

Revista

340

R Revista de Ciencias Jurídicas / Universidad de Costa Rica. --
Nº 1 (1963). -- San José, C. R.: Litografía e Imprenta
LIL, S.A., 2015.
184 p. ; 152 x 222 mm.

v.

ISSN: 0034-7787

1. Ciencias Jurídicas. Publicaciones periódicas.
2. Publicaciones periódicas costarricenses.

Revista fundada en 1963

Revista registrada en los siguientes *databank*:

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

Se agradece a la Profesora M.L. Carmen Carazo Coronado; por su valiosa colaboración con los Abstracts y Keywords.

CONSEJO ASESOR Y EDITORIAL:

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS:

| | |
|--------------------------------------|---------------------------------------|
| M.Sc. Eduardo Calderón Odio | Presidente |
| M.Sc. Eduardo Rojas Sánchez | Coordinador de Enlace y Prosecretario |
| M.Sc. Froylán Atilio Alvarado Zelada | Secretario |
| Licda. Ana Gabriela Badilla Zeledón | Vocal V |

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

| | |
|--------------------------------|----------|
| Dr. Alfredo Chirino Sánchez | Decano |
| Dr. Minor E. Salas | Profesor |
| Dr. Jorge Enrique Romero Pérez | Profesor |

COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL:

| | | |
|-------------------------------------|---|-----------|
| Dr. Jan- Michael Simon | Instituto Max-Planck | Alemania |
| Dra. Marcela I. Basterra | Universidad de Buenos Aires | Argentina |
| Dr. Agustín Gordillo | Universidad de Buenos Aires | Argentina |
| Dr. Pedro Rubens David | Universidad de Buenos Aires | Argentina |
| Dr. César Barros Leal | Universidad Federal de Seará | Brasil |
| Dr. Rodrigo Polanco Lazo | Universidad de Chile | Chile |
| Dr. Jaime Santofimio Gamboa | Universidad del Externado de Colombia | Colombia |
| Dr. Orlando Solano Bárcenas | Universidad Nacional de Colombia | Colombia |
| Dr. Josefina García García-Cervigón | Universidad Nacional de Educación a Distancia | España |
| Dra. María Paz Pous de la Flor | Universidad Nacional de Educación a Distancia | España |
| Dr. Luciano Parejo Alfonso | Universidad Carlos III de Madrid | España |
| Dr. Juan Pérez Galvez | Universidad de Almería | España |
| Dr. Jaime Rodríguez- Arana | Universidad de la Coruña | España |
| Dr. Francois Collart-Dutilleul | Universidad de Nantes | Francia |
| Dr. Gabor Hamza | Universidad Eötvös Loránd de Budapest | Hungría |
| Dr. Jorge adame Goddard | Universidad Nacional Autónoma de México | México |
| Dr. Jorge Fernández Ruiz | Universidad Nacional Autónoma de México | México |
| Dra. Elvia Arcelia Quintana Adriano | Universidad Nacional Autónoma de México | México |
| Dr. Jorge Witker Velázquez | Universidad Nacional Autónoma de México | México |
| Dr. Pedro López Elías | Universidad Panamericana DF | México |
| Dr. Karlos Navarro Medal | Universidad Centroamericana | Nicaragua |
| Magister Carlos Gasnell Acuña | Universidad Latina | Panamá |
| Dra. Yoselyn Bermúdez Abreu | Universidad del Zulia | Venezuela |
| Dr. Allan Randolf Brewer Carias | Universidad Central de Venezuela | Venezuela |

Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez
(Desde 1974 al presente)

Hecho el depósito de ley

Impreso en Costa Rica por Litografía e Imprenta LIL, S.A.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 136, 2015, cuatrimestral.

ISSN: 0034-7787

Dirección: Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica.
San José (Costa Rica) América Central.

Dirección de la revista digitalizada:

www.ijj.ucr.ac.cr

<http://cijul.ucr.ac.cr>

www.latindex.ucr.ac.cr

© Universidad de Costa Rica (Facultad de Derecho - Editorial
Universitaria). Colegio de Abogados.

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

**REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS**

136

52 AÑOS 1963-2015

SAN JOSE, COSTA RICA

2015

ENERO - ABRIL

(Cuatrimestral)

JUNTA DIRECTIVA
COLEGIO DE ABOGADOS

2015

Presidente:

M.Sc. Eduardo Calderón Odio

Vicepresidenta:

Licda. Rocío Leiva Trejos

Secretario:

M.Sc. Froylán Atilio Alvarado Zelada

Prosecretario:

M.Sc. Eduardo Rojas Sánchez

Tesorero:

M.Sc. Antonio Darcia Carranza

Vocal I:

Vocal II:

M.Sc. Edgar Castrillo Brenes

Vocal III:

Licda. Shirley González Quirós

Vocal IV:

Lic. John Jorge Tapia Salazar

Vocal V:

Licda. Ana Gabriela Badilla Zeledón

Fisca I:

Licda. Vilma Beatriz Mesén Madrigal

AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS

Rector:

Dr. Henning Jensen Pennington

Director Consejo Universitario:

Dr. Jorge Murillo Medrano

Vicerrector de Docencia:

Dr. Bernal Herrera Montero

Vicerrectora de Investigación:

Dra. Alice Pérez Sánchez

Vicerrector de Acción Social:

Dr. Roberto Salom Echeverría

Vicerrector de Administración:

Dr. Carlos Araya Leandro

Vicerrector de Vida Estudiantil:

M.Sc. Ruth De la Asunción Romero

Decana Sistema de Estudios de Posgrado

Dra. Cecilia Díaz Oreiro

Decano de la Facultad de Derecho

Dr. Alfredo Chirino Sánchez

Antecedentes de la Revista de Ciencias Jurídicas

En marzo de 1956, la Universidad de Costa Rica, publica su No. 1 de la **Revista de Ciencias Jurídico-Sociales**; la No. 2 es de diciembre de 1957 y la No. 3 de diciembre de 1958. En setiembre de 1959, desaparece la publicación con el nombre de Revista de Ciencias Jurídico-Sociales, y aparece la **Revista de Ciencias Sociales** con el No. 4, como continuadora de la anterior. La No. 5 con este último nombre se publica en setiembre de 1960, manteniéndose la numeración sucesiva hasta el presente. Por lo que respecta a la **Revista de Ciencias Jurídicas** No. 1, se publica en mayo de 1963, indicando en la Presentación, el Decano de la Facultad de Derecho de ese entonces, el abogado Rogelio Sotela, que: “con anterioridad se había publicado la llamada **Revista de Ciencias Jurídico-Sociales**, de la cual tres números se dieron a la publicidad; y posteriormente, con el nombre de Revista de Ciencias Sociales aparecieron otros dos números” (p. 6).

*En este año del 2015 se cumplen
52 años de esta revista*



UNIVERSIDAD DE
COSTA RICA



VICERRECTORÍA DE
INVESTIGACIÓN

VICERRECTORIA DE INVESTIGACIÓN
11 de diciembre de 2014 VI-8462-2014

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez
Director Revista Ciencias Jurídicas
Facultad de Derecho

Estimado señor:

En la más reciente evaluación de las revistas científicas del país, realizada en la Vicerrectoría de Investigación de la Universidad de Costa Rica, la revista que usted dirige pasó satisfactoriamente la evaluación para formar parte del Catálogo de *Latindex*. Esto significa un reconocimiento a los esfuerzos realizados por usted y el respectivo Consejo Editorial en la mejora de su revista, tanto en los aspectos formales como en su contenido. Adicionalmente, implica un aval a la calidad de esta publicación.

Esperamos que estos esfuerzos se mantengan para que nuestras revistas alcancen cada vez mayor prestigio y visibilidad internacional. Aprovecho la ocasión para felicitarles por el esfuerzo realizado y recordarles que en adelante deberá enviar los fascículos una vez publicados.

Toda la información respectiva a la evaluación se encuentra al reverso de este oficio.

Atentamente,



UNIVERSIDAD DE
COSTA RICA



VICERRECTORÍA DE
INVESTIGACIÓN

Alice L. Pérez, Ph. D.
Vicerrectora

ALP/jpc/jra

Cc: archivo

UCR-frcultad de excelencia relevancia pertinencia

16 DIC 2014 At-11:24 RE

Teléfono: (506) 2511 - 1330

Fax: (506) 2224 - 9367

Apartado: 11501-2060 - San José, Costa Rica Correo-e: vi@vinv.ucr.ac.cr

Portal de la Investigación: www.vinv.ucr.ac.cr

PRESENTACIÓN

Se publican artículos en los temas de:

Derecho Municipal, Derecho Administrativo, Derecho Político, Filosofía del Derecho, Derecho Constitucional y Derecho Procesal.

Se imprimen las reseñas de obras jurídicas relevantes.

En el año del 2015, se cumplen 52 años de esta revista, cuyo primer número data de 1963.

Son 52 años en los cuales, esta revista se ha publicado sin interrupción.

Tanto la Universidad de Costa Rica como el Colegio de abogados y abogadas, siempre le han dado el apoyo necesario y oportuno.

El *in memoriam* del Dr. Ramón Martín Mateo, de la Revista de Ciencias Jurídicas No. 135, es de la autoría del suscrito.

El director-editor
Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez
(Desde 1974 al presente)

INDICE

Presentación.....10

Artículos:

Las obras públicas municipales según la Constitución de Cádiz y su irradiación en el ordenamiento Mexicano

Dr. Pedro López Elías..... 13

La Administración Pública ante los derechos de los particulares

Dr. Jorge Fernández Ruiz..... 43

Algunas reflexiones sobre el legado del anarquismo moderado al federalismo y a la educación laica

MPh. Marcela Echandi G 69

Señor, ¡Yo soy un dogmático! ... Pero jurídico

Dr. Guillermo Lariguet 91

Derecho Constitucional y reelección presidencial

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez.....123

Breve análisis de la justicia restaurativa

M.Sc. Jorge Jiménez Bolaños 161

Reseñas Bibliográficas

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez.....175

LAS OBRAS PÚBLICAS MUNICIPALES SEGÚN LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ Y SU IRRADIACIÓN EN EL ORDENAMIENTO MEXICANO

Dr. Pedro López Elías*

(Recibido 03/11/13 • Aceptado 03/12/14)

* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México y por la Universidad de Castilla-La Mancha, España.
Profesor de Derecho de la Universidad Panamericana, de México.
Socio Director del *Despacho López Elías Asociados S.C.*, especializado en Derecho Administrativo, Financiero y Corporativo.
E-mail: abogados@lopezelias.com
Tel: (005255) 5207-3118

Resumen: El Municipio, a través de los años, se ha venido transformando y configurando en una institución fuerte, especialmente por sus cometidos a favor de la población más cercana a una instancia de gobierno; sin embargo, en su devenir histórico, ha pasado por una serie de vicisitudes que lo han marginado u olvidado de su propia legitimación, pasando por la desobediencia u omisión a normas que regulan la contratación de obras públicas, aunque dicha normatividad existiera.

Palabras Clave: Municipio, institución, población, legitimación, regulación, obras públicas, normatividad

Abstract: Over the years, Municipal Government has transformed and changed into a strong institution, especially in relation to its achievements in favor of the population, closest to a government entity. However, along its historical development, it has experienced a number of vicissitudes that have excluded it or overlooked its own legitimization, ranging from disobedience or omission to rules regulating procurement of public works, although such regulations already existed.

Keywords: Local government, institution, population, legitimization, regulation, public works, specific rules

Índice

- I. Objetivo y delimitación del tema;
 - II. La Constitución de Cádiz y el Municipio;
 - III. El ordenamiento municipal mexicano;
 - IV. Las obras públicas municipales en la normatividad:
 - A).- Española;
 - B) Mexicana;
 - V. Conclusión.
- Bibliografía

I. Objetivo y delimitación del tema

En la mayoría de los estudios histórico-jurídicos, referentes al Municipio, casi siempre el interés de los estudiosos se ha manifestado por una institución que ha sido considerada como el núcleo fundamental de la pirámide política o la génesis de la sociedad; sin embargo, en pocas ocasiones se ha tratado a partir de las competencias o atribuciones del Municipio, conforme a su evolución normativa, en específico referida a las obras públicas municipales y sus mecanismos de contratación, ello se inserta en el ánimo del derecho administrativo local.

Con la promulgación de la Constitución Política de la Monarquía Española de 1812, “una nueva concepción del Estado, gestada en el siglo precedente, triunfa en Cádiz y se inicia la ruptura con el sistema del Antiguo Régimen a través de la consolidación de tres principios fundamentales: el de la soberanía nacional, frente al absolutismo monárquico; el de la división de poderes, frente a la concentración ejercida de hecho por los monarcas y el de la representatividad de los diputados, en quienes la Nación delega su soberanía, frente a la mera representación regional o estamental”.¹

La constitución gaditana, como comenta Fernández Sarasola, influyó enormemente en los países latinoamericanos, ya que el “texto de Cádiz sirvió ante todo a las primeras experiencias constitucionales porque estaba intrínsecamente unido a la idea de independencia, tanto desde una perspectiva política (por las circunstancias de las que surgió) como jurídica (por el reconocimiento de los principios de soberanía e independencia nacional)”.²

El Municipio surgió formalmente en ese ambiente, a través de los años, se ha venido transformando y configurando en una institución fuerte, especialmente por sus cometidos a favor de la población más cercana a una instancia de gobierno; sin embargo, en su devenir histórico, ha pasado por una serie de vicisitudes que lo han marginado

¹ Enciso Alonso-Muñumer, Isabel, **Las Cortes de Cádiz**, Madrid, Akal, 1999, p. 39.

² Fernández Sarasola, Ignacio, **La Constitución de Cádiz**. Origen, contenido y proyección internacional, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, p. 335.

u olvidado de su propia legitimación, pasando por la desobediencia u omisión a normas que regulan la contratación de obras públicas, aunque dicha normatividad existiera; de ello, trata esta pequeña reflexión.

II. La Constitución de Cádiz y el Municipio

Conforme a la Constitución de Cádiz en el Título 6o., denominado “Del Gobierno Interior de las Provincias y de los Pueblos”, en su capítulo I, de los Ayuntamientos, se indicó en el artículo 309, que:

Artículo 309. Para el gobierno interior de los pueblos habrá ayuntamientos compuestos del alcalde o alcaldes, los regidores y el procurador síndico, y presididos por el jefe político donde lo hubiere, y en su defecto por el alcalde o el primer nombrado entre estos, si hubiere dos.

La Constitución de 1812 parte de la necesidad de establecer una nueva estructura municipal y provincial. Por lo tanto, no se ocupa de forma principal de crear Municipios, sino que parte de la realidad de “los pueblos” para los que generaliza la fórmula de Ayuntamientos integrados por Alcaldes, Regidores y Procurador síndico, presididos por el Jefe Político. En este sentido en la Constitución de 1812 predomina una organización del Ayuntamiento subordinada al poder central y se contienen las bases de un nuevo régimen local que rompe con el régimen anterior basado en el modelo francés³.

Con la delimitación del Municipio, a partir de la Constitución de Cádiz, se integró un nuevo concepto en la realidad política y jurídica de entonces, influyendo notablemente en nuestro país, ya que cada Provincia se transformó en Estado y el propio Municipio sirvió de base de la división territorial, además de que se tomó en cuenta las importantes funciones que se le encomiendan, también es el motor del desarrollo y del progreso de todo el Estado; en suma, estos ayuntamientos gaditanos, siguen siendo la base de la división política y territorial de los Estados en México⁴.

³ De la Torre Martínez, Lourdes, “*Régimen Jurídico del Municipio en la Constitución de 1812*”, en Chamocho Cantudo, Miguel Ángel y Lozano Miralles, Jorge, ***Sobre un Hito Jurídico la Constitución de Cádiz de 1812***. Reflexiones actuales, estados de la cuestión, debates historiográficos, Jaén, Universidad de Jaén, 2012, p. 621.

⁴ Barragán, Barragán, José, “*Consolidación de las Instituciones de origen gaditano en el constitucionalismo mexicano*”, en García Trobat, Pilar y Sánchez Ferriz, Remedio (Coord.), ***El legado de las Cortes de Cádiz***, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, p. 622.

Así, con la Constitución gaditana, España nació como nación plural. Se constituyó con territorios cuyos nombres geográficos o institucionales, aparentemente fueron los mismos que bajo la vieja monarquía, pero los liberales los dotaron de nuevo contenido y valor político. Ya no se trataba de una suma de reinos, virreinos, capitanías generales, provincias, señoríos y ciudades, sino que todos se transformaron en provincias y pueblos, y se dotaron de dos nuevas instituciones, ambas electas: los ayuntamientos constitucionales y las diputaciones provinciales⁵.

Los Ayuntamientos que se regulan, por medio de la Constitución de Cádiz, no son más que unos agentes del Poder Ejecutivo⁶, “de los que éste se sirve en ausencia de una Administración periférica propiamente dicha. Por eso, precisamente, se le encomienda sin vacilación alguna la gestión de ramos enteros del interés general, como los hospitales, hospicios y demás establecimientos de beneficencia, la construcción y reparación de caminos, calzadas, puentes y cárceles, así como todas las obras públicas de necesidad, utilidad y ornato, la promoción de la agricultura, la industria y el comercio, etc. Éste es, junto con la policía de salubridad y el orden público, el núcleo de sus competencias y lo que justifica que se sitúe bajo la presidencia del jefe político y la inspección de la Diputación Provincial que auxilia a éste”.⁷

En efecto, el artículo 321 de la Constitución Política de Cádiz, precisaba las atribuciones del Municipio, al expresar:

Artículo 321. Estará a cargo de los ayuntamientos.

Primero: La policía de salubridad y comodidad.

Segundo: Auxiliar al alcalde en todo lo que pertenezca a la seguridad de las personas y bienes de los vecinos, y a la conservación del orden público.

⁵ Pérez Garzón, Juan Sisinio, **Las Cortes de Cádiz**. El nacimiento de la nación liberal (1808-1814), Madrid, Síntesis, 2007, p. 351.

⁶ Respuesta del Conde de Toreno al Diputado Castillo, en la discusión del artículo 307 del Proyecto de Constitución Política de la Monarquía, en lo que cuestionaba el diputado Castillo la participación del jefe político presidiendo los Ayuntamientos, en la sesión del 10 de enero de 1812, en Martínez Pérez, Fernando (ed.), **Constitución en Cortes**. El debate constituyente 1811-1812, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2011, p. 911.

⁷ Fernández, Tomás-Ramón, “El Gobierno Interior de las Provincias y de los Pueblos”, en Escudero, José Antonio (Dirección), Cortes y *Constitución en Cádiz. 200 años*, Tomo III, Madrid, Espasa Libros, 2011, p. 241.

Tercero: La administración e inversión de los caudales de propios y arbitrios conforme a las leyes y reglamentos, con el cargo de nombrar depositario bajo responsabilidad de los que le nombran.

Cuarto: Hacer el repartimiento y recaudación de las contribuciones y remitirlas a la tesorería respectiva.

Quinto: Cuidar de todas las escuelas de primeras letras y de los demás establecimientos de educación que se paguen de los fondos del común.

Sexto: Cuidar de los hospitales, hospicios, casas de expósitos y demás establecimientos de beneficencia, bajo las reglas que se prescriban.

Séptimo: Cuidar de la construcción y reparación de los caminos, calzadas, puentes y cárceles, de los montes y plantíos del común, y de todas las obras públicas de necesidad, utilidad y ornato.

Octavo: Formar las ordenanzas municipales del pueblo y presentarlas a las Cortes para su aprobación por medio de la diputación y provincial, que las acompañará con su informe.

Noveno: Promover la agricultura, la industria y el comercio según la localidad y circunstancias de los pueblos y cuanto les sea útil y beneficioso.

De acuerdo con José Cano, las funciones encomendadas por la Constitución a los Ayuntamientos y desempeñadas tanto por los oficiales mayores como menores eran de “policía de salubridad y comodidad”⁸, sustancialmente.

Es importante resaltar que uno de los diputados gaditanos, más fuertes defensores del establecimiento y reconocimiento del Municipio, lo fue el diputado Miguel Ramos Arizpe, quien ocurrió en representación de la Nueva España y propuso la redacción de varios artículos de la Constitución de 1812, mismos que fueron aceptados⁹.

Se piensa que el origen del federalismo en México se puede remontar a la forma de gobierno establecida por la Constitución de

⁸ “El Gobierno de los Pueblos” en Escudero, José Antonio (Dirección), **Cortes y Constitución de Cádiz, 200 años**, Tomo III, Madrid, Espasa Libros, 2011, p. 287.

⁹ Chust Calero, Manuel, América en las Cortes de Cádiz, Madrid, Fundación MAPFRE, 2010, p. 155.

1812 para España y sus colonias. Y que éste proveyó de un gobierno representativo y de independencia política a cada provincia, además creó las diputaciones provinciales, de las que seis se adjudicaron a México¹⁰.

En resumen, para la Constitución de Cádiz, la creación del Municipio se plantea como un derecho constitucional esto es, como previsión no disponible por los poderes constituidos, ni siquiera por ley ni justicia, tanto menos por el gobierno. La tendencia de aquellas Constituciones de Estados mexicanos respecto a ciudadanía indígena fue la de convertir el derecho constitucional en concesión política¹¹.

III. El Ordenamiento municipal mexicano

La Constitución de Cádiz estuvo vigente en un primer período desde el 19 de marzo de 1812 hasta el 4 de mayo de 1814; en una segunda etapa, desde el 10 de marzo de 1820 hasta el 1 de octubre de 1823 (día en que Fernando VII vuelve a iniciar su gobierno absolutista); y en un tercer momento desde el 13 de agosto de 1836 hasta la promulgación de la siguiente constitución española (18 de junio de 1837).

En el período de mayor actividad de los insurgentes mexicanos, sobre todo de 1814 a 1820, la Constitución gaditana no estuvo vigente en nuestro país, por lo que se dice en términos generales que, las provincias de Ultramar volvieron a ser gobernadas como si la Constitución de Cádiz jamás hubiera sido promulgada. Se volvió al gobierno absoluto simple y llanamente¹².

Sin embargo, no obstante el haber perdido su vigencia por un tiempo, la Constitución de Cádiz influyó en México, entre 1810 y 1833, a decir de María Teresa Aguirre, ya que ello se nota en la redacción de la Constitución de Apatzingán, promulgada el 20 de diciembre de 1814 y en la Constitución Federal de 1824. Muestra de la influencia es la creación de un gran número de Ayuntamientos en esa época, ya que cita como ejemplo el caso del Estado de Oaxaca, el cual en 1820 registraba 200 Ayuntamientos, con una población que se estimaba en 500

¹⁰ Lee Benson, Nettie, ***La Diputación Provincial y el Federalismo Mexicano***, México, El Colegio de México-UNAM, 1994, p. 21.

¹¹ Clavero, Bartolomé, “*Hemisferios de ciudadanía: Constitución española en la América indígena*”, en Álvarez Junco, José y Moreno Luzón, Javier (eds.), ***La Constitución de Cádiz: Historiografía y Conmemoración***. Homenaje a Francisco Tomás y Valiente, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 117.

¹² Ferrando Badía, Juan, “Proyección exterior de la Constitución de 1812”, en Artola, Miguel (ed.), ***Las Cortes de Cádiz***, Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 215.

mil habitantes, de los cuales alrededor de 17 mil vivían en la Ciudad de Oaxaca y entre 40 y 45 mil en el valle central, mientras el resto de la población se dispersaba en el territorio del Estado, hecho que nos lleva a pensar que se constituyeron Ayuntamientos en poblados con menos de 1000 habitantes¹³.

La Constitución de 1812 incrementó drásticamente el espectro de la actividad política. La carta de Cádiz fundó un gobierno representativo en tres niveles: la ciudad o pueblo (con el ayuntamiento constitucional), la provincia (con la diputación provincial), y la Monarquía (con las Cortes)¹⁴. Por otro lado, si bien es cierto que con dichas figuras se incrementa la actividad política, la actividad jurídica llevó otro ritmo.

Durante el siglo XIX, las cortes españolas dictaron una serie de medidas que regularon el Municipio español; dichas disposiciones pueden eventualmente considerarse como fuentes del derecho mexicano, a decir de Barragán¹⁵, sobre todo aquellas emitidas antes de la expedición de la Constitución mexicana de 1824. Sin embargo, contrario a lo que señala Barragán, Roberto Breña expresa que la “Constitución gaditana no es, no puede ser, un documento que forme parte de la historia constitucional mexicana”¹⁶; en este sentido, no estamos de acuerdo con lo que señala Breña ya que, como veremos más adelante, la Constitución Española de 1812 estuvo vigente en nuestro país y ello derivó en una serie de normas en diversos ramos, como lo sería el municipal, que dieron origen a instituciones firmes del derecho positivo mexicano.

Dentro de esas medidas, las Cortes de España, emitieron el 23 de junio de 1813, un Decreto relativo a la Instrucción para el gobierno económico político de las provincias, el cual estuvo vigente en México,

¹³ Aguirre Covarrubias, María Teresa, “*La Constitución gaditana y su influencia en las constituciones mexicanas*”, en Gullón Abao, Alberto y Gutiérrez Escudero, Antonio (Coords.), ***La Constitución Gaditana de 1812 y sus Repercusiones en América***, Volumen 2, Cádiz, Universidad de Cádiz, 2012, p. 127.

¹⁴ Rodríguez, Jaime, “La Constitución de Cádiz en Iberoamérica”, en *La Constitución de Cádiz y su Huella en América*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 2011, p. 101.

¹⁵ Barragán Barragán, José, “La legislación gaditana como derecho patrio”, en *Memoria del II Congreso de Historia del Derecho Mexicano (1980)*, México, UNAM, 1981, pp. 378-392.

¹⁶ Breña, Roberto, “La Constitución de Cádiz: alcances y límites en Nueva España”, en Noriega, Cecilia y Salmerón, Alicia, *México: un Siglo de Historia Constitucional (1808-1917)*, México, Instituto Mora, 2009, p. 15.

previo a su Independencia¹⁷ Dentro de dicho ordenamiento, en el capítulo I, dedicado a las obligaciones de los ayuntamientos, se consideró que, quedaba a su cargo: la policía de salubridad y comodidad, cuidar de la limpieza de las calles, mercados, plazas públicas, y la de los hospitales, cárceles y casas de caridad o de beneficencia; velar sobre la calidad de los alimentos de todas clases; cuidar de que en cada pueblo hubiera un cementerio convenientemente situado; cuidar asimismo de la desecación o bien, de dar curso a las aguas estancadas o insalubres; y por último, de remover todo lo que en el pueblo o en su término pueda alterar la salud pública o la de los ganados (art. I).

Asimismo, se consideró, entre otras atribuciones, que le correspondería a cada ayuntamiento, la atención de los caminos rurales y de travesía de su territorio, y de todas aquellas obras públicas de utilidad, beneficencia u ornato que pertenecieran precisamente al término de su jurisdicción, y que se dirigieran a la utilidad o comodidad de su vecindario en particular, cualquiera que fuera la naturaleza de estas obras; arreglándose sin embargo a las leyes militares los ayuntamientos de aquellos pueblos que fuesen plazas de guerra, o en que se hallasen castillos o puestos fortificados. En los caminos, calzadas, acueductos u otras cualesquiera obras públicas que pertenecieran a la provincia en general, se cuidaría el ayuntamiento del pueblo por donde pasaren o a donde se extendieren estas obras públicas, de dar oportunamente aviso al jefe político de cuanto creyere digno de su atención para el conveniente remedio, y tendría además aquella intervención que le fuere cometida por el jefe político de la provincia; y lo mismo debería entenderse de las obras públicas nacionales, como carreteras generales y otros establecimientos públicos, que por interesar al reino en general deberían estar al cuidado del gobierno, que encargaría a cada provincia o a cada ayuntamiento lo que en cada caso tenga por conveniente (VI). Como se podrá notar, este Decreto ampliaba las atribuciones de que fueron investidos los Ayuntamientos en la constitución gaditana.

¹⁷ ***Colección de Decretos y Órdenes de las Cortes de España que se reputan vigentes en la República de los Estados Unidos Mexicanos***, edición facsimilar de la editada por la Imprenta de Galván a cargo de Mariano Arévalo en 1829, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005, pp. 85-87.

Dicha Instrucción fue necesaria, entre otras cosas, para regular las relaciones entre los Ayuntamientos, el Jefe Superior y las Diputaciones, a pesar de que la Constitución de 1812 dedicaba varios artículos a la administración de los pueblos y provincias¹⁸.

En México, el 22 de octubre de 1814 el Congreso de Anáhuac promulgó el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, conocida como Constitución de Apatzingán; sin embargo, dicho documento político no consideró expresamente al Municipio.

La primera Constitución Política Federal de México de 4 de octubre de 1824, tampoco se refirió de manera directa al Municipio. En 1836 llegaron al poder en México los conservadores, quienes promulgaron las Siete Leyes Constitucionales, de las cuales la sexta, en los artículos 3, 5, 7, 8 al 11, 16, 18, 19, 21 al 23 y 25 regularon aspectos municipales y consagraron como constitucionales a los Ayuntamientos¹⁹. El artículo 25 en especial, estableció que estaría a cargo de los ayuntamientos, sustancialmente: la policía de salubridad y comodidad, cuidar de las cárceles, de los hospitales y casas de beneficencia, de las escuelas de primera enseñanza, de la construcción y reparación de puentes, calzadas y caminos; o sea, funciones similares a las ya reguladas.

El 20 de Marzo de 1837 se emitió por el Congreso Mexicano, una Ley que contenía el Reglamento provisional para el gobierno interior de los Departamentos, dentro del cual se establecen las atribuciones de los Ayuntamientos (artículo 134 y siguientes): los cuales cuidarán de la limpieza de las calles, mercados y plazas públicas; procurarán que en cada pueblo haya cementerio; cuidarán de la conservación de las fuentes públicas; procurarán que las calles estén rectas, empedradas y alumbradas; estará bajo su cargo promover la construcción y reparación de puentes, calzadas y caminos; en la confluencia de varios caminos pondrán rotulones que expresen su respectiva dirección, y la distancia al pueblo más inmediato, o sea poner señalamientos; y, entre otras, celebrar “contratas” para toda clase de diversiones.

¹⁸ Sarrión Gualda, José, “*La Instrucción de 23 de junio de 1813 para el gobierno económico-político de las provincias y la rebelión de sus diputaciones*”, en Anuario de Historia del Derecho Español, número 67, 1997, p. 1203.

¹⁹ Quintana Roldán, Carlos, *Derecho Municipal*, 10ª edición, México, Porrúa, 2011, p. 67.

Por otro lado, si bien es cierto que la Constitución Política Mexicana del 5 de febrero de 1857, aludió al Municipio en forma genérica, no estableció regulaciones específicas para dicha institución local. Sin embargo, es importante precisar que, mientras se discutía el texto de dicha Constitución, en la sesión de 16 de junio de 1856, el Diputado José María del Castillo Velasco, propuso al Congreso Mexicano que se añadiera un artículo a la Constitución que se discutía, en el que se expresara: que toda municipalidad con acuerdo de su consejo electoral, puede decretar las medidas que crea convenientes al municipio²⁰. Dicha propuesta fue ignorada y la Constitución del 57 omitió la figura del Municipio.

Al inicio del siglo XX, el 26 de marzo de 1903, el Congreso Federal expidió una Ley de Organización Política y Municipal del Distrito Federal, la cual incluyó Bases Generales para la administración y Gobierno del Distrito Federal (Artículo 18); el Gobierno político y la administración estarían a cargo de 3 funcionarios: el Gobernador del Distrito, el Presidente del Consejo Superior de Salubridad y el Director General de Obras Públicas (Artículo 19), quienes serían nombrados por el Ejecutivo Federal (Artículo 20) y reunidos formarán el Consejo Superior de Gobierno del Distrito Federal (Artículo 38); en cada una de las Municipalidades foráneas habrá un prefecto político que tendrá a su cargo el gobierno político y administración de los diversos ramos del servicio público (artículo 24); el Ejecutivo Federal podría encomendar a juntas especiales la formación o examen de proyectos para obras del servicio público del Distrito que revistieran gran importancia (Artículo 27); se admitían recursos contra actos administrativos de las autoridades del Distrito (Artículo 35); el Director General de Obras Públicas, tendrá a su cargo los ramos de: dotación y distribución de aguas potables, vías públicas, parques y paseos, monumentos y relojes públicos, alumbrado público, desagüe, saneamiento y limpia de las poblaciones, edificios destinados al servicio público, cementerios, rastros y mercados, inspección de construcciones de particulares y montes, terrenos y ejidos y demás bienes de uso común (Artículo 52); en cada municipalidad habrá un ayuntamiento (Artículo 69), formado por concejales (Artículo 70). Este ordenamiento estuvo vigente por poco tiempo, ya que la revuelta iniciada en 1910 impidió la puesta en práctica del mismo.

²⁰ Zarco, Francisco, *Historia del Congreso Extraordinario Constituyente de 1856 y 1857*, Tomo I, México, Imprenta de Ignacio Cumplido, 1857, p. 513.

La Constitución Política de nuestro país, de 5 de febrero de 1917 expresó, en su artículo 115, referente a los Municipios, lo siguiente:

Art. 115.- Los Estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, popular, teniendo como base de su división territorial, y de su organización política y administrativa, el Municipio Libre, conforme a las siguientes bases:

I.- Cada Municipio será administrado por un Ayuntamiento de elección popular directa, y no habrá ninguna autoridad intermedia entre éste y el Gobierno del Estado.

II.- Los Municipios administrarán libremente su hacienda, la cual se formará de las contribuciones que señalen las Legislaturas de los Estados y que, en todo caso, serán las suficientes para atender sus necesidades.

III.- Los Municipios serán investidos de personalidad jurídica para todos los efectos legales.

El Ejecutivo Federal y los Gobernadores de los Estados tendrán el mando de la fuerza pública en los Municipios donde residieren habitual o transitoriamente.....

Como podemos notar, no existe ninguna referencia en el artículo 115 original, a las competencias del Municipio y menos aún a las obras públicas de carácter municipal. Unas y otras se dejaron para una reglamentación de tipo local, en que las Constituciones de los Estados de la República serían determinantes.

El artículo 115 de nuestra Constitución Política Federal ha tenido 14 enmiendas hasta el año 2014, dentro de las cuales solamente por citar señalaremos: la primera fue en 1928, en relación al número de representantes en las Legislaturas de los Estados; la segunda en 1933, relativa a prohibición de reelección de autoridades municipales y libertad hacendaria municipal; la tercera en 1943, la cual trató sobre la vigencia de 6 años, como mandato para los gobernadores; la cuarta fue en 1947 y contempló la participación de las mujeres en las elecciones municipales.

La quinta reforma se hizo en 1953, la cual señaló al Municipio como la base de la división territorial de los Estados, los cuales adoptarían un gobierno republicano, representativo y popular; la sexta reforma se realizó en 1976, mediante la cual se adicionaron 2 fracciones al artículo

115 constitucional, otorgándole facultades a los Municipios de orden normativo y de desarrollo urbano; la séptima modificación se publicó en 1977 y la misma se refería a una reforma integral en materia político electoral, que incluyó a los Municipios, para elegir a representantes por el principio de representación proporcional; la octava enmienda se hizo en 1983 y fue una reforma amplia del artículo, con varios aspectos, dentro de los cuales podemos destacar: la facultad otorgada a los Ayuntamientos para expedir bandos de policía y buen gobierno; precisó las competencias mínimas de los municipios, ante la incertidumbre que existía con anterioridad a efecto de delimitar las competencias municipales²¹; así se señaló que el Municipio tenía atribuciones para atender los siguientes servicios públicos: (i) agua potable y alcantarillado; (ii) alumbrado público; (iii) limpia; (iv) mercados y centrales de abasto; (v) panteones; (vi) rastro; (vii) calles, parques y jardines; (viii) seguridad pública y tránsito y (ix) cualquier otra actividad que las Legislaturas Estatales determinen; asimismo, se le otorgaron facultades al Municipio para administrar libremente su hacienda.

La novena reforma se realizó en 1987, la cual consideró las relaciones de trabajo, entre los Municipios y sus trabajadores; la décima reforma se hizo en 1999 y expresaba que las leyes en materia municipal, que expidan los Congresos locales, deberán contemplar los casos en los que se requiera el acuerdo de las dos terceras partes de los miembros de los Ayuntamientos, para dictar resoluciones que afecten al patrimonio inmobiliario municipal o para celebrar actos o convenios que comprometan al Municipio por un plazo mayor al periodo del Ayuntamiento y asimismo, dicha reforma precisó y distinguió las funciones y los servicios públicos municipales, sin precisar cada una de ellas, pero estableció precisiones en materia de agua, residuos, calles y seguridad pública, indicando la denominación siguiente para agua: agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales; en materia de residuos, señaló: limpia, recolección, traslado, tratamiento y disposición final de residuos; y en materia de calles expresó: calles, parques y jardines y su equipamiento; y por último, en materia de seguridad pública se definió que la misma, en los términos del artículo 21 de esta Constitución, sería policía preventiva municipal y de tránsito.

²¹ Robles Martínez, Reynaldo, *El Municipio*, 9ª edición, México, Porrúa, 2009, p. 130.

La décima primera modificación se realizó en el año 2001, sobre las comunidades indígenas en el ámbito municipal; la décima segunda reforma se realizó en el 2008 sobre seguridad pública; la décima tercera en 2009 para incluir en los presupuestos municipales los tabuladores desglosados de las remuneraciones de los servidores públicos municipales; y la última enmienda en febrero de 2014, en la que se permite ya, la elección consecutiva para el mismo cargo, por un período adicional de presidentes municipales, regidores y síndicos.

Como podemos notar, solamente la octava y décima reforma de 1983 y 1999 contemplaron las funciones y servicios públicos municipales, dentro de los cuales va implícito el concepto de obra pública, ya que la construcción, instalación, ampliación, adecuación, remodelación, restauración, conservación, mantenimiento, modificación y demolición de bienes inmuebles, relativos a las funciones y servicios públicos municipales (estos últimos, mientras sean desarrollados por los propios Municipios), se considera obra pública municipal. Es decir, 147 años después de que la Sexta Ley Constitucional de 1836, siguiendo a la Constitución gaditana, reconoció las competencias municipales, en especial las relativas a obras públicas, es que en nuestro país, se registra de manera detallada tal circunstancia en un ordenamiento constitucional.

IV. Las obras públicas municipales en la normatividad:

Ya hemos señalado que el artículo 321 de la Constitución gaditana, establecía las atribuciones de los Ayuntamientos y en especial, el numeral séptimo refería, que les correspondía: “Cuidar de la construcción y reparación de los caminos, calzadas, puentes y cárceles, de los montes y plantíos del común, y de todas las obras públicas de necesidad, utilidad y ornato”. Ahora bien, cómo se desarrolló, desde el punto de vista normativo, tal disposición, lo comentaremos a continuación, precisando la legislación más relevante, tanto en España como en México, ya que los dos sistemas, como veremos, surgidos de la Constitución de 1812, estuvieron intrínsecamente unidos, tanto conceptual como históricamente.

Cuidar de la construcción y reparaciones de los caminos, calzadas, puentes y cárceles, significaba que el Ayuntamiento tenía que atender las nuevas obras en estas materias, así como mantenerlas, conservarlas o repararlas y, en general, construir y reparar todas las obras públicas que

fueran estrictamente necesarias, o aquellas que tuvieran una utilidad o simplemente que sirvieran de ornato o belleza pública.

Es importante resaltar que, el concepto de obras públicas municipales, no solamente comprende su delimitación, como atribución de los Municipios, sino que además comprende la planeación, la elaboración del presupuesto, contratación y ejecución de las mismas²². Para efectos de nuestro trabajo, nos centramos en la parte de la contratación local.

A).- Española.

La normatividad española del siglo XIX, en materia de contratación local, aplicable a los municipios es muy rica y se complementa con la de México, para que se desarrolle a principios del siglo XXI, una modernización de toda la normatividad aplicable a la contratación de obra pública municipal.

En España, se emitió el 8 de enero de 1845, una Ley que decretó la organización y atribuciones de los Ayuntamientos, que les otorgaba facultades para arreglar, por medio de acuerdos, el disfrute de bienes comunales, así como el sistema de administración de los fondos del común. El 2 de octubre de 1877 se expidió una nueva Ley Municipal, la cual en su artículo 72, señaló la exclusiva competencia de los Ayuntamientos: en el establecimiento y creación de servicios municipales referentes al arreglo y ornato de la vía pública, comodidad e higiene del vecindario, fomento de sus intereses materiales y morales y seguridad de las personas y propiedades, incluyendo la apertura y alineación de calles y plazas y de toda clase de vías de comunicación; el empedrado, alumbrado y alcantarillado; el surtido de aguas; los paseos y arbolados; el establecimiento de balnearios, lavaderos, casas de mercado y mataderos; las ferias y mercados; las instituciones de instrucción y servicios sanitarios; los edificios municipales y en general, todo género de obras públicas necesarias para el cumplimiento de los servicios, con sujeción a la legislación especial de obras públicas; la vigilancia y guardería; la policía urbana y rural o cuanto tenga relación con el buen orden y vigilancia de los servicios municipales y limpieza, higiene y salubridad

²² Instituto Nacional de Administración Pública y Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, **Manual de Obra Pública Municipal**, México, 1997.

del pueblo; así como la administración municipal de todas las fincas, bienes y derechos pertenecientes al Municipio. Como podremos notar, este ordenamiento citado, sirvió de base, para lo que más tarde serían los principios constitucionales mexicanos, referentes al Municipio.

Dentro de los principales ordenamientos relativos a esta materia, podemos destacar el Real Decreto de 10 de octubre de 1845, denominado como una Instrucción para promover y ejecutar las obras públicas. Dicho instrumento es una instrucción que se aprobó y mandó observar para promover y ejecutar las obras públicas de caminos, canales de navegación, de riego y desagüe, puertos de mar, faros y desecación de lagunas y terrenos pantanosos. Los artículos 5°, 6°, 13°, 14° y 15°, establecen que las obras pueden realizarse por Empresas, por contrata o por Administración; que en las de contrata la Administración satisface en plazos fijos las cantidades estipuladas: que deberán preferirse las contratas siempre que sea posible, y celebrarse las subastas en Madrid por la Dirección General, y en las provincias por los jefes políticos, con asistencia del ingeniero jefe del distrito, anunciándose previamente en la forma que dice, y precediendo a la adjudicación la aprobación de los proyectos, presupuestos y pliego correspondientes. Además de dichos artículos hay otros relativos a obras provinciales y municipales.

En España se expidió la Ley de 13 Abril de 1877, sobre Obras Públicas, la cual consideró su clasificación, administración y los aspectos económicos, así como atribuciones de la Administración provincial y municipal. En ese sentido, el ordenamiento refería que debemos entender por obras públicas, las que sean de uso general y aprovechamiento, y las construcciones destinadas a servicios que se hallen a cargo del Estado, de las provincias y de los pueblos.

Pertenecen al primer grupo: los caminos, tanto ordinarios como de hierro, los puertos, los faros, los grandes canales de riego, los de navegación, y los trabajos relativos al régimen, aprovechamiento y policía de las aguas, encauzamiento de los ríos, desecación de lagunas y pantanos y saneamiento de terrenos. Y al segundo grupo pertenecen los edificios públicos destinados a servicios que dependan del Ministerio de Fomento (art. 1).

El artículo 6 de dicha Ley, estableció que, serían a cargo de los Municipios:

1º La construcción y conservación de los caminos vecinales incluidos en el plan de los que deban costearse con fondos municipales.- 2º. Las obras de abastecimiento de aguas de las poblaciones.- 3º. La desecación de las lagunas y terrenos insalubres que, no siendo de los comprendidos en el párrafo quinto del artículo 4º, ni en el párrafo tercero del artículo 5º., interesen a uno o más pueblos.- 4º. Los puertos de interés meramente local.

Asimismo, en el artículo 11 se estableció que, correspondía a la administración municipal conocer:

1º De la construcción, reparación y conservación de los caminos vecinales costeados por los Ayuntamientos, o que deban correr a cargo de los mismos según las prescripciones de esta ley.- 2º. Del abastecimiento de aguas a las poblaciones, en lo tocante a la construcción de las obras o a la concesión de las mismas a empresas particulares.- 3º. De la desecación de lagunas o terrenos insalubres que se declare que son de interés puramente local.- 4º. La construcción y conservación de los puertos de interés local.- 5º. La construcción y mejora de los edificios destinados a servicios públicos que dependen del Ministerio de Fomento, y la conservación de los monumentos artísticos e históricos”.

Asimismo se estipuló que ninguna obra municipal podrá llevarse a cabo si en el proyecto correspondiente (Artículo 18) y sin presupuesto del Ayuntamiento respectivo (Artículo 45), no hubiese crédito consignado al efecto en los términos que prescriben las leyes y Reglamentos; y que los Ayuntamientos podrán ejecutar sus obras por administración o por contrata (Artículo 48).

El 4 de enero de 1883, se expidió un Real Decreto, que establecía Reglas y Formalidades para la contratación de obras y servicios provinciales y municipales. Este decreto, primera disposición que se ocupó de la materia en forma conveniente, estableció el remate público como regla general para todos los contratos que celebraran las Diputaciones y Ayuntamientos y que hubiesen de producir gasto o ingreso en los fondos provinciales y municipales, e introdujo algunas reformas, aconsejadas por la experiencia, encaminadas a hacer más fáciles y menos costosas las subastas para los contratos de poca cuantía, admitiendo en ellas la licitación verbal, y a dar a las provincias y a los Municipios, en todo lo relativo a sus contratos las facultades que de derecho les corresponden con arreglo a los principios descentralizadores. El decreto de 1883 fue

derogado por la Instrucción de 26 de Abril de 1900 que su vez lo ha sido por la Ley de 24 de Enero de 1905.

B).- Mexicana

Después de la investigación realizada, nos hemos encontrado que en la historia jurídica mexicana, existen una serie de ordenamientos, relativos a la contratación pública local, muestra de ello es que el 28 de enero de 1834, se dictó una Providencia, por parte de la Secretaría de Relaciones, en la que se indicaba que:

“Se desempeñen por contratas los ramos del ayuntamiento y prevenciones en cuanto a sus gastos y rentas. En esta providencia se permitía que los particulares desempeñaran actividades propias del Ayuntamiento, siempre y cuando se convoque a los contratistas, para que hagan sus propuestas, dándose los pregones respectivos (artículo 1). Las comisiones respectivas del ayuntamiento serán nombradas del mismo modo que hasta aquí, y éstas tendrán por objeto ver y examinar si los contratistas cumplen escrupulosamente con las contratas (artículo 3). Se exceptúan de ser convocadas, para componerse por contrata, las calzadas de Belén y La Piedad, por haber ya un convenio para su compostura (artículo 4). El gobierno, siempre que lo tenga por conveniente, y lo mismo las comisiones respectivas, podrán visitar los enseres con que los contratistas desempeñen sus contratos (artículo 6). Entre los objetos que se tendrán presentes al admitir las propuestas que hagan los empresarios, será uno el examen de los enseres y útiles con que se desempeñan algunos ramos, para el mejor servicio y prevenir los males que de ahí resulten²³”.

El 2 de Mayo de 1853 se emitió una Ordenanza provisional del Ayuntamiento de México. En este documento se señaló la existencia de una comisión de obras públicas, misma que se encargaría de los ramos de empedrados, obrería mayor, aguas, ríos, acequias, canales, calzadas, paseos y cualquier otra de las demás obras necesarias. Asimismo, se señaló que los materiales que se necesitaran comprar por mayor, para el servicio de las obras públicas y de los ramos municipales, se contratarían

²³ Dublán, Manuel y Lozano, José María Lozano, Legislación mexicana o Colección Completa de las Disposiciones Legislativas Expedidas desde la Independencia de la República, Tomo II, México, Imprenta del Comercio, 1876, p. 671.

en almoneda, es decir, a través de una licitación pública, como principio general.

El 25 de mayo de 1853 se expidió una Ley para el Arreglo de lo Contencioso Administrativo. En este ordenamiento se señaló que son cuestiones de administración, las relativas a las obras públicas, a los ajustes públicos y contratos celebrados por la administración. Es decir, las cuestiones de litigios en contratación pública, estaban supeditadas a Tribunales de orden administrativo.

En la misma fecha (mayo 25 de 1853), se emitió el Reglamento de la ley anterior. Se definió en el artículo 1º de este Reglamento que, son obras públicas: los caminos, puentes, canales, diques, ferrocarriles, construcción de edificios y todas las demás obras o trabajos que emprendan con un objeto de utilidad general y por autorización o concesión de la administración o a expensas de los fondos públicos. En consecuencia son contencioso administrativas, las discusiones que se susciten entre la administración y el empresario de tales obras. Se entiende por ajustes públicos, los remates o adjudicaciones de las empresas o de las contratas para atender a los objetos de utilidad general. Además, se consideraron contencioso administrativas, todas las cuestiones sobre las contratas para la provisión del ejército o para poder ejecutar las obras públicas.

El 2 de Septiembre de 1854, el Ministerio de Gobernación expidió un Reglamento para el ramo municipal de Obras Públicas. El Artículo 31 de tal ordenamiento, señaló que: “el acuerdo del ayuntamiento que determine la ejecución de dichas obras, se pasará a la junta para que decida y consulte a la corporación, si la importancia de la obra es suficiente para que se convoque a un concurso. En tal caso, la misma junta fijará las bases facultativas del programa, cuyas condiciones administrativas acordará previamente el ayuntamiento, quien procederá después a publicar la convocatoria, con inserción de dichas bases, para que los que gusten concurrir, presenten dentro del plazo que se fijare, los planos y presupuestos de la obra en pliego cerrado que se entregará al secretario de la corporación. Concluido el término, los planos presentados serán examinados y calificados por la junta facultativa y por el presidente del ayuntamiento, determinándose cuál deba ser el que merezca el premio que se fijará anticipadamente en las bases, y dado al autor, quedará el proyecto en el dominio de la autoridad municipal”. En el Artículo 33 se señaló: “Si la obra que deba emprenderse no fuese

de bastante importancia para merecer las demoras, gastos y trabajos de un concurso, la junta directiva nombrará al arquitecto o arquitectos que estimare convenientes para que formen el plano de ella”. En el Artículo 34 establecía: “aprobado el plano y proyecto, ...la junta de hacienda consultará al ayuntamiento si la obra debe hacerse por administración o por contrata...”. Por su parte el Artículo 35 señalaba: “el punto de partida para las pujas en las almonedas, será el importe del presupuesto aprobado para la ejecución de la obra. El remate fincará en el mejor aunque no sea el mayor postor”. El Artículo 36 determinó: “una vez hecha la contrata, la junta facultativa nombrará al arquitecto de ciudad que deba inspeccionar la obra, el cual la visitará con frecuencia, dando parte a la misma junta y a la de hacienda de cualquier falta que notare en ella, a fin de que oportunamente se hagan las reclamaciones necesarias al contratista”. En el Artículo 46 se precisó que: “Es obligación de los arquitectos de ciudad ejecutar todos los trabajos ordinarios de dirección del ramo de obras públicas...dar al administrador todos los informes y datos que les pida para el ajuste del precio de los materiales...”. En el Artículo 70 se señaló que le corresponderá al administrador “hacer las compras de los muebles de todas clases y de las herramientas y utensilios necesarios para las obras públicas y para los objetos de su cargo, incluyéndose su costo en los presupuestos respectivos; hacer todas las compras y adquisiciones de los materiales no contratados en almoneda pública”.

Es relevante hacer notar que, este Reglamento, a casi 150 años de su expedición, estableció de manera muy importante la mayoría de los principios que hoy en día tenemos en materia de contratación de obras públicas municipales; sin embargo, en la práctica este ordenamiento fue muy poco acogido por los municipios en nuestros Estados, aún y cuando estaba dirigido a todos, y en la práctica solamente se aplicó al Ayuntamiento de la Ciudad de México.

El 17 de Marzo de 1855, el Gobierno Federal Mexicano, emitió un Decreto sobre arreglo de las municipalidades. En dicho decreto se señaló que los intendentes municipales tendrían a su cargo la inspección y conservación de calles y caminos vecinales. Asimismo, le correspondía a los consejos municipales el cuidar que ninguna venta, arrendamiento o adjudicación de obras o contratos, dejara de hacerse por medio de remates públicos. En dicho instrumento se precisó que son ingresos de los municipios los relativos a mataderos de ganados, palenques de gallos, pensiones por licencias para diversiones públicas, mercados, plazas y

tianguis. En los Artículos 85, 86 y 87 del Decreto señalado, se refirió a los acuerdos de los consejos municipales que versen sobre adquisiciones, ventas o permutas de bienes inmuebles, los cuales no tendrían efecto alguno, sino hasta que el Gobernador los hubiere aprobado. Cuando el valor de alguno de esos objetos fuese superior a la cantidad de 3,000 pesos, la aprobación sería solicitada precisamente por el Ministerio de Gobernación.

En 1897 (el 31 de marzo) el Ayuntamiento Constitucional de México, expidió el Reglamento del ramo de obras públicas de la Municipalidad de México. Éste contenía la clasificación de las obras en nuevas, de reparación y conservación (3); presupuesto, como un requisito necesario para realizar las obras (6, 12 y 17); las obras nuevas se podrían ejecutar por administración o por contrato (9); la figura del residente (9); la definición de obras de reparación (10); definición de obras de conservación (13); señalaba al proyecto ejecutivo como parte del contrato de obras públicas (15); incluía la figura del inspector de obras, como antecedente de la supervisión de las obras (15); regulaba la organización de la dirección de obras públicas y las facultades de los funcionarios públicos (18 y ss).

En ese mismo año de 1897, pero el 14 de Abril, el Ayuntamiento de México emitió el Reglamento para la concesión de licencias para obras en la capital. Las obras de la Ciudad se dividieron en tres clases: de primera clase: las construcciones de edificios nuevos; de segunda clase: las obras de reparación de edificios ya construidos y de tercera clase: la apertura de vanos. Asimismo, se señaló que la concesión de toda licencia para obras, requería del previo reconocimiento e informe favorable del arquitecto de la Ciudad.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos promulgada el 5 de febrero de 1917, en su artículo 134, originariamente señaló “Todos los contratos que el Gobierno tenga que celebrar para la ejecución de obras públicas, serán adjudicadas en subasta, mediante convocatoria, y para que se presenten proposiciones en sobre cerrado que será abierto en junta pública”. En el ordenamiento constitucional, únicamente se refería a los contratos del “Gobierno”, sin precisar si se refería al Gobierno Federal, el estatal o municipal y si en dicha connotación deberíamos entender que se trataba de todas las ramas del Gobierno. Dicho artículo permaneció inalterable hasta la reforma de 1982, la cual comentaremos más adelante.

A partir de la expedición de la Constitución Política de 1917, en nuestro país se expidieron una serie de normas que regulaban las obras públicas, en general, con aplicación sustancialmente a los organismos de carácter federal, sin precisar en la mayoría de los casos que dichas normas eran de aplicación municipal, lo cual generó en casi todo el siglo XX, un caos en la aplicación de la normativa de obras públicas a los Municipios del país.

El 23 de enero de 1923 la Secretaría de Hacienda y Crédito Público expidió el Reglamento para la autorización de créditos en contra de la Federación y de contratos en que la misma fuera parte. De acuerdo con esta disposición, en el artículo 13 se señaló que “cuando pretendan celebrarse contratos para la ejecución de obras públicas, o que afecten bienes de propiedad federal o que estén al cuidado del gobierno, la Secretaría de Hacienda examinará si se da cumplimiento a las disposiciones legales relativas y dará a conocer a la Dependencia Federal correspondiente su conformidad o inconformidad”.

En el artículo 14 se señalaba que “queda facultada la Secretaría de Hacienda para comprobar, cuando lo juzgue conveniente, la forma y exactitud con que se dé cumplimiento a las estipulaciones concertadas a favor del gobierno, a cuyo efecto puede ordenar que se efectúen las inspecciones necesarias. Si se trata de la ejecución de obras, puede también intervenir en la entrega de éstas. Cuando se ejecuten por administración puede ejercer la vigilancia e intervención de que trata este artículo para comprobar que se da cumplimiento a las especificaciones y presupuestos aprobados”.

En la Ley del Servicio de Inspección Fiscal de 13 de abril de 1936, se le otorgaron facultades a la inspección fiscal federal, para intervenir en los actos o contratos relacionados con las obras de construcción, instalación y reparación que llevaran a cabo por cuenta del Gobierno Federal, y vigilar la ejecución de los mismos.

La propia norma, en su artículo 34 refería: “Los actos y contratos del Gobierno Federal, relacionados con la ejecución de obras de construcción, instalación y reparación, se someterán al examen de la Inspección Fiscal, previamente a su autorización. La intervención de la Inspección Fiscal tendrá por objeto revisar la parte técnica en lo relativo a precios, costes, especificaciones y programas de trabajos”.

En el Reglamento de la Ley del Servicio de Inspección Fiscal de 4 de septiembre de 1936, se estableció, en el artículo 84, que

Para los efectos de la intervención que establece el artículo 34 de la Ley, se consideran obras de construcción, instalación y reparación, las siguientes:

I.- Obras de construcción, las nuevas y de ampliación que se proyecten y lleven a cabo, aplicando la ingeniería y la arquitectura.

II.- Obras de instalación, los trabajos inherentes a la colocación, en una construcción, de una serie o conjunto de muebles, máquinas, aparatos y sus accesorios, para un servicio o fin determinados.

III.- Obras de reparación, toda compostura, restauración, reforma o adaptación de una construcción. Quedan incluidos en este grupo los trabajos de conservación correspondientes a las obras y servicios existentes.

Asimismo, en el numeral 85 de ese Reglamento se estableció: “Las Secretarías y Departamentos de Estado que pretendan celebrar contratos para la ejecución de obras de construcción, instalación o reparación, antes de publicar una convocatoria, remitirán oportunamente a la oficina central de inspección fiscal el proyecto de dicha convocatoria, acompañado de los planos de la obra, de sus especificaciones y del presupuesto oficial”. Ello formaba parte del mecanismo de control y vigilancia de las obras públicas.

La Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas del 4 de enero de 1966, estableció en su artículo 1º: “La intervención en los contratos relativos a las obras de construcción, instalación, conservación, reparación y demolición de bienes inmuebles, así como la inspección y vigilancia de esas obras que lleven a cabo las Secretarías y Departamentos de Estado, el Departamento del Distrito Federal, los Gobiernos de los Territorios Federales, los Organismos Públicos y las Empresas de Participación Estatal, se regirán por las disposiciones de esta Ley”. Es decir, no se aplicaba a las Entidades Federativas ni a los Municipios.

El 30 de diciembre de 1980 se expidió la Ley de Obras Públicas, la cual era aplicable a los entes federales, y también se aplicó a los Estados de la República, según su Artículo 7: “La ejecución de obras públicas con cargo total o parcial a fondos federales conforme a los convenios entre el Ejecutivo Federal y las Entidades Federativas, estará sujeta a las disposiciones de esta Ley”.

El 28 de diciembre de 1982, por primera ocasión se reforma el Artículo 134 constitucional, para precisar sustancialmente que: los recursos económicos de los cuales disponga el Gobierno Federal y el Gobierno del Distrito Federal, se administrarían con eficiencia, eficacia y honradez. Asimismo, que las adquisiciones, contratación de servicios y obra pública, se adjudicarían o llevarían a cabo a través de licitaciones públicas, mediante convocatoria pública para que libremente se presentaren propuestas solventes en sobre cerrado, que luego sería abierto públicamente.

La Ley de Adquisiciones y Obras Públicas del 30 de diciembre de 1993, permitió por primera vez que la legislación federal, en materia de obras públicas, se pudiera aplicar a los Municipios del país, al establecer en su artículo 6: “Solamente estarán sujetas a las disposiciones de esta Ley las adquisiciones, arrendamientos y servicios, así como la obra pública que contraten las Entidades Federativas, cuando se realicen con cargo total o parcial a fondos federales, conforme a los convenios que celebren con el Ejecutivo Federal, con la participación que en su caso, corresponda a los Municipios interesados”.

La actual Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, de 4 de enero de 2000, previó en su artículo 1, que dicho ordenamiento le aplicara a los Municipios del País; sin embargo, a mi parecer, dicha disposición era tibia, hasta que la misma fue reformada el 28 de mayo de 2009, en lo relativo a la utilización de los recursos públicos federales, por entes municipales, para quedar de la siguiente manera:

Artículo 1. La presente Ley es de orden público y tiene por objeto reglamentar la aplicación del artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de contrataciones de obras públicas, así como de los servicios relacionados con las mismas, que realicen:

VI. Las entidades federativas, los municipios y los entes públicos de unas y otros, con cargo total o parcial a recursos federales, conforme a los convenios que celebren con el Ejecutivo Federal. No quedan comprendidos para la aplicación de la presente Ley los fondos previstos en el Capítulo V de la Ley de Coordinación Fiscal.

Adicionalmente, el artículo 134 de la Constitución Política Federal, fue reformado nuevamente el 13 de noviembre de 2007 (para precisar que los servidores públicos de la Federación, Estados y Municipios

están obligados a utilizar los recursos públicos con imparcialidad en las contiendas electorales) y en 2008, el 7 de mayo de 2008; resulta importante esta última fecha para señalar que hasta ese momento se elevó a rango constitucional la utilización de los recursos públicos municipales que se administren con los principios de eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez. Además a partir de esta fecha les resultan aplicables los principios de la licitación pública en la contratación de su obra pública.

Por otro lado, la Ley de Coordinación Fiscal permite a los Municipios recibir recursos federales, conocidos como Aportaciones Federales, entre ellos, el Fondo de Aportaciones para la Infraestructura Social (FAIS), en su modalidad municipal, se encuentra regulado en el artículo 33, el cual expresamente señala el destino de tal Fondo, en los siguientes términos:

33.- Las aportaciones federales que con cargo al Fondo de Aportaciones para la Infraestructura Social reciban los Estados y los Municipios, se destinarán exclusivamente al financiamiento de obras, acciones sociales básicas y a inversiones que beneficien directamente a sectores de su población que se encuentren en condiciones de rezago social y pobreza extrema en los siguientes rubros:

a) Fondo de Aportaciones para la Infraestructura Social Municipal: agua potable, alcantarillado, drenaje y letrinas, urbanización municipal, electrificación rural y de colonias pobres, infraestructura básica de salud, infraestructura básica educativa, mejoramiento de vivienda, caminos rurales, e infraestructura productiva rural.

Sin embargo, es de hacer notar que, por disposición expresa de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, a pesar de ser el FAIS, un Fondo Federal, no le es aplicable la legislación federal, sino en todo caso, se debe aplicar la legislación local, ya que como hemos visto esta legislación excluye de su aplicación a los recursos federales, insertos en el Capítulo V de la Ley de Coordinación Fiscal, como lo sería el FAIS.

En tanto, se reformaron las disposiciones federales, desde 1983, entonces los Municipios del país, a través de las diversas leyes de obras públicas, en cada uno de los Estados de la República, aplicaron dicha norma que, en la mayoría de los casos, era una norma incompleta y se aplicaba a conveniencia de cada Municipio, sin existir uniformidad ni criterios en su aplicación. Hasta las dos reformas constitucionales señaladas de 1982 y 1983 es que los Estados de la República emiten, a partir de 1984 sus leyes de obras públicas, las cuales les aplican a las obras públicas de carácter municipal.

V. Conclusión

La constitución gaditana tuvo influencia sustancial en nuestro país, ya que es el primer ordenamiento vigente en México que regula las atribuciones de los Municipios, en especial las relativas a la ejecución de las obras públicas de carácter municipal, o sea, aquellas que benefician a la población que tiene el primer contacto con los entes de gobierno.

Es importante hacer notar que en 1836 y hasta la reforma constitucional de 1983 se rescatan en el ordenamiento supremo del país, los principios competenciales de los Municipios y sobre todo se define qué es lo que corresponde al Municipio.

Con la visión retrospectiva sucinta a la historia jurídica del Municipio, detectamos las normas de contratación pública que le son aplicables y sobre todo se definen, en el tiempo, los principios que le son aplicables, tales como la licitación pública, la preferencia de contratar con terceros, el requisito previo presupuestal y la competencia de los licitadores.

Hasta la doble reforma constitucional en México, a los Artículos 134 (1982) y 115, uno en materia de contratación pública y otro en materia municipal, es que los Estados de la República empiezan a expedir sus leyes de obras públicas, a efecto de regular la contratación de las mismas a nivel estatal y municipal.

En general, la legislación de contratación pública de los Municipios ha sido muy pobre, conforme al devenir histórico y más aún esa pobreza se nota en la planeación, formalización y ejecución de los contratos de obras públicas municipales, por lo que se requiere un verdadero impulso, a través de políticas públicas que reinventen el ordenamiento, para estar ciertos del ejercicio de los recursos públicos otorgados en administración a los Municipios.

Bibliografía

- Aguirre Covarrubias, María Teresa, “*La Constitución gaditana y su influencia en las constituciones mexicanas*”, en Gullón Abao, Alberto y Gutiérrez Escudero, Antonio (Coords.), *La Constitución gaditana de 1812 y sus repercusiones en América*, Volumen 2, Cádiz, Universidad de Cádiz, 2012.
- Barragán, Barragán, José, “*Consolidación de las Instituciones de origen gaditano en el constitucionalismo mexicano*”, en García Trobat, Pilar y Sánchez Ferriz, Remedio (Coord.), *El legado de las Cortes de Cádiz*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011.
- _____, “*La legislación gaditana como derecho patrio*”, en Memoria del II Congreso de Historia del Derecho Mexicano (1980), México, UNAM, 1981.
- Breña, Roberto, “*La Constitución de Cádiz: alcances y límites en Nueva España*”, en Noriega, Cecilia y Salmerón, Alicia, *México: Un Siglo de Historia Constitucional (1808-1917)*, México, Instituto Mora, 2009.
- Cano, José, “*El Gobierno de los Pueblos*” en Escudero, José Antonio (Dirección), *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*, Tomo III, Madrid, Espasa Libros, 2011.
- Chust Calero, Manuel, *América en las Cortes de Cádiz*, Madrid, Fundación MAPFRE, 2010.
- Clavero, Bartolomé, “*Hemisferios de ciudadanía: Constitución española en la América indígena*”, en Álvarez Junco, José y Moreno Luzón, Javier (eds.), *La Constitución de Cádiz: Historiografía y Conmemoración*. Homenaje a Francisco Tomás y Valiente, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- *Colección de Decretos y Órdenes de las Cortes de España que se reputan vigentes en la República de los Estados Unidos Mexicanos*, edición facsimilar de la editada por la Imprenta de Galván a cargo de Mariano Arévalo de 1829, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005.

- De la Torre Martínez, Lourdes, “*Régimen Jurídico del Municipio en la Constitución de 1812*”, en Chamocho Cantudo, Miguel Ángel y Lozano Miralles, Jorge, *Sobre un Hito Jurídico la Constitución de 1812*. Reflexiones actuales, estados de la cuestión, debates historiográficos, Jaén, Universidad de Jaén, 2012.
- Dublán, Manuel y Lozano, José María Lozano, *Legislación mexicana o Colección Completa de las Disposiciones Legislativas Expedidas desde la Independencia de la República*, Tomo II, México, Imprenta del Comercio, 1876.
- Enciso Alonso-Muñumer, Isabel, *Las Cortes de Cádiz*, Madrid, Akal, 1999.
- Fernández Sarasola, Ignacio, *La Constitución de Cádiz. Origen, contenido y proyección internacional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.
- Fernández, Tomás-Ramón, “*El Gobierno Interior de las Provincias y de los Pueblos*”, en Escudero, José Antonio (Dirección), *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*, Tomo III, Madrid, Espasa Libros, 2011.
- Ferrando Badía, Juan, “*Proyección exterior de la Constitución de 1812*”, en Artola, Miguel (ed.), *Las Cortes de Cádiz*, Madrid, Marcial Pons, 2003.
- Instituto Nacional de Administración Pública y Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, *Manual de Obra Pública Municipal*, México, 1997.
- Lee Benson, Nettie, *La Diputación Provincial y el Federalismo Mexicano*, México, El Colegio de México-UNAM, 1994.
- Martínez Pérez, Fernando (ed.), *Constitución en Cortes. El debate constituyente 1811-1812*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2011.
- Pérez Garzón, Juan Sisinio, *Las Cortes de Cádiz. El nacimiento de la nación liberal (1808-1814)*, Madrid, Síntesis, 2007.

- Quintana Roldán, Carlos, *Derecho Municipal*, 10ª edición, México, Porrúa, 2011.
- Robles Martínez, Reynaldo, *El Municipio*, 9ª edición, México, Porrúa, 2009.
- Rodríguez, Jaime, “La Constitución de Cádiz en Iberoamérica”, en *La Constitución de Cádiz y su Huella en América*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 2011.
- Sarrión Gualda, José, “La Instrucción de 23 de junio de 1813 para el gobierno económico-político de las provincias y la rebelión de sus diputaciones”, en Anuario de Historia del Derecho Español, número 67, 1997.
- Zarco, Francisco, *Historia del Congreso Extraordinario Constituyente de 1856 y 1857*, Tomo I, México, Imprenta de Ignacio Cumplido, 1857.

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ANTE LOS DERECHOS DE LOS PARTICULARES

Dr. Jorge Fernández Ruiz*

(Recibido 13/08/13 • Aceptado 03/12/14)

* Abogado; y, académico e investigador de la Universidad Nacional Autónoma de México.
E-mail:ferdez@servidor.unam.mx
Tel: (005255) 5622-7469

Resumen: La norma jurídica, regula coercitivamente la conducta externa humana; sin ella es impensable el Estado y la sociedad misma, aun cuando el Estado es, a su vez, indispensable para la vigencia de la norma jurídica, o sea, del derecho; dicho de otra manera: Estado y derecho se necesitan indispensable y mutuamente. Mas la norma jurídica no puede abarcar toda la conducta externa humana, pues debe respetar un ámbito mínimo de irrestricta libertad del ser humano considerado como ente con su propio fin. El inextinguible e irrenunciable ámbito mínimo de libertad humana representa sus derechos subjetivos conocidos como derechos fundamentales.

Palabras Clave: derechos fundamentales, derecho de petición, silencio administrativo

Abstract: Legal rules regulate external human behavior coercively. Without these rules, both State and society are unconceivable, although the State is, in turn, essential for the operation of legal rules, that is, of Law. Put in another way, State and Law essentially and mutually require each other. However, legal rules cannot encompass every external human behavior because it must respect a minimum scope of unrestricted freedom of human beings, which are considered as an entity within its own purpose. The inextinguishable and inalienable minimum scope of human freedom represents its subjective rights, known as fundamental rights.

Keywords: Fundamental rights, right to petition, administrative silence procedure.

Índice

- I. Los derechos fundamentales
 - A. El enfoque filosófico de los derechos fundamentales
 - B. Prolegómenos de las declaraciones de los derechos fundamentales
 - C. La Declaración de Derechos de Virginia
 - D. La declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano
 - E. La Declaración Universal de los Derechos Humanos
 - 1. Derechos fundamentales congénitos
 - 2. Derechos fundamentales en sentido amplio
 - F. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
- II. El silencio administrativo
 - A. Concepto de silencio administrativo
 - B. Consecuencias del silencio administrativo
 - 1. La negativa ficta
 - 2. La afirmativa ficta
 - 3. La indefinida
 - C. El derecho de petición
- III. Conclusiones
- Bibliografía.

I. Los Derechos Fundamentales

A. El enfoque filosófico de los derechos fundamentales

No está sujeto a discusión el hecho de que el ser humano no es una cosa sino un ser, un animal inteligente y libre, apto para enfrentar y resolver problemas, que a diferencia del resto del resto de los seres, es el único capaz de determinar sus propios fines y de distinguir entre el bien y el mal; en fin, tiene capacidad para ser sujeto de obligaciones y derechos, algunos de estos últimos se consideran derechos fundamentales y que el profesor colombiano Tulio Eli Chinchilla Herrera describe como:

(...)situaciones ventajosas que por tener una fundamentación axiológica sólida y que por constituir pilares sobre los cuales se edifica el orden sociopolítico canonizado como modelo constitucional se encuentran revestidas de una constelación de garantías que refuerzan significativamente su eficacia y, de esta guisa, representan la máxima capacidad de reclamación moral en la vida de un Estado.

La idea de los llamados derechos fundamentales nos conduce a meditar sobre el hombre y sus derechos, tema que ha tenido lugar eminente en el pensamiento filosófico desde la era presocrática, por ejemplo, en opinión de Protágoras de Abdera, el hombre es la medida de todas las cosas, “de lo que es, en cuanto es; de lo que no es, en cuanto no es.”

No existe otro ser viviente, aparte de la persona humana que pueda ser sujeto del derecho, circunstancia que le confiere superioridad sobre el resto de los seres de la creación. Consecuentemente, el ser humano es el protagonista principal de cualquier ordenamiento jurídico, lo que se traduce en que tenga un cúmulo de derechos identificables como subjetivos, unos, alcanzados y otros ínsitos a su propia naturaleza, aquéllos son susceptibles de enajenarse o renunciarse, los otros: por ser consubstanciales a su naturaleza no se pueden enajenar ni renunciar y se identifican como *derechos humanos*.¹

Dada su corporeidad, el ser humano queda sujeto a las leyes espaciales y temporales de la materia y, dada su corporeidad humana, asimismo queda sometido a las leyes de la forma y del desarrollo y evolución de la materia orgánica.

¹ CHINCHILLA HERRERA, Tulio Eli, ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?, Bogotá, Temis, 1999, p. 153.

Mas la persona humana es también expresión de la libertad y se distingue de todos los demás seres del universo por el hecho de no estar vinculado totalmente a las leyes que gobiernan omnímodamente la naturaleza, y de no ser, por consiguiente, objeto de irrevocable determinación en su ser, sino que se ubica abierto ante el cosmos, con lo cual se enfrenta a la tarea ineludible de darse a sí mismo la conformación que corresponde a su ser y de forjarse por sí mismo sus posibilidades futuras, lo que representa la esencia de la libertad.

El carácter inalienable de su libertad es de tal magnitud, que paradójicamente escapa a la decisión humana usarla o abstenerse de ello, porque aun la misma renuncia de conformar su propio ser, significa ya una resolución sobre el sentido de la existencia y, por ende, una conformación del ser del hombre por él mismo.

Conlleva esa libertad la espiritualidad humana que al trascender, mediante el conocer, el querer y el obrar, da lugar a la personalidad, suma y compendio de los rasgos esenciales de la persona.

Está implícita en la personalidad la referencia del ser humano al ser humano, por la cual la persona humana ubica su esencia y realidad no como individuo particular, aislado o único, sino como integrante de la humanidad, en unión de sus semejantes, en un mundo común, no obstante lo cual, como persona, conforma su propio fin, jamás medio para otra cosa, lo cual significa que la persona, como fin de sí misma viene a ser su propio respeto, es decir, la dignidad de la persona.

Sin embargo, he de reiterar, la esencia del hombre no es algo inherente al individuo aislado, sino que se ubica en el conjunto de las relaciones sociales, porque el ser humano no sólo es una criatura, un ente biológico, sino que es el producto supremo de la creación, no obstante lo cual no nace con la conciencia, el lenguaje y las emociones humanas, ni siquiera con la capacidad para caminar erecto, a pesar de heredar de sus padres las premisas biológicas necesarias para tal efecto.

La diferencia del ser humano respecto de los demás seres del reino animal deriva de haberse sometido a un proceso de preparación y empleo de instrumentos para modificar el mundo exterior; así formó y desarrolló sus capacidades y propiedades humanas y configuró el mundo social peculiar en el que él puede existir.

Ese mundo social se da en un contexto de relaciones sociales y lejos de ser algo ajeno o externo al hombre, constituye su esencia, al hacer de él un ser social, al que configura y determina la peculiaridad de su actividad, de su concepción y percepción del cosmos.

Consecuentemente, aun las funciones estrictamente fisiológicas del organismo humano sufren una metamorfosis con la sociedad, por la influencia de la cultura material y espiritual de la humanidad, razón por la cual cada individuo se ve obligado desde su nacimiento al aprendizaje de la cultura humana, del modo humano de actuar en la vida para consolidarse como ser humano, como homo sapiens, entendido como conjunción del alma y del cuerpo, definido como animal racional, por ello, Jorge Federico Hegel afirma: *“El hombre, un cuando pueda ser considerado como finito por sí mismo, es también imagen de Dios y fuente de la infinitud en sí mismo, ya que es finalidad por sí mismo y tiene el valor infinito y el destino hacia la eternidad en sí mismo”*² porque, como lo considera Platón, es un animal “capaz de conciencia”, o como señala Aristóteles, el hombre es el único animal que posee razón, porque *“lo propio del hombre con respecto a los demás animales es que él solo tiene la percepción de lo bueno y de lo malo, de lo justo y de lo injusto y de otras cualidades semejantes”*³.

Numerosos autores han señalado la composición humana de alma y cuerpo; por ejemplo, para Plotino, *“El puesto del hombre está en el medio entre los dioses y las bestias y él se inclina unas veces hacia unos y otras hacia los otros; determinados hombres se parecen a los dioses, otros a las bestias y a mayoría se encuentra en un término medio”*⁴.

La semejanza con Dios queda señalada en el Génesis (I, 26) *“Díjose entonces Dios, hagamos al hombre a nuestra imagen y semejanza.”* El estudio del hombre es doblemente filosófico por ser el sujeto de la filosofía y, simultáneamente, el objeto de una de sus partes, por ello, el estudio más propio de la naturaleza humana es el hombre mismo, por cuya razón, el ser humano es, a la vez, sujeto y objeto de la filosofía.

² HEGEL, Jorge Guillermo Federico, Filosofía de la Historia Universal, trad. José Gaos, Madrid, Revista de Occidente, 1928, p. 427.

³ ARISTÓTELES, Política, trad. Antonio Gómez Robledo, 9ª ed. México, Porrúa, 1981, p. 161.

⁴ Tomado de ABBAGNANO, Nicola, Diccionario de Filosofía, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1980, p. 624.

Milenios después se insiste, en el pensamiento filosófico, en la composición material e inmaterial del homo sapiens, en este sentido, Louis Gabriel Ambrosie De Bonald sostuvo en el siglo XVIII que el hombre es una inteligencia servida por órganos⁵, en tanto que Blas Pascal, un siglo antes, había considerado en el mismo orden de ideas que “*El hombre no es más que un junco, el más débil de la naturaleza, pero es un junco pensante.*”⁶

En cuanto hace al derecho, en su aspecto objetivo, es el ordenamiento coercitivo de la conducta externa humana; en tanto que, como afirma con toda razón Eduardo García Máynez, “*el derecho subjetivo es correlativo de un deber, general o especial, de una, de varias o de todas las personas*”⁷.

Consecuentemente, el ser humano, como persona, es el eje de todo ordenamiento jurídico y, como tal, es titular de un conjunto de derechos subjetivos; entre ellos figuran los llamados derechos humanos, proclamados en las declaraciones de derechos y textos constitucionales que se han formulado desde la segunda mitad del siglo XVIII hasta nuestros días.

*Como hace notar León Duguit “si el Estado no puede hacer ciertas leyes, es porque el individuo tiene derechos subjetivos contra él, derechos inmutables en su esencia y que cuando las leyes los limitan, regulando el ejercicio de los derechos de cada uno para proteger los derechos de todos, permanecen fundamentalmente intangibles, conservando cada individuo sus derechos subjetivos contra el Estado mismo que los reconoce y proclama. Así, la libertad y la propiedad reconocidas y reglamentadas por la ley positiva, son y permanecen siendo derechos subjetivos del individuo, opuestos a todos, incluso al Estado mismo.”*⁸

⁵ Vid. DE BONALD, Louis Gabriel Ambroise, vizconde de, *Demonstration philosophique du principe constitutif de la société*, París, Le Clare, 1840, p213.

⁶ PASCAL, Blaise, *Pensamientos*, trad. Xavier Zubiri, Madrid, Alianza, 2004, p. 74.

⁷ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 34ª ed., México, Porrúa, 1982, p. 197.

⁸ DUGUIT, León, *Manual de derecho constitucional*. trad. José G. Acuña, 2ª ed., Madrid, Librería Española y Extranjera, 1926, p. 201.

He de reiterar que el derecho objetivo, es decir, la norma jurídica, regula coercitivamente la conducta externa humana; sin el derecho es impensable el Estado y la sociedad misma, aun cuando el Estado es, a su vez, indispensable para la vigencia del derecho; dicho de otra manera: Estado y derecho se necesitan indispensable y mutuamente. Sin la coacción del Estado, el derecho pierde su coercitividad; sin el derecho, el Estado es incapaz de estructurar y regular el funcionamiento de sus órganos de gobierno, las relaciones de ellos entre sí, de ellos con los gobernados y de estos últimos entre sí, lo cual significa la anarquía y el caos.

En razón de su coercitividad, la norma jurídica no puede abarcar toda la conducta externa humana, pues debe respetar un ámbito mínimo de irrestricta libertad del hombre considerado como persona, o sea, como ente con su propio fin cuyo cumplimiento pretende realizar por determinación propia, distinguiéndose así de las cosas y de todos los demás entes cuyo fin se ubica fuera de sí, por lo cual vienen a ser simples medios para fines ajenos, susceptibles de tasarse en un precio; en tal diferencia se localiza la dignidad humana.⁹

El inextinguible e irrenunciable ámbito mínimo de libertad se traduce en ciertas posibilidades concretas de actuación que el doctor Ignacio Burgoa Orihuela explicara en los siguientes términos:

*Dichas posibilidades o libertades específicas, como las llamaremos, que en su conjunto constituyen, repetimos, el medio general de la realización de la teleología humana, son, verbigracia, la libertad de trabajo, de comercio, de prensa, etc., contenidas a título de derechos públicos individuales en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de los países civilizados y que, dentro de nuestra Constitución encontramos en los artículos 5, 7 y 28, bajo el nombre de garantías individuales.*¹⁰

Sin un ámbito mínimo donde se desarrollen las libertades esenciales identificadas como públicas o como derechos fundamentales, el telos o fin del ser humano se vuelve casi inasequible, por lo que el legislador debe reconocerlo y asegurarlo para propiciar el adecuado ejercicio de las actividades de los seres humanos.

⁹ Vid. RECASÉNS SICHES, Luis, *Filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1979, pp. 203 y 209.

¹⁰ BURGOA, Ignacio *Las garantías individuales*, 20ª ed. México, Porrúa, 1986, p. 21.

B. Prolegómeno de las declaraciones de los derechos fundamentales

El reconocimiento de libertades públicas y derechos humanos fundamentales se registra en la *Charta Libertatum*, mejor conocida como Carta Magna, que los barones ingleses obtuvieron el 15 de junio de 1215, del rey Juan sin Tierra, quien la firmó en la pradera de Runnymede, cuando se vio obligado a reconocer y sancionar dichos derechos y libertades a perpetuidad, para todos los hombres libres de Inglaterra. Un artículo de ese documento viene a ser remoto antecedente de las declaraciones de derechos de nuestro tiempo, al establecer: “Ningún hombre será detenido ni preso, ni desposeído de sus derechos y posesiones, ni declarado fuera de la ley, ni exiliado, ni perjudicada su posición de cualquiera otra forma, ni Nos procederemos con fuerza contra él, ni mandaremos a otros a hacerlo, a no ser por un juicio legal de sus iguales o por la ley del país.”¹¹

En la Península Ibérica, desde un siglo antes, el Justicia Mayor de Aragón, al tomar el juramento a los antiguos reyes, aseveraba con arrogancia lo siguiente:

*“Nos, que cada uno valemos tanto como vos, y que juntos valemos más que vos, os ofrecemos obediencia si mantenéis nuestros fueros y libertades.”*¹²

*Ya en las postrimerías del siglo XVIII se propaga el reconocimiento público de los derechos humanos en las declaraciones norteamericanas y francesas. En primer término aparece la Declaración de Derechos de Virginia, cuyos representantes, reunidos en Williamsburg, en “libre y completa convención”, aprobaron el 12 de junio de 1776, “los derechos que pertenecen a ellos y a su posteridad, como base y fundamento de gobierno”, según reza el célebre documento redactado básicamente por George Mason que, a juicio de Georg Jellinek, es el origen de la declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano, de 1789.*¹³

¹¹ Tomado de: DÍAZ MULLER, Luis, Manual de derechos humanos, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991, p. 77.

¹² Tomado de LUQUE, Rodolfo N., “Derechos individuales”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1968, t. VIII, p. 348.

¹³ Vid. JELLINEK, Georg, La declaración de los *derechos del hombre y del ciudadano*, trad. Adolfo Posada, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1908, p. 102 y 189.

C. La Declaración de Derechos de Virginia

Primera en su género, la carta de Virginia influyó con mayor o menor intensidad en los instrumentos similares formulados a partir de entonces en diversos países del orbe; por ello, la Declaración de Derechos de Virginia, como expresa Luis Sánchez Agesta: *“es un hito básico en la formación del concepto moderno del derecho constitucional. Pasados casi dos siglos tiene una frescura, una ingenuidad entusiasta e incluso una belleza en su enunciación escueta de los principios que los colonos norteamericanos creyeron que eran la base de un buen gobierno, que deben figurar como un texto histórico,”*¹⁴

Aprovecha la Declaración de Virginia las ideas de diversos pensadores europeos como Juan Jacobo Rousseau, Juan Locke, Ricardo Hooker, Hugo Grocio, Juan Altusio, Samuel von Pufendorf y Francisco de Suárez; en fin, del iusnaturalismo universal, del constitucionalismo inglés y del naciente liberalismo europeo; asimismo, se observa una marcada influencia del puritanismo que siempre existió en las colonias inglesas de América del Norte, desde el arribo a las costas de Massachussets del legendario navío Mayflower con los peregrinos ingleses en 1620. Entre las cláusulas de la Declaración de Virginia, destacan las que a continuación comento.¹⁵

*“I. Todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y poseen ciertos derechos propios de los que, al entrar en sociedad, no pueden ser privados, ni despojada su posteridad por ningún pacto, a saber: el goce de la vida y de la libertad con los medios de adquirir y poseer la propiedad y de perseguir y obtener la felicidad y seguridad.”*¹⁶

Hooker, Grocio y otros iusnaturalistas habían hecho pronunciamientos en ese sentido, desde muchos años antes. El mérito de George Mason y demás autores de la Declaración de Virginia, consistió en llevar a la praxis política los enunciados de la filosofía y de la teoría políticas, aun cuando la realidad esclavista de las colonias que se

¹⁴ SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Los documentos constitucionales y supranacionales*, Madrid, Editora Nacional, 1972, p. 8.

¹⁵ Textos tomados de: CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario de derecho usual*, 6ª ed., Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1968, t. I, pp. 585 y 586.

¹⁶ LOCKE, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, trad. Armando Lázaro Ros, México, Aguilar, 1983, p. 100.

independizaban, desvirtuase rotundamente los enunciados de libertad e igualdad connaturales al hombre, contenidos en la primera cláusula de este histórico documento de donde fueron tomados para incorporarlos a la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, del 4 de julio de 1776, al afirmar que todos los hombres han sido creados iguales; que están dotados de determinados derechos inalienables, entre los cuales figuran la vida, la libertad y el conato de felicidad. “II. *Todo poder corresponde al pueblo, del cual, por tanto, se deriva. Los magistrados son los comisarios y servidores del pueblo, responsables ante él en todo tiempo.*”

Esta idea de la soberanía popular fue manejada por diversos iusnaturalistas desde el siglo XVI; así, por ejemplo, a juicio de Altusio, la soberanía descansa invariable e inalienablemente en el pueblo.¹⁷

“III. Todo gobierno ha sido o debe haber sido instituido para el beneficio común, protección y seguridad del pueblo, nación o comunidad; de todos los sistemas y formas de gobierno, el mejor es el que es capaz de producir la mayor suma de felicidad y seguridad, y ofrece más eficaces garantías contra el peligro de la mala administración. Cuando se ve que un gobierno no llena o contraría estos fines, la mayoría de la comunidad tiene derecho indudable, inalienable a reformarlo, alterarlo o abolirlo, de la manera que juzgue más conducente al bien público.”

En la cláusula anterior se advierte un trasunto de las ideas de Locke, expresadas en los siguientes términos: “*Porque hallándose todo poder confiado en vista de un fin, por él limitado, siempre que el final objeto fuere manifiestamente descuidado o resistido, la confianza vendrá necesariamente a ser objeto de extinción legal, y el poder devuelto a las manos que lo dieran y que de nuevo podrán ponerlo en las que entendieron más aptas para su sosiego y seguridad*”.¹⁸

Como se puede advertir con toda claridad, esta idea de Locke, de regresar el poder a su titular original que es el pueblo, fue utilizada en la

¹⁷ Vid. SABINE, George H., *Historia de la teoría política*, trad. Vicente Herrero, México, Fondo de Cultura Económica, 1970, pp.309 a 311.

¹⁸ Tomado de LUQUE, Rodolfo N., “Derechos individuales”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1968, t. VIII, p. 348.

cláusula III, antes transcrita, del documento de Virginia. “*IV. Ningún hombre o grupo de hombres tiene derecho a disfrutar emolumentos o privilegios exclusivos o independientes del resto de la comunidad, a no ser en consideración a servicios públicos, no siendo aquéllos transmisibles, ni hereditarios los cargos de magistrado, legislador o juez*”

La primera parte de esta cláusula IV recoge el principio de igualdad postulado por los filósofos europeos del siglo XVIII, como Montesquieu, quien *El espíritu de las leyes*, sostiene la igualdad de los hombres en el estado de naturaleza, misma que les arrebató la sociedad y recobran gracias a las leyes, principio de igualdad que también adopta nuestro artículo 13 constitucional al disponer: “*Ninguna persona o corporación puede tener fuero ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley.*”

Además, la referida cláusula IV es, asimismo, un repudio al privilegio y al depósito hereditario del poder, al prohibir prebendas y canonjías y al cancelar el carácter hereditario de la titularidad de los cargos públicos; repudio expresado en consonancia con las ideas republicanas, democráticas e igualitarias que animaron las revoluciones de Estados Unidos y Francia a fines del siglo XVIII, las cuales explicó Thomas Paine, hace dos siglos, en los siguientes términos:

*“No fue contra Luis XVI, sino contra los despóticos principios del gobierno, contra lo que se sublevó la nación. Y estos principios no tenían su origen en él, sino, muchos siglos antes, en su institución original. (...) La natural moderación de Luis XVI no contribuyó en absoluto a alterar el despotismo hereditario de la monarquía. Todas las tiranías de los primeros reinados se ocultaban bajo ese despotismo hereditario, y siempre era de temer que resucitasen en manos de uno de sus sucesores.”*¹⁹

A partir de la Declaración de Virginia, el principio de igualdad ha sido una constante en las declaraciones de derechos y en las constituciones de los países que se precien de ser democráticos.

¹⁹ PAINE, Thomas, *Los derechos del hombre*, Barcelona, Ediciones Orbis, S.A., 1985, p. 35.

“V. Los poderes legislativo, ejecutivo y judicial deben estar separados y ser distintos y para que los miembros de ellos se abstengan de oprimir, sintiendo y compartiendo las cargas del pueblo, serán reducidos en periodos fijos a la condición de particulares y volverán al cuerpo de donde originariamente salieron, siendo cubiertas las vacantes en elecciones frecuentes, ciertas y regulares, en las que todos los miembros que han cesado o algunos de ellos, serán reelegidos o no, según las leyes dispongan.”

Un análisis somero de esta cláusula V pone de manifiesto la influencia de Locke, Montesquieu y Rousseau en su redacción y alcance institucional. *“Ningún edicto u ordenanza –dice Locke–, sea de quien sea, esté redactado en la forma que lo esté y cualquiera que sea el poder que lo respalde, tienen la fuerza y el apremio de una ley, si no ha sido aprobada por el poder legislativo elegido y nombrado por el pueblo.”*²⁰

Nótese en el párrafo anterior la presencia de los dos principios básicos de la separación de poderes y de la elección popular que inspiran dicha cláusula. Acerca de tales principios, Montesquieu había sostenido con anterioridad: *“Todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo ejerciera esos tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar.”*²¹

El análisis de las referidas cláusulas de Declaración de Derechos de Virginia, nos permite afirmar que dicho documento represente un proemio obligado de todo estudio sobre los derechos humanos, dada su innegable influencia en los posteriores pronunciamientos acerca de este tema, formulados en diferentes latitudes del mundo.

D. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano

El día 5 de octubre de 1789, Luis XVI firmó la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, previamente aprobada por la Asamblea Nacional en ese mismo año; este documento, como certeramente afirma Luis Sánchez Agesta:

²⁰ LOCKE, John, op. cit., p. 100.

²¹ Montesquieu, Charles de Secondat, Barón de la Brede et de, *El espíritu de las leyes*, trad. Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Madrid, Tecnos, pp. 107 y 108.

“es el símbolo del nuevo régimen que iba a instaurarse como consecuencia de la revolución francesa. La libertad, la igualdad y la idea democrática de participación iban a aparecer en la magia de la ley, que era expresión de la voluntad general, norma de la libertad y regla de la igualdad: La división de poderes como instrumento de limitación del poder se identifica con la Constitución. Durante cerca de dos siglos han servido estos criterios de modelo del orden europeo continental.”²²

La declaración francesa de 1789 coincide parcialmente con la de Virginia de 1776 en la mención de los derechos individuales y resume las ideas del liberalismo individualista acerca del Estado, cuyo papel lo reduce a garantizar los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, quien pacta su reconocimiento motivado precisamente por el disfrute y protección de los mismos, según lo establece dicho documento --del que también utilizo la traducción contenida en el Diccionario de derecho usual, de Guillermo Cabanellas--, al afirmar: “Artículo 2º La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

Queda claro que las ideas de Locke, Montesquieu, Rousseau y, en menor medida de Hooker, Voltaire y Diderot, entre otros, subyacen en el texto de la declaración de 1789, redactado a la luz del iusnaturalismo, del individualismo, del racionalismo y del constitucionalismo de la época. En el marco de la libertad, los derechos humanos no tienen barreras en sí mismos, según esta declaración, que enuncia:

“Art. 4º La libertad consiste en la facultad de hacer todo aquello que no perjudique a otro; por tanto, el ejercicio de los derechos naturales de cada uno no tiene más límites que los que afiancen a los demás miembros de la sociedad el goce de iguales derechos, solamente las leyes pueden determinar estos límites.”

Así pues, de acuerdo con este artículo 4º, la limitación de los derechos es externa y resulta de la asociación de los hombres; en este sentido, los límites son fijados por la voluntad general, o sea, la ley.

²² SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Los documentos constitucionales y supranacionales*, op. cit., p.9.

El artículo 5° de la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano, abunda en cuestiones relativas a la libertad, en tanto que el artículo 10 se refiere específicamente a la libertad de expresión y a la libertad religiosa, mientras que la libertad de imprenta está contenida en su artículo 11.

El principio de isonomía o igualdad ante la ley quedó establecido en el artículo 6 de la referida declaración de 1789, al disponer que la ley debe ser la misma para todos; con esto se trataba de cancelar todo privilegio estamental, incluida la diferente penalidad que por la comisión de un mismo delito se aplicaba en el antiguo régimen, según el estamento al que perteneciese el delincuente. Asimismo, se rompía el monopolio de las dignidades y funciones públicas creado a favor de unos pocos, al ordenar la parte final del artículo 6: *“Todos los ciudadanos, como iguales ante la ley, son del mismo modo admisibles a los cargos, dignidades y empleos públicos, según su capacidad y sin más distinción que la de la virtud o el mérito.”*

El principio de seguridad jurídica quedó consagrado en la declaración francesa de 1789, en sus modalidades de legalidad, exacta aplicación de la ley e irretroactividad, por medio de varios de sus artículos, como se comenta a continuación.

Al disponer que *“ningún individuo puede ser acusado, preso o detenido sino en los casos y en la forma que determinen las leyes”*, el artículo 7 del documento en análisis, adopta el principio de la exacta aplicación de la ley.

El principio de legalidad, pieza fundamental e insustituible del derecho penal, condensado en el epítome *“Nullum crimen, nulla pena, sine lege”* queda incorporado, junto con el principio de irretroactividad, en el artículo 8° de esta declaración francesa, al disponer : *“Nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada.”*

E. La Declaración Universal de los Derechos Humanos

Las declaraciones de derechos de Estados Unidos y Francia, formuladas en el último cuarto del siglo XVIII, influyen en mayor o menor medida en los textos constitucionales generados a partir del siglo XIX en otros países, con lo cual los derechos humanos empiezan a adquirir

protección constitucional en diversas latitudes, aun cuando en medida muy modesta, como en los casos de los documentos constitucionales de Bayona y Cádiz. No obstante este avance en la protección de los derechos humanos, no se produce en su defensa, durante el siglo decimonono, ningún documento importante en el plano internacional.

En cambio, en el siglo XX, con dos conflictos bélicos mundiales registrados en apenas tres décadas de su primera mitad, y con los aterradoros y masivos atentados perpetrados contra los más elementales derechos de millones de personas, la comunidad internacional integrada en la Organización de las Naciones Unidas –ONU–, cobró conciencia de la necesidad urgente, insoslayable e inaplazable de adoptar un ordenamiento internacional para el reconocimiento, protección y defensa de los derechos fundamentales del hombre.

Previamente, en el mismo siglo XX se habían celebrado algunas convenciones internacionales que constituyen importantes antecedentes históricos en la lucha por la protección mundial de los derechos humanos, como la Convención sobre la esclavitud (Ginebra, 28 de septiembre de 1926), la Convención sobre asilo ((La Habana 20 de febrero de 1928), el Convenio sobre el trabajo forzoso (Ginebra, 28 de junio de 1930), la Convención sobre asilo político (Montevideo, 20 de diciembre de 1933) y, muy especialmente, la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre (Bogotá, 2 de mayo de 1948), así como el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (San Francisco, 9 de julio de 1948), y la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (París, 9 de diciembre de 1948).

En su resolución 217 A (III) adopta del 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, celebrada en el Palacio de Chaillot de París, proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo contenido está inserto en el iusnaturalismo, al considerar derechos humanos aquellos que le son propios al hombre por el solo hecho de serlo, razón por la cual no pueden adquirirse, ni alterarse, ni transferirse, ni renunciarse, ni perderse, pues son connaturales a todos los hombres. Luego, entonces, el derecho positivo no crea los derechos humanos, sino se limita a reconocerlos, garantizarlos y protegerlos, según reza la parte final del preámbulo:

1. Derechos Fundamentales Congénitos

Algunos de los derechos humanos contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 son, en mi opinión connaturales a los seres humanos, quienes, en consecuencia, los tienen en todo momento y lugar por la sola causa de su condición humana, trátese o no de ciudadanos, de nacionales o de extranjeros, de adultos o de niños, de capaces o de mentalmente incapaces. Dentro de estos derechos humanos incluidos en la Declaración Universal de 1948, se ubica al derecho a la vida, el derecho a la igualdad, el derecho a la libertad, el derecho a la seguridad, el derecho a la nacionalidad, el derecho al nombre, el derecho a la personalidad jurídica y el derecho de asilo.

2. Derechos Fundamentales en sentido amplio

Al lado de los derechos humanos connaturales figuran otros que yo considero lato sensu, cuyo disfrute requiere de la satisfacción previa de ciertos requisitos, que pueden referirse a edad, legal estancia en el país, calidad migratoria determinada o ciudadanía, como ocurre con el derecho a la seguridad social, el derecho al trabajo y al descanso, el derecho a la sindicación, el derecho a la libre circulación y elección de residencia, el derecho a la educación gratuita, el derecho al sufragio y el derecho a acceder a los cargos públicos.

F. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

En su artículo 41, *la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea* reconoce el derecho humano a una buena administración, en cuya virtud toda persona tiene derecho a que los órganos de la administración pública tramiten sus asuntos de manera imparcial y equitativa dentro de plazos razonables, lo que incluye el derecho a ser oído antes de que se adopte cualquier medida en contra suya, el derecho a acceder al expediente administrativo que le afecte, con respeto a la confidencialidad y al secreto profesional y comercial, así como la obligación de la administración pública de motivar sus decisiones.

Asimismo, el derecho humano a una buena administración comprende el derecho de toda persona a la reparación del daño causado por la administración pública o sus agentes en ejercicio de sus funciones, así como el derecho de petición que debe ser atendido en plazo razonable.

II. El Silencio Administrativo

Ocurre con indeseable frecuencia que el órgano administrativo se abstiene durante largo tiempo de manifestar su voluntad, pese a ser requerido para tal efecto por algún particular y a estar obligado a contestarle; tal abstención, conocida como silencio administrativo, tiene diversas interpretaciones en la doctrina y en la ley.

A. Concepto de silencio administrativo

La doctrina interpreta al silencio administrativo como la prolongada abstención del órgano administrativo de manifestar su voluntad, pese a ser requerido para tal efecto por un particular, y a estar obligado a contestarle. En opinión de Julio Massip Acevedo, “Este silencio consiste en una abstención de la autoridad administrativa para dictar un acto previsto por la ley, y tiene como nota esencial la de su ambigüedad, que no autoriza a pensar que dicha autoridad ha adoptado una actitud afirmativa ni una negativa”.²³

B. Consecuencias del silencio administrativo

Tiene el silencio administrativo tres posibles consecuencias: la negativa, la positiva y la indefinida.

1. La negativa ficta

Conforme a la consecuencia negativa del silencio administrativo se supone que la instancia o petición formulada por el particular al órgano administrativo ha sido resuelta en sentido negativo, es decir, en forma adversa al interés del solicitante por negar lo solicitado; por lo que a dicha consecuencia se le conoce como negativa ficta.

Se requiere, para que opere la negativa ficta, que el órgano administrativo tenga obligación de manifestar su voluntad o resolución respecto de lo solicitado, y que haya transcurrido el plazo fijado por la ley para resolver dicha instancia o petición. De conformidad con el artículo 23 de la Ley del Procedimiento Administrativo del Estado de Jalisco:

²³ Massip Acevedo, Julio, *El silencio en el derecho administrativo español*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 1934, p. 5.

La negativa ficta opera ante la omisión de la autoridad de emitir una resolución de manera expresa, dentro de los plazos previstos por esta ley o los ordenamientos jurídicos aplicables al caso concreto; se entiende que se resuelve lo solicitado por el particular en sentido contrario a sus pretensiones.

Por su parte, la Ley de Hacienda Municipal del Estado de Jalisco, prevé la negativa ficta en los términos siguientes:

Artículo 35. Las instancias o peticiones que formulen a las autoridades fiscales deberán ser resueltas en los términos que la ley fije o, a falta de término establecido, dentro del plazo de 3 meses. El silencio de las autoridades fiscales se considerará como resolución negativa, cuando no den respuesta en el término que corresponda.

Este ordenamiento legal también contempla la negativa respecto del recurso de reconsideración, al disponer que una vez vencido el plazo para la rendición de las pruebas, dicte resolución del recurso en un plazo que no exceda de treinta días; no de hacerlo así, el silencio de la autoridad significará que la resolución es negativa. (Artículo 320)

2. La afirmativa ficta

La consecuencia afirmativa o positiva de resolver el silencio de la administración consiste en suponer que la instancia o petición presentada por el particular al órgano administrativo ha sido resuelta por éste en sentido afirmativo, por interpretarse que la autoridad accedió a lo solicitado por el gobernado; a dicha consecuencia se le denomina afirmativa ficta o tácita.

Es indispensable para que opere la afirmativa ficta que, como en la negativa ficta, el órgano administrativo tenga obligación de manifestar su voluntad o resolución acerca de lo solicitado, dentro de un plazo señalado por la ley, y que haya transcurrido ese plazo sin que la haya manifestado. A este respecto, la Ley del Procedimiento Administrativo del Estado de Jalisco, dispone:

Artículo 29. La afirmativa ficta se constituye respecto de la solicitud de emitir actos regulativos ante la omisión de la autoridad de emitir una resolución de manera expresa, dentro de los plazos previstos por esta ley o los ordenamientos jurídicos aplicables al caso específico.

Cuando se acredite y se declare que opera la afirmativa ficta, se entiende que se emite el acto administrativo, para los efectos solicitados por el promovente.

La Ley de los Servicios de Vialidad, Tránsito y Transporte del Estado de Jalisco prevé expresamente la afirmativa ficta, tratándose de solicitudes de prórroga de concesión para la prestación del servicio público de transporte, acerca de lo cual, en el último párrafo de su artículo 101 establece: “La autoridad deberá comunicar al interesado lo resuelto a su solicitud, así como informar el contenido de su resolución al Registro Estatal y a la Secretaría de Finanzas. Si presentada en tiempo y forma la solicitud y esta no es contestada por la autoridad dentro de un plazo de noventa días, se entenderá favorable la misma al interesado.”

3. La indefinida

Distinta consecuencia del silencio administrativo es la de no suponer respuesta, sino simplemente advertir la obligación del órgano administrativo a contestar la instancia o petición del particular, habida cuenta que se trata de uno de los derechos humanos que la Constitución federal mexicana actualmente en vigor protege mediante una de las garantías individuales, concretamente la contenida en su artículo 8º.

El servidor público del estado de Jalisco que no respete el derecho de petición, por no dar debida y oportuna respuesta a alguna solicitud formulada por escrito, pacífica y respetuosamente por un particular, se hace acreedor a una sanción de las previstas en el artículo 64 de la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos del Estado de Jalisco, en razón de la infracción a una de las obligaciones impuestas a los servidores públicos, como es la contenida en la fracción XXIV, del artículo 61 de dicho ordenamiento legal, consistente en respetar el derecho de petición de los particulares en los términos del artículo 8º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

C. El Derecho de petición

Como una consecuencia del derecho de petición, el artículo 8º de la Constitución mexicana impone a los titulares de los órganos administrativos, la obligación de dar pronta respuesta a las peticiones o instancias de los gobernados, al disponer:

Los funcionarios y empleados públicos respetarán el ejercicio del derecho de petición, siempre que éste se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa, pero en materia política sólo podrán hacer uso de ese derecho los ciudadanos de la República.

A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer en breve término al peticionario.

Del precepto constitucional antes transcrito se deduce que toda persona puede ejercer el derecho de petición; empero, en materia política, el uso de tal derecho se reserva, en México, a los ciudadanos de la República.

Consignientemente, en los términos del citado artículo 8o. constitucional, todos los funcionarios y empleados públicos están obligados a respetar el ejercicio del derecho de petición, y además, toda autoridad está obligada a dictar un acuerdo escrito por cada petición que reciba, así como a hacerla del conocimiento del peticionario en breve término.

Se condiciona el ejercicio del derecho de petición a que se formule por escrito y se haga de manera pacífica y respetuosa. Por tanto, la petición formulada mediante un mitin o manifestación pública no cubre el requisito de presentarlo por escrito, por lo que en todo caso, al planteamiento oral expuesto en el mitin, deberá agregarse la petición escrita, presentada ante la autoridad competente. Además, la petición deberá presentarse en forma pacífica y respetuosa, requisitos que no cubren las peticiones presentadas con violencia, con amenazas, o de manera insultante.

Igualmente se desprende del artículo 8º de la Constitución mexicana, que la respuesta de la autoridad también debe ser por escrito y dirigirse precisamente al peticionario y hacerla de su conocimiento dentro de un breve término, el que conforme a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no deberá exceder de cuatro meses, aun cuando en los casos en que las leyes establezcan plazos menores deberán respetarse.

Adicionalmente, en México la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sentado jurisprudencia en el sentido de que la respuesta de la autoridad ha de ser congruente con la petición del solicitante, ya para resolver afirmativamente, accediendo a lo solicitado, bien para resolver negativamente.

Consecuentemente, la falta de respuesta oportuna y pertinente a cualquier solicitud que satisfaga los requisitos del derecho de petición es una violación al mismo y a la correspondiente garantía constitucional consagrada en el artículo 8 de la Ley Fundamental mexicana, la cual puede combatirse mediante el juicio de amparo y, tratándose de omisiones de este tipo que sean de naturaleza administrativa –salvo las de carácter electoral o laboral– se pueden denunciar ante la Comisión Estatal de Derechos Humanos, o ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos, según se trate de autoridades del fuero común o del fuero federal.

III. Conclusiones

Un repaso de las ideas antes expresadas permite destacar las siguientes:

- > El derecho objetivo, como norma jurídica, regula coercitivamente la conducta externa humana.
- > El derecho subjetivo es la facultad de una persona que se corresponde con la obligación general o especial, de una, de varias o de todas las demás personas.
- > El hombre es titular de un conjunto de derechos subjetivos, entre los cuales figuran los llamados derechos fundamentales.
- > La norma jurídica no puede regular toda la conducta externa humana, porque convertiría al hombre en un autómatá; por tanto, debe respetar un ámbito mínimo de irrestricta libertad que permita el desarrollo del libre albedrío del hombre en un plano de igualdad, sin más límite que el respeto a la similar libertad de sus semejantes, garantizándole su vida, sus derechos y libertades.
- > En ese ámbito mínimo de libertad se ejercitan los derechos fundamentales del hombre, también conocidos como derechos humanos, que son connaturales a su persona y además, imprescriptibles, inalienables e irrenunciables, mismos que han sido reconocidos, tanto en declaraciones y tratados internacionales, como en los textos constitucionales de los países de la comunidad internacional.
- > En mi opinión, los derechos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos pueden separarse en dos grupos, el primero se compone de aquellos derechos que el ser humano tiene por el solo hecho de serlo, razón por la que los denomino derechos humanos connaturales; el segundo grupo se integra con los derechos que, para acceder a su ejercicio, se requiere tener cierta calidad o condición, o cubrir determinados requisitos, lo que significa que la sola calidad humana no confiere estos derechos, por lo que los llamo derechos fundamentales lato sensu.

- > En el grupo de derechos humanos connaturales ubico, entre otros: derecho a la vida, derecho a la igualdad, derecho a la libertad, derecho a la seguridad, derecho a una nacionalidad y derecho al asilo.
- > Incluyo en el grupo de derechos fundamentales lato sensu: derecho a la propiedad, derecho a la seguridad social, derecho al trabajo y al descanso, derecho a la sindicación, derecho a la educación, derecho a la actividad pública y derecho a una buena administración, este último de reciente reconocimiento en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.
- > No puede ser buena la administración pública sorda y muda porque no escucha las peticiones y, por tanto, no responde a sus reclamos, circunstancia que ha dado lugar al desarrollo doctrinal del silencio administrativo.
- > En efecto, ante la reiterada falta de respuesta de la administración pública, a las peticiones de los administrados se ha optado por suponer una respuesta ficta al silencio administrativo, ya sea en sentido negativo, que da lugar a suponer una negativa ficta, o en sentido positivo que permite suponer que la administración pública accedió a lo solicitado..
- > Independientemente de la respuesta ficta de la administración pública, está su ilícita conducta omisa violatoria del derecho humano de petición, conducta evidentemente indebida, y que en casos de contumacia debe castigarse con la destitución del servidor público omiso.
- > Para concluir, he de reiterar que el respeto a los derechos fundamentales constituye la base de la democracia, de la justicia y de la buena administración.

Bibliografía

- ARISTÓTELES, *Política*, trad. Antonio Gómez Robledo, 9ª ed. México, Porrúa, 1981.
- BURGOA, Ignacio *Las garantías individuales*, 20ª ed. México, Porrúa, 1986.
- CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario de derecho usual*, 6ª ed., Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1968,.
- CHINCHILLA HERRERA, Tulio Eli, *¿Qué son y cuales son los derechos fundamentales?* Bogotá, Temis.1999.
- DE BONALD, Louis Gabriel Ambroise, vizconde de, *Demonstration philosophique du principe constitutif de la societe*, París, Le Clare, 1840.
- DÍAZ MULLER, Luis, *Manual de derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991.
- DUGUIT, León, *Manual de derecho constitucional*. trad. José G. Acuña, 2ª ed., Madrid, Librería Española y Extranjera, 1926.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 34ª ed., México, Porrúa, 1982.
- HEGEL, Jorge Guillermo Federico, *Filosofía de la Historia Universal*, trad. José Gaos, Madrid, Revista de Occidente, 1928.
- JELLINEK, Georg, *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, trad. Adolfo Posada, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1908.
- LOCKE, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, trad. Armando Lázaro Ros, México, Aguilar, 1983.
- LUQUE, Rodolfo N., “Derechos individuales”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1968.
- MASSIP ACEVEDO, Julio, *El silencio en el derecho administrativo español*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 1934.

- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barón de la Brede et de, *El espíritu de las leyes*, trad. Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Madrid, Tecnos, 1988.
- PAINE, Thomas, *Los derechos del hombre*, Barcelona, Ediciones Orbis, S.A., 1985.
- PASCAL, Blaise, *Pensamientos*, trad. Xavier Zubiri, Madrid, Alianza, 2004.
- RECASÉNS SICHES, Luis, *Filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1979.
- SABINE, George H., *Historia de la teoría política*, trad. Vicente Herrero, México, Fondo de Cultura Económica, 1970.
- SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Los documentos constitucionales y supranacionales*, Madrid, Editora Nacional, 1972.

**ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL LEGADO DEL
ANARQUISMO MODERADO AL FEDERALISMO
Y A LA EDUCACIÓN LAICA**

M.Ph. Marcela Echandi G *
Abogada costarricense

(Recibido 17/09/13 • Aceptado 03/12/14)

* e-mail: marechandi@gmail.com
Tel. 2272 4044

Resumen: Este ensayo aborda críticamente algunas de las contribuciones del anarquismo moderado al federalismo y a la educación laica que han sido fundamentales. Se parte de un análisis objetivo de los elementos que conforman el anarquismo moderado en su desarrollo histórico y sus diversas tendencias como una corriente más de pensamiento ideológico-político.

Palabras Clave: anarquismo moderado, autonomía, descentralización, laicismo, federalismo.

Abstract: This essay critically discusses some of the crucial contributions of moderate anarchism to federalism and secular education. This discussion starts with an objective analysis of the elements of moderate anarchism in its historical development and its various trends as another current of political-ideological thought.

Keywords: Moderate anarchism, autonomy, decentralization, secular, federalism

Índice

I Generalidades

II Antecedentes históricos del anarquismo

III Antecedentes históricos del federalismo

IV La educación laica

V Conclusiones

Bibliografía

I Generalidades:

Muchos han sido los prejuicios existentes sobre los términos anarquía y anarquismo. Incluso hoy en día, por un desconocimiento a fondo de su evolución y distintas tendencias, se identifica con terrorismo o revolución violenta. Pero actualmente, el anarquismo debe situarse como una corriente política seria que inspira una diversidad de posiciones ideológicas, en su mayoría no cumplidas, cuyos objetivos o finalidades están en el campo de las aspiraciones. El origen del término anarquía tiene su etimología en el griego **ἀρχός**: sin gobierno. Por esta razón en un primer sentido, se ha identificado con una sociedad libre de todo poder o autoridad, donde cada ser humano es capaz de convivir con sus semejantes en virtud del desarrollo de todas sus acciones ejercidas con plena libertad y en un contexto en el que todos deben ser igualmente libres. Es por esto, que el anarquismo efectivamente en este sentido, implica liberarse de todo poder superior, tanto ideológico y social, como religioso y económico. Ha constituido a través de la historia, un movimiento que asigna el mismo derecho a la libertad tanto al ser individual como a la colectividad, evitando la coacción y la opresión por la autoridad. En este contexto, cobran importancia fundamental, los límites impuestos por la voluntad general de toda la comunidad a la que los individuos se adecúan por voluntad libre en razón de sus intereses y conveniencia propias.

Actualmente el anarquismo continúa vigente en el sentido de ser una postura política escéptica y crítica del régimen político contemporáneo.

II Antecedentes históricos del anarquismo:

El anarquismo como espíritu libertario o anhelo de libertad absoluta, es propio de toda época histórica. En la Antigüedad Clásica se presentó acompañado de distintos modos de desarrollo socio-cultural.

El padre de la escuela filosófica estoica griega, el chiprense Zenón de Citio (324-267 a. C), es considerado un precursor del anarquismo, pues sostenía que la existencia del gobierno y su intromisión en la vida privada y colectiva origina muchos de los males que afligen a los individuos.

A lo largo de la historia de la filosofía política, pueden distinguirse tres formas principales; a) la manifestación de un anarquismo en un nivel puramente intelectual en autores que han criticado la autoridad política

de su tiempo y han contemplado la construcción y reforma de sociedades menos autoritarias o anti-autoritarias. En el siglo XIII, coincidió este pensamiento con propuestas utópicas. b) Como segunda posición, se vinculó al anarquismo con propuestas de índole ético-religiosa que han concebido la conformación de una sociedad perfecta, en la cual la mediación entre lo humano y lo divino no requiere mediaciones de autoridad y, finalmente c) las posiciones teóricas y fideístas, en las que han aparecido movimientos efectivos de tipo social, algunas de corte insurreccionario, pero en otros casos, inspiradores de movimientos históricos que han reunido múltiples fuerzas sociales –principalmente de orden agrícola- contestatarias a su época y que el Derecho acabó por legitimar y positivizar. Con la Revolución Francesa y luego de la Revolución Industrial en Inglaterra, surge y se afirma un anarquismo que se puede considerar moderno y cuyos contenidos hasta el día de hoy constituyen tema de discusión. Esta nueva visión cambia el concepto y lo afirma en un sentido positivo, contraponiéndolo al uso vulgar y simplista de caos y desorden.

A partir de la época moderna, el anarquismo asume nuevas formas de elaboración teórica y de aplicación práctica que cada vez contribuyen más al panorama de las ideas políticas. Para la doctrina política, el punto de partida más riguroso del pensamiento anarquista se fija a finales del S XVIII con la obra de William Godwin (1756-1836) *Indagación sobre la justicia política*, primera publicación significativa en la materia, de índole pacifista con una elaboración profunda en materia educativa en aras del mejoramiento del espíritu humano y que plantea los temas centrales de la doctrina tales como el rechazo o cuestionamiento de la autoridad gubernamental y la legitimidad de la ley situándolos racionalmente y en un justo equilibrio entre las necesidades sociales y la voluntad. Se cuestiona asimismo, las exigencias de una libertad política total o casi total, propia de los sistemas comunitarios. El anarquismo con Godwin no se presenta como una elaboración teórica completa, sino más bien sienta las bases para que en el SXIX adquiera organicidad. Las circunstancias político-sociales de la época, determinan la aparición doctrinaria de pensadores como Bakunin, Proudhon, Stirner, Malatesta, Kropotkin y Tolstoi –para citar los más relevantes- que van a contribuir a la primera gran división entre anarquismo comunista y anarquismo individualista. Proudhon por su parte, fue quien primero utilizó el término anarquismo como expresión de la teoría que deshecha todo gobierno y toda autoridad en su obra

Ideé Générale de la Révolution au XIX siècle de 1851. Esta tuvo amplia acogida en la Internacional que era la federación de obreros fundada por Carlos Marx en 1862 durante la Exposición Universal de Londres para llevar a la práctica el colectivismo. En los Congresos sucesivos de esta organización, en 1866 en Ginebra, Lausane en 1867, Bruselas en 1868 y Basilea en 1869 se incorpora la resistencia al orden establecido en virtud de que urgen cambios para la sociedad de entonces, y son muchos los autores que propugnan por transformación social más radical. Especial relevancia merece entonces, el pensamiento rousseauiano y su idea de estado natural donde reinan la igualdad y la libertad. Siendo la libertad y la igualdad las características fundamentales de un anarquismo inicial, se colma con Rousseau una visión optimista y positiva del ser humano que Marx incorpora también a su idea de sociedad primitiva y su a su concepción del hombre. Este –en ambos pensadores- es considerado ingenuo, manso, bondadoso, compasivo y tímido que es degenerado en la sociedad civil en virtud de la instauración de la propiedad privada y los modos de producción. Ambas instituciones establecen la desigualdad y la injusticia.

En este Congreso de la Internacional de 1869, el ruso Mikhail Bakunin contribuye amalgamando sus ideas anarquistas con el marxismo y resalta su estrategia de acción revolucionaria y violenta. El anarquismo comunista toma mayor auge a nivel mundial exaltando la plena realización del yo solo en la sociedad donde cada individuo es inducido a sacrificar una parte de la libertad personal –enfáticamente la económica- en beneficio de la libertad social. Supone una organización comunitaria de los medios de producción y del trabajo donde sea posible concretar la máxima “*a cada uno según sus propias necesidades*”. El anarco-comunismo bakuniano, pronto encontró el pensamiento marxista “*moderado*” y en el Congreso de la Internacional en septiembre de 1872 en La Haya, se separan Bakunin, Neuchâtel, Guillaume y Blanqui junto con sus discípulos Cournet, Eudes, Breuillé y otros, iniciando métodos violentos: motines, incendios y explosiones. Esto conlleva censura a la Internacional, pero la utopía recobra nuevamente un poco de su afiliación con el príncipe Kropotkin quien da nueva forma a las propuestas bakunianas. Introduce reformas al campo económico y político y destaca al anarquismo como la única forma de gobierno posible afirmando que las máximas de Saint-Simon y Fourier deben ser sustituidas por: “*a cada cual según lo que necesite para su vida y la de su familia*”, máxima que supone una gran atenuación con el anarco-comunismo radical bakuniano.

En Francia se desarrolló el anarco-comunismo más pronto que en otros países y allí aparecen por primera vez los periódicos anarquistas *L'Avant Garde* y *La Revolte* que fueron seguidos con asiduidad por una importante mayoría intelectual francesa. Además, la política parlamentaria francesa, los clubes y la prensa dieron cabida a este movimiento y hubo atentados contra muchos personajes: el último en París contra el rey de España Alfonso XIII. También tuvo eco en Alemania, España, Suiza e Italia. En Roma el programa anarco-comunista decía: “*Toda autoridad humana o celestial debe desaparecer, desde Dios hasta el último agente de policía. Abolición de todo privilegio. Propiedad colectiva de la tierra y de los instrumentos del trabajo. Emancipación y reintegración del hombre del hombre individual y colectivo. No más amos. Trabajo, pan, riqueza, instrucción, justicia y libertad para todos. La tierra al que la cultive; la máquina al que la emplee; la casa al que la habite. La comunidad federada...be aquí lo porvenir.*” No obstante, este movimiento un tanto radical, contribuye de manera paulatina tanto a la restitución de todas las libertades individuales, como al federalismo y al desarrollo del conocimiento científico en virtud de la importancia de la educación laica.

Distan mucho las posiciones entre los anarquistas más contemporáneos sobre los medios que se han de emplear. Hay acuerdo en este movimiento diverso, que debe haber un cambio, pero existen dos tipos de anarquismo: uno exaltado –ya casi en desuso- otro moderado, que es numeroso.

El anarquismo individualista, por otra parte, tiene en el pensamiento liberal laico de orientación positivista su principal fundamento. Apoya en primer lugar al individuo, que en virtud de su egoísmo y el impulso que surge de éste, se afirma a sí mismo y su libertad, realizándose plenamente en sus capacidades, con el mínimo componente autoritario. Esto es viable en contraposición y en equilibrio con otras fuerzas de los otros individuos, todos únicos en sus actos y con la visión común de la realización completa del yo en la unión social.

Conviene en estos momentos tener presentes las diversas tendencias que en torno al pensamiento anarquista nos ha dejado ver la historia:

- 1º) Por el principio que erigen en ley suprema
- Genéticas (una ley natural) Bakunin
 - Críticas Idealistas: Tolstoi, Proudhon.
 - Demonistas Altruistas: la felicidad colectiva
Godwin .
 - Egoístas: la del individuo
Stirner, Tucker.
- 2) Por la manera de entender la comunidad
- Federalistas: creen se fundará en un pacto:
Pi y Margall, Proudhon, Bakunin, Kropotkin,
Tucker, que ha de sustituir el Estado.
 - Espontaneístas: creen no se fundará en principio
Jurídico alguno: Godwin, Stirner, Tolstoi.
- 3) Por sus relaciones con el Derecho
- Anomistas: niegan todo Derecho para lo futuro: Godwin,
Stirner, Tolstoi
 - Nomistas: afirman el Derecho para lo porvenir: Bakunin,
Kropotkin, Tucker.
- 4) Por sus relaciones con la propiedad
- a) -Indoministas niegan la propiedad y su desarrollo
en razón de número.
 - Individualistas afirman la propiedad individual y colectiva.
 - Doministas admiten la propiedad -Colectivistas la admiten
para la producción. Bakunin.
 - Comunistas solo la propiedad colectiva. Kropotkin.
- 5) Por el procedimiento o estrategia política:
- Reformistas: Transformación paulatina. Procesos viables.
 - Revolucionarias:
 - Renitentes imposición de cambios
 - Insurgentes fuerza para el cambio

III Antecedentes históricos del Federalismo:

Todas las tendencias anarquistas tienen en común, su escepticismo por una representación genuina en la emisión de leyes, la ejecución de actos políticos y de gobierno. Respecto al órgano esencial de representación popular que es el parlamento o congreso, no se cumple con fidelidad esa representación; como tampoco se realizan aceptablemente las otras funciones representativas. Para los anarquistas contemporáneos -en su mayoría adheridos también a otras ideologías-, la falta de correspondencia existente entre los representantes y el pueblo, es la principal causa de ilegitimidad en la jerarquía institucional y organizacional de los Estados actuales.

Las vías políticas de este movimiento anarquista se orientan claramente a la realización en primer lugar, de cambios en la educación laica del individuo, ya que tienen una fe profunda en el ser humano como eje impulsor de iniciativas y creatividad para generar e inducir los cambios y estrategias necesarias para su bienestar. En segundo lugar, poner en práctica una creciente descentralización político-administrativa al interior de las instituciones macrocefálicas existentes para convertirse en poderes regionales. Desde el punto de vista económico, se plantea el fortalecimiento del sistema cooperativo para enfrentar el escenario nacional e internacional fuertemente competitivo. Las tendencias actuales de lo que hoy es más un neo-anarquismo, están orientadas en cuatro direcciones: a) el autoanarquismo, que representa una corriente de pensamiento fundada en la autonomía por el conocimiento que se genera a través de una educación crítica que propicie la autonomía y no la dependencia. Supone ejes de mayor libertad de tiempo y espacio al estudiante, que propicien su iniciativa y creatividad sobre una educación tradicionalmente autoritaria. Iguales medidas deben fomentarse en el hogar.

- b) El naturismo: que además de suponer una integración urgente y respetuosa frente a la ecología y al entorno para la sobrevivencia de la vida en el planeta, exige un replanteamiento del lugar del ser humano en el Cosmos y un cuestionamiento profundo del “progreso” sobre el eje del desarrollo tecno-científico.

Las ideas radicales como el marxismo y sus adaptaciones, resultan actualmente superadas por democracias sociales en el mejor de los

casos, o de manera menos común, por variaciones políticas de un liberalismo económico que no atina a instaurar una sociedad más justa e igualitaria y día con día está sumida en la crisis económica provocada por la voracidad y codicia de pequeños grupos económicos. Este hecho alimenta en los pueblos el descontento y la ilegitimidad en los cargos de representación y con ello el escepticismo y la adhesión a un gobierno centralizado y autoridades estatales. Como respuesta a esta situación, no se hace esperar la actitud anarquista manifiesta en movimientos precursores ocasionados por la urgencia de un cambio a raíz del cuestionamiento a la función de las instituciones. En muchos casos, el federalismo ha sido una respuesta a la insatisfacción de un Estado centralista, afirmando la conveniencia política de que las distintas partes del territorio estatal no sean gobernadas como un todo homogéneo, sino como entidades autónomas, de acuerdo con una coordinación fundada en un reparto racional de competencias.² Estas entidades políticas que suelen conformar otros Estados, se asocian delegando algunas libertades y poderes propios a otro organismo superior a quien pertenece la soberanía: Estado federal o Federación, conservando cierta autonomía, pero donde las funciones de gobierno están distribuidas entre un poder central y un grupo de Estados asociados.

- c) Como se ha visto con anterioridad, quien dio importancia real a la teoría del Estado federal –antes que Proudhon-, fue el español Francisco Pi y Margall. De acuerdo con los autores Rovira y Virgili³ y Sánchez Pérez⁴ El principio federativo de Proudhon apareció en 1863 y nueve años antes, Pi y Margall había publicado su obra *La reacción y la revolución* en la que está contenida toda la teoría del pacto. Dos años más tarde escribía su artículo *¿Cuál debe ser nuestra forma de gobierno?* Y aquí están contenidas todas las ideas fundamentales de su obra *Las nacionalidades* publicado en 1876. Ambos autores concuerdan que, si bien Proudhon habló del pacto antes que Pi y Margall, el primero lo hizo en su aspecto meramente económico, sin aplicaciones políticas. Su primera obra política y

² De Pina, Rafael *Diccionario de Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1978.

³ Rovira y Virgili *Pi y Margall y Proudhon*, Barcelona, 1920

⁴ Sánchez Pérez *Francisco Pi y Margall*, Barcelona, 1927.

federalista es la titulada *De la Federación y de la unidad en Italia* que vio la luz en 1862, siempre nueve años antes que *La reacción y la revolución de Pi y Margall* quien ya conocía la experiencia de la negación de las poblaciones en Estados soberanos. Para él, la Federación establece la unidad sin destruir la variedad y puede llegar a reunir en un cuerpo toda la humanidad, sin que se menoscabe la independencia ni se altere el carácter de las naciones, provincias, Estados o pueblos. Añade que: “las sociedades tienen dos círculos de acción distintos: uno en que se mueven sin afectar la vida de sus semejantes; otro, en que no pueden moverse sin afectarla. En el uno son tan autónomas como en el hombre es su pensamiento y su conciencia; en el otro tan heterónomas como el hombre en su vida de relación con los demás. Entregadas a sí mismas, así como en el primero obran aislada e independientemente, se conciertan en el segundo con las sociedades cuya vida afectan, y crean un poder que a todas las represente y ejecute sus comunes acuerdos. Entre entidades iguales no cabe en realidad otra cosa, así la Federación, el pacto es el sistema que más se acomoda a la razón y la naturaleza⁵.” Pi y Margall, considerado por muchísimos autores como uno de los intelectuales y teóricos más eruditos de la revolución democrática y del federalismo, Presidente de la República del 11 de junio al 18 de julio de 1873, fundador y dirigente del Partido Federal, fue hasta el franquismo el pensador más relevante de la izquierda española. Encontró en el Federalismo el sistema político –más que económico- por el que varios Estados o provincias conservando su independencia administrativa y judicial, ponen en común sus intereses políticos y militares y más frecuentemente sus intereses comerciales adoptando en este sentido leyes uniformes y generales. La crítica tanto a favor como en contra del Federalismo es abundante y pese a existir acuerdos doctrinales sobre el tema no existe un solo pensamiento uniforme de jurisconsultos y tratadistas. Igual se ha visto ocurre con el concepto de anarquismo. Francisco Pi y Margall sostuvo que el cimiento del sistema federal es la ciudad y que la causa de la agrupación de las ciudades es producto del desnivel entre la producción y el consumo, siendo realmente el factor económico una realidad primordial.

⁵ Pi y Margall, Francisco *República y Federalismo*, Barcelona, 1974,p.183.

En la Grecia antigua, Sócrates, Platón y Aristóteles hablan ya con énfasis en el origen económico de las ciudades.

El Federalismo nace siempre de un Pacto, diferenciándose en ello de la Confederación que es impuesta por la fuerza.

Dos condiciones son necesarias para la formación de un Estado federal: la primera es que exista un conjunto de pueblos unidos por lazos físicos, económicos y culturales en el grado necesario que tengan la aspiración de formar una unidad política independiente. La segunda, es que cada uno de esos pueblos o provincias tenga tal conciencia de su identidad propia que desee agruparse con los otros no para formar un Estado, sino una unión. Por consiguiente, la Federación es el resultado de un predominio de ciudadanos de distintos países más o menos análogos que conforman dos voluntades que son incompatibles hasta cierto punto, no obstante acuerdan una unidad y la aspiración de mantener la independencia de cada Estado. La finalidad del Federalismo es armonizar estos dos criterios. Las Federaciones tienen sus diferencias, como también tienen aspectos en común:

- I) La organización de dos clases de poderes o gobiernos: centrales y locales. Los locales son independientes de los centrales porque cada una de las características de un poder es la independencia de su acción.
- II) La subordinación de ambas clases de poderes a la Constitución.
- III) La Constitución rígida que no pueda reformarse sin intervención de los representantes especiales de los pueblos que integran el Estado federal.

La primera de las características es esencial para la vida de todo Estado federal, ya que sin el poder central no puede prevalecer el Estado y sin poderes locales no se pueden conservar las identidades particulares de los pueblos que lo integran.

La segunda característica es consecuencia necesaria de la primera, porque si los poderes centrales tuviesen facultades para reformar la Constitución, los poderes locales estarían subordinados a los centrales y dejarían de ser poderes.

La tercera característica es la garantía de las anteriores. Si los poderes centrales están limitados por la Constitución, no existen más que dos medios para reformarla, o encomendar esas reformas de las enmiendas constitucionales a un órgano distinto del Parlamento, o dejarlo en manos del mismo Parlamento, pero por un procedimiento distinto del que se usa para dictar las leyes ordinarias. En ambos casos la Constitución tiene que ser rígida y parece natural que para evitar esas enmiendas se atente contra los Estados federados, sino más bien debe concederse a cada uno de ellos una representación o en el órgano constitucional o en unas de las cámaras del Parlamento.

Algunos han entendido equivocadamente que el federalismo es un sistema político solamente compatible con la forma de gobierno republicana, pero según señala la doctrina, también armoniza con la monarquía. Se debe insistir que el federalismo no es realmente una forma de gobierno, sino un modo de unión de diferentes Estados o naciones que constituyen una unidad política común a todos ellos que antes no existía y por la conveniencia e interés de todos. Una monarquía podría eventualmente pasar del sistema unitario al federal sin que pierda nada de lo que esencialmente la constituye. La federación no es más que la triple autonomía del municipio, la provincia y la nación dentro del círculo de sus respectivos intereses y puesto que existen intereses compartidos entre ellas, existen los intereses nacionales comunes a todas, por lo que hay que dejar al Estado su poder de acción. Tal y como lo señalan muchos autores, si bien el federalismo republicano puede ser más perfecto, se puede dar el federalismo monárquico. Tal fue el caso de la realidad política posterior al Imperio austro-húngaro y hoy el caso de Bélgica dentro de la Unión Europea.

El legado de la filosofía de Pi y Margall, se lo disputan por igual anarquistas, federalistas y republicanos socialistas. Su programa –entre otros puntos- pedía varias medidas para restablecer la disciplina del ejército, la suspensión de las garantías constitucionales para sustituirlas por una constitución federal, la separación de la Iglesia y del Estado, la enseñanza gratuita y obligatoria, la abolición de la esclavitud en Cuba, el planteamiento de todas las libertades en las provincias ultramarinas, el establecimiento de jurados mixtos de obreros y fabricantes, la vigilancia del trabajo en los niños y la venta a censo reservativo de los bienes nacionales para interesar en el mantenimiento de la República a todas

las clases de trabajadores. Este hecho se mostró históricamente en la Europa de las naciones por lo que encuentra en el federalismo una alternativa viable a la desintegración del Estado-nación. Esta tendencia de la colectividad descentralizada, no plantea la eliminación del Estado ni duda de la comunidad de intereses en ciertos grupos sociales, pero apuesta por una administración y gestión pública más personalizada y eficiente en las comunidades en razón de su diversidad y extensión territorial. Tampoco desestima las leyes sino que aboga porque algunas puedan ser regionales, dadas las diferencias. Sin duda alguna, Francisco Pi y Margall principal difusor teórico de este pacto sinalagmático bilateral que constituye el federalismo, fue alta y manifiestamente influenciado por autores como Juan Jacobo Rousseau, Pierre Joseph Proudhon y Christian Krause a quienes admiró y fue su lector más asiduo.

IV La educación laica:

La influencia del pensamiento rousseauiano, del krausismo y el proudhonismo tanto en Pi y Margall como en sus discípulos y seguidores fue trascendental, ya que contribuyó en dos ejes fundamentales: el primero, sobre el concepto del ser humano que fue muy positivo y optimista y que cambió después de su vida en la política -muy a su pesar- según sus propias palabras:

“Han sido tantas mis amarguras en el poder, que no puedo codiciarle. He perdido en el gobierno mi tranquilidad, mi reposo, mis ilusiones, mi confianza en los hombres, que constituía el fondo de mi carácter. Por cada hombre leal, he encontrado diez traidores, por cada hombre agradecido, cien ingratos; por cada hombre desinteresado y patriota, siento que no buscaban en la política sino la satisfacción de sus apetitos”

Y el segundo, el aporte que por su medio –y el de otros intelectuales-, dio el krausismo para una nueva visión del mundo, racional y monista. Esto permeó sobre todo en España donde caló profundamente, desde finales del SXIX y principios del XX. Llegó luego a las colonias españolas de América para hacer posible la aparición del pensamiento llamado liberal, bien llamado laicismo y los cimientos de la educación laica tanto en Europa como en Hispanoamérica. Por ello es posible armonizar el pensamiento racional-positivista con una visión filosófica del mundo y

⁶ Pi y Margall La República de 1873, Madrid,1964.p.87

la divinidad no contradictorias sino afines, lo que evitó el conflicto entre razón y fe y permitió asimismo el desarrollo del pensamiento científico. El krausismo, aunque es una filosofía sincrética y un tanto abstrusa, penetró sin problemas la mentalidad de los estudiosos y estos asumieron una concepción monista y panteísta de la realidad. Para citar además de Pi y Margall, tomemos en cuenta a Sanz del Río, Ferrer i Guardia, Giner de los Ríos, Nicolás Salmerón, José Martí y Simón Bolívar entre otros. En Costa Rica, los hermanos Fernández Ferraz: Valeriano y Juan, Antonio Zambrana, muchos sacerdotes jesuitas, los positivistas como Mauro Fernández y las generaciones de los liberales entre ellos, Ricardo Jiménez Oreamuno y anarquistas moderados costarricenses como Omar Dengo, Mario Sancho y Roberto Brenes Mesén; todos contribuyentes de los cimientos de nuestra institucionalidad.

No está demás recordar aquí, que “El pensamiento laico ha creado las bases de nuestras principales instituciones y éste ha sido su gran aporte. La idea [...] de Jesús Jiménez Zamora, en orden y coherencia con su pensamiento de que *“el pueblo que tenga más y mejores escuelas será el mejor de los pueblos” fortaleció nuestra política educativa...*”⁷

El anarquismo moderado español, también es uno de los contribuyentes más notables en materia propiamente educativa: metodologías pedagógicas como la participación escolar, la educación no formal, la autonomía de los centros de enseñanza, las reformas educativas en general y la educación popular han sido algunas de las propuestas más defendidas primero por el anarquismo bakuniano y luego, por el kroposkiano. Años más tarde fueron introducidas por pedagogos como Sanz del Río, Ferrer i Guardia, Giner de los Ríos, nunca desdeñadas por María Montessori o John Dewey, como tampoco por Célestin Freinet, Alexander Sutherland, Lorenzo Milani y hasta Paulo Freire; aunque muy enriquecidas por éstos. Las propuestas que aquí llamamos neo-anarquistas o moderadas, siempre han estado estrechamente ligadas a una visión convencida de la autonomía y la libertad del niño en el aprendizaje, pues son ejes fundamentales en su seguridad personal y su creatividad. Actualmente, se consideran aún más urgentes, dentro de un contexto que replantea continuamente la finalidad y el sentido en la formación

⁷ Díaz David y Echandi Marcela *Ventanas al pasado, una lectura de CR con fotografías de 1930-1942* Editorial UCR, separata Revista Herencia, 2013, p.15.

humana. Estos conceptos continúan hoy, implícitos y explícitos en movimientos pedagógicos que procuran su acción transformadora en la educación. Si bien el presente estudio, nos permite solamente realizar una exposición sintética sobre el tema educativo, deja a otros investigadores de ese campo la inquietud de indagar cada una de las temáticas referidas. No obstante, resulta imperativo destacar que el haberlas señalado aquí como aportes que hay que retomar, puede contribuir a fortalecer esas mismas contribuciones en la metodología y los enfoques pedagógicos idóneos a nuestras necesidades más actuales. En este mismo sentido se pronuncia el Prof. Fernando Savater⁸ cuando hace hincapié en la diferencia entre información y conocimiento. Éste último constituye una capacidad que se adquiere en el proceso educativo, para reflexionar sobre la información. Constituye una facultad que brinda autonomía y solo a través de esta facultad que comprende la racionalidad, se puede discernir, comparar, ponderar, relacionar, escoger y decidir libremente. El razonar se pone en práctica a través de la reflexión, la discusión, el estudio, el diálogo, la lectura... tareas que el educando debe aprender a realizar paulatinamente por sí mismo.

Dentro de las contribuciones que a modo de lineamientos generales el neo-anarquismo ha aportado a la filosofía de la educación y luego a la teoría educativa, podemos mencionar cuatro: 1) El antiautoritarismo en concordancia con el planteamiento general de rechazo a la autoridad vertical. La educación antiautoritaria sitúa al educando en el centro de la relación educativa lo que conduce a su carácter paidocéntrico. Tal y como afirmaba también Rousseau en el Emilio, quien influye sobre la Escuela Nueva, para que la enseñanza sea una práctica para la libertad y la autonomía y no para el miedo y la sumisión. El modo de construcción de la libertad del educando sí ha tenido distintas posiciones. Desde los que contemplan una libertad total donde el maestro no impone nada al alumno, hasta los que entienden esta libertad como un proceso paulatino y activo que va otorgándose poco a poco, empezando por facilitar la adquisición de hábitos, hasta la ejecución de tareas de modo independiente. 2) La educación integral: que toma nuevamente -después de Grecia- en Occidente su asidero en la idea de la Ilustración materializada

⁸ Savater, Fdo Ponderar la razón: *La educación que queremos*, Conferencia dictada a las 19:30 hrs. el 1 de diciembre de 1998 en Salón de actos: Torrelaguna 60/Madrid

en la Revolución Francesa. De esta época deriva el énfasis en la igualdad de oportunidades que cada ser humano tiene respecto a los demás y del derecho a desarrollar plenamente sus facultades físicas e intelectuales. A raíz de los abusos y la explotación contra los obreros durante la Revolución Industrial los socialismos imponen la urgencia de terminar esta situación. La educación como proceso integral supone brindar los instrumentos necesarios para el crecimiento tanto en tareas manuales o físicas, como intelectuales y sociales, dentro de un contexto humanizante donde la excesiva especialización no exista, ya que empobrece el desarrollo de la persona y de su ser en el mundo y 3) La autogestión pedagógica que deriva de una práctica educativa autogestionada, donde el control y el desarrollo de los educandos sea una responsabilidad colectiva a cargo de la colectividad misma. La autogestión educativa supone varios aspectos: como la construcción de espacios educativos: jardín de niños, escuelas, colegios, lugares para deporte y esparcimiento y la autorganización de estudios por parte de la colectividad, incluyendo a profesores y alumnos, así como las tareas, las evaluaciones, las técnicas de investigación y los trabajos en grupo. 4) El neo-anarquismo también ha promovido el laicismo. Este debe ser entendido como valor secular de apreciación, guiado por la conciencia libre de prejuicios en el análisis de los acontecimientos y fenómenos. Es un método no una ideología, ya que desde el punto de vista epistémico es condición indispensable para abordar el campo científico natural y social.

El laicismo supone la separación de la vida civil de la vida religiosa. No implica adoptar una posición de creyente, ni de no creyente, tampoco implica la unión ni la oposición, significa solamente la separación. “El laicismo resulta incompatible tanto con los sistemas que sujetan a la Iglesia como un ramo de su propia administración, como con los sistemas que impongan un ateísmo o irreligión de Estado. El campo de la fe y de la religión están reservados a la elección libre e interna de la conciencia individual a diferencia de las normas jurídicas positivas que rigen la actividad externa de los individuos en la colectividad.”⁹ En materia educativa, los más reconocidos difusores del laicismo en España con énfasis en materia educativa, han sido Ricardo Mella Cea (1861-1925), Eleuterio Quintanilla (1886-1966) y Francisco Ferrer i Guardia (1859-1909) quienes consolidan el pensamiento de la Escuela Moderna racionalista- positivista.

⁹ Díaz y Echandi, op.cit, p14.

V Conclusiones:

El federalismo que se nutre del neo-anarquismo, responde a la reciente globalización que en medio de un proceso cada vez más avasallador, busca formas más humanas de convivencia. El neo-anarquismo actual, más actitud que doctrina, afirma que lo social y político están insertos en un tejido muy complejo, multidisciplinario, diverso e interdependiente, por lo que se sabe con contradicciones que se aboca a resolver. Responde más que a una ideología política a una actitud frente a la realidad política imperante.

Según los partidarios del federalismo como opción descentralizadora, existen ventajas en el orden político, económico y social. Algunas en materia política son:

- 1- Que las funciones del individuo, del municipio, de la provincia y del Estado se encuentran perfectamente determinadas,
- 2- Que los derechos del individuo, del municipio y de la provincia no pueden ser disminuidos por el poder central,
- 3- Que siendo el Federalismo un pacto, no hay posibilidad de rescisión sin la voluntad de los contratantes,
- 4- Que en el pacto federal se determinan concretamente las atribuciones del Estado, lo que permite el desarrollo de la autonomía y mayor libertad a los Estado federados,
- 5- Que el federalismo aleja los abusos de la dictadura y la sedición.

Dentro de las conveniencias económicas que derivan del sistema federal están:

- 1) Se modera y aligera la tramitación del presupuesto de gastos,
- 2) Las provincias adoptan el sistema tributario más afín a sus necesidades y particularidades,
- 3) Existe la posibilidad de mejorar la recaudación fiscal, ya que los ciudadanos tienen oportunidad de conocer más de cerca su destino y comprobar su uso,
- 4) Se concentra y se puede incrementar en virtud de la emulación y del esfuerzo comunitario .

Sobre las ventajas sociales del federalismo se destacan:

- 1) La supresión de muchos conflictos sociales gracias a que la legislación en vez de ser tan general, atiende más a las necesidades particulares de los lugares,
- 2) Nivelan en mayor grado la producción y el consumo.

Dentro de las inconveniencias que de manera general han señalado quienes objetan el sistema federal, está el propiciar una debilidad a nivel de Estado-federación, en el sentido de que la distribución de los poderes entre distintos órganos conduce inexorablemente a que ninguna autoridad pueda reunir toda la fuerza necesaria para actuar en materia de seguridad y urgencia, ni con la energía ni la rapidez debidas.

La segunda objeción considera en las leyes federadas un obstáculo al cambio y desarrollo del derecho, que cada vez tiende más a la internacionalización en muchas de sus ramas.

La primera crítica al federalismo en nuestro criterio no es aceptable, toda vez que dentro del escenario político internacional es cada vez más continuo el esfuerzo por la aplicación del derecho internacional, los tratados, los acuerdos bilaterales y la intervención de organismos internacionales además de la vía diplomática y la mediación. Del mismo modo, el desarme parcial o total además de ser un tema obligado en materia ética, sobre la guerra en todas sus manifestaciones –aún más las confrontaciones bélicas armadas- existe mayor renuencia a ser normalizada y legitimada al seno de la comunidad de naciones. El federalismo resultaría más bien para beneficio de todos, un poderoso aliado a la vía del derecho internacional como a las alternativas que facilitan el empleo de la fuerza bruta y salvaje. Debe recordarse aquí, que formas de gobierno y formas de Estado, son dos cosas distintas. Las formas de Estado son resultado de la técnica constitucional moderna y de formalismo jurídico que recogiendo la tradición del Derecho Natural racionalista de los siglos XVII y XVIII, delimitó los conceptos de pueblo, nación, gobierno y Estado. De modo que resultan dos estructuras básicas del Estado: El Estado simple o unitario y el Estado compuesto o complejo. El criterio para hacer esta clasificación es el ejercicio de la soberanía en el Estado. Si la soberanía en el Estado se considera una e indivisible y recae sobre una misma población y en un mismo territorio

estamos frente a un Estado simple o centralista. Si, por el contrario, el ejercicio de la soberanía recae sobre un pueblo de un Estado mayor y varios pueblos que conforman Estados menores, tenemos el Estado compuesto o Estado Federal.

En cuanto al aporte del anarquismo moderado a la educación, continúan vigentes dos planteamientos que el neo-anarquismo se encarga de observar constantemente dentro de su propuesta laica: y es su sustento del por qué la educación es básicamente un problema político que ha tendido a obedecer los intereses del Estado y del clero. La enseñanza racional y científica es la base de la necesidad natural de la vida humana, al igual que la equidad entre el varón y la mujer. Se aboga por la coeducación de sexos y clases sociales y fundamentalmente, el respeto al niño y a su libertad creativa, al igual que a la importancia del juego y el fomento de su autoestima y sentido de su propio valer. Como todas las corrientes, la Escuela Moderna no adolece de defectos, pero ha sido una inspiración importante para una transformación –que no acabamos de realizar- de la educación hacia modelos más humanizadores.

Con la globalización actual, que marca además de un consumismo salvaje y devastador urge el predominio de la razón y el conocimiento científico al servicio del ser humano y su bienestar en aras de construir una sociedad más fraterna y solidaria.

Bibliografía:

- Camus, Albert *L' Etranger*, 1978 (Paris : Libraire Larousse)
- Cappelletti, Angel *El anarquismo en América Latina*, 1990 (Caracas: Biblioteca Ayacucho)
- Chomsky, Noam *Sobre anarquismo*, 2008 (Pamplona, España: Editorial Laetoli)
- Duclos, Jean *Anarquistas de ayer y de hoy*, 1978 (Barcelona: Ediciones. Torres)
- Ferrer i Guardia *La Escuela Moderna*, 1960 (Montevideo: FORU)
- Guérin, Daniel, *El anarquismo*, 1975 (Madrid: Ediciones Campo Abierto)
Ni Dios ni amo, 1988 (Madrid: Ediciones Campo Abierto)
- Kafka, Franz *El Castillo*, 1988 (Madrid: Editorial Akal)
La Metamorfosis, 2004 (Madrid: Alianza editorial)
- Malato, Carlos *Filosofía del anarquismo*, 1980 (Buenos Aires: , Ediciones Austral).
- Malatesta, Errico *Scritti scelti*,1982 (Roma: Editorial Savelli)
- Nettlau, Max *Breve Historia de la Anarquía*, 1999 (Buenos Aires: Paidós)
- Pi y Margall Francisco *Federalismo y República*, 1980
(Barcelona: Editorial Intervención Cultural)
- Serra Pons Inmaculada *Otro modelo de pedagogía libertaria española, la Escuela Neutral*, 1980
(En: Madrid: Revista de la Educación, No. 128)
- Tolstoi, León *Obras Completas*, 1984 (Madrid: Editorial Medi)

**SEÑOR, ¡YO SOY UN DOGMÁTICO! ...
PERO JURÍDICO***

Dr. Guillermo Lariguet**
Abogado argentino

A Hugo Seleme y Esteban Llamosas

(Recibido 10/07/13 • Aceptado 03/12/14)

* Este trabajo fue expuesto, en forma sintética, en las Primeras Jornadas de Análisis y Método Jurídico, organizadas por el Dr. Alejandro Vergara Blanco de la Universidad Pontificia Católica de Chile. Fueron muy instructivos los comentarios de Rodrigo Coloma, Fernando Atria y Alejandro Vergara sobre esta temática metodológica.

** Profesor e investigador de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina e investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales.
E-mail: gclariguet@gmail.com

Resumen: En este trabajo intento mostrar en qué consiste el núcleo conceptual fuerte que caracteriza ser un dogmático...pero jurídico. Sugiero vínculos entre la teología, los relatos de ficción y la dogmática. Propongo una serie de distinciones clave para comprender la naturaleza intelectual del trabajo del dogmático jurídico. A la vez, defiendo la tesis de que la dogmática debe lograr ser auto-consciente del tipo de conocimiento que lleva a cabo, así como de su relevancia intelectual y práctica. Mi principal argumento pasa por reconocer el carácter prominentemente “normativo” de la empresa intelectual de la dogmática. Para ello, indico de qué modo puede ser caracterizado este carácter. También defiendo que este carácter requiere del complemento de una buena teoría de la argumentación, de una teoría de la democracia y de un apoyo en algún tipo plausible de objetivismo ético.

Palabras Clave: Dogmática jurídica, normatividad, teoría de la argumentación, teoría de la democracia, objetivismo moral, interdisciplina, ideología.

Abstract: The objective of this essay is to show the strong core concept that characterizes a dogmatic... though juridical being. I propose links among theology, fiction stories and dogma. Also, I propose a number of key distinctions to understand the intellectual nature of the work of the legal-dogmatic analyst. At the same time, I advocate the thesis that the legal dogma must be self-conscious about the kind of knowledge it deals with, and about its intellectual and practical relevance. My main argument recognizes the mostly “normative” nature that characterizes the intellectual dogmatic undertaking. For this, I point out how such nature must be characterized. Additionally, I argue that this nature requires, as a complement, a sound theory of argumentation, a theory of democracy and the support of some kind of plausible ethical objectivism.

Keywords: Legal dogma, regulations, theory of argumentation, theory of democracy, moral objectivism, interdisciplines, ideology.

Índice

1. Introducción
2. Primeros pasos metodológicos: qué significa preguntarse: qué hacen los juristas dogmáticos?
3. Determinaciones filosóficas internalistas y externalistas
4. La normatividad dogmático-jurídica como rasgo notorio versus el kelsenismo jurídico
5. Dos aspectos más del kelsenismo que deben ser revisados
6. Dos niveles en la dogmática: micro y macro
7. Recapitulación

Bibliografía

1.Introducción

Cuando el Profesor Alejandro Vergara Blanco, de la Pontificia Católica de Chile, me invitó a participar en un simposio a realizarse en su universidad sobre la denominada “dogmática jurídica” me encontraba trabajando en un texto que interseca filosofía de la religión con ficción literaria. Estaba tan apasionado por esta temática que sentí que volver sobre mis pasos y reencontrarme con la dogmática del derecho era una especie de perturbación. Poco tiempo me llevó darme cuenta que no había una interrupción, al menos no una estándar. Porque repensar la dogmática jurídica me podía conducir a cuestiones que se rozan con la teología y también con la ficción. Esta afirmación, para algunos, puede resultar esotérica y dejaré abierto el misterio un poco, para luego, al recorrer mis pasos en el presente trabajo, termine, al final, disolviendo el misterio que mi afirmación pueda ocasionar al lector.

Para comenzar, supongamos que un científico, por ejemplo un físico o un químico, se encuentra con un jurista que estudia, investiga y enseña derecho civil, penal, agrario, ambiental, etc., y el científico le pregunta ¿a qué se dedica Usted? Yo soy un científico del derecho responde en un tono algo solemne el interrogado. Entonces el físico o el químico, o si Usted prefiere, el sociólogo, el filósofo o el biólogo, con genuina curiosidad afirman: entonces Usted es un científico, ¡no me imaginaba que había ciencia del derecho! Claro, responde el científico jurídico muy ufano: yo soy un científico del derecho, es decir, ¡un dogmático...jurídico! El científico o el filósofo no pueden reponerse de su sorpresa: algo debe estar enredado en el lenguaje: científico, dogmático...dogmático jurídico, dijo, dice para sí mismo el sorprendido y perplejo interrogador. Un científico que es un dogmático...jurídico, o un dogmático jurídico que es un científico, le parecen al sorprendido científico o al filósofo una *contradictio in adjecto*. Porque, reflexiona el científico o el filósofo, ciencia y dogma son alternativas genuinamente incompatibles. Pero, caramba, ¡qué poco avisados que son estos científicos o estos filósofos! Vamos a tener que explicarles el abc de la ciencia jurídica, piensa el dogmático, que además de ser un eximio científico del derecho, es un avezado “lector de otras mentes”, y por eso es que adivina el pensamiento contrariado del interrogador. Este posible diálogo que acabo de retratar exige una reconstrucción más pormenorizada y por esta razón transitaré más despacio el camino de este trabajo.

2. Primeros pasos metodológicos: qué significa preguntarse “qué hacen los juristas dogmáticos” ?

Un primer paso metodológico para desentrañar la causa del ruido comunicativo entre los “dos” científicos debería consistir en describir seriamente “qué hacen” los juristas que se denominan “dogmáticos del derecho”. Pero la pregunta acerca de “qué hacen” los juristas peca de candor o ingenuidad. Los dogmáticos, parece que hacen muchas cosas y la pregunta misma “qué hacen” es muy compleja porque demandaría una detallada descripción de las actividades –y pasividades auto impuestas o no- de estos dogmáticos del derecho. Dejo a un lado, además, la complejidad de la operación de describir que es mencionada frecuentemente por los juristas, sean éstos dogmáticos, teóricos o filósofos, dando por descontado que se trata de una operación cuya estructura o tipologías no exige discusión o elucidación.

Ahora bien, la pregunta “qué hacen los juristas dogmáticos” podría ubicarse, a su vez, en “niveles” epistémicos diferentes: esta pregunta se la podría formular, por lo pronto, un llamado “filósofo del derecho” o, si se prefiere el término, “un teórico del derecho”. Ellos podrían estar meditando en distintos planos o formas metódicas de determinar qué hacen los dogmáticos. Podrían hablar, así, de intentar “dar cuenta de la práctica de la dogmática”, “analizar conceptualmente” las operaciones de los dogmáticos, “reconstruir racionalmente lo que hacen los juristas”, o si son derrideanos, “deconstruir la práctica dogmático jurídica”, etc. Es decir, que ya en este plano filosófico o teórico –o como prefiera llamárselo- los teóricos o los filósofos articularían distintas operaciones que también son susceptibles de elucidación y discusión filosófica, epistémica, lógica, etc. Ahora bien, también la pregunta “qué hacen los juristas” podría ser formulada por un sociólogo. Por ejemplo, un sociólogo de la “ciencia” (si queremos ser menos ambiciosos podríamos decir sociólogos a secas o sociólogos del derecho) podría sostener que los dogmáticos del derecho hacen muchas cosas que recubren con la etiqueta de “ciencia” pero en realidad hacen otra cosa. Por ejemplo, tras el despliegue de pompa y gloria profesional, acostumbra a “doctorearse” (aunque sean solo abogados), a ponerse “red carpets”, cual estrellas hollywoodenses, a darse títulos como “distinguido”, “egregio”, “sabio” para acompañar al no menos impactante “jurisconsulto” o “jurista”, etc. Pero, en el precipitado último de este uso del lenguaje, podría subyacer

una práctica de adiestramiento, a veces por qué no “manipulación”, (aunque otros más ambiciosos y candorosos le llamarían “educación”) según la cual los dogmáticos se entrenan en la “jerarquía y la obediencia” como ha sostenido lapidariamente Duncan Kennedy (2000). Este muestrario de lo que hacen los dogmáticos, entonces, los ubicaría en una especie de reclutamiento para una estructura jerárquica del manejo del conocimiento del derecho y quien perteneciera a ella gozaría de lo que Bourdieu (2013) ha llamado la “nobleza de estado”. En dicha nobleza hay jerarquías, desde los “grandes maestros del derecho”, hasta los juristas de a pie; jerarquías que presuponen una amplia gama de rangos sociales, intelectuales, funciones, y posiciones de poder simétricas y asimétricas. Lejos del esoterismo del primitivo derecho romano, pero todavía cerca de los rasgos de privilegio de un cargo de estirpe real, los grandes maestros serían algo así como los “guardianes” del derecho, el orden jurídico, etc¹. Sin embargo, la pregunta de quién controla a los guardianes no es solo un capricho literario de Orwell y su *Rebelión en la Granja*. Se suele acusar, desde algunas filas del positivismo jurídico metodológico, que los dogmáticos más que “guardar” la ley, es decir, preservar su dimensión semántica y su fidelidad al legislador, ocultan sendas operaciones de alteración del significado de los enunciados jurídicos que dimanen del legislador u otras fuentes autoritativas. Más allá de esta última cuestión, compleja por sus numerosas aristas teóricas, lo cierto es que la primera pregunta metodológica que nos podemos formular, esto es, “qué hacen los juristas”, es en sí misma, una pregunta que se puede –y que se debería- problematizar. Porque, hay que añadir, la pregunta que parece exhibir una impronta de tipo “descriptivo”, suele encaminarse también por senderos “normativos”: la pregunta “qué hacen”, en realidad y a veces, solapa una pregunta acerca de “qué deben hacer”. Así, en la teoría jurídica contemporánea, hay un amplio y variopinto muestrario de esta preocupación. Autores como Atienza (2005) proponen un instructivo o recetario para el “buen dogmático”, autores positivistas como Alchourrón

¹ Parte de la intuición de que los juristas son “guardianes” del derecho subyace a esquemas “garantistas de pensamiento” del estilo del italiano Ferrajoli que, dentro de una aproximación “proto-positivista” intenta dar cuenta de la determinación no sólo de la validez formal de las reglas sino también su validez de contenido.

y Bulygin² (1987), al “reconstruir racionalmente” lo que “hacen los juristas”, en rigor, explicitan lo que éstos “deben hacer” si es que quieren hacer “ciencia” del derecho y no política jurídica encubierta, mientras que, en contrario, Bovino y Courtis (2000, pp. 179-213) sostienen que en la labor política se condensa la verdad de lo que hacen y deben hacer los dogmáticos.

Aquí voy a sostener que determinar lo que hacen los juristas no puede escindirse completamente de lo que deben hacer. Parte de lo que hacen y deben hacer surge de una recolección conceptual no sólo de ideales epistémicos, sino también morales, políticos, jurídicos, lógicos, etc, que los mismos dogmáticos han ido fraguando durante siglos de práctica. Otra parte, quizás, provenga de la propuesta metodológica normativa del que, como yo, intenta determinar qué hacen, qué deben hacer los juristas.

En mi caso, he perdido la obsesión por establecer criterios de “cientificidad” de la dogmática, al estilo de Alchourrón y Bulygin u otros positivistas metodológicos. Me parece que parte del trabajo de la teoría jurídica se ha visto estancado por años debido a esta obsesión. Todo lo que nos debería interesar de los dogmáticos es que articulen una forma clara, precisa y sofisticada de “conocimiento” del derecho;

² Resulta curioso que el título en español de la obra de estos autores argentinos sea introducción a la “metodología” de las “ciencias jurídicas y sociales”. Su noción de “metodología” es bastante restrictiva porque se sujeta a problemas de sistematización del derecho, tal como ellos la conciben desde el punto de vista lógico y con una distinción cualitativa entre sistematizar y cambiar sistemas. En Lariguet, 2008: capítulo 7 discuto esta distinción. Además, hablan en plural de “ciencias jurídicas”, lo cual es extraño porque ellos tienen en mente a la dogmática jurídica pero no a la criminología, la historia jurídica, la política legislativa u otras disciplinas que, sin torturar convenciones, podríamos llamar “ciencias jurídicas”. Y por último, hablan de “ciencias sociales” lo que le arrancarían más de una sonrisa irónica a científicos sociales como los sociólogos. El título original en inglés, *Normative Systems*, tampoco carece de problemas. El uso del plural podría ser visto como excesivo por un filósofo moral que no entendería como se puede pasar tan fácilmente de un sistema jurídico que admite “lagunas normativas” derivadas de una omisión relevante del legislador a un sistema moral donde, en principio, no hay legislador, al menos no en la forma convencional que adjudicamos a sistemas jurídicos en tanto subclase de sistemas normativos.

no todo conocimiento exhibe su valía si recibe el mote de “científico”. En Lariguét, 2008 capítulo 3, he puesto en duda la viabilidad de aplicar modelos de cientificidad como los que exigimos a ciencias como en las que pensaba Karl Popper. Que un conjunto de actividades merezca el título de conocimiento significa, en mi visión, que expone un conjunto variado de operaciones y afirmaciones susceptibles de ser discutidas en forma democrática, abierta, pública y racional (o sea, mediante el intercambio de las mejores razones).

Pensemos por un momento en que hay teorías que no satisfacen los cánones ordinarios de ciencias como las empíricas³: una teoría normativa por ejemplo como la rawlsiana. En este caso, sus principios e intuiciones mantienen su coherencia mediante el método del equilibrio reflexivo; por ende, sus principios no son simplemente barridos con la escobilla de la experiencia si, de pronto, algo no funciona del todo bien. Sería ocioso discutir si la teoría rawlsiana es “ciencia”; es una teoría, que expresa un conocimiento normativo y conceptual complejo en torno a una categoría como la de justicia. El ejemplo indica que las teorías dogmáticas están más cerca de teorías de tipo filosófico como la que acabo de reseñar –más allá de si el método del equilibrio es adoptado o no. Digamos entonces que la discusión de si la dogmática es ciencia o no es ciencia es más un capricho que hay que ubicar en la museología de la teoría jurídica; no tiene por qué alojarse en los estantes de nuestros libros de investigación actuales.

Ahora pues, la determinación de lo que hacen/deben hacer los dogmáticos en la que ahora estoy pensando es netamente “filosófica” y no sociológica o de otra índole. “Filosófica” en un doble sentido: de análisis y reconstrucción conceptual, a la vez que de tarea normativa, es decir, de propuestas sobre cómo se debe trabajar –a nivel consciente o autoreflexivo- en la dogmática. Es por esta razón una determinación no descriptiva a secas sino que se combina con propósitos normativos epistémicos, políticos, morales, etc, que considero que los juristas dogmáticos deberían incorporar –conscientemente- a su trabajo⁴.

³ No estoy diciendo que los dogmáticos no hagan y no deban hacer diversos tipos de afirmaciones empíricas; pero el punto es que sus actividades, al final, están guiadas por propósitos normativos últimos de variada estirpe.

⁴ Más adelante expondré con algo de detalle ejemplos de este tipo variado de propósitos.

3. Determinaciones filosóficas internalistas y externalistas

Es preciso, indicar, a su vez, que en la determinación filosófica, que es el tipo de determinación del trabajo dogmático que me interesa al menos aquí, hay cuando dos menos dos pares de estilos: uno de tipo “internalista” y otro de tipo “externalista” (empleo esta distinción en Lariguet, 2008: capítulo 8). El primero se centra en las categorías interiores de la propia dogmática: sus afirmaciones, sus métodos de interpretación, sus declaraciones epistémicas, etc. La otra, en cambio, apunta a la clase de factores sociales, económicos, ideológicos que bordean el sistema interno del trabajo dogmático pero que impactan en forma expresa o tácita en el mismo.

Me atrevería a señalar que un rasgo acusado de la mayoría de las propuestas de los positivistas jurídicos metodológicos, por ejemplo como es el caso de Alchourrón y Bulygin, o de *algunos* tipos de estilos “analíticos” dentro de la teoría jurídica, se han realizado en un estilo *internalista*, descuidando, silenciando o subestimando el aspecto *externalista*. Con este aspecto tengo en cuenta básicamente eso que muy laxamente llamaré “ideología” y que interviene en el funcionamiento del poder judicial, legislativo y de las tareas del dogmático ha sido subestimado o relegado por muchos analíticos y positivistas metodológicos desembocando sus análisis en un esmerado modelo de reconstrucción, pero altamente ingenuo y descuidado⁵.

La ideología es un tema importante y en eso los juristas feministas, marxistas, los llamados críticos en todas sus variantes, etc, tienen razón en que debe ser considerado. “Cómo debe ser considerado” es, por supuesto, un problema que el teórico no puede descuidar, pero aquí no puedo detenerme a discutir esta cuestión.

⁵ Mi visión analítica sobre el derecho ha consistido en una reconsideración del análisis conceptual que lo haga más fructífero, además de que despliego algunas críticas al positivismo metodológico; ambas cuestiones son analizadas poniendo bajo la lupa el entrenamiento intelectual habitual de los llamados “filósofos del derecho”. Entre otras cosas sostengo que los abogados que se han dedicado a la filosofía han incorporado herramientas restrictivas de la filosofía analítica la cual ha evolucionado a formas más abiertas, han confundido teoría con filosofía del derecho y han olvidado, sobre todo, que somos ante todo filósofos que filósofos “del” derecho solamente. Estas cuestiones se encuentran, por ejemplo, en Lariguet 2014.

Ahora bien, desbrozado el camino de algunos supuestos que a menudo se dan por descontados, me refiero al arranque teórico inicial preocupado por la determinación de qué hacen los juristas dogmáticos, no está de más identificar algunos rasgos sobresalientes que han caracterizado al menos la génesis de la denominada “dogmática jurídica”. ¡Señor, yo soy un dogmático!...pero jurídico es una suerte de humorada, pero no tanto.

Tradicionalmente la dogmática, como la *teología*, intentaron cimentarse en un conjunto de “núcleos” o “dogmas” desde los cuales operar; al ser dogmas, se trataba de preceptivas –metodológicas, interpretativas, etc.- *no revisables*. Esto explica la perplejidad inicial del científico o el filósofo que interrogaba al jurista orgulloso y seguro de sí mismo. En la ciencia, al menos en las reconstrucciones filosóficas estándares, una característica necesaria de la misma es la revisabilidad –o refutabilidad- de sus hipótesis teóricas y observacionales.

Advirtiendo la diferencia, cuando menos inicial entre ciencia a secas y dogmática jurídica, Viehweg (2007) distinguía “*cetética*” de “*dogmática*”. Con la primera expresión apuntaba a un tipo de episteme preocupada por la revisabilidad del contenido de verdad – o el contenido explicativo-predictivo o retrodictivo, según el caso- de las afirmaciones científicas.

A diferencia de la *cetética*, la *dogmática* se abroquelaba en torno al valor de la estabilidad o la continuidad de ciertos núcleos, por caso, en la deferencia a la llamada “voluntad del legislador”. Creo que con esta distinción Viehweg dio en el corazón de un rasgo de la *dogmática*, a menudo pasado por alto por muchos teóricos del derecho de corte positivista metodológico: este es un rasgo que denominaré “*normativo*” y que emplearé en un sentido muy amplio para dar cuenta de una variedad de objetivos no explicativos o no descriptivos en la *dogmática*.

No estoy sosteniendo, que quede claro, que el *dogmático* no pueda incubar formas explicativas o aliar sus análisis conceptuales con herramientas de tipo explicativo; de hecho, como se verá luego, abogo por la implementación en la *dogmática* de formas conscientes de interdisciplinariedad. Por tanto, este tipo de herramientas son –y pueden ser- necesarias y útiles pero no por su articulación en sí, sino por ser

puestas al servicio de finalidades que, en última instancia, son de tipo normativo⁶.

4. La normatividad del trabajo dogmático jurídica como rasgo notorio versus el kelsenismo jurídico

Mi tesis, por tanto, es que un rasgo notorio del trabajo dogmático jurídico en general es su normatividad⁷. El dogmático está interesado en asegurar una serie de valores: deferencia al legislador, seguridad jurídica, orden, justicia de las normas, etc. Las presuntas actividades de tipo “descriptivo”, en sus variantes tipologías, no tienen otro propósito que estar al servicio de un objetivo que no es descriptivo sino normativo: asegurar, guardar, preservar fidelidad a un orden jurídico o estado de derecho. Esto ha puesto al dogmático en una tortuosa situación. Por una parte, lo ha ubicado en el rol de una especie de “reproductor” del derecho tal como él lo capta, pero por otra parte, lo ha dejado insatisfecho cuando decide –conscientemente o no- dar saltos “normativos”, especialmente cuando tiene que “adaptar”, “ajustar”, o bien “reajustar”, o “acomodar” el derecho a situaciones recalcitrantes como diría Schauer, situaciones que irritan creencias ordinarias diría un peirceano, “casos difíciles” como diría un dworkiniano o, para peor, casos trágicos como dirían algunos filósofos que piensan en casos límites de la llamada racionalidad práctica.

Raz (2009: capítulos 9 y 11), y autores de nuestras latitudes como Atria (1999: 79-119), han hablado de pares de valores opuestos que tensan el trabajo del dogmático: de un lado, la estabilidad, la continuidad, la fidelidad al legislador que ponen al dogmático en la función del “guardián”, o bien el cambio, la adaptación, que buscan que el derecho maximice valores como la equidad. Aquí voy a sostener que el dogmático no es por lo general, y tampoco está bien que lo sea “siempre”, un celoso

⁶ Pensemos, por ejemplo, en herramientas explicativas y metodologías cualitativas como las que se emplean en alguna variante de análisis del discurso (Vasilachis de Gialdino, 2013).

⁷ Inclusive, en Lariguet, 2008: capítulo 8, he sugerido que, detrás del concepto presuntamente sociológico de predicción de vigencia de normas de Alf Ross, se enmascara un concepto normativo de previsión racional de los cambios legales autorizados por un orden jurídico en períodos –kuhnianamente hablando- de normalidad político-jurídica.

o mecánico y mero “reproductor”. El dogmático es en muchas ocasiones, de forma soterrada, o fuera del “closet”, un adaptador, un reajustador, un acomodador del derecho. No se me escapa que estos nombres (adaptador, ajustador, reajustador, acomodador) pueden dar lugar a distintas operaciones y la articulación de pautas metodológicas diferentes. Pero no quiero distraer al lector con una reconstrucción de todas las posibilidades que encierran estas funciones sino que apelo a la intuición común del significado inteligible y ordinario de estas expresiones. Lo que sostengo exige defender una visión del derecho que, por supuesto, no se agote solo en normas o principios que son incorporados por el legislador al derecho o son “descubiertos” o introducidos o “creados” por los jueces.

El derecho se ve más adecuadamente como una “práctica compleja” en la que también los dogmáticos participan y forman parte, buscando hacer “*equilibrios reflexivos*” entre valores que a veces pueden estar en tensión: por caso, seguridad y certeza, de un lado, adaptación y equidad del otro. Pero es preciso ir más allá. Esta práctica compleja de la que forman parte también los dogmáticos exige una discusión teórica de cuáles pueden ser las fuentes de “legitimidad” de la actividad normativa de los dogmáticos. Creo que esto requiere una zambullida profunda en las aguas de la *filosofía política*; más concretamente, la proposición y discusión de una teoría de la “democracia”. Los dogmáticos deberían abandonar las ataduras monárquicas de la jerarquía y la obediencia, y también de la recurrente “obsecuencia” hacia los grandes maestros⁸, para adentrarse en un foro abierto, público y democrático de discusión, de intercambio de razones (en un sentido semejante, Vázquez 2008). Como hablo de intercambio de razones, una teoría de la democracia sería solo una parte. En breve: a la par de una teoría de la democracia el dogmático debe reflexionar y articular una *teoría potente de la argumentación en*

⁸ Bien vale la pena brindar el siguiente testimonio: muchos de mis alumnos de metodología de la investigación dogmático-jurídica se sorprenden si les recuerdo el “sapere aude” kantiano. “Atreverse a pensar” les parece una actividad para la cual no están dotados, les genera vergüenza, enojo, fastidio, desdén, etc. “Pensar” equivale a muchas cosas del siguiente estilo: cuestionar, revisar, dudar, criticar, etc. Quiero aclarar que estos “alumnos” ya son abogados y todos ellos han iniciado la carrera docente en la facultad.

general y una de la argumentación jurídica en particular que sirva de acople a una teoría de la democracia para evaluar, a su vez, el grado de excelencia o deficiencia de sus intercambios de razones. Parte de lo que estoy proponiendo, increíblemente, se encuentra taponado en ciertos circuitos jurídicos, especialmente de Latinoamérica, por lo que llamaré un “kelsenismo subyacente”. Con este sintagma entiendo una forma de pensar, un estilo de razonar, que hunde sus raíces en ciertas ideas de Kelsen, principalmente difundidas a partir su teoría pura del derecho (véase Lariguet, 2008: capítulo 3); ideas que a veces pueden haber sido leídas por los juristas dogmáticos, aunque no hay garantía de que todo dogmático kelsenista haya leído a Kelsen; simplemente lo incorporó en su formación. Este kelsenismo impregna la enseñanza y la interpretación del derecho de manera intensa, inclusive en juristas que, paradójicamente, se pueden auto considerar iusnaturalistas (al fin, ninguno de nosotros escapa a complejos casos de auto engaño). De acuerdo con este estilo de pensamiento y razonamiento, los dogmáticos que quieren hacer “ciencia” deben solo describir el derecho (lo cual maximiza su rol de guardianes reproductores). Además, no deben “contaminar” su quehacer con disciplinas extrañas a la “esencia” de la dogmática jurídica tales como la antropología, los estudios culturales del derecho, la sociología jurídica, la filosofía moral o política, etc⁹. Estoy convencido que como ocurre con los grandes amores, muchos juristas se enamoraron de estos rasgos, y hoy, como ocurre con los divorcios, se separaron por estos mismos rasgos. Sin embargo, muchos juristas siguen viviendo en este matrimonio incómodo.

El estilo kelsenista, por lo pronto, ha generado la falsa imagen de que el dogmático está atado –inexorablemente- a una suerte de “monismo disciplinar”. Y este *dictum* se sostiene en contra de las evidencias. Por ejemplo: un dogmático penal que quiera reexaminar –no meramente reproducir- una categoría como la de “culpabilidad” no puede darle la espalda a problemas planteados por las llamadas neurociencias. O bien,

⁹ Es importante acotar que una cosa son las “teorías” y otra sus usos, aplicaciones o interpretaciones. Por ejemplo en Diego Medina (2004) se habla de diversas modalidades de “transformación” de las intenciones kelsenianas en la teoría pura por parte de juristas latinoamericanos.

si este dogmático se introduce en los meandros de la responsabilidad penal, no podría preterir una consideración explícita del problema de la mente, su relación con el cuerpo y cómo mente y cuerpo se enlazan con la causalidad. A fin de cuentas, el problema filosófico de la libertad es presupuesto inevitable de cualquier consideración seria sobre la responsabilidad. Y en verdad los dogmáticos ilustrados que conozco no lo hacen, es decir, no soslayan este tipo de consideraciones. Dejemos por un momento de lado las teorías filosóficas que son mi objeto predilecto. Pensemos que este mismo dogmático penal no puede dejar de tender cables con teorías antropológicas si tiene que estudiar el factor “cultural” de excusación de la responsabilidad. O, por caso, pensemos ahora en un dogmático constitucional que se enfrente a una medida legislativa que someta la judicialización de los derechos sociales a un mecanismo económico de “sustentabilidad fiscal”: él no puede dejar de articular herramientas de teorías de la justicia tributaria y de teorías político-morales de los derechos. Lo que estoy señalando dirige nuestras mentes a una reflexión seria sobre los puentes metodológicos y teóricos entre distintas disciplinas, por caso, entre disciplinas de la llamada dogmática jurídica y otras disciplinas no dogmáticas. Por este motivo, mal que les pese a los kelsenistas, es perentorio volver a preocuparse seriamente sobre palabras tales como “interdisciplina”, “transdisciplina”, etc¹⁰. No obstante, algunos juristas, que se apodan de “metodólogos” del derecho, rara vez meditan sobre esto. Es más, sin saberlo como el “burgués gentilhomme que hablaba prosa sin saberlo”, son kelsenistas sin saberlo. Por ejemplo, un alumno mío de metodología de la dogmática jurídica, me comentó una vez que quiso combinar herramientas de interpretación del derecho civil con herramientas de la sociología, a lo cual un “metodólogo” de

¹⁰ En Lariguet 2007 he intentado dar una reconstrucción conceptual de conceptos como los de disciplina e interdisciplina, respectivamente. Allí, a la par de una reconstrucción, era escéptico con respecto a la interdisciplinariedad. Ahora pienso, como Minor Salas (2006: 55-69), que el principal obstáculo para establecer puentes creativos entre teorías y disciplinas no obedece tanto a la inconmensurabilidad o al uso de nomenclaturas terminológicas potencialmente inconmensurables, sino en actitudes prácticas reacias a los puentes. En Pelaez y Suárez 2010 hay un trabajo renovado y detallado de reconsideración de estas nociones a la luz de la epistemología contemporánea.

estos que tengo en mente –y que son muy reales- le dijo: “*Usted no puede hacer eso*”. De nuevo estamos con lo que hacen, no hacen, pueden o no pueden hacer los dogmáticos. Hacer un poco de sociología, de acuerdo con esta preceptiva, significa “caer por fuera de los bordes matemáticamente definidos de las disciplinas dogmático jurídicas”. Si Usted hace eso, juega otro juego diría un metodólogo de estos. En tal sentido, este “metodólogo” se parece mucho a aquel sacerdote que, en un confesionario, le dice: “Usted no puede tener relaciones prematrimoniales porque es un pecado contra la naturaleza querida por Dios”; ergo, “si Usted lo hace va contra la naturaleza”. Por analogía, si Usted, como dogmático, quiere hacer un poco de sociología va contra la “naturaleza” de la dogmática; lo suyo es un ilícito moral. Pero, ¿tengo que explicar en detalle aquí por qué el término “naturaleza” no puede ser rotundo para una conclusión adversa al intento de un dogmático de combinar disciplinas extrañas a la “naturaleza” de la dogmática como tal? Alguien con mediana ilustración filosófica y sensibilidad lingüística sabe que este término ha sido usado de maneras diversas, poco confiables, y en general pálidamente fundamentadas en ámbitos como el derecho o la ética.

El metodólogo de mi ejemplo no parece reflexionar sobre lo que involucra una disciplina, qué cosas demanda y son posibles en términos de interdisciplina, cómo es posible cumplir con distintos propósitos dentro de una investigación, etc. Soy de la idea de que un dogmático puede *combinar* su trabajo ¹¹con disciplinas no dogmático-jurídicas como la sociología (curiosamente la metodóloga *proscriptiva y prescriptiva* de mi ejemplo es “socióloga del derecho”).

Ahora bien, a decir verdad, he podido apreciar que, cuando un dogmático invoca la sociología, no es por rendir resultados puramente explicativos. Usa la sociología, en general, para satisfacer diversos fines, que al final, son de tipo normativo: por ejemplo, cuestionar una determinada forma de implementar o aplicar una institución jurídica, como por ejemplo la familia. Por caso, para un dogmático del derecho de familia, mostrar la evolución social e histórica de la familia monoparental

¹¹ Lo cual no es igual a *confundir*.

y heterosexual hacia formas pluriparentales y no necesariamente heterosexuales, no tiene un fin empírico. Más bien, es la base para afirmar o cuestionar la regulación permisiva o prohibitiva de estas nuevas formas de familia. Lo mismo, *mutatis mutandis*, se podría decir de un dogmático que emplease instrumentos de la historia para, nuevamente, cohonestar o cuestionar una determinada política jurídica plasmada en decisiones políticas, legislativas o judiciales.

En contra de esta metodología de mi ejemplo, definiendo una dogmática auto-consciente de sus pasos y de su destino, si se me permite esta última palabra algo pomposa. He dicho que el corazón de la dogmática se vincula con diversas operaciones característicamente normativas; pero esto no impide, más bien invita, a formas novedosas de intelectualidad que conecten *creativamente* –aunque bajo el requisito de pertinencia conceptual- distintas disciplinas. La autoconsciencia a la que debe ajustarse el dogmático del derecho se potencia con la búsqueda de honestidad intelectual. Esto evita que el dogmático sea un mal sociólogo del derecho y motiva que sea, en cambio, un sociólogo alerta, además de un consciente dogmático normativo guiado por intervenciones intelectualmente creativas y refrescantes; intervenciones idóneas para ejercitar un rol activo y crítico en las prácticas jurídicas complejas que se etiquetan bajo la amplia palabra “derecho”. Para el metodólogo de mi ejemplo, a su vez, exigen un trabajo autocrítico hacia la función misionera (auto) asumida sobre bases de ignorancia y pedantería epistémica cimentadas sobre bases endebles o articuladas a través de una reflexión insuficiente.

A la luz de lo anterior, frases del estilo “Usted no puede”, admiten un trabajo de profundo cuestionamiento. Por lo pronto, si los rasgos de la dogmática no se definieran en forma esencialista, ¿qué impediría trazar un puente con disciplinas no dogmáticas? ¿Por qué plantear las cosas a todo o nada? Acaso, ¿no es posible combinar diferentes juegos tal como hacía el *Magister Ludi* del Juego de los Abalorios de Hesse? Mi respuesta es que nada impide revivificar tradiciones, en este caso dogmáticas, y fertilizarlas mediante puentes entre teorías, disciplinas o tradiciones de pensamiento diferentes. Después, si a eso queremos o no llamarlo “dogmático”, ¿es tan apremiante? Pero hay todavía otros dos aspectos del kelsenismo subyacente que quiero explicitar y poner en cuestión.

5. Dos aspectos más del kelsenismo que deben ser revisados

El primero de ellos tiene que ver con la mentada –y no siempre discutida– propiedad de “generalidad” de las teorías jurídicas como las kelseniana (Lariguet, 2008: capítulo 6). No pretendo aquí esmerilar una teoría de las generalidades posibles e imposibles de las teorías de juristas como Kelsen¹². Ciertamente aquí creo que hay un problema gordo soslayado por algunos analíticos del derecho: me refiero al problema metodológico de si es posible y hasta qué punto es importante armonizar la *aprioricidad* y *generalidad* de los conceptos filosóficos con la historicidad de fenómenos sociales como el derecho y, en consecuencia, con la densidad histórica de los propios conceptos teóricos, sean dogmáticos, sean filosóficos. Acá no voy a entrar a esta cuestión sobre la que estoy trabajando en un artículo específico. Más bien quiero detenerme ahora en la generalidad de las teorías dogmáticas del derecho.

A menudo damos por descontado que, por caso, la teoría del delito, por ejemplo la de Roxin, es aplicable “sin más” al derecho colombiano o al derecho chileno. No estoy recusando la posibilidad de aplicar conceptos dogmáticos fraguados en Alemania a otros países, si es que eso es lo que significa el predicado “general”. Empero, sí me inquieta la rapidez con la que pasamos por la frase “sin más”. Las teorías dogmáticas tienen aspectos también culturales, históricos, sociales, que explican su aparición y justifican la dimensión pragmática de su aplicabilidad. En un país sumido en la violencia como Colombia, los dogmáticos penales colombianos tienen “lo suyo” para aportar, matizar o reajustar o, como diré aquí, “modular” una teoría dogmática exógena¹³. O, para variar el

¹² Un problema clásico y no resuelto por los teóricos generales del derecho es la acusación de “eurocentrismo” u otras formas de centrismo o colonización de las teorías jurídicas. Esta misma problemática, aunque parezca lo contrario, también se ha planteado en la evolución teórica de disciplinas como la antropología jurídica o la sociología del derecho.

¹⁴ Por ejemplo, la filósofa y jurista colombiana Julieta Lemaitre Ripoll (2009) hace un interesante reajuste en las teorías jurídicas del derecho que buscan delimitar órdenes de violencia estatal justificada con órdenes de violencia no estatales, por ejemplo las *farcs* o las pandillas colombianas. Su trabajo demuestra astucia creativa para combinar de modo creativo, lúcido y pertinente, instrumentos de teorías jurídicas forjadas en el extranjero, moduladas sobre la base de problemas concretos e idiosincrásicos de

ejemplo, pensemos en el derecho boliviano. Un alemán no pergeña sus teorías dándole completamente la espalda al mundo social que lo rodea; por esto, un jurista boliviano, inmerso en un mundo de reformas de un derecho viejo hacia un derecho que refleje composiciones multiétnicas, necesitaría por fuerza, reflexiones conceptuales orientadas a interpretar estas nuevas orientaciones. Estas “modulaciones” que tengo en mente pueden tener distintos grados: desde el modesto “reajuste” a la idiosincrasia colombiana o boliviana que habilite un trabajo de recepción creativa del dogmático colombiano o boliviano de conceptos o teorías alemanas, hasta un vigoroso y nada modesto intento de subvertir el orden epistémico de privilegio de teorías extranjeras a la luz de lo que Boaventura de Sousa Santos (2010) ha llamado una “epistemología del sur”¹⁴, una epistemología sensible a los países ex colonizados, en condiciones sociales o económicas más desfavorecidas. Por ejemplo, este tipo de reajuste profundo es el que algunos juristas del derecho internacional intentan llevar a cabo, buscando liberarse -cual filósofos de la liberación dusselianos- del lastre de los núcleos conceptuales forjados por juristas de países colonizadores; buscan, más bien, conceptos, aproximaciones teóricas desde la “periferia” del mundo.

El otro aspecto del kelsenismo al que quiero hacer referencia está vinculado al presupuesto de “neutralidad valorativa” en el trabajo del dogmático. Repetidamente, y por distintas vías, corrientes como la “escuela libre del derecho”, los “critical legal studies”, “el uso alternativo del derecho”, la propuesta de una dogmática “conscientemente política” o la jurisprudencia “estratégica” han atacado la plausibilidad de este presupuesto. No solo con evidencias “descriptivas” del tipo: el dogmático no hace eso sino también con postulados normativos del estilo “el dogmático no debe hacer eso”. Yo sostengo que en general el dogmático no hace eso; pero esta cuestión no me importa tanto como la normativa: considero que “no debe hacerlo”.

Colombia que ofician no sólo de banco de pruebas para aquellas teorías sino que obliga a reformularlas.

¹⁴ No es un sur geográfico sino conceptual definido a partir de rasgos de sociedades, grupos o países que se encuentran en condiciones de marginalidad o periferia teórica con respecto a los centros de poder consagrados durante el período colonial.

He dicho que el derecho debe verse como una práctica compleja de la que forma parte el dogmático y que sus tareas normativas de equilibrio reflexivo entre valores eventualmente tensos requiere de una articulación consciente de alguna teoría de la democracia y de alguna teoría de la argumentación. Aquí quiero añadir que el dogmático a veces tendrá que hacer teoría moral también (por ejemplo, véase Tamayo y Salmorán 1996: 30-42). A nadie escapa que lo que hoy, por ejemplo, denominamos el “bioderecho”, expresión con la que se cubren situaciones tan diversas como la maternidad subrogada, el aborto, la eutanasia, la clonación, la fertilización asistida, etc., exigen poderosos argumentos que necesitan de teoría moral. Y cuando digo “teoría moral” no digo “metaética”. Digo teoría moral sustantiva y argumentos sustantivos, de “primer orden”, de cómo se deberían incorporar o no al derecho, por ejemplo al derecho civil, estos cambios en la tecnología de la vida; cambios que presupondrían, diría un foucaultiano, un biopoder y una biopolítica¹⁵.

Afrontar problemas que involucran valores exige, a su vez, un cambio en las coordenadas axiológicas por las que se estructuran las teorías jurídicas. Quiero defender aquí que el presupuesto de “neutralidad valorativa” debería ser reemplazado por el no menos riguroso de “honestidad intelectual”, además de otros valores como “curiosidad intelectual”, “valentía teórica”, “rigor y precisión conceptual”, “sensibilidad por una lógica de los buenos argumentos”, etc.

De acuerdo con mi perspectiva, los dogmáticos operarán conscientemente sobre el derecho no simplemente *reproduciendo*

¹⁵ Por supuesto, no se me escapa que la llamada “incorporación” de contenidos sustantivos de tipo moral y político al derecho requiere de una agudeza práctica que ponga en equilibrio valores como el apego a la ley o la voluntad del legislador junto a valores como ajuste o equidad en las soluciones jurídicas. Mi tesis no debiera ser reducida a la absurdidad bajo el ardid de usar el término “vulgarización” del derecho. Bajo el empleo de este término se arropan diferentes tesis, pero que en general parecen tener una raíz común: los anti-vulgaristas del derecho temen que la dotación de sustancia moral o política a los argumentos jurídicos usados para interpretar el derecho, amenguen la fuerza autoritativa, la forma del derecho o su portento exclusionario para desplazar razones de primer orden o segundo orden no estrictamente jurídicas. Una mente jurídica con agudeza práctica, por el contrario, no haría de la lectura del derecho una vulgata. Sobre los distintos sentidos de “vulgarización” del derecho y una crítica sesuda a los anti-vulgaristas se encuentra Alegre, 2005, pp. 177-189.

de manera automática los contenidos legislados. También *deberán conscientemente acoplar a una teoría de la democracia y una de la argumentación alguna teoría moral que presenten como apta para fundar sus juicios interpretativos*. Tal tarea de fundamentación presupondrá, desde luego, alguna adecuada teoría de la “objetividad” de los enunciados morales. Lamentablemente, debido a una deficiente formación en teoría moral, muchos juristas tienen una tendencia a alguna forma no reflexiva y poco refinada de subjetivismo¹⁶ valorativo o a formas de subjetivismo¹⁶ superadas por las propias corrientes no cognitivistas en materia ética (Lariguet 2010). No voy a argumentar de porqué existe esta tendencia y de porqué estos juristas adhieren a formas subjetivas de concebir al valor que son de poco refinamiento. Solo diré que cualquier esfuerzo reflexivo de conexión de la labor dogmática con la teoría moral debe presuponer algún tipo de objetividad posible para los enunciados normativos o valorativos, so riesgo de cometer un tipo de autocontradicción flagrante: no podría defenderse el cimiento moral de una determinada respuesta jurídica si se asume la misma como brutalmente subjetiva.

6. Dos niveles en la dogmática: micro y macro

Ahora bien, en este tramo de mi artículo, me gustaría introducir una nueva distinción para que quede más clara mi postura (la que he conseguido hasta nuevo aviso). Una cosa es el “nivel micro” de la dogmática, y otra el nivel “macro”.

A nivel “micro” admito que los juristas dogmáticos puedan echar mano de aportes como los de aquellos teóricos preocupados, típicamente, por las actividades de interpretación y sistematización del derecho¹⁷.

¹⁶ Esta forma primitiva de subjetivismo se encuentra, por ejemplo, en Ferrajoli, 1995, p. 123. Digo “primitiva” porque ha corrido mucha agua bajo el puente: se ha reestructurado la mirada sobre los lenguajes que presuponen valores, se ha distinguido entre valores con contenidos más o menos densos, se han propuesto proto-cognitivos de los sentimientos morales que presuponen valores, y un largo etcétera.

¹⁷ Normalmente ciertos teóricos jurídicos analíticos, no todos desde luego, suelen simplificar en extremo sus textos y sus clases cuando hablan del significado de enunciados jurídicos. La norma es el significado de un enunciado; sin embargo, no es frecuente una investigación seria sobre las teorías del significado y cuál sería la mejor versión para un modelo

Ejemplos de este nivel micro hay muchos; por caso, la discusión teórica de si las “normas tributarias imprecisas son válidas”, cuál es “el estatus de las denominadas normas penales en blanco”, “cuál es la naturaleza de las notas a pie de página de un código civil”, “cómo concebir la nulidad de los actos jurídicos”, “si la derogación de normas puede producir algún tipo de indeterminación normativa”, “si las llamadas normas programáticas de una constitución son judicializables”, “si la dogmática ambiental es autónoma con respecto a la civil”, “si las contradicciones normativas entre normas de un sistema lo vuelven trivial”, “cómo generalizar una vasta base normativa para lograr una informática eficaz de sistemas jurídicos”, y un muy largo etcétera. Yo diría que las cuestiones micro, que por lo general condensan problemas conceptuales y/o normativos, son paradigmáticamente enfrentadas por los dogmáticos y forman un objeto dilecto de los llamados “teóricos del derecho”.

A diferencia del nivel “micro”, el nivel que llamo “macro” es preocupación constante de *filósofos del derecho*, sean originalmente estos juristas o filósofos. Este nivel tiene una mirada abarcadora, holista y global sobre el derecho y sus relaciones con dominios como la moral, la política, etc. En este nivel hay una presencia recurrente de una obsesión por la *imagen, concepto o naturaleza del derecho*, lo cual involucra una pesquisa compleja por parte del filósofo.

Huelga decir que la distinción micro-macro no es cualitativa sino gradual y admite muchas zonas de intersección. Hay temáticas que pueden solapar ambas miradas: por ejemplo la aplicación judicial de normas puede requerir categorías e instrumentos tanto micro cuanto macro. O, planteado con otro ejemplo, un dogmático podría demandar explícitamente herramientas de filosofía de la mente para revisar su teoría del dolo eventual o un civilista podría pedir ayuda a las teorías filosóficas de la responsabilidad objetiva para fundamentar una teoría jurídica de la responsabilidad sin culpa y, a su vez, un filósofo podría usar un tema práctico, por ejemplo la garantía judicial de los llamados derechos sociales, como banco de prueba de tesis más abstractas a nivel conceptual de moralidad política para determinar la índole de tales derechos, o bien,

determinado de dogmática jurídica. Para una versión analítica del significado puede verse, por ejemplo, Otero-Carpintero, 2005. En cambio, para una versión hermenéutica puede verse Crelier, 2012.

podría emplear herramientas de lógicas no monotónicas para reconstruir el estatus derrotable de principios constitucionales, etc.

Ahora bien, el nivel “micro” es insuficiente desde un punto de vista filosófico y por esto debe ser ensanchado. Una primer ensanchamiento demanda el abandono de lo que llamé el “modelo kelsenista”, para abrazar un modelo que capte la complejidad de los propósitos normativos de los dogmáticos. Una alternativa potable, en este sentido, es cincelar un modelo cercano al pensamiento dworkiniano¹⁸, el cual es sensible a los valores de honestidad intelectual¹⁹ que defiendo, más que al de neutralidad valorativa²⁰ (véase Dworkin 2011). Este modelo recoge la visión del derecho como una práctica compleja y no solo un conjunto de normas. Además no es ingenuo: No se “describe por el deporte de describir”. Se describe, en todo caso, mediado por la interposición de conceptos de distinta naturaleza, muchos de ellos normativos y se describe con el propósito de ayudar a mejorar las prácticas jurídicas, volviéndolas sensibles a valores sustantivos como la democracia, la inclusión social, etc. Un profesor de derecho que solo enseñara que el derecho no es diferente de una banda de ladrones, y que entre los ladrones, prefiere a los ladrones de la derecha que a los de la izquierda, es un tipo de profesor que debería abandonar la enseñanza jurídica y entrar de consejero de alguna de las mafias gubernamentales que mejor le plazca. A menos, claro, que hiciera una especulación más seria de su papel como dogmático o como teórico, como profesor y como ciudadano sensible a cuestiones de justicia y buen gobierno. No estoy diciendo que no haya gobiernos injustos o que puedan ser tildados de bandas de ladrones. Estoy diciendo que un buen profesor de derecho, no puede ser un mero reproductor acrítico del derecho y encima darse el lujo del

¹⁸ Soy consciente de que Ronald Dworkin no tuvo en la mira algo así como la “dogmática jurídica”, una empresa intelectual de los derechos europeos continentales, pero su teoría filosófica –mutatis mutandis– sí que puede aplicarse a esta clase de empresa.

¹⁹ Véase Williams, 2002. La honestidad requiere veracidad, precisión, etc.

²⁰ El uso de determinadas palabras, seleccionadas para reforzar la idea de neutralidad valorativa, se aprecia en autores positivistas que, no en vano, hablan insistentemente de “identificación” de normas, una palabra suficientemente ascéptica como para reforzar o sostener la impresión de neutralidad. Esta impresión vuelve a ser robustecida con la idea de que también es posible la aplicación “neutral” de conceptos valorativos. Véase Navarro, 2007.

cinismo y la ignorancia o el desdén por reflexiones de filosofía política que asciendan desde la simplicidad de ciertos casos hasta la complejidad de otros y la sofisticación conceptual que requerirán las teorías político-jurídicas en esos segundos tipos de casos.

Ahora pues, este modelo de dogmático honesto que tengo en mente y que defendiendo admite una peculiaridad que modelos puros como el dworkiniano no admitirán. Mi propuesta es el de una dogmática normativa de tipo dworkiniano en la *metodología* (no necesariamente en la adscripción cabal al liberalismo político). Cuando hablo de “metodología” presupongo un conjunto diverso y complejo de articulación de instancias pre-interpretativas, interpretativas y post-interpretativas guiadas por el propósito central de presentar el derecho bajo el mejor aspecto²¹.

Una dogmática orientada de forma consciente por propósitos normativos garantiza la ansiada “relevancia” por la que abogan ciertos teóricos del derecho. “Relevancia”, empero, es una expresión amplia que, al menos, admite dos orientaciones: una epistémica que José Peralta, Laura Manrique y Pablo Navarro Navarro (2011) adjudican a una concepción “clásica” de la dogmática y otra relevancia práctica o normativa que ellos adjudican a una concepción contemporánea. Ante todo es preciso decir que la forma que ellos llaman “clásica” solo se opone superficialmente a la que denominan “contemporánea”. La clásica siempre ocultó las operaciones normativas o prácticas de la dogmática: estas operaciones existían en forma soterrada y la versión contemporánea solo hizo el esfuerzo de traerlas a la luz, es decir, de responder al valor que llamo de “honestidad intelectual”. Está claro, por otra parte, que la distinción clásica-contemporáneo, en ellos, es puramente “ahistórica”: autores como por ejemplo el segundo Ihering buscaban en el pasado

²¹ Se le ha criticado a Dworkin su centramiento exclusivo en el derecho de casos de la jurisprudencia, que son casos particulares, a diferencia del tipo de casos genéricos sobre los que normalmente orbita la dogmática jurídica. Esta crítica no me parece compulsiva, al menos aquí. La dogmática tiene un fin eminentemente práctico de ser auxilio para una mejor legislación y jurisprudencia (por ejemplo Kahn 2001); “mejor” en el sentido de aplicar una artesanía conceptual sobre el derecho que enmiende sus deficiencias legislativas y que se empareje armónicamente con principios ilustrados de moralidad política.

justamente lo que estos autores reconstruyen como sólo predicable de la dogmática contemporánea. Pero, además, en mi versión del asunto la concepción “clásica” no desaparece como por arte de prestidigitación. Lo que estos autores denominan “contemporánea” absorbe la versión anterior. Sigo pensando que hay instrumentos conceptuales ligados al uso inteligente del lenguaje, a la dotación de recursos lógicos para ordenar materiales normativos, etc., típicos de la concepción “clásica” que no tienen por qué ser abandonados. No es necesario tirar el agua de la bañera junto con el bebé.

La concepción que defiendo para la dogmática, entonces, es una forma auto-consciente y reflexiva de operar con finalidades normativas: el dogmático ayuda a modelar mejor los materiales normativos, auxilia a la judicatura, critica los aspectos de moralidad política problemáticos de las normas, etc. Esta concepción es la que de hecho aplican los dogmáticos que no se mienten a sí mismos. Tal es el caso de mi amiga, la Profesora Diana Patricia Arias Holguín, una importante dogmática penal colombiana. En un trabajo suyo (2012: p. 143) Diana aplica una compleja y sofisticada operatoria normativa sobre el derecho penal colombiano en lo tocante a la aplicación de la pena a ciertos casos de tenencia de droga. Si las normas penales se aplicaran de manera automática y directa el resultado de la punición podría derivar en una palpable e intensa afectación de derechos fundamentales del reo, como por ejemplo, su reinserción social. Por esto Diana, y muchos otros dogmáticos, aplican herramientas como las que surgen de la aplicación del principio de “proporcionalidad”; principio conforme al cual, se balancean distintos tipos de normas y principios, se conecta la legislación penal con interpretaciones constitucionales que potencian derechos fundamentales y se introduce lenta, pero persistentemente, versiones menos punitivas para ciertos casos, hasta la defensa abierta y honesta, pública, democrática y razonada de una teoría abolicionista de la pena. No es que Diana prescindiera de instrumentos como los vinculados a la interpretación y sistematización, clásicamente enfocados por positivistas metodológicos como Alchourrón y Bulygin o Pablo Navarro; simplemente ocurre que detenerse sólo en ese lugar es revelar la punta del iceberg: los objetivos últimos de los dogmáticos son normativos, pero no porque simplemente “describan” normas sino porque ponen sus actividades teóricas al servicio de fines que al final no son descriptivos o explicativos sino normativos. Por esta razón, los modelos de estos autores son útiles solo superficialmente; les falta

desocultar el poder liberador de la autoconsciencia normativa de la propia dogmática; una dogmática atenta, además, a los vericuetos ideológicos del derecho, su interpretación y aplicación. A falta de la explicitación de esta autoconsciencia, modelos positivistas como los citados solo son la muestra de modelos que enarbolan conceptos clasificatorios y precisas distinciones que han omitido lo fundamental: han olvidado cuáles son los propósitos últimos del uso de conceptos y teorías de la dogmática. Como digo, estos propósitos son normativos. Por esto modelos como los de Alchourrón y Bulygin son modelos “toy”, juguetitos para manipular intelectualmente, pero que no penetran en el corazón de la dogmática.

Ahora bien, debo adosar un punto aclaratorio más respecto de mi concepción metodológica. Debo apresurarme a clarificar que no abogo por una metodología pura á la Dworkin. Con gusto le incorporaría a esta metodología un “pestañeo de la sospecha”.

En efecto, un dogmático conscientemente político, en el sentido de ser sensible a cuestiones de manejo y distribución del poder social a través del derecho, y por diversos mecanismos e instituciones, debería tener eso que Ricoeur, pensando en autores como Foucault, llamaban la “sospecha”. No se trata de que los dogmáticos, como decimos los argentinos “se chupen el dedo”. Tienen que tener un ojo puesto en los sinuosos e intrincados terrenos de la una reflexión teórica sobre el papel de lo ideológico y el poder en la construcción, preservación, cambio o alteración del derecho y sus influjos causales en la sociedad²².

²² Por ejemplo, es común que los dogmáticos oculten dimensiones ideológicas de la aplicación judicial del derecho o de la generación de leyes en el ámbito parlamentario. Esta ocultación se detecta tanto a nivel discursivo de uso del lenguaje (por ejemplo cuando se habla de que tal ley fue “dictada”...) o cuando se omiten los factores de poder notorios que acompañan determinada decisión judicial; por ejemplo, de una decisión de una corte suprema que, mediante una sentencia, busque destronar al gobierno de turno que ocupa en ese momento el poder ejecutivo. La actividad de omisión o silenciamiento de la dogmática, centrada solo en el análisis conceptual aparentemente neutral de tal norma que es la sentencia es en sí mismo ideológico en el sentido seminal de la expresión “ideología”: acto de ocultamiento que, paradójicamente a veces, está oculto para el propio dogmático intérprete. Más adelante, en el cuerpo de este artículo sostendré la necesidad de un guiño de sospecha que permita desnudar componentes ideológicos controversiales a fin de discutirlos públicamente; esta actividad de desocultamiento de lo ideológico es una forma de optimizar un valor que defenderé aquí como es el de “honestidad intelectual” que debería reemplazar al requisito de neutralidad valorativa.

Esta habilidad de la sospecha, sin embargo, no adquiere en mi perspectiva la gravedad que tiene en Foucault. Si solo los juristas fueran “desmanteladores” rudimentarios de los vericuetos ideológicos del derecho no nos quedaría nada: todo habría sido pulverizado. Necesitamos una dogmática consciente y honestamente normativa que exponga y discuta perspectivas jurídicas que nos ayuden a “emanciparnos” como agentes libres, autónomos pero a la vez solidarios con la inclusión social del desaventajado. Este tipo de visión combinatoria de lo mejor del liberalismo y de lo mejor del socialismo debería impregnar la tarea de mejorar los materiales normativos de nuestras sociedades.

7. Recapitulación

Es hora de recoger los hilos de toda mi argumentación. He partido de la problematización de la pregunta por lo que hacen o no los llamados dogmáticos del derecho. Luego de desentrañar algunos aspectos no siempre atendidos, he expuesto en qué sentido nodal se concibe que un jurista es un “dogmático”...pero jurídico. He sugerido que el rasgo más notorio del trabajo del dogmático no tiene que ver con lo descriptivo sino con lo normativo. Los dogmáticos persiguen fundamentalmente, y está bien que eso sea una actividad explícita, propósitos normativos epistémicos (por ejemplo de construir un tipo de conocimiento manejable, útil, claro, sistemático sobre un cierto derecho), lógicos (que sus argumentos interpretativos sean sistemáticos y convergentes), sistemáticos (no sólo identificando eventuales fallas sistémicas como antinomias sino procurando mostrar de modo coherente el derecho), morales (ajustar preceptos jurídicos a las mejores teorías disponibles de la moral, con lo cual tiene que cuestionar con buenos argumentos variantes del subjetivismo valorativo), etc. He dicho que esta impronta normativa requiere de una teoría de la democracia y una de la argumentación acompañadas de reflexiones de teoría moral. Asimismo, he identificado y desmotando críticamente lo que he llamado un kelsenismo subyacente. En contra de este estilo de pensamiento he argüido a favor de un modelo de trabajo dogmático sensible a cuestiones de interdisciplina y transdisciplina y he afirmado que los dogmáticos deben obsesionarse por la honestidad intelectual más que por la neutralidad valorativa. También he sostenido que el derecho se ve mejor como una práctica de la que los dogmáticos forman parte no como pasivos reproductores del *status quo*. He dicho, además, que mi propuesta combina una aproximación de

tipo dworkiniano combinada con un estado de alerta (lo llamé pestañeo de sospecha) sobre algunos presupuestos de poder que subyacen al derecho y que afectan su aplicación, interpretación, enseñanza, etc.

Quiero terminar este artículo desentrañando por fin el misterio de porqué mi trabajo actual sobre la filosofía de la religión y la ficción literaria no se veían “totalmente” interrumpidos por este trabajo sobre la dogmática pedido por Alejandro Vergara Blanco. En primer lugar, a casi nadie se le escapa que la teología se suele construir sobre dogmas (por ejemplo la “infalibilidad del papa” y que los teólogos se enfocan a explicar-justificar la “autoridad” de la iglesia). Los dogmáticos, y más “conscientemente”, los llamados teóricos del derecho, han perseguido esta misma finalidad, inclusive los “ateos” del derecho. Quiero afirmar que característicamente los teóricos del derecho podrían verse como si fueran una especie de “teólogos”. En efecto, autores como Dworkin, Kelsen, Hart o Raz, más allá de sus singulares diferencias teóricas, se interesan en mostrar que el derecho a fin de cuentas no tiene un fundamento meramente caprichoso, rapsódico, sino que obedece o responde a una fuerza moral, a una norma presupuesta, regla de reconocimiento o pretensión de autoridad. Es decir, hay algo así como un fundamento solapadamente teológico o mítico del derecho (Derrida, 1992:129-191).

Los más escépticos, o los ateos como Austin, podrían pensar que en realidad el derecho no es más que la guía del amo con el látigo, del pastor con el rebaño de ovejas que convergen en la obediencia por miedo a la coacción, por temor a que los dientes del señor pueden morder. Un ateo jurídico diría que no hay ningún fundamento místico detrás del derecho, “no hay evidencias” de tal cosa. Los teóricos, “creyentes”, en cambio, ante este escepticismo erosivo, podrían dejar de lado el “evidencialismo” de la fuerza moral testeable en las prácticas jurídicas, la norma presupuesta en el razonamiento lógico habitual, contrafáctico y necesariamente presupuesto en la mentalidad jurídica, la postulación de una regla de reconocimiento presupuesta, o la demanda de una pretensión normal de autoridad legítima, diciendo que, como en asuntos de “fe”, es “mejor apostar al derecho”, como Pascal apostó por Dios. No podemos probar con evidencias que Dios exista o que el derecho tenga autoridad, pero entonces nos dejemos ir, nos abandonemos a los ritos de la oración en la iglesia, o a la fe en la autoridad del derecho: ¡al final seremos recompensados! Porque si resulta que Dios existe o que

el derecho tiene autoridad, todos estaremos mejor. Esto que señalo evapora parte del misterio de mi frase inicial. Falta la otra parte: la ficción literaria.

Normalmente, y de manera poco avisada, los juristas distinguirían entre el relato “teórico” de dogmáticos o filósofos del derecho del relato “ficcional” de los escritores o literatos. El primero ofrece una forma de conocimiento, el segundo un conjunto de imágenes verosímiles pero no reales y que no expresan clase alguna de conocimiento. Sin embargo, hay un dato revelador e inquietante de las ficciones literarias: en su inmensa mayoría, desde la antigüedad hasta el presente, la mayoría de los escritores ha presentado al derecho como un derecho injusto y a los abogados litigantes y a los jueces, como agentes inescrupulosos, estúpidos, venales, corruptos, presuntuosos, etc. Esta imagen “ficcional” coincide, en partes significativas, con la opinión folk.

Sin embargo, los dogmáticos, y especialmente los teóricos del derecho, suelen darle la espalda a estas imágenes porque, curiosamente, las ven demasiado ficcionales. Oponen, tácitamente, de forma tajante, el “realismo” de las teorías jurídicas a la “ficción” de los literatos²³. Esta oposición parece demasiado simplista porque los literatos han puesto de manifiesto, con agudeza y astucia, los vicios del derecho y de sus operadores. Así ha sido desde Aristófanes, pasando por Shakespeare o Swift, hasta Kafka o Dostoievsky, etc (Fábrega Ponce, 2013). Este arsenal de crítica moral del derecho desplegado por los escritores no ha sido cuidadosamente considerado por los teóricos del derecho, a excepción, podría decirse, de los tiempos recientes. Es más, la ética profesional de jueces y abogados, como disciplina filosófica aplicada, no hace tanto tiempo que ha ingresado a los tópicos de reflexión de los filósofos del derecho y ha empezado a cobrar relevancia tanto teórica como práctica. Mi pregunta final, y con esto termino de dismantelar el misterio de mi frase. ¿quiénes escriben ficciones? ¿Los literatos o los filósofos del derecho? ¿O será, acaso, que los filósofos del derecho son malos escritores o, más desolador aun, malos filósofos?

²³ “Realismo” en sentido pedestre y no en el sentido técnico del realismo escandinavo, americano o genovés)

Bibliografía

- Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio. 1987. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires.
- Alegre, Marcelo. 2005. “Vulgarización y deterioro del derecho democrático”, *Revista de Derechos y Humanidades*, N°. 11, Universidad de Chile. Chile.
- Arias Holguín, Diana Patricia. 2012. “*Proporcionalidad, pena y principio de legalidad*”, *Revista de Derecho*, N°. 38. Barranquilla.
- Atienza, Manuel. 2005. “*Diez consejos para escribir un buen trabajo de dogmática jurídica*”, Isonomía. *Revista de teoría y filosofía del derecho*, N°. 3, México.
- Atria, Fernando. 1999. “*Del Derecho y el Razonamiento Jurídico*”, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N°. 22. Alicante.
- Bourdieu, Pierre. 2013. *Nobleza de estado: investigación de elite y espíritu de cuerpo*, Traducción de Alicia Gutiérrez, Siglo XXI editores, México.
- Bovino, Alberto y Courtis, Christian. 2000. “*Por una dogmática conscientemente política*”, *Anuario de filosofía del derecho*, N°. 17, Madrid.
- Crelier, Andrés. 2012. *Introducción a la filosofía hermenéutica del lenguaje*. Biblos, Buenos Aires.
- de Sousa Santos, Boaventura. 2010. *Epistemología del sur: la reinención del conocimiento y la emancipación social*. Siglo XXI editores, México.
- Derrida, Jacques. 1992. “*Fuerza de ley: el fundamento místico de la autoridad*”, traducido por Barberá del Rosal y Antonio Peñalver, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N°. 11. Alicante.
- Danto, Arthur. 2013. *Qué es el arte, Traducción de Iñigo Ureta*, Paidós, Barcelona.
- Dworkin, Ronald. 2011. *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, Harvard.

- Fábrega Ponce, Jorge. 2013. *Jueces y abogados en la literatura universal*. Tirant lo Blanch, Barcelona.
- Ferrajoli, Luigi. 1995. *Derecho y Razón*. Trotta, Madrid.
- Kahn, Paul. 2001. *El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*, Gedisa, Barcelona.
- Kennedy, Duncan. 2000. "La educación legal como preparación para la jerarquía", traducido por María Luisa Piqué y Christian Courtis, compilado por Christian Courtis en el libro *Desde otra mirada*, Eudeba, Bs As.
- Lariguét, Guillermo. 2007. *Dogmática jurídica y aplicación de normas*. Prólogo de Fernando Atria. Alveroni, Córdoba.
- Lariguét, Guillermo. 2008. "Acerca de las llamadas 'teorías' 'generales' del derecho", en *Problemas del Conocimiento Jurídico*, Prólogo de Daniel Cesano, Ediar, Buenos Aires.
- Lariguét, Guillermo. 2008. "La aplicabilidad del programa falsacionista de Popper a la ciencia jurídica", en *Problemas del Conocimiento Jurídico*, Prólogo de Daniel Cesano, Ediar, Buenos Aires.
- Lariguét, Guillermo. 2008. "Predicción, Conocimiento y Cambio de Sistemas Jurídicos. Una revisión de la propuesta de Alf Ross", en *Problemas del Conocimiento Jurídico*, Prólogo de Daniel Cesano, Ediar, Buenos Aires.
- Lariguét, Guillermo. 2008. "Sistematización, teoría y modificación del derecho. Una revisión de las críticas de Aulis Aarnio (y Carlos Ernst) al modelo de reconstrucción racional de Alchourrón y Bulygin", en *Problemas del Conocimiento Jurídico*, Prólogo de Daniel Cesano, Ediar, Buenos Aires.
- Lariguét, Guillermo. 2010. "La presencia de la subjetividad en la metaética contemporánea", *Prometeica. Revista de filosofía y ciencias*.
- Lariguét, Guillermo. 2014. "Analytical Legal Philosophy Reloaded", *Problema. Anuario de filosofía y teoría del derecho*. N°. 8. México.
- Lemaitre Ripoll, Julieta. 2009. *El Derecho como Conjuro*. Universidad de los Andes, Bogotá.

- Manrique, María Laura, Peralta, Milton, Navarro, Pablo. 2011. *La relevancia de la dogmática penal*. Universidad del Externado de Colombia.
- Medina, Diego. 2004. 2004. *Teoría pura e impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Universidad de los Andes, Bogotá.
- Navarro, Pablo. 2002. “*La aplicación neutral de conceptos valorativos*”, Analisi & Diritto, Génova.
- Pelaez, Álvaro y Suárez, Rodolfo. 2010. *Observaciones filosóficas en torno a la transdisciplinariedad*. Anthropos-UAM Cuajimalpa. México.
- Pérez Otero, Manuel y Carpintero, Francisco. 2005. *Filosofía del lenguaje*. Universidad de Barcelona, Barcelona.
- Raz, Joseph. 2009. “*Interpretation: Pluralism and Innovation*”, en *Between Authority and Interpretation: on the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford University Press, Oxford.
- Raz, Joseph. 2009. “*Why interpret*”, en *Between Authority and Interpretation: on the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford University Press, Oxford.
- Salas, Minor. 2006. “*Interdisciplinariedad de las ciencias sociales y jurídicas: impostura intelectual o aspiración científica*”, Revista de Ciencias Sociales. 113-114.
- Tamayo y Samorán, Rolando. 1996. “*Dogmática jurídica y teoría moral*”, Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho, N°. 4, México.
- Vasilachis de Gialdino, Irene. 2013. *Discurso científico, político, jurídico y de resistencia*. Análisis lingüístico e investigación cualitativa. Gedisa, Barcelona.
- Vázquez, Rodolfo. 2008. “*Concepciones filosóficas y enseñanza del derecho*”. Academia. Revista de enseñanza del derecho. N°. 12.
- Viehweg, Theodor. 2007. *Tópica y jurisprudencia*, Traducción de Díez Picazo, Civitas, Madrid.
- Williams, Bernard. 2002. *Truth and Truthfulness: An Essay in Genealogy*, Princeton University Press, Princeton.

**DERECHO CONSTITUCIONAL
Y REELECCION PRESIDENCIAL
Sentencia del tribunal constitucional
No. 2771 del 2003**

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez ^(*)
Catedrático de Derecho Público
Universidad de Costa Rica

(Recibido 03/10/13 • Aceptado 03/12/14)

^(*) jorgerp10@gmail.com
tels. 506- 2250 1160; 506- 22594844 apartado postal 1264 Y Griega 1011,
San José, Costa Rica

Resumen: Este ensayo conmemora los 12 años de la promulgación de la sentencia del tribunal constitucional, (Sala Constitucional) No. 2717 del 2003. En esta docena de años, este voto de mayoría, ha tenido sus consecuencias, la más importante fue que le permitió al político-empresario Oscar Arias Sánchez ser Presidente de Costa Rica, por segunda vez: 2006-2010, gracias a esta segunda sentencia (2003) que le fue favorable en una votación de 5 a favor y 2 en contra; respecto de la anterior del 2000, que le fue desfavorable en una votación de 4 en contra y 3 a favor.

Palabras Clave: Sentencia judicial, reelección presidencial, votación, Poder Ejecutivo, Poder Judicial, democracia, Estado de derecho.

Abstract: This essay commemorates 12 years of the promulgation of Ruling No. 2717 of 2003 of the Constitutional Court. In these twelve years, there have been outcomes of this majority vote. The most important of those effects is that that it allowed politician and businessman Oscar Arias Sánchez to become President of Costa Rica for a second time, from 2006 to 2010, on account of this second judgment (2003) that was favorable to him with a vote of 5 to 2, compared to the previous vote of 2000, that was unfavorable for him with a vote 4 to 3.

Keywords: Judicial ruling, presidential reelection, vote, Executive Branch, the Judiciary, democracy, rule of law

Índice

Introducción

- 1.- Composición del tribunal constitucional
- 2.- Texto del artículo constitucional 132, inciso 1, antes de la reforma de 1969
- 3.- Reforma al texto del artículo constitucional 132, inciso 1 del año 1969
- 4.- Ley de la Jurisdicción Constitucional No. 7135 de 1989
- 5.- Criterios de expertos costarricenses en Derecho Público
- 6.- ¿Reelección presidencial: problema nacional?
- 7.- Sentencia del tribunal constitucional No. 7818 del 2000.

Comentarios

- 8.- Sentencia del tribunal constitucional No. 2771 del 2003

Comentarios

- 9.- Resultado de las elecciones presidenciales del 2006

Conclusión

Bibliografía

Introduccion

*Los sistemas presidenciales generan la perversión de gobiernos donde opera el principio de “juego suma cero”: quien gana el Poder Ejecutivo asume que ha ganado la totalidad del “botín” para su partido y para su grupo de adherentes y bases electorales. (San José: ¿Por qué el presidencialismo conspira contra América Latina ? Jaime Ordoñez, *Diario Extra*, lunes 18 de agosto del 2014).*

Este ensayo conmemora los 12 años de la promulgación de la sentencia del tribunal constitucional, No. 2717 del 2003. En esta docena de años, este voto de mayoría, ha tenido sus consecuencias, la más importante fue que le permitió al político -empresario Oscar Arias Sánchez ser Presidente de Costa Rica, por segunda vez: 2006-2010, gracias a esta segunda sentencia (2003) que le fue favorable en una votación de 5 a favor y 2 en contra; respecto de la anterior del 2000, que le fue desfavorable en una votación de 4 en contra y 3 a favor.

En Costa Rica, la reelección presidencial no estaba permitida por la Constitución Política.

Ante esta situación, los grupos hegemónicos del país y empresarios extranjeros con inversiones en el país, tuvieron plena conciencia de que para las elecciones presidenciales del 2002 (período 2002-2006) y las del 2006 (período 2006- 2010) no tenían un político que los representara, sintiendo urgentemente la necesidad de buscar y encontrar ese actor político que fuera candidato con posibilidades de éxito en las elecciones del 2002 y del 2006.

Para el período electoral del 2002 al 2006, Oscar Arias Sánchez, no pudo ser candidato por la sentencia 7818 del tribunal constitucional del año 2000; pero, para el lapso presidencial del 2006 al 2010, si pudo participar y ganar las elecciones, ya que la sentencia 2771 del 2003 de ese tribunal , si se lo facilitó .

El empresario-político y político-empresario Oscar Arias Sánchez (fue presidente de la República en el periodo 1986-1990), tuvo el reconocimiento del sector empresarial nacional y extranjero, que lo visualizaron, como el candidato indicado para el período presidencial del 2006 al 2010, lapso de tiempo, en el cual se jugaría la suerte de la aprobación (entre otras materias que les interesaban a los empresarios)

del convenio comercial con los Estados Unidos, lo cual ocurriría en el año 2007; habiendo desempeñado un papel estratégico y relevante a favor, el ya presidente Arias.

Al existir la prohibición constitucional ya citada, la tarea consistía en acudir a la Sala Constitucional (los interesados fueron a este tribunal dos veces, obteniendo las sentencias respectivas en el 2000 y en el 2003); con el objetivo de que este tribunal resolviera a favor de la anulación de la indicada prohibición.

Se dieron dos sentencias (que se analizarán en este ensayo):

La primera, mantuvo la prohibición de la reelección presidencial; y la segunda, levanto o anuló esa prohibición.

Sentencia No. 7818 del 2000, mantuvo la prohibición de la reelección

Sentencia No. 2771 del 2003, levantó la prohibición de la reelección

Lo diré de esta manera: del seguimiento que le he dado a la Sala Constitucional desde su nacimiento en 1989 al presente, no tengo conocimiento de que este tribunal vuelva a estudiar y se pronuncie en sentencia, sobre un caso que ya había resuelto (criterio de la “cosa juzgada”). En esta petición de reelección presidencial, este tribunal lo analizó y resolvió por segunda vez, pero con un resultado (por tanto) favorable a la reelección.

Aquí agregaría que las sentencias de este tribunal centralizado y único en el país, no tienen el recurso judicial de la apelación o de impugnación, lo cual convierte esta sede judicial en única instancia.

1.-Composición o integración del tribunal constitucional

Cuál fue la composición de este tribunal (jueces) en la primera vez y cómo votaron (**sentencia 7818 del 2000**):

En contra de la reelección presidencial:

Se declara sin lugar las acciones de inconstitucionalidad en todos sus extremos:

-Rodolfo Piza Escalante

-Luis Paulino Mora Mora

-Eduardo Sancho González

-Carlos Arguedas Ramírez Total: 4

Declaran con lugar las acciones de inconstitucionalidad en cuanto a la reforma del inciso 1 del artículo 132 de la Constitución Política :

-Fernando Solano Carrera

-Ana Calzada Miranda

-Adrián Vargas Benavides Total: 3

Sentencia 2771 del 2003:

Se anula reforma de 1969, efectuada al artículo constitucional 132, inciso 1, por lo que retoma vigencia la norma según disponía antes de dicha reforma, que permitía la reelección presidencial.

Votaron a favor de anular la reforma citada: (a favor de la reelección presidencial)

-Luis Fernando Solano

-Ana Calzada Miranda

-Gilbert Armijo Sancho

-Ernesto Jinesta Lobo

Adrián Vargas Benavides Total: 5

Votaron a favor de la reforma efectuada del artículo 132, inciso 1 (en contra de la reelección presidencial):

-Luis Paulino Mora Mora

-Carlos Arguedas Ramírez Total: 2

¿Qué explica ese cambio de votación?:

En esta segunda votación hubo dos jueces nuevos, recién nombrados por el Poder Legislativo, que expresa una voluntad política:

- Ernesto Jinesta Lobo
- Gilbert Armijo Sancho.

Así, la composición de este tribunal cambió para favorecer la reelección presidencial, vía tribunal constitucional.

2.-Texto del artículo constitucional 132, inciso 1 antes de su reforma en 1969

A partir de la promulgación de la Carta Magna en 1949 hasta 1969:

No podrá ser presidente ni vicepresidente:

- 1.- *El que hubiera servido la Presidencia en cualquier lapso dentro de los ocho años anteriores al período para cuyo ejercicio se verificare la elección, ni el vicepresidente, o quien lo sustituya, que la hubiera servido durante la mayor parte de cualquiera de los periodos que comprende los expresados años.*

3.-Reforma al texto del artículo constitucional 132, inciso 1, del año 1969:

Reforma por ley No. 4349 del 11 de julio de 1969

- 1.- *El presidente que hubiera ejercido la presidencia durante cualquier lapso, ni el vicepresidente o quien lo sustituya, que la hubiera ejercido durante la mayor parte de un período constitucional.*

Con esta reforma constitucional, se establecía la prohibición a la reelección presidencial.

Con la sentencia 2771 del 2003, del tribunal constitucional (por 5 votos a favor y 2 en contra) se anula esta reforma de 1969 y se permite la reelección presidencial; haciendo a un lado la sentencia 7818 del 2000 (4 votos a favor y 3 en contra) de ese mismo tribunal que se pronunció por la prohibición de la citada reelección.

4.-Ley de la jurisdicción constitucional No. 7135 de 1989

Artículo 73

Cabrá la acción de inconstitucionalidad cb) Cuando se apruebe una reforma constitucional con violación de normas constitucionales de procedimiento.

Artículo 76

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

Como se comprobará oportunamente, la sentencia 2771 del 2003, resolvió por aspectos de fondo, lo cual viola el artículo 73 de la citada ley (LJC); y, también se violó el numeral de esa ley 76 de esta ley, porque la persona que presentó la inconstitucionalidad dos veces, fue la misma: Edgardo Picado Araya.

Resolver por el fondo o el contenido, esta acción de inconstitucionalidad, resuelta mediante sentencia 2771 del 2003, significa que 5 jueces cambiaron la Carta Magna, lo cual solo la Asamblea Nacional Constituyente (reforma general, artículo constitucional 196); o, el Poder Legislativo (por reformas parciales, artículo 195), pueden hacer de conformidad con lo que manda la Constitución Política.

5.-Criterio de expertos costarricenses en Derecho Público:

Rodolfo Saborío Valverde:

No es cierto que la Sala Constitucional pueda ejercer control sobre el fondo de las reformas constitucionales.

No puede esta Sala atribuirse una competencia que expresamente le prohíbe el legislador, al señalar que únicamente tendrá potestad para manifestarse sobre el procedimiento de reforma constitucional.

El artículo 76 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional prohíbe expresamente la reapertura de un mismo asunto luego de que ya fue fallado (sic, es decir resuelto) y ordena que en aquellos casos que una misma acción se repita, debe procederse a su archivo. La ley citada

ordena el archivo de la acción de inconstitucionalidad sobre el tema de la reelección, porque es una réplica de la originalmente declarada sin lugar (periódico *La Nación*, 18 de marzo del 2003, Reelección debe archivarse; en: Bustos, págs. 99 y 100).

Odilón Méndez Ramírez:

La Sala Constitucional no tiene competencia para anular los “contenidos” de la Constitución Política. El artículo 73, inciso ch) de la ley de la jurisdicción Constitucional permite la acción de constitucionalidad cuando se apruebe una reforma constitucional con violación de “normas de procedimiento” (periódico *La Nación*, 20 de marzo del 2003, La verdad constitucional; en: Bustos, pág. 106).

Julio Jurado Fernández:

El quid del asunto está pues en determinar si una reforma parcial a la Constitución Política, disminuyó o suprimió el contenido de un derecho fundamental no es un asunto de forma o procedimiento, sino de fondo.

Al juzgar por el fondo una reforma parcial a la Constitución Política, la Sala Constitucional se colocó en una situación muy cercana al rompimiento del orden constitucional (periódico *La Nación* 27 de julio del 2003, Peligroso rediseño del sistema constitucional; en: Bustos, págs. 226 y 227).

Mauro Murillo Arias:

La Sala Constitucional en el voto o sentencia 2771 del 2003, transforma en forma lo que es de fondo, y así se autoproclama competente (Murillo, pág. 79).

Fabián Volio Echeverría:

Con esta sentencia 2771 del 2003, se da un traslado de poder de la Asamblea Legislativa a la sala Constitucional, pues resuelve sobre temas de fondo (*Diario Extra* del miércoles 9 de abril del 2003, periodista Marcela Villalobos).

Enrique Rojas Franco:

La Sala Constitucional no tiene la potestad de anular una norma constitucional.

De acuerdo al artículo 73, la Sala Constitucional puede anular el procedimiento seguido para hacer una reforma constitucional, pero carece de facultad para declarar la nulidad de la norma (No se puede romper el orden constitucional, *Semanario Universidad*, 11 de abril del 2003, p. 18; La Sala Constitucional no puede romper el orden constitucional, por el contrario debe garantizarlo, documento impreso, págs. 6 y 7, 2003).

Lo que es de *fondo*, es la temática del derecho a la reelección por un expresidente; y, lo que es de *forma*, es lo que se refiere al *procedimiento* para realizar reformas parciales a la Constitución Política.

Por mi parte, remití a un periódico el siguiente artículo, sin embargo el medio de comunicación NO lo publicó, por esta razón lo cito en esta oportunidad, a continuación, como punto 6=

6.- ¿Reelección presidencial: problema nacional?

Jorge Enrique Romero- Pérez

El tema de la reelección presidencial se ha vuelto a poner de moda, dado que hay dos nuevos magistrados en la Sala Constitucional y con ello ha crecido la esperanza de los pro-reelección de tener los votos (que antes, en la sentencia 7818 del 2000 no tuvieron) para que este tribunal, ahora – en el 2003- sí diga, que se permite la reelección presidencial.

Sin duda, existen expectativas e intereses fuertes en juego sobre este tema, como se ha probado con la multiplicidad de publicaciones en los medios de comunicación colectiva.

Los actores interesados en la reelección citada, representan sectores sociales poderosos en nuestra colectividad. De tal modo, que tienen la fuerza suficiente para hacer presión en los espacios, personajes y escenarios que quieran para lograr su propósito.

Uno de los argumentos más usados por los pro-reelección, es el que sostiene que la reelección es un derecho humano y en este campo el Poder Legislativo no puede menoscabarlo.

Efectivamente, los derechos humanos no son numerus apertus (una lista abierta e infinita), para que cada cual contribuya en esa lista apuntando lo que quiera. Para eso están los convenios, cartas y tratados que establecen

estos derechos, por consenso internacional. La reelección no está catalogada como tal derecho en ningún documento internacional de derechos humanos. Lo que sí es un derecho político o electoral es el de elegir y ser electo. Otro aspecto distinto es el que se refiere a que aquel que ya fue elegido, si puede o no volver a ser reelecto.

La razón de que esto sea así es que cada país, soberanamente, fijará lo que considere oportuno en esta materia.

En este campo, de la reelección para los diversos puestos en distintos espacios, existen regulaciones específicas.

Es falaz el argumento que hacen sinónimos o iguales los conceptos de reelección y derecho humano. Uno no implica necesariamente al otro.

Por otra parte, cuando se ha optado por la fórmula de la no reelección, que no es universal, sino que hay grupos de países que tienen un abanico de posibilidades en este terreno, se ha partido del supuesto de orientación política que indica que es conveniente para la salud del sistema político, que aquellos que ya han sido presidentes, no lo vuelvan a ser, ya que lo democrático es que no se caiga en la autoperpetuación de las elites – argollas- (como lo estudiaron los científicos sociales Vilfredo Pareto, Robert Michels y Gaetano Mosca) . Debe dejarse el terreno libre para que otros ciudadanos puedan aspirar a la presidencia del país.

Esto se ve claro al saberse que el presidente tiene a su haber una lista de nombramientos de al menos tres mil personas, que constituye un argolla grande en un país pequeño como el nuestro.

La democracia se hace con más democracia, no con menos. Y lo democrático es que el acceso al poder permita que los diversos sectores de la ciudadanía tengan posibilidad de acceder al Gobierno, lo cual queda torpedeado si una argolla anterior puede volver al Poder, gracias a la reelección del líder de esa argolla.

Lo real y triste del asunto es que el ejercicio del poder es oligárquico (argollero), de tal modo que a una argolla le sucede otra, perteneciente al mismo grupo o clase social dominante en el país.

En el caso concreto de la Sala Constitucional, podría – ahora- con 2 nuevos magistrados entrarle al fondo de la inconstitucionalidad planteada, dado que la sentencia 7818-00 no lo había hecho por cuanto consideró la

mayoría de jueces, que era incompetente para conocer del contenido del texto constitucional; siendo competente nada más respecto de las normas constitucionales de procedimiento, de conformidad con el artículo 73, inciso cb) de la Ley de la jurisdicción Constitucional .

Como ya se indicó, la Sala Constitucional tiene competencia para analizar y pronunciarse sobre aspectos de forma o de procedimiento, de acuerdo al artículo 73 de la ley de la Jurisdicción Constitucional, citado ; pero, NO de fondo o de contenido, que fue lo que hizo en la sentencia 2771 del 2003.

Pronunciarse sobre el fondo o el contenido de reformas constitucionales hechas por el Poder Legislativo (conforme lo manda la Carta Magna), implica que la Sala Constitucional puede modificar la Constitución Política, lo cual le está prohibido expresamente por los citados artículos constitucionales 195 y 196; y, el artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, como ya se indicó.

Precisamente, este proceder prohibido fue lo que hizo este tribunal al resolver con argumentos que atañen al fondo o contenido de la Carta Fundamental. Por ello, esta sentencia 2771 del 2003 es absolutamente nula.

Otra violación al Estado de Derecho, propia del sistema jurídico costarricense, es que las sentencias de ese tribunal no tienen apelación ante ninguna sede nacional judicial.

7.-Sentencia de la Sala (Tribunal) Constitucional No. 7818 del 2000

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 5 de setiembre del 2000.

Acciones de inconstitucionalidad acumuladas promovidas por Edgardo Picado Araya, soltero, vecino de Heredia, cédula 1-735-721, y Méndez Zamora Jorge, casado, vecino de Guápiles, cédula 3-270-068, ambos mayores, Abogados, contra los artículos 107, original, y 132 inciso 1º, reformado por Ley No. 4349 de 11 de julio de 1969, de la Constitución Política, y 6º inciso 1º del Código Electoral.

Resultando:

III - El Procurador General de la República rindió su informe (folios 87 a 124), en el sentido de que: en cuanto a la competencia de la Sala Constitucional para conocer de los temas planteados, de conformidad con lo establecido

en los artículos 10 de la Constitución Política y 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, expresamente se limitó la competencia de la Sala Constitucional a conocer, en la vía del control preventivo de constitucionalidad, de los proyectos de reforma constitucional, y, en la del control posterior, de las normas constitucionales incorporadas por reforma, cuando en el procedimiento de ésta se hubiesen violado normas constitucionales de procedimiento, negándosele la posibilidad de hacerlo respecto del contenido de las normas mismas, tanto las originales como las reformadas. La Constitución Política es el vértice de todo el sistema normativo, según ha sido desarrollado ampliamente por la doctrina, como se evidencia del propio texto constitucional, al contemplar la creación de una Sala especializada para que declare la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza, como garantía para hacer efectivo el principio de que las normas infraconstitucionales deben sujetarse al bloque de constitucionalidad, así como al regular un procedimiento agravado de reforma constitucional en el artículo 195. Los Tribunales Constitucionales, garantes de la supremacía constitucional están también subordinados a ella, de modo que no es concebible que sustituyan, declarando una inconstitucionalidad de la propia Constitución, la voluntad del pueblo soberano, quien la delega en una Asamblea Constituyente o bien en la Asamblea Legislativa, conforme a los artículos 196 y 195 de la Carta, respectivamente. La única excepción a la posibilidad de que un Tribunal Constitucional declare inconstitucional una norma del texto fundamental, es la que se encuentra contemplado en cuanto a los vicios de procedimiento: la Sala Constitucional sí puede conocer de la inconstitucionalidad de normas constitucionales, pero únicamente cuando en su producción se hayan violentado trámites esenciales previstos por la propia Constitución, lo cual, obviamente, sólo puede ocurrir en sus reformas parciales, las cuales sí debe sujetarse a un procedimiento especial. Esta excepción no quiebra la estructura del sistema, dado que los constituyentes diseñaron una Constitución de las denominadas “rígidas”, en tanto el procedimiento que debe seguirse para su modificación es agravado y distinto del de la ley ordinaria. A su vez, la rigidez constitucional persigue la conciliación de dos intereses: uno, el de lograr la adaptación de la Carta Fundamental a los cambios que se imponen a toda sociedad con el transcurso del tiempo, con el objeto de darle continuidad jurídica al Estado; el otro, el de asegurarse de que tal adaptación no se vaya a dar por un trámite flexible y expedito. También debe tomarse en cuenta que, cuando la Asamblea Legislativa utiliza el procedimiento de reforma constitucional y actúa como poder constituyente derivado, se encuentra sujeto, también, al texto constitucional; por lo que, en el evento de que se dé una violación a ese procedimiento, es posible que el Tribunal Constitucional conozca de ésta y, de haberse producido,

la declare, desde luego cuando se trate de vicios graves de esa naturaleza.

En otro orden de cosas, si bien la Sala, en algunas de sus sentencias, ha afirmado que los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica tienen igual fuerza normativa y de garantía que la Constitución misma, lo que en la práctica equivale a que, en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre las disposiciones constitucionales, en realidad lo que ha hecho el Tribunal es una integración de dichos instrumentos internacionales, para tomarlos como criterio de interpretación constitucional, o bien como parámetros de la constitucionalidad de las normas infraconstitucionales, pero nunca para declarar directamente la inconstitucionalidad del texto mismo de la Carta. En este sentido, la Sala señaló, en su **sentencia No. 5759-93** de 10 de noviembre de 1993, ante una solicitud de aclaración de la sentencia **No. 3435-92** que:

“los instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes de la República, conforme a la reforma del artículo 48 Constitucional, al integrarse al ordenamiento jurídico al más alto nivel, valga decir, al nivel constitucional, lo complementan en cuanto favorezca a la persona”;

Así, en la sentencia No. 1919-96 de 6 de noviembre de 1996, la Sala señaló que, en cuanto al contenido material de las reformas constitucionales, aún consciente del riesgo cierto o probable de que esto admita variantes conceptuales, salvo transformaciones esenciales al esquema constitucional, la Sala, en ejercicio prudente de su competencia y a través de un autocontrol, caso por caso, debe evitar una incidencia en la materia que le corresponde a quien, por disposición constitucional, puede reformar la Constitución, esto es, al legislador.

Por lo demás, el hecho de que se modifique aquélla para prohibir la reelección presidencial no implica una transformación sustancial del esquema constitucional, ni violación de principios o valores esenciales de nuestro Estado de Derecho.

El artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos habilita la posibilidad de restricción del derecho de ser electo y de elegir cuando por ley se establezca tal restricción en razón de edad, nacionalidad, residencia, idioma, capacidad civil o mental o condena en proceso penal; en realidad, faculta a la ley de cada Estado para establecer restricciones de acuerdo con las condiciones dichas, pero no prohíbe que normas constitucionales establezcan otros criterios de elegibilidad para el acceso a cargos públicos.

En consecuencia, estima la Procuraduría que las acciones de inconstitucionalidad resultan inadmisibles en el tanto solicitan se declare la inconstitucionalidad de los artículos 107 y 132 de la Constitución Política, por estimarlos contrarios a los artículos 23 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Es también evidente que no se le atribuyó al plazo para rendir el dictamen de la comisión legislativa ninguna característica especial, ni se consideró como un elemento esencial dentro del trámite de la reforma; más bien parece que se consideró como un plazo ordenatorio y no perentorio.

Agrega el Procurador General que no deben aplicarse necesariamente las consideraciones que motivaron a la Asamblea Legislativa a modificar el plazo del inciso 3° del artículo 195, lo cual, además de que, como se dijo, se hizo posteriormente a la reforma constitucional que aquí se impugna, en todo caso tiene, como en general los plazos y procedimientos específicos dentro del trámite de la reforma constitucional, la finalidad de pausar el procedimiento y no de agilizar o acelerar el trámite, ya que las reformas deben obedecer a una decisión meditada y discutida, con amplia participación democrática. El plazo establecido tiene, entonces, el sentido de impedir que pueda continuarse el procedimiento de reforma mientras la comisión especial no rinda su dictamen. Asimismo, son criterios importantes a valorar, como pautas de interpretación, los principios recogidos en la Ley General de la Administración Pública sobre conservación de los actos y sobre prórroga de la competencia de sus artículos 63 y 168, de conformidad con los cuales la competencia no se extingue por el transcurso del plazo establecido para ejercerla, salvo expresa disposición en contrario, y, cuando exista duda sobre la existencia o calificación e importancia del vicio, debe estarse a la consecuencia más favorable a la conservación del acto.

Comentario

El artículo 1 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, afirma:

La Procuraduría General de la República, es el órgano superior consultivo, técnico-jurídico de la Administración Pública y el representante legal del Estado en las materias propias de su competencia. Tiene independencia funcional y de criterio en el desempeño de sus atribuciones.

De lo expresado por el abogado del Estado (Procuraduría General de la República), selecciono lo siguiente:

- 1- Si se da una violación grave al procedimiento de reforma parcial de la Constitución Política, el Tribunal Constitucional la puede declarar,
- 2- El plazo para rendir el informe de la comisión especial sobre la reforma constitucional, era de 8 días (artículos 195, inciso 3; con la reforma de 1977, ese plazo es de 20 días hábiles), que es un plazo perentorio y no ordenatorio.
- 3- De acuerdo a la ley de la administración pública, numerales 63 y 168, la competencia no se extingue por el transcurso del plazo establecido para ejercerla, teniéndose en cuenta el principio de la conservación del acto administrativo,
- 4- se considera que el Tribunal Constitucional, debe declarar la inadmisibilidad de las acciones en cuanto cuestionan el contenido de normas constitucionales; y, en relación con el (argumentado) vicio de procedimiento de la reforma del artículo constitucional 132, inciso 1, se deben rechazar.

Concuero con la posición del abogado del Estado.

Considerando:

D - En cuanto al procedimiento de la reforma constitucional.

Considerando VII - Ciertamente, en lo que se refiere a la reforma parcial de la Constitución que introdujo el actual texto del inciso 1° del artículo 132, por Ley No. 4349 de 11 de julio de 1969, la Comisión dispuesta por el inciso 3° del artículo 195, integrada el 7 e instalada el 16 de junio de 1966, no rindió su informe sino el 15 de julio siguiente, cuando había vencido el plazo de ocho días entonces previsto por la norma constitucional. La cuestión que se plantea a este Tribunal es saber si el incumplimiento del plazo, y por ende, la extemporaneidad del dictamen de la Comisión, configuran un vicio invalidante del procedimiento, al punto de que haya que declarar la inconstitucionalidad de la reforma y su consecuente anulación. La Sala, en torno a esta decisiva cuestión, declara, por mayoría, que el vicio no es invalidante, de manera que desestima las acciones en cuanto a este extremo por las razones que enseguida se dirán.

Considerando XVI - Este Tribunal, con apoyo en las consideraciones que anteceden, arriba a la conclusión de que el vicio que se atribuye a la reforma del inciso 1° del artículo 132 de la Constitución, consistente en que la Comisión

dictaminadora de la proposición de reforma no rindió su dictamen en el plazo de ocho días, según lo prescrito para la época por el artículo 195 inciso 1°, no tiene el carácter de sustancial -o esencial-, y, por ende, no invalida la reforma ni afecta la competencia de la Asamblea Legislativa como Poder Reformador de la Constitución.

Comentario

La Comisión Legislativa rindió su informe cuando el plazo estaba ya vencido en ocho días.

La Sala Constitucional expresa que si se plantea ante este Tribunal si el incumplimiento del plazo de esos 8 días, y por ende, la extemporaneidad del dictamen de la Comisión, configurándose así un vicio invalidante del procedimiento, al punto de que haya que declarar la inconstitucionalidad de la reforma y su consecuente anulación, este Tribunal, respecto de esta decisiva cuestión, declara, por mayoría, que el vicio no es invalidante, de manera que desestiman las acciones en cuanto a este extremo.

Este Tribunal llega a la conclusión de que el vicio que se atribuye a la reforma del inciso 1° del artículo 132 de la Constitución (consistente en que la Comisión dictaminadora de la proposición de reforma no rindió su dictamen en el plazo de ocho días, según lo prescrito para la época por el artículo 195 inciso 1°), no tiene el carácter de sustancial -o esencial-, y, por ende, no invalida la reforma ni afecta la competencia de la Asamblea Legislativa como Poder Reformador de la Constitución.

Lo anterior este Tribunal lo expresó en relación al procedimiento de la reforma constitucional del numeral 132, inciso 1, que se hizo en 1969.

Concuero con la posición de este Tribunal.

E - En cuanto al fondo:

Considerando XVII - En vista de lo resuelto por mayoría, en el sentido de que carece de competencia para conocer del contenido de los textos constitucionales reformados -y, desde luego, de los originales-, según lo dicho en el Considerando VI aparte d) supra; la Sala, por mayoría, esta vez formada por los Magistrados Mora, Solano, Sancho, Arguedas y Vargas, se abstiene de considerar los aspectos de fondo impugnados. En consecuencia, omite pronunciarse sobre

las inconstitucionalidades alegadas contra los artículos 132 inciso 1°, en su texto original, y 107, también original, de la Constitución Política, así como contra el artículo 6° inciso 1° del Código Electoral, que reproduce el primero.

Como se dijo (Considerando VI e), los Magistrados Piza y Calzada se separan del criterio de mayoría y entran a considerar el fondo de las normas impugnadas.

Comentario

En este Considerando XVII se dan dos clases de mayorías:

Una, la que considera que la Sala Constitucional carece de competencia para conocer el fondo (contenido) de los textos constitucionales; y, la otra, que se abstiene de considerar los aspectos de fondo impugnados.

Por su parte el Magistrado Piza y la Magistrada Calzada sí consideran el fondo de las normas impugnadas.

F - En Conclusión:

Considerando XVIII - La Sala, por mayoría de los Magistrados Rodolfo Piza, Luis Paulino Mora, Eduardo Sancho y Carlos Arguedas, declara sin lugar las acciones de inconstitucionalidad acumuladas, en todos sus extremos. Los Magistrados Luis Fernando Solano, Ana Calzada y Adrián Vargas salvan su voto y declaran con lugar las acciones, con sus consecuencias.

Por tanto: se declaran sin lugar las acciones acumuladas. Los Magistrados Solano, Calzada y Vargas salvan el voto y declaran con lugar las acciones en cuanto a la reforma del inciso 1° del artículo 132 de la Constitución, por Ley No.4349 del 11 de julio de 1969, debiendo estarse en adelante al texto original.

Comentario

Concuero con el voto de mayoría de los Magistrados Mora, Solano, Sancho, Arguedas y Vargas, al rechazar las acciones de inconstitucionalidad presentadas debido a que el vicio de haber presentado el informe la comisión legislativa después de los 8 días no es un vicio sustancial o esencial; siendo que la extemporaneidad del dictamen de la comisión no configura un vicio invalidante del procedimiento (como se afirmó en el Considerando VII).

Voto Particular del Magistrado Rodolfo Piza Escalante:

D - Sobre la No Reección de Expresidentes y Exvicepresidentes

Considerando XV - En conclusión, y en relación con el caso de Costa Rica, no considero que, con la prohibición introducida por el art. 132 inciso 1) de reelección de Expresidentes o de Exvicepresidentes que hayan ejercido durante más de medio período en cualquier tiempo, se hayan violado ni restringido ilegítimamente, ni el derecho a elegir, ni el derecho a ser electo o a ocupar los cargos públicos en condiciones de igualdad y sin discriminación, reconocidos en el Derecho de la Constitución costarricense, en los artículos 23 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en los demás instrumentos internacionales aplicables; prohibición que, sin que el firmante entre a calificar su conveniencia o inconveniencia meramente política, que no le corresponde, no puede considerar violatoria de los derechos políticos fundamentales de nadie, desde que, además, se apoya en razones fundadas, precisamente, en el afán sincero, acertado o no, de garantizar mejores principios fundamentales del Estado Democrático de Derecho, como son los de alternabilidad en el poder, y los propios de la igualdad sin discriminación. En este sentido, sin avalar la afirmación, no puedo soslayar el hecho de que la no reelección presidencial fue apoyada en su momento abrumadoramente, incluyendo a todos los Expresidentes de la República; que ha continuado siéndolo, con alguna notable excepción; y que incluso no se está planteando como una cuestión de principio, sino como reacción frente a un alegado debilitamiento de los partidos tradicionales y a una supuesta carencia de líderes capaces de aglutinar a los ciudadanos alrededor de su nombre; y, sobre todo, que la reforma se fundamentó en una experiencia nacional e internacional bastante reiterada: la de que el gobernante que puede ser reelecto no vaya a poder sustraerse fácilmente, al gobernar, a la tentación de hacerlo para su reelección y no para el bien común, que no resultan siempre coincidentes, ni, sobre todo, de utilizar los medios que brinda el poder para preparar una reelección en la que se supone que no estará en igualdad de condiciones con otros aspirantes. La historia de las Democracias occidentales, aun de aquellas de régimen presidencialista, muestra todo una gama de limitaciones en este sentido, establecidas en un afán sincero de fortalecer la propia Democracia, incluyendo la no reelección presidencial absoluta (México) o la prohibición de una segunda reelección (introducida como se dijo, en la Constitución de los Estados Unidos de América por la enmienda N. 22), etc.

Comentario

Este voto particular el Magistrado Piza Escalante, afirma que la reforma del artículo constitucional 132, inciso 1, de 1969, se fundamentó en una experiencia nacional e internacional bastante reiterada: la de

que el gobernante que puede ser reelecto no vaya a poder sustraerse fácilmente, al gobernar, a la tentación de hacerlo para su reelección; y, no para el bien común, que no resultan siempre coincidentes. Ni sobre todo, de utilizar los medios que brinda el poder para preparar una reelección en la que se supone que no estará en igualdad de condiciones con otros aspirantes.

Esta observación del Magistrado Piza Escalante, pertenece al campo de la sociología política, dada la actividad que tuvo en el terreno de la política; y, como abogado litigante, experto en el derecho público. Por ello no se trata de la observación de un teórico, sino de la de una persona con un gran activismo ciudadano y político.

Recordemos que en el periódico La República del sábado 26 de febrero del 2000, se informó que la Procuraduría General de la República rechaza la reelección (periodistas Carolina Mora y Mario Bermúdez).

Y, el miércoles 6 de setiembre del 2000, ese mismo periódico informó que la Sala Constitucional rechazó la reelección (periodista Carolina Mora).

Ese mismo día y en el mismo periódico, el político expresidente de la República, Oscar Arias Sánchez, dijo:

“hicimos lo que pudimos, pero no hay nada que hacer”. Arias agradeció a los que lo apoyaron en esta lucha por la reelección, desde diciembre de 1999, cuando anunció sus intenciones de volver a ser presidente.

En el periódico *La Nación* del martes 3 de setiembre del 2002, Oscar Arias Sánchez manifestó:

No volvería a dar la lucha, porque no tiene ganas, energía y entusiasmo para encabezar otra lucha por la reelección presidencial, como la dio en el 2000 (Alexander Ramirez, pág. 6 A).

Dado que la composición de la Sala Constitucional cambió al ingresar dos jueces nuevos, se volvió a presentar otra acción de inconstitucionalidad, en el 2002, logrando un resultado favorable a Oscar Arias Sánchez (*mediante la sentencia 2771 del 2003*), quien fue el directamente favorecido, resultando presidente de Costa Rica para el período 2006-2010.

En el periódico Extra del jueves 2 de diciembre de 1999, Oscar Arias Sánchez informó :

Que anunciaba sus intenciones de ocupar la presidencia de la República a partir del 2002.

Esta decisión lo tomó el martes 31 de noviembre de 1999 y la anunció oficialmente ayer miércoles 1 de diciembre de 1999.

En este año, se consideraban varias opciones para permitir la reelección de Arias Sánchez:

- Reformar mediante el Poder Legislativo, la reforma de 1969 que prohibía la reelección,
- acudir a la Sala Constitucional, por medio de una acción de inconstitucionalidad contra el vigente numeral constitucional 132, inciso 1, que prohibía la citada reelección.

Como no hubo ambiente favorable en el Poder Legislativo, se desechó esta vía; y, en el 2000 y en el 2003, se obtuvieron dos sentencias del tribunal constitucional. La sentencia del 2000, rechazó las gestiones para anular el artículo constitucional 132, inciso 1; y, la *sentencia del 2003*, logró que se permitiera la reelección presidencial, lo cual favoreció a Arias Sánchez, que triunfa en las elecciones del 2006, para el período 2006-2010.

De acuerdo con el periódico La Nación del martes 3 de setiembre del 2002, la reelección toca a las puertas otra vez el 1 de julio del 2002 ante la Sala Constitucional, con los mismos argumentos de la anterior acción de inconstitucionalidad resuelta por sentencia 7818 del 2000 y por el mismo accionante Edgardo Picado (Alexander Ramírez y Monserrat Solano, pág. 6 A).

8.-Sentencia de la Sala (Tribunal) Constitucional No. 2771 del 2003

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José, cuatro de abril del dos mil tres.-

Acción de inconstitucionalidad promovida por Edgardo Picado Araya, mayor, casado, abogado y notario, con cédula de identidad número 1-735-721, vecino de Heredia; contra la reforma constitucional del inciso 1) del artículo 132 de la Constitución Política (...)

Resultandos:

10.- *La Procuraduría General de la República* (abogado del Estado) rindió su informe. Señala que la acción presentada por el señor Picado Araya es una copia de la tramitada bajo el expediente 99-007428-0007-CO y que la Sala no ha dictado modificación alguna a lo resuelto, por lo que la Procuraduría debe reiterar lo expresado en el informe de la acción anterior, en el sentido que la Ley de la Jurisdicción Constitucional no estableció expresamente la posibilidad de que la Sala conociera acciones de inconstitucionalidad contra el contenido de la Constitución Política, ya sea en su versión original o introducidas mediante reformas parciales a ésta. La Sala fue creada para declarar la inconstitucionalidad de normas de cualquier naturaleza, como garantía para hacer efectivo el principio de que las normas infraconstitucionales deben sujetarse al bloque de constitucionalidad y la regulación de un procedimiento agravado para la realización de una reforma constitucional, tal y como el establecido en el artículo 195 de la Constitución. Los Tribunales Constitucionales deben estar subordinados a la Constitución, y no puede sustituir la voluntad de un pueblo, quien la delega en una Asamblea Constituyente o en la Asamblea Legislativa que actúa conforme al artículo 195. El Juez Constitucional, en su función de interpretación y aplicación de la Constitución Política, no puede sustituir o invadir las potestades del constituyente para reformar el texto de la Constitución Política. La Jurisdicción Constitucional está obligada, por lo menos, a señalar los inconvenientes o peligros en el ejercicio del poder reformador, en cumplimiento de colaborar con el poder constituyente, como órgano consultivo y no vinculante.

Es atribución de la Asamblea Legislativa y no de la Sala Constitucional, determinar la oportunidad de modificar las normas de la Constitución Política, según lo expresado por la misma Sala en la Sentencia 720-91, del 16 de abril de 1991. La Sala no ha declarado nunca la inconstitucionalidad de una norma de la Constitución tomando como parámetro de constitucionalidad los instrumentos internacionales vigentes en el país.

La prohibición de la reelección no viola principios esenciales del Estado de derecho. El artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos habilita la posibilidad de restringir el derecho de ser electo y de elegir cuando por ley se establezca tal restricción en razón de la edad, nacionalidad, residencia, idioma, capacidad civil o mental o condena en proceso penal, pero no establece la prohibición para que normas constitucionales establezcan otros criterios de elegibilidad para el acceso a cargos públicos. El Constituyente se encuentra facultado para exceder o restringir las disposiciones de un convenio o tratado. El legislador constituyente puede impedir a un expresidente el reelegirse, en razón de que al haber ocupado el cargo ya ejerció sus derechos constitucionales y los del tratado. La Sala Constitucional puede conocer de las acciones de inconstitucionalidad presentadas

contra normas de la Constitución únicamente cuando en la producción de éstas se hayan violentado trámites esenciales previstos por la propia Constitución, y esto es sólo ante una reforma parcial que está sujeta a un procedimiento especial. Nuestra Constitución Política es rígida, y por ello es la norma suprema del ordenamiento jurídico. Cuando la Asamblea Legislativa utiliza el procedimiento constitucional actúa como poder constituyente derivado y se encuentra sujeto al texto constitucional únicamente por violación de normas constitucionales de procedimiento. La Sala puede declarar la inconformidad de un artículo de la Constitución Política que ha sido objeto de una reforma por vía del señalamiento de vicios en la ley que operó la modificación. Lo atacado sería el procedimiento de aprobación de la reforma, y no el contenido de la norma fundamental. Le corresponde a la Asamblea Constituyente o a la Asamblea Legislativa, actuando como poder reformador, la determinación acerca de las normas que integrarán la Constitución Política. Aspectos como la reelección presidencial o diputadil, no pueden ser definidas por la Sala, ya que ésta es un órgano que no tiene legitimación ni representación democrática, ni por un convenio internacional, por lo que resulta inadmisibles las acciones en contra de la reforma al artículo 132 de la Constitución. En cuanto al trámite de reforma del artículo 132 inciso 1) de la Constitución; el día 7 de junio de 1966 (la fecha correcta es 1969) la Asamblea Legislativa nombró la Comisión Especial para dictaminar sobre la propuesta. Al día siguiente, y con motivo de la renuncia de uno de los miembros, se nombró al sustituto y la Comisión quedó nuevamente integrada. El 16 del mismo mes, la Comisión se instaló y no fue sino hasta el 15 de julio del mismo año que la Comisión rindió el informe requerido. Para esa época, el plazo para dictaminar lo establecido en el artículo 195 era de 8 días.

Evidentemente, el dictamen fue emitido fuera del plazo previsto constitucionalmente, por lo que en efecto existió un vicio en el procedimiento de tramitación de la reforma.

Los constituyentes también evidenciaron que el plazo no se le atribuía ninguna característica especial, aunque existía anuencia para su ampliación, por lo que se trataba de un plazo ordenatorio y no perentorio.

Según antecedentes de la Sala, el nombramiento de una Comisión especial para que dictamine sobre la propuesta de reforma constitucional y la emisión de un dictamen por parte de la Comisión, son requisitos esenciales del procedimiento de reforma constitucional, pero la Sala no indica que el plazo que tiene la comisión para pronunciarse sea un requisito esencial de este trámite. Si la existencia de plazos se ubica dentro del espíritu de lo que es el trámite de una reforma constitucional, lo que se establece entonces son plazos ordenatorios y no perentorios, cuya violación no desvirtúa la finalidad del procedimiento. El plazo así establecido, es para que no pueda continuarse el procedimiento de reforma hasta tanto la Comisión especial no haya emitido su dictamen, y al haber entrado

a conocer el dictamen aún sabiendo que se encontraba fuera del plazo, convalidó el error procedimental (artículos 168 y 63 de la Ley General de Administración Pública). La competencia no se extingue por el transcurso del plazo, salvo norma expresa en contrario, que en este supuesto debería considerarse expresamente en el texto constitucional y no se establece nada al respecto. Según el principio de conservación del acto administrativo, cuando existe duda sobre la existencia de un vicio, debe estarse a la consecuencia más favorable a la conservación del acto, por lo que debe tenerse como válida la norma constitucional introducida mediante una reforma constitucional y entenderse como vigente y aplicable desde 1969.

La ley cuestionada de 1969, ya se encuentra vigente y forma parte del ordenamiento jurídico, por lo que en el caso hay una confrontación entre la voluntad del poder constituyente ya plasmada en una ley y la competencia de la Sala. La Sala debe hacer prevalecer la voluntad ya manifestada por la Asamblea Legislativa en su labor de poder constituyente frente a una interpretación rígida del texto constitucional del artículo 195, que al final hará prevalecer el criterio de la Sala al obligar a desaplicar una norma constitucional integrada al ordenamiento por un vicio que no afectó esencialmente el procedimiento. Considera que la Sala debe declarar la inadmisibilidad de las acciones, en cuanto cuestionan el contenido de normas constitucionales. En relación con el tema del vicio de procedimiento de la reforma introducida al artículo 132 inciso 1), se considera que el hecho de que la Comisión haya dictaminado fuera del plazo previsto en la Constitución no constituye un vicio grave de procedimiento, y consecuentemente, procede rechazar la acción en este aspecto por el fondo.

20.- *La Procuraduría General de la República* (abogado del Estado) rindió su informe (ampliación, por nuevos argumentos). Señala que el hecho de que la Comisión Especial emitiera su dictamen fuera del plazo establecido en el numeral 195 no constituye un vicio sustancial. La Sala tiene competencia para conocer sobre la constitucionalidad de reformas constitucionales, ejerciendo control preventivo de constitucionalidad de los proyectos de reforma constitucional y como control a posterior mediante acciones de inconstitucionalidad, cuando en un procedimiento de reforma constitucional se hubiesen violado normas constitucionales de procedimiento, la Sala es por otra parte incompetente para verificar la constitucionalidad del contenido de las normas constitucionales. Sobre la confrontación entre tratados internacionales y la constitución, la Constitución Política no prevé expresamente la posibilidad de esta confrontación. Estima que la Sala es incompetente para revisar el contenido de una reforma constitucional. Señala que la Sala sí puede

resolver sobre los vicios del procedimiento que pueden darse en el trámite de una reforma constitucional. Indica que si bien a nivel de la Sala Constitucional sí parece haber diversas opiniones al respecto, la mayoritaria se ha inclinado por la incompetencia de la Sala para revisar el contenido de una reforma constitucional, tesis que este órgano asesor sigue sosteniendo, a pesar de que reconoce la discusión al respecto. En cuanto a la reforma, estima que ésta sí vino a limitar el derecho de elección de los ciudadanos al imposibilitar a los costarricenses volver a elegir a una persona que ya hubiese sido Presidente, cuando el texto original aprobado por una Asamblea Nacional Constituyente y en consecuencia con mayores poderes que el ejercicio de poder derivado reformador con que cuenta la Asamblea Legislativa, sí permitía que un expresidente pudiera volver a ser presidente, si hubiesen transcurrido 8 años después del periodo para cuyo ejercicio se verificare la elección.

Comentario

El abogado del Estado, en *la sentencia 7818 del 2000*, dijo que el hecho de que se modifique la Constitución Política para prohibir la reelección presidencial no implica una transformación sustancial del esquema constitucional, ni la violación de principios o valores esenciales de nuestro Estado de Derecho (resultando 3)

En esta sentencia 2771 del 2003 (resultando 10), *la Procuraduría General de la República*, afirma que la prohibición de la reelección no viola principios esenciales del Estado de Derecho. Lo que se puede atacar ante la Sala Constitucional, sería el procedimiento de aprobación de la reforma y no el contenido de la norma fundamental. Aspectos como la reelección presidencial o diputadil, no pueden ser definidas por la Sala Constitucional, ya que ésta es un órgano que no tiene legitimación ni representación democrática, ni por un convenio internacional, por lo que resulta inadmisibles la acción de inconstitucionalidad en contra de la reforma al artículo 132 de la Carta Magna. Efectivamente, la comisión legislativa que rindió su informe, lo hizo fuera del plazo previsto de los 8 días, que era un plazo ordenatorio y no perentorio.

Este hecho de la rendición extemporánea del informe citado, no constituye un vicio grave de procedimiento, por lo que procede rechazar la acción de inconstitucionalidad.

La Sala Constitucional, debe declarar la inadmisibilidad de las acciones de inconstitucionalidad en cuanto cuestionan el contenido de las normas

constitucionales (resultando 10).

En el resultando 20 (amplió los argumentos dados en el resultando 10), el abogado del Estado, repite que la Sala Constitucional es incompetente para verificar la constitucionalidad del contenido de las normas constitucionales; y, por ende es incompetente para revisar el contenido de una reforma constitucional.

Comentario:

Lo que sí agrega de nuevo es el afirmar que la reforma del artículo constitucional 132, inciso 1, sí vino a limitar el derecho de elección de los ciudadanos al imposibilitar a los costarricenses volver a elegir una persona que ya hubiese sido presidente (aspecto de fondo o de contenido de la norma constitucional).

Es contradictorio de parte de la argumentación del abogado del Estado lo siguiente:

- Afirma que el tribunal constitucional tiene competencia para analizar aspectos de procedimiento de la reforma a la Carta Magna; pero, que no la tiene, para revisar aspectos de contenido o de fondo de la Carta Fundamental.
- Asimismo, hace la observación (en cuanto al fondo) de que la reforma del artículo constitucional 132, inciso 1, sí vino a limitar el derecho de elección de los ciudadanos al imposibilitar a los costarricenses volver a elegir una persona que ya hubiese sido presidente.

Esta afirmación la hace el abogado del Estado, como una observación; y, obviamente no la califica como dentro de la competencia de la Sala Constitucional (porque ya indicó en las dos sentencias del 2000 y del 2003, que se trata de un elemento de fondo, contenido o sustancial), porque sabe que este tribunal carece de competencia para pronunciarse sobre aspectos de fondo de la Carta Magna.

De esta manera esa observación de fondo, le facilitó, entre otros elementos, al tribunal de la materia, votar mayoritariamente a favor de la reelección presidencial, ante un político Oscar Arias Sánchez, que evidentemente se favorecía con esa votación (hecho público y notorio, el cual no precisa prueba).

Considerandos:

Considerando I.- Sobre la legitimación.

Las acciones de estudio resultan admisibles únicamente por la existencia de intereses difusos respecto al derecho de los ciudadanos de poder elegir a sus gobernantes, de conformidad con el artículo 75 párrafo segundo de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Considerando VI. Sobre los derechos humanos fundamentales y los derechos políticos. Se consigna a continuación la doctrina relevante al fondo del asunto, con el propósito de construir un marco referencial para resolver las acciones presentadas.

- A. Los derechos humanos fundamentales.
- B. Los principios constitucionales como fuente de legitimación de los derechos humanos fundamentales, de las decisiones políticas trascendentales y de las decisiones judiciales.
- C. Origen y sentido de los derechos humanos fundamentales y el derecho de libertad.
- D.- El derecho de elección como derecho fundamental.

Históricamente la soberanía ha sido el instrumento apriorístico para justificar y legitimar al poder estatal, entendido este último como la superioridad frente a cualquier otra fuerza que se desenvuelva en el ámbito del Estado, y que ejerzan los diversos grupos sociales que integran el elemento humano de la organización política. El poder estatal debe sin embargo, respetar siempre la voluntad popular manifestada mediante las decisiones de las asambleas constituyentes originarias. La libertad-participación constituye una esfera de autonomía individual que le otorga al individuo la posibilidad de actuar o participar en lo político y social, de acuerdo a su propia voluntad, mientras respete las normas especiales de cada actividad. La titularidad de ese derecho, en lo que atañe a su ejercicio, y por imposición de la idea política dominante en la actual sociedad, corresponde al grupo humano que integra el Estado, el cual lo ejerce directamente, o por medio de sus representantes que lo conforman, en el plano originario el poder constituyente y en el derivado el gobierno y los legisladores. Los derechos políticos se dirigen a los ciudadanos para posibilitarles participar en la expresión de la soberanía nacional: derecho al voto en las elecciones y votaciones, derecho de elegibilidad, derecho de adhesión a un partido político, etc. Son los que posibilitan al ciudadano a participar en los asuntos públicos y en la estructuración política de la comunidad de que forma parte. El ejercicio de

estos derechos en sede estatal, lejos de colocar al ciudadano electo en lejanía, separación u oposición a tal Estado, lo que hace es habilitarlo para tomar parte en la articulación y planificación política de la sociedad de la cual es miembro. Son derechos que están destinados a los ciudadanos para posibilitarles la participación en la expresión de la soberanía nacional; su fin primordial es evitar que el Estado (mediante cualquiera de sus funciones, ejecutiva, legislativa, judicial, electoral o municipal) invada o agrede ciertos atributos del ser humano. Es así que suponen por lo tanto, una actitud pasiva o negativa del Estado, una abstención por parte de éste, dirigida a respetar, a no impedir y a garantizar el libre y no discriminatorio goce de los mismos. Son derechos, por tanto, que se ejercen para afirmar y confirmar el poder soberano del pueblo sobre el Estado, y proveen a sus titulares, los ciudadanos, de medios y garantías para defenderse contra el ejercicio arbitrario del poder público. Precisamente a través del reconocimiento y ejercicio de las libertades políticas, opera la participación de los individuos en el proceso del poder, y al ser la democracia una forma de toma de decisiones colectivas, tal ejercicio a su vez es la esencia del principio democrático. La diferencia entre las libertades civiles y las libertades políticas no reside en su naturaleza, sino en la finalidad a la cual responde su ejercicio. Una de las varias libertades públicas jurídicas a que nos referimos en esta sección, consiste en el derecho de los ciudadanos de participación política y siempre su análisis lleva al estudio del concepto de soberanía popular, ya que ésta es la fuente y única legitimación del poder político. Es el pueblo que la articula mediante sus representantes, -diputados constituyentes, presidente y vice-presidentes de la República, diputados a la Asamblea Legislativa y alcaldes municipales- y les encomienda el ejercicio de tal poder de forma provisional.

Para ciertos puestos públicos, el Constituyente originario decidió por un mínimo de edad que supera la frontera de la mayoría civil, pero mantuvo su prohibición para que los poderes públicos restringieran esta libertad pública jurídica. El derecho de elección, como derecho político, también constituye un derecho humano de primer orden, y por ende, es un derecho fundamental. La reelección tal y como se pudo constatar en el considerando V, estaba contemplada en la Constitución Política de 1949 y constituye una garantía del derecho de elección, pues le permite al ciudadano tener la facultad de escoger, en una mayor amplitud de posibilidades, los gobernantes que estima convenientes. Por consiguiente, fue la voluntad popular a través de la Constituyente, la que dispuso que existiera la reelección presidencial, con el fin de garantizarse el pueblo el efectivo derecho de elección. De hecho, a pesar de que la reforma parcial en cuestión se produjo posteriormente, esto se viene a confirmar luego con la suscripción de la Convención Americana de Derechos Humanos, que en el artículo 23 establece: "1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades...b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas

auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores,...”; y que no admite mayores limitaciones, que las siguientes: “2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.” De este último párrafo de la Convención de Derechos Humanos, se desprenden de manera clara, las únicas razones por las cuales pueden establecerse restricciones al ejercicio de los derechos ahí declarados. La reelección, según se desprende de la voluntad popular suscrita históricamente, establece la posibilidad para el ciudadano de elegir libremente a sus gobernantes, por lo que al reformarse la Constitución en detrimento de la soberanía del pueblo, y en desgaste de sus derechos fundamentales, lo que se produjo en este caso fue la imposición de más limitaciones que las ya existentes en razón de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena. Por otro lado, Costa Rica suscribió este Convenio sin reserva alguna, aceptando el ejercicio de tales derechos en la mayor libertad posible, asumiendo como únicas limitaciones las que deriven del inciso 2 del artículo 23. De resultar inconstitucional la forma en que la Asamblea Legislativa suprimió este derecho, implicaría que su restauración deba sujetarse al procedimiento correspondiente.

Comentario

En este considerando VI, la observación crítica esencial es que lo fundamental radica en que este tribunal carece de competencia para resolver por el fondo o el contenido lo relativo a las reformas constitucionales, de acuerdo con el mandato del artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, LJC:

Cabrá la acción de inconstitucionalidad (b) cuando se apruebe una reforma constitucional con violación de normas constitucionales de procedimiento.

La argumentación de este considerando VI se desarrolla sobre el fondo o el contenido de la reforma constitucional de 1969 impugnada, para lo cual este tribunal no tienen competencia como ya se ha indicado.

Por consiguiente esta sentencia del 2003, es absolutamente nula.

Considerando IX.- De todas las consideraciones insertas en esta sentencia, se deduce que la Asamblea Legislativa carece de competencia para hacer una reforma parcial que afecte los derechos fundamentales y las decisiones políticas fundamentales, por el procedimiento establecido en el artículo 195 de la

Constitución Política. La Asamblea Nacional Constituyente estableció en el numeral 132 de la Constitución regulaciones a los derechos políticos de quienes aspiren al cargo de Presidente o Vicepresidente de la República. En el caso que nos ocupa en esta decisión judicial, el inciso 1) prohibía la reelección únicamente para aquellos que hubieren ejercido la Presidencia en cualquier lapso dentro de los ocho años anteriores al período para cuyo ejercicio se verificare la elección. La reforma operada por ley No. 4349 prohibió en forma total la reelección presidencial, afectando negativamente derechos políticos de los ciudadanos y al actuar así, la Asamblea Legislativa, en ejercicio del Poder Constituyente de reforma parcial, excedió los límites de su competencia. La Asamblea Legislativa como poder reformador derivado, está limitada por el Poder Constituyente en su capacidad para reformar la Constitución: no puede reducir, amputar, eliminar, ni limitar derechos y garantías fundamentales, ni derechos políticos de los ciudadanos, ni los aspectos esenciales de la organización política y económica del país.

Comentario

En este *considerando IX*, lo fundamental radica en que este tribunal carece de competencia para resolver por el fondo o el contenido lo relativo a las reformas constitucionales, de acuerdo con el mandato del artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, IJC, la competencia la tiene solo en lo relativo a las normas constitucionales de procedimiento:

Cabrá la acción de inconstitucionalidad ch) Cuando se apruebe una reforma constitucional con violación de normas constitucionales de procedimiento.

La argumentación de este considerando IX, se desarrolla sobre el fondo o el contenido de la reforma constitucional de 1969 impugnada, para lo cual este tribunal no tienen competencia como ya se ha indicado.

Por consiguiente esta sentencia del 2003, es absolutamente nula .

Considerando XII.- Conclusión. Estimamos que la acción resulta procedente por haberse efectuado mediante una reforma parcial, por un lado la restricción y por el otro, la eliminación de un derecho fundamental. El derecho de reelección había sido consagrado por el Constituyente y es una garantía constitucional de los derechos políticos de los costarricenses en el ejercicio del derecho de elección, consagrado además, en el artículo 23 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Lo anterior implica la anulación de la reforma practicada al artículo 132 inciso 1) de la Constitución Política mediante

Ley No. 4349 del 11 de julio de 1969, por lo que retoma vigencia la norma según disponía antes de dicha reforma. Esta declaración tiene efecto declarativo y retroactivo a la fecha de entrada en vigencia de la norma anulada, sin embargo, con base en el principio constitucional de seguridad jurídica, y el artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional se dimensionan los efectos de esta sentencia, en el sentido de que los actos derivados de la reforma desde la vigencia de la ley 4349 hasta su anulación por inconstitucional, son válidos. Asimismo, con especial fundamento en el principio democrático, y de manera coherente con este pronunciamiento, esta Sala insiste en que lo revisado por este Tribunal es el procedimiento mediante el cual se produjo la reforma constitucional aquí impugnada, no sobre la conveniencia del instituto de reelección presidencial, por cuanto tal decisión es una competencia que le corresponde en forma exclusiva al poder constituyente originario.

Los Magistrados Mora Mora y Arguedas Ramírez salvan el voto y declaran sin lugar las acciones.

Por tanto: se declaran con lugar las acciones. En consecuencia, se anula la reforma efectuada al artículo 132 inciso 1) de la Constitución Política, mediante Ley Número 4349 del 11 de julio de 1969, por lo que retoma vigencia la norma según disponía antes de dicha reforma.

Esta sentencia tiene efecto declarativo y retroactivo a la fecha de entrada en vigencia de la norma anulada.

De conformidad con el artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional se dimensionan los efectos de esta sentencia en el sentido de que los actos derivados de la reforma desde la vigencia de la ley 4349 de 1969 hasta esta anulación, son válidos.

Luis Fernando Solano Carrera. Presidente

Luis Paulino Mora Mora.

Carlos M. Arguedas Ramírez.

Ana Virginia Calzada Miranda.

Adrián Vargas Benavides.

Gilbert Armijo Sancho.

Ernesto Jinesta Lobo.

Comentario

Queda completamente evidente y probado que esta sentencia es absolutamente nula, debido a que los jueces que votaron a favor de la reelección, lo hicieron en base a motivos o razonamientos de contenido o de fondo, argumentando elementos del campo de los derechos humanos.

Voto salvado de los Magistrados Mora Mora y Arguedas Ramírez

(estos dos jueces ya habían votado en la sentencia 7818 del 2000, en contra de la reelección presidencial)

Los Magistrados Mora Mora y Arguedas Ramírez salvamos el voto y declaramos sin lugar las acciones acumuladas.

Antes de consignar los motivos de nuestro desacuerdo con lo resuelto por la mayoría, nos parece adecuado a las características del presente asunto hacer algunas observaciones preliminares.

Observaciones preliminares:

- a) *La primera* es que se da la circunstancia de que por segunda vez en el corto lapso de menos de tres años la Sala Constitucional debe abordar el examen de la constitucionalidad de la reforma legal al inciso 1) del artículo 132 de la Constitución Política, que, como es de general conocimiento, fue materia de la sentencia No. 7818-00 del cinco de setiembre de dos mil, la que votamos en sentido coincidente con los Magistrados Piza Escalante y Sancho González.

Está demás decir que en aquella oportunidad desestimamos la acción. Pero esto plantea la cuestión de si el tribunal constitucional procede lícitamente introduciéndose de nuevo en el problema de la validez constitucional de la mencionada ley.

En nuestra opinión, la respuesta es afirmativa, básicamente porque no hay disposición expresa en la Ley de la Jurisdicción Constitucional que lo impida.

Comentario

Estos dos jueces reiteran su criterio externado en la sentencia 7818 del 2000, votando contra la reelección presidencial; pero, olvidan el alcance nítido del numeral 76 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional que es claro cuando manda:

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

Además *las sentencias 10602 del 2005 y 9578 del 2008*, afirmaron que no es posible impugnar la jurisprudencia de la propia Sala Constitucional, porque ésta más bien constituye un parámetro de

constitucionalidad, criterio reiterado por sentencias anteriores.

Claro está que la nueva inconstitucionalidad presentada después de la sentencia 7818 del 2000 y que da lugar a la sentencia 2771 del 2003, propiamente no es una impugnación a la sentencia del 2000, sino que se presenta bajo el ropaje de una nueva acción sobre el artículo 132, inciso 1 de la Carta Magna (mismo objeto y con el mismo gestionante), pero sustancialmente sí es una impugnación a la sentencia del 2000; a la cual el tribunal constitucional le da curso y vota favorablemente 5 jueces a 2 jueces.

El comportamiento de este tribunal es sin duda contra derecho y la sentencia del 2003 es absolutamente nula; pero, los grupos social, económica y políticamente beneficiados se mostraron muy satisfechos.

b) La segunda es que en este caso es público y notorio que se está en presencia de una decisión que por razones comprensibles interesa vivamente a la comunidad nacional, y en especial a algunos sectores de lo que a veces se llama la “clase política” del país.

En este trance, podría haber quienes se inclinen a pensar que conviene a la Sala diseñar una resolución a tono con los intereses o las preferencias de esos sectores, que sin embargo no suelen tener en casi ninguna materia criterios coincidentes, o que refleje aquellos que pudiera tenerse por predominantes o mayoritarios.

Comentario

Tanto respecto de la sentencia del 2000 como con la del 2003, hubo (llamémosla así) mucha presión social de algunos sectores empresariales y de algunos de los grupos políticamente dominantes, que se consideraban beneficiados con la “luz verde” a la reelección presidencial de Oscar Arias Sánchez. Este es un hecho social fácilmente constatable en los medios de comunicación colectiva de esos años (hecho público y notorio por lo cual no requiere prueba).

Este voto de minoría del 2003 (de los dos jueces citados, Mora y Arguedas) refleja, en la *observación preliminar b)*, el ambiente macrosocial en el cual se fraguaron esas dos *sentencias del 2000 y del 2003*.

Los jueces Mora y Arguedas continúan afirmando:

Ahora bien, a contar de las consideraciones que conjunta o separadamente hacen los Magistrados que forman la mayoría, nuestras propias razones para desestimar la acción son las siguientes.

La disposición impugnada, sea, la ley de reforma al inciso 1) del artículo 132 de la Constitución Política, no cercena el derecho a ser electo, ni es una supresión absoluta del contenido esencial de este derecho, ni configura el vaciamiento de su contenido.

La limitación que contiene el inciso 1) del artículo 132 de la Constitución del derecho de ser electo, que se expresa en el impedimento para ser reelecto en un cargo determinado (el de Presidente de la República) que ya se ha servido, no ofende el contenido esencial de este derecho. Según lo vemos nosotros, la limitación que incide en el supuesto de reelección se apoya en valoraciones políticas, muy propias del legislador, que acertadas o no propenden a potenciar mayores posibilidades de acceso al cargo a otros ciudadanos que no lo han alcanzado, con la pretensión de favorecer de este modo los principios de igualdad, alternabilidad en el poder y participación democrática.

La disposición impugnada mediante esta acción no vulnera el contenido del derecho a elegir. Deviene de lo dicho en los párrafos anteriores como necesaria consecuencia que el derecho a elegir no consiste propiamente en el derecho a elegir a cualquiera y para cualquier cargo, sino de elegir (en el marco de garantías del Estado democrático de Derecho) a quien está en legítima situación de ser electo. Esto no es más que el resultado lógico de la correlación que existe entre ambos derechos -el de elegir y el de ser electo-, que hacen posible la realización de las demandas de la participación democrática

La reforma al inciso 1) del artículo 132 de la Constitución no altera la organización del Estado, ni modifica el régimen constitucional regulatorio de la economía nacional. En nuestro criterio, lo contrario es indemostrable.

Con fundamento en las anteriores razones, sostenemos que la ley que enmendó el inciso 1) del artículo 132 de la Constitución no es contraria a la Constitución, y que el legislador hizo empleo válido de la potestad de reforma parcial que le atribuye el artículo 195 de la Constitución. Pero la conclusión a la que llegamos exige de nosotros, finalmente, reparar en un motivo de inconstitucionalidad del que no nos hemos ocupado hasta ahora, y de cuyo análisis los Magistrados que forman la mayoría manifiestan estar dispensados debido a la naturaleza de su decisión. Este motivo repite un tema que ya fue conocido por la Sala con ocasión de la *sentencia No. 7818-00* del cinco de setiembre de 2000, a la que aludimos al comienzo; dice que la ley impugnada es inconstitucional porque durante el procedimiento legislativo mediante el que se dictó se excedió el plazo establecido en el inciso 3) del artículo 195 de la Constitución. Nuestro criterio a este respecto es el mismo que expresamos en la citada *sentencia No. 7818-00*.

Por nuestra parte, transcribimos sólo el considerando XVI de esa sentencia 7818 del 2003:

“considerando XVI — Este Tribunal, con apoyo en las consideraciones que anteceden, arriba a la conclusión de que el vicio que se atribuye a la reforma del inciso 1° del artículo 132 de la Constitución, consistente en que la Comisión dictaminadora de la proposición de reforma no rindió su dictamen en el plazo de ocho días, según lo prescrito para la época por el artículo 195 inciso 1°, no tiene el carácter de sustancial —o esencial—, y, por ende, no invalida la reforma ni afecta la competencia de la Asamblea Legislativa como Poder Reformador de la Constitución.”

Comentario

Este voto de minoría de los dos jueces citados Mora y Arguedas, de la *sentencia* 2771 del 2003, es una ratificación de lo que ya habían externado estos dos jueces en el voto o *sentencia* 7818 del 2000.

A pesar de que los firmantes del voto de minoría, Mora y Arguedas, saben que el tribunal constitucional, del que son parte como jueces, no puede analizar los aspectos de fondo de la reforma constitucional hecha por el Poder Legislativo en 1969, del artículo constitucional 132, inciso 1, proceden a realizar argumentaciones que tienen que ver con el contenido o fondo de esa reforma.

Ratifican (en esta *sentencia* 2771 del 2003) el criterio que dieron en la *sentencia* 7818 del 2000, en el sentido de que:

la Comisión dictaminadora de la proposición de reforma no rindió su dictamen en el plazo de ocho días, según lo prescrito para la época por el artículo 195 inciso 1°, esto no tiene el carácter de sustancial —o esencial—, y, por ende, no invalida la reforma ni afecta la competencia de la Asamblea Legislativa como Poder Reformador de la Constitución.

9.-Resultado de las elecciones presidenciales del 2006

A pesar del triunfo electoral de Arias Sánchez, candidato de los grupos empresariales, ganó por un 1% y cerca de una diferencia de 26.000, bajo la razón social o nombre de fantasía político-electoral de Partido Liberación Nacional (PLN); respecto del candidato de los sectores medios, Ottón Solís (quien fue Ministro de Planificación del primer gobierno de Arias Sánchez, 1986-1990, y diputado por el PLN en el período 1994-1998; habiendo fundado el Partido Acción Ciudadana en el 2000).

Por esa razón, la legitimidad y la representatividad del empresario-político Arias estuvo muy limitada en su periodo 2006- 2010, ejecutando una administración neoliberal y favorable a los interés del capital nacional y extranjero.

Conclusion

En este tema de la reelección presidencial en Costa Rica, el tribunal constitucional, cuenta con dos sentencias:

La 7818 del 2000 y la 2771 del 2003.

La sentencia 7818 del 2000 rechazó la petición de permitir la reelección presidencial y la 2771 del 2003, la permitió.

La *sentencia del 2000*, fue acorde con el ordenamiento jurídico ya que el hecho de que la comisión legislativa rindiera su informe sobre la reforma al artículo constitucional 132, inciso 1, fuera del plazo no constituía un vicio esencial, sustancial o grave, pues es ordenatorio y no perentorio.

Esta sentencia resolvió en torno a los aspectos de procedimiento, que es su competencia, de acuerdo al artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Por su lado, ***la sentencia del 2003, es absolutamente nula porque resolvió fundándose en aspectos de fondo o contenido, para lo cual carece de competencia la Sala Constitucional. Aspectos de fondo o de contenido relativos a la Carta Magna, sólo una Asamblea Nacional Constituyente o el Poder Legislativo, al tenor de lo que manda la Constitución Política:***

Artículo constitucional 195: reforma parcial a la Carta Magna:

La Asamblea Legislativa podrá reformar parcialmente la Constitución Política con absoluto arreglo a las siguientes disposiciones (...)

Artículo constitucional 196: reforma general a la Carta Magna:

La reforma general de esta Constitución sólo podrá hacerse por una Asamblea Nacional Constituyente convocada al efecto (...)

Sin duda este tribunal constitucional violó sus competencias y rompió el orden constitucional.

El hecho de que no exista un tribunal superior a esa Sala Constitucional, para presentar las impugnaciones contra sus decisiones, favorece la irresponsabilidad y la inimputabilidad de sus sentencias y decisiones.

Este tribunal constitucional es político, en el sentido que tiene que ver y afecta la global estructura de poder en el país.

Bibliografía

- Arce, Celín (2008) *El abuso interpretativo de la Sala Constitucional* (San José: Editorial Universidad Estatal a Distancia)
- Arce, Guillermo; Federico Tinoco (2005) *Reelección en Costa Rica: golpe de Estado “constitucional” o reafirmación del orden constituyente* (San José: Cuatricomía S A)
- Biscaretti Di Ruffia, Paolo (1982) *Derecho Constitucional* (Madrid: Tecnos)
- Bustos, Julio, recopilador (2005) *Reelección presidencial. Recopilación de comentarios y voto de la Sala Constitucional* (San José: Atamiri S A)
- Cubillo, Patricia (1996) *Reformas constitucionales: análisis de propuestas sobre la reelección presidencial (1992-1994)* (San José: Facultad de Ciencias Políticas, Universidad de Costa Rica)
- Duverger, Maurice (1970) *Instituciones políticas y Derecho constitucional* (Barcelona: Ariel)
- Facio, Gonzalo (1979) *Normas constitucionales para la reelección del presidente de la República y de los diputados* (San José: Revista de Ciencias Jurídicas No. 37, Universidad de Costa Rica- Colegio de Abogados)
- Hernández, Rubén *El Derecho de la Constitución* (San José: Editorial Juricentro, tomo I, 1993; tomo II, 1994)
- (2001) *Derecho procesal constitucional* (San José: Editorial Juricentro)
- (2010) *Régimen jurídico de los derechos fundamentales* (San José: Editorial Juricentro)
- Garrorena, Angel (2011) *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales)
- González, Alvaro; Juan Corrales (2003) *La reelección presidencial* (San José: Poder Legislativo, Revista Parlamentaria No. 1, abril)

- Guillén, Manuela (2001) *Las potestades de la Sala IV para reformare el texto Constitucional: caso del artículo 132 de la Constitución Política*
(San José: Universidad de Costa Rica, tesis para la licenciatura en Derecho)
- Hauriou, André (1970) *Derecho constitucional e instituciones políticas*
(Barcelona: Ariel)
- Loewenstein, Karl (1970) *Teoría de la Constitución*
(Barcelona: Ariel)
- Murillo, Mauro (2008) *Ensayos de derecho público* (San José: Editorial Juricentro)
- Murillo, Mayra (2002) *Problemática jurídica en torno a la reforma del artículo 132 Inciso 1 de la Constitución Política sobre la reelección presidencial*
(San José: Universidad de Costa Rica, tesis de grado para la licenciatura en Derecho)
- Romero-Pérez, Jorge Enrique (1981) *Notas sobre el problema de la Constitución Política*
(San José: Editorial de la Universidad Estatal a Distancia)
- Ross, Alf (2007) *Teoría de las fuentes del Derecho*
(Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales)

BREVE ANALISIS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

M.Sc. Jorge Jiménez Bolaños*
Catedrático Universidad de Costa Rica

(Recibido 25/11/13 • Aceptado 03/12/14)

* E-mail: jjimbol@hotmail.com
Teléfono 25111557.

Resumen: Con el presente trabajo, pretendo, hacer un análisis, del concepto “Justicia Restaurativa” y como dicho concepto ha recobrado interés y aplicación en la últimas décadas en nuestro país, tanto así, que nuestro Código Procesal Penal acoge varias figuras que podríamos calificar de Justicia Restaurativa, tales como la suspensión del proceso a prueba, la conciliación y la reparación integral del daño.

Me interesa además hacer un breve análisis del proyecto del Código Procesal Español que actualmente se está discutiendo en España y que contiene algunas figuras también que tienen que ver con la Justicia Restaurativa tales como la suspensión del proceso y la mediación.

Realizare además, para terminar, un análisis comparativo entre nuestro Código Procesal penal y el Proyecto del Código Procesal Español en lo que concierne a las figuras de Justicia Restaurativa y los derechos de la Víctima y del Ofensor. Espero que la lectura de este trabajo aporte al lector conocimiento importante sobre el tema de la Justicia Restaurativa.

Palabras Clave: castigo, justicia restaurativa, justicia penal, reparar el daño, delito, víctima, delincuente.

Abstract: In this essay I will analyze the concept “Restorative Justice” and how this notion has regained interest and application in our country over the last decades. In fact, the Code of Criminal Procedure contains elements of crimes that we could qualify as Restorative Justice, such as suspension of proof proceeding, conciliation and full repair of damage.

I will also present a brief analysis of the Bill of the Spanish Code of Procedure that is currently under discussion in Spain because it contains some elements related to Restorative Justice, such as proceeding suspension and mediation.

Finally, I will provide a comparative analysis of our Code of Criminal Procedure and the Bill of the Spanish Code of Procedure with regard to the concepts of Restorative Justice and the rights of victims and offenders. I hope the essay will provide the reader with important knowledge about Restorative Justice.

Keywords: Punishment, restorative justice, criminal justice, repair the damage, crime, victim, offender.

Índice:

- 1.- Justicia restaurativa . Concepto.
- 2.- La justicia restaurativa en Costa Rica
- 3.- Los derechos de la víctima en el Código Procesal Penal Costarricense.
- 4.- Mecanismos procesales de justicia restaurativa en el código procesal penal.
 - A) Suspensión del proceso a prueba
 - B) La conciliación
 - C) Reparación integral del daño
- 5.- Análisis de la justicia restaurativa en el proyecto de Código Procesal Penal Español.
 - A) Suspensión del proceso
 - B) Efectos de la mediación
- 6.- Análisis Comparativo entre el Código Procesal Penal Costarricense y el proyecto del Código Procesal Penal Español en cuanto a la justicia restaurativa.

Bibliografía

1.-Justicia restaurativa. Concepto.

El castigo como respuesta al delito es la práctica común en la mayoría de las sociedades. “La justicia restaurativa es una nueva manera de considerar a la justicia penal la cual se concentra en reparar el daño causado a las personas y a las relaciones más que a castigar a los delincuentes”.¹

“La justicia restaurativa surgió en la década de los años 70 como una forma de mediación entre víctimas y delincuentes y en la década de los años 90 amplió su alcance para incluir también a las comunidades de apoyo, con la participación de familiares y amigos de las víctimas y los delincuentes, en procedimientos de colaboración denominados “reuniones de restauración” y “círculos”.²

La justicia restaurativa involucra a las partes primarias, es decir las personas directamente afectadas por la comisión del delito. Las partes primarias interesadas son las víctimas y los delincuentes que son los más afectados directamente. No podemos dejar de lado también aquellos que tienen relación o conexión afectiva tales como conyugues, hermanos, amigos.

“La justicia restaurativa es un proceso que involucra a las partes primarias interesadas en la decisión sobre la mejor manera de reparar el daño ocasionado por un delito. Las tres partes interesadas primarias en la justicia restaurativa son las víctimas, los delincuentes y sus comunidades de apoyo, cuyas necesidades son, respectivamente, lograr la reparación del daño, asumir la responsabilidad y llegar a un acuerdo.”³

La justicia restaurativa es un movimiento surgido principalmente en los estados Unidos de América y en Canadá en la década de los años setenta del siglo XX, que enfatiza la ofensa a la víctima que supone el delito, de modo que se considera que la misma debe intervenir en la

¹ Paul McCold y Tec Wachtel, “*En busca de un paradigma: Una teoría sobre justicia restaurativa*”, primer congreso de Justicia Restaurativa, Justicia Restaurativa acercamientos teóricos y prácticos, Conamaj, Costa Rica 2006, imprenta Gossestra, página 62

² Paul McCold y otro op cit página 62

³ Paul McCold y otro op cit página 66

resolución del conflicto. Se le da importancia fundamentalmente a la conciliación autor-victima, más que a la imposición de una pena.⁴

2.-La justicia restaurativa en Costa Rica

Antes de 1994 Costa Rica presentaba dos problemas 1-falta de acceso a la justicia 2-falta de alternativas para los procesos judiciales. A partir de allí la Corte Suprema inicio un programa de resolución alterna de conflictos .Posteriormente se dio en 1997 la ley 7727 Ley sobre resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social. Esta ley establece las bases legales para la mediación, conciliación y arbitraje.

Otro paso importante en el proceso de justicia restaurativa lo dio con la ley de Justicia Juvenil panel juvenil de 1996.El art 61 señala la conciliación en algunos casos. Además regula la participación de la víctima o del agresor.

En 1998 como todos sabemos Costa Rica puso en marcha un nuevo Código procesal penal en el cual la conciliación se convirtió en opción para los adultos en el sistema penal.

“La justicia restaurativa se trata de desarrollar a través de institutos como la conciliación, la suspensión del proceso a prueba y la reparación integral del daño.”⁵

La justicia restaurativa puede llevar a un Derecho Penal Mínimo, en cuanto puede desarrollarse a partir de la misma el principio de ultima ratio de la sanción penal o de la ultima ratio, provocando además una disminución de los privados de libertad”⁶

Existen varios institutos de naturaleza caramente restaurativa en el ordenamiento jurídico penal Costarricense, a saber, la conciliación, la reparación del daño, y la suspensión del proceso a prueba, con condiciones reparatorias”⁷

⁴ Llobet Javier ¿Justicia Restaurativa y Derecho Penal Mínimo? Justicia Restaurativa acercamientos teórico y prácticos,(2006)Costa Rica, editorial Gossetra, página 149.

⁵ Llobet Javier op cit página 149

⁶ Llobet. Op cit página 150

⁷ Arias Madrigal Doris,” *reflexiones teóricas y prácticas sobre la reparación del daño y la Justicia Restaurativa*”, Justicia Restaurativa acercamientos teórico y prácticos,(2007) San José Costa Rica página 164

“La conciliación es sin lugar a dudas el mecanismo de más hondo raigambre restaurativa. Sin ahondar mucho en el tema, bastará con recordar que uno de los aspectos fundamentales del planteamiento restaurativo es que la situación problemática que une a las dos partes del conflicto debe ser solucionada por la vía de la interacción entre ambas, eventualmente con la intervención de un tercero o de terceros, preferiblemente salidos de la comunidad, se dé la solución a las desavenencias entre las partes ,la cual tendrá como elemento principal la reparación del daño causado al sujeto pasivo de la relación y en segundo nivel al grupo social”⁸

En materia de justicia penal juvenil tenemos la ley 7576 la cual entro a regir en Costa Rica el 1 de mayo de 1996.El marco filosófico político y jurídico de la reforma se centraba en las siguientes ideas “1-reconocer la condición de personas a las personas menores de edad y en ocasión del reconocimiento de una nueva categoría jurídica ,la responsabilidad de asumir la responsabilidad por sus actos, 2) introducir el principio de humanidad, lo cual supone el respeto de todas las garantías constitucionales ,procesales y sustanciales que resguarda el ordenamiento jurídico para las personas adultas principio que se extiende a las víctimas a la cual se les reconoce sus derechos e intereses a consecuencia del hecho punible. 3-Comprender que el comportamiento delictivo de las personas menores de edad es episódico en ocasiones propio de adolescentes.”⁹

3.-Los derechos de la víctima en el Código Procesal Penal Costarricense.

Según el artículo 70 se considera víctima al directamente ofendido por el delito, al conyugue conviviente con más de dos años de vida en común, al hijo o padre adoptivo, a los parientes dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad y al heredero declarado judicialmente en los delitos cuyo resultado se la muerte del ofendido.

⁸ Arias Doris, op cit página 164.

⁹ Campos Zúñiga, Mayra “JUSTICIA RESTAURATIVA ¿Una opción para lo penal juvenil? Justicia Restaurativa acercamientos teóricos y prácticos (2207) San José Costa Rica pagina 213.

Se considera víctima también a los socios, asociados, o miembros respecto de los delitos que afectan a una persona jurídica cometido por quienes la dirigen administran o controlan. También serán considerados víctimas las asociaciones, fundaciones y otros entes en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses.¹⁰

La víctima tiene los siguientes derechos 1-Intervenir en el proceso, ser informado de la resoluciones que finalicen el procedimiento, siempre que lo haya solicitado y sea de domicilio conocido, tendrá derecho a apelar la desestimación y el sobreseimiento definitivo.¹¹

La víctima además tiene el derecho de constituirse en querellante y presentar la acción civil dentro del proceso penal para restituir el objeto materia del hecho punible así como la reparación de los daños y perjuicios causados. La acción civil podrá ser ejercida por el damnificado sus herederos sus legatarios la sucesión o por el beneficiario en caso de pretensiones personales contra los autores del hecho punible y participe en el y en su caso contra el civilmente responsable.¹²

4.-Mecanismos procesales de Justicia Restaurativa en el Código Procesal Penal.

A)Suspensión del proceso a prueba

El artículo 25 del Código Procesal Penal Costarricense señala que procederá este beneficio en los casos en que proceda la suspensión condicional de la pena.

La solicitud deberá contener un plan de reparación daño causado por el delito y un detalle de las condiciones que el imputado estaría dispuesto a cumplir. Éste plan podrá consistir en una conciliación con la víctima, la reparación natural del daño causado o una reparación simbólica, inmediata o por cumplir a plazos.

¹⁰ Código Procesal Penal de Costa Rica, publicado en el alcance 31 de la Gaceta número 106 del 4 de junio de 1996.

¹¹ Ver art 71 Código Procesal Penal de Costa Rica citado supra.

¹² Ver Código Procesal Penal de Costa Rica art 37.

Según el artículo 26 del CPP El tribunal fijara entre dos a cinco años el plazo de prueba y determinara una o varias de las siguientes reglas:

- 1- Residir en lugar determinado
- 2- Frecuentar determinados lugares o personas.
- 3- Abstenerse de consumir drogas o estupefacientes o de abusar de las bebidas alcohólicas.
- 4- Participar en programas especiales de tratamiento con el fin de abstenerse de consumir drogas, bebidas alcohólicas, o cometer hechos delictivos.
- 5- Comenzar o finalizar la escolaridad primaria si no la ha cumplido, aprender una profesión u oficio o seguir cursos de capacitación en el lugar o la institución que determine el tribunal.
- 6- Prestar servicios o labores a favor del estado o instituciones de bien público.
- 7- Someterse a tratamiento médico o psicológico si es necesario.
- 8- Permanecer en un trabajo o empleo o adoptar en el plazo que el Tribunal determine, un oficio, arte, industria, o profesión, si no tiene medios propios de subsistencia.
- 9- Someterse a la vigilancia que determine el tribunal.
- 10- No conducir vehículos.¹³ Si el imputado se aparta, considerablemente y en forma injustificada, de las condiciones impuestas o comete un nuevo delito el tribunal después de oír al Ministerio Público resolverá por auto fundado la reanudación de la persecución penal (ver art 27).

B) La conciliación

Se encuentra regulada en el artículo 30 del CPP cuando expresa las causas de extinción de la acción penal: inc K, por la conciliación.

Específicamente el artículo 36 dispone que procederá la conciliación en faltas con contravenciones, en los delitos de acción privada, de acción

¹³ Ver artículo 26 Código Procesal Penal citado supra.

pública a instancia privada y los que admitan la suspensión condicional de la pena procederá la conciliación entre víctima e imputado en cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura a juicio. También procederá en asuntos por delitos sancionados, exclusivamente con penas no privativas de libertad.

No obstante lo anterior en los delitos de carácter sexual, en los delitos cometidos en perjuicio de menores de edad y en las agresiones domésticas el tribunal no deberá procurar la conciliación entre las partes ni deberá convocar a una audiencia con ese propósito.

En los casos en que si procede la conciliación el tribunal podrá solicitar el asesoramiento y auxilio de personas o entidades especializadas para procurar acuerdos entre las partes en conflicto.

Cuando la conciliación se produce el tribunal homologara los acuerdos y declarara extinguida la acción penal .La extinción de la acción penal tendrá efectos a partir del momento en que el imputado cumpla con todas las obligaciones contraídas.

C) Reparacion Integral Del Daño

La reparación integral del daño es otra causa de extinción de la acción penal, se encuentra regulada en el artículo 30 inc j, el cual señala La acción penal se extinguirá inc j por la reparación integral del daño particular o social causado realizada antes del juicio oral en los delitos de contenido patrimonial sin grave violencia sobre las personas o en delito culposos siempre que la víctima o el Ministerio Publico lo admitan. Esta causal solamente se puede aplicar a una persona por una sola vez. Por reparación del daño se comprende no solo la restitución al estado anterior, sino también la indemnización subsidiaria de los daños y perjuicios, comprendiendo tanto los daños materiales como morales.¹⁴

Estos institutos la conciliación, la reparación integral del daño y la suspensión del proceso a prueba son instrumentos que como vimos forman parte de la Justicia restaurativa que tiene por objetivo el que la víctima se vea resarcida de los daños cometidos por el imputado, a lo vez que sustituye la prisión como alternativa de castigo contra el delincuente.

¹⁴ LLOBET Javier op cit página 194.

¿Cuál ha sido el resultado de estas medidas en nuestro país? ¿Se ha logrado bajar la incidencia de reos condenados o de sentencia con condena en años cárcel? Veamos.

“Según el informe sobre el estado de la nación 2012 la duración de los procesos penales por flagrancia fue de 20 meses y una semana. Resolución de casos en proceso ordinario colegiado fue de 30 meses y de tribunal unipersonal fue de 27 meses.

La población carcelaria del 2006 al 2011 tuvo un fuerte incremento de personas privadas de libertad. Mil por año aproximadamente.

Al 31 de diciembre del 2012 la población carcelaria era de 12910 personas factores que han incidido son 1-Apertura de los procesos de flagrancia y 2: Aumento de personas condenadas a penas de 10 años o más. Aumento de un 73 % en los últimos 4 años.-

En el 2007 los valores de presos por cada 100,000 habitantes era de 170, en el 2012 por cada 100,000 habitantes tenemos 277 presos. Actualmente la realidad del país es que sufrimos de un hacinamiento carcelario”.¹⁵

“Sin embargo, bajo la vigencia del Código procesal penal en vez de disminuir la cantidad de presos por cien mil habitantes ha aumentado. Siendo más bien la aplicación de medidas alternativas ha provocado una disminución de la cantidad de sentencias condenatorias. En 1998 3456 personas, en 1999 3186, 2000 3005, 2001 3497, 2002 3712 en 2003 3627 y en 2004 4134....Desgraciadamente, de las llamadas soluciones alternativas del conflicto no han sido capaces de impedir aumento en la cantidad de presos.”¹⁶

5.-Análisis de la Justicia Restaurativa en el proyecto de Código Procesal Penal Español.

En la exposición de motivos del proyecto del Código Procesal Penal español se detalla lo siguiente en cuanto a la Justicia restaurativa.

¹⁵ Obtenido del informe del Estado de la Nación Costa Rica, 2012.

¹⁶ LLOBET,Javier op cit página 162.

“En efecto, la instauración de la mediación penal era una necesidad no solo impuesta por obligaciones internacionales, sino también sentida y reclamada por la práctica, en la que se han llevado a cabo ya experiencias alentadora y fructíferas. Otorgar carta de naturaleza legal a la mediación penal resulta ineludible, pues hasta ahora, salvo en el ámbito del derecho del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 (2001/220/JAI) relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal no ha llegado a ser desarrollada. Tal texto alentaba a los Estados miembros a impulsar la mediación en las causas penales ...y a velar para que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación.” ..”La Justicia restaurativa se concibe no como un sustituto de los tradicionales fines de la justicia penal sino como complemento necesario del que deben extraerse todas sus capacidades sin dejarlo vinculado al principio de oportunidad o al instituto de la conformidad, lo que supone una visión estrecha de la mediación, o a criterios utilitaristas o a la delincuencia menor.....”...Justicia restaurativa no significa limitar el fin del derecho penal al indemnizatorio o reparador (satisfacer a la víctima) diluyendo las diferencias con el derecho civil, pero si redescubrir que la reparación-puede tener también unos efectos preventivos importantes.la mediación se concibe como el sistema de gestión de conflictos en que una parte neutral (mediador) ,con carácter técnico y en posesión de conocimientos adecuados independientemente de los actores institucionales del proceso penal e imparcial, ayuda a las personas implicadas en una infracción penal, en calidad de víctima e infractor, a comprender el origen del conflicto, sus causas y consecuencias, afrontar sus puntos de vista y a elaborar acuerdos sobre modo de reparación tanto material como simbólica.”¹⁷

En el proyecto por otra parte se consagra en el artículo 59 el concepto de víctima al decir “La víctima es, a efecto de lo previsto en éste Código, todo ofendido o perjudicado por el hecho punible objeto de la causa, incluida la persona que haya sufrido daño personal o patrimonial por tratar de prevenir el delito en el momento de la comisión del hecho punible o inmediatamente después.”¹⁸

¹⁷ Proyecto del Código Procesal Penal Español exposición de motivos.

¹⁸ Proyecto del Código Procesal Penal Español artículo 59.

También podrá presentar la acción civil derivada del hecho punible en el proceso penal.

Ver en ese sentido los artículos 97, 98, 99, 100, 101, del proyecto de Código Procesal Penal.

A) Suspensión del proceso

Según el artículo 92 se puede suspender el proceso en caso de delitos leves o menos graves, hasta por dos años, cuando el encausado acepte la realización de prestaciones de dar, hacer o no hacer que le proponga el Ministerio Público con el fin de afrontar su responsabilidad civil, someterse a tratamiento de su adicción o realizar trabajos en beneficio de la comunidad que priven de sentido a la imposición de pena.

Es propiamente el artículo 142 el que regula lo referente a la mediación procesal. El art 143 nos dice “Se entiende por mediación penal, a los efectos previstos en este título, al procedimiento de solución del conflicto entre el encausado y la víctima libre y voluntariamente asumido por ambos en que un tercero interviene para facilitar que alcancen un acuerdo.”¹⁹

El artículo 145 faculta al Ministerio público a suspender las diligencias de investigación cuando tenga conocimiento de un procedimiento de mediación penal.

B) Efectos de la mediación

El artículo 146 señala que el proceso de mediación no otorgará ventajas al encausado sin perjuicio de los efectos procesales o materiales que puedan derivarse conforme a la ley del acuerdo con la víctima si se alcanza.

6.-Análisis Comparativo entre el Código Procesal Penal Costarricense y el Proyecto del Código Procesal penal Español en cuanto a la justicia restaurativa.

El artículo 30 del Código Procesal Costarricense señala claramente los casos en que se extingue la acción penal. El inciso J señala la extinción de la acción penal en casos de delitos de contenido patrimonial

¹⁹ Proyecto del Código Procesal Penal Español artículo 142

sin grave violencia contra las personas o en delitos culposos en el caso de la reparación integral del daño, el inciso K por otra parte señala la extinción de la acción penal por conciliación. La extinción de la acción penal en estos casos está expresamente regulada en el Código.

Lo anterior quiere decir que si se dan los presupuestos de la reparación integral del daño (Daño físico, moral, y material) a la víctima se opera la extinción de la acción penal. Por otra parte si se llega a conciliación entre el encausado y la víctima en cuanto a la reparación civil también opera la extinción de la acción penal.

En relación al proyecto del Código Procesal Penal Español debemos hacer las siguientes observaciones:

- 1- Señala la posibilidad de que se dé la suspensión del proceso a prueba según el artículo 92, pero tratándose únicamente de delitos leves, no siendo claro en este aspecto que ha de entenderse por delitos leves.
- 2- Aunque el proyecto regula la mediación, sin embargo, el mismo no es claro en cuanto a que se dé una extinción plena de la acción penal si se da una mediación. El artículo 142 permite la mediación entre la víctima y el ofendido pero no es clara en cuanto a los alcances legales que produciría una mediación en relación con la acción penal. Y tampoco determina en que delitos pueda darse la mediación.
- 3- Veo además que queda a criterio del Ministerio público determinar la procedencia de la mediación, en qué casos es procedente, lo cual considero que debería estar reglado para dar un debido proceso a la víctima y al encausado, para saber en qué casos procedería según la ley y no dejarlo al arbitrio del Ministerio Público.
- 4- Señala la necesidad de que un tercero especializado participe en la mediación, dejando de lado la posibilidad de que el Juez pueda acercar a las partes ofendido y víctima para que ellos mismos lleguen a una conciliación.
- 5- En conclusión creo que si bien el proyecto abre la posibilidad de la justicia restaurativa considero que lo hace no plenamente. debiéndose precisar aun más ciertos conceptos, alcances y efectos jurídicos de la mediación y la reparación integral del daño.

Bibliografía

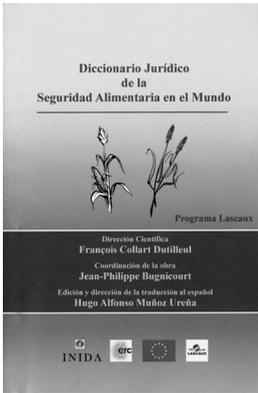
- Arias Madrigal Doris," *Reflexiones teóricas y prácticas sobre la reparación del daño y la Justicia Restaurativa*", Justicia Restaurativa acercamientos teórico y prácticos, San José Costa Rica, 2007, página 164
- Campos Zúñiga, Mayra *Justicia restaurativa ¿Una opción para lo penal juvenil?* Justicia Restaurativa acercamientos teóricos y prácticos (2207) San José Costa Rica pagina 213.
- Llobet Javier *¿Justicia Restaurativa y Derecho Penal Mínimo? Justicia Restaurativa, acercamientos teórico y prácticos* (Costa Rica editorial Gossetra, 2006)
- Paul McCold y Tec Wachtel, *En busca de un paradigma: Una teoría sobre justicia restaurativa* primer congreso de Justicia Restaurativa, Justicia Restaurativa acercamientos teóricos y prácticos, Conamaj (Costa Rica, imprenta Gossestra. 2006)
- Código Procesal Penal de Costa Rica, publicado en el alcance 31 de la Gaceta número 106 del 4 de junio de 1996.
- Proyecto Código Procesal Penal Español.

Reseñas bibliográficas a cargo del Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez

Collart Dutilleul, Francois: Dirección Científica

Bugnicourt, Jean- Philippe: Coordinación de la obra

Muñoz Ureña, Hugo Alfonso: edición y Dirección de la traducción al español



Diccionario jurídico de la seguridad alimentaria en el mundo

(San José: Instituto de Investigación en Derecho Alimentario. Programa Lascaux, 581 páginas, 2014).

Esta es una traducción parcial de la obra cuyo título original es:

Dictionnaire juridique de la sécurité alimentaire dans le monde, 2013, Groupe Larcier s.a., Editions Larcier, Rue des Minimes 39, Bruxelles, Belgique.-

Este diccionario reúne 178 términos que ofrecen una visión amplia sobre los distintos aspectos relacionados con la seguridad alimentaria en el mundo. Los términos han sido desarrollado con la colaboración de 85 autores originarios de cuatro continentes (contraportada del libro).

Lascaux es un Programa de investigación en Derecho que ha sido seleccionado por el Consejo Europeo de Investigación, luego de una convocatoria internacional; y, es financiado por la Unión Europea. Su Director es el Profesor Francois Collart Dutilleul.- <http://www.droit-aliments-terre.eu>.- (contraportada del libro).

En el *Prefacio*, Francois Collart Dutilleul y Jean- Philippe Bugnicourt, afirman:

En primer lugar (...) para lograr alcanzar una especie de “derecho de la seguridad alimentaria Mundial”, guiada por tos Derechos Fundamentales, ha sido necesario reunir los conocimientos de especialistas en todas las ramas del Derecho (Derecho del Comercio Internacional, Derecho de la Alimentación, Derecho Agraria, Derecho de la Competencia, Derecho Comercial, Derecho de la Propiedad Intelectual, Derecho de los Mercados Financieros, Derecho

de las Obligaciones, Derecho Ambiental, Derecho de los Bienes, Derecho de los Recursos Naturales, Derecho del Consumo, Derecho Penal. . .) manteniendo el concepto de seguridad alimentaria como horizonte común.

En segundo lugar, la problemática jurídica de la seguridad alimentaria ha sido colocada en su contexto económico, social y político, tanto local como global (...).

En tercer lugar, para la realización de este tipo de trabajo es importante no dejar de lado ni al tiempo ni al espacio. Cada pueblo del mundo, cada forma de agricultura en el mundo es el producto original de una historia y de una geografía (...).

Estos tres requisitos han sido la brújula para elaborar el Diccionario Jurídico de la Seguridad Alimentaria en el Mundo (...) (págs. III a V).



Guadamuz Flores, Alina ***La adecuación de concesiones de frecuencia del espectro radioeléctrico en la Ley general de telecomunicaciones, LGT*** (San José: Editorial Universidad de Costa Rica, 227 páginas, 2014.

La autora en la Presentación, señala que:

El espectro radioeléctrico es un bien de dominio público y se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico costarricense (...). Dicho bien pertenece a la Nación y es el Estado el que se encarga de velar por su correcto uso, control, administración y planificación (p. xix).

Esta obra está dividida en capítulos:

- I Títulos habilitantes para uso del espectro radioeléctrico en Costa Rica
- II Adjudicación de títulos habilitantes
- III Antecedentes normativos de los títulos habilitantes en materia de telecomunicaciones
- IV Derechos adquiridos
- V Disposiciones transitorias

- VI Gestión, planificación y administración del espectro radioeléctrico
- VII Fenómeno de la convergencia en las telecomunicaciones
- VIII Percepciones divergentes relativas al procedimiento de adecuación
- IX Legislación extranjera: procedimiento de adecuación de títulos habilitantes
- X Análisis del transitorio IV de la Ley general de telecomunicaciones y su aplicación práctica.-



Hernández Rodríguez, Magally
Bases constitucionales del régimen administrativo en Costa Rica: la Constitución como control de la actividad administrativa (San José: Editorial Jurídica Continental, Universidad de Costa Rica, Maestría de Justicia Constitucional, 303 páginas, 2014).

En la *Presentación*, la autora sostiene:

La convicción en los fundamentos del Estado de Derecho y la inquietud que siempre me ha motivado a investigar el control del poder, me llevan a exponer este análisis, bajo la dimensión constitucional (p. XVII).

Los profesores Dr. Rafael González Ballar y el Dr. Víctor Orozco Solano, indican en su *Presentación*:

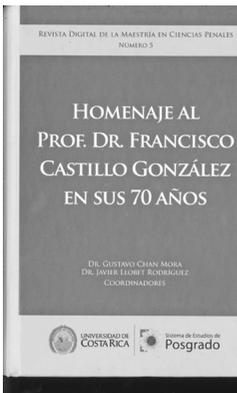
Destaca en este libro el abordaje constitucional de temas de Derecho Administrativo, el rescate del concepto de Estado de Derecho y la Constitución como control del poder público (p. XIX).

El Magistrado de la Sala Constitucional, Dr. Fernando Cruz Castro, afirma en el *Prólogo*:

Vale recordar que la autocontención del juez constitucional no puede justificar nunca la falta de actuación, cuando los valores mismos de la Constitución, así lo ameritan (p. XXII).

Esta obra se divide en estos capítulos:

- I Estado de Derecho y la Constitución como control de poder
- II Orígenes y definición del sistema de régimen administrativo
- III Hacia el sustento constitucional general del Derecho Administrativo
- IV El control del uso de los fondos públicos y la Ley de presupuesto nacional en el marco constitucional
- V La contratación administrativa en el marco constitucional
- VI El régimen de servicios públicos en el marco constitucional



Dr. Gustavo Chan Mora y Dr. Javier Llobet Rodríguez, coordinadores ***Homenaje al Profesor Dr. Francisco Castillo González en sus 70 años***

(San José: Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales, No. 5. Universidad de Costa Rica, Sistema de Estudios de Posgrado, Maestría en Ciencias Penales, 724 páginas, 2014)

Esta obra está dividida de la siguiente forma:

I.- HISTORIA DEL DERECHO PENAL COSTARRICENSE

Francisco Castillo González y el Derecho Penal costarricense

Prof. Dr. Javier Llobet Rodríguez

II.- APROXIMACIONES FILOSÓFICAS AL DERECHO PENAL

Capacidad de culpabilidad penal y libertad de decisión. Acerca del debate entre las Neurociencias, la Filosofía de la Mente y el Derecho Penal

Prof. Dr. Gustavo Chan Mora

La racionalidad tecnológica de la justicia penal en Costa Rica y su (Des) Humanización

Msc. Christian Fernández Mora

Acerca del discurso populista punitivo

Prof. Lic. Miguel Zamora Acevedo

III. APROXIMACIONES SOCIO-POLITICAS AL DERECHO PENAL Y EL FENÓMENO DE LA CRIMINALIDAD

Modelos de control social y prisionalización en Costa Rica

Prof. Dr. Ricardo Salas

Proposiciones analíticas para el estudio de la violencia en Centroamérica: una mirada desde la exclusión social

Prof. Dr. Rodolfo Calderón Umaña

¿Qué puede olvidar el legislador democrático? (Sobre los límites de la Amnistía)

Prof. Dr. Juan Antonio Lascuráin

IV. REFLEXIONES POLITICO-CRIMINALES

Hacia una crítica de la criminalización en la antesala a la lesión de un bien jurídico. Con especial referencia a los avatares de la política criminal del peligro y sus representantes

Prof. Dr. Alfredo Chirino Sánchez.

Seguridad ciudadana e inseguridad jurídica

Prof. Dr. Fernando Velásquez V.

V. PRINCIPIOS DEL DERECHO DE LA CONSTITUCIÓN Y DERECHO PENAL

Proporcionalidad y especificidad de género: a propósito de la reforma de la ley de psicotrópicos

Prof. Dra Teresa Aguado Correa

El acceso a la justicia de grupos en condición de vulnerabilidad y las reglas de Brasilia

Prof. Dr. Álvaro Burgos Mata

VI. ANÁLISIS DOGMÁTICO-PENALES

Alcance de la Imputación Objetiva en los delitos de omisión impropia

Prof. Dra. María José Rodríguez Mesa

Bien Jurídico y principio de lesividad. Bases históricas y conceptuales sobre el objeto de protección de la norma penal

Prof. Msc. Carlos Sánchez Escobar

Sobre la exigibilidad e inexigibilidad dentro de la teoría del delito

Dra. Sandra Eugenia Zúñiga Morales

La protección penal del derecho a la imagen en España

Prof. Dra. Ángeles Jareño Leal

Los delitos de actos racistas o discriminatorios y hostigamiento por motivos de discriminación

Prof. Dr. Ricardo Posada Maya

Constitucionalidad, naturaleza jurídica y límites del comiso en Costa Rica

Prof. Msc. Rosaura Chinchilla Calderón

VII. DERECHO PENITENCIARIO

Prisiones y hacinamiento crítico en Costa Rica: intervención necesaria de los tres poderes del Estado

Prof. Dr. Roy Murillo Rodríguez

VIII. BIOÉTICA y DERECHO PENAL

Bioética en la donación y transplante de órganos y tejidos. La polémica del tráfico de órganos para el bioderecho

Prof. Dra. Andrea Acosta Gamboa

IX. MEDICINA FORENSE

Fundamentos de anatomía genital y estudio del dictamen médico legal para la correcta comprensión de pericias forenses en delitos sexuales

Prof. Dr. Franz Vega Z.

X. DERECHO PENAL INTERNACIONAL

El interés personal como regla de participación de las víctimas en el procedimiento ante la Corte Penal Internacional. Un estudio jurisprudencial

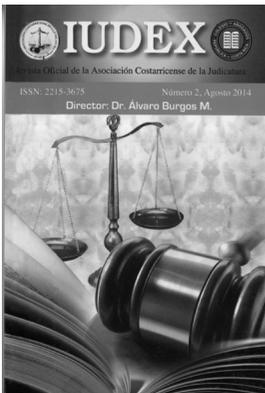
Prof. Msc. Cristian Wolffbügel Gutiérrez ; Prof. Licdo. Juan Pablo Sierra Piñeros

XI. ENTREVISTA AL PROFESOR DR. FRANCISCO CASTILLO GONZÁLEZ (profesor emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica).

A cargo del Prof. Dr. Javier Llobet (Coordinador y Profesor de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica)



Revista IUDEX. Revista oficial de la Asociación Costarricense de la Judicatura. No. 2, 2014. Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. Director: Dr. Alvaro Burgos Mata



(San José: Litografía Ofiprinte comercial, 228 páginas, 2014).

El contenido de esta revista es el siguiente:

Las principales soluciones alternas en materia penal juvenil en relación a la legislación de adultos en Costa Rica.

Dr. Álvaro Burgos Mata

El derecho a ser juzgado por un juez imparcial.

Dr. Carlos Adolfo Picado Vargas

Estado social de derecho, globalización y derechos humanos (notas para una aproximación crítica a la crisis del Estado Social de Derecho).

Gustavo Adolfo Jiménez Madrigal

El recurso de apelación de sentencia en materia de tránsito. José Manuel Cisneros Mojica

“Falacia naturalista y otros paralogismos como motivo de la condena a Costa Rica por la Corte de Derechos Humanos. Caso de la fertilización in vitro. Aportes desde la Filosofía del Derecho del Dr. Pedro Haba.

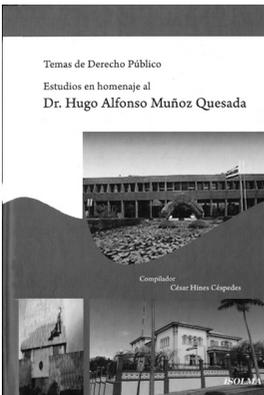
M.S.c. Raymond Porter Aguilar

El beneficio de pobreza en Costa Rica.

Msc. Víctor Soto Córdoba

Reflexiones procesales y sustanciales en el tema del reconocimiento judicial de la unión de hecho cuando el vínculo finaliza por la muerte de uno de los convivientes.

M. Sc. Mauricio Chacón Jiménez



Hines Céspedes, César. Compilador. ***Estudios en homenaje al Dr. Hugo Alfonso Muñoz Ureña*** (San José: ISOLMA, 425 páginas 2014).

El contenido de esta obra es:

Reflexiones Sobre la reforma a la Ley de reforma de la jurisdicción constitucional. -,

César Hines Céspedes

El Magistrado Suplente: una institución en crisis. *Fernando Castillo Víquez*

El derecho de acceso a la información pública y la existencia de herramientas que posibilitan la transparencia en la gestión administrativa en Costa Rica. Una visión Legislativa.

Jorge Córdoba Ortega

Ensayo de reflexión teórica sobre algunos valores y teorías en la estructuración del derecho administrativo.

Rafael González Ballar

La Tutela supranacional de los derechos en América. La experiencia de la Corte Interamericana

Rubén Hernández Valle ..

Garantías Procesales penales en Beccaria y su actualidad.

Jayier Llobet Rodríguez

Autonomía Universitaria ¿Concepto en crisis?

Alejandro E. Mora Espinoza

Alcances del 191 de la Constitución.

Mauro Murillo Arias

Expropiación, utilidad pública y teoría del balance costo-beneficio en derecho francés ¿Por qué? ¿Cómo?

René Hostiou

La Sala Constitucional y su jurisprudencia en materia de Contratación Administrativa.

Jorge Enrique Romero Pérez

REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS

Definición de la revista

- La *Revista de Ciencias Jurídicas* es una publicación científica en el campo del Derecho.
- *Cobertura temática*: los artículos que publica pertenecen a las diversas ramas jurídicas.
- Se *publica* bajo los auspicios del convenio interinstitucional de la Universidad de Costa Rica y el Colegio de Abogados de Costa Rica. Esta revista tiene *nivel científico*.
- Su *objetivo* es divulgar y difundir ensayos en las diferentes disciplinas del saber científico-jurídico, para la asesoría y apoyo logístico de estudiantes y operadores, en general, del Derecho.
- Dirección: Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. América Central.
- Periodicidad: Cuatrimestral.
- Revista impresa y digitalizada.
- Revista indexada.

REQUISITOS PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS

1. Los artículos deben ser originales e inéditos.
2. El artículo no sobrepasará las 25 cuartillas tamaño carta y a doble espacio; y, se presentará con el tipo de letra *Times New Roman* en 14 puntos, las notas al pie de página en 12 puntos.
3. De cada artículo se presenta un original en papel y una versión electrónica.
4. El título responde de manera concreta y específica al contenido del artículo. No extenderlo a más de ocho palabras.
5. El artículo se acompaña con:
 - a) Un resumen de seis líneas en español y en otro idioma.
 - b) Cinco palabras clave en español y en otro idioma.El autor es responsable de este punto 5.
6. Las páginas del artículo deben numerarse.
7. Cada trabajo presentado debe incluir la bibliografía utilizada. Esta se consignará al final y por orden alfabético del autor.
8. La bibliografía incluye los siguientes datos:
 - a) De libro: autor, año de la primera edición si está consignado, título del libro (subrayado), edición utilizada, ciudad, editorial, año, páginas.
 - b) De publicaciones periódicas: autor, título del artículo (entre comillas). Nombre de la publicación (subrayado), año, volumen, número, páginas.
 - c) De textos electrónicos: "Responsable principal. Título [tipo de soporte]. Responsable(s) secundario(s). Edición. Lugar de publicación: editor, fecha de publicación, fecha de actualización/revisión. Descripción física. (Colección). Notas. Disponibilidad y acceso [Fecha de consulta]. Número actualizado".
Ejemplo: "Library of Congress. *History and development of the Library of Congress machine-assisted realization of the virtual electronic library* [en línea]. [Washington, D.C.: Library of Congress], 15 June 1993. <gopher://lcmarvel.loc.gov:70/00/about/history> [Consulta: 5 mayo 1997]". (Fragmentos: *Norma ISO690*).
9. El autor del artículo debe indicar brevemente sus datos personales, profesionales, académicos, adscripción laboral, e-mail, teléfono y fax.

Sistema de arbitraje: el Consejo Asesor o Comisión Editorial tiene, además, la función evaluadora o de arbitraje.