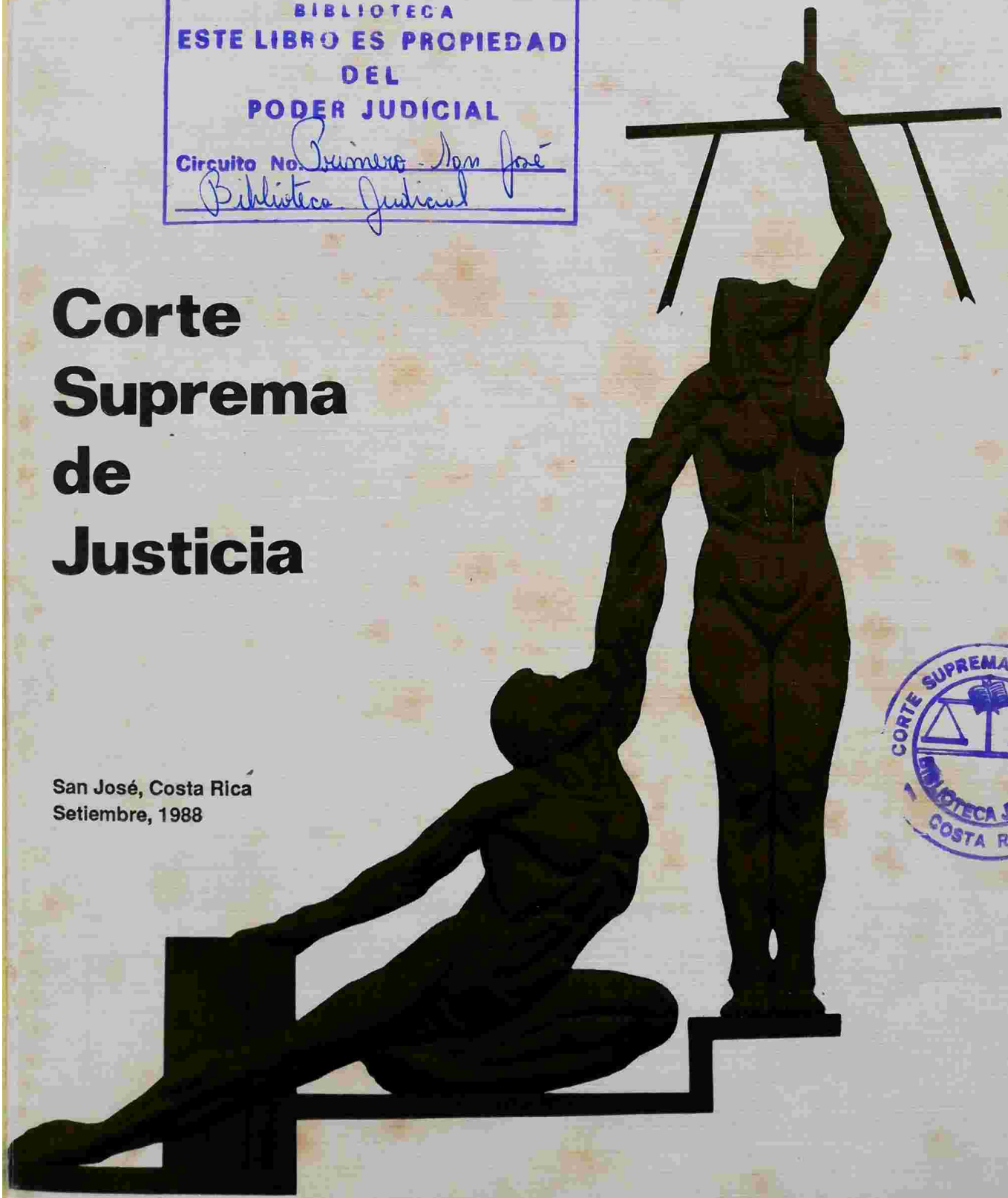
AÑO XIII Nº 44

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

REVISTA JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
BIBLIOTECA
ESTE LIBRO ES PROPIEDAD
DEL
PODER JUDICIAL
Circuito No. Primero - San José
Biblioteca Judicial

Corte Suprema de Justicia



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
BIBLIOTECA JUDICIAL
COSTA RICA

San José, Costa Rica
Setiembre, 1988

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

REVISTA JUDICIAL

Año XIII — Núm. 44 — Setiembre, 1988

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
BIBLIOTECA JUDICIAL
COSTA RICA

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

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

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

SUMARIO

Pág.

Presentación 5

Sección I: Estudios

Racionalización del Derecho en Costa Rica 11
Prof. Dr. Patrick Lauderdale
Traducción de Félix Alberto Umaña López y Víctor Alberto Umaña Vargas

Reflexiones sobre el mercado de valores costarricense IV. La protección del inversionista en ley mercantil 17
Dr. Gastón Certad Maroto

La prescripción de la responsabilidad civil derivada del hecho punible 25
Dr. Gerardo Calvo Picado

Nociones sobre el derecho a la salud en Costa Rica 33
Ms. Roxana Salazar Cambronero
Licda. Isabel Ma. Zúñiga Gómez

Empresa pública y empresa privada del Estado 39
Licda. Gladys E. Dalsaso Arauz
Lic. Luis Guillermo Salas Campos

El refugiado centroamericano en Costa Rica 53
Licda. Marta Odio Benito

Importancia de la informática en el estudio del Derecho 73
Lic. Juan Diego Castro Gómez

Sección II: Reseña Legislativa Extranjera

La responsabilidad extracontractual: El sistema adoptado por el Código Civil de 1984 77
Prof. Dr. Fernando Vidal Ramírez

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Pág.

Sección III: Pronunciamientos Especialmente Relevantes

Jurisprudencia internacional. Opiniones y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 1986 83
Lic. Manuel Ventura Robles

Contenido de votos salvados en resoluciones de interés 93
Licda. Cecilia Sánchez R.

Sección IV: Información Normativa 99
Jimmy Vargas Durán

Sección V: Jurisprudencia 105
Digesto

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

PRESENTACIÓN

En esta oportunidad, la Revista Judicial de la Corte Suprema de Justicia ofrece "Estudios" sobre sociología del Derecho, Derecho Comercial (Bolsa), Derecho de Obligaciones, Derecho de la Salud, Derecho Público, Derecho Humanitario e Informática Jurídica.

Gracias a la excelente traducción del inglés realizada por **Félix Alberto Umaña López** y **Víctor Alberto Umaña Vargas,** contamos en nuestra lengua con el agudo y serio ensayo titulado **"Racionalización del Derecho en Costa Rica"**, del distinguido director del Center for the Study of Justice de Arizona State University, **profesor Dr. Patrick Lauderdale** quien vivió algún tiempo en nuestro medio para hacer sus investigaciones sobre la racionalización observable en el ordenamiento costarricense. A juicio suyo "estos logros y proyectos son especialmente impresionantes si comparamos a Costa Rica con otros países, tales como los Estados Unidos, donde la economía está claramente más racionalizada". Considera que el futuro de nuestro sistema apunta hacia una creciente racionalización. Concluye afirmando que: "La racionalización del Derecho en Costa Rica está también íntimamente ligada a la preocupación nacional por los derechos de los ciudadanos, la justicia y el progreso, así como por la paz". Agradecemos al profesor Lauderdale su aporte y le invitamos a continuar colaborando con la revista.

El **Dr. Gastón Certad Maroto**, catedrático de la Universidad de Costa Rica y de la Universidad Autónoma de Centro América, continúa colaborando en materia de Derecho de Bolsa, dentro de la novedosa e ilustrativa serie de artículos que hemos venido publicando; esta vez con **"La protección del inversionista en nuestra Ley Mercantil"**, donde indica los planos en que ésta se proyecta: en la determinación de las mayorías y minorías; en los títulos accionarios de distinta clase o categoría; en la elección del órgano gestor y en el acceso a la información. En este estudio, el decano del Colegio Académico identifica los textos positivos relativos a los derechos de las minorías, indicando que son muchos los que nuestra ley ni siquiera menciona; trata luego lo relativo a los privilegios accionarios y a los problemas que éstos pueden resolver. Seguidamente, el autor se refiere a la elección de la junta directiva y a los problemas que presenta su regulación. Finalmente, el Dr. Certad manifiesta que las normas vigentes no garantizan plenamente al socio contra las prácticas obstruccionistas de los administradores. Concluye recordando la necesidad de profundizar estas materias, en aras de un activo mercado de valores, tal como el que se persigue con el proyecto de Ley Reguladora del Mercado de Valores y Reformas al Código de Comercio.

El **Dr. Gerardo Calvo Picado** participa con su interesante análisis sobre **"La prescripción de la responsabilidad civil derivada del hecho punible"**, texto de la conferencia pronunciada en el Colegio de Abogados el 21 de abril de 1987, con motivo de la celebración del centenario del Código Civil. Después de explicar la importancia del tema y ofrecernos los conceptos de prescripción, interrupción y suspensión de ésta, el autor entra al aspecto central del trabajo; distingue,

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

en primer término, entre la acción civil y la acción penal, con sus respectivos efectos. Comenta, con gran claridad, la existencia de dos sistemas: el de la solidaridad de prescripciones y el de la interdependencia de prescripciones. Según el primero, prescrita la pena, prescribe también la acción civil (sistema francés); según el segundo, aunque esté prescrita la acción penal, la acción civil puede mantenerse. En el Derecho costarricense revela la incertidumbre existente, indicando que el simple reenvío a la prescripción decenal es insuficiente "puesto que hay delitos que prescriben en un plazo superior". Considera necesaria una reforma legal en favor de la interdependencia con la fijación de un plazo máximo. Trabajos como el comentado contribuyen efectivamente en la constante reconstrucción del sistema.

"Nociones sobre el derecho a la salud en Costa Rica" es el título de la importante contribución de la **máster Roxana Salazar Cambronero** y de la **licenciada Isabel María Zúñiga Gómez.** Después de mostrar el creciente papel intervencionista del Estado, las autoras especifican esta orientación en el campo de la tutela del ambiente, con el fin de proteger la salud. En relación con el Estado costarricense revelan los logros en medidas y programas, pero reconocen que queda trecho por andar. Plantean, seguidamente, el marco filosófico del derecho a la salud, el que definen, insistiendo en el relieve de la prevención, lo mismo que en la necesidad de una perspectiva integral sobre el ser humano, que tome en cuenta sus planos físico, mental y social. Nos narran la evolución de la tutela formal de la salud, tanto en lo internacional, como en lo interno y afirman que la salud es uno de los derechos humanos fundamentales, reconocido dentro de los derechos económicos, sociales y culturales, lo mismo que dentro de los propósitos de los diversos órganos del sistema de Naciones Unidas, como la OIT, la UNESCO, la FAO y, en particular la OMS, que brinda asistencia técnica en este campo. Creemos que la tutela preventiva de la salud debe ser una preocupación central, ahora que se revisa el Código Civil.

Los **licenciados Gladys E. Dalsaso Arauz** y **Luis Guillermo Salas Campos** colaboran con **"Empresa pública y empresa privada del Estado"**. Comienzan su valiosa exposición con una referencia a la evolución del Estado, hasta el intervencionismo, con su activismo económico, distinguiendo en Costa Rica dos estructuras: la empresa privada del Estado y la empresa del Estado. Este estudio está dirigido al planteo de las concepciones de ambos fenómenos, en estrecha vinculación, en el contexto del ordenamiento nacional. Los autores se refieren primero al concepto de empresa pública. Observan la ausencia de significado unívoco de este concepto, debido, en parte, a que el tema es objeto de enfoque tanto del Derecho Comercial como del Derecho Administrativo y a otros factores como la multiplicidad de estudios de diversas disciplinas y el carácter circunstancial de las diversas manifestaciones del fenómeno. Citan la existencia de dos acepciones mayoritarias del concepto; la primera amplia; a ella le critican ambigüedad y escasez de valor práctico por abarcar empresas con una fenomenología organizativo-funcional muy variada. Proponen una acepción estricta, con exclusión de las empresas formadas bajo un esquema societario, e indican las características de los entes bajo el concepto (íntegra y expresamente estatales, con personalidad jurídica propia, dedicados a actividades económicas y sometidos alternativamente al Derecho Público y al Derecho Privado). Se refieren luego a su actividad (continua y sistemática), a su organización (con estructuras publicistas), a su finalidad (donde no hay unanimidad en doctrina) en relación con la cual consideran que el lucro no es incompatible con la administración pública. Pasan entonces al concepto de empresa privada del Estado, a sus rasgos definitorios, a su actividad valiéndose de un esquema organizativo comercial (sea mediante adquisición de sociedades mercantiles, sea mediante el procedimiento

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de darle *ab initio* forma privada, como en el caso de CODESA, que analizan con más particularidad, lo mismo que el de sus filiales y subsidiarias). Explican que su actividad es primordialmente comercial, aunque también se da en el caso de servicios públicos y de actividades de interés público y que su organización se da preferentemente bajo la forma de sociedad "por acciones", siendo sus finalidades las mismas ya formuladas en relación con la empresa privada común y a la empresa pública. En sus conclusiones reafirman la necesidad de diferenciar los conceptos de empresa pública y de empresa privada del Estado, pues consideran equívoca la denominación genérica. Este trabajo es de gran importancia e ilumina otros posibles problemas, por ejemplo el carácter de documento público de los "documentos" sin firma que emanan de Radiográfica; ¿podría acaso aceptarse que una de esas copias sea considerada como prueba de un requerimiento de pago para interrumpir una prescripción civil o comercial? Se trata de distinguir pues los entes públicos (de los que pueden emanar documentos públicos) y los entes privados del Estado (que lógicamente, funcionan dentro de un régimen de Derecho Privado).

De la **licenciada Marta Odio Benito,** especialista en Derecho Internacional, publicamos el documento y sistemático estudio **"El refugiado centroamericano en Costa Rica"**. La autora se refiere primero al régimen jurídico (universal y regional) hablando de un Derecho Internacional de los refugiados, del que nos brinda su concepto (como rama del Derecho Público), sus fuentes (escritas, costumbre, principios), su naturaleza (origen, contenido, órganos y principios) y nos comenta acerca de la protección internacional (como complemento de la nacional), de la condición jurídica del refugiado, su determinación formal y la naturaleza del reconocimiento. Esta primera parte tiene dos aspectos centrales: las disposiciones legales y los sujetos destinatarios de la tutela jurídica; se dirige a sistematizar algunos aspectos jurídicos inherentes a la condición del refugiado y las pautas para su tratamiento, identificando algunos rasgos socioeconómicos de la población refugiada en suelo costarricense, con una referencia a los mecanismos operativos que el Estado ha adoptado para su protección jurídica y asistencia social. Entre otros temas de interés, la licenciada Odio trata, en su amplio estudio, los criterios que ha venido elaborando el ACNUR, el Estado como la autoridad facultada para esa función, salvo en los casos de los refugiados bajo mandato, y la distinción entre el reconocimiento de la calidad de refugiado y el otorgamiento del asilo. Comenta que Costa Rica es uno de los países de mayor recepción de refugiados; en relación con los caracteres de la población ofrece datos sobre distribución por sexo, edad, ubicación, oficio y nacionalidad. De las variables socioeconómicas comenta la educación, la condición sociolaboral, los ingresos y los gastos. Sobre las variables socioculturales comenta la estructura de pensamiento, el nivel de conciencia, los móviles migratorios y las conductas predominantes. Cita seguidamente los instrumentos legales y las medidas institucionales y servicios que se les brinden. Propone una solución participativa del refugiado en todo el proceso. Esto sería posible, a nuestro juicio, bajo la forma jurídica de la cooperativa de autogestión, según lo expusimos en la Revista de Ciencias Jurídicas número cincuenta (50).

El **licenciado Juan Diego Castro Gómez,** verdadero pionero de la informática jurídica en Costa Rica, nos brinda su atinado comentario sobre la **"Importancia de la informática en el estudio del Derecho".** El autor nos muestra la creciente importancia de las computadoras para el jurista y el impacto de la informática en la vida jurídica, como ya lo hemos visto en el Registro Nacional y como ya se ha evidenciado en diversos recientes seminarios y congresos; todo este acontecer reclama un lugar en los estudios universitarios; el autor propone los posibles contenidos docentes para tal inclusión y

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

especifica los posibles usos dentro de la investigación doctrinal, legislativa y jurisprudencial. Compartimos la preocupación del autor y somos conscientes de la utilidad de estos nuevos instrumentos para las tareas jurídicas; el jurista no puede quedarse rezagado ante estos avances.

En la **Sección de Reseña Legislativa Extranjera,** gracias a la colaboración del distinguido jurista peruano, **profesor y doctor Fernando Vidal Ramírez,** presentamos **"La responsabilidad extracontractual. El sistema adoptado por el Código Civil peruano de 1984"**. El doctor Vidal, quien fue conferencista invitado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica hace algunos meses, nos narra magistralmente las vicisitudes del proyecto y nos explica los criterios informantes de la nueva ley y los sistemas que ésta acoge. El nuevo Código Civil peruano merece nuestra atención porque representa un cambio importante en muchos aspectos, particularmente en vista de la revisión de nuestro Código Civil, que ya no responde a la realidad, que no está acorde con las recientes afirmaciones del valor de la persona (por encima de todo lo demás) y que no corresponde al desarrollo de la Ciencia Jurídica, de la Jurisprudencia y del Derecho Comparado. El trabajo del Dr. Vidal contribuye a guiar esta tarea.

En la **Sección de Pronunciamientos Especialmente Relevantes** contamos de nuevo con la muy valiosa y autorizada contribución del **Lic. Manuel Ventura Robles**, con **"Jurisprudencia internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1986)",** donde analiza el trabajo realizado por este órgano de la OEA (cuya jurisdicción, valga la pena recordarlo, Estados Unidos insiste en no ratificar, a pesar de que uno de los jueces es de ese país y a pesar de que el propio Departamento de Estado se jacta de cooperar con el Instituto Interamericano de Derechos Humanos —en el documento "Cooperación Hemisférica en la Administración de Justicia" de abril de 1986, Wáshington D.C. Secretaría de Estado, Oficina de Asuntos Públicos—). El licenciado Ventura, quien es Secretario Adjunto de la Corte de Derechos Humanos indica la existencia de tres periodos de sesiones (con un total de 25 días durante ese año) en el que se evacuaron dos opiniones consultivas (una de Uruguay, sobre el sentido de la palabra "leyes" en el artículo 30 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y otra sobre el derecho de rectificación o respuesta, solicitada por Costa Rica) y tres casos contenciosos contra Honduras. Agrega las observaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca del proyecto de protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

También dentro de la **Sección Pronunciamientos Especialmente Relevantes** publicamos **"Contenido de votos salvados en resoluciones de interés"**, de la **Licda. Cecilia Sánchez R.**

En la Sección **"Información Normativa"** continúa dándonos su valiosa ayuda el señor **Jimmy Vargas Durán.**

Finalmente ofrecemos, como siempre, nuestra **Sección de Jurisprudencia,** a cargo del **Digesto.**

Víctor Pérez Vargas.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

RACIONALIZACIÓN DEL DERECHO EN COSTA RICA*

(Diciembre de 1985. Revisado en julio de 1986)

PROF. DR. PATRICK LAUDERDALE
(Arizona State University, EE.UU.)

Racionalización.

La racionalización es un fenómeno que emergió a fines de la Edad Media. Surgiendo fundamentalmente del dualismo único de la civilización occidental, los gobiernos nacionales obtuvieron autoridad sobre los medios de obtener las metas de la paz, la justicia y la seguridad. Como medio para la consecución de tales metas colectivas, los gobiernos han estado legitimados por un orden jurídico formal y los ciudadanos que ayudaron a construirlo, lo consienten y son el propósito del movimiento.

Esta conceptualización refleja la perspectiva de Max Weber sobre el desarrollo histórico de la racionalidad formal (Lauderdale, 1986). Específicamente, la racionalización es el proceso general por el cual autoridad e intercambio son traídos dentro del panorama de las reglas intelectuales, calculables, inherentes al sistema mundial (Thomas, et al, 1986). Esta perspectiva centra su enfoque sobre la creciente interdependencia de las naciones en el mundo y sobre la relación básica entre racionalización y predecibilidad. El sistema mundial con una singular economía mundial tiene sus raíces en el siglo XVI. Desde la aparición del "sistema mundial", los cambios en las economías nacionales individuales son atribuibles en gran parte a la posición de cada sociedad en la división del mundo del trabajo y a los propios patrones de racionalización de la economía mundial. Adicionalmente, el sistema mundial ejerce más y más presión sobre los gobiernos nacionales para moldear las decisiones y procesos que afectan no solamente las economías locales, sino también aspectos políticos y ambientales (cf. Ashley, 1986). En esencia, el intercambio bajo la creciente racionalización deviene más predecible e incluye procesos tales como la monetarización, la comercialización, la planificación burocrática dentro de la dinámica del impersonal mercado mundial. En forma similar, la autoridad evoluciona hacia un más intelectualmente calculable orden jurídico formal con concomitantes niveles de centralización e incorporación.

Racionalización del Derecho en Costa Rica.

La evolución del Derecho en Costa Rica refleja el interés por el proceso de racionalización y sus relaciones con el concepto de jurisprudencia. La jurisprudencia de intereses encontrada en el sistema jurídico en Costa Rica se refiere a la creación y aplicación del Derecho y, relevantemente, a los concretos intereses que intentan influir sobre tal creación y aplicación (Pérez, 1981). El jurista en Costa Rica hoy es bastante diferente con relación al jurista del siglo pasado. El jurista de hoy se preocupa de un orden jurídico racional formal. La formulación de decisiones jurídicas se esfuerza por alcanzar la forma ideal de lo formal-racional discutida por Weber. Lo *racional* se refiere al uso de reglas y procedimientos explícitos, intelectualmente calculables, más que a sentimientos, tradición e intereses particulares. Lo formal se refiere a la existencia de un sistema autónomo para la decisión de asuntos jurídicos;

* Traducción del original en inglés por Félix Alberto Umaña López y Víctor Alberto Umaña Vargas, Moravia, Costa Rica.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

las disputas resueltas mediante definidos procedimientos legales se caracterizan como "formales". Esta característica formal del proceso lo diferencia de las decisiones que se hacen sobre otras bases, tales como aquellas que emergen de intereses puramente políticos, morales o económicos. La autonomía del sistema jurídico puede ser institucionalizada en diversas formas. Por ejemplo, en los Estados Unidos la Constitución establece que los jueces recibirán salarios que no pueden ser disminuidos durante su permanencia en la función, reduciendo así la influencia de otros intereses, mientras que en Costa Rica el órgano supremo para la racionalización del Derecho, la Corte Suprema de Justicia, mantiene una posición autónoma.

La relevancia de la racionalización del Derecho y la evolución de un sistema jurídico racional en Costa Rica se ve claramente cuando consideramos los problemas creados por anteriores formas de Derecho y el sistema jurídico. Parte del ímpetu en favor de las Provincias Unidas de Centro América, una nación que incorporaba los cinco estados centroamericanos y declaró su independencia el primero de julio de 1823, fue una llamada hacia un nuevo orden jurídico. Y la guerra civil que siguió inmediatamente después de la independencia fue cambatida en parte sobre la injusticia de la ley irracional (sustantiva) e informal, basada sobre estrechos y particulares intereses. En efecto, una de las principales prioridades del líder de la guerra, Francisco Morazán, fue la de establecer un Ordenamiento jurídico progresivo. A pesar del fracaso de las Provincias Unidas, aquellas partes del sistema jurídico progresivo que contenían derecho formal, racional, influyeron sobre la entidad independiente que hoy conocemos como Costa Rica. Por ejemplo, el Derecho costarricense se caracteriza por la igualdad jurídica. Este énfasis en la igualdad jurídica es marcadamente diferente de aquellos sistemas que contienen beneficios para la gente de cierto *status.* Considérense, por ejemplo, dos casos del Derecho medieval:

> El beneficio de clerecía, una institución que evolucionó en Inglaterra en el siglo doce para impedir que los sacerdotes y obispos acusados de felonías fuesen procesados ante cortes seglares. Las cortes eclesiásticas separadas tenían a su cargo los casos que envolvían al clero, preservando así la independencia de la iglesia de los legisladores seglares. Había, sin embargo, muchas ventajas para las cortes de la Iglesia con respecto a las cortes seglares; fundamentalmente, los tribunales eclesiásticos no podían imponer la pena de muerte, excepto en casos de herejía o hechicería. La nobleza, en consecuencia, se dirigió hacia una ampliación de la definición de "clerecía" de modo que ellos también pudiesen disfrutar el beneficio cuando terminasen del lado equivocado de la ley. Primero se estableció un requisito de alfabetización (dado que los sacerdotes eran en la Edad Media la única gente que podía leer), pero muchos nobles encontraron que esta aptitud era imposible de obtener. En consecuencia el *test* para determinar si el acusado era miembro del clero pasó a ser la habilidad para recitar el primer verso del salmo 51, una aptitud que casi cualquier noble podía adquirir mediante la contratación de un tutor. La segunda institución medieval que comprende diferencias de *status* como criterios legítimos era la institución de "la cobertura". Puesto en términos simples, la idea deriva de la descripción bíblica del marido y la esposa como una sola carne. Dado que ellos son una sola persona ante la ley, ciertos actos son imposibles. Un esposo no puede testimoniar contra el otro, puesto que hacerlo sería autoincriminación. La violación no puede ocurrir a los ojos de la ley en tal relación. Además, dado que el hombre es la cabeza del hogar, la cobertura respeta la estratificación del matrimonio, subordinándose los derechos de la esposa para transmitir propiedad, contratar, heredar, etc. Además, bajo la doctrina de la cobertura, el marido es responsable por los actos penales que su esposa cometa en su presencia (Inverarity et al, 1983:97).

Las razones para el cambio en tales leyes basadas sobre *status* desiguales son complejas; sin embargo, una de las principales yace en el análisis del papel de los cambios en la economía. Tanto Weber como Marx se refirieron a la importancia de comprender las relaciones entre los cambios en la economía y el Derecho. Marx argumentaba que cuando una sociedad pasaba de la forma feudal a la forma capitalista de producción, la igualdad legal reemplazaría aquellos sistemas de derecho basados en la concepción de diferencias naturales entre la gente. La igualdad jurídica es vista como parte necesaria del movimiento libre del trabajo (véase también Romero Pérez, 1984). Y, mientras la igualdad formal enmascara otras formas de desigualdad, ella promueve el proceso de racionalización, especialmente el *rol* de predecibilidad. También, como lo observaba Weber en su trabajo sobre la religión y la economía, la afinidad para cálculos a largo plazo ha sido influenciada en Europa occidental por numerosas instituciones jurídicas, políticas y religiosas.

La nota distintiva de la racionalización del Derecho y la economía ha sido la planificación sistemática con el cálculo preventivo de costos y beneficios. Por supuesto, ciertos periodos de la historia conducen más a esta racionalización. En los Estados Unidos, a principios del siglo XX, en un periodo denominado la "Era progresiva", hubo

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

significativas transformaciones. Aunque ha habido muchos cambios en Costa Rica desde inicios de este siglo, los últimos veinte años son notables por el fenomenal incremento en la racionalización del Derecho. Los fundamentos para este incremento fueron puestos por los logros institucionales de la Inspección Judicial en 1921, el Recurso de Inconstitucionalidad en 1937 y, especialmente, por la autonomía económica en 1957. El logro de la autonomía económica es notable porque establece la independencia del Poder Judicial por medio de un porcentaje garantizado del presupuesto costarricense. Este presupuesto garantizado aceleró el papel dinámico de la Corte Suprema de Justicia en la transformación del sistema judicial costarricense (Pérez, 1984).

Los trece logros analizados por el Dr. Víctor Pérez Vargas en el Poder Judicial de Costa Rica (Pérez, 1984) comenzando con la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en 1967 hasta llegar a la infraestructura (el Circuito Judicial de San José, en 1982) revela el incremento en el proceso de racionalización. En efecto, los logros infraestructurales reflejan el énfasis en el papel centralizador y coordinador en planificación a largo plazo. En forma similar, los cinco proyectos examinados entre 1983 y 1984 sugieren que en muchos sentidos el sistema jurídico costarricense está a la cabeza del sistema jurídico mundial en la promoción de un Derecho formal racional. El Proyecto para la Creación de las Alcaldías Civiles de Hacienda, por ejemplo, busca entre otras cosas, traer procedimientos judiciales prontos y alivio para los congestionamientos en los tribunales y el Proyecto de Código Procesal Civil prevé, entre otras cosas, un mejor procedimiento racionalizado para garantizar imparcialidad en la toma de decisiones.

Estos logros y proyectos son especialmente impresionantes si comparamos a Costa Rica con otros países, tales como los Estados Unidos, donde la economía está claramente más racionalizada. Desde muchas perspectivas clásicas podríamos esperar que el país con una economía más racionalizada tenga también un sistema jurídico más racionalizado. Sin embargo, en muchas formas es claro que el sistema jurídico costarricense está más racionalizado y, más precisamente sobre el punto, parece moverse más rápidamente hacia el Derecho formal racional en su sistema jurídico. Mientras que hay aspectos del sistema jurídico de los Estados Unidos que están más racionalizados que los del sistema jurídico costarricense, la *infraestructura del sistema jurídico costarricense* se está moviendo más rápidamente hacia la racionalización. Así, mientras que la economía tiene un importante papel en la determinación de la *tasa de racionalización* es claro, a partir de un análisis del sistema jurídico en Costa Rica, que no podemos dejar de lado el papel de la cultura. El impacto de la cultura costarricense es notable. Podemos esperar que en Costa Rica la cultura tenga un efecto poco usual, puesto que los costarricenses aprobaron una Constitución en 1949 que "prohíbe el ejército como institución permanente" (artículo 12) y también, por ejemplo, porque en la vida diaria los ciudadanos raramente mencionan la palabra conflicto, puesto que los conflictos son difíciles de manejar racionalmente. Más bien, cuando hay problemas, la cultura conduce a la gente a usar la palabra disputa y las disputas se resuelven, típicamente en forma racional.

Creciente racionalización.

El futuro del sistema jurídico costarricense apunta hacia una creciente racionalización del Derecho. A pesar de nuestras cautelas en cuanto a que la economía no es el único factor que produce impacto en los cambios en la forma y en la sustancia del Derecho, es un factor importante. Y, mientras que el sistema económico mundial continúa incrementando dramáticamente en niveles de racionalización hay presiones en todos los países envueltos en el sistema mundial para desarrollar formas paralelas de racionalización. Desafortunadamente un acuerdo con el Fondo Monetario Internacional es necesario antes que los acreedores extranjeros renegocien la deuda de Costa Rica. El involucramiento de Costa Rica con los requisitos de austeridad del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional apuntan a problemas asociados con nuevas formas de monetarización y planificación burocrática. Mientras que el gobierno de Costa Rica intenta resolver los problemas que surgen de la respuesta de grupos tales como las principales uniones sindicales y las dos principales organizaciones de maestros, se encontrará no solamente aumentando el nivel de racionalización de la economía, sino también, crecientemente, el sistema jurídico de asistencia. Además, un estudio realizado por el IICE denuncia que ha habido un incremento en la violencia y en la delincuencia en los últimos seis años y que estos problemas están ligados a la inflación y el desempleo. La respuesta del Gobierno a estos problemas sin duda necesitará estar amparada en una confianza

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

en la predecibilidad de las soluciones jurídicas y económicas.

Un área crucial para la solución de las respectivas disputas es la reforma agraria. Dado que un amplio segmento de la economía y el bienestar social costarricenses giran alrededor de la definición y uso de la tierra, la presión actual de específicas partes del sistema jurídico para promover la reforma agraria es crucial. Costa Rica, lo mismo que las otras naciones en América Central, adoptó una ley de reforma agraria en los inicios de los años sesenta. La Ley de Tierras y Colonización fue aprobada en 1961, sin embargo, no fue exitosa en promover reforma. La mayor parte de las precondiciones necesarias para una exitosa reforma y racionalización del Derecho estaban ausentes. Uno de los proyectos de la Corte Suprema de Justicia, la Jurisdicción Agraria de 1982 intenta proporcionar los fundamentos para una reforma racionalizada. Además, es esencial el trabajo que se desarrolla en el examen de la estructura básica y de las relaciones entre organizaciones de tierras e institutos (Barahona Israel, 1984). Estos proyectos y estudios son claramente fundamentales para una reforma exitosa, dado que la experiencia de otros países revela la necesidad de crear una bien coordinada estructura organizativa. El énfasis de la Corte Suprema de Justicia en este terreno se refleja en recientes estudios publicados relacionados con partes de los derechos y problemas agrarios (véase, por ejemplo, Zeledón Zeledón, 1984: Meza Lazarus, 1985). El trabajo seminarial del Dr. Ricardo Zeledón Zeledón sobre la importancia del concepto de propiedad es esencial para el estudio de la reforma agraria dado que uno de los requisitos de una reforma agraria exitosa ha sido tradicionalmente el reexamen de las premisas fundamentales que yacen bajo la idea de redistribución e incrementada producción. Por supuesto, el estudio "continuado" del Congreso de Derecho Agrario es una de las principales fuentes para obtener las bases teóricas y empíricas para la racionalización de la empresa agraria.

A pesar de la evidente importancia de la racionalización de la empresa agraria y su cercana relación con la racionalización del Derecho en Costa Rica, el proceso de cambio será tedioso. Y a pesar de los esfuerzos en marcha de los académicos y de las organizaciones antes mencionadas, el proceso de cambio será difícil. En uno de los niveles básicos, las disputas de tierras a través del mundo entre terratenientes y trabajadores ha resultado a menudo en reformas agrarias ad hoc que garantizan a los trabajadores acceso a la tierra y titularidad limitada; sin embargo, en ausencia de ley formal racional muchas de estas reformas han sido temporales. Las actividades, pasadas y presentes, de las organizaciones internacionales, tan diversas como la Alianza para el Progreso y la Comisión Económica de las Naciones Unidades para América Latina (ECLA) muestran los varios problemas políticos y económicos encontrados en el camino de la reforma agraria. A pesar de esto, la reforma agraria es un proyecto nacional que está ocurriendo en diferentes formas y con diversas velocidades en el sistema mundial. En este siglo, por ejemplo, hemos visto reformas instituidas desde diversas formas políticas tanto en América Central como en la India, Egipto, Japón, Bolivia, Cuba, Europa occidental y China continental. En general, estas reformas fueron no solamente una respuesta a la necesidad de mayor igualdad en la tenencia de la tierra, sino también intentos de racionalizar el crecimiento económico agrario que toma la forma de comercialización, ampliamente a través de la penetración de mercados exportadores lejanos de los locales. Obviamente, la experiencia de Costa Rica con este proceso, por ejemplo en el campo de la industria bananera, ilustra la necesidad de una mayor racionalización. La respuesta *antitrust* del gobierno de Costa Rica sobre los monopolios bananeros asumiendo en parte las actividades anteriormente privadas en el pasado, y más recientemente con la adquisición de la producción bananera en la zona sur, ha conducido a la necesidad tanto de creciente racionalización como de diversificación.

En general, los dos importantes aspectos de la reforma agraria y la racionalización son la redistribución de la tierra hacia una más equitativa tenencia y los intentos de crear mayor productividad dentro de la economía nacional y mundial. La exigencia de mayor justicia social y de incrementada productividad recibe legitimación a través del sistema mundial. También, uno de los resultados básicos de los más exitosos programas de reforma agraria es la racionalización de la agricultura del país. A través de la reforma exitosa, la empresa agraria cambia, pasando de un decadente sistema político y económico a unidades racionales que van desde proyectos de pequeña escala a la agroindustria y las formas cooperativas. El éxito de la reforma agraria en Costa Rica depende de la continuada racionalización del Derecho.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

En esencia, la racionalización del Derecho y el movimiento hacia procedimientos legales formales y de soluciones más racionales son aspectos fundamentales del cambio social en Costa Rica. En general, la autoridad está evolucionando hacia un más intelectual y calculable orden jurídico formal con concomitantes grados de centralización e incorporación. Específicamente, usando la reforma agraria sólo como un ejemplo, el proceso de racionalización es parcialmente una extensión de la cultura costarricense. O sea, el interés de Costa Rica en la reforma agraria es parcialmente una extensión de su más general y permanente preocupación por los programas de bienestar social. El bienestar nacional y los programas de reforma agraria crecientemente evolucionan por gobiernos que apoyan la racionalización de mercados y de sistemas jurídicos. La racionalización del Derecho en Costa Rica está también íntimamente ligada a la preocupación nacional por los derechos de los ciudadanos, la justicia y el progreso, así como por la paz.

BIBLIOGRAFÍA

ASHLEY, Richard. "The geopolitics of geopolitical space: Toward a critical social theory of international politics". 1986 Annual Meetings of the International Studies Association, March 27, 1986, Anaheim, California.

BARAHONA ISRAEL, Rodrigo. "Propiedad y contratos agrarios". Constitución Política y Propiedad, Uruk, editores, San José, 1984.

INVERARITY, James, LAUDERDALE Pat and FELD Barry. Law and Society. Little, Brown Co., Boston, Massachusetts, 1983.

LAUDERDALE, Pat. "Agrarian reforms and the rationalization of law in Central America". 1986 Annual Meeting of the Political Economy of the World System, March 7, 1986, San Francisco, California.

MEZA LAZARUS, Álvaro José. "Derecho Agrario y Posesión: elementos distintivos para la configuración de un instituto típico". Revista Judicial núm 32, Corte Suprema de Justicia, marzo de 1985.

PÉREZ, Víctor. La Jurisprudencia de Intereses. Editorial Universidad Estatal a Distancia, San José, 1981.

PÉREZ VARGAS, Víctor. "El Poder Judicial de Costa Rica", Revista Judicial núm. 29, Corte Suprema de Justicia, junio de 1984.

ROMERO PÉREZ, Jorge. "Reflexiones sobre la política acerca de la transición del feudalismo al capitalismo", Revista Judicial núm. 29, Corte Suprema de Justicia, junio de 1984.

THOMAS George, MEYER John, RAMÍREZ Francisco O. and BOLI John (editors), Institutional Analysis: Studies of the State, Society and the Individual, Sage Publishing Co., Beverley Hills, California, 1986.

ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo. "Problemas prácticos del título, la posesión y la buena fe en la usucapión", Revista Judicial núm. 29, Corte Suprema de Justicia, junio de 1984.

ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo. "La escuela moderna del Derecho Agrario", Revista Judicial núm. 30, Corte Suprema de Justicia, setiembre de 1984.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

REFLEXIONES SOBRE EL MERCADO DE VALORES COSTARRICENSE (IV) LA PROTECCIÓN DEL INVERSIONISTA EN NUESTRA LEY MERCANTIL

PROF. DR. GASTÓN CERTAD M.
Catedrático de la Universidad de Costa Rica y de la Universidad Autónoma de Centro América

Dentro del marco de la sociedad anónima la protección del inversionista se proyecta, normativamente, en cuatro planos fundamentales: en la determinación de las mayorías y las minorías; en los títulos accionarios de distinta clase o categoría; en la elección del órgano gestor; y en el acceso a la información.

Cada uno de estos temas puede dar lugar a un estudio monográfico de respetables dimensiones; pero aquí, dada la naturaleza de este trabajo, nos limitaremos a exponerlos brevemente y exteriorizar a su respecto algunas inquietudes.

1.—El primero de ellos tiene un marcado carácter jurídico-positivo, doctrinario y práctico, y la mejor forma de afrontarlo es preguntándonos ¿qué es minoría y qué es mayoría?

La sociedad anónima, aun cuando existe alguna discusión doctrinaria al respecto, es la sociedad mercantil de capitales por excelencia. Dentro de semejante marco de referencia, la mayoría y la minoría deben limitarse a la mera tenencia accionaria; no es entonces, consecuentemente, un problema de número de personas, sino, fundamentalmente, un problema de número de acciones. Así las cosas, la mayoría la constituirá, en un momento determinado, aquella persona o aquel grupo de personas que posean acciones suficientes para imponer su criterio o sus decisiones en la asamblea general de accionistas. Por su parte, la minoría la constituirá, en un dado momento, aquella persona o aquel conjunto de personas que tengan un interés opuesto al de la mayoría y que, por esa razón exterioricen en la asamblea general de socios una opinión discordante en relación con la de ésta, y a quienes por poseer un número de acciones muy reducido, les es imposible imponer su opinión en la junta. Esta minoría, que forma un grupo generalmente heterogéneo, se ve de esta manera enfrentada al otro grupo necesariamente homogéneo, conformado por la mayoría.

Y como la mayoría no siempre busca el interés social, surge entonces la cuestión más delicada y debatida dentro de este tema: ¿cuál es la protección legal que debe dársele a la minoría dentro de la sociedad anónima? Porque la verdad es que la minoría, precisamente por ser minoría, necesita protección legal; la práctica nos ha demostrado, ya desde el siglo pasado, que es necesario otorgar un marco legal de protección al accionista minoritario que lo libere de los abusos que en su perjuicio comete la mayoría. El problema está en determinar hasta dónde debe llegar esa protección, esto es, ¿cuáles son los límites máximos a los que puede supeditarse una decisión de la mayoría en una asamblea general de accionistas?, teniendo en cuenta que es la mayoría quien ostenta derecho pleno a manejar la sociedad y a la que le corresponde imponer las decisiones en el seno de la asamblea.

En doctrina existen, sobre el particular, dos grupos de teorías: la de los límites objetivos y la de los límites subjetivos. La primera sostiene que las limitaciones deben ser analizadas y encasilladas objetivamente; nadie duda hoy en día que los límites materiales del ejercicio del derecho de la

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

mayoría son fundamentalmente la ley, el pacto social y los derechos individuales de los accionistas minoritarios fijados por la misma ley. Por tanto, cualquier decisión de la mayoría que vulnere la ley, el pacto social o los derechos individuales de los accionistas es impugnable por claras razones de invalidez. Sobre esto no existe mayor discusión y puede afirmarse que la tesis es pacífica entre los autores.

Si nos vamos al campo de la teoría de los límites subjetivos, allí encontraremos tres distintas corrientes doctrinales:

a) Toda decisión de la mayoría, aunque no vulnere la ley, el pacto social o los derechos individuales de los socios, puede ser impugnada en tanto y en cuanto incurra en *abuso del derecho;* y para determinar cuándo se incurre en abuso del derecho es preciso examinar distintos factores, diversas circunstancias.

Uno de esos factores es la existencia de un daño generado a uno o más accionistas como consecuencia del acuerdo tomado por la asamblea. Pero es evidente que haber dañado a un socio o a un grupo de socios con un acuerdo no es suficiente, por sí solo, para concluir que ha habido abuso del derecho; es necesario además que falte interés legítimo en la mayoría porque, existiendo ese interés legítimo y concordando éste con el interés social, aun cuando pueda existir un daño, aun cuando puedan perjudicarse determinadas aspiraciones o derechos del accionista o accionistas minoritarios, si la mayoría adopta un acuerdo cuyo interés legítimo concuerde con el interés de la sociedad, dicho acuerdo sería plenamente válido y eficaz y no podría ser impugnado por abuso de derecho. Debe el juzgador también entrar a determinar si existen otras medidas, para lograr el mismo objetivo, que pudieron ser tomadas por la asamblea y que no perjudicaran tanto o del todo a la minoría. Algunos consideran que el juez debe además bastantear si la decisión tomada por la asamblea general de accionistas es poco habitual, contraria a la costumbre, y si se trata de un acuerdo irracional, desleal para algunos accionistas o merecedor de ser calificado como de mala fe (un ejemplo de abuso del derecho por parte del grupo de control podría ser la asignación de dietas muy elevadas para los directores en detrimento de utilidades a ser repartidas como dividendo entre los accionistas).

Ahora bien; esta consideración de carácter subjetivo —el abuso del derecho— debe sin duda añadirse a las limitaciones de carácter objetivo sobre las que todos concordamos, para así decidir cuáles son los límites a los que debe sujetarse un acuerdo de la asamblea general de socios.

b) Un acuerdo de asamblea puede ser impugnado, aunque respete la ley, el pacto constitutivo y los derechos individuales de los socios, cuando sea tomado con *desviación de poder,* es decir, cuando la decisión aunque muy conveniente para la mayoría, es inconveniente al interés social.

c) Por último tenemos la teoría angloamericana de la *equidad;* los acuerdos de las asambleas de accionistas deben ser equitativos, es decir, no deben producir perjuicios a los socios. Pero esta posición, aparte de ser sumamente vaga, es muy amplia y nos llevaría casi a admitir la impugnación de cualquier acuerdo de la asamblea; porque, desde que existe una minoría que vota en contra de un acuerdo, siempre podría alegar que esa decisión la vulnera o perjudica. Es tan lato, tan amplio el concepto de "equidad" que bastaría con que hubiese un socio disidente, para que pendiera sobre el acuerdo, cual espada de Damocles, el peligro de la impugnación.

Establecido muy someramente qué es mayoría y qué es minoría y cuál es el campo de las limitaciones que pueden imponerse y alegarse frente a un acuerdo mayoritario de una asamblea de accionistas, nos proponemos acto seguido llamar la atención del paciente lector sobre algo importantísimo en la vida de una sociedad anónima: la comprensión por parte de la mayoría y de la minoría del verdadero *rol* que a cada una corresponde en la vida social. En lo poco que tenemos de vida profesional, hemos podido constatar que las más veces tanto la mayoría, como muy en especial la minoría, ignoran el papel que les corresponde dentro de la vida de la sociedad anónima, lo que degenera siempre y desgraciadamente en tediosos litigios que fácilmente podrían evitarse; da lugar también a conflictos por lo general innecesarios o sin fundamento; y es causa, por último, de fricciones entre grupos de accionistas que no deberían existir si, tanto mayoría como minoría, comprendieran perfectamente el *rol* que les corresponde dentro de la sociedad anónima; la minoría tiene que entender, antes que ninguna otra cosa, que sus derechos (como accionistas minoritarios) están tutelados por la ley; que existe un marco legal, un conjunto de disposiciones legales dictadas precisamente para la protección del accionista minoritario; que su voz es escuchada cada vez que se levante en defensa de sus intereses, que no pueden ser fácil ni impunemente vulnerados por los accionistas mayoritarios; que su voz se siente cuando se alza para defender el interés social frente al mezquino interés del grupo de control. Em-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

pero, lo único que la minoría no puede nunca pretender dentro de una sociedad anónima es ser mayoría. La minoría tiene que comprender que dentro de la estructura legal de la sociedad anónima es a la mayoría a quien corresponde tomar las decisiones fundamentales y que es responsabilidad de esa mayoría la toma de esas decisiones. Son esas las reglas de juego que todos deben conocer.

Por su parte la mayoría tiene que entender el derecho que le corresponde —que es ineludible y que, al mismo tiempo, nadie puede contestar— de ser mayoría, es decir, el derecho de llevar adelante el manejo de la sociedad, tomar decisiones y, al mismo tiempo, saber imponer la decisión que corresponda en cada caso, teniendo siempre como horizonte el interés social. Y debe comprender sobre todo que su derecho no es absoluto; que su derecho está limitado; que no debe violentar la ley, el pacto constitutivo ni los derechos individuales de los accionistas, ni mucho menos el interés social; y, que al tomar un acuerdo, aun cuando sea legal, aun cuando respete la ley, el pacto y los derechos de los socios, no debe incurrir en un abuso de derecho ni mucho menos en una desviación de poder.

Pasemos ahora a examinar, muy sintéticamente, cuáles son los derechos fundamentales que contempla nuestro Código de Comercio para las minorías.

El primer artículo con que nos tropezamos es el 25 que le confiere a los socios el derecho a examinar los libros, la correspondencia y demás documentos sociales que comprueben el estado de la administración de la sociedad, permitiéndole el acceso a la vía judicial cuando se les estorbare injustificadamente su ejercicio (véase también el artículo 265 ejúsdem y el 276 del Código de Procedimientos Civiles).

El artículo 136 le confiere el derecho a los accionistas de exigir judicialmente los certificados provisionales y los títulos accionarios definitivos una vez concluidos los plazos previstos en la escritura social, o en su defecto, los legales.

El artículo 139 le otorga a los socios el derecho a intervenir y votar en las asambleas.

El artículo 141 concede el derecho a todo socio a pedir que la asamblea general se reúna para la aprobación del balance anual y delibere sobre la distribución de las utilidades que resultaren del mismo; y el 144 establece que los socios reciban sus dividendos en dinero efectivo, salvo pacto en contrario en la escritura social. En toda sociedad mercantil, y muy especialmente en la anónima, se produce una pugna entre los accionistas y los administradores; a estos les interesa capitalizar la mayor cantidad posible de las utilidades; a aquellos, fundamentalmente, percibir el dividendo. Toda sociedad anónima tiene como objetivo fundamental su propio desarrollo y la capitalización de dividendos es la herramienta, el método más adecuado para alcanzar ese crecimiento; por eso, los administradores y algunos accionistas, ven con agrado una política de capitalización permanente de la mayor cantidad posible de las utilidades sociales. Empero, esto choca con el interés del accionista que muchas veces necesita el pago de sus dividendos. Y este problema se ha erigido como uno de los temas más discutidos por la doctrina mercantilista sin que las soluciones que algunos ordenamientos jurídicos han ofrecido para congeniar ambos intereses contrastantes sean del todo satisfactorias.

El artículo 146 faculta a los accionistas para hacerse representar en las asambleas por apoderados, aun designados mediante simple carta-poder.

Los artículos 159, 160 y 161 señalan otros derechos fundamentales de las minorías: pedir que se convoquen asambleas de accionistas, ya cuando se acumule el 25% del capital social (artículo 159), ya cuando se tenga una sola acción (artículo 160), para que se discutan los asuntos que el socio o socios consideren oportuno y necesario discutir (artículo 163 in fine). Ante el entorpecimiento de este derecho por los administradores, el socio o socios pueden acudir a la vía judicial (artículo 161).

El artículo 164, en su párrafo 2, establece una proyección más del derecho a la información al afirmar que durante el tiempo que va desde la publicación de la convocatoria a una asamblea hasta el día de celebración de la misma, "los libros y documentos relacionados con los fines de la asamblea estarán en las oficinas de la sociedad a disposición de los accionistas". Esta norma debe complementarse con el ya citado artículo 25, con el artículo 173, que garantiza la información durante el transcurso de la asamblea y con el 172, que le confiere el derecho, a quienes reúnan el 25% de las acciones representadas en una junta, de aplazar por un término no mayor de 3 días y sin necesidad de nueva convocatoria, la votación de cualquier asunto respecto del cual no se consideren suficientemente informados, derecho que sólo puede ejercerse una sola vez para el mismo asunto.

Tenemos también, como derechos fundamentales de los accionistas minoritarios, los quórum de constitución y de votación de las asambleas

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

generales que aparecen en los artículos 169, 170 y 171. Dichas normas exigen determinadas mayorías en atención al tipo de asamblea general (ordinaria o extraordinaria) y a la convocatoria de que se trate (primera o segunda), de donde la minoría puede, en algún momento, mediante su no concurrencia a la reunión o mediante su voto en contra, en blanco o nulo, vetar el acuerdo para que éste no alcance los votos necesarios para su aprobación. Pero la verdad es que este derecho queda burlado con la disposición del artículo 171 citado que, para la segunda convocatoria de cualquier asamblea general, fija el quórum de constitución en cualquier número de acciones presentes y el de votación en la simple mayoría de las acciones representadas. Esto, obviamente, resulta desastroso en lo que a la asamblea general extraordinaria concierne.

En el artículo 180 quizás encontramos el derecho más importante de todos: cualquier accionista puede impugnar los acuerdos tomados por la asamblea, esto es, ejercer la acción de nulidad. Este derecho de impugnación se encuentra reglamentado, de manera bastante deficiente por cierto, en los artículos 176 a 179. La acción de impugnación, cuando está bien regulada en sus aspectos jurídico-positivos y sobre todo procesales, se torna en la forma más amplia de fiscalización de la actividad social por parte de las minorías. Podría afirmarse que en esta materia nuestra legislación cumple a cabalidad con la teoría de los límites objetivos pero no contempla, del todo, la teoría de los límites subjetivos, lo que constituye, en nuestra opinión, grave omisión. En el Congreso Jurídico Nacional de 1975 tuvimos la oportunidad de tratar detalladamente tan delicado tópico en una ponencia recomendada y aprobada por el plenario (véase *Revista de Ciencias Jurídicas,* núm. 28, San José, Costa Rica, enero-abril, 1976, págs. 260 a 272).

Los artículos 189 a 192 establecen otro derecho importante de la minoría (particularmente los artículos 191 y 192): el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores; pero la verdad es que la normativa no protege mucho a las minorías. Tampoco es claro el Código sobre las acciones individuales de responsabilidad (promovidas por terceros, acreedores o socios afectados por un acto de la administración), pero creemos que ellas pueden instrumentalizarse de conformidad con las normas genéricas sobre responsabilidad del Código Civil.

El artículo 197 inciso j) establece como facultad y obligación de los fiscales la de recibir e investigar las quejas formuladas por un socio e informar al consejo sobre ellas.

La obligación de los fiscales que tuvieren un interés en conflicto con el interés social de abstenerse de participar en el negocio cuestionado, bajo pena de responder de los daños y perjuicios que ocasionaren a la sociedad, es otra forma de protección del accionista (artículo 200).

Por último, el artículo 214 inciso e), le confiere a todo socio el derecho a la cuota de liquidación.

Como puede apreciarse nuestro Código es parco en sus disposiciones en favor de las minorías: muchos de los derechos que confiere no pueden ser defendidos efectiva y positivamente por los socios y son fácilmente burlados por el grupo de control; y muchos son los derechos que ni siquiera reconoce ni menciona: el derecho a efectuar un auditoraje de la compañía; el derecho a obtener fotocopias de las actas, libros y documentos sociales; el derecho de suscripción preferente o de opción, estipulando plazos mínimos para su ejercicio y contemplando la posibilidad de su transmisión; la prohibición de emitir acciones privilegiadas con voto plural; un sistema que le garantice al socio el cobro rápido de los dividendos que la asamblea ha acordado distribuir; un sistema normativo que dificulte la perpetuación del grupo de control regulando, entre otras cosas, el otorgamiento de poderes para asistir a las asambleas, las convenciones o pactos sobre el voto, etc.; preceptos que garanticen la información del accionista en las llamadas asambleas totalitarias; normas que regulen la confección del orden del día en las convocatorias de las asambleas, para que el socio esté debidamente informado sobre lo que se va a discutir y votar; normas que exijan la concurrencia a las asambleas de algún consejero y del fiscal, garantizándole así al socio su derecho a la información; la regulación del conflicto de intereses dentro de la asamblea de accionistas y del consejo de administración; un sistema que le garantice a la minoría estar representada en el órgano gestor; la reestructuración del órgano interno de vigilancia; la creación de un órgano externo de vigilancia limitadamente a aquellas sociedades que acuden a la oferta pública para colocar sus títulos accionarios y obligacionarios; normas que erradiquen la pluralidad de juegos de libros; preceptos que reconozcan y regulen el derecho de receso o retiro, etc. Es por eso que una ley que pretenda regular nuestro mercado de valores no lo logrará sin antes reformar sustancialmente el Código de Comercio en lo relativo a las sociedades anónimas y los títulos-valores.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

2.—Conscientes de haber sólo cumplido una simple labor narrativa y de acercamiento al tema de las mayorías y minorías y en atención a la naturaleza de este trabajo, que sólo persigue despertar en ustedes algunas inquietudes que a nosotros desde hace algún tiempo nos agobian, nos proponemos enfrentar ahora el tema de las diversas categorías de acciones. En pocas palabras; el artículo 121 de nuestro Código de Comercio faculta a la sociedad anónima para emitir una o más clases de acciones con las designaciones, preferencias, privilegios, restricciones, limitaciones y otras modalidades que se estipulen en la escritura social y referidas a los beneficios, al activo social, a determinados negocios de la sociedad, a las utilidades, al voto o a cualquier otro aspecto de la actividad social. Pero lo fundamental realmente es el principio de igualdad —erróneamente referido por nuestro Código en el artículo 120 limitadamente a las acciones comunes y ordinarias—, según el cual las acciones de una misma clase, serie o categoría otorgan idénticos derechos y representan partes iguales del capital social; lo que significa, a contrario sensu, que las acciones pertenecientes a distintas categorías pueden ser de diferente valor y conferir a sus tenedores distintos derechos.

La historia de la sociedad anónima nos enseña que en tiempos hoy lejanos existía la posibilidad de establecer diferencias en cuanto a los derechos de los socios por razones estrictamente personales; y en donde un socio por el hecho de ser "fulano" o de ostentar un cargo público o un título nobiliario tenía más derechos o, simplemente, tenía derechos más importantes que los otros socios. Esto con la evolución de la misma sociedad anónima y de la doctrina mercantilista, se ha eliminado y rige el principio de que todos los socios, dentro de una misma categoría, son iguales; pero no se trata de una igualdad en cuanto a sus personas, porque la sociedad anónima está desprovista de influencias personalistas, sino en relación a las acciones, que deben tener un mismo valor nominal y conferir a sus tenedores los mismos derechos. Sin embargo, este principio de igualdad reina dentro de una misma categoría o dentro de una misma emisión, porque hoy se admite que distintos grupos de acciones tengan un conjunto de derechos diferentes y posean diverso valor nominal, siempre y cuando respondan a grupos de accionistas que tienen un *status* distinto dentro de la sociedad. Esas acciones se llaman privilegiadas o preferentes; y nuestro Código de Comercio autorizándolas, le confiere una enorme ductilidad al juego mercantil de las sociedades anónimas, que es francamente beneficiosa para los fines sociales, desde que esas diferencias en valores nominales y en el contenido de los derechos, no parten de una arbitrariedad sino de un convenio, de un pacto *inter socii* (véase artículo 121 del Código de Comercio). La creación de acciones privilegiadas debe hacerse siguiendo formalidades exigidas para la modificación del pacto constitutivo (artículo 156 inciso b), y no es necesaria la emisión de nuevas acciones, pues es perfectamente posible dividir el capital actual de una sociedad en dos series distintas de acciones, sin necesidad de emitir nuevos títulos. Claro que en este supuesto podría llegarse a una hipótesis de uso de derecho impugnable: si la división en dos series persigue mejorar los derechos de un grupo de socios y empeorar los de los restantes sin ninguna justificación, el acuerdo podría ser impugnado por abuso del derecho, por el grupo de accionistas perjudicados.

En la medida en que acciones privilegiadas pertenecientes a distintas categorías pueden tener un distinto valor nominal entre sí y en relación con las comunes u ordinarias, eso nos conduce de lleno al problema del voto y su regulación, tema interesantísimo y muy discutido por la doctrina societaria moderna.

Ante todo se impone aclarar que cuando las acciones votan separadas, no hay ningún problema, porque de acuerdo con el artículo 147 del Código de Comercio "cuando existan diversas clases o categorías de acciones, cualquier proposición que tienda a eliminar o modificar los privilegios de una de ellas, deberá ser aprobada por los accionistas de la categoría afectada, reunida en asamblea especial"; consecuentemente, cuando se trata de discutir los derechos distintos de cada serie, las series votan separadas, reuniéndose una asamblea especial para las acciones de la serie A (donde todas son del mismo valor nominal); otra para las acciones de la serie B (donde todas son del mismo valor nominal) y así sucesivamente, teniendo cada acción derecho a un voto, cualquiera que fuere su valor facial. En donde sí se presenta el problema del voto es respecto a todos los restantes asuntos sociales en que las distintas series votan juntas en una sola asamblea, es decir, en las asambleas generales. Tenemos el caso hipotético de una sociedad anónima con acciones comunes de 1.000 colones cada una y con una serie de acciones privilegiadas de 10.000 colones cada una. Aplicando la regla de la proporcionalidad del capital, debe asignársele 10 votos a cada acción preferente y uno a cada acción común; la otra alternativa es que a todas las acciones se les

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

confiera un solo voto; pero aquí se produciría lo que la doctrina denomina el "voto plural indirecto": las acciones comunes de 1.000 colones estarían teniendo un voto plural porque una acción ordinaria con un décimo del aporte de capital está teniendo el mismo voto que una acción preferente que ha aportado diez veces más capital que aquella. En los países en que se prohíbe el voto plural a través del privilegio, la doctrina no acepta que se le asigne el mismo número de votos a acciones de distinto valor nominal, pues el voto debe regularse conforme a la regla de la proporcionalidad del capital social y no atendiendo al número de acciones, para evitar, precisamente, la corruptela de llegar al voto plural por la vía indirecta. Pero en nuestro país en donde el voto plural no está prohibido, la solución del problema es más compleja. A nosotros nos parece —y con esto manifestamos nuestro criterio contrario a la aceptación del voto plural— que si el pacto constitutivo nada dice, debe aplicarse el principio de la proporcionalidad del capital social, por ser más equitativo; pero no siendo ilegal el voto plural, el pacto social puede perfectamente disponer que cada acción, sin importar su valor facial, tenga un voto.

Pero aparte del problema del voto y otros problemas menores que pueden presentarse —y que no creemos deban plantearse en este momento— en cuanto al contenido de los derechos, la riqueza de casos y la multiplicidad de situaciones puede llegar a todo lo que dé la imaginación humana; son muchos los problemas que pueden resolverse con la existencia de series diferentes de acciones, lo que le brinda a la acción, como título-valor, gran negociabilidad y apetencia en el mercado.

3.—Pasemos ahora al tercer tema relativo a la elección del directorio. La elección de los miembros de la junta directiva corresponde a la asamblea general ordinaria de accionistas (artículo 155 inciso c, Código de Comercio) por más de la mitad de los votos presentes (artículos 169 y 171 ibídem). Esto es, los directivos se eligen por lista completa, de donde quien o quienes tengan mayoría en esa asamblea eligen a todos los consejeros, pudiéndose presentar el caso de que un socio o grupo tenedor de un 49% de las acciones —porcentaje importantísimo dentro de cualquier sociedad anónima—, no obtenga ni siquiera un asiento en el directorio de la compañía. De ahí que muchas leyes societarias y códigos de comercio modernos hayan ideado sistemas de elección del consejo con representación de la minoría. Tal es el caso del Proyecto de Ley Reguladora del Mercado de Valores y Reformas al Código de Comercio que se adhirió al denominado sistema de voto acumulativo o voto preferencial; en él cada acción tiene derecho a tantos votos como directivos deban elegirse y cada votante puede acumular sus votos en un número de candidatos igual o inferior al número de vacantes por cubrir, en la forma que juzgue más conveniente; el resultado de la votación se computa por persona; concomitantemente se prohíbe toda práctica de renovación de la junta que tienda o pretenda impedir el voto acumulativo. Serán proclamados consejeros quienes obtengan el mayor número de votos. Se trata de un sistema mediante el cual se logra, aproximadamente —porque los números en esto varían a veces un poco hacia arriba, otras hacia abajo— lo siguiente: si yo tengo el 10% de las acciones de la sociedad, y en ella hay diez directores, yo elijo a uno; si tengo el cuarenta, elijo a cuatro; si tengo el veinte, elijo a dos; esto es, el porcentaje de tenencia accionaria unido al número de consejeros que la sociedad me confiere a mí solo, o asociándome con otros pequeños accionistas, la posibilidad de tener uno, dos o más representantes en el consejo. Claro que numéricamente esto no resulta muchas veces exacto: si los directores son nueve y mi porcentaje accionario es 11, yo siempre eligiría un solo director. Además los números se distorsionan un poco cuando hay asambleas de accionistas a las que sólo asiste un reducido porcentaje de acciones; aquí mi capacidad de elección aumenta; dicha capacidad disminuye sensiblemente en la medida en que a la reunión asista el ciento por ciento de las acciones. Ahora bien; lo importante de este sistema es que garantiza la participación de la minoría en la junta directiva de la sociedad, lo que resulta beneficioso no sólo para la minoría sino también para la sociedad misma. El citado proyecto hace extensivo el sistema de voto acumulativo al órgano contralor cuando éste deba ser plurimembre (sociedades anónimas de capital abierto).

Dos dudas queremos dejar planteadas al lector: 1) si el sistema descrito debe dejarse facultativo para las sociedades anónimas (criterio que privó en el proyecto) o si debe ser obligatorio (criterio que privó en el proyecto limitadamente a las sociedades anónimas de capital abierto); y 2) en detrimento del sistema propuesto se dice que reduciendo el número de directores en la sociedad, se disminuye —y algunas veces se puede hasta impedir— el derecho de la minoría a tener un director en la junta o, dicho de otra manera, se requiere un mayor porcentaje accionario para nombrar a un consejero cuando es reducido el número de consejeros que integra el consejo; ahora bien, pa-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ra evitar esto se recomienda que la ley fije un número mínimo de cargos en el directorio; nuestro Código de Comercio fija tres (artículo 181) y en ese mismo número lo dejó el proyecto; ¿debió haberse aumentado ese número? ¿debió incrementarse sólo en las sociedades anónimas de capital abierto? Solamente la práctica y el tiempo nos permitirán responder con certeza a estas interrogantes.

4.—Finalmente y en cuanto al tópico del acceso a la información deseamos remitirlos a lo ya dicho líneas arriba a propósito de los artículos 25, 164, 172 y 173 de nuestro Código de Comercio, que si bien aluden a la existencia y ejercicio de tan importante derecho corporativo del socio, no son normas que lo garanticen plenamente frente a las prácticas obstruccionistas de los administradores de la sociedad.

Como conclusión final a esta serie de artículos debemos decir que en este momento en que el dinero resulta muy caro y las condiciones extremadamente duras para la financiación de empresas, es muy importante profundizar en estos campos para examinar con lujo de detalles la posibilidad de movilizar el ahorro público a través de un activo mercado de valores, de manera tal, que se presente como la más atractiva alternativa de consecución de recursos para las empresas. Hemos resaltado la figura del pequeño inversionista como el protagonista principal e imprescindible de ese nuevo mercado; y, por último, hemos insistido en la imperiosa necesidad de crear en nuestro medio confianza para el ahorrista, al través de una nítida transparencia de las empresas que canalizan sus títulos en el mercado. Todo lo comentado, y mucho más también, viene inmerso en el Proyecto de Ley Reguladora del Mercado de Valores y Reformas al Código de Comercio que desde hace ya algunos meses se debate en la Comisión de Asuntos Sociales de la Asamblea Legislativa: ¡Dios ilumine a nuestros Padres de la Patria!

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

LA PRESCRIPCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL HECHO PUNIBLE

DR. GERARDO CALVO PICADO
Juez Superior Penal

ÍNDICE

Pág.

I. Introducción y motivación 26

II. La prescripción. Concepto 26

III. La interrupción y la suspensión de la prescripción: Conceptos y consecuencias 28

A. La interrupción de la prescripción. Causas 28

B. La suspensión de la prescripción. Causas 28

IV. El problema de la prescripción de la responsabilidad civil derivada del hecho punible. Solución 29

A. Efectos de la prescripción penal y civil 29

B. Sistemas de prescripción de la acción civil y penal 29

1. Sistema de solidaridad de prescripciones 29

2. Sistema de interdependencia de prescripciones 30

C. Solución del Derecho costarricense con respecto al sistema de prescripción seguido: Solidaridad o interdependencia de prescripciones 30

V. Conclusión 31

Bibliografía 32

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

LA PRESCRIPCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL HECHO PUNIBLE

DR. GERARDO CALVO PICADO
Juez Superior Penal

I.—INTRODUCCIÓN Y MOTIVACIÓN

Para mí es de gran importancia el referirme a la acción civil cuando esta tiene por objeto el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de un hecho punible, o sea, cuando este es la causa de ellos.

Es un tema de mucho interés para mí y supongo que precisamente lo es también para la mayoría de las personas que han sido ofendidas como consecuencia de un hecho de esa naturaleza cometido en su perjuicio, cuando ese hecho les ha causado un *daño* o un *perjuicio* de un contenido evidentemente pecuniario o patrimonial, o que al menos pueda apreciarse desde ese punto de vista y obtener un resarcimiento económico, como es el caso del daño moral, en el cual lo que se reclama —pecuniariamente hablando— constituye una especie de compensación al dolor sufrido, o cuando se ha ofendido el honor de una persona.

Son muchos los aspectos importantes que contiene la acción civil cuando esta se ejercita para reclamar la indemnización de los daños y perjuicios causados por un hecho punible, sea que se establezca en sede penal, conjuntamente con el desarrollo del proceso, sea que se establezca en sede civil, independientemente de ese proceso. Todos esos aspectos son de interés el comentarlos. Sin embargo, para los efectos de la presente charla, escogimos el referente a la prescripción de la responsabilidad civil derivada del hecho punible, por considerar que también es de especial interés el tratarlo, no solo por su importancia desde el punto de vista doctrinario, sino también práctico, puesto que cuando prescribe esa acción, sabemos que perdemos el derecho a reclamar cualquier daño proveniente de una infracción penal. La prescripción constituye entonces una de las causas de extinción de una acción o de un derecho.

Entraremos ahora a analizar qué es la prescripción.

II.—LA PRESCRIPCIÓN: Concepto

Conviene indicar primero que el término "prescripción" es una noción común al Derecho Penal y al Derecho Civil (como también a cualquier otro Derecho; Laboral, Mercantil, etc.). Cuando una acción no es ejercida durante un cierto tiempo, se dice que esta acción se extingue por el efecto de la prescripción. Así, el delincuente no podrá ya verse perseguido, ni la

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

víctima podrá ya reclamar una indemnización, sea ante una jurisdicción penal, sea ante una jurisdicción civil.

Para Cabanellas, como para los demás autores que la definen, la prescripción constituye una "Consolidación de una situación jurídica por efecto del transcurso del tiempo; ya sea convirtiendo un hecho en derecho como la posesión o la propiedad; ya perpetuando una renuncia, abandono, desidia, inactividad o impotencia".[1]

Para ese autor la prescripción es también la "Extinción de la responsabilidad penal por el transcurso del tiempo sin perseguir el delito o falta o luego de quebrantada la condena".[2]

Según Cabanellas, "Dentro del Derecho Civil, la prescripción constituye un modo de adquirir un derecho o de liberarse de una obligación por el transcurso del tiempo. Es por lo tanto un medio de adquirir derechos o de perder otros adquiridos, obrando el tiempo, en realidad, como el productor esencial de estas situaciones jurídicas".[3] Cuando se aduce para liberar obligaciones, la prescripción es una excepción para repeler una acción.[4]

Esta institución del derecho ha sido atacada aduciéndose que no es propio que el solo transcurso del tiempo haga "justa" una situación "injusta". Sin embargo la prescripción se establece en el interés general, es un derecho futuro.[5]

La mayoría de los códigos y los autores cuando hablan de prescripción de derechos suelen referirse a la adquisitiva; y cuando tratan de la prescripción de acciones, tratan de la extintiva o caducidad.[6]

La prescripción de acciones es la "Caducidad de los derechos en cuanto a su eficacia procesal, por haber dejado transcurrir determinado tiempo sin ejercerlos o demandarlos".[7]

De todo lo anterior se desprende entonces que la prescripción se da cuando pasado un determinado periodo, perdemos —o adquirimos— un derecho. Por ello en el Derecho Común se habla de prescripción positiva y prescripción negativa. La prescripción en el Derecho Común entre nosotros es de diez años. Al respecto el artículo 868 del Código Civil establece que: "Todo derecho y su correspondiente acción se prescriben por diez años". No obstante también se dan otros plazos de prescripción más corta.

En el Derecho Penal, nuestro Código en su artículo 80 determina que la prescripción es uno de los medios de extinción de la acción penal y el artículo 82 establece cuáles son los plazos de prescripción de la acción penal. Ese artículo dispone que la acción penal prescribe: 1) A los quince años si al hecho punible corresponde pena de prisión, extrañamiento o interdicción de derechos, cuyo extremo mayor exceda de quince años; 2) Después de transcurrido un tiempo igual al extremo mayor de la sanción establecida para el hecho punible, pero que no podrá exceder de doce años ni bajar de dos, cuando aquél tenga pena señalada que no exceda de quince años y se trate de prisión, extrañamiento o interdicción de derechos; 3) En dos años cuando se trate de delitos sancionados con días multa; 4) En un año en los delitos de acción privada; y 5) En ocho meses si se trata de contravenciones.

Leyes especiales que contengan delitos o contravenciones pueden establecer prescripciones de la acción penal para esos hechos punibles en particular (caso de la Ley de Tránsito).

En cuanto a la prescripción hay dos aspectos que la regulan —por así decirlo— o que tienen que ver con ella. Se trata de la interrupción y de la suspensión de la prescripción. Es decir, que hay ciertas causas, que la misma ley establece, para interrumpirla o para suspenderla. Trataremos ahora sobre estos dos aspectos.

---

1. CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual.* Tomo III, 6a. edición. Bibliografía Omeba. Buenos Aires, Argentina, 1968, pág. 357.
2. *Op. cit.*, pág. 357.
3. *Op. cit.*, pág. 357.
4. *Op. cit.*, pág. 357.
5. *Op. cit.*, pág. 358.
6. *Op. cit.*, pág. 358.
7. *Op. cit.*, pág. 359.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

III.—LA INTERRUPCIÓN Y LA SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN. Conceptos y consecuencias

Estos dos aspectos son comunes al Derecho Civil y al Derecho Penal también.

La interrupción y la suspensión de la prescripción son situaciones por las cuales, el plazo normal de prescripción de un derecho o de una acción puede ser prolongado, pero tienen diferentes consecuencias. Se dan cuando el curso normal del plazo se ve entorpecido por algunos incidentes que interrumpen, o que tan solo suspenden la prescripción. Es preciso no confundir la interrupción y la suspensión de la prescripción.

A. La interrupción de la prescripción: Causas.

La interrupción tiene como efecto esencial el destruir la prescripción, por borrar retroactivamente todo el plazo transcurrido; de modo que si, tras la interrupción, se inicia de nuevo la prescripción, el plazo anterior no cuenta ya. En virtud de ello la interrupción produce el nacimiento de un nuevo plazo completo.

La interrupción de la prescripción y con las consecuencias indicadas está establecida expresamente en los artículos 878 del Código Civil y 83 del Código Penal.

La misma ley establece cuáles son las causas por las cuales puede interrumpirse la prescripción. El Código Civil en sus artículos 876 y 879 determina las causas de prescripción civil. El artículo 877, por el contrario, nos dice cuándo no se da esa prescripción.

El citado artículo 83 del Código Penal establece cuáles son las causas de interrupción de la acción penal (este artículo se encuentra reformado por Ley número 5712 de 11 de julio de 1975 y por Ley número 6726 de 10 de marzo de 1982). En lo que interesa este artículo dice: "La prescripción de la acción penal se interrumpe con el auto de . . .procesamiento o con el de prórroga extraordinaria o de citación a juicio, aunque esas resoluciones no estuvieren firmes, así como con todos los actos procesales que se realicen posteriormente".

B. La suspensión de la prescripción: Causas.

La suspensión de la prescripción es un simple compás de espera en el transcurso del plazo; no anula el tiempo cumplido; mientras que actúa la causa de suspensión, el plazo no corre; pero, apenas cesa esa causa, la prescripción se reanuda desde el punto en que se había quedado: el plazo adquirido con anterioridad a la suspensión prosigue de nuevo.

Es decir, que la suspensión detiene por un tiempo la prescripción en curso, pero una vez levantado el obstáculo, ésta continúa a partir del momento en que se había detenido.

Para establecer la suspensión la ley toma en cuenta situaciones excepcionales que impiden a ciertas personas la defensa de sus derechos sin culpa suya, o el estado de dependencia en que algunas de ellas suelen encontrarse respecto a otras, cosa que las imposibilita para promover en tiempo sus reclamaciones.

El artículo 880 del Código Civil determina cuáles son las causas de la suspensión de la prescripción. Entre ellas, contra los menores y los incapacitados durante el tiempo que estén sin tutor o curador que los represente conforme a la ley; entre padres e hijos durante la patria potestad; contra la herencia yacente, mientras no haya albacea que hubiere aceptado, etc.

El artículo 83 del Código Penal establece que: "Se suspenderá la prescripción en el caso de que surja en el proceso una cuestión prejudicial y mientras ésta no se defina". Una causa de suspensión la indica el artículo 150 de ese Código, el cual expresa: "Si el hecho imputado es objeto de un proceso pendiente, el juicio por calumnia o difamación calumniosa, quedará suspendido hasta que en aquél se dicte sentencia, la cual hará cosa juzgada acerca de la existencia o inexistencia del hecho".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

IV.—EL PROBLEMA DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL HECHO PUNIBLE. Solución

Sabemos que todo hecho punible da *nacimiento generalmente* a dos tipos de acciones: una de carácter penal precisamente, que tiende mediante su ejercicio y previo desarrollo de un proceso, a determinar la existencia o no de un hecho delictivo, establecer la culpabilidad —o no— de una persona en ese hecho e imponer, si es del caso, una pena o medida de seguridad. El hecho punible puede dar nacimiento también a una acción de *carácter civil,* sea de contenido evidentemente pecuniario, para con base en ella poder demandar el pago de todos los daños y perjuicios que ese hecho haya causado al ofendido —o sea a la víctima—. También sus herederos pueden hacer tal reclamación (artículos 5, 6 y 9 del Código de Procedimientos Penales).

A. Efectos de la prescripción penal y civil.

La prescripción produce la pérdida del derecho de accionar y consecuentemente la pérdida del derecho mismo que se pretende.

En materia penal producida la prescripción de la acción, no se le puede ya imponer una sanción a un delincuente. O impuesta esa pena, por estar ya prescrita, no se puede ejecutar u obligar al convicto a que la descuente.

Con respecto a la responsabilidad civil proveniente del hecho punible, producida la prescripción de la acción para reclamar los respectivos daños y perjuicios que ese hecho produjo, ya el delincuente se ve liberado de hacer ese pago. Ya no se le puede exigir ningún tipo de indemnización.

Con respecto a esta situación conviene analizar qué ocurre con la responsabilidad civil proveniente de un hecho punible, en el punto a la prescripción de la acción para reclamarla. Es decir, si esa acción civil se extingue cuando prescribe la acción penal, o si por el contrario, la acción civil tiene un plazo independiente de prescripción. La solución la dan las diferentes legislaciones, según sea el sistema que sobre ese particular establezcan: Sea que se siga el sistema de *solidaridad de prescripciones* o *el sistema de interdependencia de prescripciones.*

B. Sistemas de prescripción de la acción civil y penal.

Con respecto a la prescripción de la acción civil, cuando deriva o nace de un hecho punible, la doctrina ha seguido dos sistemas: a) el de solidaridad de prescripciones y, b) el de interdependencia de prescripciones. Las diferentes legislaciones han seguido uno u otro sistema.

1. Sistema de solidaridad de prescripciones.

Este sistema significa que prescrita la acción penal, prescribe también la acción civil para reclamar los daños y perjuicios que ese hecho haya causado. Es decir, que a partir del momento en que prescribe la acción penal para perseguir o demostrar un hecho punible, *automáticamente* también prescribe la acción civil y el correspondiente derecho del ofendido, o sus herederos, para reclamar una indemnización —civil— que el hecho le ha causado.

Para no ahondar mucho y a manera de ejemplo he de decir que el derecho francés sigue este sistema. Expresamente el artículo 10 párrafo 1 del Código de Procedimientos Penales de ese país dispone: "La acción civil no puede ser ejercida con posterioridad a la expiración del plazo de prescripción de la acción pública (acción penal)". Sea que prescrita la acción penal, prescribe también la acción civil. Sin embargo, el párrafo segundo de ese artículo establece que: "Cuando se haya resuelto definitivamente sobre la acción pública y si se ha pronunciado una condena penal, la acción civil ejercida en los plazos previstos. . . (en ese Código), prescribe en treinta años". En los demás aspectos la acción civil está sometida a las reglas del Código Civil (párrafo 3 del citado artículo 10).

La justificación de este sistema se da sobre la base del carácter accesorio de la acción civil a la penal, en virtud de que la causa del daño es un hecho punible. También se dice que es para evitar contradicciones entre lo penal y lo civil.

Otro gran sector de la doctrina francesa crítica este sistema tomando en cuenta sobre todo el plazo de prescripción de la acción penal, que es menor que la prescripción ordinaria civil, la cual —en ese país— prescribe en treinta años.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Entre nosotros una acción penal puede prescribir en quince años, en tanto que la prescripción ordinaria civil es de diez años. En Francia la acción penal prescribe en 10 años para los delitos graves (crímenes); 3 años para los delitos menos graves y en un año si se trata de contravenciones. Por lo que esos autores dicen que "es chocante que un delincuente pueda tener la ventaja de las dos prescripciones (prescripción solidaria), cuando la prescripción ordinaria civil tiene un plazo de treinta años". No admiten que un delincuente pueda verse favorecido en ese aspecto, es decir, que tiene un trato preferencial con respecto a una persona que tan solo "haya infringido" la ley civil.

2. Sistema de interdependencia de prescripciones.

Este sistema significa —por el contrario— que no obstante que haya prescrito la acción penal, la acción civil se mantiene. Es decir, que a pesar de que a una persona ya no se le pueda perseguir y sancionar, penalmente hablando, sí podría resultar condenada a pagar los daños y perjuicios que ocasionó al ofendido por el hecho punible cometido en su contra.

Veremos a continuación cuál es la posición del Derecho costarricense con respecto a cuál sistema de los comentados es el que sigue.

C. Solución del Derecho costarricense con respecto al sistema de prescripción seguido: ¿Solidaridad o interdependencia de prescripciones?

Para empezar, el Código de Procedimientos Penales nuestro no contiene ninguna disposición sobre la prescripción de la acción civil o de la acción penal. Se encuentran en el Código Civil y en el Código Penal.

El artículo 868 del Código Civil dispone que: "Todo derecho y su correspondiente acción se prescriben por diez años. Esta regla admite las excepciones que prescriben los artículos siguientes y las demás establecidas expresamente por la ley, cuando determinados casos exigen para la prescripción más o menos tiempo". Se trata de la prescripción civil ordinaria, como es el caso de la acción para la reparación de un daño resultante de la inejecución de una obligación contractual (artículos 701 y siguientes del Código Civil); o de un delito o cuasidelito civil (artículo 1045 del Código Civil).

Con respecto a nuestra solución cuando ese daño proviene de un hecho punible, veremos cuál es la situación existente.

El párrafo segundo del artículo 96 del Código Penal establece que: "La extinción de la acción penal y de la pena no producirá efectos con respecto a la obligación de reparar el daño causado, ni impedirá el decomiso de los instrumentos del delito". Conforme a ese texto la prescripción —como causa de extinción— es independiente si se trata de una acción civil o de una acción penal, porque la extinción de ésta no tiene ningún efecto sobre la obligación para reparar el daño causado por la infracción. En lo que concierne a este daño, el artículo 109 del Código Penal dispone que: "Las obligaciones correspondientes a la reparación civil (se entiende derivada de un hecho punible) se extinguen por los medios y en la forma determinada en el Código Civil. . .". Al respecto el artículo 871 del Código Civil dice que: "Las acciones civiles procedentes de delito o cuasidelito (deja afuera las contravenciones) se prescriben junto con el delito o cuasidelito de que proceden".

Del análisis de estos textos se observa que existe una evidente contradicción entre las disposiciones del artículo 96 párrafo 2 del Código Penal con las del artículo 871 del Código Civil.

En efecto, mientras que el primero establece la interdependencia de prescripciones de las acciones civil y penal, el segundo prevé la solidaridad de prescripciones de estas dos acciones. El problema se presenta entonces cuando el ofendido acciona luego de expirar el plazo de prescripción de la acción penal. ¿Cuál texto es el aplicable, el del Código Penal o el del Código Civil?

Según el Código Civil, en ningún caso la víctima podría reclamar una reparación luego de la expiración del plazo de prescripción de la acción penal. Esto sería ìnjusto. Habrá situaciones en que, como en Francia, el delincuente estaría más protegido que aquél que ha causado un daño nacido de la violación a la ley civil. Además, no obstante el contenido patrimonial de la acción civil, la víctima no podría reclamar tampoco, aun si pudiera hacerlo en el caso de un daño puramente civil (en el caso de las infracciones en que el plazo de prescripción es más corto que el del Derecho Común). En principio y en favor de la aplicación del texto del Código Penal, la solución la da el artículo 414 del mismo Código, el cual deroga "cualquier disposición o reglamentaria que contradigan o se opongan a lo preceptuado en el presente Código". Este sería el caso del artículo 871 del Código Civil, en el que las disposiciones son anteriores y contrarias a las del artículo 96 párrafo 2 del Código Penal. Sin

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

embargo, si admitimos esta solución, existe aún otro problema, a saber, cuál es el plazo máximo durante el cual la víctima está autorizada a ejercer su acción civil, luego de la prescripción de la acción penal. Habría que recurrir a las disposiciones del artículo 109 del Código Penal que reenvían a las del Código Civil, sobre la extinción de las obligaciones civiles procedentes de un hecho punible y así el plazo sería de diez años establecido por el artículo 868 del Código Civil para las obligaciones de Derecho Común.

El problema no se da —a mi parecer— cuando ya existe una condena penal firme y la acción civil resarcitoria no se ejerció dentro del proceso, porque en este caso parece obvio que el ofendido a partir de la firmeza de esa sentencia, tiene diez años para hacer su demanda en la vía civil. Aquí se aplica la prescripción decenaria del Derecho Común.

De todo lo anterior se desprende que lo propio sería hacer una reforma legislativa para resolver —en forma clara— la incertidumbre existente, o sea estableciendo el principio de la solidaridad de prescripciones o el de la interdependencia. Proponemos este último con la condición de establecer un plazo máximo durante el cual la víctima pueda actuar luego de la prescripción de la acción penal. El simple reenvío a la prescripción decenal de las obligaciones civiles no sería suficiente, puesto que hay delitos que prescriben en un plazo superior —hasta quince años—. Haciendo la reforma propuesta no tendremos los problemas que existen en Francia.

Hay que señalar que el Código Penal anterior, aun sí remitía a las reglas del Código Civil para la extinción de la responsabilidad civil derivada de una infracción, no contenía una disposición similar a la del artículo 96 párrafo 2 del Código Penal actual, ya visto. En efecto, el artículo 138 del Código Penal de 1941, que quedó vigente mediante Ley núm. 4891 de 8 de noviembre de 1971, establece que: "Las obligaciones concernientes a la reparación civil, tratada en este mismo capítulo (que quedaron vigentes también de acuerdo con la referida Ley núm. 4891), se extinguen por los medios y en la forma que determina el Código Civil, para las obligaciones civiles", dentro de las cuales está la expresada en el artículo 871 del Código Civil (solidaridad de prescripciones).

De ello se desprende que siendo posterior la ley que restableció la vigencia del artículo 138 del Código Penal de 1941, éste en lo que se opongan, deroga las disposiciones del artículo 96 incisos 2 y 109 del Código Penal actual. En definitiva que nuestra legislación sigue el sistema de solidaridad de prescripciones que establece el artículo 871 del Código Civil.

V.—CONCLUSIÓN

No obstante que el que expone, como miembro del Centro de Estudios Jurídicos Francisco Chaverri suscribió un informe mediante el cual se consideraba innecesario reformar el artículo 96 del Código Penal vigente (pues existe un proyecto de ley en ese sentido), pensándolo mejor y con base en las consideraciones aquí dadas, sería preferible una reforma legislativa integral que viniera a resolver, como ya dije, de manera clara y concisa la situación que se plantea con respecto al problema de la prescripción de la responsabilidad civil proveniente de un hecho punible.

Esta reforma vendría también a solucionar situaciones como las que se dan en el caso de un proceso donde se investigan delitos de diferente gravedad contra un mismo imputado, en los que cada delito, de acuerdo con el último párrafo del artículo 83 del Código Penal, prescribe separadamente, lo que no es lógico. Esto se ha presentado en un accidente de tránsito donde hubo muerte y lesiones culposas, el cual es necesario investigarlo en un solo proceso, por ser consecuencia de un mismo hecho y atribuible ambos delitos a un solo acusado y se dio la situación que prescribió el delito de lesiones culposas (por ser de menor gravedad) y solo se puede seguir por el delito de homicidio culposo. Aquí la víctima de los daños y lesiones culposas perdió todo derecho, por la prescripción, a demandar reparación. ¡Esto no es justo! Debería legislarse en el sentido de que en esos casos la prescripción opera con el delito de mayor gravedad. En esto sigo el criterio de los autores argentinos Ricardo C. Núñez en su obra: *Manual de Derecho Penal*, y Óscar N. Vera Barros, en su libro: *La prescripción penal en el Código Penal.*

Nota: *Lo anterior constituye el texto de la conferencia dada por el autor en el Colegio de Abogados, el 21 de abril de 1987, con motivo de la celebración del centenario del Código Civil.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOGRAFÍA

Libros, tesis, tratados y revistas:

BRENES CÓRDOBA, Alberto. *Tratado de las Obligaciones.* Ediciones Juricentro S.A. 1977. San José, Costa Rica.

CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual.* Tomo III. 6a. edición. Bibliografía Omeba. Buenos Aires, Argentina. 1968.

CALVO PICADO, Gerardo. *El problema de la transmisibilidad a los herederos de la acción para la reparación del daño moral sufrido por el difunto: soluciones doctrinales y de la jurisprudencia francesa al respecto y su solución en Costa Rica.* Revista Judicial núm. 17. Pág. 33.

CALVO PICADO, Gerardo. *La acción civil y su ejercicio ante las jurisdicciones represivas: Estudio comparativo del Derecho francés y del Derecho costarricense.* Tesis de doctorado (no traducida aún al español). Universidad de Burdeos I. Burdeos, Francia, 1980.

MAZEAUD, Henri, Jean y León. *Lecciones de Derecho Civil.* Parte segunda. Volumen III. *Cumplimiento, extinción y transmisión de las obligaciones.* Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1969.

NÚÑEZ, Ricardo C. *La acción civil para la reparación de los perjuicios en el proceso penal.* Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1948.

NÚÑEZ, Ricardo C. *Manual de Derecho Penal.* Parte General. Buenos Aires. 1977, pág. 255.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Acción Resarcitoria (La acción civil resarcitoria).* Córdoba, Argentina 1965. Edición del autor.

VERA BARROS, Oscar N. *La prescripción penal en el Código Penal.* Editorial Bibliográfica. Argentina, Buenos Aires, 1960, págs. 100 y sgtes.

Códigos:

Código Penal de Costa Rica.

Código Civil de Costa Rica.

Código de Procedimientos Penales de Costa Rica.

Código Civil francés.

Código de Procedimientos Penales francés.

Informes:

Informe a la Asamblea Legislativa del Centro de Estudios Jurídicos J. Francisco Chaverri Rodríguez, de fecha 9 de julio de 1986, sobre reformas al Código Penal y al Código de Procedimientos Penales.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

NOCIONES SOBRE EL DERECHO A LA SALUD EN COSTA RICA

ROXANA SALAZAR CAMBRONERO
ISABEL MARÍA ZÚÑIGA GÓMEZ

Introducción al Derecho de la Salud.

En los inicios del Estado Moderno de Derecho nunca se pensó que el Estado pudiera llegar a ampliar la esfera de sus actividades en la regulación y vigilancia de aspectos como la salud y las condiciones de trabajo. Con el desarrollo de las teorías liberales y la imposición del laissez faire, laissez passer, (dejad hacer, dejad pasar) el Estado era un mero guardián de los derechos y de la política en general, no podía intervenir en los procesos económicos, es por esto que al Estado liberal se le conoce también como el "Estado Gendarme". Pero las condiciones de trabajo que existían, sobre todo en las fábricas en perjuicio grave de los trabajadores, y el aumento de enfermedades que diezmaban poblaciones enteras ejercieron gran influencia que condujeron al cambio de los principios liberales.

Durante el desarrollo de la Revolución Industrial se produjeron miles de accidentes de trabajo. Poco a poco el Estado se fue convirtiendo en el promulgador de normas conducentes a reglar las condiciones y jornadas de trabajo, el descanso semanal, en general se buscó mejorar las condiciones laborales, especialmente en beneficio de la salud de los niños. En 1802 en Inglaterra se aprobó una ley para proteger la salud y la moralidad de los aprendices y otros trabajadores de hilanderías y fábricas.[1]

El Estado no es más un mero espectador; busca dictar medidas que logren un equilibrio entre el empresario y el trabajador. Con el paso de los años la esfera de acción del Estado se ha ido ampliando y ha llegado a regular otros aspectos de la vida social y económica. Sobre todo con la necesidad de mantener principios básicos obligatorios que conllevan a liberar a los individuos de las enfermedades infecto-contagiosas que amenazan la salud pública. Se llega incluso a normar sobre las condiciones que deben privar en el medio ambiente sano donde vive y actúa el hombre. Se habla así de intervencionismo estatal, debido a que el Estado interviene a través de la legislación en las actividades sociales, económicas y particulares.

El desarrollo de las teorías sobre la protección del medio ambiente ha ayudado a clarificar la concepción sobre la necesidad de dictar regulaciones, con el fin de prevenir o aminorar los efectos de las amenazas que se ciernen sobre la salud de los seres humanos y que las encontramos en muchos lugares: la comida que comemos, el aire que respiramos, el agua que bebemos. Estos elementos pueden contener sustancias químicas u otros elementos nocivos a la salud que podrían producir enfermedades. Existe un extenso peligro que abarca virtualmente nuestra vida diaria. Tenemos una idea, tal vez no clara, de que amenazas a nuestra salud son reales y están cerca, aunque no sean claras y aparentes. Dentro de este marco el Derecho se ha ido especializando en el campo de la salud, creándose así una rama nueva llamada Derecho de la Salud, que busca principalmente la protección de la salud de los seres humanos y la búsqueda de un medio ambiente sano que permita a los individuos alcanzar el grado óptimo de salud.

Costa Rica, que posee reconocimiento inter-

1. Organización Internacional del Trabajo. *La prevención de los accidentes.* OIT, Ginebra, octava ed. 1972, p. 10.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

nacional por su democracia estable y centenaria, no se ha escapado de los problemas relacionados con el deterioro de su medio ambiente y la amenaza de peligro se cierne sobre sus recursos naturales lo que eventualmente afectará la salud de los costarricenses.

Estadísticamente, los costarricenses poseen una nutrición aceptable y la esperanza de vida al nacer (ver cuadro 1) está al nivel de los países industrializados, lo que se ha logrado gracias a las políticas sociales que el Estado ha ido dictando y las regulaciones sanitarias que nuestros gobernantes han promulgado desde el siglo pasado. Como por ejemplo las medidas que para preservar al país de los estragos del cólera se dictaron en la primera mitad del siglo pasado, que incluían el encalado de las casas como una medida de salud pública obligatoria. Costa Rica también ha participado en reuniones realizadas a nivel internacional en la búsqueda de soluciones de los problemas de la salud.

Cuadro 1

ESPERANZA DE VIDA AL NACER

Periodo	Esperanza de vida al nacer (en años)
1960-1965	65,6
1965-1970	68,1
1970-1975	71,4
1975-1980	73,0
1980-1985	73,7

FUENTE: Jaramillo Antillón Juan. Los problemas de la salud en Costa Rica, 1984, 2da. ed., p. 9.

En nuestros días el Estado costarricense a través de sus políticas en el campo de la salud ha dictado medidas muy avanzadas en la protección de la salud pública, posee excelentes programas de inmunización, ha buscado ampliar el programa de agua potable a las áreas rurales, lo mismo que la letrinización, ha desarrollado programas de nutrición y protección a la salud personal, todo en mira de mejorar la salud de sus habitantes. Muchas de estas medidas se han visto menguadas por problemas económicos, sin embargo vemos que Costa Rica siempre ha buscado mantener en lugar prioritario la protección de la salud de sus habitantes, invirtiendo cerca de $ 102 per cápita anuales en el campo de la salud.[2] Lo que pareciera alto comparado con otros países del Tercer Mundo, sin embargo no se considera que sea suficiente para poder resolver los problemas de salud de la población.

Marco Filosófico del Derecho de la Salud.

El Derecho de la Salud se puede definir como "el conjunto de preceptos obligatorios que reconocen a los individuos derechos concernientes a su salud y que reglan su conducta respecto de todos aquellos asuntos en los que entra en juego la salud de la persona y del grupo".[3] La protección de la salud empieza con la "prevención" así vemos que el Derecho de la Salud busca en la mayoría de sus normas "prevenir" la aparición del hecho o hechos que vayan a causar daño. Se busca resguardar la salud pública, por ello a veces es más importante el lograr que se cumpla la medida sanitaria que el imponer una sanción por su incumplimiento.

La salud entendida como un estado de completo bienestar físico, mental y social, ve al ser humano como un ser social, inmerso en una comunidad en la que se relaciona con otros individuos y dentro de un medio ambiente que debe ser conservado y mejorado en beneficio de la salud de los individuos. Se busca que ese individuo cumpla con una serie de hábitos necesarios para la mantención de la buena salud personal, tanto para su beneficio como el de su familia. Como el individuo aislado o solo no puede satisfacer o alcanzar un desarrollo pleno de la salud, el Estado interviene a fin de dictar medidas para regular los problemas de la salud pública. El Estado impone obligaciones al individuo ya que en este caso el interés público va a privar ante el interés privado, se busca que el jefe de familia esté sano para que pueda cumplir con sus obligaciones familiares. Por ejemplo, en el Código Sanitario costarricense

2. Detectan debilidades en el sector salud. La Nación, 29 de marzo de 1987, p. 12A.
3. Asamblea Legislativa. Proyecto de Ley General de Salud. Exposición de Motivos. 1972, p. 11.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de 1948 se estableció que "la protección de la salud pública es función del Estado" (artículo 1). La preocupación por la salud de los ciudadanos se considera una obligación fundamental del Estado.

El desarrollo de la atención de la salud se fue generando con la necesidad de prevenir las enfermedades transmisibles más importantes que asolaban el mundo. La existencia de enfermedades, como el cólera, la viruela, la malaria, la fiebre amarilla condujo a la preocupación e investigación sobre sus orígenes y su posible prevención. Así desde el siglo pasado los países europeos buscaron crear consenso sobre la necesidad de luchar contra ciertas enfermedades tomando una serie de medidas sanitarias comunes. Diferentes gobiernos mostraron interés en buscar acuerdos internacionales para la prevención de algunas de esas enfermedades. Por ejemplo a partir de 1851 se buscó en Europa crear una reglamentación internacional de cuarentena.[4] Cumpliendo con esos ideales en América se creó la Oficina Panamericana de la Salud (OPS) y desde el ámbito de las Naciones Unidas la Organización Mundial de la Salud (OMS).

Un concepto integral de salud incluye un adecuado ambiente donde trabajar. De nada valdrían las regulaciones de la salud sino se contara también con condiciones adecuadas en que se debe trabajar. Es así como también los Estados han dictado regulaciones obligatorias que buscan la creación de esas condiciones para el buen desempeño de la actividad laboral. Así por ejemplo: cumplir con requisitos mínimos de seguridad e higiene que sirvan para prevenir accidentes, como buena iluminación, ventilación, uso de equipo de protección, servicios sanitarios, etc.

El término sanitario se empleó por mucho tiempo en los inicios del desarrollo de la legislación sobre la salud referido a las normas obligatorias dictadas desde la esfera de acción del Estado a fin de preservar la salud de sus habitantes. Las medidas sanitarias eran necesarias para la prevención de la propalación de aquellas enfermedades mortales, el Estado buscaba con estas medidas obligatorias erradicar las enfermedades infectocontagiosas. Este criterio se manifestó en las legislaciones dictadas por esos años que se restringían propiamente a normar sobre los servicios administrativos encargados de las funciones sanitarias, lo que se refleja claramente en el Código Sanitario de 1943, donde no se incluían "principios básicos ni normas sustantivas que regularan funciones, atribuciones y derechos del hombre en lo tocante a la salud".[5] Conforme los años pasaban y la erradicación de esas enfermedades se hacía más clara, la preocupación fundamental se centró en fomentar la salud en general como un derecho de todo individuo que vive en sociedad, se consideró que ella es un bien social y económico que el Estado debe normar y proteger. Este novedoso criterio lo encontramos en la Ley General de Salud de 1973, en la cual las normas giran en torno a la obligatoriedad y derechos de los individuos en relación con su salud.

El Derecho a la Salud como un Derecho Humano Fundamental.

La salud se entiende como "un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente de ausencia de afecciones o enfermedades"[6] y se le considera un derecho humano fundamental. Dentro de los Derechos Humanos Económicos, Sociales y Culturales se encuentra el Derecho a la Salud, reconociendo el derecho que todo ser humano tiene a alcanzar el más alto nivel de salud mental y física. El alcanzar tal grado de salud es un objetivo muy importante que requiere de la participación de muchos sectores a nivel nacional e internacional, y de sectores sociales y económicos además del de salud. Los problemas en relación con la salud no se quedan dentro de las fronteras de cada país, lo que ha urgido a buscar la solución de los problemas de salud desde un campo de cooperación internacional.

Los Estados signatarios de la Convención de los Derechos Humanos, Económicos, Sociales y Culturales se comprometieron a tomar las medi-

4. Héctor R. Acuña. Hacia el año 2000: En busca de la salud para todas las Américas. OPS, 1983, p. 4.

5. Asamblea Legislativa, p. 1.

6. OMS-UNICEF Alma-Ata 1978. Atención Primaria de la Salud. Informe de la Conferencia Internacional sobre la atención primaria de la salud. Alma-Ata-URSS, 1978, OMS, Ginebra, p. 2.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

das necesarias para lograr la plena realización de este Derecho.

Entre los acuerdos tomados se encuentran:

1) tomar las medidas necesarias para reducir la tasa de nacimiento y de la mortalidad infantil y lograr un desarrollo sano de los infantes;

2) mejorar en todos los aspectos la higiene industrial y el medio ambiente de trabajo;

3) prevenir, tratar y controlar las enfermedades endémicas, epidémicas, ocupacionales y de cualquier otra clase; y

4) crear las condiciones que puedan asegurar una atención adecuada y los servicios médicos necesarios en el eventual caso de una enfermedad.[7]

Desde un punto de vista internacional entre los propósitos de la carta fundamental de las Naciones Unidas se ha incluido la necesidad de obtener cooperación internacional en la promoción y alcance efectivo del respeto de los Derechos Humanos. Se ha considerado que la eficaz protección de los Derechos Humanos es una de las condiciones esenciales para lograr paz y progreso.[8] El artículo 13 de la Carta de las Naciones Unidas establece como función de la Asamblea General el promover cooperación en los campos económico, social, cultural, educacional y de la salud.[9]

El lograr un desarrollo del individuo que contribuya a alcanzar un estado pleno de salud, no solo de su salud física o mental sino también en el aspecto sociocultural ha llevado a la creación y existencia de cuatro organizaciones internacionales adscritas a las Naciones Unidas, las que se encargan de cada uno de los campos enumerados buscando desarrollar de alguna manera ese concepto integral de salud.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) busca que el trabajo proporcione desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, seguridad económica e iguales oportunidades para los trabajadores.[10] Se busca mejorar las condiciones de trabajo con las medidas que esta organización recomienda. Esta organización crea normas y reglamentos que regulan aspectos del trabajo, que los Estados miembros a la organización en la mayoría de los casos aceptan y suscriben dentro de sus legislaciones respectivas.

La Organización de las Naciones Unidas para la Ciencia y la Cultura (UNESCO) considera fundamental el alcanzar en sus principios el pleno desarrollo del Derecho a la Educación, promoviendo la paz y la seguridad a través de la colaboración entre naciones por medio de la educación, la cultura y la ciencia.[11]

La FAO o Food and Agriculture Organization of the United Nations busca contribuir en la expansión de la economía agrícola mundial y lograr liberar a la humanidad del hambre y alcanzar erradicar la malnutrición. Principalmente se preocupa de mejorar los niveles de nutrición y el nivel de vida, promocionando eficiencia en la producción y distribución de comida y de productos agrícolas.[12]

La Organización Mundial de la Salud (OMS)-(World Health Organization) declara en su Constitución que "el disfrute de los más altos niveles de salud es un derecho fundamental de todo ser humano y que los gobiernos tienen una responsabilidad de cuidar por la salud de sus pueblos, obligación que puede ser lograda solamente con la aprobación de medidas sociales y de salud adecuadas".[13] Cada ser humano tiene derecho a un nivel de vida adecuado para su salud y su desarrollo y el de su familia, el individuo deberá lograr satisfacer sus necesidades de comida, ropa, casa, cuidados médicos y servicios sociales, deberá tener derecho a la seguridad en el evento de falta de empleo, enfermedad, viudez, vejez, incapacidad o cualquier otra circunstancia. La OMS dicta medidas sanitarias que se convierten en obligatorias para los Estados signatarios tan pronto como hayan sido notificadas.

Se considera que la promoción y protección de la salud del pueblo es indispensable para el

---

7. United Nations, The United Nations and Human Rights. New York, 1978, p. 76.
8. *Ibíd.*, p. 2.
9. *Ibíd.*, p. 3.
10. *Ibíd.*, p. 15.
11. *Ibíd.*, p. 16.
12. *Ibíd.*, ps. 16, 17.
13. *Ibíd.*, p. 17.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

desarrollo económico y social sostenido y esto contribuye a mejorar la calidad de vida y a alcanzar la paz mundial.[14] La OMS brinda asistencia técnica en el campo de la salud pública entrenando personal en salud. Desarrolla programas relacionados con la solución a los problemas relacionados con los servicios de salud, el control de enfermedades, el cuidado de la salud familiar, la nutrición y la salud ambiental.

* * *

14. OMS-UNICEF, p. 3.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

EMPRESA PÚBLICA Y EMPRESA PRIVADA DEL ESTADO

LICDA. GLADYS E. DALSASO ARAUZ
LIC. GUILLERMO SALAS CAMPOS

INTRODUCCIÓN.

El paso del Estado "prescindente" o "gendarme", ocupado en forma casi exclusiva del orden público, la educación y la asistencia sanitaria, al Estado que asume un *rol* participativo en las actividades económicas conforme lo exige la evolución social para dirigir el desarrollo hacia el bienestar común, está, hoy, plenamente consolidado.[1]

Al Estado benefactor ha sucedido el Estado gestor. Al mismo tiempo, a la concepción liberal-individualista de una administración pública con funciones muy limitadas, se ha venido a sobreponer ". . .la clara comprensión de lo que es y lo que debe ser la economía nacional y de las medidas apropiadas para alcanzar su máximo desarrollo y, como consecuencia de él, el mayor bienestar de toda la población".[2]

Claro que este fenómeno de una administración pública de fomento económico tomando en mano propia la gestión de actividades de producción no es en manera alguna reciente. Como dice GARRIDO FALLA:

> ". . .el Estado abstencionista desapareció hace tanto tiempo que ya ni siquiera resulta correcto plantear el fenómeno del intervencionismo administrativo como una novedad reciente";[3]

aunque sí es factible afirmar, con FORSTHOFF, que el fenómeno se ha acentuado a partir de la Primera Guerra Mundial, adquiriendo dimensiones que lo han convertido en factor de importancia vital y rasgo característico de la moderna administración.[4]

Este activismo económico del Estado en ocasiones ha servido para asumir explotaciones aún intocadas por la iniciativa privada; en estos casos, por lo general, ha ocurrido que los riesgos del fracaso han desalentado las apetencias de los empresarios privados. En otras ocasiones el Estado ha asumido actividades que ya venían desarrollando los particulares, pero que estos han accedido a dejar en manos del Estado. Por último, ha sucedido que el Estado, observando la necesidad de que el interés común esté representado por su medio en la cuestión económica, asume un carácter competitivo en el desarrollo de las actividades de empresa, evento en que su gestión ha sido resistida por la iniciativa privada, por el comprensible temor a la disminución de su poder sobre el mercado.

En el sistema costarricense primordialmente dos estructuras jurídicas han servido al Estado para desempeñar *roles* protagónicos en la vida económica nacional: la empresa pública y la que en este estudio llamamos empresa privada del Estado, pero que bien podría denominarse empresa del Estado o empresa de propiedad estatal.

Este breve estudio está dirigido al planteo de las concepciones de ambos fenómenos, en estrecha vinculación, en el contexto del ordenamiento nacional. El encargo, hay que admitirlo, es comprometedor, pues entre otras cosas, las acepciones que los conceptos dichos tienen en la literatura dedicada al tema están en proporción directa con las reacciones que el tema provoca.[5]

---

1. Sobre esto puede verse el extenso trabajo de KAPLAN (Marcos), Aspectos del intervencionismo en América Latina contemporánea, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, núm. 34, año XII, enero-abril de 1979, pp. 3-44.

2. NOVOA MONREAL (Eduardo), Las empresas públicas y el Estado (algunas puntualizaciones jurídicas y prácticas), en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, núm. 34, año XII, enero-abril de 1979, p. 46.

3. GARRIDO FALLA (Fernando), La empresa pública en el Derecho español, en *Revista de Derecho Privado,* Madrid, núm. 25, enero-diciembre de 1968, p. 115.

4. FORSTHOFF (Ernst), *Tratado de Derecho Administrativo,* Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 656.

5. Un listado de tales acepciones en RUIZ MASSIEU (Francisco), Las formas jurídicas de la empresa pública en México, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, núm. 34, año XII, enero-abril de 1979, p.90.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

SECCIÓN I. EL CONCEPTO DE EMPRESA PÚBLICA

A. Rasgos definitorios (actividad, organización, finalidad).

Con todo acierto GORDILLO dice que: ". . .la frase empresa pública (y sus correlatos en otros idiomas: entreprise publique, public enterprise, empresa pública, offentlichen unternehmung, etc.) ha ganado una aceptación universal, aunque su significado esté lejos de ser uniforme",[6] lo cual nos obliga a detenernos para examinar el punto.

Esta ausencia de univocidad se debe, por una parte, a que el mismo fenómeno es estudiado en la ciencia jurídica por dos especialidades distintas y, en buena parte, antagónicas: el Derecho Comercial y el Derecho Administrativo; con lo que cada una ha pretendido imprimirle su particular espíritu —privatista o publicista—;[7] agréguese a ello el hecho de que la sugestividad de la temática ha provocado un notable aporte de sociólogos, políticos y economistas, quienes se esfuerzan por darle relevancia al perfil correspondiente a su ciencia, y esto siempre con el sello propio de su particular pensamiento y personales convicciones.[8] Súmese a esto el que la empresa pública, en cada país, ha surgido portando la herencia de las singulares circunstancias (sociales, políticas, económicas y jurídicas) del medio, lo que ha contribuido a acentuar aún más la ya escasa uniformidad que la rodea; al respecto, BAENA DEL ALCÁZAR estima:

> ". . .las empresas creadas ex novo por el Estado no han surgido como consecuencia de planes económicos ni de una ideología determinada, sino ocasionalmente, en las más variadas circunstancias, bajo la presión de necesidades contingentes o duraderas no siempre exactamente individualizadas. Esto explica que exista una gran diversidad en las posiciones doctrinales sobre la materia. . .".[9]

Este carácter casual de la participación del Estado en la actividad empresarial es ejemplarizado por COTTINO al narrar lo siguiente:

> "Se dice que un día el Estado, como último sucesor mortis causa, a falta de herederos legítimos en sexto grado, heredó de un ciudadano 350 acciones Italcable, encontrándose así socio sin quererlo de una empresa privada".[10]

Ante este panorama resulta fácil comprender el que la doctrina haya venido ofreciendo tan vasta variedad de acepciones del concepto empresa pública, al punto que un autor se ha atrevido a proponer una "no-definición de la empresa pública".[11]

En definitiva, dos son las acepciones mayori-

---

6. GORDILLO (Agustín A.), *Empresas del Estado (empresas nacionalizadas, sociedades de economía mixta, sociedades del Estado, etc.)*, Buenos Aires, Ediciones MACCHI, 1966, p. 74. Se ha dicho también: "Una primera cuestión consiste en averiguar si puede darse un concepto unitario de la empresa pública. Lo que no puede proporcionarnos ninguna orientación excesivamente valiosa es la terminología empleada, pues se han utilizado y siguen utilizándose un conjunto de denominaciones que más bien acusan la confusión que contribuyen a aclarar el problema", BAENA DEL ALCÁZAR (Mariano), *Régimen jurídico de la intervención administrativa en la economía*, Madrid, Editorial Tecnos, 1966, p. 116.
7. Sobre esta antinomia, GALGANO (Francisco), sobre la estructura técnico-jurídica del concepto de empresario público, en *La empresa pública*, Zaragoza, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Colección Studia Albornotiana, 1a. edición, vol. I, 1970, pp. 245-253.
8. Véase D'ALBERGO (Salvatore), Impresa Pubblica, en *Novíssimo Digesto Italiano*, Torino, Unione Tipográfica-Editrice Torinese, vol. VIII, 1965, p. 379; así como FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (Tomás Ramón), Notas para un planteamiento de los problemas actuales de la empresa pública, en *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 46, enero-abril de 1965, pp. 103-108.
9. BAENA DEL ALCÁZAR, *op. cit.*, p. 117.
10. COTTINO (Gastone), Participación pública en la empresa privada e interés social, en *La empresa pública*, Zaragoza, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Colección Studia Albornotiana, vol. I, p. 39.
11. Se trata de BONEO (Horacio), *Saber ver las empresas públicas*, San José, EDUCA, 1a. edición, 1980. Múltiples acepciones pueden verse en RIVERO YSERN (Enrique), Derecho Público y Derecho Privado en la organización y actividad de las empresas públicas, en *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 86, mayo-agosto de 1978, pp. 34-36; SOSA WÁGNER (Francisco), *Organización y control del sector empresarial público en España*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1a. ed., 1971, p. 77; MANZANEDO (J.A.), HERNANDO (J.) y GÓMEZ REINO (E.), *Curso de Derecho Administrativo Económico (ensayo de una sistematización)*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1970, p. 895; FERNÁNDEZ FARRERES (German), En torno al procedimiento de creación de empresas nacionales; especial referencia al principio de subsidiariedad, en *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 80, mayo-agosto de 1976, p. 153; FERNÁNDEZ VÁSQUEZ (Emilio), Voz empresa pública, en *Diccionario de Derecho Público*, (Administrativo-Constitucional-Fiscal), Buenos Aires, Editorial ASTREA, 1a. edición, 1981, p. 271;

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tarias del concepto en cuestión. La primera aplica el término en forma indiscriminada para referirse a toda empresa en sentido económico que se pueda ubicar en el sector público (y no solamente estatal) de la economía; desde esta posición, el concepto de empresa pública comprendería:

1) las comúnmente denominadas empresas-órgano (también llamadas empresas propias o explotación "en régie" o "regiebetrieb") que son unidades económicas sin personalidad jurídica propia y por ende sin autonomía; administradas directamente por la organización administrativa central, sea en un régimen de centralización o a lo sumo de desconcentración, pero nunca de descentralización;[12]

2) las comúnmente denominadas sociedades de economía mixta en que participan capitales estatales y privados;

3) las sociedades mercantiles cuyo capital está en manos del Estado;

4) las entidades descentralizadas que realizan actividad empresarial, regidas, por ende, alternativamente por el Derecho Público y el Derecho Privado, según la naturaleza de sus actos (también denominadas "empresas del Estado", terminología que al parecer ha causado no pocas confusiones debido a que realmente no son más que entidades autónomas cuyo giro es de tipo comercial, por diferencia con las entidades autónomas típicamente administrativas).[13]

A esta concepción amplia de la empresa pública se adhieren, entre otros, GARRIDO FALLA, DROMI y MURILLO.[14]

La jurisprudencia nacional, en parte siguiendo el criterio del interés estatal —interés que se presume por su participación en el capital de la sociedad titular de la empresa—, en parte siguiendo la tesis del fin propuesto —el cual califica de público—, o bien examinando la fuente de capital social, el control estatal y algún privilegio característico de Derecho Público otorgado a la empresa, ha venido admitiendo en forma reiterada la concepción amplia de la empresa pública que atrás expusimos.[15] Ha aplicado el concepto amplio incluso para formas societarias de actividad económica en las que el Estado actúa como simple accionista, lo cual, según se verá a lo largo de este trabajo, no tiene verdadero sustento.

Esta concepción de la empresa pública no se

MONTERO MORA (Isabel Irene) y VEGA ÁVALOS (Míriam Mayela), *La empresa pública*, San José, tesis para optar por el título de licenciada en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1982, pp. 139-143; STAMMATI (Gaetano), La empresa pública en el marco de la acción económica del Estado, en *La empresa pública*, Zaragoza, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Colección Studia Albornotiana, 1970, p. 51; MARTÍN MATEO (Ramón), y SOSA WÁGNER (Francisco), *Derecho Administrativo Económico*, Madrid, Ediciones Pirámide, S.A., 2a. ed., 1977, p. 111; GUEVARA GUTH (Otto), *El control de las empresas públicas en Costa Rica*, San José, tesis para optar por el título de licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1985, pp. 7-14; VALERO AGÚNDEZ (Urbano), La fundación como forma jurídica de empresas del sector público, en *La empresa pública*, Zaragoza, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Colección Studia Albornotiana, vol. I, 1970, p. 287.

12. Aunque MURILLO considera que no existen en Costa Rica tales "empresas-órgano" —aún reconociendo su posibilidad legal—, la Procuraduría General de la República, recientemente, al examinar el caso del Departamento de Empresas Comerciales de la Dirección General de Aviación Civil, concluyó que se estaba en presencia de tal supuesto; confróntese MURILLO (Mauro), Perfiles jurídicos de la empresa pública en Italia y en Costa Rica, en *Revista de la Contraloría General de la República*, San José, núm. 15, diciembre de 1972, p. 77, y *Procuraduría General de la República*, oficio C-256-84 dirigido al Director General de Aviación Civil el 3 de agosto de 1984.

13. Véase DROMI (José Roberto), *Derecho Administrativo Económico*, Buenos Aires, Editorial ASTREA, vol. I, 1983, pp. 76-78. Usan el término "empresas del Estado" en el sentido que se indicó, GORDILLO, *Empresas del Estado. . .*, p. 78; BREWER CARIAS (Allan R.), *Derecho Administrativo*, Caracas, Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, vol. I, 1975, pp. 362-363.

14. GARRIDO FALLA (Fernando), La empresa pública en el Derecho español, en *La empresa pública*, Zaragoza, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Colección Studia Albornotiana, vol. I, 1970, p. 860; DROMI, *op. cit.*, vol. I, p. 78; MURILLO, *Perfiles jurídicos de la empresa. . .*, p. 20.

15. *SALA DE CASACIÓN*, núm. 45 de 15,30 hrs. de 17 de mayo de 1978, conflicto de competencia en juicio de R.B.H. contra el Estado y CODESA; *SALA DE CASACIÓN*, núm. 106 de 13,00 hrs. de 22 de diciembre de 1978, incidente de jurisdicción en juicio de CODESA contra CALHIDRA, S.A.; *SALA DE CASACIÓN*, núm. 61 de 15,30 hrs. de 6 de junio de 1980, competencia en juicio de M.L.M. y O.G.G. contra RECOPE y otros; *SALA DE CASACIÓN*, núm. 67 de 15,40 hrs. de 11 de junio de 1980, competencia en juicio de RECOPE contra Distribuidora DEMAYO, S.A.; *SALA DE CASACIÓN*, núm. 68 de 15,45 hrs. de 11 de junio de 1980, competencia en juicio de RECOPE contra J.G.L.O.; *SALA DE CASACIÓN*, núm. 69 de 15,50 hrs. de 11 de junio de 1980, competencia en juicio de RECOPE contra M.A.B.E.; *SALA DE CASACIÓN*, núm. 70 de 16,00 hrs. de 11 de junio de 1980, competencia en juicio de RECOPE contra Fernández y Argüello Limitada; SALA DE CASACIÓN, núm. 71 de 16,15 hrs. de 11 de junio de 1980, competencia en juicio de RECOPE contra H.V.R.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

puede compartir por varias razones: dada su amplitud resulta ambigua; hace que la nomenclatura no exprese ningún fenómeno específico en cada ocasión que se utiliza, y más bien exige recurrir a concretas especificaciones, más o menos profusas, sobre el contenido que según el caso se le quiere dar a la frase; por su generalidad recoge empresas con una fenomenología jurídico-organizativa-funcional muy diversa, con lo que el concepto así entendido se vuelve proclive a confusiones y resulta de escaso valor práctico, amén de su difícil manejo. Tal concepción comienza por equiparar aquellas empresas que efectivamente se encuentran en el sector público desde la perspectiva jurídica (que son administración pública e integran el organigrama estatal), con empresas cuya inserción en el sector público sólo es posible desde una perspectiva netamente económica, pero que no forman parte de la administración pública (que son sólo propiedad del Estado). Este erróneo rasero, cuyo equívoco siempre termina por admitirse, conduce a la larga, en forma irremediable, a la formulación de excepciones, salvedades o aclaraciones, que en el fondo son verdaderas distinciones sustanciales entre la empresa pública propiamente dicha —*sensu strictu*— y otros esquemas organizativos de la actividad empresarial estatal, o sea aquellos regidos primordialmente por el Derecho Privado.

Por ello es preferible manejar una concepción que permita distinguir desde su sola enunciación el fenómeno a que se alude. Indudablemente esta precisión implica esfuerzo, pero ello se ve compensado por la salud de la relación terminológico-conceptual.

Proponemos una acepción estricta de la empresa pública, con exclusión de aquellas actividades empresariales organizadas mediante un esquema societario en las que el Estado —*lato sensu*— tenga participación en el capital social o en la administración.[16]

El concepto de la empresa pública comprende, entonces, únicamente a aquellos entes caracterizados por:

1) ser íntegramente estatales (por diferencia con las sociedades cuyo capital social está en manos del Estado sólo parcialmente);

2) ser expresamente estatales (es decir, no adoptan la forma externa de una sociedad mercantil como resulta de las sociedades anónimas constituidas por el Estado, y, son semejantes a las instituciones autónomas);

3) tener personalidad jurídica propia;

4) dedicarse a una actividad económica (por diferencia con las entidades autónomas de giro típicamente administrativo, llamadas comúnmente administraciones erogatorias);

5) no estar sometidas primordialmente al Derecho Privado, sino alternativamente al Derecho Público y al Derecho Privado (a diferencia de las empresas privadas del Estado, principalmente sometidas al Derecho Privado, y a semejanza de las entidades autónomas de giro comercial, en las que hay alternativas de regímenes jurídicos).

La empresa pública, en sentido propio, posee así rasgos del ente autónomo típicamente administrativo en tanto que emite actos administrativos; sus empleados se equiparan a los funcionarios públicos; sus títulos tienen fuerza ejecutiva; sus bienes son inembargables; no puede ser declarada en quiebra; integra plenamente el organigrama estatal desde que conforma la administración descentralizada del Estado y está sometida al Derecho Público en todo aquello que toca al servicio público que tiene a su cargo. Posee también rasgos de la empresa privada del Estado en tanto que su giro comercial, como es lógico, lo desarrolla sujeta al Derecho Privado.[17] Dados sus rasgos, la publicidad de estas empresas es denominada "pasiva" por la doctrina;[18] pudiendo denominarse "activa" la privacidad a que están sujetas.

La doctrina apunta diversos motivos por los que debe admitirse plenamente la aplicabilidad, aunque sea alternativa con el Derecho Público, del Derecho Privado a la actividad del ente público que desarrolla actividad de empresa. OTTAVIANO estima que de la circunstancia de que el ente público empresario ejerza en el seno

16. Se sigue la tesis de GORDILLO, *Empresas del Estado. . .*, p. 77 y parcialmente la de BAENA DEL ALCÁZAR, *op. cit.*, p. 122.

17. Coinciden en este aspecto DROMI, *op cit.*, vol. I, pp. 269-278; BAENA DEL ALCÁZAR, *op. cit.*, p. 333; MARTÍN MATEO y SOSA WÁGNER, *op. cit.*, p. 112; GORDILLO, *Empresas del Estado. . .*, p. 78; SOSA WÁGNER, *op. cit.*, p. 80; este último, para referirse al tema de obligaciones y contratos en la empresa pública habla de "relaciones `ad extra'", regidas por el Derecho Privado para facilitar su funcionamiento considerablemente, lo que no ocurriría si se sometiera al Derecho Administrativo.

18. Sobre el particular, véase SOSA WÁGNER, *Ibíd.*, p. 79.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

del mercado se extrae la consecuencia de la sujeción de su actividad al régimen establecido para la empresa privada; considera asimismo que la empresa pública, en cuanto debe competir con la empresa privada en un plano de igualdad, debe poder desarrollarse con la misma rapidez de los empresarios privados; condición, esta última, que vendría a menos si se le sujeta a aquella normativa creada para una administración que actúa como autoridad, con potestad de *imperium.*[19]

La interaplicabilidad del Derecho Público y del Derecho Privado está expresamente reconocida por la Ley General de la Administración Pública en su artículo 3, inciso 2) en relación con el artículo 1, ibídem. BREWER-CARÍAS, sobre este punto, considera:

> "En el mundo contemporáneo ya no existe la distinción matemática en la aplicación de las ramas del Derecho Público o Privado a los sujetos de Derecho Público, sino que, en realidad, hay siempre una interaplicación de las mismas a dichos entes públicos, con preponderancia de uno u otro, según la naturaleza de la actividad".[20]

Esta dualidad de régimen jurídico a que se ve sometida la empresa pública hace que en algunos casos la flexibilidad típica del Derecho Privado se vea entrabada por la predominancia de la sujeción a procedimientos y requisitos, que el Derecho Público conlleva; al mismo tiempo, en ocasiones las prerrogativas del Derecho Público quedan inermes en ciertas relaciones debido al marcado carácter privado de éstas. BAENA DEL ALCÁZAR, sobre el particular, expresa:

> "En el caso de la empresa pública nos encontramos ante una institución que está afectada por una clara ambivalencia conceptual, ya que se encuentra a mitad de camino entre el Derecho Público y el Derecho Privado por desenvolverse de una forma intermedia entre los sistemas administrativos de un pasado reciente y los mecanismos de las empresas privadas que se ha anexionado. Su aparición supone la ruptura, señalada en el derecho español por García de Enterría, de la ecuación matemática: actividad administrativa = servicio público = régimen exorbitante de Derecho Común".[21]

Por nuestra parte, concebimos la empresa pública como un eslabón más en un proceso de *despublización* de la actividad económica pública. El punto de arranque de esta evolución hacia el modelo privado es la denominada empresa-órgano, que es antecedente directo de la empresa pública y el ciclo termina con la aparición de la actividad económica pública en forma jurídica privada, o sea la empresa privada del Estado. Claro que, como señala GIANNINI, de la empresa pública (o ente público-empresa) a la empresa que puede llamarse pública (aunque nosotros la denominaremos mixta o privada, según el caso) sólo porque teniendo forma de sociedad de capitales un ente público es el partícipe o accionista mayoritario, dominante o minoritario, el paso es brevísimo.[22]

ACTIVIDAD.

La empresa pública desarrolla una actividad económica, esto es, una actividad organizada para la producción y el cambio de bienes y servicios.[23]

Son aplicables, por ende, a la actividad empresarial así desarrollada, las nociones de continuidad y sistematicidad propias de la noción general de empresa. Esta continuidad y sistematicidad se evidencian solamente cuando la actividad empresarial tiene carácter principal respecto de toda la gama de actuaciones que el ente lleva a cabo; hay, pues, profesionalidad en el desarrollo de la actividad económica —en el sentido que esta palabra se usa con referencia a la empresa comercial—, si el ente público tiene dentro de sus funciones el ejercicio de la actividad de empresa.[24]

A la afirmación anterior hay que hacer la

---

19. OTTAVIANO (Vittorio), Sulla sottoposizione dell'impresa-publica alla medesima regolamentazione di quella privata, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, anno XII, 1962, p. 273.

20. BREWER-CARÍAS (Allan R.), Comentarios sobre los principios generales de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, en *Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo*, San José, Colegio de Abogados-Asociación Costarricense de Derecho Público, 1981, p. 38.

21. BAENA DEL ALCÁZAR, *op. cit.*, p. 126, in fine.

22. Véase GIANNINI (Massimo Severo), Actividades económicas públicas y formas jurídicas privadas, en *La empresa pública*, Zaragoza, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Colección Studia Albornotiana, vol. I, 1a. edición, 1970, p. 112.

23. Al respecto, DROMI, *op. cit.*, vol. I, p. 80.

24. Sobre este punto, DROMI, *op. cit.*, vol. I, p. 80.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

precisión de que aun cuando el ente público haya sido constituido para perseguir fines del todo diversos a los de la actividad empresarial, si para el logro de ellos realiza actividad que pueda calificarse de empresarial, esto es suficiente para dotarlo de la calidad de empresario. OTTAVIANO al respecto, sostiene ideas convergentes cuando expone:

> "En efecto, basta que el empresario realice frente a los terceros una actividad que tenga objetivamente las características de la empresarial para que ésta deba someterse a las normas sobre la empresa, siendo irrelevantes para aquellos los motivos internos de naturaleza altruista que quien desarrolla tal actividad pueda eventualmente perseguir".[25]

La actividad de la empresa pública debe mantener el carácter de economicidad, por lo que no se puede resolver en prestaciones que prescindan de los costos de producción; siendo, *contrario sensu,* necesario que al menos exista el intento de que tales costos de producción del bien o el servicio objeto del cambio vengan cubiertos por cuanto se obtenga de él. En este sentido, la actividad de la empresa pública se contrapone a la de la administración, ya que ésta, precisamente por perseguir la satisfacción directa del interés público, no viene ligada al recaudo de una contraprestación de aquellos a quienes beneficia. La acción de la Administración tiene, efectivamente, un costo, pero éste viene soportado por todos los ciudadanos y no sólo particularmente por aquellos que en cada ocasión adquieren sus beneficios. En todo caso, aun cuando el administrado pague un monto determinado por alguna prestación administrativa, ésta reviste más el carácter de contribución al mantenimiento del servicio público que de precio, dado que este monto no procura cubrir los costos de producción. Nótese en todo caso cómo —adrede— no se habla de una idoneidad para la obtención de riqueza —es decir, para producir ingresos superiores a los costos de producción— en tratándose de la actividad de la empresa pública, sino más bien de una tendencia a la compensación de los factores productivos empleados, es decir, una aspiración hacia la autosuficiencia económica, cual es el rasgo primordial del elemento teleológico de la empresa pública.

La destinación al mercado de la actividad de la empresa pública no implica necesariamente un régimen de competencia, dado que —como explica MURILLO— bien puede ejercitarse en régimen de monopolio.[26] Lo que sí es imprescindible, y de esa manera entendemos el requisito de la destinación al mercado, es que el tercero que se sirve de los bienes o servicios producidos por la empresa pública sea libre de hacerlo. Si el tercero debe necesariamente servirse de los bienes o servicios producidos por el ente público-empresa, se utilizaría un poder de imposición que prescinde del cambio.[27] Este requisito es denominado como del necesario desarrollo en régimen de Derecho Privado de las relaciones "ad extra" del ente público.

ORGANIZACIÓN.

La empresa pública, o ente público como lo denomina la doctrina italiana,[28] se caracteriza por ser expresamente estatal, esto es, integra sin lugar a dudas el organigrama de la administración pública, ubicada en la administración descentralizada. Esto significa que la empresa pública no adopta nunca la forma jurídica privada de sociedad mercantil sino que, por contrario, recurre siempre a estructuras publicistas para el desarrollo de sus actividades.

La doctrina señala algunos caracteres básicos propios de la empresa pública; nótese cómo no hablamos de requisitos, pues se trata de rasgos que normalmente se presentan pero que en manera alguna son exclusivos; estos caracteres son:

1) personalidad jurídica propia (esto como contraposición a la denominada "empresa-órgano" o servicio sin personalidad jurídica);
2) presupuesto propio legalmente asignado;
3) patrimonio estatal;
4) capacidad de autoadministración (es esta una de las características típicas de la

25. OTTAVIANO (Vittorio). Sometimiento de la empresa pública al Derecho Privado, en *La empresa pública,* Zaragoza, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Colección Studia Albornotiana, vol. I, 1a. edición, 1970, p. 269; en igual sentido BIGIAVI (Wálter), *La professionalità dell imprenditore,* Padova, CEDAM, S.N.E., 1948, 99, 55 y ss.

26. Véase MURILLO, *Perfiles jurídicos de la empresa,* p. 20.

27. Sobre este punto, OTTAVIANO, *Impresa pubblica,* p. 671.

28. Véase CASANOVA, Impresa e azienda *(le imprese commerciale),* Torino, Tipografica-editorice Torinese, 1a. edizione, 1974, p. 198.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

descentralización y consiste en la asignación de una competencia específica para resolver todos los problemas que plantee la actuación del ente sin recurrir a la administración central);

5) es de creación estatal (el medio idóneo es únicamente la ley, de acuerdo con los artículos 121 y 189 de la Constitución Política);

6) está sometida a controles gubernativos, financieros y parlamentarios (gubernativos, consistentes en la designación —y remoción— del ente por parte del Poder Ejecutivo; financieros, en cuanto a que la Contraloría General de la República aprueba los presupuestos y cuentas consuntivas y vigila la ejecución de los primeros; parlamentario, en cuanto a la posibilidad de la Asamblea Legislativa de encuestar la actividad de cualquier administración);[29]

7) en cuanto emita actos administrativos, queda sujeta al control contencioso-administrativo.[30]

Tal y como explica MURILLO, tres figuras organizativas de la empresa pública —o empresa-ente público, como él lo llama— son factibles en el Derecho costarricense.[31] Tales son la institución autónoma, la semiautónoma y los consorcios entre municipalidades.

La institución autónoma es un modelo organizativo genérico para el desarrollo de la actividad empresarial, que igualmente conviene para estructurar los llamados entes erogatorios o entes públicos típicamente administrativos. Su rasgo característico es la autonomía administrativa consagrada constitucionalmente, y su sujeción a la ley en materia de gobierno.[32]

Las instituciones semiautónomas no son más que un expediente inventado para eludir el procedimiento agravado establecido por el artículo 189.3 constitucional para la creación de instituciones autónomas, que implica una aprobación del proyecto de creación por mayoría calificada. Por lo demás ". . .constituyen un modelo organizativo sustancialmente idéntico a aquel de las instituciones autónomas, y son siempre sometidas a la misma regulación que atiende a estas últimas".[33]

Las municipalidades pueden convenir entre ellas la constitución de organismos cuyo cometido esencial sea la ejecución de servicios. Estos consorcios son concebidos por MURILLO como un modelo organizativo apto para el desarrollo de actividades empresariales.[34]

FINALIDAD.

Sobre este punto no existe unanimidad doctrinal. Los autores se debaten entre aceptar el fin lucrativo del Estado en la empresa pública y rechazarlo. ARENA, por ejemplo, lo rechaza; para ello dice que los entes públicos tiene un fin social que es inconciliable con el fin económico propio del empresario.[35] Pero, forzado quizás por evidencias de la realidad, termina por admitir que el Estado puede ejercer una actividad económica por vía indirecta, por medio de órganos o de otras personas jurídicas facultadas para la búsqueda del lucro.[36]

Sin la concepción del concepto de lucro tiene rasgos característicos —de objetividad, comprensividad de toda la gama de relaciones de empresa y abstractez— en tratándose de la empresa pri-

---

29. Sobre la autonomía administrativa, véase ORTIZ ORTIZ (Eduardo), La autonomía administrativa en Costa Rica, en *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, núms. 8 y 9, abril y junio de 1967.

30. Al respecto, GORDILLO, *Empresas del Estado. . .*, pp. 38-40.

31. MURILLO, *Perfiles jurídicos de la empresa. . .*, p. 41.

32. Véase artículo 188 constitucional.

33. MURILLO, *Perfiles jurídicos de la empresa*, p. 45. Este autor sostiene que las instituciones semiautónomas hasta ahora creadas no pueden considerarse empresas públicas debido a la ausencia de autosuficiencia económica.

34. Véase MURILLO, *Perfiles jurídicos de la empresa. . .*, p. 45 bajo la forma de "Fundación pública", constituida por las corporaciones locales; ALBI estudia en el Derecho español esta modalidad de empresa pública; véase ALBI (Fernando), *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, Madrid, Editorial Aguilar, 1960, pp. 329-346; posibilidad que VOGEL admite para el Derecho alemán bajo la denominación "Mancomunidad local" o "Corporación pública de Derecho Municipal"; VOGEL (Klaus), Las empresas públicas en la República Federal Alemana, en *La empresa pública*, Zaragoza, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Colección Studia Albornotiana, vol. I, 1a. edición, 1970, p. 760.

35. ARENA (Andrea), Contribución a la sistematización jurídica de los entes públicos que ejercen actividad económica, en *La empresa pública*, Zaragoza, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Colección Studia Albornotiana, vol. I, 1a. ed., 1970, p. 120.

36. ARENA, *op. cit.*, p. 122.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

vada, en la empresa pública tiene proyecciones de consideración aún más delicada. Hay un conjunto de fines políticos, económicos y sociales que el Estado se propone conseguir por medio de la empresa pública que, definitivamente, entablan una relación simbiótica con la noción de lucro. Esto no quiere decir en manera alguna que lo que se dice respecto del lucro en la empresa privada resulte inaplicable en la empresa pública. Si como ya se ha dicho, el lucro no es el más calificado móvil en la empresa privada, no puede exigirse, a fortiori, que el lucro sea un elemento esencial de calificación de la empresa pública. El propósito de lucro en la empresa pública —que está siempre por la propia naturaleza de la actividad que desarrolla— debe siempre adaptarse a los principios del interés general.[37]

No obstante las anteriores precisiones, que implican una concepción muy poco amplia a la tesis de un Estado no lucrativo, nuestra opinión es que, sin perjuicio de lo ya dicho, el Estado puede *publificar* un fin lucrativo. La actividad empresarial del Estado en los monopolios fiscales es un indicador claro de tal posibilidad.[38] Está claro que para perseguir intereses públicos no es necesario utilizar los instrumentos del Derecho Público. Los fines lucrativos de la empresa pública pueden coincidir —y generalmente coinciden— con los fines públicos que el Estado se ha propuesto alcanzar; esta relación se da precisamente porque el despliegue de la actividad lucrativa de la empresa pública se vuelve un medio para la consecución del fin público del Estado. De aquí surge la relación de instrumentalidad de la empresa pública para con el Estado, relación que hace a GORDILLO afirmar que la empresa pública es un medio para ulteriores fines del Estado, más que un fin en sí misma.[39]

El fin de lucro en la empresa no es incompatible, entonces, con la administración pública.[40] Tal y como lo hemos señalado al distinguir el lucro como medio y el lucro como fin mediato, conviene diferenciar el momento de la actuación del fin lucrativo del momento de su devolución a la sociedad; este segundo momento, en palabras de GARCÍA-TREVIJANO FOS, no puede desnaturalizar jurídicamente el primero.[41] Es este el caso inverso del concesionario de un servicio público, quien teniendo un fin privado (el lucro), lo actúa a través de un medio público (el servicio).[42]

SECCIÓN II. EL CONCEPTO DE EMPRESA PRIVADA DEL ESTADO

A. Rasgos definitorios (actividad, organización, finalidad).

Como ya lo habíamos anticipado al manifestar el rumbo de la evolución del desarrollo de actividades económicas por parte del Estado (cuyos estadios representativos son empresa-órgano; empresa-pública y empresa privada del Estado), en esta última llegamos ". . .justamente al último eslabón que une el Derecho Público al Derecho Privado",[43] es decir, al punto cumbre de la *despublización* de la administración pública.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ señala esta evolución de la participación estatal en la vida económica diciendo:

---

37. Véase ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA (César), Empresa pública y servicio público, en *La empresa pública,* Zaragoza, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Colección Studia Albornotiana, vol. I, 1a. edición, 1970, p. 499.

38. Véase MURILLO, *Perfiles jurídicos de la empresa. . .*, p. 20.

39. Véase GORDILLO, *Empresas del Estado. . .*, pp. 18-19. "La empresa del Estado, en cambio, sólo constituye un medio instrumental del Estado;. . .", dice MARIENHOFF (Miguel S.), Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, vol. I, 1965, p. 430. En igual sentido RUIZ MASSIEU (José Francisco), *Estudios sobre la nueva administración pública mexicana,* México D.F., Editorial LIMUSA, 1a. edición, 1981, p. 193.

40. "Lo Stato o, in generale, il pubblico potere puó avere di mira, nell'esercizio dell'attività economica, un fine puramente finanziario; alla pari di un privato, il conseguimento di utili e profitti, . . .". CASANOVA, *Impresa e azienda,* p. 178.

41. Sobre esto, GARCÍA-TREVIJANO FOS (J.A.), Aspectos de administración económica, en *Revista de administración pública,* Madrid, núm. 12, setiembre-diciembre, 1953, p. 37.

42. Sobre este tema puede ahondarse en FIORINI (Bartolomé A.), *Manual de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Editorial La Ley, vol. II, 1968, pp. 791-793; así como en ALESSI (Renato), *Instituciones de Derecho Administrativo,* Barcelona, Editorial Bosch, vol. I, 1970, pp. 213-217; lo mismo que en OTTAVIANO, Sulla sottoposizione dell'impresa publica a la medesima regolamentazione di quella privata, pp. 274-277.

43. ALESSI, *op. cit.*, p. 225.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

> "La asunción de empresas económicas por la Administración para satisfacer las exigencias del interés público supone la culminación de todo un proceso evolutivo de las ideas políticas y económicas que ha cristalizado en un modus vivendi que caracteriza la sociedad occidental: el sistema de economía mixta".[44]

El Estado puede asumir el desarrollo de una actividad económica valiéndose para ello de un esquema organizativo comercial, fundamentalmente de dos maneras:

1) en el primer caso, puede que el Estado constate la existencia de determinadas sociedades mercantiles cuyo capital está en manos privadas y que desee incorporarlas al sector económico bajo su control, pero sin despojarlas de su forma y funcionamiento normales. Ante tal evento, procede a la adquisición —paulatina o instantánea, por compra o por expropiación— del paquete accionario, constituyéndose así en el accionista mayoritario o único de la sociedad. Lo relevante del caso, según las observaciones de GORDILLO, es que la dirección de la empresa no la realizará el Estado por los cauces tradicionales —administrativos— sino desde adentro mismo de la sociedad y por sus propios cauces comerciales tradicionales, es decir, reuniendo la asamblea de accionistas en la que los funcionarios que el Estado designe serán los únicos presentes —o los que detentan el más voluminoso paquete accionario—, y sometiendo a su consideración y decisión quiénes hayan de ser en adelante los directores de la sociedad y a qué pautas deberán ajustar la dirección de la empresa. En nuestro medio, RECOPE es un buen ejemplo de esto;[45]

2) en un segundo supuesto, puede ocurrir que el Estado, luego de tener en su poder los elementos necesarios para constituir una empresa en sentido económico, decida darle ab initio una forma jurídica privada. En CODESA tenemos un buen exponente de este evento.

Tanto en uno como en otro caso, la totalidad de las relaciones entre el Estado y la empresa se rigen por el Derecho Privado, sin que ello intervenga el grado de participación o control por el Estado.[46]

La participación estatal "iure privato" en las actividades comerciales tuvo inicialmente una finalidad de salvamento; más adelante los motivos han sido muy diversos, tales como garantizar a la colectividad el control en la gestión de empresas que desarrollan servicios públicos; modernizar actividades productivas existentes; limitar las perniciosas consecuencias de los monopolios de hecho; diversificar las exportaciones; o bien intervenir desde lo interno —por así decirlo— en el mundo económico, dado que asegurándose la dirección de la sociedad titular de la empresa se obtienen por lo general más rápidas respuestas al fin de satisfacción ulterior de necesidades de la colectividad que tan sólo disponiendo incentivos fiscales.[47]

La empresa privada del Estado, así, ratifica una realidad socioeconómica típica de nuestro tiempo: la actuación del Estado como empresario asumiendo un papel competitivo, sustitutivo o complementario frente a la empresa privada.[48]

Al igual que la empresa pública y puesto que está organizada como una sociedad comercial, la empresa privada del Estado posee personalidad jurídica propia, como también se dedica —es obvio— a una actividad económica (sea o no un servicio público); pero a diferencia de la empresa pública, la empresa privada del Estado no es íntegramente estatal (al menos no necesariamente), ni está sometida alternativamente al Derecho Público y al Privado, sino que, por el

---

44. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (Tomás Ramón), citado por WITKER (Jorge), El *holding* como instrumento de control y coordinación de las empresas públicas; su eventual aplicabilidad a la realidad jurídico-económica de México, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, núm. 34, año XII, enero-abril de 1979, p. 105. MURILLO por su parte estima que "En efecto, la empresa-órgano, la empresa-ente público y la empresa-ente privado, constituyen tres estadios representativos de un movimiento tendiente a liberar a la administración de la rigidez tradicional en la cual ha venido funcionando, hasta llegar al punto en el cual no se puede hablar más de administración pública: la utilización de las personas jurídicas privadas", MURILLO, *Perfiles jurídicos de la empresa. . .*, p. 26.

45. Véase GORDILLO, *Empresas del Estado. . .*, p. 63.

46. Véase GORDILLO, *Empresas del Estado. . .*, p. 63.

47. Sobre estos motivos, véase OTTAVIANO, *Impresa pubblica*, p. 670; MURILLO, *Perfiles jurídicos de la empresa. . .*, p. 22. CASANOVA, por su parte, agrega a estos los puramente políticos, financieros, de seguridad nacional o defensa militar, de valorizar zonas deprimidas o subdesarrolladas; véase CASANOVA (Mario), Evolución de la disciplina de las empresas públicas en Italia. Empresa pública y empresa privada en la Constitución, en *La empresa pública*, Zaragoza, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Colección Studia Albornotiana, vol. II, 1a. edición, 1970, pp. 1404-1406.

48. DROMI, *op. cit.*, p. 297, solamente habla de competitividad.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

contrario, es expresamente persona de Derecho Privado —como sociedad comercial que es— sujeta primordialmente al Derecho Comercial, y en tesis de principio admite con facilidad la participación de capital de los particulares.[49] Podemos entonces decir que si en la empresa pública subsiste la alternabilidad de los regímenes público y privado, en la empresa privada del Estado la sumisión al Derecho Privado adquiere una extensión mucho mayor: adquiere el sesgo de preponderancia, cuando incluso todo lo referente a la organización de la empresa deviene materia sometida al Derecho Mercantil.[50]

Confirma el régimen aplicable a estas empresas —por lo general estructuradas como sociedades anónimas— el que no dicten actos administrativos; que no puedan apremiar sus créditos como si fueran títulos ejecutivos a menos de que éstos revistan el carácter de tales conforme al Derecho Común; que sus bienes puedan ser embargados y ejecutados por sus acreedores y que estos no integran el patrimonio público; que el régimen de sus empleados sea de Derecho Laboral y no estatutario, y que su déficit no esté permanentemente cubierto por el presupuesto estatal. No es de extrañar que, precisamente por tratarse de un instrumento que el Estado utiliza para la consecución de fines públicos ulteriores, la empresa privada del Estado —sin perjuicio del régimen de Derecho Común que en general la rige— pueda ostentar algún privilegio típico de Derecho Público en atención a las características de la actividad que desarrolla; pero esto no altera en lo más mínimo su propia naturaleza y bien entendido es más bien una excepción que confirma la regla. Estas leves alternativas al régimen de Derecho Privado que podrían acontecer en la empresa privada del Estado, son vistas como algo natural por GARCÍA-TREVIJANO FOS, quien al hablar de la intervención del Estado en la vida económica nacional a través de la gestión directa dice que ésta ". . .si bien no es una varita mágica que transforma lo que toca, tiene el efecto de "variar" en algunos puntos la disciplina privada de las instituciones".[51]

De lo que venimos exponiendo se deduce con facilidad que es errónea una concepción de la empresa privada del Estado (aunque se la llame empresa pública-ente privado) que la pueda ubicar como empresa o sociedad "privilegiada", como lo hace GUEVARA GUTH.[52] No se entiende cómo un rasgo de carácter secundario y sólo excepcional puede servir para definir la empresa privada del Estado, uno de cuyos exponentes es CODESA. Menos clara resulta aún tal concepción si a tal empresa se le ubica en el mismo grupo de clasificación que el ocupado por aquellas sin relación alguna con el Estado sino sólo con una empresa privada total o parcialmente de su propiedad, es decir, el grupo de empresas filiales y subsidiarias de CODESA. Decimos esto porque tanto CODESA —empresa privada del Estado— como a sus filiales y subsidiarias GUEVARA GUTH se empeña en enmarcarlas en el grupo de sociedades controladas por el Estado, y lo cierto es que ello no es así: en CODESA el Estado es accionista mayoritario, pero ningún vínculo hay entre las filiales y subsidiarias de CODESA y el Estado; es decir lo contrario es confundir el Estado con lo que es su propiedad; no hay, pues, posibilidad alguna de llevar ambos tipos de empresa a un tronco común cuyo punto de unión sea el control del Estado. Todavía la nomenclatura empleada para referirse a las empresas filiales y subsidiarias de CODESA es más inadecuada, pues la llama "sociedades que solicitan el concurso del Estado", cuando lo que realmente sucede es otra cosa: solicitan el concurso no del Estado sino de una empresa en la que éste es sólo accionista; esta objeción es sin perjuicio de

---

49. Véase DROMI, Ibíd.; GORDILLO, *Empresas del Estado*. . ., pp. 76-77.

50. Al respecto, confirma FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 667.

51. GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Aspectos de la administración*. . ., p. 63.

52. Véase GUEVARA GUTH, *op. cit.*, vol. I, pp. 20-29, quien propone una clasificación de la empresa privada del Estado (que llama empresa pública-ente privado) así:
—Empresa pública-ente privado:
a. sociedades controladas por el Estado:
   a.1. sociedades privilegiadas (CODESA);
   a.2. sociedades que solicitan el concurso del Estado (filiales y subsidiarias de CODESA);
   a.3. sociedades de interés público;
   a.4. sociedades nacionales de inversión;
b. sociedades nacionalizadas (RECOPE);
c. sociedades de economía mixta (CNFL, CODESA, LACSA).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

considerar además que es preferible el uso del término "empresa" antes que el de "sociedad", pues este último solo hace referencia a un esquema organizativo del primero, el cual contiene —como ya se ha expuesto—, no sólo el aspecto organizativo o estático sino también el aspecto dinámico de la actividad económica. Otra puntualización es necesaria: no es correcto ubicar en sectores diversos lo que se llama, según la terminología de GUEVARA GUTH, "sociedades controladas por el Estado" y "sociedades nacionalizadas", pues es a todas luces evidente que el control estatal no es ajeno a la empresa nacionalizada por medio de la asamblea de accionistas, y que una empresa controlada por el Estado puede devenir tal luego de un proceso de nacionalización. Categoría merecedora de especial atención es la que el autor en referencia denomina "sociedades de interés público", calificadas como tales por tener un monto mínimo de capital fijado por ley y haber obtenido por concesión la autorización de prestar un servicio público. Ni la prestación de un servicio público, ni el requisito de reunir un capital mínimo implican un control directo por parte del Estado de estas sociedades, como corresponde según el grupo donde GUEVARA GUTH las ubica. No conviene tampoco, utilizar un concepto jurídico indeterminado —interés público— para describir con precisión un fenómeno como el que apunta; además de que no se ve qué rasgos tan característicos sean aquellos que le hagan merecedora de un renglón especial dentro de la tipología de la empresa privada del Estado.

Sin temor a equívoco, puede afirmarse que el desarrollo de actividades económicas públicas bajo formas jurídicas privadas encuentra hoy común aceptación en la doctrina.[53]

ACTIVIDAD.

La empresa privada del Estado ejerce en forma primordial una actividad comercial; actividad que bien podría denominarse "económica simple" y que es típicamente privada.

Sin embargo, existen actividades "calificadas" que también pueden ser asumidas por la empresa privada del Estado. Hablamos en este caso de los denominados servicios públicos y las actividades económicas de interés público. Sobre el servicio público[54] se ha dicho que aunque se trata de actividades cuasiesenciales para el Estado —por lo que casi siempre las asume en régimen monopolístico—, bien han sido explotadas por los particulares por la vía de la concesión.[55] Se trata de actividades tales como la de transporte o el suministro de energía eléctrica, que la empresa privada del Estado puede ejercer como concesionaria en las mismas condiciones que un particular lo haría. Las actividades económicas de interés público son aquellas que revisten interés especial dentro del marco estatal pero que por la ausencia del requisito de regularidad en la prestación no pueden acceder al calificativo de servicios públicos.[56] Puesto que las actividades económicas de interés público no son servicios públicos, y que pueden ser desarrolladas por los particulares con la sola autorización del Estado, la empresa privada del Estado puede asimismo desarrollarlas.

Solamente las funciones públicas, debido a que son primarias y esenciales funciones del Estado, no pueden ser desarrolladas por la empresa privada del Estado, así como por ningún particular a nombre propio. Estas funciones (de justicia, de orden público, de seguridad, de administración financiera, etc.) entrañan siempre función pública,

---

53. Veáse GIANNINI (Massimo Severo), *Premisas sociológicas e históricas del Derecho Administrativo*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1a. edición, 1980, in totum; Actividades económicas públicas y formas jurídicas privadas, en *La empresa pública*, Zaragoza, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Colección Studia Albornotiana, vol. I, 1a. edición, 1970, pp. 101-109, GARCÍA-TREVIJANO FOS (J.A.), Concepción unitaria del sector público, en *La empresa pública*, Zaragoza, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Colección Studia Albornotiana, vol. I, 1a. edición, 1970, pp. 79 y ss. A pesar de ello, se ha sostenido el criterio de que aun cuando la actividad económica pública se desarrolle bajo forma jurídico-privada, ésta debe considerarse adscrita al sector público y por ende sujeta a la Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria; véase *Contraloría General de la República*, oficio núm. 7491 dirigido a la Presidencia Ejecutiva de CODESA el 14 de agosto de 1984; criterio que coincide con el pensamiento de la *Procuraduría General de la República*, oficio C-202-79 dirigido a la Vicepresidencia de CODESA el 13 de setiembre de 1979.

54. Sobre este tema, véase ROMERO PÉREZ (Jorge Enrique), *El servicio público*, San José, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1a. edición, 1983, in totum.

55. Véase GARCÍA-TREVIJANO FOS, Concepción unitaria del sector público, p. 71; DROMI, *op. cit.*, p. 7; ROMERO PÉREZ, *Ibíd.*, p. 36.

56. Véase GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Ibíd.*, p. 72; DROMI, *Ibíd.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

permanecen consustanciales al Estado mismo y éste no las puede ceder a esferas secundarias.

ORGANIZACIÓN.

La empresa privada del Estado utiliza preferentemente la forma de sociedad por acciones. Si los institutos privados son, en general, los más idóneos para el ejercicio de la actividad empresarial, la sociedad por acciones es, por su flexibilidad y agilidad, la forma que más garantías da de un ejercicio económico sin lentitudes burocráticas, abierto a la participación de las iniciativas privadas y útil para que, oportunamente, la empresa privada del Estado sea traspasada en forma íntegra al sector privado.

En la empresa privada del Estado, la forma societaria acondiciona en buena forma la función económica por ejercitar con el tipo de organización; digámoslo con palabras de BUONOCORE: es imposible ejercitar una empresa económica según los principios y las normas de la administración pública.[57]

Las bondades de la forma societaria en la organización de la participación directa del Estado en la economía son consideradas por STAMMATI en los siguientes términos:

> "Esta característica, conexa inicialmente a las circunstancias que han determinado la formación de una buena parte del patrimonio industrial del Estado, ha llegado a ser posteriormente, mediante la prueba positiva dada por la experiencia, un principio organizativo que se ha considerado oportuno observar sistemáticamente para asegurar, a la gestión de las empresas del sector público, el mayor grado posible de elasticidad y capacidad empresarial. La estructura privatista no ha sido solo un aspecto formal. Ha representado la plataforma sobre la cual la intervención ha encontrado la posibilidad de una amplia colaboración con el capital privado. En efecto, son numerosas las empresas controladas por el Estado en que hay importantes participaciones de los privados en acciones".[58]

GUARINO considera, acertadamente, que el esquema de las sociedades comerciales ha sido dispuesto especialmente en función de las empresas, y que facilita a éstas la plena utilización de sus capacidades.[59]

Una precisión, sin embargo, se hace necesaria: si bien la forma societaria es un medio idóneo para la consecución de buenos resultados en la empresa privada del Estado, no se le puede concebir como "con poderes mágicos" y decir que es plena garantía de acierto. En la gestión de la empresa, la aptitud del esquema organizativo es sólo un elemento más dentro de un complejo de factores que determinan —todos juntos— el éxito o fracaso. Paralelos a la estructura organizativa más adecuada deben existir una administración capaz de conjugar lo técnico-comercial con los elementos, nunca ausentes, políticos y económicos, y, por otra parte, los modernos controles que una actividad ágil exige. Es la coherencia entre estos factores —y no únicamente el esquema organizativo— lo que puede garantizar resultados compatibles con las expectativas sociales.

En otro orden de ideas, es bueno tener presente que BROSETA PONT se ha ocupado de formular algunas objeciones no sólo a aquella sociedad en la que la participación del Estado concurre con la de los particulares —aun cuando el Estado ostente mayoría; sociedad que llama "de economía mixta"— sino también a la que es creada *ex novo* con participación exclusivamente estatal, que da en denominar sociedad anónima pública unipersonal.[60]

Con respecto a la primera, estima, en lo que por ahora nos interesa, que el hecho de que las acciones en poder del Estado se declaren intransmisibles infringe un requisito esencial de la sociedad anónima: la transmisibilidad de tales títulos. Considera además que la existencia misma de la sociedad de economía mixta —usando su terminología— es un intento, de antemano fallido, por conciliar lo inconciliable, debido a que en su seno late un permanente conflicto entre el interés público del Estado accionista y el interés privado de los accionistas de tal naturaleza.

Sobre la primera objeción formulada hay que admitir que el mismo fenómeno ocurre en la realidad cotidiana con la sociedad anónima privada:

---

57. BUONOCORE, cit. p. MURILLO, *Perfiles jurídicos de la empresa. . .*, nota 147.

58. STAMMATI (Gaetano), La empresa pública en el marco de la acción económica del Estado, en *La empresa pública*, Zaragoza, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Colección Studia Albornotiana, vol. I, 1a. edición, 1970, p. 52.

59. GUARINO, *op. cit.*, pp. 54-56; coincide con esta apreciación FORSTHOFF, *op. cit.*, pp. 666-667.

60. BROSETA PONT (Manuel), Las empresas públicas en forma de sociedad anónima, en *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, vol. XLI, núm. 100, abril-junio de 1966, pp. 277-286.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

esta es "cerrada y familiar"; se combinan un número de socios apenas superior al mínimo legal con una circulación de acciones prácticamente inexistente, por lo que estos títulos se mantienen en forma casi indefinida en manos de un pequeño núcleo de personas unidas por vínculos familiares o de afecto.[61] Por otra parte, esta singular derogatoria al régimen común de las sociedades anónimas estatales —justificada por demás en el deseo de asegurar un control permanente por parte del Estado sobre la empresa— bien entendida en su contexto global no posee tal carácter como para despojar a la sociedad comercial de su naturaleza.[62]

Con respecto al conflicto que BROSETA PONT percibe entre el interés público del Estado y el privado de los particulares, la argumentación para superarlo no es menos contundente que para la objeción anterior: el interés prevalente es, y siempre debe ser, el interés social, interés que está determinado por la voluntad de la mayoría accionaria; los intereses propios de cada socio permanecen siempre ajenos al interés social. Pero aun dejando de lado esta solución —que el mismo BROSETA PONT admite—, ¿acaso es extraño el conflicto de intereses entre los socios en la sociedad comercial común?

Acerca de la "sociedad anónima pública unipersonal" BROSETA PONT se pronuncia partidario de no aceptarla como posible. Para ello recurre a afirmar que en tal caso el estatuto social no es expresión de la voluntad de los fundadores sino de un acto de imperio del ente público; que no hay verdadera asamblea de accionistas, pues no hay deliberación alguna —lo que, es como es obvio, ocurre igual en la sociedad unipersonal sobrevenida—; que no hay régimen de acciones, pues las que existen no son verdaderamente parte alícuota del capital social, ni instrumento de financiamiento y mucho menos medio para medir la intensidad en el ejercicio de los derechos de cada socio.

Pero lo cierto es que aun cuando BROSETA PONT se esfuerce por demoler esta sociedad unimembre originaria, la misma es una realidad indiscutible: el imperio de las normas que han autorizado su constitución, urgido por los requerimientos de las circunstancias económicas, se ha sobrepuesto a los principios tradicionales de la sociedad anónima, relativizándolos. Aparte de ello, la problemática de la sociedad anónima unipersonal no ha dejado de ser, en doctrina, una cuestión insoluta, por lo que su aceptación es, en resumen, un problema posicional; vale agregar que al ejercer la opción no se puede menospreciar el valor práctico de la respuesta escogida, y en ese sentido es sintomático que el legislador no se haya detenido a esperar la convergencia doctrinal sino que eligiera la opción positiva.

MANTILLA MOLINA, apoyándose en autores como BRUNETI, CERVANTES, SOPRANO, MICHOUD, GRISOLI, BOTER y LAGOS OLLIVER, explica su pensamiento en punto a este tópico así:

> ". . .si se prescinde del significado original de la palabra sociedad (y la semántica nos enseña en cuántas ocasiones una palabra llega a significar cosas opuestas a su primitiva significación), y si se tiene en cuenta que la sociedad es un negocio jurídico, pero no necesariamente un contrato, ningún inconveniente lógico existe para considerar la existencia de sociedades de un solo socio, que vendrían a ser la destinación de un patrimonio a un fin especial, a través de la estructura tradicional de la sociedad mercantil".[63]

FINALIDAD.

Son aplicables a la empresa privada del Estado todas las observaciones formuladas en torno al elemento teleológico en la empresa privada común y en la empresa pública.

Respecto de la primera, vale recordar sobre todo las observaciones de MORA y BIGIAVI, quienes estiman que el lucro debe considerarse siempre en abstracto, es decir, haciendo caso

---

61. Véase KOZOLCHIK (Boris), En busca de una teoría del Derecho en el desarrollo económico: El proyecto de reforma jurídica USAID-ROCAP, Universidad de Costa Rica, en *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, núm. 19, junio de 1972, pp. 39-40; lo mismo ocurre en México, según RUIZ MASSIEU, Estudios jurídicos. . ., p. 188.

62. Véase TAGAND (Róger), *Le régime juridique de la société de'économie mixte,* Paris, Libraire Gènèrale de Droit et de Jurisprudence, 1969, pp. 51-52; DUCOULOUX (Claude), *Les sociétés de'économie mixte en France et en Italie,* Paris, Librairie Gènèrale de Droit et de Jurisprudence, 1963, p. 72.

63. MANTILLA MOLINA (Roberto L.), *Derecho Mercantil,* México D.F., Editorial PORRÚA, S.A., 1984, p. 345.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

omiso de si efectivamente la empresa rinde algún tipo de utilidades. En otras palabras, lo que importa no es la realidad de las utilidades, sino la capacidad empresarial de rendirlas.[64] Desde que, como oportunamente señala Vicenzo PANUCCIO, la noción de lucratividad debe emplearse siempre advirtiendo que en todo caso, en el ámbito de cualquier empresa, el elemento teleológico es de considerar sobre un plano puramente objetivo, con prescindencia de los factores subjetivos que siempre se encuentran en quienes lo plasman en la realidad; además, la cobertura analítica del aspecto teleológico debe ser globalizante, esto es, comprensiva de toda la gama de actividades económicas desplegadas por la empresa. Esto último por cuanto observaciones puntuales y no coyunturales son siempre parciales y no conducen a conclusiones susceptibles de generalizarse.[65]

En lo concerniente al lucro en la empresa pública, conviene no olvidar lo dicho en el sentido de que un sinnúmero de fines mediatos (políticos, económicos y sociales) ejercen influencia sobre la noción de lucro; situación que no es distinta tratándose de la empresa privada del Estado, sino que, más aún, en ocasiones adquiere proyecciones de muy delicada consideración.

CONCLUSIÓN.

A la luz de lo expuesto es factible concluir que, sin lugar a dudas, los conceptos de empresa pública y empresa privada del Estado son claramente diferenciables. En ambos casos encontramos elementos distintivos fácilmente individualizables, cuya comprensión correcta nos induce a pensar en el equívoco que significa denominar genéricamente como empresa pública a todo fenómeno de participación estatal en la vida económica. Claro que la estimación de estos conceptos no agota de ninguna manera la tratativa del tema del protagonismo económico estatal. Hay una vastedad de aristas cuya exposición tocará hacer posteriormente. Por ahora será suficiente *ius pública* de por medio; en tanto que en la empresa privada del Estado la participación de este último siempre será bajo formas jurídico-privadas, de preferencia la sociedad anónima.

64. Véase MORA (Fernando), Sociedad, asociación y cooperativa, en *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, núm. 16, noviembre de 1970, a propósito del lucro en la cooperativa; BIGIAVI, *op. cit.*, p. 57.

65. Puede consultarse PANUCCIO (Vicenzo), *Teoria giuridica dell'impresa*, Milano, Dott, A. Giuffrè Editore, S.N.E., 1974, p. 134.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

EL REFUGIADO CENTROAMERICANO EN COSTA RICA

LICDA. MARTA ODIO BENITO

SUMARIO

Pág.

Introducción 54

Sección I: Régimen jurídico universal y regional 55
1. Derecho Internacional de los Refugiados 55
   a) Concepto 55
   b) Fuentes 55
   c) Naturaleza 56
   d) Principios 57
   e) La protección internacional 58
   f) Condición jurídica del refugiado 59
   g) Determinación formal de la condición de refugiado 60
   h) Naturaleza jurídica del reconocimiento de la condición de refugiado 61

2. Breve evolución histórica del fenómeno del refugiado en América Latina 62

Sección II: Manifestaciones del fenómeno en Costa Rica 63
1. Costa Rica: tierra de asilo y de refugio 63
2. Características de la población refugiada centroamericana 64
   a) Variables socioeconómicas 64
   b) Variables psicosociales 66
3. Respuesta del Estado costarricense a la problemática del refugiado 67
   a) Disposiciones legales 67
   b) Medidas programáticas 69
   c) Medidas institucionales 69

Consideraciones finales 70

Bibliografía 72

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

EL REFUGIADO CENTROAMERICANO EN COSTA RICA

Introducirse en el mundo del refugiado, es levantar el telón de un drama no por desconocido menos real, ni por negado menos doloroso, ni por contemporáneo menos salvaje.

Martín-Baró

Consideraciones introductorias

Se ha considerado importante tratar el tema del refugiado —fenómeno sociológico y político, de alto contenido humanitario y social, que ocupa la atención de los Estados, tanto por la responsabilidad ética y moral que les atañe, como por los costos sociales y económicos que a los países receptores les representa—, por cuanto es ésta una población que ha sido despojada de sus más preciados derechos, e inducida a aventurarse en la empresa riesgosa e incierta de trasladarse a otra realidad, desconocida y ajena, en pos de la reivindicación de su vejada dignidad humana.

El fenómeno del refugiado se remonta a épocas pretéritas de la historia de la humanidad. Jorge Santiestevan[1] nos dice:

> "los refugiados son producto de la violencia y de un clima general de inseguridad",

males que han marcado el proceso de desarrollo de los pueblos desde los estadios más embrionarios de su gestación. Encontramos constancia de ello en antiguos textos sagrados, que como la Biblia, tanto en el Viejo como en el Nuevo Testamento, nos refieren pasajes que nos hablan de este tipo de extranjero.

En la sociedad contemporánea, el fenómeno ha alcanzado tales proporciones, que algunos autores han llamado al siglo XX, "el siglo de los refugiados". La magnitud del problema ha llevado a la Comunidad Internacional a multiplicar sus esfuerzos para encontrar soluciones de índole jurídica, política, social y económica, en un intento por atender en forma eficiente a las víctimas de la injusticia, la opresión y la guerra, que abandonan sus países refugiándose en otros territorios con la esperanza de una vida mejor.

Costa Rica, al término de la década de los setenta, fue sorprendida por la afluencia de grandes masas de centroamericanos que la eligieron como tierra de refugio, provocando un impacto en su estructura política-administrativa, económica y social, que la ha obligado a desplegar una serie de medidas para enfrentar el problema que tal situación representa.

Dos aspectos centrales hemos elegido de esta compleja problemática, al considerarlos como componentes esenciales de su objeto de estudio, a saber:

- El sistema jurídico universal y regional; disposiciones legales que definen la protección internacional que orientan la actividad estatal en el ámbito nacional, y
- los sujetos depositarios de la protección

1. Asesor Jurídico Principal para América Latina del Alto Comisionado para los Refugiados.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

internacional y local, que no solamente reclaman protección y asistencia, sino también que anhelan la realización de sus justos derechos fundamentales —exigibles por lo demás—, en algún lugar del planeta.

El trabajo consta de dos partes; en la primera se pretende sistematizar algunos de los aspectos jurídicos inherentes a la condición legal del refugiado y las pautas para su tratamiento, contenidas en los instrumentos internacionales. En la segunda, se ofrecen elementos que caracterizan la naturaleza del fenómeno en Centro América, identificándose algunos rasgos socioeconómicos y psicosociales de la población refugiada en suelo costarricense, con una referencia tangencial a los mecanismos operativos que el Estado ha adoptado para su protección jurídica y asistencia social.

SECCIÓN I: Régimen jurídico universal y regional

1. Derecho Internacional de los Refugiados:

a. Concepto.

En foros internacionales y regionales los Estados Miembros de la Comunidad de Naciones, así como los organismos especializados de las Naciones Unidas, en el cumplimiento de su responsabilidad internacional para procurar la paz y la justicia entre los pueblos, se han dado a la tarea de perfeccionar o adecuar los instrumentos jurídicos internacionales, para proteger a estos contingentes de población cuyo incremento ha tornado insuficientes las medidas adoptadas hasta el presente en materia de refugiados.

Es de esta manera como se ha ido conformando un cuerpo de principios, normas y costumbres internacionales que ha dado origen a una nueva especialidad del Derecho Internacional Público, denominada Derecho Internacional de los Refugiados, definida por el internacionalista Héctor Gros Espiell como:

> "Una rama del Derecho Internacional de los Derechos Humanos *latu sensu*, pero con características especiales que requiere medios de aplicación específica, que suponen procedimentos y órganos propios".[2]

b. Fuentes.

Las fuentes que originan y desarrollan este derecho en formación son de diverso orden y efectos jurídicos. Entre ellas se citan:

— Las fuentes escritas, de naturaleza contractual, declarativa e institucional.
— La costumbre internacional, y
— Los principios generales que dan fundamento al derecho de los Estados de conceder asilo y el principio de "no devolución" del sujeto que sufre la situación.

— Fuentes escritas contractuales:

— La Convención de los Refugiados de 1951 y el Protocolo Facultativo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, constituyen la Carta Magna del Derecho Internacional de Refugiados.
— En el ámbito de la región latinoamericana, las Convenciones Interamericanas sobre Asilo y Extradición y la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de 1969.

Es importante anotar que a la Convención Americana se le considera como instrumento fundamental en el tratamiento y aplicación de disposiciones en materia de refugiados, en particular, para aquellos Estados no Partes de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, pero sí Partes del Pacto de San José.

Las disposiciones contenidas en estos instrumentos, son normas jurídicas obligatorias para los Estados Contratantes.

—Fuentes declarativas:

Entre las fuentes declarativas tenemos: la norma contenida en el artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 27 de la Declaración Americana de los

2. GROS ESPIELL (Héctor), *Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados*, trabajo presentado en la Mesa Redonda sobre Problemas Actuales del Derecho Internacional Humanitario, San Remo, setiembre, 1982.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Derechos y Deberes del Hombre de 1948; la Declaración sobre Asilo Territorial de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1967 (Resolución 2312 (XXII), de 14 de diciembre de 1967); la Declaración de Cartagena de Indias sobre Refugiados, de 22 de noviembre de 1984; el Acta para la Paz y la Cooperación Centroamericana (elaborada por el Grupo de Contadora en sus esfuerzos negociadores para lograr la paz en la región). Las pautas contenidas en este último documento, si bien aún no han sido aprobadas, tienen una validez de consenso muy sólidas.

—Fuentes institucionales:

Se consideran fuentes institucionales a las resoluciones adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, referidas al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), particularmente la Resolución 428 (V), de 14 de diciembre de 1950 y todas las resoluciones que anualmente se dictan sobre la materia en este foro mundial. Resoluciones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en especial una de las últimas en que apoya, endosa y hace suya, la Declaración de Cartagena e incorpora otros elementos que son útiles para el tratamiento de los refugiados.

Todas estas resoluciones van conformando un "corpus" humanitario con pautas de comportamiento de aceptación internacional para el tratamiento de esta población.

También de este género, amerita especial mención las conclusiones del Coloquio de México de 1981, donde se dieron las bases para la definición ampliada de refugiado, recogida posteriormente en la Declaración de Cartagena de 1984. Esta Declaración, define además pautas para el tratamiento del refugiado y llama la atención sobre la necesidad de armonizar los sistemas de protección de los diferentes instrumentos de alcance universal y regional, vale decir, los instrumentos de derechos humanos, los regionales de asilo y específicos de refugiados.

Otras fuentes institucionales son las conclusiones del Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR, aprobadas a propuesta del subcomité plenario sobre protección internacional, con suficiente autoridad moral que les otorga fuerza dispositiva.[3]

c. Naturaleza del Derecho Internacional de los Refugiados.

Entre los rasgos particulares del Derecho Internacional de los Refugiados se citan los siguientes:

— Acerca de su origen:

Su génesis se encuentra en los Derechos Humanos. Refugiado es aquel individuo que ha huido de su lugar de origen por fundados temores de persecución producidos generalmente por actos violatorios de los Derechos Humanos. Por otra parte y derivado de lo anterior, la protección del refugiado, viene entonces a configurar una de las esferas de protección de los derechos humanos. Anotamos por ejemplo, que el derecho de asilo es contemplado en los instrumentos internacionales que se refieren a la protección de los derechos humanos.

—Acerca de su contenido:

Es de orden humanitario, social y apolítico, tal y como lo expresa el Preámbulo de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y el Estatuto constitutivo del ACNUR, de 1950, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas que a la letra dice:

> "la labor del Alto Comisionado tendrá carácter enteramente apolítico; será humanitario y social. . .".[4]

—Acerca del órgano especializado de las Naciones Unidas:

La Organización de las Naciones Unidas, creó en 1950 el Alto Comisionado para los Refugiados, ente especializado internacional que ofrece colaboración a los Estados para la protección y asistencia de los refugiados.[5]

---

3. *Conclusiones sobre la Protección Internacional de los refugiados, aprobadas por el Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR*. Publicado por el ACNUR, Ginebra, 1981.
   El Comité Ejecutivo lo componen en el presente 41 miembros elegidos por el Consejo Económico y Social (ECOSOC) de las Naciones Unidas.

4. Anexo a la Resolución 428 (V) de las Naciones Unidas, del 14 de diciembre de 1950 —*Capítulo I Disposiciones Generales*—.

5. Según Resolución 319 (IV) de la Asamblea General de 3 de diciembre de 1949. La Oficina fue creada a partir del 1º de diciembre de 1951 y su Estatuto adoptado por Resolución 428 (V), de 14 de diciembre de 1950.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

d. Principios que lo informan.

El asilo territorial: El fundamento esencial del derecho de los refugiados lo constituye el asilo territorial; sin embargo, aún no ha sido posible lograr una definición unívoca de su naturaleza jurídica y de su alcance, por cuanto los Estados no han logrado uniformar criterios que permitirían elaborar una normativa común para regular esta materia, pese a los esfuerzos que en los planos universal y regional se han desplegado para arribar a estos puntos de concertación.[6]

Se citan como ejemplo de estos esfuerzos, en el ámbito internacional, la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre en 1948, que en su artículo 14 se refiere a esta materia y la Declaración sobre Asilo Territorial de 1967.

En el plano regional, América Latina se ha destacado por su ya larga y valiosa tradición en torno al asilo y al refugio, derechos que ha consagrado en instrumentos jurídicos de tipo declarativo y contractual que incorporan disposiciones sobre la materia, verbigracia el artículo 27 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 22, párrafo 7, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, diversas convenciones sobre el Asilo Territorial y la Extradición. Al interior de los Estados, algunas de estas normas han sido elevadas a rango constitucional.

Empero, autores como César Sepúlveda señalan que estos resultados no han sido suficientes porque "no pueden traducirse en obligaciones rígidas para los Estados, que explícitamente no admiten restricciones impuestas a su soberanía y solo se reconoce, en el fondo de tales convenciones internacionales, que el asilo territorial es una institución humanitaria, que los Estados deberían emplear sus mejores esfuerzos y que es menester adoptar medidas de solidaridad internacional en favor de los refugiados".[7]

Funciones del derecho de asilo:

La institución del asilo tiene como función básica, asegurar la protección a la vida, a la integridad física y la libertad del refugiado, según afirma la doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.[8]

De lo anterior se deriva que el asilo le permite a una víctima de persecución, ponerse a salvo en el territorio de otro Estado de los sujetos que lo persiguen; el Estado receptor a su vez, tiene la facultad de otorgar el asilo a personas en circunstancias en que su vida, integridad física o libertad se halle en peligro, práctica que devino en una norma jurídica de generalizada aplicación.

Principio de "no devolución":

Esta función esencial del asilo se encuentra garantizada por el principio fundamental de "no devolución" (non-refoulement), de amplio reconocimiento actual entre los Estados y que se encuentra recogido en numerosos instrumentos internacionales, como por ejemplo, el artículo 33 de la Convención de 1951, bajo el Título "Prohibición de expulsión y de no devolución".

El principio de no devolución está expresado también en instrumentos latinoamericanos sobre el asilo y la extradición, así tenemos que el artículo 22, párrafo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no sólo lo recoge, sino que además lo hace extensivo a la categoría de extranjeros y reza como sigue:

> "En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas".

Conviene mencionar que el principio en cuestión ha ido ampliando su alcance de acuerdo con las variaciones del problema, es así como al presentarse la situación de afluencia en gran escala de personas, la Declaración sobre el Asilo Territorial de 14 de diciembre de 1967 (Resolución 2312 (XXII) autorizó una excepción en la aplicación del principio, consignada en el artículo 3.2, que dice así: ". . .por razones de seguridad nacional o para salvaguardar a la población, como en el caso de una afluencia en masa de personas, el Estado está facultado a oponer la excepción al principio". No obstante, continúa el párrafo, ". . .en circunstancias justifica-

---

6. La dificultad para la preparación de este compendio de normas, se refleja en la Conferencia Plenipotenciaria de Naciones Unidas sobre Asilo Territorial, en 1977, cuyos trabajos quedaron sin concluir.

7. SEPÚLVEDA (César), México y las complejidades modernas del asilo territorial, *Línea*, núm. 2, sept.-octu., 1981, México, p. 48.

8. Doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Diez años de actividades, 1971-1981*, Wáshington, 1982, p. 314.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

das, el Estado debe considerar la posibilidad de conceder a la persona interesada, en las condiciones que juzgue conveniente, una oportunidad en forma de asilo provisional o de otro modo, a fin de que pueda ir a otro Estado".

Como puede observarse, la cláusula ofrece la posibilidad en caso justificado de conceder el derecho de asilo aunque sea en forma temporal.

En 1981, por las características masivas del problema, los Estados Miembros del Comité Ejecutivo del Alto Comisionado concluyeron lo siguiente:

> "En situaciones de afluencia en gran escala, debe admitirse a las personas en busca de asilo en el Estado donde buscaron refugio en primer lugar, y si ese Estado no puede admitirlos durante un tiempo prolongado, al menos debe admitirlos temporalmente, en todos los casos y prestarles protección de conformidad con los principios establecidos más abajo. Debe admitírseles sin discriminación alguna por motivos de raza, religión, opinión política, nacionalidad, país de origen o incapacidad física. En todos los casos debe observarse escrupulosamente el principio fundamental de no devolución, incluido el rechazo en la frontera".[9]

La Convención de 1951 protege al refugiado legalmente establecido y así lo dispone el artículo 32, oponiendo la excepción por razones de seguridad nacional u orden público, resolución que debe adoptarse previo procedimiento legal. El refugiado que no se encuentre en dichas circunstancias, tiene la oportunidad del recurso de apelación ante los órganos jurisprudenciales mediante la presentación de pruebas exculpatorias.

El párrafo 3 de dicho artículo, dispone que los Estados Contratantes deberán conceder un plazo razonable para que el refugiado gestione su admisión legal a otro país; los Estados en ese lapso, pueden aplicar las medidas de orden interno que juzguen pertinentes.

La Declaración de Cartagena de Indias de 1984, no se limita a reiterar el carácter obligatorio del principio de no devolución forzada, en el tanto que expresa la conveniencia de que este principio forme parte del YUS COGENS, es decir, que su aplicación sea inmediata y que no requiere de una norma contractual por parte de los Estados.

Concluyendo, el principio de no devolución implica al menos el derecho del refugiado de ser admitido transitoriamente en otro país, a pesar de la oposición de terceros Estados y de no ser devuelto al país en el que tema sufrir persecución. El principio de no devolución constituye entonces el componente esencial del derecho de asilo.

Segunda función del derecho de asilo:

Una vez que la función primordial del asilo ha sido cumplida, poniendo a salvo la vida o libertad de una persona, ¿qué perspectivas se le brindan al refugiado en el país de acogida para sobrevivir dignamente en la nueva situación? Este interrogante nos lleva a otros problemas, —no por ello menos dramáticos—, de profundo contenido humanitario que demandan un trato jurídico en relación con la permanencia del sujeto en el país del asilo. En ésta, la segunda función a cumplir por el asilo, de menor fuerza obligatoria por cuanto no está consagrada en el derecho internacional moderno.

La Convención de 1951, pese a constituir la codificación más completa sobre esta materia, no contiene disposiciones sobre el deber de los Estados de conceder permanencia prolongada al refugiado y en consecuencia, se afirma que no existe un derecho subjetivo que le permita al individuo reclamar "asilo-subsistencia", como correlativo al derecho a la permanencia. Apreciamos entonces una laguna importante en la normativa actual.

No obstante lo anterior, la Convención define reglas mínimas básicas para el tratamiento de los refugiados orientadas hacia las prerrogativas de vida, sin perjuicio de que los Estados le otorguen un trato más favorable.

Para la aplicación de la Convención no se requieren medidas legislativas internas complementarias en cada Estado Contratante, pero obviamente, si al interior del Estado se adoptan normas legales o administrativas, la efectividad de las normas internacionales se refuerza al ampliar los derechos básicos de la Convención.

e. La protección internacional.

El concepto de protección internacional es

---

9. Conclusión núm. 22, Protección de las personas que buscan asilo en situaciones de afluencia en gran escala, 1981, p. 50. La Declaración de la Asamblea General sobre Asilo Territorial de 1967, en su artículo 3, señala que no se puede negar la admisión en el país, para la persona que demanda asilo. El Coloquio de México, recoge la prohibición del rechazo en las fronteras, lo cual significa una ampliación del alcance al principio de no devolución.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

acuñado por primera vez en el Anexo de la Resolución 428 (V) de la Asamblea General del 14 de diciembre de 1950. Dicho Anexo es el Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

Dado que el refugiado es un extranjero que se encuentra desprotegido jurídica y socialmente, la idea de la protección internacional se entiende como un corolario de la protección nacional, entendido "como la suma de responsabilidades que tiene el Estado para con sus ciudadanos y la idea de que los derechos consiguientes del individuo se podían ejercer tanto fuera del país como dentro de él".[10]

La función del órgano especializado de las Naciones Unidas, definida estatutariamente para "proporcionar protección internacional bajo los auspicios de las Naciones Unidas",[11] a los individuos cubiertos por su mandato.

El Estatuto define además los mecanismos para asegurar la protección internacional. El artículo 8 atribuye al órgano competencia para:

- — Promover a los Estados a que concluyan o ratifiquen los instrumentos internacionales sobre la materia; vigilar la aplicación de sus normas y proponer modificaciones a los convenios;
- — Promover acuerdos especiales con los gobiernos para que mejoren la situación de los refugiados;
- — Ofrecer asistencia a los gobiernos y a los particulares, para facilitar la repatriación de los refugiados o permitirles su integración a la nueva sociedad;
- — Gestionar la admisión de los refugiados en el país receptor, aun las categorías más desvalidas;
- — Coordinar acciones con los gobiernos, organizaciones intergubernamentales interesadas, organizaciones privadas en aras del bienestar social del refugiado, etc.

Conviene mencionar además que el ACNUR tiene como primordial tarea, velar por el cumplimiento del principio de no devolución, contribuir a regular la condición migratoria del refugiado y ofrecerle protección contra su expulsión arbitraria o la detención abusiva; facilitar la repatriación voluntaria y promover la reunión familiar.

Esta protección es un complemento de la protección que brinda el Estado receptor al refugiado legalmente reconocido.

En cuanto a los Estados no Partes de los convenios internacionales, la protección tiene su fundamento jurídico en la Resolución 428 (V) y sus siguientes resoluciones de la Asamblea General que se refieren al mandato del ACNUR.

f. Condición jurídica del refugiado.

El término refugiado se encuentra definido en la Convención de 1951, similar a la que figura en el Estatuto que en su artículo primero reza como sigue:

> "Toda persona que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no quiera regresar a él".

El Protocolo Facultativo de 1967, marcó un primer avance en la ampliación de los límites fijados en la definición transcrita, al establecer que todas las disposiciones sustantivas de la Convención eran aplicables a todos los refugiados así definidos por ésta, sin sujeción a fecha alguna.

Las causales para refugiarse establecidas en los instrumentos internacionales citados, son de tipo individual. En consideración de la evolución que ha ido sufriendo el fenómeno, la Comunidad Internacional se ha esforzado por ampliar los alcances de la definición convencional, en un intento por adecuarla a la realidad actual, en la que los desplazamientos humanos masivos han producido cambios que escapan a las justificantes originales que fueron tipificadas.

Podemos apreciar este esfuerzo en la forma cómo han ido evolucionando los organismos internacionales especializados, ampliando su campo de operación y en el afinamiento de los instrumentos jurídicos para incorporar a la protección internacional los nuevos matices del problema.

Vemos así cómo el mandato que recibe el Alto Comisionado de la Asamblea General de las

---

10. MOUSSALLI (Michael), *La protección internacional de refugiados,* Noveno Curso de Derecho Internacional del Comité Jurídico Interamericano de la Organización de los Estados Americanos, Rio de Janeiro, agosto 1982.

11. Anexo a la Resolución 428 (V) de la Asamblea General de las Naciones Unidas —14;12;50— Capítulo I. Párrafo 1.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Naciones Unidas, cada año va incrementando el ámbito de su competencia hasta llegar a añadir al concepto tradicional de refugiado, la categoría ampliada y que "en términos de la Asamblea General se denomina persona en situación similar a la de los refugiados".[12]

La Declaración de Cartagena de igual manera, también admitió estos avances en los mecanismos jurídicos tradicionales, progresos que ya habían sido acogidos en la Convención Africana que en materia de refugiados, se considera un complemento de la Convención de 1951.

En este mismo sentido, el Coloquio de Cartagena, haciendo suyo las normas positivas de la Convención Africana citada, incorpora además los elementos doctrinarios elaborados por la Convención Interamericana de Derechos Humanos, concluyendo que además de las causales definidas por la Convención de 1951, la condición de refugiado debe extenderse a "las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva a los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público".[13]

La definición ampliada de la Declaración de Cartagena, es la que mejor se aplica en la situación centroamericana.

Elementos constitutivos del concepto de refugiado.

Temor fundado de persecución: El término "temor" está compuesto por un elemento subjetivo y un elemento objetivo; el primero debe ser evaluado en cada sujeto solicitante de la condición de refugiado y el objetivo se encuentra en el calificativo de "fundado". Ambos requisitos deben ser tomados en consideración para determinar la pertinencia de la solicitud. En caso de incertidumbre sobre los hechos expuestos por el solicitante, se le concederá el principio del beneficio de la duda.

Los antecedentes y personalidad del solicitante, son también aspectos a considerar para efectos de verificación de la credibilidad de los hechos narrados por éste, valorando así la existencia del temor de persecución.

En el análisis del elemento objetivo, entran en juego consideraciones como: la situación del país de origen del sujeto, las leyes y su aplicación, aspectos todos que permiten obtener una apreciación sobre la veracidad de los temores aducidos por el individuo. Todos estos elementos deben ser examinados en cada uno de los casos, dada la diversidad de matices y las particularidades de cada situación.

Persecución: No existe una definición unívoca del término, no obstante, se estima que toda violación de los derechos humanos particularmente aquéllas que atenten contra la vida o libertad de una persona, por razones de religión, raza, opinión política, nacionalidad o pertenencia a un determinado grupo social, constituye "persecución"; en todo caso, ésta dependerá de un cúmulo de circunstancias de orden social o político en cada una de las situaciones.

¿Quiénes no son refugiados?

Se excluye a los sujetos que han cometido actos criminales y que intentan burlar la acción jurisdiccional de los tribunales de justicia del o de los países que huyen.

Tampoco pueden calificar como refugiados los individuos que poseen una doble nacionalidad (salvo que el sujeto experimente temores fundados de persecución en los países de los cuales tenga la nacionalidad); migrantes económicos; víctimas de desastres naturales y extranjeros por conveniencia propia; víctimas de violaciones de derechos humanos o desastres provocados por el hombre, que se encuentren dentro de su propio territorio; refugiados susceptibles de aplicación de las cláusulas de cesación (sujetos a los que se les ha desposeído de su *status* al haber incurrido en las circunstancias o condiciones estipuladas por los instrumentos internacionales que regulan la materia) y las personas susceptibles de aplicación de las cláusulas de exclusión (aquellas personas que han cometido un delito común grave, fuera del país de refugio, antes de haber calificado como refugiado).

g. Determinación formal de la condición de refugiado.

La determinación formal de la condición de

12. Citado por SANTISTEVAN (Jorge), *Refugiados en Centroamérica: soluciones políticas y jurídicas*, CEDAL, Heredia, 1984, p. 29.

13. SANTISTEVAN (Jorge), *op. cit.*, p. 24.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

refugiado es un acto jurídico y humanitario, por sus implicaciones en el destino del demandante. El ACNUR, sobre la base de resoluciones jurisprudenciales de los diversos países, ha ido elaborando una serie de criterios para su definición.

Empero, la autoridad competente para determinar esta condición, es el Estado, representado por un órgano al que le ha facultado para esta función. En los Estados Partes de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967, los refugiados reconocidos por este órgano, quedan sujetos al régimen previsto en dichos instrumentos. Por lo general, los Estados contratantes mediante normas de derecho interno, reglamentan los procedimientos y definen el órgano competente. El ACNUR suele participar en calidad de observador (a solicitud del gobierno) y vierte sus opiniones sobre el caso en particular, cumpliendo de esta manera con su función de vigilar sobre la aplicación de la Convención, según atribución conferida por el artículo 35 de la misma.

Existen también los "refugiados bajo mandato", cuando la fuente de decisión a diferencia de los "refugiados de la Convención", no es el Estado directamente, sino el ACNUR a quien se le confiere esta atribución, en aquellos países que no se han adherido a los instrumentos internacionales, o cuando son refugiados no europeos si el país Parte se hubiese adherido con la reserva geográfica.

La diferencia central es que esta segunda categoría de refugiados, no están cubiertos por el régimen que estatuye la Convención, sino que están protegidos por el régimen mínimo aplicable a los extranjeros en el país receptor y lógicamente, por la autorización de estadía, así como por la aplicación de los principios que informan a los derechos humanos fundamentales; beneficiarios de la protección internacional, como por ejemplo del principio de no devolución y en caso necesario de la asistencia de ACNUR.

h. Naturaleza jurídica del reconocimiento de la condición de refugiado.

Conviene hacer una distinción entre los actos de reconocimiento de la condición de refugiado y el otorgamiento del asilo, ya que ambos son de naturaleza jurídica diferente, no obstante estar relacionados. A diferencia del asilo, el acto que reconoce la condición de refugiado es de carácter declarativo y no constitutivo. ¿Por qué? porque la condición de refugiado antecede a la determinación formal por parte de la autoridad, quien con este acto de reconocimiento, legitima esa cualidad preexistente.

Sobre este particular, Paul Weiss anota que esta decisión "constituye simplemente un reconocimiento oficial del hecho que el interesado reúne las condiciones requeridas para gozar del estatuto de refugiado".[14]

La persona que reúne los requisitos para ser calificada, pero su condición no ha sido reconocida como tal en el país donde se encuentra, por intermedio del ACNUR, puede gozar de la protección internacional y hacer valer el principio de "no devolución", si su integridad física o libertad, peligraran en su país de origen. El ACNUR, evaluando los diferentes elementos, puede considerarlo "refugiado prima facie". En caso de que la situación no fuera tan extrema, pero si se llegare a determinar que las circunstancias justifican los temores fundados de persecución que invoca el sujeto, a solicitud del interesado o de la autoridad del país donde se encuentre, el ACNUR puede interceder para que se le califique de refugiado *a posteriori*.

A estas situaciones, algunos autores las han denominado refugiados de "hecho", las que son relativamente frecuentes en América Latina y se afirma que su número es posiblemente mayor al de los refugiados declarados como tales.

Una vez que la condición de refugiado ha sido declarada, permanece inalterable, salvo que se presenten circunstancias que originen la aplicación de las cláusulas de cesación o de exclusión, o que nuevas informaciones revoquen la condición de refugiado. El Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR ha interpretado que los propósitos tanto de la Convención como del Protocolo se dirigen a la inalterabilidad de este reconocimiento por los otros Estados Parte, una vez que un Miembro ha admitido la condición de refugiado, a excepción de irregularidades que merecieran la aplicación de las cláusulas de cesación o de exclusión, o bien que el refugiado se hubiese valido de informaciones falsas para obtener su calificación.[15]

---

14. WEISS (Paul), The International Protection of Refugees, *American Journal of International Law*, vol. 48, núm. 2, april, 1954, p. 220.

15. Conclusión núm. 12 (XXVIII), *Consecuencias extraterritoriales de la determinación de la condición de refugiado.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

2. Breve evolución histórica del fenómeno del refugiado en América Latina.

Es importante anotar que a lo largo del siglo XX América Latina se ha destacado por su trayectoria en movimientos migratorios.

En el periodo previo y posterior a la segunda guerra mundial, la región recibió el impacto de la llegada de un numeroso grupo de europeos que absorbió mediante políticas migratorias en el marco de la tradición de asilo.

Para cooperar con los gobiernos de América Latina en la asistencia a los refugiados del Viejo Continente, el ACNUR se estableció en Buenos Aires, Argentina.

En 1973, por los sucesos desencadenados por el Golpe de Estado en Chile que derrocó al presidente Salvador Allende, el ACNUR se movilizó para ubicar en cerca de 40 naciones a 5.000 chilenos que en ese primer momento abandonaron su país. Posteriormente los acontecimientos en Bolivia y los cambios institucionales en Argentina y Uruguay, requirieron la asistencia de los nacionales de estos países, quienes temiendo por su vida o libertad, se refugiaron en otros territorios de la región y en Europa.

Se citan como rasgos característicos de estas poblaciones, su procedencia urbana, buena calificación profesional o técnica y militancia en organizaciones profesionales, sindicales o políticas.

Al término de la década de los setenta, con ocasión de la confrontación bélica en Nicaragua entre grupos opositores al Gobierno del General Anastasio Somoza y las fuerzas militares, alrededor de 100.000 personas fueron asistidas por el ACNUR en los países receptores, trasladándose el centro de atención al istmo centroamericano. Posterior al triunfo de la Revolución que derrocó al régimen somocista, el ACNUR participó activamente en el repatriamiento de los refugiados a su país de origen. Al reaparecer la violencia en Nicaragua ante la oposición armada de grupos al nuevo sistema, la situación volvió a recrudecerse y miles de nicaragüenses comienzan a huir del espectro de la guerra, refugiándose en los países limítrofes o cercanos.

Hechos similares sacuden a El Salvador y Guatemala, donde se agudizaron las ancestrales contradicciones estructurales de índole político social y económica que inducen a millares de sus pobladores a un éxodo masivo.

Según una estimación global del Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de junio de 1983, en América Central y México había aproximadamente 326.500 refugiados.[16]

En febrero de ese año, el ACNUR asistía a 80.000 refugiados en la región centroamericana y México.[17] Asistencia que no corresponde al volumen de la población por cuanto la mayoría de ella se incorpora clandestinamente a la nueva sociedad, sin legalizar su situación ante las autoridades pertinentes.

La composición social de estos refugiados, varía sustancialmente a la referida del Cono Sur del periodo de los setenta. Predominan los individuos de extracción campesina, con bajo nivel de escolaridad y de calificación laboral, que escapan en grupos por la violencia generalizada que azota a sus países.

Estos desplazamientos masivos, han quebrado los esquemas que conformaron la tradición para atender estos flujos migratorios, tornándose también inoperantes los procedimientos para la determinación de la condición de refugiados y las medidas para su incorporación a las nuevas sociedades.

Dicha situación ha llevado a modificaciones en los procedimientos para reconocer el *status* de refugiado, llegándose a adoptar fórmulas colectivas, una vez ponderados los hechos y circunstancias de los grupos y comprobado lo fundado de sus temores, bajo los supuestos establecidos. Los integrantes de estos grupos, califican como refugiados *prima facie,* salvo prueba en contrario.

16. Information HCR, Amérique Centrale, núm. 8, junio, 1983.

17. Citado por FRANCO (Leonardo), *Problemas en la Protección de los refugiados en América Latina,* Doc, mimeo., ACNUR, p. 210.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

SECCIÓN II: Manifestaciones del fenómeno en Costa Rica

1. Costa Rica: tierra de asilo y de refugiado.

Costa Rica es uno de los países de mayor recepción de refugiados del área centroamericana, debido a su posición geopolítica y a su reconocida tradición humanista en materia de asilo y de refugio.

Hace más de una centuria, sus gobernantes ratificaron tratados internacionales de asilo, adquiriendo con este compromiso, la responsabilidad internacional de proteger a los extranjeros víctimas de la intolerancia hacia sus creencias, pertenencia a determinado grupo social, formas de pensar o de actuar, que se refugian en el territorio de la República, en busca de paz y de libertad.

En el presente, la proximidad geográfica con los centros neurálgicos de conflicto de los países de la región y su relativa estabilidad sociopolítica, han convertido a Costa Rica en uno de los principales centros de atracción de la población que es expulsada de sus países de origen ante el temor de perder la vida, integridad personal, o bien, de aquellos que huyen del drama de la guerra civil que pone en peligro su seguridad personal y la de los suyos.

El Centro de Cómputo del Ministerio de Seguridad Pública reportó en marzo de 1986 la cifra de 25.456 refugiados y la Dirección General de Refugiados, en setiembre de ese año, informó de un aumento cercano a las 5.000 personas en ese lapso.[18]

La afluencia masiva de esta ola de refugiados provenientes de los países vecinos, se inició en 1978 como consecuencia de la guerra civil —que como ya se mencionara— se libró en Nicaragua entre el Frente de Liberación Nacional y las fuerzas militares gubernamentales del General Anastasio Somoza. Setenta mil personas se refugiaron en Costa Rica, y al término de la confrontación armada, fueron repatriados casi en su totalidad a su país de origen.

En los albores de la década del 80, una oleada de refugiados salvadoreños irrumpió en el territorio costarricense, debido a la violencia generalizada que desencadenó el enfrentamiento entre las fuerzas populares y el ejército. En 1982 se estimó que en el país existían cerca de 18.000 salvadoreños sin posibilidades de repatriación a corto plazo.

Hacia 1983, la situación de violencia en Nicaragua comenzó de nuevo a recrudecerse con la arremetida de las fuerzas de la oposición al régimen establecido por el gobierno revolucionario. Ello trajo como consecuencia otra fuga masiva de nacionales de ese país que han buscado refugio en Costa Rica.

El fenómeno anterior, coincidió con el embate de la crisis económica mundial que terminó de desmoronar el ya maltrecho esquema económico, que sustentaba el modelo de desarrollo del Estado costarricense. Si bien no es nuestra intención detenernos en el análisis de la crisis del orden económico internacional, pues escapa a los límites de este estudio, una somera referencia a la situación del país, nos permitirá apreciar en alguna medida el impacto de la afluencia masiva de refugiados a una sociedad donde los indicadores de su desarrollo se encuentran en franco deterioro.

Desde 1973, la estructura productiva del país comenzó a sufrir un periodo de estancamiento que lo ha llevado a un estado de recesión económica. Entre las causas endógenas y exógenas de tal situación, los economistas anotan las siguientes:

- — Agotamiento del modelo de sustitución de importaciones.
- — Escasa diversificación de los productos tradicionales de exportación.
- — Desigualdades en los precios de intercambio: alimenticios, manufacturados y de capital.
- — Industria nacional protegida e ineficiente.
- — Acelerado incremento del gasto público.
- — Disminución de la demanda de los productos nacionales en los mercados internacionales.
- — Incremento en los precios de los hidrocarburos (al término de los setenta), son algunas de las causas de la hecatombe económica que han sumido al país en una de las crisis más graves de los últimos

18. Citado por FÉRNANDEZ (Janina) y otros. *Situaciones socioeconómicas críticas de la población refugiada en Costa Rica*, Investigación exploratoria, Centro de Análisis Socio-Político, CASP/RE, Programa para Refugiados, dic. 1986, p. 5.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tiempos, sin visos de resolverse en los próximos años.

Esta crisis económica la refleja el comportamiento de los indicadores macroeconómicos convencionales (salud, alimentación, vivienda, educación, empleo, etc.), siendo afectados en mayor grado los sectores más vulnerables de la sociedad —los grupos populares—, cuyo deterioro en la calidad de vida, los ha sumido en niveles de empobrecimiento dramáticos.

2. Características de la población refugiada centroamericana. (Algunos datos sobresalientes).

Como ya se señalara, la población refugiada registrada censalmente, proviene en su mayoría de Nicaragua y El Salvador; en la actualidad, el mayor volumen lo constituye los nacionales del primer país.

Según información suministrada por la Dirección General para Refugiados (DIGEPARE), al 30 de setiembre del año anterior, había 30.586 refugiados legalmente establecidos, de los cuales, el 71% es de origen nicaragüense y el 20% salvadoreños; el 9% restante, de diversas nacionalidades: 8,20% cubanos; 0,6% guatemaltecos; 0,1% chilenos; 0,1% hondureños y 0,2% de otras nacionalidades.[19]

La Secretaría de Población del Ministerio de Planificación Nacional, en su Diagnóstico sobre la Situación de los Refugiados de 1986, revela los siguientes datos:

- — Un 58,9% es población masculina y el 71% es menor de cuarenta años, siendo el grupo más numeroso, el comprendido entre los 20 y 30 años.
- — El 43% reside en la Provincia de San José, de los cuales, la mitad se ubica en el Cantón Central; el 37% en las provincias de Alajuela, Guanacaste, Limón y Heredia.
- — El 55% se encuentra en edad productiva.

Un alto porcentaje de esta población lo constituyen campesinos, obreros sin calificación y una minoría de profesionales. En términos generales se afirma que tienen un bajo nivel educativo y que un porcentaje importante son analfabetos o con estudios primarios incompletos.

Estudios realizados han observado una cierta homogeneidad en las características del refugiado salvadoreño, no así en el nicaragüense. El primero procede de sectores sociales marginados o bajos; en su país se ocupaban en actividades agrícolas, como jornaleros o pequeños propietarios, comerciantes ambulantes, propietarios de pequeñas empresas o como obreros industriales.

Diferente es la composición del refugiado nicaragüense. Un grupo proviene de estratos sociales medios o altos (bastantes de ellos tenían vínculos con las autoridades depuestas). Otro grupo numeroso es de extracción popular.[20]

La información que se presenta a continuación, revela en alguna medida la realidad crítica en la que viven gran parte de los individuos que han elegido nuestro territorio en busca de una vida mejor. Dos fuentes utilizaremos para nuestro propósito, a saber:

- — Un estudio exploratorio del Centro de Análisis Sociopolítico, CASP/RE, Programa para Refugiados, de 1986 y
- — Una experiencia académica con refugiados, desarrollada por estudiantes de último año de la Escuela de Trabajo Social, en 1986, cuya coordinación estuvo a cargo de la autora de este trabajo.

a. Variables socioeconómicas.

El estudio exploratorio titulado "Situaciones socioeconómicas críticas de la población refugiada en Costa Rica", con base en una muestra tomada de la clientela de la agencia que recurrió a sus servicios en los meses de enero, marzo y abril de 1986, nos ofrece una interesante información, de la cual se extraen los siguientes datos:

Educación:

- — El 44% de la población estudiada (nicaragüense y salvadoreña), es analfabeta o con enseñanza elemental sin complementar.
- — En ella se observan diferencias por nacionalidad y sexo, detectándose que un mayor porcentaje de analfabetismo funcional (condición a la que se refiere el porcentaje citado) corresponde a hombres nicaragüenses (el 72%), al que le siguen los hombres salvadoreños (55%).

---

19. Citado por Dirección General de Migración, agosto, 1986.
20. BARAHONA (Marta y otras), *Diagnóstico situacional*, Universidad de Costa Rica, Escuela de Trabajo Social, doc. mimeo., 1986.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

— La situación de la mujer es considerablemente mejor que la del hombre, por cuanto el analfabetismo de la salvadoreña es del 38% y el de la nicaragüense de 31%.
— Con primaria completa: el 31% corresponde a mujeres nicaragüenses, el 22% a hombres salvadoreños, el 12% a mujeres salvadoreñas y el 9% a hombres nicaragüenses.
— Estudios secundarios: (completos o incompletos): Son las mujeres las que tienen un nivel educativo más alto, salvadoreños en un 50% y nicaragüenses en un 35%; hombres salvadoreños un 22% y un 18% de hombres nicaragüenses.

Esta información nos indica en términos generales que la mujer es quien tiene una condición académica más alta en relación con el hombre y de éstos, los nicaragüenses son los que tienen un nivel de escolaridad más bajo. Sin embargo, esta ventaja educativa de la mujer, no corresponde con una mejor condición laboral, ya que en el mercado de trabajo se desempeña en oficios de menor remuneración salarial.

Condición sociolaboral:

— El 71% de la población estudiada informó ser asalariados; un 20,4%, trabajadores por cuenta propia; un 6,3%, miembros asociados de alguna empresa y un 2,3%, familiares sin sueldo.

Oficios u ocupaciones en las que han trabajado en Costa Rica, según resultados ordenados por categorías:

— Técnicos en servicio y trabajadores en servicios colectivos: 38,3%.
— Operadores de máquinas y obreros: 12,3%.
— Trabajadores de industrias metálicas, mecánicas y eléctricas: 7,4%.
—Trabajadores de industrias varias y artesanías: 2,5%.

Dadas las respuestas de los entrevistados se evidenció que están viviendo un proceso de "descampesinización" o de urbanización acelerado, en la confrontación de la actividad actual con la realizada en su país de origen.

Ingresos de la población en estudio:

— El 60% de los salvadoreños, el 41,5% de nicaragüenses, declararon que perciben ingresos por su trabajo principal entre los ¢4.801,00 y ¢8.000,00 por mes. Ambos dijeron recibir ayudas complementarias de los diferentes programas de asistencia.

Conviene señalar las diferencias que por sexo se observaron: así tenemos que el 80% de las mujeres salvadoreñas, declararon recibir por su trabajo principal un máximo de ¢3.000,00 mensuales y el 100% por otras actividades desarrolladas perciben entre ¢700,00 y menos de ¢3.350,00 por mes.

El 99% de las mujeres nicaragüenses perciben ingresos menores a los ¢4.801,00 mensuales, pero el 100% declararon que por actividades complementarias perciben más de ¢6.000,00 por mes.

El análisis comparativo de los ingresos por nacionalidad y sexo, permitió a los investigadores arribar a conclusiones preliminares en el siguiente sentido:

La composición de los ingresos de los refugiados estudiados están conformados por: ingresos monetarios (derivados de su trabajo principal y de otras actividades) y por ingresos en especie (alimentos, educación, capacitación, servicios de salud). La suma de estos beneficios los coloca por encima del salario mínimo legal de los sectores populares costarricenses.

Un análisis de las diferencias por sexo revela que el 80% de la mujer salvadoreña no alcanza a satisfacer las necesidades básicas con los ingresos que percibe, lo que la coloca en un estado crítico de pobreza. La situación de la mujer nicaragüense, a pesar de ser más ventajosa, no alcanza el nivel de ingresos que perciben los varones. Lo anterior nos reafirma que la situación de la mujer en términos generales, no obstante su mayor preparación académica, en relación con el hombre, no le ha permitido obtener ingresos ni siquiera iguales a los que éste percibe.

Gastos:

Tomando en consideración los gastos mensuales en que incurre la población estudiada en alimentación, alquiler y electricidad, se obtuvo que el 46% se encuentra debajo de la línea de pobreza (aquellos que gastan entre ¢3.600,00 y ¢4.900,00 mensuales).

Se registran diferencias notables por sexo y nacionalidad: el 51% de la población salvadoreña, está por debajo de la línea de pobreza, el detalle por sexo revela que el 50% de las mujeres y el 43% de los hombres salvadoreños se encuentran en esa situación crítica.

En cuanto a la población nicaragüense, el

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

30% está bajo la línea de pobreza; de este porcentaje, el 32% es del sexo femenino y el 33% del masculino.[21]

b. Variables psicosociales.

La experiencia académica partió de la elaboración de un diagnóstico sobre la problemática de refugiados atendidos por cuatro agencias semioficiales o privadas, para posteriormente definir líneas de acción congruentes con los problemas y necesidades de los grupos en estudio, en el marco del plan operativo de la institución.

Entre los diversos objetos de estudio que ocuparon la atención de los estudiantes, interesa hacer referencia a las características psicosociales que fueron identificadas en un grupo de campesinos salvadoreños, participantes en programas de solución durables, bajo la modalidad de proyectos socioproductivos, por cuanto fue muy revelador penetrar en la concepción que sobre el mundo, su problemática y su posición frente a ambos tiene este grupo social.

Para detectar los rasgos psicosociales se hizo uso de la investigación participativa, en la que se incluyeron elementos cuantitativos, pero en el contexto de una problemática cualitativa. Este método, consiste en una combinación de acciones de investigación, educación, aprendizaje e intervención en una realidad social. El estudio fue de carácter exploratorio y nos reveló lo siguiente:

— En el grupo se evidencia una estructura de pensamiento infantil y mágica, dadas sus limitaciones para captar la realidad en su conjunto; por el contrario, la realidad la perciben en esferas compartamentalizadas e inconexas.

Priva en ellos, un nivel de conciencia estática, ahistórica, que se refleja en la manera cómo circunscriben su problemática a lo inmediato, sin relacionarla con el pasado, ni proyectarla hacia el futuro. Dificultad para establecer nexos que relacionan su situación actual con el pasado y su proyección hacia el futuro. En consecuencia, prevalece en ellos una actitud conformista en torno a su situación acentuada, inseguridad para tomar decisiones, conducta altamente receptiva y una gran dependencia existencial que los conduce bajo el signo del fatalismo.

Estos caracteres se refuerzan por los móviles que los llevaron a emigrar, entre los que prevalecen los siguientes:

— persecución personal.
— inseguridad, temor a perder la vida.
— persecución a miembros de su familia, tortura, desapariciones o muerte de algún familiar.

Todas estas angustias que arrastra el refugiado, le generan sentimientos de frustración que empobrecen sus ya limitadas expectativas hacia el futuro.

La carga afectiva que pesa sobre el refugiado, es parte importante de la historia de su vida, y repercuten sin duda, en su disposición para participar en proyectos que pretenden mejorarles su condición de vida, pero que normalmente le son extraños a su idiosincrasia.

El individualismo es otro rasgo muy definido en la personalidad de estos grupos sociales, actitud que constituye un obstáculo para el trabajo colectivo de los proyectos productivos. Gran parte de esta población estaba habituada a labrar la tierra en forma individual o con su familia, ni por referencia conocían otro tipo de organización para el trabajo. Antes bien, las relaciones de producción a la que habían estado sometidos eran básicamente de explotación de su fuerza de trabajo, experiencia que ha agudizado su desconfianza hacia sus congéneres.

El individualismo se manifiesta también en la predominancia de conductas competitivas frente a las de colaboración. Es de esta manera como concibe su propio desarrollo, como un proyecto individual y no colectivo. Confía más en el "yo" que en el "nosotros", aunque su autoestima se halle desvalorizada y su identidad personal en crisis.

Su experiencia en el país de refugio ha reforzado su inseguridad emocional, lo cual se explica en parte por las restricciones de trabajo que les impone el marco institucional y en parte, por el sentimiento de rechazo de que son objeto por la sociedad costarricense, del que en gran medida es responsable la campaña de desprestigio de los medios de comunicación colectiva. Refugiado ha llegado a ser sinónimo de delincuente, portador

21. Situaciones socioeconómicas críticas de la población refugiada en Costa Rica, *op. cit.*, pp. 29-49.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de enfermedades, usurpador de empleo nacional; en síntesis, extranjeros indeseables por las mencionadas etiquetas, que portan a modo de credenciales y que pesan en su presentación como estigmas difíciles de superar.

La condición de refugiados implica además para el individuo, una ruptura de su esquema de vida al que había estado habituado hasta el momento en que abandona su país, en el que ha dejado nexos afectivos: familia, amigos, trabajo, costumbres, tradiciones, valores, patria, en fin, todo aquello que había constituido su universo existencial, situación que lo sumerge en un mar de incertidumbre e inseguridad emocional que repercute en sus formas de relacionarse socialmente.

Todos estos sentimientos que bullen en su interior los hace refugiarse en el aislamiento y en mostrar desconfianza, a veces hostilidad, hacia el medio extraño y ajeno que los mira como intrusos indeseables.

Las características a las que se ha hecho referencia, si bien fueron identificadas en grupos de campesinos salvadoreños, también se observaron en los refugiados nicaragüenses, particularmente en los jóvenes y mujeres solas ubicados en centros de refugio (campamento) y refugiados urbanos. En conclusión, la mayoría de estas personas, sufren las consecuencias del desarraigo, ante el sentimiento de pérdida y de alejamiento de sus valores, costumbres, creencias y hábitos que conformaron su identidad y que sacrificaron en aras de un futuro mejor.

3. Respuesta del Estado costarricense a la problemática del refugiado.

Ante la cuestión social provocada por el fenómeno migratorio de cuyas calidades hemos hecho una breve e incompleta caracterización, el Estado costarricense ha sufrido una fuerte conmoción con amplias repercusiones de índole social, económica y política que lo ha obligado a desplegar medidas de diferente orden: legal, institucional y programático, en un esfuerzo por responder a sus responsabilidades internacionales. A continuación citaremos algunas de ellas.

a. Disposiciones legales.

El 28 de marzo de 1978, el Estado costarricense ratificó sin reserva alguna los instrumentos internacionales que definen el régimen jurídico del refugiado, la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, actos que sometieron a Costa Rica a la jurisdicción internacional demarcada por estos mecanismos, así como al deber jurídico de aplicar su normativa:

A partir de estos actos legislativos, el Poder Ejecutivo mediante decretos comienza a dictar disposiciones normativas, que van configurando un cuerpo legal para legitimar procedimientos y acciones, así tenemos:

— Decreto Ejecutivo núm. 10685-S de 16 de abril de 1979, mediante el cual se promulga el Reglamento del Consejo Nacional de Migración, definido como: "el organismo superior encargado del movimiento migratorio del país", con atribuciones para definir la política migratoria nacional y coordinar con las dependencias oficiales atinentes.

El Consejo opera como un cuerpo colegiado, presidido por el representante del Ministerio de Seguridad Pública e integrado por los titulares de:
Ministerio de la Presidencia
Ministerio de Gobernación y Policía
Jefe de la Oficina de Empleo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social
Un delegado de la Procuraduría General de la República
El Director de la Oficina de Migración, y un delegado del Instituto Costarricense de Turismo.

El Decreto crea además la Oficina de Refugiados dependiente del Consejo Nacional de Migración.

— Decreto Ejecutivo núm. 6712 de 9 de junio de 1980, por medio del cual se autoriza el establecimiento en Costa Rica de la Oficina del Representante Regional del ACNUR

— Decreto Ejecutivo núm. 11939 de 24 de octubre de 1980, crea el Consejo Nacional para Refugiados, adscrito al Ministerio de Justicia y con atribuciones para coordinar con los organismos internacionales, a efecto de brindar a los refugiados las garantías y derechos definidos por la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967. Dispone que la Oficina de Refugiados será la encargada de ejecutar las políticas que emanan del Consejo.

— Decreto Ejecutivo núm. 11950-S de 30 de octubre de 1980, mediante el cual el Ministerio de Salud Pública se integra como Miembro del Consejo.

Le confiere al Consejo competencia en mate-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ria de refugiados, mediante procedimientos que el mismo Decreto define.[22]

— La Ley núm. 6812 de 21 de setiembre de 1982, de Reestructuración del Poder Ejecutivo; en lo referente a refugiados, dispuso someter las decisiones del Consejo Nacional de Migración (para el reconocimiento del estatuto de refugiado) a la Dirección General de Extranjería (dependiente del Ministerio de Gobernación y Policía).

— Decreto Ejecutivo núm. 13964-G de 22 de octubre de 1982, mediante el cual se modifica el funcionamiento del Consejo Nacional de Migración y deroga las disposiciones anteriores en cuanto a su reglamentación. Sometió este órgano a las políticas del Consejo de Seguridad Nacional y dispuso que sus decisiones fueran comunicadas a la Dirección General de Migración y Extranjería para su resolución final.

Al Consejo le atribuyó competencia para estudiar y proponer políticas migratorias y lo integró de la siguiente manera:

— Un representante del Ministerio de la Presidencia.
— Un representante del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto.
— Un representante del Ministerio de Gobernación y Policía.
— Un representante del Ministerio de Seguridad Pública.
— Un representante del Ministerio de Justicia, y
— Un representante de la Dirección General de Migración.

El reconocimiento de la condición de refugiado se lo concede al Ministerio de Gobernación y Policía, en sustitución del Ministerio de Seguridad Pública.

Decreto Ejecutivo núm. 14156-J. Reestructura el Consejo Nacional para Refugiados.

Decreto Ejecutivo núm. 14845-G de 29 de setiembre de 1983, deroga el núm. 11950-S, desplazando la atribución de elegibilidad del Consejo Nacional de Migración, a la Dirección General de Migración y Extranjería en forma exclusiva. Su director es quien en primera instancia, resuelve sobre la elegibilidad del candidato (ya no el cuerpo colegiado).

Este Decreto define además los nuevos procedimientos para conceder la condición de refugiado; le encarga a la Dirección General de Migración (por intermedio de la Oficina de Refugiados), extender el carné de identificación al refugiado y los permisos de trabajo (en coordinación con el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social).

— Decreto Ejecutivo núm. 16479-P de 1 de setiembre de 1985. Dispone que el Consejo Nacional para Refugiados, depende en forma exclusiva de la Presidencia de la República, con atribuciones para definir y aplicar políticas en materia de refugiados en consulta con ACNUR.

Las atribuciones y competencias serán regidas por la Ley General de la Administración Pública y las disposiciones ejecutivas de su creación.

Lo anterior, le dio un nuevo giro al Consejo Nacional para refugiados, creándose además la Dirección General para la Protección y Asistencia de Refugiados (DIGEPARE), con las siguientes funciones:

— Aplicación de políticas dictadas por el Consejo Nacional de Refugiados; asegurar la protección jurídica del refugiado; vigilar la correcta aplicación en el reconocimiento del *status* de refugiado; otorgarle los documentos que lo acrediten como tal.

— Otorgamiento de permisos de trabajo en consulta con la Comisión Mixta; coordinar con ACNUR lo relativo a programas de asistencia y proyectos de soluciones permanentes.

— Conjuntamente con el Consejo Nacional para Refugiados, establecer relaciones con agencias nacionales e internacionales que administren programas para refugiados; ordenar la información relativa a la afluencia de estos inmigrantes, etc.

Decreto Ejecutivo núm. 16633-P-TSS-G, en vigencia desde el 22 de noviembre de 1985, regula lo relativo a permisos de trabajo. Establece la integración de la Comisión Mixta con:

22. Este Decreto fue reglamentado el 14 de setiembre de 1982, según acuerdos que fueron adoptando para el reconocimiento de la condición de refugiado bajo la Convención de 1951.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

— El Director General Adjunto de DIGEPARE (quien coordina y preside),
— Un representante de la Dirección General de Migración y Extranjería del Ministerio de Gobernación y Policía y,
— Un representante de la Oficina de Empleo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.[23]

La Ley General de Migración y Extranjería aprobada en 1986, contiene un conjunto de normas para regular esta categoría de migrantes.

Como se desprende de la revisión de los decretos, el tratamiento que se le ha dado al problema en el lapso relativamente corto de ocho años, ha sido sujeto a modificaciones sustanciales y procesales, lo que denota una cierta desorientación y poca claridad para enmarcarlo jurídicamente y explica en cierta medida lo errático de las políticas en esta materia.

b. Medidas programáticas:

El Estado ha definido las siguientes áreas programáticas:

— La protección legal del refugiado.
— Ayuda de emergencia para atender a los refugiados a su ingreso al país y a la población más vulnerable, y
— Programas de soluciones permanentes de mayor cobertura, que procuran incorporar los refugiados a la sociedad costarricense, de acuerdo con los esquemas generales del desarrollo social y económico del país.

El órgano rector de esta programación es la Dirección General para Refugiados, quien como ya se señalara, entre sus atribuciones le corresponde coordinar con ACNUR, entes públicos centralizados o descentralizados y otras agencias que atienden población refugiada.

c. Medidas Institucionales:

A través del aparato institucional, el Estado brinda servicios de salud, educación formal y capacitación laboral a la población refugiada, mediante convenios que suscribe con el ACNUR y otros organismos internacionales.

Existen además una gama de agencias privadas financiadas por organizaciones internacionales u organismos privados, quienes guiados por motivaciones filantrópicas o religiosas, dirigen sus esfuerzos a la reivindicación de la dignidad humana en la persona del refugiado. Algunas de las agencias que operan en Costa Rica son las siguientes:

— La Asociación Cristiana de Jóvenes (ACJ), con financiamiento de ACNUR y de la Alianza Mundial de ACJ.

Desarrolla dos tipos de programas:

— Hogar-escuela, con albergue y educación formal a jóvenes refugiados y
— Proyectos productivos: capacitación vocacional para incorporar a los jóvenes en proyectos productivos.
— La Oficina de Orientación y Asistencia Social (OARS), creada en 1980, para la atención de refugiados salvadoreños, con programas productivos y ayuda de emergencia.
— Iglesia Episcopal: Desde 1978 brinda servicios a la población refugiada, mediante asistencia individual y programas de soluciones durables, bajo la modalidad de proyectos productivos colectivos.
— Cáritas de Costa Rica: Desde 1981 atiende refugiados salvadoreños y nicaragüenses, con programas de asistencia y promoción social.
— El Productor: Proyectos productivos uni o multifamiliares. Atiende población salvadoreña y también nacionales en proyectos mixtos. Recibe financiamiento de la Consejería de Proyectos (agrupación de agencias europeas y canadienses).
— Centro de Estudios Socio-Políticos (CASB/RE), atiende refugiados urbanos y semiurbanos y CASP/CAMP, refugiados en campamentos; figura como la instancia que ejecuta las políticas generales para la atención del refugiado. La principal fuente de financiamiento es ACNUR.

---

23. TREJOS LAHMANN (Eugenia), *Necesidad de una política nacional sobre refugiados*, Tesis de Grado, Facultad de Derecho, U. de C.R., 1986.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

CONSIDERACIONES FINALES

El estudio de la situación jurídica del refugiado y de algunos aspectos sociales de esta compleja problemática, nos han llevado a reflexionar en torno a la protección, tanto internacional como nacional, que brindan respectivamente la Comunidad de Naciones y los Estados receptores a este tipo de migrantes.

Inicialmente se desprende del estudio que dicha protección conforma una de las áreas de competencia del Derecho Humanitario y por ende, de los Derechos Humanos, ambos de alcance universal. Esta protección ha dado lugar al desarrollo del Derecho Internacional de Refugiados, que comprende un conjunto de normas legales, con sus correlativas obligaciones jurídicas de cumplimiento inexorable para los Estados que han aceptado la jurisdicción del régimen que las estatuye. Este Derecho se nutre de diversas fuentes: escritas, la costumbre internacional y los principios generales que lo informan. Para su aplicación requiere de procedimientos especiales y órganos propios, de naturaleza humanitaria, social y apolítica.

La preocupación de los Estados Miembros de la Comunidad Internacional por asistir a estas poblaciones, aflora en el periodo que precedió a la segunda guerra mundial, a consecuencia de las numerosas víctimas de esta confrontación bélica, que abandonaron sus países de origen y vagaban por doquier sin protección alguna. El problema es objeto de deliberación en el orden del día de las reuniones celebradas en los foros internacionales y concluyeron con la adopción de instrumentos jurídicos muy importantes, que definieron el término refugiado, así como también las pautas mínimas para su tratamiento.

En esta primera etapa, el acuerdo de voluntades de los Estados fue expresada en la Convención de los Refugiados que entró en vigencia en 1951. La misma, precisa causales y requisitos que se resumen de la siguiente manera:

> "Refugiado es aquella persona que debido a fundados temores de persecución, por razones étnicas, religiosas, credo político y nacionalidad, renuncian a la protección de sus países y se asientan en otros territorios en busca de seguridad y bienestar"

Esta definición estableció una reserva geográfica y temporal, limitándola a los hechos ocurridos antes del 1 de enero de 1951, es decir, los circunscribió a un periodo determinado en el tiempo y en el espacio.

La adopción de un segundo instrumento internacional, el Protocolo Facultativo de 1967, vino a ampliar los alcances de la definición original y deja en suspenso la reserva antes dicha, estableciendo que las normas sustantivas de la Convención cubren a todos los refugiados cuya situación se enmarque en los términos de la definición.

Las modificaciones que ha venido sufriendo la evolución del fenómeno en estas últimas décadas, ha obligado a la Organización de Naciones Unidas y a las organizaciones regionales, así como a sus entes especializados, a buscar nuevas fórmulas que se adecuen a las características que ha ido adoptando el problema. Es así como en la actualidad, uno de los caracteres más relevantes a atender, es el desplazamiento masivo de personas que huyen de sus países debido a los conflictos internos que provocan una violencia generalizada, violación flagrante y masiva de los derechos humanos, que atentan contra su vida, seguridad o libertad.

Estas nuevas justificantes, han sido recogidas en el ámbito regional latinoamericano, por la Declaración de Cartagena de Indias y avaladas por la Organización de Estados Americanos, en lo que se denomina "definición ampliada de refugiado".

La Declaración de Cartagena intenta además demarcar algunos lineamientos para la integración de los refugiados en los países receptores, proponiendo vías de acceso a la vida productiva de estas naciones, como respuesta a la necesidad de hacer valer los derechos económicos, sociales y culturales para la realización plena de estos sujetos.

De igual manera, el Acta para la Paz y la Cooperación de Centro América del Grupo de Contadora, ha aceptado este concepto.

Es importante mencionar que si el Acta de Contadora deviniera en un tratado de cumplimiento obligatorio entre las Partes en vista de que la misma prevé mecanismos para su aplicación, se convertiría en el instrumento internacional más perfeccionado en materia de refugiados.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

En este contexto territorial, conviene además destacar los esfuerzos desplegados para la comprensión y el tratamiento de la población refugiada; particularmente merece especial mención la contribución del Coloquio de México, celebrado en 1981, que no sólo arribó a un diagnóstico de los problemas jurídicos, sino que además propuso soluciones.

Algunas de las medidas que recomendó, están siendo ejecutadas. Verbigracia la recomendación número 4 que propone "la realización de un estudio comparado de las normas de derecho interno de los Estados de America Latina, sobre asilados y refugiados, en relación con la problemática sobre la materia", recomendación que ha sido acogida por la OEA y el ACNUR, quienes están realizando esta investigación.

Recomendó también la enseñanza jurídica del problema, proposición adoptada por el Comité Jurídico Internacional, al incluir el tema del Derecho de los Refugiados en los cursos de Derecho Internacional de Rio de Janeiro, Brasil.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, atendiendo a esta recomendación, le ha concedido especial interés al problema de los refugiados. Así también, la Asamblea de la OEA de 1982 tomando en consideración el informe presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el problema en cuestión, estimó necesario tomar en cuenta "la nueva realidad que ha surgido en materia de personas desplazadas y de refugiados en los últimos años", disponiendo que "la OEA adopte rápidas medidas para aliviar la situación de las personas desplazadas de sus hogares y sin posibilidades de protección de gobierno alguno".

La normativa de refugiados en el plano universal o regional, si bien como ya se ha señalado, ha ido desarrollándose a medida que el fenómeno ha experimentado mutaciones, adolece de grandes deficiencias jurídicas; así por ejemplo, aún está al descubierto el derecho subjetivo del individuo para reclamar el asilo-subsistencia, correlativo al derecho a la permanencia en el Estado de acogida.

Las lagunas o vacíos en el compendio de normas jurídicas, son en parte resultado de la misma complejidad del problema, dadas sus implicaciones económicas, sociales y políticas que dicha situación plantea a los países receptores. Su atención adecuada, pareciera que sobrepasa la propia capacidad de los Estados, por cuanto ya éstos están afrontando serios problemas en su desarrollo; es por ello, que estos desplazamientos masivos de personas representan para las sociedades un impacto difícil de asimilar.

A nuestro juicio, otro factor que influye negativamente en la efectividad de los esfuerzos internacionales, es que se opera sobre los efectos de un problema, cuyas causas son disímiles y complejas, atribuibles algunas de ellas a la estructura política, social y económica de los países que lo generan. Otras, atañen al propio sistema mundial porque se fundamenta en un régimen desigual y por ende de privilegios, que favorece los intereses de los países poderosos (situación que de alguna manera se reproduce al interior de los Estados). Ambas causas que originan el problema, —hasta tanto no se modifiquen esencialmente—, seguirán provocando el éxodo de personas que migran en oleadas en busca de mejores condiciones para sobrevivir.

La atención de estas poblaciones, constituye además una obligación moral para los Estados, nacida del espíritu de solidaridad humanitaria internacional, que va más allá de las normas positivas a las que hemos hecho referencia. Este principio, es el resorte que acciona la actuación de los países receptores, para atender la compleja problemática que representa la afluencia masiva de refugiados y que los lleva a buscar con la cooperación internacional, soluciones viables y efectivas, no sólo de orden jurídico, sino también social y económico.

En relación con el refugiado centroamericano, podemos afirmar sin temor a equivocarnos, que dada su naturaleza, corresponde a la definición ampliada de esta categoría de extranjero, porque incorpora los caracteres de sus actuales manifestaciones: "desplazamiento masivo de personas que huyen de la violencia y conmoción social que azota a sus países de origen".

Las características de este refugiado, torna más difícil las soluciones para resolver su situación, por cuanto en su mayoría, participan de la pobreza estructural de sus medios de origen, a las que debemos agregar su condición anímica producida por el miedo y la incertidumbre propias del desarraigo de la patria que los vio nacer.

En otro orden de ideas señalaremos como conveniente que las políticas sociales del Estado receptor, (dirigidas al tratamiento de esta población), deben considerar la duración de la estadía del refugiado, es decir, si se presume que ésta será transitoria o tiene visos de permanencia. Ambos casos demandan acciones diferenciadas y su estimación precisaría el tipo de programas a desarrollar, garantizando en alguna

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

medida, la efectividad del tratamiento del problema.

En los programas que pretenden la asimilación del refugiado a la sociedad, así llamados de "solución durable", la experiencia parece indicar que los métodos participativos (combinación de tareas de investigación, trabajo educativo e intervención), constituyen procedimientos efectivos y eficaces para la integración del refugiado en el nuevo entorno social. La participación del sujeto afectado en todas las etapas del proceso, es una condición indispensable para favorecer el desarrollo de sus potencialidades, contribuyendo de esta manera a la superación de su problema y al logro de su autosuficiencia, dentro del marco de respeto a su dignidad y su derecho a la autodeterminación que a toda persona le asiste en la construcción de su propio destino.

En materia de refugiados aún resta un largo camino por recorrer y la suerte de su futuro, tampoco escapa de la competencia de aquéllos —que no obstante no ser responsables directos de su situación—, con sus acciones u omisiones, eventualmente pueden contribuir a que el refugiado se mantenga en esta situación.

Dante Alighieri, refugiado florentino del siglo XIV en "El amargo pan del exilio", expresa el sentimiento del sujeto que sufre el drama humano de esta situación: En el canto 17 del "Paraíso", por intermedio de su padre nos dice:

> "Abandonarás Florencia. Te verás forzado a abandonar todo lo que más amas. Esta es la primera flecha que te disparará el arco del exilio. Probarás el amargo pan del exilio y aprenderás lo duro que es subir y bajar escaleras ajenas. . .".

BIBLIOGRAFÍA

BARAHONA (Marta) y otras, *"Diagnóstico situacional de refugiados atendidos por CÁRITAS de Costa Rica"*, Universidad de Costa Rica, Escuela de Trabajo Social, 1986.

BARAHONA (Marta) y otros, *"Sistematización final: Proyecto de educación socio-productivo con refugiados atentidos por Cáritas de Costa Rica"*, Universidad de Costa Rica, Escuela de Trabajo Social, 1986.

CEDAL. *"Los Refugiados en Centroamérica: soluciones jurídicas y políticas"*, CEDAL, Heredia, Costa Rica, 1986.

Coloquio sobre el Asilo y la Protección internacional de Refugiados en América Latina, UNAM, México, 1982.

Conclusiones sobre la protección internacional de los Refugiados, aprobada por el Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR, publicado por ACNUR, Ginebra, 1982.

CUBILLO CHAVES (Celia) y otras, *"Sistemati-zación de los resultados del proyecto: Detección de las características psico-sociales, socio-culturales y las necesidades de los grupos de atención prioritaria ubicados en el campamento de Tilarán"*, Universidad de Costa Rica, Escuela de Trabajo Social, noviembre, 1986.

CHACÓN JIMÉNEZ (Sandra) y otras, *"Sistema- tización de los resultados del proyecto: Exploración de las principales características psico-sociales y socio-culturales del refugiado salvadoreño ubicado en proyectos, desarrollados por el PR-IEC"*, Universidad de Costa Rica, Escuela de Trabajo Social, dic. 1986.

Doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Diez Años de Actividades, 1971-1981,* Wáshington, 1982.

FERNÁNDEZ (Janina) y otros, *"Situaciones socio-económicas críticas de la población refugiada en Costa Rica"*. Investigación exploratoria, Centro de Análisis socio-político, CASP/RE, Programa para Refugiados, San José, Costa Rica, 1986.

FRANCO (Leonardo), *"Problemas en la protección de los refugiados en América Latina"*, doc. mimeo., ACNUR, San José, Costa Rica, 1986.

GROS ESPIELL (Héctor), *"Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Refugiados"*, trabajo presentado en la Mesa Redonda sobre los Problemas Actuales del Derecho Internacional Humanitario, San Remo, setiembre, 1982.

H.C.R.: *Information Amérique Central*, núm. 8, junio, 1983.

MOUSSALLI (Michael), *"La Protección Internacional de Refugiados"*, Noveno Curso de Derecho Internacional del Comité Jurídico Interamericano de la OEA, Rio de Janeiro, agosto, 1982.

TREJOS LAHMANN (Eugenia), *"Necesidad de una política nacional sobre refugiados"*, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1986.

WISS (Paul), *"The International Protection of Refugee"*, American Journal of International Law, vol. 48, núm. 2, april 1954.

INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES

La Convención de los Refugiados, 1951.

Protocolo Facultativo de 1967, sobre el Estatuto de los Refugiados.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948.

Declaración de Cartagena de Indias sobre Refugiados, 1984.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

IMPORTANCIA DE LA INFORMÁTICA EN EL ESTUDIO DEL DERECHO

LIC. JUAN DIEGO CASTRO FERNÁNDEZ

Dentro de los estudios universitarios es el Derecho el más antiguo en Costa Rica. El 6 de agosto de 1881 se fundó en San José el Colegio de Abogados. En su acto de instalación dirigiéndose a los jóvenes el Dr. Antonio Zambrana dijo: "Acaba de levantarse una tribuna en Costa Rica, —la tribuna de una ciencia, la tribuna de la ciencia más importante en mi concepto, de todos cuantos estudios metódicos realiza la inteligencia humana—, y al ocuparla de primero comprendéis que me posea una emoción profunda. Miro al porvenir y estoy contemplando en esta hora solemne, con la fantasía, la juventud gallarda y animosa que vendrá aquí a hacer sus mejores armas en el combate incruento de la palabra, que vendrá aquí a pensar en alta voz sobre los temas más graves que a la seria y laboriosa investigación pueden ofrecerse; yo contemplo señores a la generación que se levanta sustituyéndonos en estos sitiales y rectificando, contemplando la obra de nuestro esfuerzo, y así como ella ha de saludar reconocida nuestra memoria, saludo con profunda emoción a la patria futura, saludo a la República iluminada por la ciencia, saludo a la Costa Rica del porvenir".

Ya ha pasado más de un siglo desde que el abogado Zambrana dijo estas palabras y estamos en el umbral de una nueva era, la era informática. La ciencia y la tecnología han hecho cosas increíbles: el teléfono, el automóvil, el avión, la electricidad, la radio, la televisión, etcétera. No concebimos un jurista que no sepa hablar por teléfono, que no conduzca su vehículo o que no sea mecanógrafo. Dentro de pocos años tampoco concebiremos un jurista que no sepa operar una computadora.

Sin lugar a dudas fue la invención de la escritura la que forjó al Derecho, posteriormente el descubrimiento de la imprenta provocó la codificación, poniendo en manos de los ciudadanos los textos legales. Luego los juristas dejaron de ser calígrafos para ser mecanógrafos. Y hoy día frente a la computación, el Derecho se está "informatizando" y eso es incuestionable.

El impacto de la informática en el ámbito jurídico costarricense se ha iniciado con la automatización del Registro Público. Hemos visto como en pocos años, se ha volcado en los discos magnéticos de una computadora, y los datos de difícil consecución en vez de aparecer en un borroso folio, saltan a nuestra mirada nítidos e instantáneamente en una pantalla de rayos catódicos, con sólo pulsar unas cuantas teclas, hoy en las terminales del Registro mismo, dentro de poco en las microcomputadoras de los bufetes en cualquier parte del país. La experiencia ha sido interesantísima frente al escepticismo de los abogados que también ejercen el notariado. ¿Cómo dar fe de la veracidad de los datos almacenados en soporte magnético? Pues de la misma forma en que se daba fe de la veracidad de los datos almacenados en soporte de papel. La "informatización" del Registro Público ha provocado el interés de los juristas por la informática, y ya vemos cómo bastantes bufetes han trocado sus máquinas de escribir por microcomputadoras que utilizan programas de procesamiento de textos y pequeñas bases de datos sobre los aspectos de interés para cada profesional.

En marzo de mil novecientos ochenta y cuatro se celebró en el Colegio de Abogados el "Primer seminario nacional de informática jurídica". Ante los retratos de los más conspicuos juristas de Costa Rica se exhibieron microcomputadoras y se realizó la primera transmisión de datos del Registro Público hacia afuera. Se despertó un gran interés en el foro por la informática. En noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro,

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

una numerosa delegación costarricense participó en el "Primer Congreso Iberoamericano de Informática Jurídica", celebrado en Santo Domingo, República Dominicana.

La Corte Suprema de Justicia ha integrado una comisión que está discutiendo los planes para "informatizar" en la medida de las posibilidades la actividad judicial, que se hace cada vez más lenta y menos eficiente por el enorme incremento de los litigios.

En la Asamblea Legislativa desde hace tiempo se viene hablando de la necesidad de "informatizar" la labor parlamentaria y la consecuente creación de un banco de datos legislativos.

Frente a esta coyuntura de progreso de informática, los juristas no podemos quedarnos rezagados. No está lejano el día en que todo nuestro ordenamiento jurídico esté incorporado en una base de datos electrónicos, así como la jurisprudencia. Normas jurídicas y sentencias ordenadas "informáticamente", de fácil y rápido acceso. Información bibliográfica, registral, que puede ser accedida desde la microcomputadora del jurista. Costosas y siempre incompletas bibliotecas de doctrina jurídica, legislación y jurisprudencia, se convertirán más temprano que tarde en una simple microcomputadora capaz de acceder en cualquier momento la información doctrinaria, legislativa o jurisprudencia completa y actualizada.

Pero la informática no sólo nos debe interesar a los juristas como medio, sino también como objeto del Derecho: los derechos fundamentales y garantías de cada ciudadano, la protección de la vida privada, la intimidad, la confidencialidad, la protección del trabajo de la informática, etc., lo que se conoce ya como el derecho de la informática, el derecho de esta nueva era.

Decimos con el profesor Eduardo Hajna Rifo de Chile: "Tal es el problema del derecho de la informática, y de ese modo actúa la informática en el derecho, son aspectos científicos, de ciencias diferentes que reclaman un lugar en las aulas para la docencia, y reclaman también un lugar en la universidad para la investigación, sé que si los juristas, los científicos, los profesores universitarios, no asumen su *rol*, ante este desafío, la realidad nos superará y cuando en un tiempo futuro miremos, lo que ha ocurrido, las libertades perdidas, las ilusiones muertas, no tendremos derecho a decir que otro pisó la rosa y por eso ella ya no nos deleita con su fragancia y hermosura, y digo que no tendremos derecho, porque nosotros en su momento, éste, hemos tenido la obligación de cuidar los bienes más preciados de nuestra sociedad y no lo hemos hecho".

A las puertas de la sociedad "informatizada", adquieren vigencia las palabras pronunciadas hace más de un siglo por el jurista Zambrana, y se hacen igualmente emocionadas frente al papel que jugaremos los juristas frente a esta nueva etapa de la humanidad.

Es la universidad la que tiene la responsabilidad de la investigación, la docencia y la difusión de la informática jurídica, frente a las situaciones arriba esbozadas.

Podemos iniciar la tarea con un seminario del que surja un programa para un curso de informática jurídica que se incorpore en los planes de estudio universitario, el cual es menester que contenga los siguientes tópicos:

A—Teoría general de sistemas.

B—Fundamentos de microcomputación.

C—Informática jurídica.

D—Derecho de la informática.

En cuanto a la investigación se empezará a trabajar en la elaboración de un "Banco de datos de doctrina jurídica", estableciendo las pautas para las investigaciones que realizan los estudiantes en todos sus cursos, ordenando lo relativo a las fichas bibliográficas. En cuanto a la legislación y la jurisprudencia es posible desarrollar programas en conjunto con la Asamblea Legislativa y la Corte Suprema de Justicia. Posteriormente podría trabajarse en el desarrollo de los cursos programados.

Respecto a la difusión sería recomendable impartir cursillos para los abogados, en coordinación con el Colegio de Abogados.

Concluimos diciendo que la informática, como objeto del derecho representa un amplio e importante campo para la investigación jurídica, y como medio del derecho, pone en manos de los juristas una poderosa herramienta.

* * *