analiza aquí lo que la corriente neoliberal impulsada y cristalizada en los Organismos Financieros Internacionales (OFI) han dado en llamar "reforma del Estado". Se trata de cambios en la estructura y funciones de la Administración Pública de acuerdo a los criterios fijados por los OFI, bajo el pretexto del pago de la deuda externa (cf., nuestro libro, fruto de la beca Fulbright para investigación, -efectuada en Washington, D. C., en las Universidades de Georgetown y American- **La crisis de la deuda externa en América Latina**, San José, Universidad de Costa Rica, 1993).

3. ABSTRACT

This article analyzes what the neoliberal movement impels and crystalizes in the International Financial Organisms (IFO) have called "State Reform". That so called state reform deals with changes in the structure and functions of the Public Administration according with the criteria establish by the IFO under the excuse of payment of the external debt. (cf. our book wich was born as a consequence of the Fulbright Schorlarship for investigation, -Georgetown and American Universities, Washington, D. C., USA- *The crisis of the external debt of Latin America*, San José, University of Costa Rica, 1993).

4. INTRODUCCION

A partir de la declaratoria de moratoria en el pago de la deuda externa en 1981, Costa Rica y luego México (1982) pusieron en el ámbito internacional el tema de países deudores y acreedores, adelantando una crisis que para los inicios de 1980 era impensable, pues el mundo financiero del primer mundo creyó que se trataba de una crisis más en los países pobres. Sin embargo, la historia no se plasmó de esa manera y Argentina, Brasil y México redondearon una deuda externa alrededor de los 200 mil millones de dólares y en el horizonte no se veía con claridad cómo se iba a pagar esa deuda.

Se podrían indicar algunas etapas a *grosso modo*, de los años ochentas que siguió el problema de la deuda externa:

- * 1981-1983 chock y stand by
- * 1983-1985 condicionalidad férrea para pocos nuevos préstamos
- * 1985-1986 Plan Baker - programas de ajuste
- * 1986-1988 Plan Brady - programas de ajuste
- * 1988-1996 programas de ajuste estructural

En nuestro país ya la Asamblea Legislativa aprobó, por ley, los PAE (Programa de Ajuste Estructural) I, II y III (que incluye reformas bancarias, financieras, medidas tributarias -nuevos y mayores impuestos- privatizaciones o ventas de empresas lucrativas y prósperas del Estado, como la Fábrica Nacional de Licores).

Las políticas estatales y económicas que encierran esos proyectos de ley (y las leyes ya aprobadas) de corte neoliberal, e impuestas por los organismos financieros internacionales, benefician a sectores de empresarios nacionales y extranjeros vinculados con las actividades del turismo, especulación, banca privada (nacida y fortalecida con fondos provenientes de los citados organismos extranjeros, pero otorgados con el aval del Estado) y el sector exportador-importador.

5. REFORMA DEL ESTADO

En la Carta Magna de 1949 se estableció un Estado que contendría un Poder Central y un Poder Descentralizado, constituido éste por entidades públicas proporcionadoras de servicios públicos. Se sustituía así el Estado centralista y Presidencialista heredado de la Constitución Política de 1871.

Grupos derechistas y conservadores del país, anclados en sus medios de expresión, mantuvieron fuego abierto contra el Estado, en la medida en que impulsaba proyectos sociales y de bienestar, bajo el pretexto de la corrupción de los políticos en el Poder Público y del enriquecimiento de esos políticos mediante el abuso de los fondos de la banca estatal, existiendo ciertos personajes de la cúpula política que nunca devolvieron los préstamos de esos bancos.

Por supuesto que esa derecha, cuando el Estado beneficiaba directamente al sector privado guardaban silencio cómplice, entratándose de préstamos, exoneraciones de impuestos, fondos millonarios para cafetaleros, bananeros, arroceros, etc. Actualmente, a pesar del discurso contra el Estado al amparo de las políticas neoliberales, el Estado es usado, por sus manipuladores, para favorecer a los grupos económicamente fuertes del país, que controlan las esferas gubernamentales, financian los partidos políticos mayoritarios y colocan piezas estratégicas en la cúspide del Estado para su favorecimiento, dentro de los coordenadas establecidas por la autonomía relativa del Estado (así, por ejemplo, el Poder Ejecutivo puede exonerar del pago del 1% del impuesto sobre los activos de las empresas a las que considere que están dentro del inciso c) del párrafo penúltimo del artículo 73, reformado, que permite al Poder cedido exonerar de ese impuesto a un sector de la economía).

Por otra parte, los organismos financieros internacionales han creado un "Estado paralelo", conformado por instituciones desde el sector privado, que le dan "línea" y "orientaciones" a las "altas autoridades del Gobierno" Este hecho provocó un fuerte debate durante la administración Arias (1986-1990).

6. DOS CLASES DIFERENTES DE REFORMA DEL ESTADO

Se pueden señalar dos clases -al menos- de reforma del aparato estatal:

- a) *nacionalista*: en función de necesidades propias del país y con medidas sujetas a prioridades establecidas por esas necesidades. En el libro de la Comisión de Reforma del Estado I (San José: EDI-COSTA, 1990) hay lugar para para este enfoque.
- b) *Extranjera*: la que están impulsando, financiando y presionando los países rico-acreedores bajo el pretexto del pago de la deuda externa de los deudores del Tercer Mundo.

Evidentemente, la *extranjera* es imperialista y globalista; y sirve para fortalecer los vínculos de dependencia del Tercer Mundo respecto del Mundo Desarrollado.

7. ESTEREOTIPOS USADOS

Estado	sector privado
- ineficiente	- eficiente
- derrochador y corrupto	- buen administrador
- personal irresponsable y vago usado por los políticos para su enriquecimiento	- personal trabajador
- "ganancias públicas"	- ganancias privadas

Los conservadores neoliberales al presentar este esquema, indican lo siguiente:

- a) si el Estado los beneficia o se favorecen de él, entonces el Estado vale y hay que protegerlo. El paternalismo estatal en favor de las clases sociales altas, superiores, dominantes, explotadoras, ricas: exoneraciones de impuestos, certificados de abono tributario, fondos estatales en su provecho, perdón de millonarias deudas con bancos estatales -ley FODEA- créditos millonarios sin garantías ni intereses de parte de la banca estatal, empresas por administración judicial -que permite congelar el pago de intereses y del principal- etc.
- b) Lo que las clases hegemónicas no admiten es el paternalismo estatal en favor de las clases subalternas, al que llama -con desprecio- Estado de bienestar (no el de los grupos ricos, que ya lo tienen asegurado) de los grupos sociales empobrecidos. Dicen, sin pruebas que ya ese modelo de Estado se agotó; obviamente, no para las clases herodianas (como las llamó Helder Cámara).

8. LA REFORMA NEOLIBERAL DEL ESTADO

Esta reforma neoliberal del Estado, en favor de los países acreedores desde su concepción dentro de los programas de ajuste estructural (cf. mi ponencia en el Congreso de Sociólogos, en México, octubre de 1995) se ha orientado hacia dos aspectos esenciales:

- a) *despido de personal del Estado*. Hipócritamente, lo han llamado movilidad laboral, que incluye el debilitamiento de los sindicatos públicos, que son los únicos que existen, pues en la empresa privada no hay sindicatos, ya que los pocos líderes que aparecen los despiden por "reorganización del personal" todo lo cual viola la Carta Magna y los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, que garantizan los derechos a la huelga y a la formación de sindicatos, desde la década de los años 40. Por supuesto, que lo medios de comunicación colectiva ante esta violación del sector privado, calla porque estos *mass media* son de propiedad del sector privado.

En lo que respecta a los trabajadores del Estado que dejaron sus puestos bajo la promesa del pago de sus derechos laborales en 1995; resultó falso lo del pago de sus derechos, el Gobierno no hizo fijación de partidas presupuestarias, de tal modo que pasaron los meses y los ex empleados estatales siguieron a la espera de sus dineros. Ante la presión popular, el Poder Legislativo aprobó las leyes respectivas. Claro, toda esta acción oficial después de que los burócratas públicos estaban ya en la calle sin sus trabajos. ¿Adónde queda la responsabilidad objetiva de la cúpula política que engañó a esos trabajadores para que dejaran sus puestos laborales?

- b) *la venta de empresas públicas* que dan ganancias y son apetecibles para el sector privado local y transnacional:

Argentina, Brasil, México, Chile, por ejemplo, son países que ilustran bien esta masiva venta de empresas del Estado que son atractivas, por sus ganancias a los empresarios radicados en suelo nacional y a los extranjeros.

Así, en México, en el descalabro de 1995 (3 millones de desempleados, 3 millones de subempleados, 20 mil empresas cerradas, 150 por ciento de devaluación monetaria, etc.), los Estados Unidos consiguen nuevos millonarios créditos en dólares y los organismos financieros internacionales; y, el gobierno de este país-continente, repiten la receta: más despidos de empleados públicos y más ventas de empresas del Estado, además de respaldar esos créditos con el petróleo mexicano.

9. PACTO FIGUERES-CALDERON (12 DE JUNIO DE 1995)

El Presidente de la República, Figueres Olsen, firmó un convenio con el ex Presidente de la República Calderón Fournier, jefe del grupo político que perdió las elecciones frente al Partido Liberación Nacional.

Este pacto, Figueres Olsen lo consideró necesario para obtener con el partido opositor (PUSC) un acuerdo para lograr ciertas metas y acuerdos en el Poder Legislativo.

En virtud de este pacto varias leyes se aprobaron en el Parlamento. Y, en la realidad de la sociedad lo que se creó fue más desempleo y pobreza. La prudente CEPAL informó que en 1995, Costa Rica tenía una economía estancada. (*Santiago, Chile: Balance Preliminar de la Economía de América Latina y el Caribe, 1995. Revista "Rumbo", enero de 1996, San José.*)

10. PRIVATIZACION

Lo que los sectores privatizadores "mercadean" y le hace propaganda es a lo siguiente:

a) hecho *el proceso de privatización* o venta de las empresas del Estado con beneficios (superávit) al sector privado nacional o transnacional, los "privatizadores" proclaman que se logrará:

- * reducción del déficit estatal;
- * mejora en el clima de inversiones;
- * ampliación del mercado de capitales;
- * reducción de la planilla (personal o empleados) del Estado;
- * aumento de la competitividad y la eficiencia de la economía.

b) *¿Por qué hay que privatizar?*

Hay que dismantlar el Estado y vender las empresas públicas rentables (que son las apetecibles para el sector privado local y transnacional) porque:

- * los políticos han corrompido y quebrado el Estado;
- * los burócratas públicos son irresponsables, vagabundos, ineficientes y corruptos;
- * el Estado está dominado por el parasitismo del sindicalismo y el gremialismo de sus empleados;
- * el Estado creció patológicamente.

c) *¿Privatizar a favor de quién?*

Evidentemente, a favor de empresarios locales; y, transnacionales (que se reparten el mundo en número de 560).

11. REFORMA NEOLIBERAL DEL ESTADO Y AJUSTES ESTRUCTURALES

Efectivamente, *la llamada reforma neoliberal del Estado forma parte del programa de préstamos y ajustes estructurales* impulsados por el Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, el Banco Interamericano de Desarrollo y las agencias financieras internacionales (que, por comodidad llamaremos organismos financieros internacionales, OFI).

a) *Definición*

El programa de ajustes estructurales (PAEs) es el conjunto de medidas y decisiones públicas cuyo propósito es eliminar o reducir los obstáculos y entramientos que impiden el uso adecuado de los factores de la producción para así acelerar el desarrollo económico del país (Eduardo Lizano, *El programa de ajuste estructural*, en el libro colectivo *Crisis económica y ajuste estructural*, San José, UNED, 1990, p. 40).

b) *Trece años de ajustes*

Después de trece años de ajustes estructurales, la situación económica y social ha empeorado:

- * déficit fiscal en aumento;
- * déficit comercial en aumento;
- * proceso inflacionario incrementado;
- * deuda interna y externa muy fuerte.

c) *Se puede señalar que:*

- * no hay proceso de solución de los desequilibrios macroeconómicos;
- * los problemas estructurales de la economía se profundizan más;
- * aumenta la pobreza, el desempleo y los problemas de salud pública;
- * la dependencia de capital extranjero se hace cada vez más fuerte;
- * las organizaciones y los movimientos populares se desarticulan y atomizan.

Frente a las afirmaciones de los ideólogos neoliberales de que los ajustes implican desarrollo económico y social, la realidad muestra el aumento de la inflación, pobreza, enfermedades y desempleo.

12. FUGA DE CAPITALS

a) La *fuga de capitales* en este país se ha hecho en este orden:

Años	Millones de dólares
1971-1978	982
1972-1980	1.717
1980-1987	3.929

Cabalmente, el monto de la fuga de capitales en el período 1980-1987 (\$ 3.929 millones) representa la cantidad de la deuda externa de Costa Rica. Este hecho es similar en el resto de países de América Latina.

b) *Servicio de la deuda*

Años	Millones de dólares
1989	270
1980	290
1991	347

c) *Repatriación de capitales*

Años	Millones de dólares
1979	146
1986	247
1991	347

d) *Consecuencias del ajuste*

- * *Mayor desigualdad social* =
- disminución de los salarios reales;
 - aumento de los gastos;
 - deterioro de los ingresos;
 - mayor concentración de la riqueza;
 - aumento de la brecha social.

* Exclusión de necesidades sociales y restricción de la participación =

- cambios cualitativos y cuantitativos en el aparato estatal;
- cambios en las reglas del juego en las relaciones Estado-empresarios, Estado-trabajadores y otros actores sociales;
- desarticulación de las organizaciones y movimientos populares;
- configuración de reglas del juego en la sociedad más competitiva, cerrada e individualista.

13. EVALUACION

Después de trece años de ajuste en Costa Rica, lo que pregonan sus defensores: desarrollo económico y social, es falso. Al contrario, lo que ha aumentado es la pobreza, desempleo, falta de vivienda, analfabetismo, etc. La realidad así lo demuestra.

14. FINALIDAD

a) *El objetivo de los ajustes estructurales*, montados e impuestos por los países acreedores a los países deudores del Tercer Mundo, es el pago de la deuda externa y la mayor subordinación de los países subdesarrollados a las naciones ricas del mundo.

b) *Como consecuencia de lo anterior:*

- * los Estados nacionales del Tercer Mundo pierden soberanía;
- * esos Estados quedan subsumidos en las políticas de globalización de los países ricos;
- * se impone una política internacional de desaparición de las barreras de los países subdesarrollados para quedar abiertos a la inversión extranjera;

* las políticas proteccionistas sí las pueden imponer los países desarrollados cuando así lo decidan, pero a los países del Tercer Mundo les imponen el libre comercio.

15. PAE = INCONSISTENCIAS

a) *Teóricamente:*

parte de un supuesto que es falso: que el mercado funciona bajo la libre competencia. Los mercados, en la realidad son monopólicos. El mundo capitalista está repartido entre 560 empresas transnacionales.

b) *Empíricamente:*

se afirma que el aumento de las exportaciones produce crecimiento y desarrollo. Esto es falso, ya que estadísticamente no se ha probado que el incremento de las exportaciones genere un desarrollo económico y social.

c) *Históricamente:*

El desarrollo histórico niega los postulados del ajuste estructural en cuanto afirman que crecieron los países ricos sin intervención estatal. Aquí habrá que incluir los países llamados "tigres del Pacífico". La intervención del Estado fue fuerte; y, además, en lo que toca a los "tigres", la masiva ayuda extranjera fue enorme para "probar que el capitalismo era mejor que el socialismo".

d) *Limitado:*

las limitaciones que producen los ajustes se manifiestan en el empobrecimiento de la población, la caída de los salarios reales y la aparición de la *stagflation* (estancamiento con inflación). (Cf. María Trejos et al *Del otro lado del ajuste*, UNA, San José, 1994). (Greenwald, Douglas.-Ed.-*The McGraw-Hill Encyclopedia of Economics*, USA, N.Y., 1994).

16. AREAS DEL PAE

Las áreas que se pueden identificar en los PAEs, entre otras son las siguientes:

a) *arancelaria:*

los aranceles deben bajar o desaparecer de las inversiones y de los movimientos de capital de los países ricos; a la vez, las políticas proteccionistas de los países del Tercer Mundo deben desaparecer a favor de los países acreedores; pero, estas naciones aplican sus políticas proteccionistas cuando quieran en contra de los países subdesarrollados.

b) *de precios:*

los precios subsidiados, de sustentación, así como los impuestos a la importación deben ser disminuidos o eliminados en favor de la inversión extranjera y del mercado para evitar las distorsiones de la economía.

Este planteamiento cede ante la realidad, pues si los beneficios que otorga el Estado son para sectores importantes de la empresa privada (que es la que financia los partidos políticos mayoritarios -entre otros medios de manejar el Gobierno-), se mantienen, como los certificados de abono tributario, que es dinero en efectivo que el Estado le da a empresas exportadoras (la mayoría extranjeras), concretamente el 15% del monto exportado.

c) *impositiva:*

Se diseña una política tributaria que por supuesto beneficia a los grupos empresariales. Así por ejemplo, el impuesto de ventas tiene un rango del 10% sobre el monto de la factura. La realidad -conocida por el Gobierno y la sociedad- es que los empresarios que cobran del público ese impuesto, lo reciben y se lo dejan; dándole al Estado solo el veinte por ciento de lo que han cobrado. A pesar de esta cruda realidad, *el 31 de agosto de 1995, el Poder Legislativo aprobó aumentar ese impuesto de ventas del 10% al 15%*, es decir, incrementarlo en un cincuenta por ciento, sabiendo que los empresarios cometen el hurto de dejarse el 80% del monto de lo que recaudan por ese concepto. Al Gobierno no le interesa mejorar los sistemas y la eficiencia de la recaudación.

d) *Finanzas públicas:*

los neoliberales argumentan que las finanzas públicas deben estar sanas, sin embargo, admiten la patología en esas finanzas si beneficia a la empresa privada.

Además, recordemos la directriz dada por el Poder Ejecutivo para 1996 de aumentar la luz y el agua en un diez por ciento para que el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) y el Instituto de Acueductos y Alcantarillado (AyA) para lavar el déficit fiscal. En el fondo se trata de un impuesto que no cuenta con la autorización del Poder Legislativo; y, por lo tanto es inconstitucional.

e) *Reforma del Estado:*

la misma hipocresía funciona aquí. El Estado es bueno si le sirve a la empresa privada. Haciéndose cargo de la socialización de las pérdidas al ente estatal y, que las ganancias sean privatizadas.

Dos líneas de acción son las afectadas en esta reforma neoliberal impuesta por los países acreedores, mediante sus organismos financieros internacionales:

- * destitución del personal del Estado ("movilidad laboral").
- * venta de las empresas públicas rentables al sector de las transnacionales y eventualmente del capital local.

17. CARACTERISTICAS DE LOS PAES

a)	<i>PAE 1</i>	
	monto del financiamiento	= 80 millones de dólares
	desembolso del dinero	= 1985 y 1986
	áreas de impacto	= reforma financiera en favor de la banca privada y de la privatización.
b)	<i>PAE 2</i>	
	monto del financiamiento	= 200 millones de dólares
	desembolso del dinero	= 1988-1991
	áreas de impacto	= fortalecimiento de la banca privada y debilitamiento de la banca estatal; fortalecimiento del sector exportador.
c)	<i>PAE 3</i>	
	monto del financiamiento	= 300 millones de dólares
	desembolso del dinero	= 1996-1997
	áreas de impacto	= "reforma del Estado", privatización, encarecimiento de los servicios públicos, aumento indiscriminado de impuestos, empobrecimiento aún mayor de los sectores populares.

18. COSTO SOCIAL DE LOS AJUSTES

Ya los países de México, Chile, Argentina, Brasil -entre otros- están padeciendo los costos sociales del ajuste. En nuestro país, la pobreza es de un 60% y la inflación es del 52%, además el déficit de la balanza comercial es de mil millones de dólares. La deuda interna es de 360 mil millones de colones. El Estado está quebrado, pero los sectores empresariales gozan de muy buena salud.

Los sectores de salud, empleo, vivienda, educación estatal están en un proceso de desmejoramiento veloz en perjuicio de las clases subalternas.

19. A MODO DE CONCLUSION

- a) Todo parece que los ajustes estructurales se seguirán imponiendo por los organismos financieros internacionales (OFI), brazos ejecutores de las políticas de dominación de los países ricos sobre las naciones del Tercer Mundo. Para las oligarquías de los países deudores y subdesarrollados, la ganancia de estas políticas de endeudamiento y subordinación consiste en cantidades mayores de empréstitos recibidos de los citados organismos.
- b) Cabe recordar que en enero de 1996, el Gobierno anunció que la reforma (neoliberal) del Estado se paralizaría porque ya estaba concluida (*La Prensa Libre*, 24 de enero de 1996). Esta reforma toca su fin (*La Nación*, 16 de enero de 1996). En editoriales de ambos periódicos citados (24 de enero y 2 de febrero de 1996, respectivamente), se critica esta decisión política. Claro está, que este anuncio del Gobierno se hace de cara a las elecciones de 1998, debido al clima negativo entre los votantes por las acciones de esa reforma neoliberal del Estado. Ya veremos como el nuevo Gobierno seguirá con las privatizaciones y el neoliberalismo, desde y a partir del Estado. (Cf. Semanario *Universidad*, UCR. San José, del 19 al 24 de febrero de 1996).
- c) Como bien alguien ha manifestado modernizar al Estado es privatizar las instituciones que arrojan ganancia y ya con eso quedó dicho todo. Cuando se escribe en Costa Rica sobre modernización del Estado tiene que ver con la venta de activos: Instituto Costarricense de Electricidad, Refinadora Costarricense de Petróleo, Instituto Nacional de Seguros, Fábrica Nacional de Licores.

Efectivamente, modernizar no es vender. Modernizar es agilizar para que el Estado sea más eficiente y sirva mejor al ciudadano. Modernizar puede ser también despolitizar, descentralizar y buscar una participación de la sociedad en la administración de algunos negocios públicos. De lo que se trata es que no pase lo que sucedió con el Gobierno anterior (1990-1994) de Calderón Fournier que se cometió la imprudencia de que se vendieran estancos (pulperías, boliches, abastecedores populares) de la entidad estatal Consejo Nacional de Producción y los adquirió una cadena privada de supermercados, la cual pasó a administración judicial, porque no podía enfrentar a sus acreedores. Con la empresa del Estado de fertilizantes (FERTICA) (que también se vendió bajo el timo de que pasaría a los obreros –la llamada “democracia” de los trabajadores y otras cantadas–), pasó a la realidad a la empresa privada transnacional, la que ha subido los precios de sus productos a su gusto en perjuicio evidente de los consumidores, como es la costumbre del mercado monopolítico y oligopólico (Cf. Alberto Cañas, *La República*, 10 de abril de 1996).

20. BIBLIOGRAFIA BASICA DE REFERENCIA

A la bibliografía indicada en mi estudio **La reforma del Estado** (Revista de Ciencias Jurídicas, No. 69, 1991; UNED, 1993), se le debe agregar:

- Alvarado, Hernán (coord.) *Del otro lado del ajuste* (Heredia: UNA, 1994).
- Arias, Fernando et al *La reforma del Estado* (San José: Asamblea Legislativa, Revista Parlamentaria, vol. 3, No. 2, agosto de 1995).
- Carmona, Fernando *Una alternativa al neoliberalismo* (México: Nuestro Tiempo, 1993).
- Castro, Carlos *Estado y Sectores Medios en Costa Rica* (San José: FLACSO, Cuaderno de Ciencias Sociales, Nº 81, 1995).
- Cerdas, Rodolfo *El Estado liberal* (San José, Ed. Costa Rica, 1981).

- Corrales, Jorge Villasuso, Román *Comentarios al artículo “¿Está la privatización al servicio del interés público?”* (San José: Revista Nacional de Cultura, UNED, febrero de 1993, pp. 61 a 67).
- Durán Castro, Osvaldo *El Estado y los Organismos Financieros Internacionales en la privatización del Consejo Nacional la Producción* (San José: UCR, IIS, 1995).
- Evans, Trevor (coordinador) *La Transformación Neoliberal del Sector Público* (Managua: Cries, 1995).
- Franco, Eliana Sojo, Carlos *Gobierno, empresarios y políticas de ajuste* (San José: FLACSO, 1992).
- Garita, Nora *Ajuste Estructural, Salud Opinión Pública* (San José: UCR. Ciencia y Tecnología. Vol. XII. Nº 1-2. 1989).
- Goodman, John Loveman, Gary *¿Está la privatización al servicio del interés público?* (San José: Revista Nacional de Cultura, UNED, noviembre de 1992, pp. 71 a 78).
- Greenwald, Douglas (editor) *The McGraw-Hill Encyclopedia of Economics*. (New York: McGraw-Hill, 1994).
- Crozier, Michel *¿Cómo reformar el Estado?* (México: FCE, 1992). *Estado modesto, Estado moderno* (México: FCE, 1992).
- Gonzalo, Pablo et al *Estado, nuevo orden económico y democracia en América Latina* (Caracas: Ed. Nueva Sociedad, 1991).
- Grispun, Ricardo *Consolidación de las reformas neoliberales* (Caracas: Nueva Sociedad. Nº 137. 1995).

- Jiménez Castro, Wilburg *Reforma del Estado y globalización económica*
(San José: Congreso Nacional de Abogados, 1995).
- Kammerman, Sheila
Kahn, Alfred (compiladores) *La Privatización y el Estado Benefactor*
(México: CFE, 1993).
- Kliksberg, Bernardo (comp.) *El rediseño del Estado*
(México: FCE-Inap, 1994).
¿Cómo transformar al Estado?
(México: FCE, 1989).
El pensamiento organizativo: del taylorismo a la teoría de la organización
(Buenos Aires: Paidós, 12 ed., 1988).
La racionalidad irracional de la burocracia
(Buenos Aires: Paidós, en "Cuestionado en administración", 1979).
La reforma de la administración pública en América Latina
(Madrid: INAP, 1984).
Pobreza, el drama cotidiano
(Caracas: Tesis-Norma, 1995).
- Lechner, Norbert *Los patios interiores de la democracia*
(Chile: CFE. 1990).
- Lizano, Eduardo *Notas sobre el PAE III*
(San José: Academia de Centroamérica, 1994).
- Merquior, José *Liberalismo viejo y nuevo*
(México: CFE. 1993)
- Muñoz, Oscar (editor) *Hacia el Estado regulador*
(Santiago, Chile: CIEPLAN, 1972).
- Oszalk, Oscar (compilador) *Teoría de la burocracia estatal*
(Buenos Aires: Paidós, 1986).
- Planas, Pedro *El Estado moderno*
(Lima: Desco, 1993).

- Rebolledo, Juan *La reforma del Estado en México*
(México: ECE, 1993).
- Reuben, Sergio *Crónica de un desajuste social*
(San José: CSUCA. 1990).
- Rivera, Roy *Descentralización y la metáfora de la reforma del Estado*
(San José, FLACSO, 1995).
Ajuste, sectores populares y gobernabilidad
(San José: FLACSO, 1995).
- Rojas, Manuel *El malestar con la política*
(San José: FLACSO, 1995).
- Sojo, Carlos *Política social en América Latina*
(Caracas: Nueva Sociedad. N° 131. 1994).
- Stahl, Karin *Ajustes estructurales y pobreza en América Latina*
(México: XX Congreso Latinoamericano de Sociología, octubre de 1995).
Cambios en la administración pública de América Latina
(México: XX Congreso Latinoamericano de Sociología, octubre de 1995).
- Romero-Pérez, Jorge Enrique *Los rumbos actuales de la deuda externa en América Latina*
(San José: V Congreso Latinoamericano y Nacional de Economistas, setiembre de 1995).
Análisis de la actual Reforma del Estado
(San José: XI Congreso Jurídico Nacional, diciembre de 1995).
Democracia Política, Sistema Electoral y Reforma del Estado
(San José: XI Congreso Jurídico Nacional, diciembre de 1995).
Reforma del Estado
(San José, UNED, 1993).

- Sojo, Carlos *La sociedad después del ajuste*
(San José: FLACSO, 1995).
El arbitrio del mercado
(San José: FLACSO, 1995).
- Trejos, María Eugenia *Desde adentro y desde abajo: el desarrollo como alternativa a la globalización económica*
(San José: revista Aportes, No. 111, 1995).
- Valverde, José Manuel et al *Integración o desolación socio-cultural*
(San José: Ed. Porvenir, 1993).
- Vega Carballo, José Luis *Pobreza y coyuntura social en Costa Rica en la época de los PAES*
(San José: CEDAL, 1982).
El Estado en Costa Rica: orden y progreso
(San José: ICAP, 1986).
- Villasuso, Juan Manuel *La reforma del Estado: necesidad de un consenso*
(San José: periódico La República, 22 de mayo de 1994).
- Villarreal, René *Liberalismo social y reforma del Estado*
(México: FCE, 1993).

NEGOCIACIONES INTERNACIONALES: SU NUEVA TENDENCIA Y SU NUEVO ORDEN ECONOMICO

Dr. César A. Guzmán-Barrón

Abogado peruano
Profesor de Derecho

SUMARIO

- I. *INTRODUCCION*
- II. *ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL*
 - 2.1. *Nuevas tendencias del Derecho del Comercio Internacional*
 - 2.2. *Reformulación del principio de "igualdad soberana"*
 - 2.3. *Hacia un nuevo orden económico internacional*
 - 2.4. *Caracteres del Derecho del Comercio Internacional principios*
- III. *PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL Y EL NOEI*
 - 3.1. *Principios básicos*
 - 3.2. *Países en desarrollo*
 - 3.3. *Dualidad de normas en el comercio internacional y en el GATT*
- IV. *EL DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL Y EL NUEVO ORDEN TECNOLOGICO INTERNACIONAL*
 - 4.1. *Generalidades*
 - 4.2. *América Latina y el desafío de la tercera revolución tecnológica*
 - 4.3. *Principios del NOEI*
- V. *EL DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL Y LOS CONTRATOS INTERNACIONALES*
 - 5.1. *Adecuación de los contratos al NOEI*
 - 5.2. *La privatización y sus aspectos jurídicos*
 - 5.3. *la transferencia electrónica de datos y el comercio sin papeles*
- VI. *CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES*

I. *INTRODUCCION*

A partir de la Segunda Guerra Mundial el Derecho Internacional ha entrado en una etapa de mutación profunda. El concepto de Derecho del Comercio Internacional se ha ampliado a partir de la constatación de las graves diferencias de desarrollo entre los pueblos que ponen en peligro la paz mundial. A partir de entonces se viene entendiendo que la paz, ya no sólo proviene de la "seguridad", sino también de la promoción de unos niveles de vida que, el grado de avance científico y social de la humanidad, están hoy en condiciones de proporcionar a cada ciudadano de este planeta.

El desarrollo no es hoy sólo un área que el derecho deba reglamentar; el desarrollo económico de los pueblos es la forma contemporánea del principio de solidaridad, fundamento último del Derecho Internacional.

Impotentes para mantener el orden actual, las instituciones internacionales se esfuerzan hoy por definir un nuevo orden, uno más justo y equitativo, un orden promotor del desarrollo económico y social de los pueblos.

El Derecho del Comercio Internacional es el instrumento para materializar el Nuevo Orden Económico Internacional.

En este sentido abordaremos primero las características y principios del Derecho del Comercio Internacional, sus nuevas tendencias en el marco de las negociaciones internacionales multilaterales y en el campo de los contratos internacionales como son los contratos de privatización y la gran novedad de cara al siglo XXI: el comercio sin papeles y su regulación internacional.

II. *ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL*

A partir de la Segunda Guerra Mundial el Derecho Internacional ha entrado en un proceso de cambio sustancial en su posición frente al desarrollo. Es fundamental la posición del Derecho frente a la existencia de una desigualdad real en el desarrollo de los pueblos. El Derecho del Comercio Internacional en sus nuevas tendencias pretende con la aplicación de sus principios atenuar o corregir los efectos negativos de esa desigualdad.

2.1. *Nuevas tendencias del Derecho del Comercio Internacional*

Luego de la Segunda Guerra Mundial, el Derecho Internacional entró en una fase de cambio profundo. Derecho Internacional contemporáneo concebido en sus inicios por dos o tres docenas de estados que se consideraban como soberanos entre sí, es en adelante cuestionado a raíz de la toma de conciencia de la noción económica de desarrollo. El análisis del nivel de desarrollo de los pueblos iba a revelar la desigualdad real de los estados, una situación que el jurista no podía en el futuro ignorar.

De la noción de Derecho del Comercio Internacional (en adelante DCI) ha surgido progresivamente un derecho al desarrollo. Se pueden reconocer varias etapas en esta evolución.

- (i) **Derecho de la Ayuda.**—Se denomina Derecho de la Ayuda a un conjunto de medidas dispersas destinadas a permitir a los países calificados como “subdesarrollados” acceder a las ventajas del desarrollo alcanzado por los países industrializados.
- (ii) **Derecho al servicio de un Nuevo Orden Económico Internacional.**—La década de los 70's marcó significativamente un gran cambio en el pensamiento jurídico internacional. Sin duda fue la crisis económica mundial la que aceleró el proceso.

La crisis monetaria comenzó en noviembre de 1967 con la devaluación de la Libra Esterlina y de 25 monedas ligadas a ella, y se agravó con la decisión de Nixon de devaluar el dólar (15-8-71), con lo cual se puso de cabeza el sistema construido en Bretton Woods, que se basaba justamente en la utilización de tasas de cambio fijas y el patrón dólar en paridad con el oro. Consecuencia de esta crisis, los países en desarrollo vieron caer cada vez más los términos de intercambio y asistieron a un endeudamiento cada vez más pesado. El Derecho del Comercio Internacional se planteó en este campo una reformulación general del sistema monetario internacional. Pero fue la crisis de la energía en 1973 la que más puso en evidencia, para los países en desarrollo (PD), la interdependencia de las economías y la necesidad de instaurar un NOEI.

- (iii) **Derecho Positivo del Desarrollo.**—A partir de la década de los 80's se nota una dirección menos ideológica y más pragmática. Para Feuer nos hallamos ante el abandono relativo del discurso universalista, los esfuerzos parecen estar orientados cada vez más

hacia realizaciones puntuales, dando preferencia a la cooperación bilateral y a las operaciones transnacionales. Los acuerdos de cooperación son cada vez más técnicos y parecen estar más acordes a los objetivos del desarrollo. También ha aumentado la importancia de la cooperación sur-sur. Cada vez es más frecuente la inserción en contratos con las transnacionales de cláusulas se significan verdaderos “acuerdos de desarrollo”. De esta manera hay en el Derecho del Comercio Internacional una formación progresiva y segura de un verdadero derecho positivo del desarrollo.

2.2. *Reformulación del principio de “igualdad soberana”*

El Derecho del Comercio Internacional ha replanteado el viejo principio de igualdad soberana de las naciones el cual descansaba el Derecho Internacional, cuya consecuencia fue la igualdad y la no discriminación ante la Ley. El Derecho del Comercio Internacional propugna un reconocimiento formal de la desigualdad real de desarrollo entre las naciones, y ha provocado nuevos desarrollos mediante los principios de igualdad de desarrollo y soberanía económica de las naciones, inspirando al Derecho Internacional de un sentido de justicia distributiva, plasmada en un régimen de discriminación positiva.

Concepción clásica del principio.—La piedra angular del Derecho Internacional es sin duda el principio de igualdad soberana de los Estados. Así está consagrada contemporáneamente por la Carta de la ONU: “la Organización está fundada en el principio de igualdad soberana de todos sus miembros” (Art. 2 párr. 1). La concepción tradicional de este principio ha hecho derivar en materia de las relaciones económicas internacionales la generalidad de la ley, la uniformidad de tratamiento, la no discriminación la reciprocidad.

Con la postguerra y la presión de los países en desarrollo asistimos a una evolución de los principios, hoy se habla de igualdad de desarrollo y soberanía económica.

Impotentes para mantener el orden actual, las organizaciones internacionales se esfuerzan hoy por definir un nuevo derecho económico, fundado en principios muy diferentes a los del derecho tradicional. La Carta de la ONU contiene un esencial reconocimiento que las relaciones económicas internacionales, en especial en el comercio internacional, debería ser organizado para asegurar “más altos estándares de vida, pleno empleo, y condiciones de progreso social y económico y desarrollo”.

2.4. *Hacia un nuevo orden económico internacional*

Hoy se entiende que los intereses de los países desarrollados no pueden aislarse de los intereses de los países en desarrollo, máxime si vivimos una creciente tendencia hacia la globalización de la economía. Hoy se entiende que casi todos los problemas de la economía y el desarrollo tienen una dimensión planetaria, y que para enfrentarlos se requiere realizar una acción en conjunto. Hoy se entiende la estrecha vinculación de la suerte de cada país y de cada ser humano con el orden mundial.

Una visión optimista del NOEI reposa en la creencia en las posibilidades de adaptación de las sociedades ricas a las nuevas y crecientes necesidades de solidaridad. De hecho, hay muchos indicios de su comprensión, así lo testimonian las sucesivas conferencias de la UNCTAD, la evolución que han sufrido en el GATT el Tratamiento de la Nación más favorecida y el principio de reciprocidad, la Convención de Lomé, etc.

III. *PRINCIPIOS MODERNOS DEL DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL Y EL NOEI*

3.1. *Principios básicos*

(i) Un derecho al servicio del desarrollo.—El Derecho no surge como un derecho antagónico al Derecho del Comercio Internacional tradicional, es más bien la orientación de este último hacia un nuevo sector de las actividades en las relaciones internacionales: la organización de la solidaridad y cooperación para el desarrollo.

(ii) El Principio de la Dualidad de Normas.—En el Derecho Internacional clásico, un cuerpo único de reglas ha regido uniformemente todas las relaciones entre Estados. Frente a esto el DCI ha propugnado el establecimiento de una dualidad de normas. Feuer define la dualidad en los siguientes términos:

“El principio de dualidad de normas significa que a un cuerpo único de reglas normando las relaciones entre los Estados, se substituyan en adelante dos cuerpos, paralelos e iguales en dignidad: de una parte aquel que rige las relaciones entre países desarrollados, de otra parte aquel que rige las relaciones entre éstos y los países en desarrollo y las relaciones entre países en vías de desarrollo”.

(iii) El Principio de Solidaridad y la interdependencia.—Este es un principio que raramente aparece en los textos internacionales salvo el Acta Final de la UNCTAD: “la paz y la prosperidad universal están estrechamente ligadas”, “el crecimiento económico de los países en vías de desarrollo contribuirá igualmente al de los países desarrollados”. La solidaridad tal como la entiende la doctrina del DCI se fundamenta en exigencias morales y necesidades prácticas. Estas últimas ligadas a los conceptos de interdependencia, interés común y deber de cooperación.

(iv) Límites a la libertad de intercambio.—El concepto marco del Comercio Internacional contemporáneo es la Libertad de Intercambio que ha sentado los principios de no discriminación y reciprocidad, éstos se han encarnado esencialmente en el mecanismo unilateral de la cláusula de la nación más favorecida. El DCI ha denunciado el carácter formalista de aplicación de la Cláusula, propone una concepción funcional de la misma que la haga aceptar el trato diferenciado. A pesar de la cláusula, la discriminación y el proteccionismo parecen haber sido la práctica generalizada en el Comercio Internacional, casi siempre en perjuicio de los países en desarrollo.

El DCI ha sostenido que el libre cambio y la teoría de las ventajas comparativas sólo surten efectos positivos cuando las economías que participan del intercambio tienen un poder equivalente o similar.

(v) Límites a la Cláusula de la Nación más favorecida.—La cláusula conteniendo el Tratamiento de la Nación más Favorecida fue introducida al GATT en 1948. Por esta cláusula una Parte Contratante se obliga a extender a otros Estados las ventajas que otorga a un tercer Estado.

El “funcionalismo” conceptúa a la Cláusula como un instrumento que debe servir a la “realidad subyacente que justifica su aplicación”. ¿Y cuál es esa realidad subyacente?... no es otra que la tendencia a la multilateralización y la interdependencia económica, y la necesidad de lograr una igualdad real en cuanto a posibilidades de participar en el comercio internacional y el desarrollo.

Para el DCI, la Cláusula debe ser interpretada como la expresión legal de una exigencia de la economía internacional. Esa exigencia supone liberar el principio de igualdad soberana de sus límites actuales, aceptando que se pueda dar elementos de desigualdad actuales, aceptando que se pueda dar elementos de desigualdad jurídica que el

Tratamiento de la Nación más Favorecida no sea vista como un valor jurídico per se, sino como un instrumento jurídico dúctil a la evolución del Derecho Internacional; incorporando el concepto de "reciprocidad material", que introduce una idea de equilibrio material que hace la Cláusula compatible con los sistemas preferenciales y el trato discriminatorio en favor de los países en desarrollo, llamada también "discriminación positiva". En este caso se trata entonces de introducir una discriminación real que perpetúa la desigualdad económica en un marco de igualdad jurídica.

3.2. Países en desarrollo

Hoy en día no se puede concebir el desarrollo económico de un país en una situación de aislamiento internacional. Con la caída del bloque oriental, la interdependencia de las naciones se viene manifestando en una estructura multipolar donde las relaciones económicas se intensifican y se vuelven más complejas. Grandes transformaciones suceden a una velocidad antes insospechada, se forman nuevos centros financieros, los cambios tecnológicos modifican los modelos de producción y consumo, la revolución de las telecomunicaciones acerca a los mercados y promueve nuevas formas de competencia internacional, se generan nuevos espacios de integración y se plantean nuevos retos a la producción y el comercio.

Situación latinoamericana.—América Latina tiene problemas que son comunes a todos los países en desarrollo.

Nuestros países son en su mayoría principalmente exportadores de productos básicos. A pesar del fallido intento de industrialización por sustitución de exportaciones, sólo el 20% de sus exportaciones están constituidas por manufacturas, y la mitad de éstas se dan a escala inter-regional. El comercio exterior está caracterizado por la baja elasticidad-ingreso de la demanda de estos productos básicos y las mutaciones en las preferencias de los consumidores en los países desarrollados; por ejemplo, se ha experimentado la reducción de la demanda de alimentos y bebidas con elevado contenido de calorías y carbohidratos (cacao, plátano, azúcar, etc.). Y lo que es muy importante para los países mineros, los nuevos materiales producto de la "tercera revolución tecnológica" han reducido considerablemente la demanda de minerales como hierro, estaño, cobre y bauxita.

La "tercera revolución tecnológica" además ha traído a América Latina dos consecuencias importantes:

- 1) Las nuevas formas de automatización han facilitado una especie de reconversión industrial. Los países desarrollados hoy producen en actividades donde antes predominaban las ventajas comparativas basadas en dotación de recursos en los Países en Desarrollo.
- 2) Ha provocado una intensa competencia entre países desarrollados, lo que a su vez ha acarreado un creciente proteccionismo y prácticas perjudiciales a las exportaciones latinoamericanas. Además, las exportaciones de productos básicos se encuentran constantemente sometidas a las fluctuaciones erráticas de las cotizaciones y la degradación de los términos de intercambio, con sus consecuencias de pérdida de poder adquisitivo para los países de América Latina, en un mercado dominado por los países desarrollados. La casi totalidad de sus importaciones de manufacturas provienen de los países desarrollados. Por cierto, en un intercambio cada más desigual, que trae consecuencias adversas en la balanza de pagos.

Su comercio es en gran medida tributario del transporte, del marítimo en especial, cuya regulación es asegurada por los países desarrollados en su provecho.

Las llamadas "transacciones invisibles" como el turismo, los seguros y otros servicios también están signados por la dependencia y el proteccionismo.

3.3. Dualidad de normas en el Comercio Internacional y en el GATT

Ante la constatación que el trato igualitario a países de desigual desarrollo es fuente de injusticia, y en que ni siquiera se cumple con el libre cambio, pues el proteccionismo y el trato discriminatorio sigue perjudicando con mayor énfasis a los países en desarrollo, el DCI ha propuesto un régimen particular, el llamado "sistema de dualidad de normas", cuyos principios son la no reciprocidad y el trato preferencial.

La No-Reciprocidad.—El otorgar a los países en desarrollo un sistema de ventajas sin contrapartida para los países en desarrollo que las otorgan, implica evidentemente una negación de la regla DO UT DES, y por lo tanto, de la reciprocidad que ha fundamentado las relaciones económicas internacionales. La reciprocidad se basa en la presunción de que el mundo es esencialmente homogéneo, compuesto por países con

igualdad y niveles de desarrollo económico comparables. Por lo tanto, la regla de la igualdad soberana debía producir todos sus efectos y conducir a un equilibrio entre las obligaciones de las partes.

Sin embargo, ya hemos visto como la "desigualdad de desarrollo" ha cuestionado y replanteado la igualdad formal del Derecho Internacional clásico. Para el DCI, un régimen de derecho para el comercio internacional, debía reconocer la diversidad de niveles de desarrollo y las diferencias existentes entre los sistemas económicos y sociales. La desigualdad económica debía ser combatida mediante una desigualdad jurídica.

El trato preferencial.—Aunque no es exclusivo del comercio internacional, es en esta área donde el trato preferencial ha ganado el mayor reconocimiento de los países desarrollados, aún cuando en un primer momento el Ar. 1 del GATT pretendía abolirlo (con la excepción de las preferencias ya existentes).

Para García-Amador, sin embargo, la presencia del Art. 1 del GATT no implicaba un conflicto entre el sistema de preferencias y cláusula de la nación más favorecida; el conflicto provenía de una forma pasada de moda y legalista de ver las cosas. Una concepción moderna y progresista de la Cláusula debía admitir la complementación por un trato arancelario diferente.

Introducción de la Parte IV del GATT.—El 26 de noviembre de 1964, las Partes Contratantes adoptan la IV del Acuerdo General. Este texto da la base legal y contractual a la acción de las partes contratantes en materia de desarrollo e instituye la dualidad de normas.

Se señalan tres aportes de gran importancia para el DCI:

- 1) El Art. XXXVI, párr. 8 da el reconocimiento jurídico en el GATT al principio de no-reciprocidad en las relaciones entre países en desarrollo y países subdesarrollados:

"Las partes contratantes desarrolladas no esperan reciprocidad para las disposiciones tomadas por ellas en las negociaciones comerciales para reducir o eliminar los derechos de aduana y otros obstáculos al comercio de las partes contratantes poco desarrolladas".

- 2) Sienta el principio de acción concertada en favor del comercio de los países en desarrollo, se da en dos formas:
 - a. Acción Individual (Art. XXXVII) de los países en desarrollo para eliminar obstáculos a la importación de productos provenientes de los países en desarrollo.
 - b. Acción Colectiva (Art. XXXVIII) de todas las partes contratantes para:
 - Concluir acuerdos para establecer mercados productos primarios interesantes para los países en desarrollo y facilitar acceso a mercados mundiales;
 - Examinar planes de desarrollo de países en desarrollo y otorgarles cooperación técnica;
 - Establecer la colaboración entre el GATT y las organizaciones internacionales, especialmente con la UNCTAD.

La Cláusula de Habilitación.—Como sabemos, el Tratamiento Preferencial y No Reciprocidad que fue introducido legalmente al sistema del GATT por medio de la Parte IV en 1964, no gozaba de un carácter permanente sino temporal. Y en la práctica, el tratamiento preferencial sólo fue admitido luego de la instauración del SGP y aplicado a países en desarrollo desde el Protocolo de 1971. Este tratamiento preferencial, siendo contrario a los principios fundamentalmente del Acuerdo General, sólo podía ser otorgado por medio de la derogación especial del Art. 1º, acordada por el GATT.

En la ronda de Tokio se produjeron importantes avances. A partir del 28-11-79, la Cláusula de Habilitación legaliza de pleno derecho este tratamiento:

"Sin perjuicio de las disposiciones del Art. 1º del GATT, las Partes Contratantes pueden conceder un trato diferente y más favorable a los países en desarrollo, sin conceder dicho trato a las demás Partes Contratantes".

Las preferencias así legalizadas se aplicaron a partir de entonces a los siguientes dominios:

- Las preferencias arancelarias otorgadas a los países en desarrollo en el marco del SGP;

- Las medidas no arancelarias regidas por los Códigos negociados bajo los auspicios del GATT;
- El tratamiento especial acordado a los países menos avanzados.

Finalmente, la base jurídica y el primer texto de la Ronda de Uruguay es la Declaración de Punta del Este del 20 de setiembre de 1986.

La declaración contiene diversas disposiciones que conciernen a los intereses de los países en desarrollo y a la Dualidad de Normas:

- a) En los principios generales de las negociaciones se confirma el de tratamiento diferenciado y más favorable y el de No Reciprocidad.
- b) Recuerda los alcances de la Cláusula Evolutiva, las partes menos desarrolladas tomarán "más plenamente su parte en el conjunto de derechos y obligaciones derivados del Acuerdo General" a medida de su desarrollo progresivo de sus economías y de la mejora de su situación comercial.

Como veremos en este evento, tanto en la carta constitutiva de la OMC y en los Acuerdos que los conforman habrá una parte destinada a incorporar un trato preferencial y diferenciado a los países en desarrollo, materialización de la dualidad de normas.

IV. EL DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL Y EL NUEVO ORDEN TECNOLÓGICO INTERNACIONAL

4.1. Generalidades

La tecnología es otro de los ámbitos a los que el DCI dedica mayor atención. Es, sin duda, el comercio internacional el área en que el DCI ha logrado sus avances más notables, sin embargo, a raíz de la "Tercera Revolución Tecnológica", el tema del acceso a la tecnología se ha convertido en vital para el comercio internacional y, en general, un asunto cuyo tratamiento político y jurídico reviste el carácter de estratégico para la economía internacional de las próximas décadas.

En un sentido amplio se entiende como tecnología el conjunto ordenado de todos los conocimientos empleados en la producción, distribución, comercio y utilización de bienes y servicios. Por lo tanto, no sólo abarca los conocimientos científicos y técnicos fruto de la investi-

gación y desarrollo, sino también el producto de las actividades empíricas, tradicionales, de las habilidades manuales, de la intuición, etc.

4.2. América Latina y el desafío de la tercera revolución tecnológica

A partir de los años cincuenta, América Latina comenzó a desarrollar y madurar la idea de un desarrollo científico y tecnológico. El modelo económico se había sustentado hasta entonces en el crecimiento hacia afuera, impulsado por el auge de precios de productos primarios que acarreó la reconstrucción europea y la guerra de Corea. Luego, en los sesenta, se comienza a pensar en la industrialización como camino forzoso del desarrollo económico. Se estimaba que a partir de cierto grado, la industrialización se convertiría en una fuerza retroalimentaria, capaz de dinamizar al conjunto de la economía en un sentido de crecimiento y modernización. Esta industrialización sería también capaz de solucionar viejos problemas estructurales como el desempleo, el rezago tecnológico y el deterioro de los términos de intercambio.

El modelo de industrialización adoptado en muchos países del continente, incluido el Perú, se fundamentó en la sustitución de importaciones y la protección al mercado interno, es decir, un modelo de crecimiento "hacia adentro", en el que se privilegiaba la inversión industrial, aún en desmedro de las actividades primarias y el sector exportador.

El déficit tecnológico en América Latina.—Luego de tres decenios de crecimiento acelerado (entre 1960-1980 el PBI aumentó en promedio de 5.8% al año), la capacidad científica y tecnológica de América Latina ha sufrido un retroceso y en el mejor de los casos un estancamiento en los años ochenta. Esto resulta preocupante en un contexto en que el desarrollo científico y la innovación tecnológica se han convertido en factores determinantes de la competitividad internacional y el desarrollo social

La necesidad de promover un NOEI.—No hay indicios aparentes que las tendencias del desarrollo de la tecnología y la economía mundial vayan a reducir por sí solas la brecha entre el norte y el sur, todo parece indicar lo contrario. En este sentido, hacía falta promover un NOEI basado en la solidaridad internacional, que en el ámbito tecnológico asegure la difusión de las innovaciones científicas y técnicas para provecho común de la humanidad.

Por otro lado, hace falta avanzar con cautela en los procesos de apertura económica emprendidos recientemente por nuestros países. Es un hecho conocido que los procesos de apertura en forma precipitada y sin control tienden a favorecer el consumo en desmedro de la inversión, el predominio de las empresas transnacionales, el debilitamiento de la industria nacional y la inversión en áreas de alta rentabilidad, en detrimento de los proyectos a largo plazo. También puede favorecer la competencia desleal con prácticas de dumping.

Una reconversión industrial.—América Latina ha recibido el reto de generar empleo masivo, tarea que no resulta posible con la sola expansión de actividades industriales tradicionales, que son precisamente ahorrativas en mano de obra y altas en inversión por puesto de trabajo. Además, hemos visto como los costos de producción tiende cada vez más a depender de la información que de elementos energéticos y materiales. La informática es fundamental en la industria moderna; debido a ésta la producción en masa está siendo sustituida por la producción en bloques y el tema de la escala productiva vuelve a ser redefinida. La flexibilidad de los procesos productivos ha hecho propicia la hora para el auge de las pequeñas y medianas empresas con alta capacidad competitiva.

4.3. Principios del NOEI

El llamado Nuevo Orden Económico Internacional propugna ante todo el derecho de todo Estado a aprovechar los beneficios de la ciencia y la tecnología en sus legítimas aspiraciones de desarrollo. El DCI, instrumento jurídico para la construcción de este nuevo orden, ha sentado las bases del Nuevo Orden Tecnológico en tres resoluciones de la ONU:

- La Declaración sobre el Establecimiento de un NOEI ha sentado el siguiente principio:

“La facilitación a los países en desarrollo del acceso a los adelantos de la ciencia y la tecnología modernas, la promoción de la transmisión de la tecnología y la creación de una tecnología autóctona en beneficio de los países en desarrollo, en la forma y las modalidades que convenga a su economía.” Res. 3201 (s-vi, 1974, pár. 4p).

- El Programa de Acción sobre el establecimiento de un NOEI amplía algunos de los aspectos del principio anterior como la

necesidad de ajustar las prácticas sometidas que rigen las transmisiones de tecnología a las necesidades de dichos países y de evitar que se abuse de los derechos de los vendedores, también la necesidad de asistencia técnica a los países en desarrollo. Res. 3202 (s-vi, 1974, sección iv).

- La carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados donde el principio toma forma más concreta:

“Todo Estado tiene el derecho de aprovechar los avances y el desarrollo de la ciencia y la tecnología para acelerar su desarrollo económico y social.” Res. 3281 (XXXIX), 1974.

Se pueden agrupar en dos grandes formas de acción internacional en materia de transferencia de tecnología: la reformulación del derechos existente y la elaboración de nueva normatividad.

En materia de reformulación del derecho existente, el NOEI ha planteado la revisión del derecho internacional relativo a la propiedad industrial y el afinamiento de los contratos de transferencia. Se parte de la premisa que en el actual derecho positivo, el comercio de tecnología está sometido a un régimen jurídico que es objetivamente favorable a los países desarrollados.

En la formulación de nueva normatividad se trata de promover, a dos niveles, un nuevo derecho de la transferencia tecnológica. En el plano regional y nacional, donde las normas sobre transferencia tecnológica se articulan con las reglamentaciones sobre inversiones privadas y sociedades transnacionales; y en el plano mundial, se pretende instaurar una reglamentación universal mediante la fórmula del Código de Conducta, tema que será desarrollado en este Congreso.

V. EL DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL Y LOS CONTRATOS INTERNACIONAL

5.1. Adecuación de los contratos al NOEI

En el campo de los contratos internacionales vinculados al comercio, es difícil pretender aplicar la dualidad en el trato, sin embargo, sí es importante desarrollar un trato igual y justo, producto de un Derecho uniforme que garantice evitar contratos perjudiciales o leoninos para los exportadores de los países en desarrollo.

BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

La aspiración máxima a un Derecho uniforme (en el plano normativo) del comercio internacional (en el plano de la materia regulada) tiende a superar la diversidad de los derechos nacionales (y el conflicto de ella derivado) en la regulación de relaciones jurídicas internacionales y la implantación de la ley del más fuerte en la negociación.

Pudiera decirse que surge así, paradójicamente, en el proceso "unificador", una creciente "diversidad" normativa, proyectada en el doble plano de la regulación de las relaciones internas, de una parte, y de las internacionales, de otra.

La especialidad de una relación jurídico-mercantil internacional no debe consistir en la exigencia de la determinación un Derecho nacional concreto, reclamado por las normas de conflicto, sino en su sumisión a un Derecho uniforme. De ahí que la nota de internacionalidad que califica a la relación jurídica sea la que determine su entrada en el ámbito de la regulación uniforme, más justa y equilibrada.

Tomemos el ejemplo clásico del contrato de compraventa. A la doble regulación -civil y mercantil- de este contrato, que se corresponde con el dualismo del Derecho nacional y la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (Viena, 1980). De esta manera, en el Derecho de la compraventa hay que distinguir ahora entre el aplicable a las compraventas internacionales y el aplicable a las internas y, dentro de éstas, entre las civiles y las mercantiles.

El ejemplo puede extenderse a la materia de letras de cambio y pagarés. La Convención de las Naciones Unidas de Nueva York, 1988, se aplica a las letras de cambio internacionales y los pagarés internacionales (art. 1), y establece los criterios para calificar así a estos títulos (situación en Estados diferentes de dos de los lugares indicados en la letra, que el artículo 2 de la Convención enumera). Quiere ello decir que, de entrar en vigor esta Convención, en los Estados partes existirá una regulación para las letras y los pagarés internacionales y otra para los no internacionales.

En materia de transporte marítimo de mercancías, el Convenio de las Naciones Unidas (Reglas de Hamburgo, 1978) se aplica a los contratos de transporte marítimo entre dos Estados diferentes y cuando concurra alguno de los requisitos enunciados en el artículo 2, cualquiera sea la nacionalidad del buque o las partes. Así, "las Reglas de Hamburgo sólo se aplicarán al transporte internacional de mercancías", sin perjuicio de que un Estado contratante pueda decidir que se apliquen también al nacional.

El dato de la internacionalidad del transporte es relevante, asimismo, para la aplicación del Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el comercio internacional (Viena, 1991). Su artículo 1, c), define el "transporte internacional": "todo transporte respecto del cual consta, cuando el empresario se hace cargo de las mercaderías, que el lugar de partida y el lugar de destino se encuentran en dos Estados diferentes" y, sobre esta base, el artículo 2 traza el ámbito de aplicación del Convenio (cuando los servicios del empresario se presten respecto de mercaderías objeto de transporte internacional).

Basten estos datos, tomados de Convenciones surgidas de los trabajos de UNCITRAL, para demostrar la prioritaria orientación de ésta a la creación de un Derecho (uniforme) del comercio internacional, distinto del aplicable a las relaciones, que, aún de la misma naturaleza jurídica (compraventa, letras, pagarés, transporte...) carezcan de la calificación de "internacionales". Al menos, esa es la conclusión que se deriva de la política de convenios mantenida por UNCITRAL, aunque, tras esta prioridad, existan otros instrumentos, más modestos, tendentes a la armonización o unificación de los Derechos internos (leyes modelo, por ej.). Se fomenta así un Derecho del Comercio Internacional, distinto de los Derechos Mercantiles nacionales, más que la armonización o unificación de estos.

Por otro lado, en los contratos de transferencia tecnológica se presentan como convenios de cooperación compleja, flexible y evolutiva, y se dan mecanismos de negociación donde los derechos y obligaciones de las partes son precisadas durante la ejecución. Además, muchos contratos llevan la etiqueta "para el desarrollo" e incluyen declaraciones de intención y de voluntarismo político de las partes.

Los nuevos contratos de transferencia tecnológica tienen cada vez más preámbulos señalando el espíritu de cooperación entre las partes. Generalmente en estos contratos, la empresa extranjera aparece como correspondiendo a la voluntad de desarrollo de los países en desarrollo, mediante la utilización de sus servicios en condiciones mutuamente ventajosas. Esto marca una diferencia con el pasado ya que los contratos clásicos no hacía referencia a alguna estrategia de desarrollo del país anfitrión, y al contrario organizaban una casi extraterritorialidad de la inversión extranjera.

5.2. *La privatización y sus aspectos jurídicos*

Dentro del proceso de apertura de nuestras economías en el NOEI se está dando la figura de la privatización, por lo que el DCI debería abordar su tratamiento jurídico a fin de que se inspire en la "dualidad de normas", teniendo en cuenta las condiciones especiales que ello implica para nuestras economías, o en todo caso, en un trato uniforme y justo.

Sin agotar el tema es importante señalar algunas características comunes en los aspectos jurídicos de la privatización.

a) *Consideraciones generales*

"Privatización" es un término muy extendido por el que se entiende el proceso por el cual se traspasan empresas estatales a particulares mediante contratos de distintos tipos. "Contratos de privatización" se entiende el contrato mediante el cual se traspasa la propiedad de una empresa estatal a un particular.

Los objetivos de la privatización son, por ejemplo, orientar la economía nacional en mayor medida hacia el mercado, reducir la influencia del Estado en las empresas, fomentar la creación de una clase empresarial que administren sus empresas como negocios comerciales, introducir o ampliar entre la población la propiedad privada de acciones de empresas, incrementar la eficiencia en la utilización de los recursos de las empresas, obtener réditos para el gobierno y reducir la deuda política.

El proceso de privatización se ha iniciado en muchos Estados de distintas regiones geográficas y con diferentes niveles de desarrollo industrial.

b) *Necesidad de una legislación armonizada*

Para que un programa de privatización sea fructífero, es preciso que el Estado disponga de leyes e instituciones adecuadas que permitan y protejan la propiedad individual y colectiva de bienes comerciales, que inspiren confianza a los posibles inversionistas nacionales y extranjeros y que constituyan un régimen jurídico armonizado para la realización de actividades comerciales de empresas privadas.

Las leyes e instituciones necesarias suelen referirse a diversas cuestiones como: propiedad y transferencia de bienes comerciales inmuebles;

prerrogativas del Estado para determinar la utilización del suelo; protección del medio ambiente; tipos sociedad y su formación, organización y responsabilidad limitada; restitución de los bienes nacionalizados a sus antiguos propietarios.

En algunas esferas jurídicas recién mencionadas existen ya textos jurídicos internacionales armonizados. En otras esferas, se utilizan leyes nacionales como modelos.

c) *Cláusulas modelo en los contratos de privatización*

Un factor que caracteriza a menudo las negociaciones para la celebración de un contrato de privatización es que el Estado debe guiarse no sólo por criterios comerciales sino también por objetivos del gobierno en materia social, industrial o de empleo. A causa de estos objetivos puede optarse por transferir una empresa a una parte que no ofrezca las mejores condiciones financieras, pero que, por ejemplo, se comprometa a mantener el nivel de empleo existente. De allí las cláusulas que se recomiendan:

Cláusula de empleo

Los contratos de privatización deben estipular el número y la estructura de los empleos a plena jornada que el adquirente acuerda mantener durante un determinado período. Esta cláusula puede incluirse en el contrato a cambio de un precio inferior al inicial, basado en el valor estimado de la empresa.

Cláusula de inversión

El adquirente debiera comprometerse a invertir en la empresa. Estos compromisos suelen referirse a inversiones monetarias y especifican la cuantía de la inversión y el período durante el cual esta cantidad debe permanecer invertida.

Cláusula de revaloración de bienes inmuebles

En algunos casos, en particular cuando resulta difícil estimar el valor de los inmuebles o cuando se prevé una fase de extraordinaria inestabilidad en el mercado inmobiliario, el contrato puede contener una cláusula en virtud de la cual el Estado debe beneficiarse de un incremento del valor de los bienes inmuebles si este incremento se produce

durante el período convenido. Este tipo de cláusula puede aplicarse sólo al terreno o también a algunos de los edificios.

La formulación de estas Cláusulas tipo sin duda coadyuvarán a llevar a la práctica los principios del Derecho del Comercio Internacional.

5.3. *La transferencia electrónica de datos y el comercio sin papeles*

Como consecuencia del uso del EDI (Intercambio Electrónico de Datos) la profesora Amelia Boss señala dos efectos en las relaciones comerciales y retos en el Derecho del Comercio Internacional para facilitar el comercio y sustentarlos en los principios enunciados.

1. El uso del EDI está cambiando la forma de negociar y cerrar contratos. Se debe reorganizar la empresa y la relación entre los socios. La computadora vigila las necesidades de inventario y dar orden electrónica de compra. Pueden, pues, celebrarse contratos por sí misma. De hecho las fronteras entre las computadoras del suministrador y el cliente se han vencido, y allí se realizan las transacciones.

¿Cuál es la naturaleza de estas transacciones? ¿Son válidas?

2. Antes el teléfono y télex se limitaban a desplazar el mensaje. Hoy se da un nuevo tipo de servicios: traducción de formatos, notificaciones, desarrollo de bases de datos y formación de contratos con una infraestructura a nivel internacional.

¿Cuál es la naturaleza del derecho de propiedad de estos servicios y cómo protegerlos?

El tema está en ver cómo integrar el comercio electrónico en el marco jurídico internacional. Reto distinto al de la venta, transporte y financiamiento de bienes, donde las normas jurídicas de cada país venían según sean sistemas romanos o del common law. Este es un reto para armonizar. En este caso, el elemento común es distinto, pues ni un solo país ha regulado el comercio electrónico: será un enfoque común, para establecer un entendimiento y regulación comunes, luego es una excelente oportunidad de crear un marco jurídico internacional nuevo.

De allí que es importante comentar el esfuerzo de UNCITRAL que viene elaborando reglas jurídicas uniformes sobre la utilización del EDI en el comercio internacional, cuyos alcances básicos son los siguientes:

Ambito de aplicación.—La definición del EDI puede ser estricta, que comprenda sólo la comunicación a través de redes cerradas; u otra cuya amplitud puede comprender la totalidad de los que se conoce como comercio internacional electrónico. En el artículo 1 de las Reglas se establece que “serán aplicables a la información comercial y administrativa en forma de grabación y mensaje de datos”.

Exigencia obligatoria de un escrito sobre un papel.—Es una traba al desarrollo del comercio electrónico. En la mayor parte de los ordenamientos jurídicos se sigue exigiendo un escrito para determinados actos jurídicos. En el ámbito internacional, por ejemplo, en las convenciones de transporte y en la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros.

Conviene, pero no es posible en nuestros días, eliminar la exigencia obligatoria del escrito. Lo anterior debido a la cultura del documento escrito y a la circunstancia de que en algunos países en desarrollo aún no se puede aprovechar las ventajas de los adelantos tecnológicos correspondientes. Por lo que se piensa ampliar la noción de “escrito” a fin de abarcar las técnicas de EDI.

Es recomendable declarar la validez de la definición contractual del escrito; sin olvidar que tal definición no puede servir para determinar los derechos y obligaciones de terceros.

Así se establece en el Art. 6 de las Reglas:

“Artículo 6. *Equivalente funcional de “escrito”.* Para los efectos de cualquier norma, costumbre o práctica jurídicas que, expresa o implícitamente, requiera que ciertas informaciones se hagan constar o sean presentadas por escrito, o dependan de la existencia de un escrito, las informaciones en forma de grabación mensaje de datos cumplirán ese requisito cuando:

- a) se puedan reproducir en alguna forma visible e inteligible, legible o interpretable; y
- b) se puedan conservar en forma de grabación.”

Los problemas relativos a la prueba.—Son de varias clases: (i) admisibilidad y presentación, (ii) valor probatorio, y (iii) carga de la prueba.

En general será bastante difícil establecer un régimen legal uniforme y detallado del valor probatorio de los registros que emanen de

mensajes EDI. Sin embargo, en las Reglas ya se abordó en el Art. 9 al señalarse que “en todo proceso judicial, no se dará aplicación alguna a las reglas de la prueba que sean óbice para la admisión como prueba de grabaciones o mensajes de datos:

- a) por la sola razón de que se trata de grabaciones o mensajes de datos; o
- b) si es la mejor prueba que cabría esperar razonablemente que obtuviera la persona que la aporta, por la sola razón de que no se trata de un documento original.”

Exigencia de un original.—Son variadas las instancias en las que se exige la presentación de un original. La práctica de la desmaterialización en el comercio electrónico, consiste en destruir el mensaje original cifrado. El original no es absolutamente necesario; por ejemplo, en los mercados de valores bursátiles ya se prescinde del original.

La finalidad del original es: (i) acreditar la titularidad de un derecho, (ii) la obtención de una garantía prendaria mediante el depósito de un título-valor, (iii) la transferencia de títulos-valores, y (iv) cumplir con determinados requisitos legales y administrativos.

Cualquier solución que se adopte, debe exigir la conservación de los datos de manera análoga a como lo sugiere el artículo 8 de las Reglas que establecen: “Debe ser requerido por cualquier norma, costumbre o práctica jurídicas, expresa o implícitamente, que ciertas informaciones se presenten en su forma original, se dará por cumplido ese requisito con la presentación de la grabación o el mensaje de datos o en forma de una impresión de esa grabación o ese mensaje de datos.

Firma y autenticación.—Las funciones de la firma, tradicionalmente, han sido indicar cuál es la fuente del documento y que la parte autenticadora aprueba su contenido. En el contexto electrónico esto se puede lograr mediante la autenticación y la firma digital. Estas soluciones ya se conocen a nivel de las Reglas que en su Art. 7 señalan:

“De ser requerido por cualquier norma, costumbre o práctica jurídicas, expresa o implícitamente, que una información esté firmada, se dará por cumplido ese requisito cuando: se haya convenido entre el expedidor y el destinatario de la grabación o el mensaje de datos, un método de autenticación que indique quién ha creado la grabación o el mensaje de datos y que esa persona ha aprobado la información que contienen, y se haya utilizado ese método.”

En cuanto a perfeccionamiento del contrato, las Reglas en su Art. 12 disponen que “salvo acuerdo en contrario de las partes, la oferta y la aceptación de la oferta podrán expresarse por medio de grabaciones o mensajes de datos. Cuando un contrato se perfeccione por medio de grabaciones o mensajes de datos, no se le denegará validez o exigibilidad por la sola razón de que se haya celebrado por esos medios.

El contrato celebrado mediante grabaciones o mensajes de datos se perfeccionará en el momento y en el lugar en que el destinatario reciba o se entienda que ha recibido la grabación o el mensaje de datos que entrañe la aceptación de una oferta.

Responsabilidad.—Las cuestiones relativas a la responsabilidad, del expedidor, del receptor y de la red transmisora de los mensajes, se contemplan como otro campo de estudio en la elaboración de las normas jurídicas proyectadas, que se encuentran en preparación de las Reglas.

Negociabilidad.—La elaboración de un régimen que permita el ejercicio y la negociabilidad de derechos, cuya función ha cumplido hasta ahora los títulos negociables, puede consistir un proyecto independiente. En esta materia son de tomarse en cuenta, de modo principal, los proyectos que se han elaborado en materia de transporte de mercancías y lo contenido en las Reglas CCI sobre INCOTERMS y crédito documentario.

Sin duda, el DCI amplía sus bases y en este caso, no es necesario señalar “dualidad de normas” toda vez que estamos ante un campo nuevo, donde las reglas deberán ser uniformes, pero obligatorias en función del nivel de desarrollo electrónico de cada país, por ello las normas deben ser facultativas, dependiendo de la voluntad de las partes.

VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- 1) La noción clásica de la “igualdad soberana” implicaba una vieja tendencia hacia la personalización de los Estados y una constatación pasiva o neutra de la desigualdad entre las naciones. El DCI aporta un nuevo desarrollo al principio y acuña las nociones de “igualdad de desarrollo” y “soberanía económica”.
- 2) El DCI impregna sus postulados jurídicos de una justicia distributiva basada en el principio de solidaridad, la que se manifiesta en el trato diferenciado según los grados de desarrollo. La justicia con-

- mutativa de equivalencia de prestaciones (Do ut Des) no era suficiente para generar un orden más justo, la justicia del DCI exige necesariamente un trato desigual para los desiguales.
- 3) La teoría de las ventajas comparativas y el libre cambio tienen efectividad positiva en el desarrollo sólo cuando los participantes tienen un poder equivalente, un poder similar o cuando las relaciones de dominación están reducidas al máximo.
 - 4) El formalismo la Cláusula de la Nación más Favorecida ha evolucionado hasta el punto que hoy, la "no reciprocidad" y el "trato preferencial" en favor de los PED, son parte del sistema legal del GATT.
 - 5) La dualidad de normas se ha incorporado en los nuevos textos, producto de la Ronda de Uruguay.
 - 6) El NOEI defiende el derecho de todo Estado a aprovechar los beneficios de la ciencia y la tecnología. El DCI se preocupa, no sólo del reconocimiento de este derecho, sino también, de los medios que permiten ejercerlo.
 - 7) La construcción de un nuevo orden también exige una renovación de fórmulas contractuales. El DCI ha notado una clara tendencia en muchos contratos internacionales y de transfieren tecnología a prescindir del Do ut Des, a impregnarlos de un sistema uniforme, justo y equitativo.
 - 8) En cuanto a la privatización lo más conveniente es que el Estado interesado adopte textos de leyes y cláusulas armonizados internacionalmente. Los textos internacionales tienden a ser más modernos y a estar mejor adaptados a las necesidades del comercio internacional; además, las leyes y cláusulas armonizadas facilitan el comercio con un mayor número de países. En este sentido debemos instar a las organizaciones internacionales que prestan asistencia técnica a los funcionarios legislativos competentes a adoptar con conocimiento de causa de decisiones sobre la aplicación de textos jurídicos y cláusulas armonizadas en sus contratos de privatización.
 - 9) La validez jurídica de la transferencia electrónica constituye una realidad, que el DCI debe enfrentar y que nos conducirá sin duda a una perspectiva donde los sistemas electrónicos recogidos en convenciones internacionales regularán el comercio en el siglo XXI, que será el siglo del comercio sin papeles, pero que sobre la base de los principios del DCI aquí enunciados debe también ser el siglo del comercio justo y equitativo.

DOCUMENTO-HOMENAJE (*)

DON EDUARDO ORTIZ ORTIZ: FACETAS (Homenaje a su memoria)

Dr. Víctor Pérez Vargas

Queridos colegas:

Aceptar hacer una semblanza de don Eduardo Ortiz, como la que me ha pedido mi amigo el Dr. Francisco Morera, ardua tarea para un privatista; más cuando el reto es frente a los grandes publicistas del país aquí presentes. Hacer un bosquejo biográfico apropiado de don Eduardo está fuera de mis alcances. Muchos de ustedes podrían dar mejor testimonio que yo del valor excepcional de su personalidad, especialmente los que fueron sus pupilos en el Derecho Público y los que, como don Rodolfo Piza, don Guido Loría y otros presentes, compartieron sus días de estudiante.

Sin embargo, con gusto he aceptado la invitación porque conservo siempre un grato recuerdo de su persona y siento un permanente agradecimiento hacia el maestro de Derecho costarricense de nuestros tiempos, a quien los aquí presentes tuvimos la dicha de conocer.

Exponer una alocución como ésta, quién era don Eduardo, es sencillamente imposible. La suya no era una personalidad simple, sino compuesta de innumerables **facetas**.

Del diamante no vemos el carbón sublimado de su interior, sino los destellos y reflejos de sus **facetas**.

Don Eduardo tuvo muchos de los rasgos del poliedro cristalizado en su humanidad **polifacética**: nada corriente, maduración constante, firmeza y fortaleza.

Del diamante don Eduardo tuvo la transparencia y translucidez para permitirnos ver, a través de su pensamiento, por vez primera su for-

(*) Homenaje del *Colegio de Abogados* a don Eduardo Ortiz Ortiz el 27 de noviembre de 1995, cuando se bautizó la Dirección Académica del *Colegio* con el nombre de este destacado jurista costarricense.

mación, la teoría general (no solo publicista o privatista), temas fundamentales de los que nunca se nos había hablado (del derecho, en general), temas que nos revelaban la unidad del Ordenamiento:

- la jerarquía formal de las fuentes, en consideración a su potencia, resistencia y régimen de impugnación; ideas que le sirvieron más tarde para la formulación de su trabajo “El presupuesto de la República: una doble reserva de ley especial”, donde afronta el problema de las leyes que crean, transfieren o aumentan gastos anuales en contra del presupuesto de la República;
- la teoría de las potestades (sean públicas o privadas, como lo es la patria potestad) con sus caracteres de irrenunciabilidad, imprescriptibilidad e intransmisibilidad;
- el concepto mismo de interés legítimo, de múltiples aplicaciones también en el Derecho Privado, en materia societaria, concepto que, por cierto, siempre don Eduardo continuó perfeccionando, no contentándose con las definiciones que nos dio en sus famosas tesis, que más que tesis son un tratado, sino llevándolo hasta sus últimas consecuencias en sus más recientes publicaciones, en especial en “Espíritu y perspectivas de una reforma de la Justicia Administrativa en Costa Rica”, donde centra su tesis en la afirmación de los intereses legítimos como situaciones jurídicas sustanciales y no meramente instrumentales;
- la idea de la discrecionalidad como una elección entre los elementos no regulados del acto en función de su adecuación al fin público, que ya conocíamos desde las aulas, perfeccionada en su obra “Límites y contralor de la discrecionalidad administrativa en Costa Rica”.

También como el diamante, gozaba de claridad en su lógica arrolladora y de creciente valor con el paso del tiempo; estas cualidades se revelaron a través de sus muchas **facetas**: político, pedagogo y jurista.

El eje conductor de estas facetas, la fuerza invisible que fue capaz de producir estos destellos, estaba en su humanidad, capaz de elevarse a los mayores niveles de universalidad y capaz de disfrutar de los más pequeños detalles culturales y naturales.

Don Eduardo, el político

El nombre del diamante viene del clásico Adamos que significa “el indomable”. Don Eduardo fue ejemplo de lucha, hombre libre, no vinculado a sectarismos y jamás sometido a políticos. Apasionado por sus causas académicas, profesionales y nacionales, lo mismo que por sus permanentes ideales de mejoramiento del sistema jurídico nacional. Tuvo del diamante también la tenacidad que es, en mineralogía, la resistencia a dejarse romper y sirve para tallar otras piedras. Don Eduardo con su sólido cincel diamantino fue también escultor de políticos.

Don Eduardo dejó en todo momento su huella profunda en transformaciones del Ordenamiento Jurídico, por medio de leyes, que de ahora disfrutan los ciudadanos (como la Ley General de Administración Pública y la Ley de Jurisdicción Constitucional).

Además de su concreta participación en muchas leyes, su vida de político libre anduvo a la par de la de jurista. Muchos de sus artículos son mensajes políticos, por ejemplo, su trabajo sobre “Dimensiones constitucionales de los derechos humanos en América Latina”, donde se pronuncia sobre temas como la constitucionalización de los tratados de derechos humanos, los estados de excepción y emergencia y la exclusión de los extranjeros de la participación política.

Don Eduardo, el pedagogo

Los quilates de don Eduardo se proyectaron particularmente en su función docente, asumiendo el gran reto pedagógico, despertando nuevas curiosidades, guiando siempre a quienes se acercaban a él, buscando becas y oportunidades de mejoramiento para el personal docente y facilitando, a menudo, su propia excepcional biblioteca-templo a quienes preparaban sus tesis de grado.

Don Eduardo fue mentor de muchos de los que estamos aquí. Muchos de los presentes pudimos realizar nuestros sueños de posgrado, gracias a su apoyo a nuestras entonces jóvenes vocaciones y gracias a las becas que él personalmente obtuvo en las Embajadas (especialmente europeas: Francia, España e Italia).

Uno de sus sueños fue la revisión del Curso de Derecho Administrativo, las conocidas tesis que nos dieron las primeras luces sobre la materia. Siempre trabajó sobre ellas; pero, cada tema que trata-

ba, lo impulsaba a algo más que corregir un capítulo. Son verdaderas monografías sus extensos y profundos artículos en revistas sobre cada uno de los viejos temas de sus tesis poligrafiadas, siempre con nuevas luces.

Don Eduardo el jurista de relieve internacional

Como el diamante, también don Eduardo brilló muchas veces en el estrellato jurídico mundial de los grandes del Derecho del planeta. En infinidad de congresos internacionales participó a la par de Giannini, Guarino, Michelli, García de Enterría, González Pérez, Gordillo y muchos más.

Hasta sus últimas semanas en esta tierra en medio de nosotros, se siguió proyectando a nivel internacional; precisamente hace menos de un año tuve la oportunidad de asistir con él a Toledo, España, a un Congreso en el que presentó, como si ningún padecimiento lo aquejase, una igualmente brillante y aplaudida ponencia sobre Responsabilidad de la Administración.

Don Eduardo, el autor de Derecho

No es el momento de resumir su currículum bibliográfico, cuya simple lista de obras revela la incursión del autor en los más variados campos del Derecho Público, del Municipal al Constitucional, del Procesal al Administrativo, todas ellas, materia de consulta obligatoria en cualquier sector del Derecho Público, donde sigue siendo faro.

Su trabajo, su obra, su escuela, son de todas cosas conocidas. Su obra es reconocida internacionalmente, especialmente por medio de los libros que siguió produciendo hasta sus últimos días, como "La Municipalidad en Costa Rica", de 1987, "La vía de hecho y la Jurisdicción Contencioso Administrativa", de 1993 y, en prensa ahora mismo, otro sobre "Expropiación y Responsabilidad Pública".

Recordemos algunos de sus aportes:

La doctrina de la posibilidad del control en atención a la naturaleza de la institución por principio general no expreso, en su obra "Control sobre Municipios en Costa Rica"; donde se refiere a las autorizaciones, aprobaciones, anulaciones, vetos y sustituciones de actos.

Los derechos fundamentales y su reparación fueron uno de sus grandes temas. Por ejemplo, en "Propiedad y Constitución", después de destacar los tres principios constitucionales ("inviolabilidad de la propiedad", "limitaciones por mayoría calificada" y "previa indemnización") se refiere a los alcances de la jurisprudencia.

Sobre este tema regresó en "Limitaciones expropiatorias y limitaciones de interés social".

En otras de sus últimas producciones, "Intereses colectivos y legitimación constitucional", trata el tema de acción popular, otorgada a cualquiera en defensa de un interés de la comunidad y el de los intereses colectivos y difusos que por su relevancia constitucional asumen el carácter de verdaderos derechos subjetivos.

En la ya citada obra "Espíritu y perspectivas de una reforma de la Justicia Administrativa en Costa Rica", se refiere al novedoso tema de la actividad jurisdiccional sustitutiva frente a la inercia o inactividad de la Administración. Aquí afirma la necesidad de una revisión de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en cuanto a la legitimación, materia, pretensiones, sentencia y ejecución de la materia.

Me he referido solamente a algunos de sus últimos artículos; sin embargo, ya desde los años sesenta en la Revista de Ciencias Jurídicas, vimos aparecer el tratamiento especializado en artículos científicos de importantes temas como:

el de la empresa pública, en "La actividad privada de la Administración", de consulta obligatoria;

la concesión de servicio público, en "Los aspectos legales de las concesiones ferrocarrileras";

la desconcentración y los límites de la intervención estatal, en "Autonomía administrativa costarricense";

la delegación legislativa y los recargos cambiarios;

la descentralización;

la desviación del poder, el "Interés legítimo, Derecho Subjetivo y reforma al Contencioso Administrativo";

la potestad reglamentaria; y

el urbanismo y la propiedad.

Dedicó estudios también al **Derecho Procesal Administrativo**, entre ellos:

“Las cargas procesales en lo Contencioso-administrativo”; y

“Materia y objeto en el juicio contencioso-administrativo”.

También se ocupó del **Derecho Procesal Constitucional**:

como lo hizo en su trabajo “Control de Constitucionalidad en Costa Rica”;

Muchos otros trabajos y muchas otras grandes obras de todos ustedes conocidas podrían ser citadas. Recordemos solamente su “Estado Social de Derecho” y sus “Comentarios sobre la Constitución Sandinista”. Muchas otras facetas brillantes podrían seguirse mencionando, pero hay una especial que brilla con silencio en el memoria de cada uno de nosotros: Eduardo Ortiz Ortiz como ser humano, como persona excepcionalmente inteligente y sensible, capaz de comprender y analizar los vericuetos de la historia de la humanidad como pocos y capaz de entusiasmarse con Mozart, conocedor de los más grandes filósofos y al mismo tiempo capaz de disfrutar con el humorismo de Jardiel Poncela; arrolladoramente racional en su lógica y al mismo tiempo apasionado por sus ideales; profesional de la más elevada eficiencia, devoto de su hogar; agudo y metódico crítico de todo dogmatismo y, a la vez, profundo creyente en la realidad espiritual.

Hoy, el brillo de las muchas facetas del diamante sigue iluminando nuestro Derecho, como aquellas estrellas que, aún habiéndose apagado materialmente, siguen entregando su luz visible para nosotros y que para nosotros son reales y presentes cada vez que, buscando el Norte, miramos a las alturas.

INDICE

	Pág.
<i>Presentación</i>	8
<i>Ensayos:</i>	
Los derechos educativos fundamentales en la jurisprudencia constitucional <i>Lic. Celín Arce Gómez</i>	9
Constitución y Derecho Financiero <i>Dr. León Cortíñaz-Peláez</i>	55
El Psicólogo en la cárcel <i>Lic. Alvaro Burgos Mata</i>	75
Reflexiones actuales sobre los cambios de la Administración Pública <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	97
Negociaciones internacionales: su nueva tendencia y su nuevo orden internacional <i>Dr. César Guzmán-Barrón</i>	117
<i>Documento-Homenaje:</i>	
Don Eduardo Ortiz Ortiz: facetas <i>Dr. Víctor Pérez Vargas</i>	141