

PODER JUDICIAL - COSTA RICA
DEFENSA PÚBLICA
UNIDAD DE SUPERVISIÓN Y CAPACITACIÓN

PROGRAMA DE FORMACIÓN INICIAL
DEFENSA PÚBLICA

DEMOCRACIA Y DEFENSA PÚBLICA

AUTORA
M.Sc. Diana Montero Montero

-AGOSTO DE 2007-

321.8

M778d Montero Montero, Diana

Democracia y defensa pública / Diana Montero
Montero. – 1a. ed. – San José, C.R. : Poder Judicial,
2008.

340 p. ; 24.5 X 17 cm.

ISBN 978-9968-770-47-7

1. Democracia – Costa Rica. 2. Servicio público
3. Defensa pública. I. Título.

Asesoría didáctica y metodológica

M.Sc. Sonia Méndez González

Proceso de validación a cargo de

Lic. Guillermo Arce
Defensor Público

Revisión filológica

Licda. Irene Rojas Rodríguez

Financiado por:

Programa de Modernización de la Administración de
Justicia Poder Judicial / BID

Dedicatoria

A mi esposo Lorenzo, a mi hija Gloriana
y a mi madre Velma,
gracias por su paciencia y
que Dios los bendiga siempre.

A la memoria de mi padre Marco Aurelio,
por su vida ejemplar que me inspira cada día.

blanca

Agradecimiento

Ante todo y sobre todo, al Señor Dios Todopoderoso,
quien me ha permitido realizar esta labor y estuvo conmigo
en todo momento, fortaleciéndome.

A los miembros del Consejo Superior del Poder Judicial,
por su apoyo al Programa de Formación Inicial de la
Defensa Pública.

A la licenciada Marta Iris Muñoz Cascante
y al licenciado Alejandro Rojas Aguilar,
Jefa y Subjefe de la Defensa Pública,
por la confianza depositada en mi persona para asumir
el Programa de Formación Inicial de
la Defensa Pública.

A todos los compañeros de la Unidad de
Capacitación de la Defensa Pública,
en particular a la licenciada Olga Fallas Ulloa
por toda la colaboración brindada y su valiosa amistad.

Al licenciado Guillermo Arce Arias
por su participación en el proceso de
validación de este libro.

Al excelente amigo y compañero,
el Msc. José Arnoldo González Castro,
quien me acompañó en todo el proceso de elaboración del
Programa de Formación Inicial de la Defensa Pública.

A la Msc. Sonia Méndez González
por su paciente guía a lo largo de este camino,
sin la cual no hubiéramos alcanzado los resultados obtenidos.

Al doctor Luis Paulino Mora Mora,
por todas las enseñanzas recibidas en torno al tema de la
democracia, muchas de ellas reflejadas en este libro.

blanca

Presentación

Dr. Luis Paulino Mora Mora
Presidente
Corte Suprema de Justicia.

Los defensores hacen amigos,
los acusadores enemigos.
Cicerón.

Gran complacencia me produce que se me haya encargado por la autora la presentación de esta obra, pues ello siempre conlleva un honor para quien debe hacerla. Se trata de adelantar algo sobre el trabajo de una persona que ha dedicado tiempo y esfuerzos para desentrañar, en este caso, una institución importante para la democracia, para conocerla mejor y en consecuencia transmitir conocimientos a otros, quienes podrán tener la investigación como base o referencia de sus estudios.

La lectura del libro me produjo mucha satisfacción, pues me ha servido para constatar que los años en que, junto con otros preocupados por la enseñanza del derecho, hemos servido de profesores en el curso de post grado de la Universidad de Costa Rica, producen ya buenos frutos, el esfuerzo puede decirse ha valido. En mi caso, esta investigación tiene como base indudable el curso sobre “Derecho Penal y Constitución”, que tengo a mi encargo y que ha servido de puerta de entrada a inquietos alumnos y alumnas, quienes, ahora con muchos más elementos de juicio que los que pude transmitirles, se ocupan con capacidad y responsabilidad, por darle contenido a las garantías que nuestro marco constitucional reconoce en desarrollo del sistema de vida por el que hemos optado los costarricenses¹. Diana fue estudiante el curso de post grado, Maestría, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica de los años 2003 y 2004.

¹ En el artículo 1° de la Constitución Política al señalar que “Costa Rica es una República democrática, libre e independiente”, se opta por la democracia como sistema de vida.

Diana Montero Montero, al entregarnos esta su segunda publicación², sin duda motivada en su trayectoria como aventajada y estudiosa Defensora Pública, aborda un inexplorado, en el ámbito nacional, tema, en el que se analiza la forma en que se deben proteger los derechos de la persona sometida a juicio en un proceso democrático, pues como se señala en la obra, en este sistema de vida cobran marcada importancia los medios con que se pretende lograr los fines, de manera que no es de cualquier forma que se puede hacer realidad el juzgamiento de una persona. Una de las fortalezas de la democracia es que se constituye en un sistema de vida en que los medios son más importantes que los fines. Por más altruista que sea un fin, si para lograrlo se deben emplear medios que atenten contra la dignidad humana, en democracia, no podrá ser alcanzado. También se ocupa la autora de las exigencias que debe cumplir el defensor en el ejercicio de su cargo.

Diana se inició como Asistente de la Defensa Pública en 1990 y como Defensora Pública en junio de 1992 en Limón, luego iría a Liberia y Puntarenas en donde fue Coordinadora de la Defensa Pública, para retornar de nuevo a San José como Defensora de Menores, en la época de transición de esa jurisdicción de Tutelar de Menores a Penal Juvenil; su vocación por el estudio y la enseñanza le llevó a desempeñarse como tutora de quienes pretendían ingresar a laborar en la institución; desde el año 2000 es Supervisora de la Defensa y ya ha tenido oportunidad de participar en foros internacionales, como el primer encuentro interamericano de Defensorías Públicas (Chile 2001), el primer Congreso de Defensorías Públicas (San José, Costa Rica, 2002) y el Seminario regional de ILANUD-JICA- UNAFEI (San José, Costa Rica, 2005). Actualmente junto con los Msc. José Arnoldo González Castro y Sonia Méndez González, tiene a su encargo el Programa de Formación Inicial de la Defensa Pública, para el que fue escrita esta obra. Este recorrido en la vida de la Msc. Montero Montero, permite concluir que la autora de este libro es persona que conoce suficientemente el tema que ocupa su atención.

El estudio está debidamente fundamentado en moderna doctrina y jurisprudencia actualizada, principalmente de la Salas Constitucional y Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

No obstante que desde muy reciente nuestra vida independiente Costa Rica optó por la democracia como sistema de vida, es lo cierto que la mayor parte de esa vida hemos padecido de sistemas procesales penales que no dieron la importancia debida a la defensa, pues no es sino hasta 1975, que

² La primera lo fue “La culpabilidad, teoría y práctica”, que publicó en Investigaciones Jurídicas S.A, en julio de este año (2007), en coautoría con Patricia Vargas González y Jorge Camacho Morales, miembros también de ese inquieto grupo al que he hecho referencia.

con la entrada en vigencia del Código de Procedimientos Penales vigente por Ley número 5377 del 19 de octubre de 1973 que se estableció como derecho irrenunciable del justiciable su defensa en juicio³. En el Código Procesal Penal de 1910, de claro corte inquisitivo, la defensa estuvo suficientemente disminuida, pues sólo se requería al final de la etapa de instrucción, a efecto de que el imputado tuviera quien ejerciera su defensa técnica al momento del dictado del auto de prisión y enjuiciamiento. Cuando se le recibía declaración indagatoria, momento en que no contaba con asistencia letrada, se le advertía que podía nombrar defensor, pero que ello no era requisito indispensable para que el proceso continuara su marcha, lo que conllevaba, como ya se dijo, que durante la etapa instructora no contara el justiciable con defensa técnica. Fue ya en la etapa final de vigencia de esa normativa que la Corte Suprema de Justicia nombró los primeros defensores públicos, muchos de ellos de medio tiempo. Con anterioridad a esta fecha, la defensa en la mayoría de los casos fue realizada por defensores de oficio, entre los abogados que se desempeñaban en una determinada circunscripción territorial, quienes por ejercer el cargo sin retribución monetaria alguna y sustrayendo tiempo al ejercicio profesional en su bufetes, generalmente se limitaban a aceptar el cargo, desempeñándose sólo nominalmente como defensores. El proceso se iniciaba sin necesidad de una acusación, en consecuencia al momento de indagarse al imputado no se le ponía en conocimiento la razón de su llamada a juicio, sino que se le preguntaba si tenía conocimiento del por qué se le tomaba declaración. Al no contar con acusación, la persona sometida a juicio no tenía un marco de referencia frente al que debía ejercer su defensa, mal podría concluirse que ésta fuera tenida como una garantía ciudadana. El juez, en esa época se constituía en el amo y señor del proceso, en el garante de los derechos de las partes.

No obstante lo dicho, la defensa se constituye en una garantía procesal irrenunciable del sometido a juicio, consecuencia del principio de seguridad jurídica, propio de un estado de derecho. En nuestro caso es el artículo 39 Constitucional el que se refiere a ella⁴. De esa garantía, además del derecho de contar con abogado que defienda los derechos del justiciable de manera idónea y a una sentencia justa, como normalmente se le visualiza, se desprenden una serie de derechos propiamente del procedimiento, tales como la bilateralidad del proceso, la contradicción, derecho de audiencia y a un proceso sin dilaciones indebidas. Si bien la norma constitucional permitió, al disponer “*previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa*” que la garantía se fijara como una posibilidad al menos

³ Ver artículo 83 del Código de Procedimientos Penales de 1973.

⁴ En el párrafo primero de ese artículo se dispone: “A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad”.

durante la etapa sumarial bajo la vigencia del Código de Procedimientos Penales de 1910, ahora, bajo el marco jurídico vigente, con un mayor respeto de los derechos constitucionales inherentes a un sistema democrático, esa interpretación resulta del todo contraria al contenido de la garantía, aclarada aún más en lo dispuesto en el artículo 8.2.d, e y f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Resulta casi inexplicable cómo, teniendo el costarricense claros criterios republicanos, producto del largo ejercicio democrático en sus instituciones, en que dichosamente la voz de los militares y las imposiciones del ejército no resultaron decisivas para el afianzamiento democrático, pudiera ignorarse este derecho durante tanto tiempo.

El derecho de defensa hunde sus raíces en una consecuencia natural del ser humano, su instinto de conservación, que le lleva a repeler, rechazar, cualquier agresión que reciba. Ya en el plano puramente procesal también tiene la connotación de rechazo, en este caso de la actuación de otro que le imputa unos hechos. Nace así la necesidad de la acusación, para que el encartado conozca los hechos que se le atribuyen y pueda en consecuencia, en relación con ellos, ejercer su defensa (bilateralidad del proceso), argumentando sobre sus pretensiones y rebatiendo los argumentos de la parte contraria.

El derecho en comentario conlleva una actitud positiva del órgano jurisdiccional quien está en la obligación de vigilar durante todo el proceso que no se produzca indefensión, dado que lo actuado con irrespeto de ello es actividad judicial defectuosa que no puede tener trascendencia para fundamentar un fallo condenatorio⁵. La defensa técnica es una obligación impuesta para satisfacer la validez del proceso⁶.

La autora hace un estudio exhaustivo sobre la democracia, pues el estudio que presento se refiere al ejercicio de la defensa en un sistema con esa ideología. La palabra democracia cuenta con un múltiple contenido, bien puede ser definida como lo hizo Abraham Lincoln: *“el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo”* definición en la que toma importancia la forma en que el pueblo se representa y toma decisiones; como lo hace Molas⁷, *“no sólo es una «forma política», sino también «una filosofía, una religión y, casi accesoriamente, una forma de gobierno»*”, o como la define la autora Montero Montero, para quien: *“La democracia resulta ser tanto un sistema político como una forma de vida, que se rige por principios contenidos en la Constitución, con los cuales se pretende limitar el ejercicio del poder por parte del Estado, y garantizar la auténtica vigencia de los derechos que le son inherentes al ser humano mediante la aplicación de mecanismos idóneos para ello, por estar inspirada en valores que tienen como fin último al ser*

⁵ Ver artículos 175 y 178 inciso a) del Código Procesal Penal.

⁶ Ver artículos 12 y 13 del Código Procesal Penal.

⁷ Cita tomada del libro que presento, página 32.

humano". Cualquiera sea la forma en que la visualicemos, cuando hablamos del proceso, nos referimos a un sistema en el que deben respetarse una serie de derechos a las partes, dentro de los que el ejercicio de la defensa resulta ser de radical importancia, dado que es la forma en que se garantiza el ejercicio de los derechos del justiciable frente a los poderes del Estado cuando éste pone en marcha el sistema para reprimir las conductas ilícitas.

Como ya se apuntó, la democracia constituye un sistema de vida en el que los medios resultan ser de mayor importancia que los fines, pues estos no pueden ser alcanzados, por más positivos que resulten para la comunidad, si los medios a utilizar son contrarios a las garantías que sirven de fundamento al sistema. La democracia no es un sistema que busque como fin la eficiencia, sino normalizar la convivencia social con respeto a los derechos del ser humano, con lo que se le establecen límites que pueden atentar contra la eficiencia. Antes que un sistema de fines, es un sistema de medios. También distingue a la democracia el estado primordial que acuerda para los derechos humanos. El ser humano en este sistema constituye el centro alrededor del cual gravita la organización del Estado y sus fines. A efecto de garantizar la vida en sociedad con una relativa seguridad jurídica y personal, el Estado se ha apoderado en las organizaciones modernas de la facultad de reprimir las acciones de los individuos que alteran esa seguridad, y para hacerlo ha fijado un procedimiento (debido proceso), dentro del que el tema que ocupa nuestra atención es de marcada importancia. Es a partir de la Constitución de los Estados Unidos de América en la que una parte importante de ella la constituye la forma en que se organizan los Órganos del Estado y, de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Revolución francesa), que también se ocupa de la relación de derechos que el habitante tiene frente a esos órganos de poder que ejercen sus competencias en el territorio en que se encuentra afincado, que el derecho de defensa en la forma en que lo conocemos hoy día comienza a tomar sus contornos democráticos. En nuestro caso, en los artículos 11 y 28 constitucionales se establecen los límites de la acción de los poderes públicos, en relación con los habitantes de la República, los que en todo caso están regulados por ley y se traducen en el ámbito de libertad de quienes habitamos en el territorio nacional⁸.

⁸ Disponen los artículos 11 y 28:

“Artículo 11: Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal por sus actos es pública.
...”

“Artículo 28: Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley.
Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley.
...”

La autora se preocupa por establecer si como se dispone en el artículo 1° del Estatuto de la Justicia y Derechos de las personas usuarias del Sistema Judicial: *“Debe entenderse que la justicia es un servicio público y las personas tienen derecho a que se les brinde en los más altos niveles de oportunidad, probidad, eficiencia, transparencia, calidad y, especialmente, con respeto de quien acude en demanda de ella”*, concluyendo que una posición moderna al respecto nos lleva a estimar que efectivamente el usuario está frente a un servicio público y en consecuencia puede exigir que le sea satisfecho con altas muestras de calidad. Si la defensa pública es brindada por el Estado como parte del sistema de administración de justicia, ésta debe satisfacer también la señalada exigencia.

Como bien se indica en la obra, en la democracia lo importante son los medios, los que en no pocas veces prevalecen sobre lo pretendido, de manera que si un fin altruista sólo puede ser logrado con medios no autorizados por el sistema, aquél no podrá ser logrado; en el caso del derecho penal, si para demostrar la comisión de un hecho delictivo es necesario contar con una prueba obtenida, por ejemplo mediante tortura, el hecho no podrá ser tenido como válidamente demostrado. En relación con la defensa, esta resulta propia de un régimen democrático, pues sólo quien ha contado con una efectiva defensa, podrá ser condenado como autor de un hecho punible⁹.

La independencia del juzgador es también una garantía propia de un sistema de administración de justicia democrática, pues sólo quien se encuentra desligado de los intereses de las partes, podrá resolver de manera aceptable para todos el conflicto que se le somete a su conocimiento. Si el encausado debe contar con defensa, esta no puede ser ejercida por quien debe juzgar, pues ello afectaría sustancialmente el principio de independencia e imparcialidad del juzgador. En el sistema inquisitivo, el proceso bien puede realizarse con ausencia de la defensa o con una presencia suficientemente disminuida, dado que corresponde al juzgador (el inquisidor) realizar la investigación y dictar el fallo, sin importar los medios a utilizar para lograr la “verdad” de lo ocurrido, el juez no es, en este sistema, imparcial e independiente frente al conflicto, lo puede iniciar aún de oficio, con sólo tener la noticia criminis y la pesquisa la realiza según su leal saber y entender, sin necesidad de acción de otras partes en el proceso. Para lograr esa exigencia democrática de independencia del juzgador, resulta entonces indispensable que alguien se encargue de la acusación y otro de la defensa, pues sólo de esa forma el juez podrá desprenderse definitivamente de sus intereses en la causa y efectivamente ser independiente e imparcial en relación con los resultados del proceso. La defensa resulta entonces absolutamente indispensable en un proceso penal de corte democrático.

⁹ Ver artículo 39 de la Constitución Política.

El problema de la ubicación de la defensa en algunos de los Poderes del Estado, o como Institución independiente de ellos, con plena autonomía funcional, económica y administrativa, no es de fácil solución; en nuestro sistema es sabido que se le tiene como un ente con independencia funcional que forma parte del Poder Judicial, solución que ha tenido su ventaja, pues ha permitido a la Defensa Pública crecer acorde con los requerimientos que se le han impuesto, a medida que también crecen los otros órganos auxiliares de la justicia penal, el Ministerio Público y el Organismo de Investigación Judicial, tanto que a este momento es la Defensa Pública costarricense una de las mejor calificadas, por su confianza y eficacia, dentro de las del continente iberoamericano. Pero es de reconocer que esa ubicación conlleva algunos problemas, uno de ellos lo constituye la sospecha de compromiso con los otros órganos involucrados en el proceso penal, dado que no resulta fácil para el justiciable entender cómo puede efectivamente defender sus derechos una persona que constantemente está en relación con jueces, fiscales y policías, que en algunos casos duerme en el mismo lugar, come en el mismo lugar y tienen su centro de trabajo bajo el mismo techo, circunstancia ésta que Julio Maier en reiteradas oportunidades ha criticado y calificado como “promiscuidad judicial”. Según lo hace ver la autora en su obra¹⁰ Luigi Ferraroli también critica esa ubicación, prefiriendo que la Defensa Pública sea independiente de cualquier poder del Estado y “alejada de cualquier influencia de otros actores del proceso judicial”. En nuestro caso, lo cierto es que el sistema ha funcionado y la Defensa Pública ha gozado de reconocida independencia funcional aún frente a la jerarquía del Poder Judicial, al abrigo del buen nombre que éste tiene dentro de las instituciones del Estado y al tener éste garantizada su independencia funcional y, aunque parcialmente, la económica, la Defensa no ha tenido graves necesidades que hayan evitado su normal desarrollo, para un ejercicio eficiente de la labor que le está encomendada. En no pocas ocasiones se ha planteado la necesidad de desligar del Poder Judicial, para dejar a este con su función propia de administrar justicia, a los órganos auxiliares de la administración de justicia¹¹, pero ninguno de esos movimientos ha prosperado por la dificultad de encontrar una ubicación que además de garantizar la independencia funcional, también lo haga respecto de la económica y se pueda garantizar que continuarán desarrollándose para satisfacer las exigencias que le impone nuestro sistema de justicia penal. Es cierto que el Poder Judicial resolvería las angustias económicas en que se encuentra sumergido en la actualidad con lograr esa separación, pero de seguro nuestra democracia poco tiempo después lo resentiría al poner en riesgo los logros que se han obtenido al tenerles dentro del alero de este Poder de la República. Los defensores han demostrado que pueden ejercer su cometido, con vocación y entrega, alegando sin cortapisas a favor de sus defendidos y contando con el respeto que su investidura merece, no obstante que forman parte del Poder Judicial.

¹⁰ Ver página 259.

¹¹ Me refiero al Ministerio Público, la Defensa Pública y el Organismo de Investigación Judicial, o más propiamente la Policía Judicial.

La solución ecléctica por la que se optó no ha producido malos resultados, por lo que resulta, al momento, conveniente mantenerla, ello no conlleva una recomendación para que otros países adopten nuestra experiencia, pues primero deben valorarse las circunstancias que se presentan y las posibilidades que el sistema da para garantizar la independencia funcional y el desarrollo institucional.

El Estado social de derecho debe preocuparse por satisfacer las necesidades de su población, de ello resulta necesario concluir en la necesidad de contar con una Defensa Pública eficiente, que garantice que en todo caso el justiciable contará, no sólo formalmente, con un defensor que vele por el respeto de sus derechos, ello conlleva que a la Defensa pueda calificársele como servicio público, el que como todos los de su género, debe ser prestado en los más altos rangos de idoneidad. El Estado debe garantizar, bajo pena de ser condenado a reparar los perjuicios que su indiferencia pueda causar, que el servicio se presta satisfaciendo aquéllos estándares.

El derecho a contar con defensor no se cumple con el sólo conocimiento del encausado de que cuenta con un profesional que se hará cargo de su defensa, sino que exige se le asesore debidamente sobre sus derechos y facultades en el proceso, a efecto de que pueda ejercerlos debidamente, pues no hay que olvidar que el titular del derecho de defensa es el sometido a juicio, aunque exista defensa técnica.

Como ya apunté la defensa constituye una garantía ciudadana en un régimen democrático, pero no funciona sólo como garantía, sino que a su vez es un derecho fundamental, motivo por el cual el Estado debe garantizar el ejercicio pleno de ella a la persona sometida a juicio, nace así la necesidad de constituir ese servicio público a efecto de hacer efectiva la garantía, pues no en todo caso el imputado tiene los recursos necesarios para pagar un defensor particular, o no quiere suplir esos costos. La Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 8 inciso 2.e, regula sobre esta garantía¹², estableciendo como obligación del Estado suplir el abogado defensor. La norma de la Convención resulta interesante pues no obliga a constituir un órgano encargado de la defensa y hasta señala que puede ser un servicio remunerado o no, circunstancia ésta muy propia de la época en que se redactó la norma (la mitad del siglo XX, 22 de noviembre de 1969 fue la fecha de su aprobación), que demostró, cuando no se remuneró, que resultó altamente ineficaz, pues los abogados se limitaban a ejercer la defensa de oficio, como se le llamó en Costa Rica, de manera formal, pero salvo algunas excepciones que más

¹² Dispone dicha norma: 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho... a las siguientes garantías mínimas:...

e.- derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrase defensor dentro del plazo establecido por la ley;

bien confirman la regla, sin mayor dedicación en la defensa de los derechos del justiciable. A esa época en el país regía el Código de Procedimientos Penales de 1910, de corte inquisitivo y escrito, lo que a su vez permitía una ausencia total de la defensa, pues los abogados, aún en los casos en que se les contrataba como defensores se limitaban a aceptar el cargo, generalmente cuando se iba a cerrar el sumario, apelaban sin fundamentar debidamente la alegación y muy rara vez ofrecían prueba en la etapa de plenario, en ejercicio del derecho de defensa. Corrientemente los jueces permitían al imputado se defendiera personalmente, aún cuando no tuviera suficientes conocimientos de derecho para ejercer debidamente la garantía. No obstante que en esa época la defensa se visualizaba por no pocos como una obra de caridad de los abogados, la situación cambió sustancialmente a partir de que la Corte Suprema de Justicia, ya en los años 70 del siglo pasado, entendió del deber de llevar a la práctica la garantía y constituyó la Oficina de Defensores Públicos, la que desde el inicio de su función dio un nuevo concepto a ese servicio viéndosele como una obligación del Estado, por lo que debe ser rendido con altas exigencias de calidad. El Defensor Público debe en consecuencia entender que al recibir un salario del Estado para cumplir con su cometido de defensa, no lo hace como parte de una prestación social, sino como resultado del ejercicio de un derecho que tiene el ciudadano, de recibir ese servicio, por el que paga impuestos, no se trata entonces de un favor.

De lo dispuesto en el artículo 13 del Código Procesal Penal se puede derivar, además del derecho de asistencia y defensa técnica letrada, dispuesta claramente, hasta la prohibición de la autodefensa¹³, pues para nuestro legislador la garantía conlleva la prohibición de auto defenderse técnicamente cuando no se cuente con los conocimientos jurídicos necesarios para ejercer debidamente ese derecho, sin que ello coarte el derecho, que tiene el justiciable, de formular solicitudes y observaciones¹⁴. En el caso la imposición no conlleva una sustitución del procesado por su defensor, pues aquél siempre podrá ejercer su defensa personal, sino de garantizar que siempre se contará con una asistencia técnica idónea que permita decidir en todo caso cuál es la mejor forma de ejercer la comentada garantía. Con el Código de Procedimientos Penales que entró en vigencia en 1975 se cambia sustancialmente el sistema, pues en el de 1910, como ya se anotó, era potestativo el nombramiento de defensor antes de que se cerrara el sumario, por ser una normativa de corte inquisitivo el sumario bien se podía realizar sin la participación directa de la defensa técnica, etapa procesal en que se tuviera o no conocimientos en derecho, la autodefensa era la constante. Desde luego que lo dispuesto en el señalado artículo 13, no limita el derecho que puede tener cualquier imputado, que demuestre debidamente ante el

¹³ “Para tales efectos –derecho de defensa–, podrá elegir a un defensor de su confianza, pero, de no hacerlo, se le designará un defensor público”, se dispone en dicha norma.

¹⁴ Ver artículo 100 del Código Procesal Penal.

juez tener los conocimientos necesarios para auto defenderse, poder realizar concomitantemente su defensa personal y técnica¹⁵, pero tampoco que quien los posea pueda solicitar se le nombre uno público o nombrar uno particular. Es decir, que quién tiene el conocimiento técnico puede tanto defenderse por sí mismo, como solicitar la asistencia técnica, pública o privada, si a bien lo tiene. Cuando de defensa técnica costeadada por el imputado se trata, éste bien puede sustituir a su defensor en cualquier etapa del proceso o el nombrado puede renunciar, debiendo continuar con el ejercicio de la defensa mientras no se nombre a su sustituto¹⁶.

En nuestro marco constitucional el principio de defensa no ha ocupado siempre el reconocimiento que merece y ello lo fue con fórmulas no siempre claras; antes de la Constitución vigente la fórmula utilizada generalmente lo fue: “A nadie se hará sufrir pena alguna, sin haber sido oído y convencido en juicio...¹⁷”, de seguro es por ello que la defensa, aún bajo la vigencia de la actual Constitución, que sí hace expresa indicación del principio como garantía, en el artículo 39 según ya se indicó, no fue reconocida como exigible sino con la entrada en vigencia del Código de Procedimientos Penales de 1975. El cambio de un sistema inquisitivo a uno mixto, obligó a que se debiera contar con un acusador y un defensor, para que el juez pudiera mantener su posición de imparcial frente al conflicto. No obstante que en el marco constitucional se utiliza una terminología propia del derecho penal, es lo cierto que la interpretación de este principio es de aplicación en cualquier otra materia legal, civil, laboral, contencioso administrativa, de familia, etc, aunque es de reconocer que la defensa técnica conlleva mayores exigencias en el procedimiento penal. En el civil por ejemplo se cumple con la garantía con sólo haber permitido al demandado oportunidad de ser oído y puede hasta ser juzgado en rebeldía.

La defensa conlleva el derecho de conocer los hechos que se le atribuyen al imputado, pues sólo de esa manera él podrá plantear su tesis, contradiciendo las pretensiones de la acusación, sólo se puede hacer defensa de lo que se conoce. En ejercicio de ese derecho el encausado tiene derecho a ser oído, a participar en toda actividad probatoria en que no se le excluya legalmente, a ofrecer prueba pertinente, controlar la de las otras partes y valorarla, refiriéndose a ella y a la legislación aplicable al momento de emitir conclusiones.

De la fórmula constitucional del artículo 39: “previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa” se ha derivado en nuestro

¹⁵ Ver artículo 100 del Código Procesal Penal.

¹⁶ Ver artículo 104 del Código Procesal Penal.

¹⁷ Ver artículo 42 de la Constitución de 1871, de vigencia prolongada y base de la actual.

medio la obligatoriedad de la defensa técnica, pero si con ella pudo estimarse que se cumplía con la garantía constitucional con permitir la defensa material, ahora no cabe duda de la exigencia de la técnica con base a lo regulado en el artículo 8.2.d de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el que sin lugar a dudas se dispone sobre ella: “derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado... si el inculcado no se defendiere por sí mismo...” Entendemos por defensa técnica el asesoramiento que el imputado recibe de un abogado, así como el ejercicio de las facultades que la ley le concede para ejercer efectivamente el cargo y los deberes que ello conlleva a favor de la protección de los derechos del defendido.

Si la defensa es un derecho fundamental irrenunciable y en muchos casos el sometido a juicio no puede costear el pago de un profesional en derecho, o no quiere hacerlo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 8.2.e, establece como una obligación del Estado de proporcionar uno remunerado o no según lo dispuesto para el caso en la legislación interna, norma que luego regula el artículo 13 del Código Procesal Penal, al obligar a que si no es nombrado un defensor particular, se le nombre uno público. El imputado está autorizado a ejercer personalmente su defensa, pero ello resulta insuficiente en el sistema que obliga a que sea asistido por un profesional en derecho que puede nombrar libremente, pero si no lo hace, el Estado está en la obligación de procurarle uno desde el momento mismo en que se inicia la investigación en su contra, el que debe asesorarlo debidamente antes de cualquier declaración válida sobre el hecho imputado. La defensa personal, aunque permitida, está sujeta a la valoración que sobre su efectividad pueda hacer el tribunal, pues no resulta suficiente que siendo abogado la persona sometida al proceso pueda ejercer debidamente ese derecho, por ejemplo si se trata de persona que se encuentra en prisión, circunstancia que puede afectar gravemente en el ejercicio efectivo de la defensa, es por ello que esta posibilidad necesita autorización del juez, autorización que bien puede ser válidamente revocada cuando exista, como ya se dijo, impedimento real para su ejercicio.

La inviolabilidad de la defensa conlleva la posibilidad del encausado de resistir la acción del Ministerio Público, de allí la serie de derechos de que está investida su defensa, dada la preeminencia que tiene la acción del ente acusador en el proceso penal, quien goza de una serie de armas para realizar la investigación en que sustentar la acusación, como la colaboración de la policía judicial, de los laboratorios forenses, además de que es a él a quien corresponde realizar las diligencias de investigación. Sólo con el ejercicio pleno de aquéllos derechos es que la defensa puede lograr efectividad. Algunos ejemplos de estos derechos son: la posibilidad del imputado de declarar libremente y ofrecer la prueba que sea de su interés, o de abstenerse de hacerlo; el derecho a conocer toda la prueba existente y cuestionarla si es del caso, aún con el

auxilio de un consultor técnico si fuere necesario; el derecho a participar de todos los actos del proceso, incluso desde la fase de investigación o bien el derecho a ejercer los recursos que considere pertinentes.

Ya señale que la defensa puede ser ejercida de manera personal, pero cada vez más se oyen voces que defienden la tesis de que en determinados delitos, como los relacionados con el crimen organizado, los delitos sexuales, en perjuicio de menores de edad o de ancianos, esa defensa puede limitarse, como es el caso en que se evita que el encausado se encuentre presente en todos los actos del debate, ello para proteger la identidad de la víctima, los testigos o los peritos. A mi entender siempre debería garantizarse la presencia del encausado en la sala de audiencias, para hacer efectiva la inmediación en la recepción de la prueba, que luego, no obstante la actividad que sobre ella pueda desplegar la defensa técnica, tiene el derecho de valorar; si válidamente y con carácter de excepción se deben proteger otros derechos como la no revictimización del menor de edad, ello se puede hacer siempre que la forma en que se lleve a la práctica sea respetuosa de los derechos de la defensa. El adelanto jurisdiccional de recepción de prueba también debe ser realizado con carácter de excepción, al igual que la posibilidad que autoriza el artículo 338 del Código Procesal penal para que el testimonio de personas que no pueden asistir a la sala de audiencias se les reciba su deposición en su domicilio, con la asistencia de las partes que lo hayan solicitado y en ambos casos se debe justificar debidamente el por qué se recurre a ellos, procurando no afectar el ejercicio de la defensa y empleando medios que permitan la presencia, aunque sea virtual del deponente, pues si de lo que se trata es de evitar el ejercicio efectivo de la defensa por esos medios, la prueba resulta ilegítima, por la ilegitimidad de la forma en que fue obtenida. La utilización de medios como la videoconferencia puede permitir que todos los intereses sean protegidos, sea que se reciba la deposición del testigo, que éste no se encuentre en la sala de audiencias y que la defensa no se vea menoscabada.

El no juzgamiento en rebeldía, por el que opta nuestro sistema, exigiendo siempre la presencia del imputado en el debate, tiende también a proteger el principio de defensa, pues sólo el encausado presente al momento del juzgamiento podrá ejercer la defensa personal y coadyuvar con la técnica que realiza su defensor letrado. Además, sólo contando con la presencia del defendido se podrá intimarlo, acto con el que se da posibilidad de ejercer la defensa pues sólo se puede realizar ésta en relación con lo que se es conocido, según ya se apuntó.

La defensa conlleva la necesidad de conocer los hechos atribuidos, con la posibilidad de referirse a la acusación y a manifestarse en relación con ella; de interrogar a los testigos, ofrecer prueba y controlar la del adversario.

La defensa pública tiene una característica que la individualiza respecto de la particular, pues si bien ambas tienen el mismo cometido, en la primera no existe la posibilidad de escogencia del caso o del imputado, que sí se da en la segunda, no obstante eso, en ambas el defensor está en la obligación de poner toda su capacidad y empeño por defender de la mejor forma los intereses de su defendido, como ya se anotó, hasta en aquellos casos en que pueda existir diversidad de criterio sobre la forma en que debe ejercerse la defensa. No corresponde al defensor juzgar a su defendido, ello corresponde al juez, por ello debe despojarse de toda clase de prejuicio que le puedan llevar a afectar el ejercicio de la defensa. La defensa debe ejercerse con las mayores exigencias éticas, por lo que no le está permitido al defensor actuar ilegítimamente. Su acción debe realizarse con lealtad respecto de las otras partes del proceso, aunque teniendo siempre en mira lograr el resultado más favorable para su defendido.

El derecho de defensa no se cumple con la mera formalidad de suplir un abogado al justiciable, la defensa debe ser idónea, es decir, el defensor debe tener los conocimientos necesarios para desempeñar su papel en procura del respeto de los derechos de su representado, asesorándolo debidamente, no solamente evitando formalmente la indefensión. La ausencia de conocimientos respecto de la normativa a aplicar y su contenido ideológico, obliga a que el procesado deba contar con patrocinio letrado que supla debidamente esa deficiencia, ello motiva que se deba dar primero la posibilidad de que la escogencia del abogado la realice a su entera libertad el defendido, pero cuando éste no pueda o no quiera costear la participación del letrado en juicio, el Estado deberá proporcionarle uno que pueda ejercer la defensa de manera idónea. El defensor debe procurar que su defendido sea conocedor de sus derechos en toda actividad procesal y no limitarse simplemente a cumplir formalidades, así por ejemplo si en el artículo 92 del Código Procesal Penal se dispone que al comenzar la declaración del imputado se le debe informar detalladamente sobre el hecho que se le atribuye, su calificación jurídica y un resumen del contenido de la prueba existente, es obligación de quien ejerce la defensa exigir se cumpla con esa información previa y no sólo firmar luego el acta levantada del acto, en la que de forma “machotera” se indica que las señaladas advertencias se hicieron, quien así procede afecta sustancialmente el derecho de defensa y resulta no idóneo para ejercerlo.

El tema de la idoneidad de la defensa no resulta de fácil solución, pues si bien como ya señalé, el derecho no se cumple con el simple nombramiento de un abogado como defensor, establecer si la defensa se ejerció siguiendo las exigencias de calidad que requiere, no es tarea fácil. La interposición de un recurso, cuando existe contradicción entre la defensa personal y la técnica, puede conllevar dificultades de relación entre el profesional y su defendido,

pero no siempre constituye una falta al ejercicio de la defensa. Al estarse frente a una garantía constitucional, los criterios a aplicar deben ser a favor del reo, de la efectividad del ejercicio de sus derechos.

La autora se preocupa por desarrollar detenidamente las exigencias éticas que regulan la acción de defensa en juicio, dándose pie a la aplicación del régimen disciplinario cuando quien litigue lo haga apartándose de aquellas exigencias, de lo que puede concluirse que la formación profesional del defensor público debe ser una preocupación constante de la Institución, para inculcarle valores éticos para el ejercicio del cargo. El profesional que ejerce la defensa se encuentra en el día a día con el deber de buscar la excelencia en su actuar, nos indica Diana, quien al igual que cualquier otro servidor público debe desempeñarse con honradez, respeto, puntualidad, eficiencia y discreción, entre otros deberes, en los que el interés de la protección de los derechos de los defendidos debe siempre tenerse como norte¹⁸, teniendo como límites la legalidad de su actuar, no deben recurrir a prácticas indebidas o abusivas. En el ejercicio de la defensa se debe actuar con buena fe, pues las acciones dilatorias sin necesidad, al igual que la actuación no ajustada a la ética que exige el ejercicio de la abogacía, puede ser sancionada de conformidad a lo dispuesto en el artículo 129 del Código Procesal Penal, en el que se autoriza el empleo del régimen disciplinario para quien no respete las exigencias sobre la lealtad de los contendientes.

Si bien se ha aceptado la obligación de que el encausado cuente con defensor desde el momento mismo en que se inicia la investigación en su contra, no es sino en las últimas décadas que la defensa puede ser ejercida debidamente en la etapa de ejecución de la sanción, a este respecto el derecho penal costarricense ha mostrado un avance constante desde la derogatoria del Código de Procedimientos Penales de 1910, marco legal que no hacía referencia a la defensa en esa etapa procesal¹⁹, no se requería tuviera defensor para ser indagado²⁰ y tampoco se permitía la asistencia letrada en la instrucción de la investigación. La ejecución del fallo, bajo la vigencia del Código Penal de 1941 era administrada por el Consejo Nacional de Prisiones²¹, y ese Consejo además tenía la facultad de extender la pena más allá de lo dispuesto por el juzgador, solicitándole a éste, cuando se presentaban determinadas condiciones en la ejecución de la pena o en el resultado de esa ejecución²², mantener la

¹⁸ “la defensa pública lucha en su labor diaria porque en cada caso que le ha sido confiado, opere una defensa plena, acorde con los principios constitucionales de Debido Proceso y Derechos de Defensa, de manera que su compromiso es con su representado, quien acude a ella, esperando obtener un servicio de calidad, pero sobretodo, esperando gozar de su derecho a la defensa técnica eficiente, mediante la defensa pública”, nos dice Diana en su obra. Ver página 283.

¹⁹ Ver artículos 248, 266, 267, 269 del Código de Procedimientos Penales de 1910.

²⁰ Ver artículos 250 y 251 del Código de Procedimientos Penales de 1910.

²¹ Ver artículo 65 del Código Penal de 1941.

prisión por un plazo mayor al dispuesto en sentencia, en ese procedimiento no era exigida la asesoría de un abogado y en la realidad ésta no se dió. Con el derogado Código que entró en vigencia en 1975, se dió un primer paso para el ejercicio de la defensa en la fase de ejecución del fallo, al constituirse el primer juzgado de ejecución de la pena, ejercicio que se ensanchó aún más bajo la legislación actual en la que la intervención judicial en esa etapa es aún mayor, según puede concluirse con la simple lectura de los artículos 452 y siguientes del Código Procesal Penal, con jueces de ejecución de la pena con capacidad de controlar el cumplimiento del régimen penitenciario y el respeto de las finalidades constitucionales y legales de la pena (artículo 458), situación que ha permitido un mayor ejercicio de la defensa, según lo dispone el artículo 13 *ibidem*, en el que se señala que la defensa se ejerce desde el primer momento de la persecución penal hasta el fin de la ejecución de la sanción que se llegare a imponer. En esta etapa el ejercicio de la defensa se realiza principalmente por medio de los incidentes de ejecución, regulados en el artículo 454 *ejusdem*.

Al mundo moderno se le han presentado problemas inéditos, para los cuales pareciera que las soluciones clásicas no resultan ser suficientes, la trata de blancas y niños, el blanqueo de capitales, la delincuencia organizada y el terrorismo, han puesto en tela de duda la necesidad del respeto a los derechos fundamentales en la persecución del delito. Las tesis sobre el derecho penal del enemigo han dejado al descubierto que los ciudadanos, en busca de una mal llamada seguridad, aceptan se disponga de determinados derechos, para que sean disminuidos o eliminados, dentro de los que se encuentra el que motiva el libro que ahora prologo, para así lograr una mayor efectividad en la persecución de los señalados delitos. La defensa se ve como un obstáculo para reprimirlos, delitos que tanto daño causan a la comunidad y no son pocos los que abogan por disminuirla; resulta corriente oír la voz ciudadana que clama por mayor seguridad, alegando por la no comprendida obligación de darle asistencia letrada a quien atenta con los derechos de la comunidad. La tenencia de una cantidad importante de personas con carácter de detenidos, por el Gobierno de los Estados Unidos de América, en la Base Militar de Guantánamo, sin que se les haya puestos a disposición de juez, sin que se les haya informado la razón de su encierro y su derecho a defenderse y la poca atención que al hecho se le ha brindado en el ámbito internacional, deja ver la despreocupación con la que se ve la disminución de derechos para unas personas a las que se les trata como enemigos y en consecuencia no son

²² En el artículo 102 de ese Código se disponía: “La pena de prisión mayor de seis meses, implica la posibilidad de retención del penado en el establecimiento, por un tiempo igual a la cuarta parte del fijado en la sentencia, aunque con ello se pase el límite legal de la pena de prisión, cuando el reo en la segunda mitad de la condena hubiere observado notable mala conducta, se hubiere resentido al trabajo, o hubiere incurrido en graves falta de disciplina.”

Esa retención según lo dispuesto en el artículo 103 debía ser decretada por el juez de la causa a pedido del Consejo Nacional de Prisiones.

sujetos de derechos. Esta preocupante situación amerita que le prestemos atención, pues mucha sangre ha debido ser derramada para tener ahora como una garantía ciudadana el derecho de defensa, el que no debemos poner en riesgo, pues es parte del sistema de seguridad jurídica que tiene como base la convivencia social en democracia. No es cuestión de buscar más eficiencia con demérito de los derechos fundamentales, recordemos, como ya fue apuntado, que la democracia es un sistema de medios, en los que éstos se constituyen en la razón misma del ordenamiento, pasando los fines a ser un tema secundario, sólo capaces de ser logrados cuando se utilicen medios autorizados por el sistema.

No debo terminar esta presentación sin reiterar mi reconocimiento a Diana por el esfuerzo que representa la producción de esta importante obra, sobre una de las garantías primordiales del sistema por el que hemos optado los costarricenses, que como ya se dijo hunde sus raíces en la propia naturaleza del ser humano, quien tiene en el principio de defensa una de las razones que le han permitido la sobrevivencia en los siglos de existencia del desarrollo humano. Estoy seguro de que los profesionales en derecho que tengan la posibilidad de aprender con la lectura de este libro, comprenderán mejor la institución de la Defensa Pública y en consecuencia las ventajas que ella ha traído para nuestro país.

Alajuela, diciembre del 2007.

INTRODUCCIÓN GENERAL

La Defensa Pública de Costa Rica es una institución con más de treinta y cinco años de existencia. Durante este período se ha consolidado como una institución líder, que ha sido reconocida internacionalmente por la excelencia técnica de sus funcionarios y funcionarias así como por la mística y compromiso con que brinda el servicio a las personas usuarias. Incluso, expertos en el tema de la Administración de Justicia y sistemas judiciales, han indicado que es la mejor Defensa Pública de América Latina¹.

Además, esta institución constantemente recibe visitas de representantes de otras defensas públicas, interesados en conocer su estructura y características. Sus profesionales han participado en procesos de formación, capacitación y consultorías en otros países. Su dinamismo y capacidad de adaptación, le han permitido enfrentar cambios de todo tipo, caracterizándose por un alto nivel de profesionalismo. Asimismo Ferrajoli, en una entrevista realizada sobre el tema de la Defensa Pública, ha destacado la experiencia costarricense.²

Por tanto, se justifica un estudio exhaustivo acerca de la Defensa Pública que permita analizar la normativa que la rige, sus principios, características y naturaleza, así como la estrecha relación que tiene con el sistema político democrático. De este modo, quienes desconozcan su función y su particular perspectiva, podrán familiarizarse con ella.

Tal y como recién expresamos, resulta imprescindible tomar en cuenta el sistema político que permite que esta institución exista y se fortalezca: la democracia. Esta doctrina no es cualquier sistema político, sino el sistema que ha demostrado ser el más conveniente para el ser humano en general. Hombres y mujeres son el centro de este sistema político que se preocupa y enaltece aspectos tales como: la libertad, igualdad, justicia, dignidad, entre otros. Estos valores, en otros sistemas no pasan de ser más que un mero discurso y, por ello, son pisoteados, provocando lesiones a los derechos de las personas que se encuentran sujetas a este tipo de regímenes autoritarios, donde la persona está al servicio del Estado y no como debe ser, el Estado al servicio de la persona humana.

Pero en la democracia, el respeto al ser humano y su dignidad, es el eje del sistema, y esto genera que los aspectos dichos sean los que den razón

¹ Vídeo de la Defensa Pública de Costa Rica. Diciembre de 2005.

² Martínez, Stella y López Puleio, María Fernanda. "Entrevista al Profesor Luigi Ferrajoli sobre la Defensa Pública". En: Revista Latinoamericana de Política Criminal, Pena y Estado. Buenos Aires: Ediciones del Instituto, número 5, setiembre de 2002.

de ser a este. Ciertamente, debemos aclarar que la democracia no es perfecta, pero dentro de los sistemas de organización política existentes, es el mejor, pues es el sistema que brinda especial aprecio a los valores mencionados, haciendo de ellos una guía por respetar.

Ahora bien, tal y como analizaremos en la presente investigación, la institución de la Defensa Pública fortalece estos valores y, por tanto, su labor resulta de particular importancia en un sistema democrático. Por eso resulta necesario plantear este análisis que consideramos de por sí valioso, pues es un tema que ha sido poco discutido.

Dentro del marco del Programa de Formación Inicial de la Defensa Pública, este tema es básico y no puede ni debe ser soslayado, pues quien pretenda ejercer la defensa técnica de personas que se encuentren participando de procesos judiciales, debe tener conciencia de la elevada importancia de la labor que realiza y el impacto de esta, no solo en el caso concreto en donde participa como defensor público, sino en la existencia de nuestro país como Estado democrático y social de derecho. Entremos pues en materia y baste lo dicho como presentación al tema.

CAPÍTULO I DEMOCRACIA

INTRODUCCIÓN

Las distintas sociedades, entendidas como conjuntos de personas que viven en común a pesar de su diversidad, han buscado alcanzar un orden social mediante sistemas relativos a la comunicación, la economía, la subsistencia y socialización de las personas, el ritual (necesario para lograr la cohesión social) y la política (referente a la distribución de la coerción y el poder).³

Propiamente en relación con el sistema político, este cuenta entre sus atributos, tanto con el poder coercitivo (al menos como posibilidad), como la suficiente autonomía para ejercer su función. Estos son elementos indispensables para lograr sus objetivos de mantener la existencia y funcionamiento de la sociedad, el mantenimiento de la paz en la resolución de los conflictos, y la no subordinación de la comunidad respecto a otras sociedades.⁴

Pero debe destacarse que para el sistema político resulta tan importante la coerción que permite la eficacia de sus mandatos, como el consentimiento de las personas que brinda legitimidad al sistema. Por ello, las decisiones del poder político que se adoptan mediante normas jurídicas, deben reunir tanto la eficacia como la validez, la aplicabilidad como la legitimidad.

Actualmente el poder coercitivo, a diferencia de lo que ocurría en la época medieval, se encuentra concentrado en un único ente: el Estado. Este tiene como sus elementos, el territorio, la soberanía y el pueblo.

En cuanto al primero, el territorio hace referencia al espacio físico, en donde el Estado ejerce sus atribuciones políticas y jurídicas. Es un elemento indispensable de manera tal que aunque exista un pueblo o nación, sin territorio no puede haber Estado.

En relación con el pueblo, resulta de suma importancia aclarar que este concepto no es equiparable con el de población, sino que más bien hace referencia al [...] *conjunto de personas que conviven establemente en una comunidad política o nación* [...].⁵ Usualmente el concepto de pueblo se equipara con el de nación, aun cuando se ha indicado (acertadamente) que el

³ MOLAS, Isidre. DERECHO CONSTITUCIONAL. Madrid: Editorial Tecnos, 3ª Edición, 2005, p.17

⁴ Ibidem, p.19.

⁵ Ibid., p. 24.

concepto de nación incluye también a las generaciones pasadas, presentes y futuras, de manera que el aspecto cultural queda también incorporado.⁶

Ahora bien, la organización política de las personas ubicadas en un territorio, es lo que constituye el Estado, y el conjunto de normas que regulan esa organización, se encuentra reunido en la Constitución de este Estado. Si bien es cierto, el concepto de Constitución está estrechamente vinculado con el Estado liberal, de manera que el carácter de “Constitución” de monarquías o de estados dictatoriales, se cuestiona por no provenir del acuerdo del pueblo, o por carecer de la división de poderes, o de garantías para el derecho de las personas, también es cierto que, en la práctica, aun este tipo de Estados tiene Constitución.

La organización política, dependiendo de la forma en que el poder político se relacione con el pueblo, puede ser democrática o dictatorial.⁷ Por lo general, todos los sistemas políticos rechazan la segunda acepción y se declaran democráticos, pues son conscientes del enorme valor que se otorga a este sistema, y del rechazo generalizado que los sistemas autoritarios provocan. En Costa Rica, el artículo 1º de la Constitución indica que nuestro país es una república democrática.⁸

Finalmente en relación con la soberanía, esta implica dos niveles: i) El nivel externo: según el cual, el poder del Estado no está sujeto a ningún otro, es independiente jurídicamente, aun cuando puede ocurrir que el Estado reconozca la normativa internacional con un nivel superior a la nacional. ii) El nivel interno: al no existir ninguna institución jurídica ni políticamente superior, el Estado es soberano, pues goza de la supremacía de su potestad de gobierno respecto de los ordenamientos e individuos que se encuentren dentro de su territorio, por lo que se ha llegado a decir que “[...] *tiene el monopolio de la coacción física y jurídica a su disposición.*”⁹ El mismo artículo 1º de la Constitución señala que Costa Rica es libre e independiente.

⁶ Constitución Política de la República de Costa Rica. Comentada y anotada por Rubén Hernández Valle, San José: Editorial Juricentro, 1ª. Edición, 1998, comentario al artículo 2, p. 23.

⁷ De acuerdo con la clasificación de MOLAS, existe también la posibilidad de que el poder político se relacione con el poder social, o bien, con el territorio. Cuando es relacionado con el poder social puede originar cuatro tipos de Estados: totalitario (absorbe el resto de sistema y regula la totalidad de la vida de los individuos); social (interviene regulando y modificando las relaciones sociales a fin de lograr la igualdad de condiciones para los individuos); liberal (no interviene en las relaciones privadas y se ocupa únicamente de proteger la autonomía de la sociedad); y la anarquía (no existe coerción política de modo que el Estado desaparece, y sus funciones son realizadas por los otros subsistemas). En cuanto a la relación con el territorio, esta puede dar lugar a: estado unitario, estado compuesto o federal y confederación de estados. MOLAS, óp. cit., p. 29.

⁸ Constitución Política de la República de Costa Rica. Art. 1º.

En cuanto al tema de la soberanía, esta puede ser ejercida por el poder soberano, reyes, dictadores o el pueblo o nación. En nuestro caso, de conformidad con el artículo 2 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, la soberanía reside en la Nación.¹⁰

Visto lo anterior, pasemos a desentrañar el significado del Estado democrático.

1.1 CONCEPTO DE DEMOCRACIA

El concepto de democracia ha sido definido de múltiples maneras y ha contado con innumerables interpretaciones, y por esos variados contenidos que se le han atribuido, en realidad el término ha sido poco preciso. En general y en palabras muy simples, se ha identificado con una forma de gobierno, en donde las decisiones son tomadas por una mayoría.

En este contexto, en ocasiones la democracia se ha equiparado con el concepto de igualdad, pues se parte de que cada uno de los participantes en la toma de las decisiones, está en condiciones de igualdad dentro del proceso, de manera que su voto tiene exactamente el mismo valor que el del resto de los sujetos. Por tanto, a aquellas situaciones en donde operan desigualdades, se les suele denominar “antidemocráticas”. Por otra parte, también se ha pretendido que la democracia corresponde fundamentalmente al concepto de libertad.¹¹

Sin embargo, creemos que estas perspectivas, si bien no son erróneas, resulta limitadas, en torno a lo que a nuestro criterio, es la naturaleza de la democracia, la cual pretendemos analizar a continuación.

1.1.1 *Concepto tradicional de democracia*

La etimología de la palabra democracia encuentra su origen en los términos griegos: *demos*, pueblo y *kratos*, autoridad, gobierno. Si interpretamos la unión de estas dos raíces en sentido literal, estaríamos haciendo referencia a la “autoridad del pueblo”, al “gobierno del pueblo”, de manera tal que el

⁹ Constitución Política de la República de Costa Rica. Comentada y anotada por Rubén Hernández Valle, comentario al artículo 2, p. 22.

¹⁰ Es importante aclarar que Costa Rica ha reconocido la jurisdicción vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo cual genera una limitación a su soberanía, pues incluso sentencias dictadas por tribunales costarricenses pueden ser anuladas por el órgano jurisdiccional internacional. Constitución Política de la República de Costa Rica. Comentada y anotada por Rubén Hernández Valle, comentario al artículo 7, pp. 30-31.

¹¹ Raphael, D.D. Democracia. pp. 56-57, en Volio, Fernando. Democracia, Valores y Principios. San José: Libro Libre, 1986, pp. 56-57.

poder tiene su origen en el pueblo, le pertenece a este.¹² De esta forma, la democracia responde a la pregunta de quién es el portador y titular del poder, y su respuesta se encuentra estrechamente vinculada al principio de soberanía popular de manera tal que:

[...] el poder del Estado ha de articularse de tal forma que tanto su organización como su ejercicio deriven siempre de la voluntad del pueblo o puedan ser atribuidos a él.¹³

No resulta ocioso recordar que el sistema ateniense se ha considerado por la mayoría de los doctrinarios, originó este estilo de gobierno y entendió como pueblo al conjunto de los ciudadanos, los cuales eran los varones hijos de padre y madre ateniense (excluyendo con ello al resto de la población, motivo por el cual ha sido considerado por algunos autores, una oligarquía más que una democracia). Este sistema se entendió y se aplicó como la intervención del pueblo en el gobierno.¹⁴

Siglos más tarde, Abraham Lincoln definió la democracia como “*el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo*”, y esta definición se ha entendido principalmente enfocada a la toma de decisiones, proceso que para algunos, si se realizara una interpretación literal, obligaría a que las decisiones fueran tomadas de manera unánime.¹⁵

Ciertamente es un ideal maravilloso que se ha pretendido llevar a la práctica, el que sean los propios gobernados quienes decidan las acciones o conductas por seguir, y sería todavía mejor, si esas decisiones se tomaran por unanimidad. Sin embargo, resulta importante determinar cómo se toman esas decisiones, pues la realidad de la naturaleza humana, nos enseña que cada persona se encuentra marcada por sus características particulares, por sus experiencias, valores e inquietudes. De esta manera, difícilmente encontramos dos seres humanos que piensen exactamente igual sobre un tema definido, y con mucha más razón, es casi imposible lograr el acuerdo total entre los miembros de grupos humanos.

Es por ello, que en la búsqueda de un consenso en torno a las decisiones por tomar, se ha llegado a aplicar el concepto de la *mayoría*. De acuerdo con este, si tenemos un conjunto de individuos que deben tomar una

¹² Ibíd., p. 57. En este sentido, la democracia se contrapone a la aristocracia y a la oligarquía que se refieren al gobierno de los mejores o de los pocos hombres, también a la monarquía (gobierno de un solo hombre).

¹³ Böckenförde, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 47.

¹⁴ Armienta Calderón, Gonzalo. El proceso como expresión de la democracia. Revista Mexicana de Justicia, julio-agosto 1981, número 13, vol. III, pp. 78-79.

¹⁵ Raphael, óp. cit., p. 60.

decisión en torno a un tema concreto, ¿cómo se conocería cuál es la voluntad definitiva de ese grupo? Se ha optado por buscar cuál es el sentir u opinión de la mayor cantidad de individuos del grupo, en un mecanismo que se pretende sea el más transparente y justo: la voluntad de la mayoría.

En la práctica, resulta sumamente dificultoso consultar al pueblo en torno a cada una de las decisiones que se deben tomar en un gobierno. Siendo así, se ha decidido aplicar la voluntad de la mayoría para escoger más bien, a los sujetos que en representación del pueblo, tomarán las decisiones que sean necesarias para alcanzar los objetivos propios de la nación. Hablamos en este sentido de una *democracia representativa*, en donde los individuos elegidos operan como depositarios del poder que les otorgan sus representados. En este sentido se indica:

El mandato representativo, mediante el cual el cuerpo electoral otorga su confianza a quienes resultan electos, a fin de que en nombre del pueblo actúe de acuerdo con su personal opinión. Por esta razón la confianza debe ser renovada periódicamente y algunos han defendido la conveniencia de que los mandatos sean breves, a fin de mantener una conexión estrecha entre la voluntad del pueblo y la de sus representantes. Incluso en algunos casos se ha abogado por la posibilidad de su revocación si se producen divergencias intolerables [...] Cuando hablamos de sistema representativo no aludimos por tanto, solamente a la necesaria imputación al pueblo de las decisiones del cuerpo electoral o de los gobernantes, sino específicamente a aquella forma de representación en que la voluntad de un grupo de personas elegidas libremente por el cuerpo electoral, integrado por todas las personas de la comunidad mayores de edad y en plena posesión de sus facultades, se imputa como voluntad del pueblo durante un determinado período de tiempo.¹⁶

Es decir, no es que el elegido va a consultar a los sujetos que lo escogieron sobre cada situación, en donde haya que definir posiciones o acciones, puesto que su figura no es la de un delegado que toma nota de la posición y la trasmite. Más bien, se le escoge como una persona que, por sus condiciones particulares, se considera que tomará las decisiones que correspondan con la aplicación de los criterios que, a su leal saber y entender, sean los más ajustados a la situación concreta, tal y como lo harían sus representados.¹⁷

¹⁶ Molas, óp. cit., p. 80-81.

¹⁷ Raphael, óp. cit., p. 62.

A partir de aquí surge la enorme importancia que tiene el proceso electoral y el sufragio universal, como mecanismos indispensables para asegurar la pureza en la escogencia de los representantes del pueblo. De acuerdo con estas formas, el pueblo se asegura de que su voluntad sea manifiesta y efectiva, pues de lo contrario, quedaría en manos de quienes ocupen lugares de privilegio, sea por poder económico, influencias o simple activismo.

Por este motivo, se ha rodeado al sufragio de una serie de garantías-características que deben ser respetadas e implementadas, pues de lo contrario, surgen cuestionamientos en torno al proceso electoral y su transparencia que, a su vez, se traducen en interrogantes relativas a la legitimidad de los gobernantes. Molas señala que el sufragio debe ser:¹⁸

- Universal: ejercido por todos los ciudadanos mayores de edad con capacidad jurídica, nacionales del país.
- Igual: en el sentido de que cada sujeto implica un voto, ninguna persona tiene mayor valor que otra al momento de emitirlo.
- Personal: ejercido por cada individuo.
- Libre: ajeno a todo tipo de coacción, amenaza o presión.
- Directo: se ejerce en relación con los candidatos por ejercer la función representativa.
- Secreto: quien lo emite, lo hace ajeno a las miradas de los demás miembros de la sociedad, para evitar represalias o presiones, de forma que su decisión refleje su auténtico sentir.

Al gozar el sufragio del carácter de universal, se alcanza el aspecto *participativo* que también es parte del sistema democrático. Por definición, las democracias son participativas, y fortalecen de esta manera, el tema de la legitimidad que es fundamental para que en su desempeño, goce de credibilidad:

La democracia se distingue de otras corrientes políticas en que aspira a un poder igual entre los individuos y, en concreto en la esfera política, a la *participación de todos los ciudadanos en las decisiones colectivas en condiciones de igualdad*.¹⁹

De este modo, el sistema democrático, si bien es imperfecto como toda obra humana, mediante la técnica de la representación, es el que más se orienta a garantizar la participación de los sujetos y el respeto de sus decisiones, pues se parte de la idea de la igualdad de los individuos para decidir.

¹⁸ Molas, óp. cit., p. 84.

¹⁹ Ibíd., p. 70.

Es importante aclarar en torno al concepto de mayoría, que el hecho de que este sea el mecanismo democrático, no implica de manera alguna que las minorías serán irrespetadas. Por el contrario, la existencia de las minorías asegura una de las características del sistema democrático: el pluralismo, el cual señala la posibilidad de que existen puntos de vista variados sobre un mismo tópico. Así en el sistema democrático, las minorías serán escuchadas y emitirán su voto expresando el criterio que consideren correcto:

[...] en lo que se refiere al fuero interno de su gobierno, la Asamblea es libre y autónoma para establecer sus propias normas, respetando, según se dijo, los valores fundamentales, dentro de los que se destaca el principio democrático, que en el contexto de un cuerpo fundamentalmente político y deliberante significa, también, la protección de los derechos de las minorías como criterio rector para evitar los abusos o la dictadura de las mayorías. Sin perjuicio del respeto que las decisiones de la mayoría debe merecer, las minorías tienen el derecho de hacerse oír y de participar con su voto en la toma de decisiones, particularmente en aquellos actos que por su trascendencia hacen a la esencia y razón de ser del régimen representativo.

Adviértase que tal razonamiento es aplicación obligada del principio dispuesto por el artículo 95, inciso 6 de la Constitución, que al tutelar los derechos de las minorías, establece un criterio fundamental de convivencia democrática, extensivo a todo el ordenamiento. [...]

El respeto a la minoría es un principio fundamental de nuestro ordenamiento constitucional, que proviene del concepto mismo de “democracia”, entendiendo que la nuestra se basa sobre un continuo contraste de opiniones organizadas que concreta el principio: “gobierno de la mayoría con participación de la minoría, dentro de un régimen de libertad e igualdad”.²⁰

Sin embargo, en su análisis sobre el tema de la democracia, el autor Raphael²¹ ha considerado que el mecanismo representativo, linda con una oligarquía (gobierno de unos pocos), electa por el pueblo y responsable ante este, que puede cambiarlo en un próximo mandato, de manera que el aspecto democrático descansa en la elección popular y la posibilidad de cambiar a los elegidos anteriormente mediante ese mecanismo.

A fin de paliar estas críticas, se han ideado mecanismos para que al momento de tomar decisiones de particular trascendencia, el pueblo pueda

²⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Res. 990-92 de las dieciséis horas con treinta minutos del catorce de abril de mil novecientos noventa y dos.

ser consultado sobre su opinión en torno a esos temas, como por ejemplo, el referéndum o bien el plebiscito, entre otros.

Pero también se han ideado correctivos del sistema, para evitar que los elegidos se arroguen facultades que no les competen, o bien, para los casos en que la mayoría tome decisiones que atenten contra la autonomía personal de los sujetos, y afecten los derechos de estos.²²

Hernández Valle realiza una descripción interesante, por ilustrativa y sencilla, de la forma en que la democracia opera. Señala que

En el sistema democrático existe una especie de circuito abierto de poder en el que las ideologías compiten y las fuerzas sociales que las apoyan circulan de manera libre e igualitaria. El proceso del poder es pluralista y dinámico, pues se fundamenta en la libertad e igualdad de los gobernados y concomitantemente los gobernantes están sometidos al ordenamiento. Es decir, el Estado democrático funciona como un Estado de Derecho.²³

Se debe resaltar que aunque podrían existir sociedades que han funcionado alejadas de un sistema democrático, las que lo han hecho tienen una característica común, y es que en ellas el gobernante ha utilizado el poder para beneficiarse a expensas de los gobernados, del pueblo:

El autogobierno se afirma en un punto de vista negativo: en la convicción de que cualquier clase gobernante -sea aristocrática o plutocrática- tenderá a gobernar a favor de sus propios intereses en vez de los intereses públicos.²⁴

John Strachey coincide con la posición que se refleja en la cita anterior, pues al analizar el tema de la democracia, señala dos conclusiones básicas:

- ✓ Primero, el pueblo que no quiere sufrir explotaciones por parte de sus gobernantes, debe gobernarse a sí mismo, recurriendo para ello a los mecanismos que le permiten ejercer el poder político.²⁵ Por lo tanto, Strachey es consciente de que si un grupo específico llega al Gobierno, ejercerá el poder en su propio beneficio, de manera que solo cuando el

²¹ Raphael, *óp. cit.*, p. 61.

²² En este sentido, se podrían citar a manera de ejemplo desde el principio de separación de poderes, hasta garantías como el hábeas corpus al cual nos referiremos posteriormente

²³ Constitución Política de la República de Costa Rica. Comentada y anotada por Rubén Hernández Valle, comentario al artículo 1, pp. 20-21.

²⁴ Rodee, Carlton; Anderson, Totton; y Christol, Carl. La filosofía de la democracia. En Volio Fernando. Democracia, Valores y Principios. San José: Libro Libre, 1986, p. 28.

pueblo controla el ejercicio del poder, es decir, se autogobierna, se verá libre de vejámenes.

- ✓ Segundo, la democracia resulta ser un experimento para manejar los asuntos humanos. Strachey afirma que la democracia es un experimento, pues a su juicio, no es hasta fines del Siglo XVIII que se dieron los acontecimientos necesarios para que se desencadenaran los procesos que darían lugar al sistema democrático (la Revolución norteamericana, la Revolución Francesa y la Ley de Reformas Inglesa).²⁶ Este autor consideró al momento de escribir este ensayo (1964), que la democracia se encontraba todavía en etapa de perfeccionamiento.

Ahora bien, esta última perspectiva nos lleva a preguntarnos por qué este autor consideró que la democracia se estaba perfeccionando. ¿Es que acaso no basta el gobierno de la mayoría, para alcanzar la tan ansiada democracia que todos los gobernantes pretenden en su forma de gobierno? Es más, ¿el hecho de que exista no solo una decisión consensuada, sino incluso unanimidad, no es garantía suficiente de la condición democrática de la toma de decisión y de la legitimidad del sistema?

En torno a esta interrogante, resulta esclarecedora la posición del tratadista Molas, quien indica que la democracia es:²⁷

- a) **Una idea política**, mediante la cual se logra la legitimidad del poder político (por haberse logrado mediante el acuerdo de los miembros de la comunidad en condiciones de igualdad).
- b) **Un principio jurídico estructurador del poder político**, en la medida que se encuentre contenido en la Constitución. Desde esta perspectiva reúne:
 - ✓ La *vertiente procedimental* que hace referencia al conjunto de reglas que permiten que todos los miembros de la comunidad, participen en la escogencia de sus representantes, en la cual resulta indispensable la libertad de los sujetos.
 - ✓ La *vertiente sustancial*: relativa a una sociedad basada en igualdad de condiciones de poder y de libertad, de manera que las personas y los grupos no vean limitada su libertad por la desigualdad existente.

²⁵ Strachey, John. El desafío de la democracia en Volio Fernando, Democracia, Valores y Principios. San José: Libro Libre, 1986, pp. 106-107.

²⁶ *Ibíd.*, p. 108. Este autor considera que el Estado ciudad de la antigua Grecia, no fue una democracia sino más bien una oligarquía.

²⁷ Molas, óp. cit., pp. 67-68.

Al respecto indica Molas:

Por ello, además, la democracia no sólo es una «forma política», sino también «una filosofía, una religión y, casi accesoriamente, una forma de gobierno» (BURDEAU), una «forma de vida» (FRIEDRICH), un conjunto de valores que determinan la convivencia y unas exigencias de actuación.²⁸

Por lo tanto, podemos concluir que si bien es cierto la democracia descansa en un sistema transparente y objetivo de elección de los representantes, y que este resulta fundamental para garantizar que efectivamente nos encontramos ante el gobierno del pueblo, basado en las decisiones de la mayoría, también es cierto que la naturaleza de la democracia no se agota ahí, tal y como se adelanta de la perspectiva recién citada de Molas, perspectiva que profundizaremos en el siguiente apartado.

1.1.2 La democracia como una forma de vida

Teniendo claridad de la enorme importancia que reviste el aspecto electoral para una democracia, pasamos ahora a analizar cuáles otros elementos se conjugan para hacer de la democracia algo más que un mero procedimiento de elección popular que verifique cuáles son las decisiones de la mayoría. En este sentido, existe el peligro de comprender la democracia en un plano estrictamente formal, en donde la voluntad democrática es la voluntad de la mayoría, lo que acarrea el peligro de que las minorías y sus derechos, podrían verse seriamente afectadas por las decisiones que se tomen, respetando el procedimiento electoral.

Por ello, se requiere plantear la necesidad de rescatar aspectos de fondo, al momento de hablar de democracia, y sobre todo, al momento de vivirla. Debe haber contenido sustantivo que ponga límites a quienes, aún contando con apoyo mayoritario, pretendan con su actuación, violentar valores y principios que no son negociables en el sistema democrático.

A este efecto, es importante recordar que algunos de los regímenes dictatoriales y autoritarios que más daño han causado a la humanidad, gozaron en su momento de un altísimo grado de aprobación por parte del pueblo al que respondían inicialmente y al que terminaron sojuzgando. Así por ejemplo Hitler, Mussolini y Stalin tuvieron amplio respaldo de su gestión.²⁹

Precisamente el autor Manuel Aragón ha señalado que la concepción “sustancial” de la democracia (también llamada el “nuevo iusnaturalismo”),

²⁸ Ibid., p. 68.

²⁹ Rodee y otros, óp. cit., p 29.

surge posteriormente a la Segunda Guerra Mundial ante los desdichados acontecimientos generados por el nacional socialismo alemán y el facismo italiano, así como una forma de reacción frente a la doctrina positivista.³⁰

En relación con este tema, el connotado autor Luigi Ferrajoli distingue dos dimensiones de la democracia:³¹

- ✓ La dimensión formal: referente a la democracia política, trata el tema “del *quién* y *cómo* de las decisiones”. Tiene su garantía en normas formales que la regulan.
- ✓ La dimensión material: relativa a la democracia sustancial, se refiere al *qué* es lo que puede decidirse. Su garantía se encuentra en las normas sustanciales que las vinculan al respeto de los derechos fundamentales y aspectos axiológicos.

Desde esta perspectiva, se concluye, por tanto, que aquello sobre lo que se puede tomar decisiones, tiene límites, y estos son el tema de los derechos fundamentales y los valores que los inspiran. Ambos temas no pueden ser violentados al momento de que los sujetos legitimados, siguiendo los procedimientos estipulados, pretendan tomar decisiones.

Partiendo de estas observaciones y aclaraciones, y a riesgo de parecer atrevidos, a continuación proponemos una definición de democracia, la cual incluye ese aspecto fundamental relativo al “ser una forma de vida” que, a nuestro parecer, se encuentra estrechamente relacionado, con el concepto recién mencionado de democracia sustancial. La definición propuesta es la siguiente:

La democracia resulta ser tanto un sistema político como una forma de vida, que se rige por principios contenidos en la Constitución, con los cuales se pretende limitar el ejercicio del poder por parte del Estado, y garantizar la auténtica vigencia de los derechos que le son inherentes al ser humano mediante la aplicación de mecanismos idóneos para ello, por estar inspirada en valores que tienen como fin último al ser humano.

Realizada la propuesta, procedemos a analizar el contenido de cada uno de los elementos de dicha definición, ya que conllevan mayor profundidad de la que se podría imaginar de primer momento.

³⁰ Aragón, Manuel. Constitución y control del poder. Argentina: Ediciones Ciudad Argentina, 1995, p. 49.

³¹ Ferrajoli, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 23.

1.1.2.1 Sistema Político

Según Loewenstein el sistema político es:

[...] una sociedad estatal que vive bajo una ideología concreta política, sociopolítica, ética o religiosa a la cual corresponden unas determinadas instituciones destinadas a realizar dicha ideología dominante.³²

Explica Loewenstein que este concepto hace referencia a la estructura ideológica a la cual se adscribe un tipo de gobierno, así como las instituciones que corresponden a esta ideología. Así, por ejemplo, un sistema político democrático puede tener diferentes formas de organizarse, tales como: el presidencialismo, el parlamentarismo, la democracia directa o la democracia semidirecta, entre otros. Por su parte, el sistema político autocrático puede encontrarse en una monarquía, dictadura, gobierno de asamblea, los cuales son gobiernos horizontales, pues carecen de origen en los destinatarios del poder.³³

Queda claro entonces que no existe un modelo de democracia y participación de validez única, sino que el sistema político de inspiración democrática, puede variar dependiendo del entorno cultural. Sin embargo, existen principios que por coincidir de alguna manera con el principio democrático, en la práctica se relacionan con este e, incluso, se llegan a ver como sinónimos. Entre estos se encuentra el Estado de derecho,³⁴ el cual se ha definido como:

[...] aquel Estado que garantiza el ejercicio de los Derechos Fundamentales, que divide el ejercicio de los poderes del Estado entre diferentes instituciones y que subordina las actuaciones de estos a la Ley, en cuanto expresión de la voluntad del pueblo.³⁵

Otro principio que en la vida diaria se suele emplear como sinónimo del sistema democrático, es el principio republicano. Desde un punto de vista meramente formal, este se refiere a los gobiernos no monárquicos, con lo cual evidentemente, coincide con la democracia. Sin embargo, el concepto

³² Loewenstein, Karl. Teoría de la Constitución, Barcelona: Ariel Derecho, 1986, p. 31.

³³ Ibid., p. 32.

³⁴ Thesing, Josef. Estado de derecho y democracia. Prefacio. Buenos Aires: Centro interdisciplinario de Estudios sobre el desarrollo latinoamericano Konrad-Adenauer-Stiftung, 1999, pp. 6-7. En igual sentido, Karpen, Ulrich. Condiciones de la eficiencia del Estado de derecho. Especialmente en los países en desarrollo y en despegue. En: Estado de derecho y democracia. Buenos Aires: Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano Konrad-Adenauer-Stiftung, 1999, p. 208.

³⁵ Molas, óp. cit., p. 47.

sustantivo de la república aporta aspectos coincidentes con la democracia de mucho mayor relevancia, como es por ejemplo, el fin de lograr lo mejor para la comunidad. Ambos conceptos serán estudiados con detalle, al desarrollar los principios que caracterizan la democracia.

Por otra parte, resulta importante distinguir entre un sistema democrático y el sistema autocrático. Loewenstein indica que la diferencia entre ambos sistemas, se encuentra en el hecho de que el poder esté distribuido o no en varios detentadores (democracia) o, si por el contrario, se encuentre concentrado en uno solo (autocracia). Señala como ejemplo del primer caso, el supuesto de las elecciones libres para escoger entre diversos candidatos, a quien asumirá un cargo que ostenta poder político. En cambio, un ejemplo del sistema político autocrático, sería aquel en donde el detentador del poder accede a este por la fuerza.³⁶

Este mismo autor aclara que la decisión política fundamental de una nación, es la escogencia del sistema político, la cual queda plasmada en su Constitución.³⁷ Así por ejemplo, el artículo 1º de la Constitución Política de Costa Rica, citado anteriormente, señala la adhesión de nuestro país al sistema democrático.

1.1.2.2 Constitución

Recordemos la propuesta de definición de democracia que planteamos, y notaremos que en ella se menciona el elemento “constitución”:

La democracia resulta ser tanto un sistema político como una forma de vida, que se rige por principios contenidos en la Constitución, con los cuales se pretende limitar el ejercicio del poder por parte del Estado, y garantizar la auténtica vigencia de los derechos que le son inherentes al ser humano mediante la aplicación de mecanismos idóneos para ello, por estar inspirada en valores que tienen como fin último al ser humano.

Pero, ¿qué es una constitución? Las constituciones legítimas son declaraciones de la voluntad popular y soberana, la cual comprende tanto la declaración de la forma de organización política que se desea, como una declaración de los derechos fundamentales que la sociedad en cuestión, reconoce como legítimos.³⁸ En Costa Rica, la constitución que se encuentra vigente fue sancionada por la Asamblea constituyente, el 7 de noviembre de 1949.

³⁶ Lowenstein, óp.cit., p. 33.

³⁷ Ibid., p. 63.

³⁸ Mora Mora, Luis Paulino. Garantías constitucionales en relación con el imputado. En “Libro Homenaje al Profesor Eduardo Ortiz”. San José: Editorial Prometeo, 1994, p. 629.

Por tanto, la Constitución es la norma rectora de todo el ordenamiento de un Estado, pues recoge los aspectos más delicados, en torno a los cuales la sociedad ha tomado un acuerdo y ha manifestado su voluntad soberana, y de ello, deviene la legitimidad del sistema mismo, de su organización y del resto de aspectos que comprenda, en particular, el establecimiento y mantenimiento de mecanismos de control que funcionen de manera constante y efectiva.³⁹ A fin de garantizar la vigencia de la Constitución, se han creado tribunales constitucionales que vigilan todos los aspectos relativos al respeto que la normas constitucionales merecen, así como su aplicación.

En nuestro país de conformidad con el numeral 10 de la Constitución, existe una Sala de la Corte Suprema de Justicia dedicada al control constitucional tanto de la normativa propiamente dicha, como la violación de derechos humanos.⁴⁰

Debido a que la Constitución contiene los aspectos fundamentales de la vida en una sociedad dada, se ha considerado que la Constitución no es una norma “neutra”, puesto que no se limita a los aspectos meramente procedimentales. Lejos de ello, la Constitución responde a una perspectiva en donde se han analizado los valores de la sociedad, además se han fijado en ella, los principios conforme a los cuales, se regula la convivencia.⁴¹

Este es el motivo por el cual, aun cuando los regímenes autocráticos o despóticos elaboren sus propias declaraciones, dándoles el calificativo de constituciones, en doctrina se ha dicho que

Por Constitución entendemos [...] y entiende hoy lo mejor de la doctrina, un modo de ordenación de la vida social en el que la titularidad de la soberanía corresponde a las generaciones vivas y en el que, por consiguiente, las relaciones entre gobernantes y gobernados están reguladas de modo tal que éstos disponen de unos ámbitos reales de libertad que les permiten el control efectivo de los titulares ocasionales del poder. No hay otra Constitución que la constitución democrática. Todo lo demás es, aplicando una frase que Jellinek aplica, con alguna inconsecuencia, a las Constituciones napoleónicas, simple despotismo de apariencia constitucional.⁴²

³⁹ Aragón, *op. cit.*, p. 39.

⁴⁰ Constitución Política de la República de Costa Rica. Comentada y anotada por Rubén Hernández Valle, artículo 10.

⁴¹ López Guerra, Luis y otros. *Derecho Constitucional*. Valencia: Tirant lo blanch, Volumen I, 2002, p. 31.

⁴² Rubio Llorente citado por Hernández Valle, Rubén. *El Principio Democrático*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva Serie, Año XXX, número 88, enero-abril 1997, p. 226. En igual sentido, Aragón cita la posición de Hesse en cuanto a que la Teoría de la Constitución en el Estado Constitucional, es la teoría de la Constitución del Estado democrático. Aragón, *op. cit.*, p. 46.

Ciertamente ha habido discusión entre quienes propugnan una visión de la Constitución totalmente positivista, según la cual es una simple “ordenación fundamental” ajena a cualquier fin, lo cual indudablemente le resta validez aun cuando se cumplan los presupuestos kelsenianos para la elaboración de la norma, pues carecería de la legitimidad que brinda el fin pactado por la voluntad soberana del pueblo. En este sentido, se ha indicado que la finalidad de garantizar la libertad brinda la legitimidad de la Constitución, de manera que la norma constitucional funcione como limitadora del poder.⁴³

1.1.2.3 Ideología

Volvamos a recordar la definición propuesta:

La democracia resulta ser tanto un sistema político como una forma de vida, que se rige por principios contenidos en la Constitución, con los cuales se pretende limitar el ejercicio del poder por parte del Estado, y garantizar la auténtica vigencia de los derechos que le son inherentes al ser humano mediante la aplicación de mecanismos idóneos para ello, por estar inspirada en valores que tienen como fin último al ser humano.

Ahora bien, notemos que a partir de la definición de sistema político transcrita,⁴⁴ se desprende la importancia del concepto de ideología, pues el sistema político, en resumen, pretende la realización de la ideología propuesta. De esta manera, el concepto de ideología completa la perspectiva de Lowenstein en torno al sistema político. La ideología para Lowenstein consiste en el

[...] sistema cerrado de pensamientos y creencias que explican la aptitud del hombre frente a la vida y su existencia en la sociedad, y que propugnan una determinada forma de conducta y acción que corresponde a dichos pensamientos y creencias, y que contribuye a realizarlos.⁴⁵

Debemos reparar en el hecho de que si bien como materia básica de la ideología, se indican los “pensamientos y creencias”, se reconoce el impacto que estos tienen sobre el sujeto, pues son los que determinan su actitud y las acciones que realiza. Según nuestro criterio, los “pensamientos y creencias” vendrían a ser los principios y valores que citamos en la definición propuesta, y que explicaremos próximamente.

⁴³ Aragón, óp. cit., pp. 44-45.

⁴⁴ Véase p. 34.

⁴⁵ Lowenstein, óp. cit., p. 30.

Estos “pensamientos y creencias” trascienden el plano de lo teórico y se pretende, a través de las acciones realizadas, que los mismos sean llevados a la práctica. Es por ello que la noción de ideología nos permite arribar al siguiente elemento de la definición de democracia propuesta: la forma de vida.

1.1.2.4 Forma de vida

La definición propuesta incluye este elemento:

La democracia resulta ser tanto un sistema político como una forma de vida, que se rige por principios contenidos en la Constitución, con los cuales se pretende limitar el ejercicio del poder por parte del Estado, y garantizar la auténtica vigencia de los derechos que le son inherentes al ser humano mediante la aplicación de mecanismos idóneos para ello, por estar inspirada en valores que tienen como fin último al ser humano.

Pero, ¿qué significa esta característica? Ciertamente, al indicar que la democracia es una forma de vida, hace referencia a un contenido diferente del concepto de democracia, al que usualmente se le ha otorgado. Pero la realidad es que para que la democracia se acepte, se implemente, cobre vigencia y se fortalezca, debe existir un convencimiento pleno y auténtico por parte de aquellos individuos que la escogen como opción de vida y organización.

No basta con que se indique o confiese, como parte de un discurso, la perspectiva democrática, sino que tienen que existir una vocación, un compromiso, una aptitud y un hacer diario que permitan que las palabras e ideales o valores que conlleva, se conviertan en una realidad.

De esta manera, se ha señalado que esos ideales son valores superiores que se encuentran siempre en un futuro, son “*valores por realizar [...] se legisla para libertades futuras, para futuros derechos, por lo que el ejercicio de la democracia marcha paralelo a la utopía.*”⁴⁶ Por lo tanto, la democracia busca un mejor futuro y, para ello, debe recurrir a la acción.

Por todo lo anterior, consideramos que no resulta descabellado, definir la democracia, partiendo de la noción de una forma de vida:

La democracia es ante todo una forma de vida. Una democracia necesita tener demócratas. Todos y cada uno deben aprender el significado del concepto de democracia. El aprendizaje

⁴⁶ Obregón Valverde, Enrique. Educación Cívica y formación de valores del ciudadano costarricense. Revista Parlamentaria, Vol. 5, número 2, agosto 1997, p. 77.

comienza en la familia, continúa en las escuelas y universidades y deriva en la necesidad de un permanente trabajo de formación política. Como ningún otro sistema, la democracia depende del consenso permanente y voluntario de los ciudadanos. El orden democrático nace de la coincidencia de valores, ideas e instituciones, y a partir del consenso que pueda generarse. Democracia significa participación y no abstención. El abierto compromiso del ciudadano con su Estado y su constitución debe ser una vocación permanente.⁴⁷

Incluso se ha dicho que cuando los individuos luchan por la democracia, no es tanto por su forma, sino por el modo de vida que sustenta.⁴⁸

Cada sujeto, desde la función que ejerza, coopera con el sistema democrático, pero lo hace no por deber u obligación, sino porque tiene la certeza en su fuero interno de respaldar el sistema, ya que se encuentra convencido de que este resulta ser la opción de vida en sociedad más beneficiosa.

El autor costarricense, Enrique Obregón Valverde, ha señalado que el sistema se desintegra, si quienes lo sustentan no están preparados para vivirlo. Por ello resulta tan importante que la educación transmita y refuerce la noción del sistema democrático, así como su contenido. También ha indicado que la falla del sistema político afecta, en general, a todos los demás del sistema social, y que esta situación, alcanza el aspecto axiológico, debilitando los valores que le son inherentes⁴⁹.

Por estos motivos, en un sistema democrático, resulta de fundamental importancia, el aspecto educativo, pues el ideal democrático puede ser transmitido por la familia, pero debe ser fortalecido en los medios formales de educación, quienes tienen el encargo de transmitir los principios y valores democráticos a los niños y jóvenes. En este sentido, Obregón Valverde sostiene que

[...] la escuela costarricense, desde sus orígenes, adoctrinó a las juventudes en la necesidad y conveniencia de vivir en libertad y respetando el derecho del pueblo a elegir a sus gobernantes. La escuela costarricense ha sido un aparato al servicio de la ideología democrática⁵⁰.

⁴⁷ Thesing, Josef. Estado de derecho y democracia. Una introducción. Buenos Aires: Centro interdisciplinario de Estudios sobre el desarrollo latinoamericano Konrad-Adenauer-Stiftung, 1999, pp. 15-16.

⁴⁸ MacIver R.M. citado por Rodeo y otro, óp. cit., p. 18

⁴⁹ Obregón Valverde, óp. cit., p. 87.

⁵⁰ Ibíd., p. 71.

Es importante aclarar que no se pretende con esta perspectiva de educación, que el sujeto carezca de libertad para tomar sus decisiones y definir lo que le parezca conveniente a sus intereses, pues por el contrario, al educar en cuanto a la democracia, se refuerza la libertad del sujeto, ya que como veremos más adelante en detalle, resulta que la libertad es el valor supremo de la democracia. Basta por el momento la cita del planteamiento de Aragón, en torno a este tema, cuando indica:

Democracia y libertad aparecen, pues, y no podía ser de otra manera, como elementos inseparables⁵¹.

Además, acertadamente ha señalado Karpen que la enseñanza y la educación fomentan, tanto la ilustración como la autoconciencia crítica, y que al educar, se aspira a la emancipación del individuo⁵².

Así el conocimiento en torno a la democracia, debe versar tanto sobre los valores relativos a la vida política en sociedad, donde el sujeto goza de la condición de ciudadano, así como también sobre los principios políticos fundamentales, para que de esta manera, realmente el pueblo ejerza el control y fiscalización de la actuación de sus gobernantes, y que en caso de que sea necesario, ejerza las acciones de responsabilidad contra quien traicione la confianza que fuera depositada en él, mediante la elección popular. Además, indica Obregón Valverde:

Tampoco cabe que la democracia exista como sistema general y efectivo, si el pueblo no tiene suficiente educación política para discernir entre la verdad y la mentira, entre el cuido sincero y la manipulación; entre el interés del funcionario y el de la función; entre la información y el engaño. Si el poder que el pueblo tiene formalmente en la democracia, no es ejercido con sabiduría, o si es fácilmente manipulable por quienes realmente lo administran, de nada valen las formas, y el sistema *deja en realidad de ser democrático*. Por eso debe existir un conocimiento profundo al nivel que necesita, o sea el necesario que debe dominar todo ciudadano para ejercer como tal⁵³.

De la anterior cita, se concluye que para este autor, una condición insoslayable para el funcionamiento de la democracia, es que la ciudadanía

⁵¹ Aragón, óp. cit., p. 45.

⁵² Karpen, Ulrich. Condiciones de la eficiencia del Estado de derecho. Especialmente en los países en desarrollo y en despegue. En: Estado de derecho y democracia. Buenos Aires, Centro interdisciplinario de Estudios sobre el desarrollo latinoamericano Konrad-Adenauer-Stiftung, 1999, p. 217.

⁵³ Obregón Valverde, óp. cit., p. 90.

tenga el conocimiento necesario para ejercer su función fiscalizadora, de manera que no pueda ser manipulada ni engañada. Este conocimiento se refiere tanto a la educación referente al sistema democrático, como la información necesaria para poder ejercer el control ciudadano de las actuaciones del Estado. Así por ejemplo, la jurisprudencia constitucional ha señalado:

El derecho de acceso a la información administrativa es un mecanismo de control en manos de los administrados, puesto que, le [*sic*] permite a éstos, ejercer un control óptimo de la legalidad y de la oportunidad, conveniencia o mérito y, en general, de la eficacia y eficiencia de la función administrativa desplegada por los diversos entes públicos. Las administraciones públicas eficientes y eficaces son aquellas que se someten al control y escrutinio público, pero no puede existir un control ciudadano sin una adecuada información. De este modo, se puede establecer un encadenamiento lógico entre acceso a la información administrativa, conocimiento y manejo de ésta, control ciudadano efectivo u oportuno y administraciones públicas eficientes. El derecho de acceso a la información administrativa tiene un profundo asidero en una serie de principios y valores inherentes al Estado Social y Democrático de Derecho, los cuales, al propio tiempo, actúa. Así, la participación ciudadana efectiva y directa en la gestión y manejo de los asuntos públicos resulta inconcebible si no se cuenta con un bagaje importante de información acerca de las competencias y servicios administrativos, de la misma forma, el principio democrático se ve fortalecido cuando las diversas fuerzas y grupos sociales, económicos y políticos participan activa e informadamente en la formación y ejecución de la voluntad pública⁵⁴.

En este sentido, el sistema democrático busca superarse cada vez más, de manera que el ciudadano tenga mayores y mejores mecanismos de control de la actuación de los órganos públicos. Un ejemplo de esta tendencia es la Ley de Control Interno, la cual tiene entre sus principios, la rendición de cuentas, la transparencia y el control cruzado.

Lamentablemente, el sistema democrático se ha visto afectado por las tendencias actuales de descenso en la calidad del debate, tanto en los medios de prensa como en el Poder Legislativo, por lo que se trata de justificar sus decisiones políticas, sin que exista un auténtico debate.

⁵⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res: 2006-03276 de las trece horas con tres minutos del diez de marzo de dos mil seis.

Aun cuando los ciudadanos votan, casi no ejercen un control efectivo mediante un sistema de vigilancia permanente de las actividades gubernamentales, por lo que se ha dicho que son “*democracias sin demócratas*”⁵⁵. Este tipo de crítica solo puede ser evitada por medio de la educación de la democracia, en donde el ciudadano pueda ejercer su función fiscalizadora con auténtico conocimiento de los mecanismos democráticos.

Resulta importante resaltar la necesidad de que los ciudadanos, estén plenamente convencidos de la bondad del sistema democrático, ya que quien carece de esta convicción, no puede vivir la democracia y defenderla mediante sus acciones:

La conciencia del sistema político es fundamental para la supervivencia de la democracia. Nada se gana con excelentes constituciones y leyes, si los ciudadanos no las conocen y las acatan. **La democracia y el Estado de Derecho existen cuando están impresos en las mentes y corazones de los ciudadanos**⁵⁶.
(La negrita no es del original)

Además, debemos destacar que si la supervivencia de un Estado, depende del hecho de que sus disposiciones sean acatadas, es también cierto que una democracia depende de la lealtad de los ciudadanos, y por ello, resulta básica la convicción que estos tengan en el sistema; convicción que se logra cuando estos han interiorizado sus particularidades, fortalezas y debilidades⁵⁷.

Si los ciudadanos han interiorizado el sistema democrático, y se encuentran comprometidos con este, podrán también comprender las limitaciones que pueda tener, y sin embargo, podrán también valorarla. Y es que en su pretensión de alcanzar fines sumamente loables, el sistema democrático debe hacerlo, usando medios que resulten respetuosos del ser humano.

Lo anterior implica que aspectos, como por ejemplo la eficiencia, no sean una prioridad. Al respecto de este tema, ha indicado Karpen, que los conceptos de eficiencia y efectividad son de carácter económico y que el Estado de derecho no se encuentra participando en una competencia. Así el gobierno eficiente y ágil no es por sí mismo el objetivo del sistema, sino más bien un medio de lograr fines más importantes. Los conceptos dichos de

⁵⁵ Mansilla, Felipe. Las debilidades de la democracia contemporánea frente a la cultura popular, una visión heterodoxa desde el tercer mundo. En www.redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/110/1100/1404.pdf, el 13/10/06 a las 9:17 a.m.

⁵⁶ Obregón Valverde, óp. cit., p. 89.

⁵⁷ Karpen, óp. cit., p. 214-215.

eficiencia o efectividad que son aplicables a empresas privadas, por naturaleza competitivas, solo interesan en el contexto del Estado de derecho en función del logro de los valores de la democracia o bien de sus principios, y estos en relación con el ser humano y sus necesidades⁵⁸.

Tómese en cuenta que una gran cantidad de servicios propios del Estado democrático, por tratar aspectos sumamente delicados de la vida en sociedad, han sido reservados al Estado. Se ha determinado la imposibilidad de que los mismos sean confiados a instituciones privadas, puesto que en ellas, el concepto de eficiencia goza de preeminencia, por lo que podrían sacrificar intereses inherentes al ser humano⁵⁹.

Un ejemplo que logra aclarar este tema, resulta ser la Administración de Justicia, la cual es una función característica del Estado, y que en una democracia, no puede ser realizada buscando únicamente eficiencia y rapidez, a riesgo de lesionar los procedimientos democráticos. Así por ejemplo Mora Mora ha indicado:

La democracia tiene un costo. Las democracias se basan en el respeto a una serie de principios y garantías en función de la dignidad de la persona que marcan todo el actuar de los poderes públicos. En el caso de la justicia penal, sujeta al Estado a un marco constitucional y legal que tiene efecto directo sobre las etapas y reglas que rigen los procesos y los tiempos de respuesta que resultan más lentos en las democracias que en los sistemas inquisitivos. Se trata de un sistema de medios, no solo de fines. Solo en los sistemas autoritarios rige la máxima de que “el fin justifica los medios”. En Latinoamérica existen suficientes ejemplos registrados en la historia sobre juicios sumarios y ejecuciones, prontas sí, justas, es otro tema. Por eso hay que tener el cuidado de mantener un equilibrio entre las garantías y los plazos razonables para que la eficiencia no vaya en demérito de las garantías de las personas. Estoy de acuerdo en la celeridad que algunos tanto enfatizan, siempre que sea dentro del marco de respecto a los derechos fundamentales⁶⁰.

Rescatamos de esta cita también un aspecto fundamental y es la noción de que nos encontramos ante un sistema de medios y no de fines. Los medios en una democracia deben ser respetuosos de la persona humana y su dignidad. De esta manera bajo ninguna circunstancia, con vista a un fin, se

⁵⁸ Ibid., p. 208.

⁵⁹ Ibidem. En igual sentido Rodee y otros, *óp. cit.*, pp. 43-44.

⁶⁰ Mora Mora, Luis Paulino. *Celeridad y Justicia*. La Nación, Miércoles 4 de Octubre de 2006.

puede aplicar un medio que resulte lesivo a los valores que giran en torno al ser humano:

Al perseguir sus metas, la democracia no puede apartarse de los métodos democráticos, aquellos son inseparables de éstos. Una política de benevolencia, inclusive una que mejore la comodidad y la seguridad de la población entera, continuará siendo una política antidemocrática, salvo que se llegue a ella democráticamente, después de una discusión completa y libre, y en virtud de una decisión mayoritaria. A la inversa, el empleo de los procesos democráticos no justifica o hace democrática una decisión incompatible con los principios democráticos. [...] Así como los fines de la democracia no justifican el uso de medios antidemocráticos, es igualmente cierto que los medios democráticos no justifican fines contrarios a la democracia⁶¹.

Por lo tanto, **debe haber total coherencia entre unos y otros, fines y medios democráticos, sin perder de vista que el norte por seguir descansa en el ser humano, hombres y mujeres que, por su condición, merecen el total respeto a su dignidad.** Aun, si se pretende alcanzar el mejor de los fines, desatendiendo los medios democráticos, resulta lesivo al sujeto, pues le está restando el respeto a su decisión, a su autodeterminación; está asumiendo que existe alguien que sabe mejor que el propio individuo, qué es lo que le conviene a este.

Por otra parte, si atendiendo a medios democráticos (por ejemplo, el concepto de mayoría al que nos referimos anteriormente), se dicta una ley, pero el fin de la normativa no corresponde con los valores de una democracia, el ser humano se ve afectado, pues los valores democráticos se inspiran en el individuo.

De esta forma, tal y como indica Bobbio, existe un estrecho nexo entre fines y medios, de manera que el tema de las instituciones jurídico-políticas que señalan la forma en que se ejerce el poder, no es un tema accesorio. Así surge, por ejemplo, la importancia de la dimensión técnica o institucional del Estado de derecho⁶².

Al respecto la siguiente jurisprudencia de la Sala Constitucional resulta sumamente ilustrativa. Se refiere a la consulta legislativa facultativa del Proyecto de Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, y es una nota separada al voto suscrita por el magistrado Mora Mora:

⁶¹ Rodee y otros. óp. cit., pp. 35-36.

⁶² Bobbio citado por Pérez Luño, Antonio. Derechos Humanos. Estado de derecho y Constitución. Madrid: Editorial Tecnos, S.A, 1984, p. 244.

Al introducir las relaciones de poder o de confianza se emplea un dispositivo amplificador del tipo penal, lesivo del principio de tipicidad que a su vez forma parte del de legalidad criminal. Ello por cuanto, la descripción que se hace en el artículo 3 -al que remite a su vez el numeral 2- referente a lo que debe entenderse por una relación de poder o de confianza es tan amplio, tan abstracto e indeterminado, que genera un ámbito de aplicación también completamente indeterminado y confuso. En una sociedad democrática como en la que vivimos los costarricenses, por opción de nuestro pueblo y de los constituyentes que lo representaron, no es posible en modo alguno, relegar a un segundo plano el respeto de los principios esenciales del debido proceso, por más loable y respetable que sea la intención que se persiga, más específicamente; una democracia se diferencia de un régimen autoritario en el hecho de que en ésta el fin no justifica los medios. Estos últimos siempre deben ser lícitos y deben atender al respeto de los derechos fundamentales de la persona humana. El principio de legalidad criminal constituye una garantía en un Estado democrático e implica que sólo las acciones que se encuentren contenidas en una ley, debidamente tipificadas, pueden ser sancionadas, también en virtud de una ley y siempre y cuando esté de por medio la lesión o puesta en peligro de bienes fundamentales; esta es casualmente la circunstancia diferenciadora de un derecho penal democrático y uno autoritario⁶³.

Finalmente, debemos tener claridad de que el sistema democrático tiene debilidades y, en ese tanto, es perfectible. Así en la medida en que las instituciones democráticas se van incorporando al sistema, y una vez incorporadas, van mejorando y fortaleciéndose, se debe a que el ideal democrático se encuentra cada vez más cercano.

Pero aun cuando la realización de este proceso por la misma naturaleza humana, resulte un esfuerzo constante y casi podríamos asegurar, de nunca acabar, a pesar de esta limitación del sistema democrático, resulta clara su valía, pues es el sistema político que más se preocupa por el ser humano, ya que está al servicio de este, y **no** se sirve de este.

1.1.2.5 Valores

Nuevamente, retomemos la definición de democracia para ubicar la referencia que en esta se hace al tema de los valores:

⁶³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 2004-03441 de las cuatro horas con cuarenta y un minutos del treinta y uno de marzo de dos mil cuatro.

La democracia resulta ser tanto un sistema político como una forma de vida, que se rige por principios contenidos en la Constitución, con los cuales se pretende limitar el ejercicio del poder por parte del Estado, y garantizar la auténtica vigencia de los derechos que le son inherentes al ser humano mediante la aplicación de mecanismos idóneos para ello, por estar inspirada en valores que tienen como fin último a ser humano.

Al igual que ocurre con la democracia, se ha tratado de definir el concepto de valor en múltiples ocasiones, y cada individuo le asigna un contenido particular, por lo que no resulta extraordinario decir que en la vida diaria escuchamos a algunas personas, manifestar que no tienen claridad acerca de qué significa este término. Incluso, algunos cuestionan la existencia de los valores, pues estos son relativos y diferentes para cada sujeto, y sabemos que en realidad situaciones o ideas que, en un momento histórico, tuvieron una gran trascendencia, actualmente no se les reconoce.

Por otra parte, a veces los conceptos de valores y principios se confunden. Conforme la perspectiva de López Guerra, la diferencia entre ambos, radica en el hecho de que los valores poseen un contenido más abstracto que los principios, y que estos últimos gozan de “*una más acusada dimensión jurídica y una mayor concreción*”⁶⁴. Sin embargo, el mismo autor aclara que “*en todo caso, se trata de cánones o criterios materiales, que pretenden orientar e inspirar el ordenamiento*”⁶⁵.

Pérez Luño, al analizar este tema hace referencia al concepto de “normas constitucionales inconstitucionales”, es decir, normas de rango constitucional que devienen inconstitucionales, al contradecir los valores contemplados en la Constitución, debido a que los valores gozan de primacía hermeneútica, es decir, que al momento de interpretar las normas, se deben tomar en cuenta de manera preeminente, los valores, pues como ya hemos señalado, los valores orientan e inspiran todo el sistema⁶⁶. Señala este autor que los valores son

[...] criterios básicos para enjuiciar las acciones, ordenar la convivencia, y establecer sus fines. De ahí que los valores constitucionales supongan el sistema de preferencias expresadas en el proceso constituyente como prioritarias y fundamentadoras de la convivencia colectiva.⁶⁷

⁶⁴ López Guerra, óp. cit., p. 32.

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ Pérez Luño, Antonio. Derechos Humanos. Estado de derecho y Constitución. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1984, p. 287.

⁶⁷ Ibíd, p. 288.

A partir de esta definición, Pérez Luño reconoce tres funciones propias de los valores constitucionales⁶⁸:

- Fundamentadora: por el núcleo básico de todo el sistema jurídico-político.
- Orientadora: pues indican los fines del sistema, y les resta validez a las normas que obstaculicen su consecución o bien, persigan fines diferentes.
- Crítica: criterio o parámetro para valorar situaciones o disposiciones.

En este estudio, partimos del concepto de valor entendido, como aquel fenómeno al cual el ser humano le otorga particular importancia: una trascendencia tal que se convierte en un ideal orientador e inspirador (características señaladas por López Guerra) que se evidencia más allá de un discurso o de palabras, en un hacer cotidiano. Por lo que si aplicamos esta noción a los valores constitucionales, coincidimos con el enfoque de Pérez Luño, y con las funciones que les asigna como veremos a continuación.

Desde nuestra perspectiva, resulta necesario que los valores sean llevados a la práctica, pues ciertamente esta es la forma en que se demuestra que efectivamente se comparten o no, pues al igual que ocurre con la democracia, no bastan las palabras para demostrar la adherencia del sujeto a este sistema, y se requiere de la acción.

Los valores pueden ser ordenados, brindándoles mayor o menor importancia, y el hecho de que decidamos dar dentro de esa jerarquía un lugar determinado a ese fenómeno, tiene que ver con nuestra propia experiencia de vida⁶⁹.

Sin embargo, hay valores acerca de los cuales existe coincidencia sobre su particular aprecio en la generalidad de los sujetos, y que a lo largo del tiempo, se han mantenido destacándose entre muchos, pues se les reconoce su importancia y valía. Estos valores son los que brindan un norte a la democracia, y se ven reflejados usualmente en las constituciones de estados democráticos, tal vez no de manera explícita, llamándolos con sus nombres (libertad o justicia entre otros), pero sí como un bien que aparece en el transfondo de la norma, latente en ella. El hecho de que aparezcan subyacentes a la norma, no les resta importancia, pues son el fin último de esta que usualmente pretende su fortalecimiento, su protección, o ambas cosas.

⁶⁸ Idem.

⁶⁹ Abarca Díaz, Marco y otros. Fruto de la Perseverancia. El sistema nacional de comisiones de valores de Costa Rica. San José: Editorial de la Universidad de Costa Rica, 1ª. Edición, 2001, p. 8.

En torno a ellos es importante resaltar que no solo son fines del sistema democrático sino que, curiosamente, también reúnen la condición de medios. Así por ejemplo, el fin de la libertad en un sistema democrático resulta claro, pero también lo es que se requiere de libertad para que el proceso democrático reúna la condición necesaria del sufragio, en tanto cada individuo pueda decidir conforme a su entender. De la misma forma, se busca que la igualdad en el goce de los derechos sea una realidad, pero también es parte del mecanismo de sufragio en una democracia, pues a cada sujeto le corresponde un voto, independientemente de sus condiciones sociales, económicas o de cualquier otra índole⁷⁰.

En este sentido, rescatamos el pensamiento de Obregón Valverde, quien acertadamente señala:

Si la democracia, no tanto como régimen, sino como forma de vida, es siempre una máxima aspiración de los pueblos, es decir, un proyecto a realizar el cual vamos completando etapas, asimismo los valores que la sustentan también. Los valores son, de esta manera, máximos deseos de los pueblos⁷¹.

Por lo tanto, se ha reconocido de manera general que la democracia tiene una estrecha relación con determinados valores, y que estos impregnan todo el hacer de una sociedad comprometida con este sistema político. Así por ejemplo, Hernández Valle ha señalado que la materialización del principio democrático, se encuentra en los valores esenciales de este tipo de Estado, los cuales a su criterio son: la libertad, la igualdad y la justicia. Estos valores alcanzan las funciones propias de legislación y de judicatura, y logran con ello la eficacia jurídica del principio democrático⁷². Cuando los valores que se han escogido como fundamentales, no son coherentes con el sistema de normas descrito, se crea un ambiente propicio para la inseguridad jurídica, y se afecta todo el sistema de vida de la sociedad.

A continuación, desarrollamos algunos de los valores propios de la democracia, inherentes a este sistema.

1.1.2.5.1 Libertad

Uno de los valores de la democracia es la libertad. Al igual que ocurre con los conceptos de democracia y de valores, sobre la libertad se han dado múltiples definiciones, tanto amplias como restringidas de lo que implica el

⁷⁰ Rodee y otros., óp. cit., p. 36.

⁷¹ Obregón Valverde, óp. cit., p. 74.

⁷² Hernández Valle, Rubén. El Principio Democrático. Boletín Mexicano de Derecho Comparado Nueva Serie, Año XXX, número. 88. Enero-Abril 1997, p. 228.

concepto de libertad y lo cierto es que estos conceptos al ser mencionados, poseen una fuerte carga emotiva.

Tanto así que aun quienes más se apartan de la perspectiva axiológica, reconocen la importancia de la libertad. Por ejemplo Pérez Luño indica que uno de los movimientos que más fuertemente ha criticado la tradición metafísica, es el representado por Herbert Hart; y ha reconocido, sin embargo, como único derecho natural, la libertad⁷³.

Obregón Valverde ha dicho que la libertad es el valor primario y supremo. Incluso señaló, apartándose del concepto de Rousseau de que el hombre nace libre, que el hombre es esclavizado o liberado por la sociedad en donde nace, de modo que [...] *la democracia es la historia del hombre por la conquista de libertad* [...]⁷⁴.

Es importante reiterar que la libertad es una condición inseparable de la democracia. Pero es evidente que esta palabra posee muchos matices. Así por ejemplo, existe la faceta estrictamente política, en donde la libertad significa la ausencia de coacciones externas impuestas por otros individuos o grupos, pero también se hace referencia a las libertades civiles, religiosas, sociales, culturales, económicas⁷⁵. Es más, estos diferentes tipos de libertades se han ido conquistando en el tiempo. No son el resultado de un único momento, sino de las luchas por conquistarlas que han ocurrido paulatinamente.

Sin embargo, al estudiar las referencias a este tema, encontramos un elemento común que, de una manera expresa o latente, se encuentra presente en todas, y es el hecho de que el sujeto pueda tomar por sí mismo, sus decisiones, y hacerlo libre de presiones.

Así por ejemplo, Kant definió la libertad política, como la condición en donde el sujeto puede buscar su felicidad personal como mejor le parezca, siempre que no afecte a los otros individuos que se hallan en el mismo proceso⁷⁶. Por ello, para el autor alemán, los gobiernos paternalistas que pretenden imponer a los individuos su perspectiva de cómo ser felices, son una forma de despotismo⁷⁷. Otra definición de libertad brindada por el mismo autor, indica que es *“la facultad de no obedecer a ninguna ley externa, salvo a aquellas a las que yo he dado mi consentimiento”*⁷⁸. En ambos casos, queda en evidencia la decisión personal del sujeto: su autodeterminación.

⁷³ Pérez Luño, óp. cit., 1984, pp. 49-50.

⁷⁴ Obregón Valverde, óp. cit., p. 74.

⁷⁵ Rodee y otros, óp. cit., pp. 30-31.

⁷⁶ Kant citado por Pérez Luño, óp. cit., 1984, p. 215.

⁷⁷ Ibídem, p. 215.

⁷⁸ Ibídem, pp. 215-216.

Otro ejemplo es la definición brindada por Karpen, quien ha expresado que:

La libertad es autodeterminación liberal, personal-individual, participación del ciudadano en elecciones democráticas y en la administración del Estado⁷⁹.

Como podemos notar, este autor plantea una definición que abarca aspectos que van desde lo personal, hasta lo político, pero el elemento clave de esta definición, es el tema de la autodeterminación.

Encontramos otra definición de Böckenförde, quien resalta que la democracia es la forma de dominio político que se adecua a la libertad, entendida esta como

[...] libertad frente a toda determinación heterónoma, tanto en lo que se refiere al pensamiento como a la acción. El individuo, como señor de sí mismo ha de ser su propio legislador: no asume (heterónomamente) límites para su acción por parte de un poder o autoridad ajenos, sino que se los da (autónomamente) a sí mismo⁸⁰.

Al ser la democracia un sistema político participativo y representativo, es el mismo sujeto quien dicta las normas que debe seguir, de manera que actúa no por imposición ajena, sino por convicción propia. Por ello, actúa libremente y esto solo ocurre en el sistema democrático.

Hernández Valle señala que la libertad implica una capacidad general de autodeterminación individual⁸¹. Lo cierto es que posteriormente al referirse a la libertad personal, enfatiza el carácter de defensa que esta presenta, la cual tiene dos vertientes: la defensa del individuo frente al Estado y la defensa del individuo de ataques ilegítimos de sus semejantes. Sin embargo, se debe resaltar que en el sentido amplio de libertad, al igual que ocurre en las definiciones anteriormente citadas, encontramos nuevamente el tema de la autodeterminación, es decir, la capacidad de cada individuo de tomar sus propias decisiones.

En relación con la libertad, como una decisión personal que refleja la autodeterminación de la persona, la Sala Constitucional ha manifestado:

⁷⁹ Karpen, óp. cit., p. 207.

⁸⁰ Böckenförde, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2000, pp. 76-77.

⁸¹ Hernández Valle, Rubén. El régimen jurídico de los derechos fundamentales en Costa Rica. San José: Editorial Juricentro, 2002, p. 185.

Io.- Costa Rica es una República democrática, libre e independiente, dice el artículo 1 de nuestra Carta Magna. Como toda democracia, nuestro sistema parte de la base de que los ciudadanos somos libres, y es esa libertad la que nos permite escoger la forma en que queremos desarrollar nuestras vidas. Podemos aprovechar esa libertad para desarrollar lo mejor de nuestras cualidades y capacidades, o bien para desperdiciarlas, lo cual también es parte del ejercicio de esa libertad. Escojamos uno u otro camino, lo importante es que, en una democracia, quiénes somos o queremos ser, es una decisión personal y no del gobernante de turno. Libertad esencialmente significa libertad de acción y elección, se puede utilizar para bien o para mal, y quien decida escoger un camino contrario al orden social o a la moral y las buenas costumbres, estará sujeto a las consecuencias que la ley señala, pues de otra forma, esa libertad ocasionaría un caos social. En síntesis, cada cual puede vivir su vida como lo desee, dentro de las limitaciones propias que impone la vida en sociedad, restricciones que son nada más que las necesarias para su misma supervivencia y la vigencia de sus valores democráticos y constitucionales.”⁸²

No obstante, no podemos obviar el hecho de que si bien es cierto las personas pueden tomar sus propias decisiones, también suele ocurrir que al momento de hacerlo, las circunstancias que le rodean, condicionan esa toma de decisión.

Vale la pena recordar la frase de Ortega y Gasset que hace referencia a esta situación: “*Yo soy yo y mi circunstancia*”⁸³, es decir, dependo de las condiciones y del momento en que me encuentro. Por eso, aun en el mejor de los casos, la libertad tiene limitaciones. Por ejemplo, pensemos que una persona con todos los medios económicos, facilidades materiales e, incluso, condiciones familiares, decide realizar un viaje y toma todas las previsiones para poder hacerlo, y de improviso esta persona enferma gravemente; vemos cómo las circunstancias de ese momento, limitaron su deseo. Con mayor facilidad, esta situación ocurre para las personas comunes que tienen las limitaciones que su trabajo, familia y responsabilidades les imponen.

Pero aun partiendo de estas circunstancias normales, siempre se debe respetar un ámbito de libertad para el sujeto, de manera que aun dentro de sus particulares condiciones, pueda tomar las decisiones que le parezca y considere convenientes.

⁸² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 7549-94 del veintidós de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro.

⁸³ Ortega y Gasset. *Meditaciones del Quijote*, Revista de Occidente, Madrid, 1956, 3ª. Edición, p. 18. Citado por Gutiérrez, Carlos José. *Lecciones de Filosofía del Derecho*. San José: Editorial Universitaria, 2ª. Edición, 1973, p. 176.

Sin embargo, la libertad reconoce otro límite, aparte del que generan las condiciones particulares del sujeto, y es que en el ejercicio de su libertad, el individuo no está autorizado para lesionar los intereses de otros. Es decir, la libertad de un sujeto no autoriza al abuso de esta en detrimento de los derechos de los demás.

Tómese en cuenta que en el supuesto de que cada persona es tan libre de hacer lo que quiera (anarquía), difícilmente ocurriría que en estas condiciones surja un estado de paz y armonía entre los seres humanos. Por otra parte, tampoco es creíble que los sujetos permanezcan en una perenne guerra, unos contra otros. Esta última situación podría ocurrir al inicio de la anarquía, pero lo más probable es que los individuos más fuertes ejerzan sus ventajas en perjuicio de los demás, pudiendo llegarse con extrema facilidad a que el desorden imperante permita que quien tenga mayor poder, termine concentrándolo y aglutinando a su alrededor al resto, cayendo así en un régimen despótico⁸⁴.

Por lo tanto, ciertamente la libertad es un bien supremo, pero en una sociedad organizada, también debe conocer límites, y estos hacen referencia al respeto a los demás sujetos, ya que si bien es cierto, a cada momento, continuamente debemos ejercer nuestra libertad, en las múltiples tomas de decisiones que realizamos, también es cierto que al hacerlo, debemos tomar en cuenta las consecuencias de ese ejercicio, pues de lo contrario, podríamos incurrir en excesos que lastimen a otros⁸⁵.

La jurisprudencia constitucional, al referirse al valor libertad, lo hace señalando el vínculo que tiene con el Estado democrático, pero también, haciendo referencia a una “constitución de la libertad”:

[...] toda vez que en un Estado democrático existe una constitución de la libertad, cuyo objeto es garantizarle al individuo el disfrute y goce pleno de los derechos humanos los que se encuentran actualmente reconocidos en las Constituciones Políticas de la mayoría de los países y en los tratados internacionales de derechos humanos (Derecho Internacional de los Derechos Humanos)⁸⁶.

Como vemos, se hace referencia a los derechos humanos, pues ciertamente el núcleo del valor libertad, es el que permite el disfrute pleno de

⁸⁴ Bodenheimer, Edgar. Teoría del Derecho. México: Fondo de Cultura Económica, 1ª. Reimpresión, 1971, pp. 18-20.

⁸⁵ Rodee y otros. óp. cit., p. 31.

⁸⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 07961-2005 de las diecisiete horas con cincuenta minutos del veintiuno de junio del dos mil.

los derechos, al contemplar la posibilidad real del sujeto de tomar decisiones y realizar acciones.

En esta exposición sobre la libertad, hemos señalado distintas perspectivas en torno a ella. A nuestro parecer, cada una de ellas aporta aspectos importantes sobre el concepto en comentario, sin ser contradictorias. Esto es posible, ya que con la libertad ocurre lo mismo que con una joya preciosa: ambas tienen diversas facetas que contribuyen a su completitud y belleza, complementándose unas con otras. Sin embargo, como conclusión de este apartado, vale destacar su carácter de valor supremo de la democracia, el cual permite a cada sujeto tomar las decisiones que considere pertinentes para su vida.

1.1.2.5.2 Igualdad

Otro de los valores de un sistema democrático, según la definición que propusimos anteriormente⁸⁷, es el de igualdad. Es ingenuo pretender que todas las personas, hombres y mujeres, son exactamente iguales, cuando resulta evidente que cada persona presenta características físicas, mentales, intelectuales, individuales, materiales, totalmente diferentes, y que incluso sus experiencias la van diferenciando de los demás.

Precisamente la vida en sociedad se reconoce, porque existe un grupo social conformado por una cantidad de individuos, hombres y mujeres, que son diferentes unos de otros por sus particularidades. Estas, no los hacen ser mejores ni peores, simplemente hace que sean diferentes.

Por otra parte, la igualdad, en sentido estricto, no es posible como resulta evidente para el mero observador, ni *tampoco resulta deseable*. Tomemos en cuenta que cuando existe uniformidad de todos los sujetos, se reducen la variedad de opciones al momento de tomar decisiones, solucionar problemas, enfrentar la vida y las situaciones que esta conlleva. Por lo tanto, si operara la igualdad en sentido estricto, la visión del mundo en que nos encontramos resultaría sumamente limitada, pues precisamente la variedad en las perspectivas, enriquece la vida de la sociedad. Por ello se ha indicado que:

Algunos defensores de la igualdad parecen desear una aplicación literal del principio de igualdad; deploran todas las diferencias y distinciones. [...] En su afán de arrasar con falsos patrones de distinción y superar discriminaciones raciales, nacionales y religiosas, así como evitar que la simple riqueza se convierta en

⁸⁷ Véase, p. 33.

sinónimo de superioridad, tales demócratas corren el riesgo de negar la excelencia y la distinción de cualquier naturaleza⁸⁸.

Y es que si la igualdad absoluta no existe, ¿a qué nos referimos cuando hablamos de igualdad? Estaríamos haciendo alusión a una igualdad aproximada pues tal y como ha esperado Radbruch, “[...] *la igualdad es siempre una abstracción, desde un punto de vista determinado, de una desigualdad dada*”⁸⁹. Por ello, cuando las personas son consideradas como iguales, se les resta importancia a las diferencias existentes. De manera tal que el auténtico punto de interés, se encuentra en la determinación de cuándo una diferencia existente, debe ser tomada en cuenta y en qué sentido debe ser valorada.

En relación con este tema, resulta importante destacar el pensamiento de Aristóteles, quien señalaba que la justicia es tratar de igual manera a aquellos que son iguales⁹⁰, de donde se concluye que las personas que poseen diversas condiciones, deben ser tratados de diversa manera. Ciertamente, cuando existe un derecho, si al momento de que dos personas lo realicen, una de ellas en razón de sus particularidades, no lo puede hacer, mientras que la otra persona sí lo puede ejercer, se está propiciando la desigualdad, si no se brinda a la primera persona, la opción real de disfrutarlo, facilitándole las condiciones que le permitan acceder a él.

El ideal de igualdad que es valor en un sistema democrático, se refiere a la igualdad en cuanto al goce de los derechos propios de toda persona, y en particular el derecho político, sin que con ello se exceptúe de manera alguna el resto de derechos. Resulta claro que el sistema se dirige a esta meta que obliga a la remoción de los obstáculos que afecten el disfrute de esos derechos, de manera que se facilite a cada individuo, según sus particularidades, la opción de acceder a ellos.

La jurisprudencia constitucional se ha pronunciado en torno al tema de la igualdad, indicando lo siguiente:

Argumentar que la educación debe responder a contenidos claramente predeterminados por el Estado, es afirmar que éste debe garantizar una enseñanza totalmente igualitaria, lo que tergiversa evidentemente el ideal democrático: en una democracia auténtica la igualdad ante la ley es siempre, igualdad en libertad,

⁸⁸ Rodee y otros, óp. cit., p 29. Así por ejemplo: Hitler, Mussolini y Stalin tuvieron amplio respaldo de su gestión.

⁸⁹ Radbruch citado por Bodenheimer, óp. cit., p. 54.

⁹⁰ Aristóteles citado por Bodenheimer, óp. cit., p. 68-69.

en consecuencia, un Estado democrático como el nuestro lo que debe garantizar son las condiciones que permitan la efectiva igualdad de derechos y oportunidades para todas las personas, con el fin de que vivan en libertad, ejerciendo plenamente su personalidad y el derecho no de ser iguales sino, precisamente diferentes a los demás, una de las cualidades esenciales de que goza todo ser humano⁹¹.

Por lo tanto, la igualdad a la que hacemos referencia como valor de la democracia, no es la igualdad formal, sino la igualdad proporcional que, según indica Kaufman, es el origen de todas las cuestiones relativas a la justicia⁹². Entendemos esta igualdad proporcional, en el sentido de dar a cada uno lo que necesita, y no a todos lo mismo, pues de hacerlo de esta última forma, se corre el riesgo de no dar a una persona lo que realmente requiere. Por ello es que la igualdad proporcional se encuentra estrechamente vinculada con el concepto de la justicia, y en particular al de justicia distributiva, según veremos más adelante⁹³.

La perspectiva recién comentada ha sido aplicada en la jurisprudencia constitucional, según la cual, si bien es cierto a los iguales hay que tratarlos de la misma manera; a los desiguales se les debe dar un trato diferente, según sus particularidades, partiendo eso sí de una base objetiva y razonable:

Ya la Corte Suprema de Justicia cuando ejercía labores de control constitucional, como ahora esta Sala, han desarrollado una profusa doctrina alrededor del principio de igualdad, considerado acertadamente como cardinal para nuestro sistema constitucional. Dentro de esta línea encontramos primero la noción de que la diferenciación no está prohibida por nuestro ordenamiento, siempre que la base para practicarla sea objetiva y además razonable, con lo cual se quiere decir, que sea ajustada tanto en su plasmación como en sus resultados al derecho de la Constitución. **Además, se ha sostenido que ya dentro de cada categorización, es de ineludible aplicación lo que la doctrina llama la regla jurídica de igualdad, definida como “trato igual para los iguales” que implica su contraparte de “trato desigual para los desiguales”, sustentada esta última en el hecho de que sería notoriamente incorrecto tratar de forma**

⁹¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Res. 3550-92. de las diecisiete horas con cincuenta minutos del veintiuno de junio de mil novecientos noventa y dos.

⁹² Von Munich, Ingo. ¿Estado de derecho versus Justicia? En: Estado de Derecho y Democracia. Buenos Aires: Centro interdisciplinario de Estudios sobre el desarrollo latinoamericano Konrad-Adenauer-Stiftung, 1999, p. 289.

⁹³ Véase, pp. 47-48.

distinta a personas en iguales condiciones, pero también es injusto tratar de manera similar a personas que están ubicadas en categorías y situaciones diferentes⁹⁴. (La negrita no pertenece al original)

Otra jurisprudencia constitucional que aporta elementos interesantes, en cuanto al tema de la igualdad, es el voto 3435-92, en el cual se resolvió el reclamo planteado, mediante un amparo presentado por un extranjero casado con una costarricense, desde hacía seis años, quien pretendía obtener la naturalización como ciudadano costarricense, acogiendo al numeral 14 inc. 5) de la Constitución. Conforme a ese artículo, la mujer extranjera casada con un costarricense por un período de dos años y residente en Costa Rica, podía obtener la condición de nacional, pero como el artículo no hacía referencia expresa a la situación del hombre extranjero casado con una costarricense (situación del accionante), al plantear el recurrente su gestión de naturalización, le fue denegada, alegando que el artículo en cuestión, solo se aplicaba a las mujeres extranjeras, pues así lo indicaba la norma. Evidentemente, esta normativa generaba una discriminación en razón del género, aspecto que fue declarado por la Sala Constitucional.

En el voto en cuestión, la Sala Constitucional analizó no solo los artículos 33, 48, 51 y 52 de la Constitución, sino también los numerales 2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Declaración Americana de los Derechos del Hombre en su artículo 2; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos artículos 3 y 26; la Convención Americana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José” artículos 1 y 24. Además, resolvió que la redacción del artículo al indicar “mujer”, generaba una discriminación en contra de los hombres extranjeros que estuvieran en iguales condiciones. Por lo tanto, cuando en una norma aparecieran las palabras “hombre” o “mujer”, debían entenderse como sinónimos de “persona”:

De acuerdo con lo expuesto, la disposición cuestionada, que no establece, criterios fundamentales de convivencia, carece de vigencia y aplicabilidad frente a los principios fundamentales que establece la Constitución Política y los Convenios Internacionales, para quienes la igualdad y no discriminación son derechos genéricos, y por ello piedra angular, clave, de nuestro ordenamiento; son valores superiores que configuran e impregnan la convivencia democrática de la Nación y del estado social de derecho vigente. La discriminación señalada cede frente a principios de rango superior dado que la desigualdad en

⁹⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 2005-07961 de las diecisiete horas con cincuenta minutos del veintiuno de junio de dos mil cinco.

comentario no tiende a proteger una finalidad superior, concreta, dirigida a crear, proteger o fomentar intereses comunes superiores sino a discriminar contra derechos subjetivos⁹⁵.

Este es un ejemplo de las “normas constitucionales inconstitucionales” que, siguiendo la perspectiva de Pérez Luño, comentamos anteriormente⁹⁶: una norma contemplada en la Constitución Política que al no adecuarse a los valores y principios que inspiran el sistema, deviene inconstitucional. De manera que si se contraponen a ellos, el mismo sistema ofrece los mecanismos correctivos y los parámetros por seguir para que la violación de los derechos que genera, sea subsanada.

1.1.2.5.3 Justicia

Otro valor de la democracia es la justicia. Al momento de tratar el tema de la justicia como valor, debemos aclarar que esta se distingue de la justicia, como virtud y, de la justicia, como legalidad.

La justicia como virtud tiene un contenido eminentemente moral, el cual debe separarse del derecho, pues es exclusivo de cada individuo. Por otra parte, justicia como valor no coincide con la idea de que justicia es legalidad, pues en este caso, justo es lo que la ley indique, a pesar de las limitaciones que sabemos suele tener la normativa, aun la más acabada. De ser así, la justicia carecería de un punto de referencia por el cual guiarse, ya que bastaría el contenido positivo de la norma, aun cuando este fuera contrario al realmente justo⁹⁷.

Por consiguiente, ¿qué es lo justo entendido como valor? Tal y como lo anticipamos al tratar el tema de la igualdad, el concepto de justicia como valor se encuentra estrechamente relacionado con la igualdad, pues en el fondo la justicia trata o pretende que dos situaciones exactamente iguales, se resuelvan de la misma manera⁹⁸.

Ahora bien, si como indicamos al momento de estudiar el tema de la igualdad, esta no existe, pues cada sujeto es diferente, debemos prestar particular atención al tema de la igualdad relativa o proporcional. En este sentido es usual tratar esta materia, a partir del enfoque de Aristóteles (justicia impartida por medio del derecho), quien apartándose del criterio de su

⁹⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 3435-92 de las dieciséis horas con veinte minutos del día once de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

⁹⁶ Véase, p. 46.

⁹⁷ Gutiérrez, Carlos José. Lecciones de Filosofía del Derecho. Editorial Universitaria, 2ª. Edición, 1973, pp. 407-408.

⁹⁸ Bodenheimer, óp. cit., p. 54.

maestro Platón (justicia impartida mediante un Estado autocrático), desarrolló el concepto de justicia, haciendo referencia a dos perspectivas: la justicia distributiva y la justicia correctiva⁹⁹. En ambas, se aspira al mantenimiento de una justa proporción en la vida social de la comunidad¹⁰⁰.

La justicia distributiva hace referencia al dar a cada persona, lo que le corresponde, de manera que se trata a los iguales como iguales y a los desiguales como desiguales. Es decir, se valoran las particularidades de cada individuo, y por ello, se ha considerado que un elemento fundamental de la justicia distributiva, es la proporcionalidad.

En cuanto a la justicia correctiva, esta consiste en la protección de la distribución realizada, mediante el derecho, frente a ataques ilegítimos de manera que se garantice la esfera legal de cada ciudadano contra las violaciones injustas de otros.

En relación con este tema, se destaca el aporte aristotélico al reconocer que la justicia se logra mediante el derecho:

Si la justicia es el trato igual a los iguales, hay que establecer algún patrón general para medir la igualdad. Para evitar discriminaciones arbitrarias, hay que establecer ese patrón, promulgando normas generales. [...] La “justicia sin Derecho” podría funcionar si el gobernante y jueces fuesen hombres perfectos. Como no lo son, sus poderes para decidir acerca del destino de sus congéneres deben estar sujetos a limitaciones legales¹⁰¹.

Reconoce entonces el filósofo griego, la necesidad de poner límites a aquellos que ejercen poder, previniendo así posibles abusos y arbitrariedades. Como vemos, el tema del abuso del poder y la necesidad de mecanismos para impedirlo, es un tema antiguo, posiblemente porque se encuentra ligado con la naturaleza del ser humano.

Sin embargo, se debe tener cuidado de no confundir la justicia con la administración de justicia, porque mientras que la primera se refiere a un criterio de valoración concreto, la segunda es la función realizada por individuos, y por tanto sujeta a errores¹⁰². En las resoluciones que citamos a continuación, se evidencia la diferencia entre ambos aspectos:

⁹⁹ Esto se concluye del análisis realizado por Bodenheimer sobre las posiciones de Platón y Aristóteles en torno al tema de la justicia. En Bodenheimer, *op. cit.*, pp. 59-61.

¹⁰⁰ Bodenheimer, *op. cit.*, p. 63.

¹⁰¹ Aristóteles citado por Bodenheimer, *ibíd.*, pp. 68-69.

Ilo.- En nuestro sistema procesal penal, en virtud de los bienes jurídicos involucrados, de la importancia del esclarecimiento de la verdad de los hechos, de la protección de la sociedad a través de la realización del valor justicia, y de los eventuales graves perjuicios que se ocasionarían al imputado en caso de una sentencia condenatoria, el error material en una resolución, que repercuta en el principio de defensa o en alguno de los restantes principios consagrados dentro de la garantía del debido proceso, es susceptible de ser analizado por medio del recurso de revisión que faculta el inciso 6) del artículo 490 del Código de Procedimientos Penales, pero sin alterar los principios básicos en que se fundamenta ese procedimiento, por ejemplo el del carácter restrictivo y taxativo de las nulidades¹⁰³.

Este primer voto se refiere a la posibilidad real de que los errores en la tramitación de una causa, lleven al dictado de una sentencia injusta, la cual podría ser discutida mediante el recurso de revisión. Como vemos este es un aspecto de pura justicia, la justicia del caso concreto de manera que cada asunto debe ser examinado y estudiado para determinar cuál es la solución correcta, y en caso de que esta no se obtenga, existe la posibilidad de reclamarla, mediante un recurso extraordinario.

La siguiente jurisprudencia hace referencia más bien a la administración de justicia, al detallar aspectos relativos al procedimiento y principios a los que este debe ajustarse:

Único: Como lo ha señalado esta Sala, no es el artículo 27 de la Constitución Política sino el 41 cuando se trata de reclamos o recursos. Lo anterior por cuanto éstos a diferencia de las peticiones puras, requieren un procedimiento para verificar los hechos que han de servir de motivo al acto final, así como adoptar las medidas probatorias pertinentes. Ese artículo 41 constitucional establece un conjunto de principios básicos a los cuales los individuos y el Estado deben ajustar sus actuaciones y conductas, para hacer realidad el valor justicia. Conforme a ese texto “ocurrir a las leyes” significa que las personas deben solicitar justicia por los medios legales, y como la citada regla del artículo 41 prescribe que esas personas “han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido[...]”, por allí se está disponiendo que las leyes deben orientarse a procurar

¹⁰² Alonso de Antonio Angel y otro. Derecho Constitucional Español. Madrid: Editorial Universitas, 3ª. Edición, 2002, p. 157.

¹⁰³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 3686-93, de las catorce horas con tres minutos del treinta de julio de mil novecientos noventa y tres.

la tutela de los derechos quebrantados, y si además esa norma garantiza que a las personas que solicitan el amparo del régimen de derecho, se les debe hacer justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con la ley, entonces ello quiere decir que la Administración está obligada a pronunciarse en un término razonable, sobre la situación del administrado y no hacerlo, implica la violación de los principios contenidos en esa norma¹⁰⁴.

La jurisprudencia en comentario, hace referencia a los procedimientos legales existentes para reclamar derechos afectados, y las características que debe tener la administración de justicia al brindar justicia pronta y cumplida.

Por lo tanto, en cuanto a este tema, podemos concluir que consideramos que la perspectiva correcta de la justicia como valor de la democracia, es el enfoque aristotélico que reúne las dos vertientes: justicia distributiva y justicia correctiva, las cuales se hacen realidad mediante la aplicación del derecho, y que no coinciden con la administración de justicia, aun cuando esta aspira a alcanzarlas.

1.1.2.5.4 Dignidad del ser humano

La dignidad del ser humano es otro de los valores de la democracia, conforme a la definición de democracia que indicamos¹⁰⁵. Sobre la dignidad del ser humano, se ha indicado válidamente que implica:

[...] facultades que se dirigen al reconocimiento y afirmación de la dimensión moral de la persona. Su importancia en la génesis de la moderna teoría de los derechos humanos es innegable. Baste recordar que de la idea de *dignitas* del hombre, como ser éticamente libre, parte todo el sistema de derechos humanos de Samuel Pufendorf, que a su vez fue el fermento inspirador de las declaraciones americanas¹⁰⁶.

Como vemos, la dignidad del ser humano hace referencia a un valor que le es inherente a la persona, bastando su condición de persona para que goce de él. Además, su contenido concierne específicamente al respeto que se le debe al ser humano, en todos los ámbitos de su vida, por parte de los otros sujetos, incluyendo por supuesto al Estado.

¹⁰⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 2002-02651 a las ocho horas con cincuenta y cinco minutos del quince de marzo de dos mil dos.

¹⁰⁵ Véase, p. 33.

¹⁰⁶ Pérez Luño, óp. cit., 1984, p. 49.

Es por ello, que la vida del ser humano como valor, se encuentra implícita en la dignidad, pues si esta implica el respeto al ser humano en todos sus ámbitos, obviamente hace referencia al sustrato biológico de la existencia humana, así como al resto de aspectos que la conforman.

Así lo ha expresado la Sala Constitucional:

Debe tener muy presente la Administración Penitenciaria que toda su actuación debe estar regida por el más absoluto respeto a la dignidad de las personas, quienes, por diversas circunstancias de la vida se encuentran actualmente bajo la tutela del sistema penal, pero que no por ello pierden su condición de seres humanos, en el entendido de que la superioridad del ser humano sobre los seres irracionales radica precisamente en estar dotado de lo que se denomina “dignidad de la persona”, valor esencial dentro de nuestro Ordenamiento, que no significa de ninguna manera superioridad de un ser humano sobre otro, sino de todos los seres humanos sobre los seres que carecen de razón. Es por ello que la dignidad de la persona no admite discriminación alguna, por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias, es independiente de la edad, inteligencia y salud mental, de la situación en que se encuentre y de las cualidades, así como de la conducta y comportamiento; de ahí que, por muy bajo que caiga la persona, por grande que sea la degradación, seguirá siendo persona, con la dignidad que ello comporta¹⁰⁷.

Vemos aquí como se reconoce que toda persona, aun aquella que ha sido acusada de la comisión de un delito y se encuentra sometida a prisión preventiva durante la investigación del hecho, o bien, quien ya ha sido encontrado responsable de ello y, por esto, ha sido sancionado con una pena de prisión, conserva su dignidad de manera que las condiciones en que lleve a cabo la privación de libertad, deben ser acordes con este valor, es decir, respetuosas de sus necesidades. La privación de libertad es ya en sí misma suficientemente dolorosa, como para que se agrave con circunstancias deplorables, que menoscaben la dignidad del sujeto.

De esta forma, una consecuencia fundamental del concepto de dignidad del ser humano, es un valor que no se pierde bajo ninguna circunstancia, ni intrínseca al sujeto ni ajena a este. Ni por propia voluntad el sujeto pierde su dignidad, ni tampoco queda esta al arbitrio de terceros, y mucho menos del Estado. Tal vez este sea el motivo por el cual, algunos de las principales resoluciones que hacen referencia a este tema, se encuentran

¹⁰⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 2493-97 de las quince horas con nueve minutos del siete de mayo de mil novecientos noventa y siete.

vinculadas a la situación de los sujetos privados de libertad, quienes por estar sometidos al proceso penal de manera preventiva, o bien descontando una sentencia, no deben ver menoscabado el respeto a sus derechos. A modo de ejemplo, el siguiente extracto de la jurisprudencia indica:

[...] La jurisprudencia internacional de los Derechos Humanos, se ha pronunciado en el sentido del derecho que tiene toda persona privada de libertad a ser tratada humanamente y con respecto a su dignidad, que debe ser interpretado como el derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con las necesidades físicas, psicológicas, sociales y espirituales del ser humano, o sea, respetando una serie de normas mínimas que van mucho más allá de la prohibición de la tortura y de los tratamientos crueles e inhumanos, o del mismo respeto al artículo 8 inciso b), de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, al señalar que los detenidos en prisión preventiva deberán ser separados de los que están cumpliendo condena. Regla también contenida en el artículo 5 inciso 4) de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y aceptada por esta Sala Constitucional en reiterada jurisprudencia. Disposición que debe aplicarse respetando aquellas normas mínimas de la dignidad humana [...] ¹⁰⁸

Además, la dignidad es la que impide todo tipo de discriminación en perjuicio de las personas, pues cada ser humano merece respeto. Por este motivo, la dignidad del ser humano ha sido la base ideológica de la protección de las minorías, permitiendo que con la existencia y respeto a estas, el Estado se enriquezca y beneficie. Así se refleja en la siguiente cita:

A juicio de este Tribunal Constitucional, dentro de un régimen democrático -como el nuestro- en el cual todo el ordenamiento jurídico debe ser aplicado en consonancia con los principios que informan esa forma de vida, **la persona es el centro y razón de ser del sistema y sus derechos deben ser respetados por esa sola condición, independientemente de su origen étnico, género, nacionalidad, creencias, etc., sin discriminaciones contrarias a su dignidad**, cualesquiera sean las circunstancias en que se encuentre o se haya encontrado en el pasado¹⁰⁹. (La negrita no pertenece al original).

¹⁰⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 6115-93 de las catorce horas y tres minutos del veintitrés de noviembre de mil novecientos noventa y tres.

¹⁰⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema De Justicia. Res: 2004-04626 de las doce horas con cuatro minutos del treinta de abril del dos mil cuatro.

Claro, esta perspectiva se materializa en un Estado constitucional, el cual crea auténticos mecanismos de protección para las minorías¹¹⁰. Es importante destacar que el hecho de que un Estado atente contra la persona, ya sea humillándola, restringiendo sus derechos o por cualquier otro mecanismo, no le resta a esta su dignidad, más bien es el Estado quien sale perdidoso, pues malogra la oportunidad de conocer los aportes que ese sujeto podría brindarle.

Por otra parte, la dignidad se encuentra estrechamente enlazada, tanto al aspecto de la autodeterminación que evoca el valor de la libertad, como al tema de la no discriminación que tiene su fundamento en la igualdad. Si la dignidad como indicamos al principio de este apartado, hace referencia al respeto que se debe tener hacia todo ser humano en los distintos ámbitos de su vida, deben respetarse las diferencias entre todos y cada uno de los sujetos. Por ello, de alguna manera, la dignidad tiene relación directa con la tolerancia hacia el otro. En este sentido, veamos la posición de Tócora:

El reconocimiento de la dignidad humana implica el reconocimiento del otro, algo que en la modernidad se ha soslayado en culturas etnocéntricas. Reconocer en el otro su humanidad, tan valiosa como la nuestra, implica dignificarlo como ser humano, tan independiente de sus condiciones de raza, credo, nacionalidad, sexo, etc., es reconocerlo como miembro de la familia humana. Es lo que se ha dado en llamar el reconocimiento de la alteridad, reconocimiento del otro, que significa a la vez reconocer las diferencias, la diversidad, y con ello, su identidad. La pérdida de esa identidad es un fenómeno intensificado en una modernidad que trata de uniformar y homogenizar el cuerpo social, de masificar, de engullir al diferente, al desviado; y en esto, el sistema penal tiene mayor proclividad, con su gran fuerza estigmatizadora y excluyente. La paradoja de nuestros sistemas penales salta a la vista; al tiempo que proclaman proyectos de resocialización, se encierra a los detenidos y condenados de manera excluyente, etiquetándolos y estigmatizándolos de manera indeleble¹¹¹.

Compartimos esta observación: ciertamente resulta lamentable que no se respeten las diferencias entre las personas, y que se pretenda lograr la uniformidad de los sujetos, en un ejercicio lamentable del poder disciplinario realizado por los sujetos que detentan el poder, sea político, económico o

¹¹⁰ Klein, Eckart. Protección de las minorías: concepción y vigencia. En: Estado de Derecho y Democracia. Buenos Aires: Centro interdisciplinario de Estudios sobre el desarrollo latinoamericano Konrad-Adenauer-Stiftung. 1999, pp. 257 y 265.

¹¹¹ Tócora, Fernando. Principios Penales Sustantivos. Bogotá: Editorial Temis, 2002, p. 32.

social. En este sentido resulta aleccionadora la obra de Foucault, quien advierte sobre el peligro del uso del poder disciplinario en este sentido¹¹². Consideramos que efectivamente se atenta contra la dignidad de la persona, cuando no se respetan sus diferencias, su visión del mundo y sus decisiones, pretendiendo imponerle otra.

En este sentido, el artículo 33 de la Constitución Política, el cual se refiere a la igualdad, lo hace tomando en cuenta la dignidad en concordancia con la perspectiva en comentario:

ARTÍCULO 33.- Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.

(Así reformado por el artículo 1º de la Ley no.7880 de 27 de mayo de 1999)

Valga rescatar dos jurisprudencias de la Sala Constitucional que confirman la visión de la dignidad recién comentada:

Asimismo, también resultan inconstitucionales las consecuencias a perpetuidad de los datos tenidos en los archivos policiales, **en atención al principio de dignidad de la persona humana, valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión de respeto por parte de los demás.** Estrechamente relacionado con el libre desarrollo de la personalidad y los derechos a la integridad física y moral, a la libertad de ideas y creencias, al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen; y que es universal, al no haber ninguna excepción ni discriminación, en tanto ha de permanecer inalterado, cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre -aplicable por igual a los procesados, condenados, absueltos, reo, y por supuesto, a los sujetos que únicamente hayan sido detenidos por las autoridades administrativas, sin que esa detención motive una causa penal en su contra-, **constituyéndose de este modo, en un mínimo invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de los derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece toda persona**¹¹³. (La negrita no corresponde al original)

¹¹² Foucault, Michel. Vigilar y Castigar. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 1ª. edición, 2002, pp. 212-230.

¹¹³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 8218-98 de las dieciséis horas del dieciocho de noviembre de mil novecientos noventa y ocho.

V.- La Constitución Política, en su título IV, relativo a los Derechos y Garantías Individuales y concretamente de la relación de los artículos 21, 24 y 33, **tutela el respeto a la condición y dignidad del ser humano**. Ello supone el reconocimiento de un ámbito irreductible, donde se garantiza el derecho a la vida, a la privacidad, a la igualdad, etc. Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos, debidamente ratificada por Costa Rica, en el artículo 11 tutela el derecho al respeto de la honra y dignidad. Dignidad que dimana de la condición de persona¹¹⁴.

De todo este estudio del concepto de dignidad del ser humano, así como de la importancia que la jurisprudencia constitucional le ha dado al tema, se evidencia que este valor es una piedra angular en el sistema democrático, pues si este se orienta al ser humano, es precisamente porque este posee, intrínsecamente, dignidad.

1.1.2.5.5 Paz

Recordemos que la definición de democracia, hace referencia expresa al tema de los valores¹¹⁵. Uno de los valores básicos de este sistema, es la paz. En cuanto al tema de la paz, es importante resaltar que si bien la democracia implica una lucha constante contra todos aquellos ataques que se planteen contra el ser humano y su dignidad, esta lucha no se da con medios violentos, sino que es el resultado del diálogo, del intercambio de opiniones y de la búsqueda de consenso.

Se reconoce que en cualquier sociedad, se van a presentar conflictos, y esto es particularmente cierto en una sociedad democrática, donde con base en la libertad de cada individuo, opera el derecho a disentir, de manera que la multiplicidad de opiniones se hace evidente. Pero en la búsqueda de la solución a esas disconformidades, se utilizan mecanismos pacíficos que reflejan la madurez política de las sociedades. Por ejemplo, cuando en una sociedad democrática la mayoría mantiene un criterio que la oposición considera totalmente desacertado, esta no recurre a acciones violentas para lograr denunciar el error en que a su criterio se incurre. Más bien, busca poner en conocimiento del pueblo ambas perspectivas, evidenciando por qué una de ellas, a su criterio, es correcta y la otra desacertada, para lograr mediante este convencimiento dos aspectos: i) que de ser posible el pueblo ejerza los mecanismos necesarios para que sus representantes corrijan lo que se pueda subsanar; y ii) evidenciar los errores de la mayoría, a fin de que en el futuro se reconozca a la actual minoría, la posibilidad de ser la opción mayoritaria.

¹¹⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 1441-96 de las dieciséis horas quince minutos del veintisiete de marzo de mil novecientos noventa y seis.

¹¹⁵ Véase, p. 33.

Ciertamente, el deseo de paz deviene como un factor fundamental en el avance de la civilización hacia el derecho¹¹⁶. Y es que es evidente la importancia de los mecanismos que ofrece el derecho para resolver conflictos, a partir de la normativa que se ha generado de la voluntad de los representantes del pueblo en el ejercicio de la función legislativa, para preservar la paz. En lugar de recurrir a venganzas privadas o al uso de la violencia en una imposición de la ley del más fuerte, el derecho permite que las diferencias se resuelvan de manera eficiente, y logra que cada sujeto obtenga respuesta a sus reclamos, y al hacerlo a la luz de la normativa existente, se genera también seguridad a los individuos, quienes saben a qué atenerse:

Los hombres quieren evitar la lucha continua; quieren una distribución y limitación racionales del poder, que aseguren la paz y la seguridad de la vida. Por esta razón desean el Derecho, que es esencialmente un medio de ajuste pacífico de los posibles conflictos que se producen en la sociedad¹¹⁷.

De esta cita se evidencia la importancia del derecho como mecanismo para solucionar conflictos de manera pacífica, sin tener que recurrir a contiendas. Si se le da importancia al derecho, es precisamente como una herramienta que al evitar el conflicto, fomenta la paz.

La sentencia más representativa en cuanto al tema de la paz como valor democrático y la identificación que existen en la población costarricense con esta, se refiere al reclamo planteado por varios costarricenses, ante los actos de gobierno consistentes en comunicados emitidos por parte del Poder Ejecutivo, el diecinueve y veintidós de marzo de dos mil tres, para dar apoyo moral a la “Coalición” o “Alianza” de países que incurrió en acciones bélicas en Iraq:

IV.- La alegada infracción a la paz como valor constitucional.

Existe una base común en las alegaciones y respuestas de todos los intervinientes en este proceso, en el sentido de reconocer la existencia de la paz como uno de los valores constitucionales que informan nuestro ordenamiento, claramente distinguible no solo mediante la comprensión sistemática de nuestro texto constitucional, sino también como “constitución viva”, según denomina la doctrina aquella particular manera en que el bloque normativo constitucional es entendido y actuado en la realidad por la sociedad. Tal criterio es compartido también por la Sala pues coincide con la visión que éste órgano ha plasmado ya en diversos pronunciamientos sobre el tema. Al respecto es

¹¹⁶ Rodee y otros, óp. cit., p. 247.

¹¹⁷ Bodenheimer, óp. cit., p. 248.

claro que el pueblo costarricense, cansado de una historia de muerte, enfrentamientos, de dictadores y marginación de los beneficios del desarrollo, eligió libre y sabiamente a partir de mil novecientos cuarenta y nueve, recoger el sentimiento que desde hace mucho acompañaba a los costarricenses, de adoptar la paz como valor rector de la sociedad. En esa fecha se cristaliza ese cambio histórico, se proclama un nuevo espíritu, un espíritu de paz y tolerancia. A partir de entonces simbólicamente el cuartel pasó a ser un museo o centro de enseñanza y el país adopta la razón y el derecho como mecanismo para resolver sus problemas interna y externamente. Asimismo, se apuesta por el desarrollo humano y proclamamos nuestro derecho a vivir libres y en paz. Ese día esta nación dio un giro, decidimos que cualquier costo que debamos correr para luchar por la paz, siempre será menor que los costos irreparables de la guerra. Esa filosofía es la que culmina con la “Proclama de neutralidad perpetua, activa y no armada” de nuestro país, y los numerosos instrumentos internacionales firmados en el mismo sentido -citados en forma abundante por las partes-, como extensión de ese arraigado valor constitucional, que sirve como parámetro constitucional a la hora de analizar los actos impugnados [...] **VI.-** Bajo este claro marco normativo, no existe pues disenso alguno ni entre las partes ni con este órgano contralor de constitucionalidad, respecto a la existencia y capacidad del concepto de la paz para erigirse como parámetro constitucional vigente y válido para confrontar y juzgar lo actuado por las autoridades públicas y, en concreto en este caso, por el Poder Ejecutivo. Igualmente, tampoco existe discusión alguna respecto de que una de las manifestaciones concretas y tangibles del citado valor constitucional (entre otras más que se han señalado, como las disposiciones del artículo 12 Constitucional y la Proclama de Neutralidad emitida en 1983), lo es la adhesión de nuestro país al Sistema Internacional de las Naciones Unidas, y sus reglas, y en particular, al mecanismo para la resolución de los conflictos entre las naciones¹¹⁸.

La Sala Constitucional consideró que dichos comunicados eran contrarios a nuestro orden constitucional y al sistema internacional de Naciones Unidas al que pertenece nuestro país. Así mismo, apercibió al Gobierno en el sentido de respetar los mecanismos internacionales, así como solicitar la exclusión de Costa Rica de la lista de países miembros de la llamada Coalición. Como vemos, en este caso resultó evidente que el control ciudadano ejercido, mediante una acción de inconstitucionalidad, permitió a

¹¹⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 2004-09992 de las catorce horas con treinta y un minutos del ocho de setiembre de dos mil cuatro.

los ciudadanos plantear el reclamo correspondiente ante un acto que atentaba contra un valor tradicional del sistema democrático costarricense, como es la paz.

Ahora bien, ¿por qué interesan los mecanismos de solución de conflictos no violentos en el tema de la paz? Porque los mecanismos violentos provocan que la atención y las energías de la sociedad, se vean concentradas en la violencia que rodea el tema, pero no en la solución real del conflicto, y mucho menos en la posibilidad de mejoras para la sociedad. Por ello, los mecanismos violentos operan como una verdadera avalancha de disensiones y diferencias. En ese sentido, resaltamos el derecho, en general, como medio de solución de conflictos.

Solucionados los conflictos basándose en el diálogo y en el intercambio de opiniones, en la conciliación de intereses, el ser humano puede concentrarse en la paz como valor de la democracia, entendida esta como un estado en donde el ser humano pueda desarrollarse de manera plena e íntegra, pudiendo enfocarse a la consecución de objetivos de desarrollo que pueden ser a nivel social o individual.

1.1.2.5.6 Bienestar común y solidaridad

Entre los valores que contemplamos dentro del concepto de democracia indicado¹¹⁹, se encuentran el bienestar común y la solidaridad. Es importante señalar que el concepto de bienestar común, es un concepto amplio que incluye la calidad de vida, el reparto de la riqueza económica, el fortalecimiento de los servicios de seguridad social, es decir, una noción que trasciende lo meramente político¹²⁰.

En una democracia se tiene claridad de la necesidad que los sujetos sean solidarios unos con otros, y compartan los beneficios de la sociedad de manera que todos puedan ser beneficiados por ellos. En este sentido, podemos decir que ambos temas se encuentran estrechamente enlazados y parecen tener su origen en la idea de la igualdad, en el sentido de que los sujetos que formen parte de una sociedad, gocen de iguales condiciones económicas y sociales mínimas, que les aseguren su bienestar, creando para ello mecanismos que permitan que los más favorecidos cooperen con quienes no lo son tanto. Esta relación del bienestar común y solidaridad con la igualdad como noción básica, es reseñada por Pérez Luño, quien indica que la igualdad ha sido considerada como [...] *postulado fundamental de toda la moderna construcción teórica y jurídico-positiva de los derechos sociales*¹²¹.

¹¹⁹ Véase, p. 33.

¹²⁰ Rodee y otros, óp. cit., pp.16-17.

¹²¹ Pérez Luño, óp. cit., 1984, p. 50.

El Bienestar común y la solidaridad se encuentran estrechamente ligados al principio del llamado Estado social de derecho, que es el principio que pretende hacerlos realidad, y desde ya aclaramos que este complementa, tanto al Estado de derecho propiamente dicho, como al sistema democrático. En nuestra normativa constitucional, el principio del Estado social de derecho se evidencia en el numeral 50 de nuestra Constitución Política que hace referencia expresa al tema del bienestar de los habitantes del país. Además, el artículo 74 del mismo cuerpo normativo señala el “[...] *fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional*”. Por el momento basta esta pequeña aclaración, pues más adelante desarrollaremos el concepto de Estado social de derecho con mayor detalle.

Ahora bien, si conforme a estos artículos, entre nuestros ideales se encuentran los que propugna el Estado social de derecho, examinemos un ejemplo en donde el discurso se convierte en realidad. Este caso se refiere al tema de la vivienda de interés social y como la legislación que trata el tema, prevé un trato diferente a las personas que se encuentran ocupando este tipo de inmueble para alcanzar que se concrete el derecho a una vivienda digna, con el fin de lograr para los habitantes, una igualdad que trascienda lo meramente formal. Se evidencia aquí el valor de la solidaridad social, tal y como apreciamos en la redacción de la resolución:

“Para el accionante, esa norma es contraria al artículo 33 constitucional, ya que según señala, otorga un trato privilegiado al arrendatario de vivienda de carácter social, como es el hecho de enervar el proceso, mientras se priva de dicho beneficio a los arrendatarios de locales comerciales.- En el caso concreto, el accionante es arrendatario de un local comercial, por lo que la regla prevista en el artículo 99 no se le aplica y de allí su inconformidad; y ha de reconocerse que, en este caso, la ley sí hace una diferencia entre arrendatarios, pues a unos les permite pagar el precio de la renta aún iniciado el proceso de desahucio por falta de pago, y a otros no; sin embargo, dicha diferencia sí tiene un fundamento objetivo y razonable que la hace legítima. Cabe recordar en primer término, que el artículo 33 no impide el establecimiento de toda distinción, pues las únicas que excluye -y lo hace en forma terminante- son las que resulten arbitrarias o irrazonables, tal y como se ha reconocido, entre otras, en la sentencia número 5061-94, de las diecisiete horas treinta y cuatro minutos del seis de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro, en la que, con respecto al contenido de dicho principio se dijo:

“...por medio de él, se prohíbe hacer diferencias entre dos o más personas que se encuentren en una misma situación jurídica o

en condiciones idénticas, sin que pueda pretenderse un trato igual cuando las condiciones o circunstancias son desiguales; se acuerda, en principio, un trato igual a situaciones iguales y se posibilita un trato diferente a situaciones y categorías personales diferentes. Esa fórmula tan sencilla fue reconocida desde hace muchos años por la Corte Constitucional, a la fecha la Corte Suprema de Justicia, que tenía a su cargo el conocimiento de los recursos de inconstitucionalidad antes de la creación de esta Sala especializada. Pero la exigencia de igualdad no legitima cualquier desigualdad para autorizar un trato diferenciado, para determinar si realmente se justifica una discriminación, hay que analizar si el motivo que la produce es razonable, es decir, si atendiendo a las circunstancias particulares del caso se justifica un tratamiento diverso.”

De manera que resulta esencial determinar, si la distinción que establece el párrafo primero del artículo 99 bajo análisis, cumple con los parámetros señalados, respuesta que como ya se adelantó, es afirmativa: en este sentido, lo primero que debe tomarse en consideración, es el hecho de que la disposición cuestionada otorga un trato distinto a un grupo de arrendatarios perfectamente definido, como lo es el de aquellos que ocupan viviendas de interés social. **Dichas viviendas están habitadas, como es público y notorio, por las personas de menos recursos económicos en nuestra sociedad, cuya frágil situación económica hace necesario, en aras de cumplir el principio de solidaridad social que deriva del artículo 74 de la Constitución Política, que el Estado busque los mecanismos legales que hagan posible que éstos gocen, de los servicios mínimos que les garanticen una existencia digna, entre los que la vivienda ocupa un lugar preponderante. Tal concepción es la base del concepto de “Estado social de Derecho”, cuyos enunciados encuentran asidero constitucional en el artículo 50, y que ha servido de fundamento para la aparición de una innumerable cantidad de programas estatales y privados, tendentes a dotar de vivienda digna a los sectores sociales con menos recursos.-** Aparte de la aparición de los mencionados programas, dirigidos en la práctica a la búsqueda de recursos y a la construcción de las viviendas, se han promulgado una serie de disposiciones legales que permitan no sólo hacer más accesible ese derecho, sino también mantenerlo, como lo son por ejemplo, la reducción de los gastos legales de adquisición y de los referidos a la elaboración de los planos para la construcción de los diversos programas de vivienda, así como la reducción del monto del impuesto sobre los bienes inmuebles, entre otros, con lo que se

establecen diferencias que resultan en general válidas a la luz del principio constitucional de igualdad. Al promulgar la Ley General de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos, y establecer reglas especiales para el arrendamiento de viviendas de interés social [...] el legislador de mil novecientos noventa y cinco se situó en esa corriente, dado que reconoció en el artículo 88, el deber del Estado de promover y conservar la vivienda, haciendo eco de lo dispuesto en el artículo 65 de la Carta Fundamental. **Por lo dicho, si por un lado existe un derecho fundamental a la vivienda digna, y por el otro, la obligación estatal ineludible de promover y mantener la vivienda a los sectores más desprotegidos de la sociedad, no resulta inconstitucional otorgar a éstos últimos, un trato diverso, en punto al pago de la renta y a la posibilidad de enervar el proceso de desahucio por falta de pago, en los términos establecidos en la norma impugnada, por cuanto el trato especial que se concede a los arrendatarios de vivienda de interés social, encuentra fundamento en principios de rango constitucional, como los de solidaridad y justicia social, por lo que no resultan -como erróneamente se alega- irrazonables o desproporcionados.** (La negrita no pertenece al original).¹²²

Esta resolución evidencia, cómo a pesar de las limitaciones propias de la economía que enfrenta un país en vías de desarrollo, se pretende lograr que los ideales que sustentan el sistema democrático, se conviertan en una realidad. Es un ejemplo claro, de cómo la forma de vida democrática a la que hicimos referencia líneas atrás, se plasma en la vida del ser humano, reconociendo su dignidad en un aspecto fundamental, como es el de la vivienda. Ahora bien, con la plataforma axiológica construida, pasemos a analizar los aspectos más concretos: los principios.

1.1.2.6 Principios

Recordemos que la definición de democracia propuesta, incluye el tema de los valores y principios¹²³. Tal y como señalamos anteriormente¹²⁴, si bien principios y valores resultan ser bastante similares, pues ambos son criterios que buscan servir de norte al ordenamiento, los principios son más concretos y además, su dimensión jurídica es más pronunciada¹²⁵. Recordemos que los principios coadyuvan en la interpretación de las normas, pero también funcionan como límites al ejercicio del poder.

¹²² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. No.8493-97 de las diez horas cuarenta y dos minutos del doce de diciembre de mil novecientos noventa y siete.

¹²³ Véase, p. 33.

¹²⁴ Véase, p. 46.

¹²⁵ López Guerra y otros, óp. cit., p. 32.

Desde el punto de vista normativo, el artículo 1º de la Ley de la Jurisdicción Constitucional hace referencia a ellos, al señalar que esta jurisdicción tiene como “*objeto garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales*[...]”, de manera que se les reconoce un grado de importancia equivalente al de la norma constitucional escrita.

Doctrinariamente, encontramos que Piza Escalante señaló que los principios son:

“[...] conceptos o valores materiales que se inducen de los propios textos expresos, del contexto en que estos se articulan, de la lógica del sistema jurídico como un todo, de la experiencia de los operadores del Derecho, del recto entendimiento humano o de la intuición común de la justicia, del orden, de la libertad, si se quiere condicionados -aunque no tanto- por la Historia, por la cultura, o por la misma Geografía¹²⁶.”

Como vemos es una definición bastante amplia que no se aleja del concepto que hemos manejado de principios, aunque sí enfatiza sobre cuáles son los aspectos que dan origen a los principios. Es de resaltar que aunque siempre les otorga a los principios el carácter de valor, los califica como “materiales” de manera que evidencia el carácter de concreción que hemos señalado y los distingue.

Por su parte, Hernández Valle ha indicado que los principios gozan de la misma normatividad que las disposiciones contenidas formalmente en la Constitución. Este autor los ha clasificado en tres grupos¹²⁷:

- Principios institucionales: para este autor constituyen las fuentes supremas del ordenamiento y son aceptados de manera pacífica y casi unánime por la sociedad civil, quien los considera implícitos en la normativa constitucional. Se manifiestan mediante opiniones o convicciones, como ocurre, por ejemplo, con los criterios de interpretación de normas jurídicas. También se expresan mediante opiniones de carácter más bien doctrinario, las cuales pueden basarse en un examen histórico político de una determinada sociedad estatal, como el principio de separación de poderes. Estos principios pueden variar, dependiendo de la sociedad civil que los sustente.

¹²⁶ Piza Escalante, Rodolfo. Los valores en la interpretación constitucional. En: La Jurisdicción Constitucional y su influencia en el Estado de Derecho. San José: UNED, 1ª edición, p. 111.

¹²⁷ Hernández Valle, Rubén. Los principios constitucionales. San José, Escuela Judicial, Corte Suprema de Justicia, 1992, pp. 7-13.

- Principios que surgen de la interpretación armónica de dos normas: son los principios que operan como normas no escritas y se desprenden de la hermeneútica de dos o más normas constitucionales. Ejemplo de esto es el debido proceso que surge de la conjunción del principio de legalidad penal y de la justicia pronta y cumplida.
- Principios recabables de la legislación ordinaria que los presupone, y que en virtud del principio de regularidad jurídica, se incorporan al bloque de constitucionalidad. Se cita como ejemplo el principio de la riqueza minera como propiedad del Estado.

Procedemos a examinar los principios que consideramos conforman nuestra democracia.

1.1.2.6.1 Principio Republicano

Tal y como hemos venido señalando, en el artículo 1º de nuestra Constitución Política, se indica que Costa Rica es una República democrática, libre e independiente.

En cuanto al concepto de República, se ha indicado que consiste desde un punto de vista sustantivo, en:

[...] la clave de esta definición -defendida por Cicerón y acentuada sobre todo por Kant- es la idea de que el Estado es una comunidad pública (*res publica*): en ella el dominio no debe ejercerse según los intereses de los individuos o de un determinado grupo, sino en razón de lo que es mejor para la comunidad., además la constitución del Estado se comprende como una ordenación de los cargos públicos a través de la ley -sobre la base de la libertad e igualdad de los ciudadanos-, con tareas y competencias específicamente circunscritas, y en las que no se ejerce un dominio personal sino que se persiguen objetivos en interés del orden y la libertad en la vida en común; finalmente, implica una forma correspondiente de ver el estado como *res publica* por parte de los ciudadanos¹²⁸.

Como veremos posteriormente, esta definición comparte algunos elementos con el Estado de derecho, aunque no todos. Por otra parte, en cuanto a su comparación con la democracia, señala Böckenförde que rescata en particular del concepto de república la “[...] *orientación normativa para la finalidad de la acción del Estado*[...]”¹²⁹. Entendemos aquí el concepto

¹²⁸ Böckenförde, óp. cit., pp. 127-128.

¹²⁹ *Ibíd.*, p. 128.

expresado de *“lo que es mejor para la comunidad”*. En este sentido, considera este autor que toda democracia debería ser republicana, aunque no necesariamente tiene que serlo.

Nos parece acertada la definición de República aportada por este autor, en tanto destaca que el poder que en ella se ejerce, debe practicarse con vista a lo que es mejor para la comunidad (aspecto sustantivo), de manera que los intereses particulares, sean individuales o grupales, no deben ser el fin último.

También coincidimos, en cuanto a la noción de un Estado ordenado mediante la ley, con tareas y competencias específicas, aspecto que a nuestro criterio, se encuentra estrechamente enlazado con el principio de separación de poderes. Incluso esta particularidad del principio republicano, se encuentra contemplada en la jurisprudencia constitucional, tal y como vemos en la siguiente cita:

Bien puede afirmarse -entonces- que la concentración de funciones que asume el juez de instrucción contraviene el principio republicano de división de poderes; y es este principio el que exige, por lo tanto, que la autoridad jurisdiccional evite la ineludible parcialidad que le impone el hecho de ser guardián de sus propios actos. Por ello, para garantizar la imparcialidad del juez es preciso que no tenga en la causa un interés público o institucional, y que no tenga un interés acusatorio, que es el rol que a fin de cuentas desempeña el juez de instrucción en los sistemas inquisitivos y mixto. **Esta confusión de funciones se supera con el traslado de la investigación a un órgano no judicial, con lo que se constituye en un órgano acusador independiente que se separe claramente de la función jurisdiccional, de tal forma que se establezca un control mutuo entre órganos de investigación y jueces; con lo cual se rescata definitivamente el espíritu republicano que debe orientar el enjuiciamiento criminal en todas sus etapas, y no sólo en la del debate, como ocurría en el sistema anterior¹³⁰** (La negrita no corresponde al original).

Otro punto en donde compartimos el criterio de este autor, es en el hecho de que toda democracia debería ser republicana. Sin embargo, nos apartamos de él, cuando indica que una democracia podría no ser republicana

¹³⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 1999-06470 de las catorce horas con treinta y seis minutos del dieciocho de agosto de mil novecientos noventa y nueve.

en cuanto al aspecto sustancial, ya que consideramos que una democracia siempre debe ser republicana, en tanto que entre los valores que hemos considerado, que inspiran y rigen la democracia, se encuentran el bienestar común y la solidaridad. Por ello, según nuestra perspectiva, no se podría separar el aspecto democrático del republicano.

Definitivamente, el aspecto sustantivo del principio republicano, no debe soslayarse nunca, ya que es uno de los pilares del sistema. Por tanto, el hecho de que Costa Rica en su Constitución lo contemple, y no en cualquier ubicación, sino en el artículo con que inicia su normativa fundamental, es un aspecto que debe ser resaltado, y además debe ser tomado en cuenta al realizar cualquier interpretación normativa o aplicación concreta de leyes o conductas por parte del Estado, en cualquiera de sus funciones.

1.1.2.6.2 Principio del Estado de derecho

Según explica Böckenförde, la democracia responde a la pregunta de quién es el portador y titular del poder. Continuando con esta perspectiva, se ha considerado que el principio del Estado de derecho, se refiere al contenido, ámbito y modo de proceder de la actividad estatal. Así el fin que tiene el Estado de derecho consiste en pretender limitar y regular el poder del Estado, garantizando la libertad y los derechos fundamentales, la legalidad de la administración y la protección jurídica a través de tribunales independientes¹³¹.

Indica Böckenförde que el rasgo común que comparten el Estado de derecho y la democracia, es el referente al tema de la libertad de los ciudadanos. En el caso de la democracia, se parte de la libertad democrática y, en el caso del Estado de derecho, se plasma en la formación democrática de la voluntad política. Estos derechos de libertad vienen a ser un “nexo de unión decisivo entre ambos”, Estado de derecho y democracia, aun cuando es sabido que el primero se ha desarrollado con otras formas de sistema político, como por ejemplo la monarquía¹³².

Ahora bien, el concepto Estado de derecho se encuentra estrechamente relacionado con el principio de separación de poderes que tuvo su origen en el pensador francés Montesquieu. Conforme a este principio, las tres funciones medulares de un Estado son: 1) Crear la legislación. 2) Aplicar la ley y realizar las labores de gobierno. 3) Resolver los conflictos, tanto de la vida en sociedad como entre los poderes. En Costa Rica, este principio se ve positivizado en el artículo 9 de nuestra Constitución Política, el cual refiere que

¹³¹ Böckenförde, óp. cit., p. 119.

¹³² *Ibid.*, pp. 120-121.

El Gobierno de la República, es popular, representativo, alternativo y responsable. Lo ejercen tres poderes distintos e independientes entre sí: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Ninguno de los tres Poderes puede delegar el ejercicio de las funciones que le son propias [...]

Aun cuando en el lenguaje clásico del tema, se habla de poderes, en realidad de lo que se trata es de funciones que deben ser realizadas por órganos independientes de manera que opere la distribución del poder, a fin de evitar tiranías o excesos en el ejercicio de este. Esto es lo que se conoce como el sistema de “frenos y contrapesos”, pues al encontrarse las diferentes potestades distribuidas, se evita el abuso del poder y se logra el control por parte de los administrados y de los mismos funcionarios que lo ejercen¹³³. Es por ello, que el párrafo segundo citado prohíbe la delegación de las funciones de los poderes.

Hernández Valle lo ha descrito de la siguiente manera:

El sistema democrático se fundamenta en el principio de que existen varios detentadores independientes que se distribuyen el ejercicio real del poder a lo largo de todo el proceso gubernamental. Dado que el ejercicio del poder se encuentra dividido entre varios detentadores, estos a su vez se controlan recíprocamente¹³⁴.

Böckenförde rescata en su libro “Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia”¹³⁵, dos temas que hacen viable la conexión entre democracia y Estado de derecho; ellos son: el tema de la división de poderes y la limitación de la democracia por las garantías del Estado de derecho.

En cuanto al primer tema, explica cómo los efectos de la división de poderes solo se evidencian en el marco de la democracia, pues es el pueblo el que ejerce el poder, a través de los órganos específicos que actúan como sus órganos. De manera tal que el ejercicio del poder no se libera de las exigencias democráticas bajo esta circunstancia. Así el sistema de frenos y contrapesos no es para cualquier Estado, sino para un Estado legitimado por la democracia, puesto que

¹³³ Álvarez Desanti, Arnoldo. Poder Constitucional y Poder Legislativo. En: La Jurisdicción Constitucional y su influencia en el Estado de Derecho. San José: UNED, 1ª edición, p. 111.

¹³⁴ Constitución Política de la República de Costa Rica. Comentada y anotada por Rubén Hernández Valle, óp. cit., comentario al artículo 7, p. 20.

¹³⁵ Böckenförde, óp. cit., pp.123 y 125-126

[...] excluye que la ocupación por personas de cada uno de los poderes pueda considerarse como una tarea que les corresponde y que se ejerce por ellos de modo autónomo, es decir al margen de la legitimación y la responsabilidad democrática[...]¹³⁶

En relación con la limitación de la democracia por las garantías del Estado de derecho, señala el autor en comentario que los derechos fundamentales y las garantías, se entienden y aplican con el significado de derechos de defensa, que buscan limitar el poder del Estado¹³⁷. Esta condición de limitación de la democracia por parte de las garantías del Estado de derecho, es de trascendental importancia, ya que si no son respetadas las garantías del Estado de derecho, la libertad deviene en una mera participación en el proceso democrático; pero no frente a ese proceso, de manera que la persona sería una simple pieza en la comunidad política democrática¹³⁸.

De alguna forma, esta visión correspondería a la democracia como la “voluntad de la mayoría” en sentido estricto, de modo que ante esta, el sujeto no tiene otra opción más que someterse. Se evidencia así la importancia de los límites que el Estado de derecho impone a la democracia, reconociendo la dignidad del ser humano sobre los principios organizativos del Estado.

Ahora bien, veamos cómo en la práctica se reflejan ambos conceptos:

- El voto que citamos a continuación, muestra la división clara entre las funciones de cada uno de los poderes del Estado, de manera que se evita la indebida intromisión en las responsabilidades del otro. Se trata de un caso en que se le pidió a la Sala Constitucional que se pronunciara sobre un procedimiento legislativo:

La autodeterminación del Parlamento sobre su accionar interno -reconocida en forma reiterada por este Tribunal-, “interna corporis”, es una de sus potestades esenciales expresamente reconocida por la Constitución Política en su artículo 121 inciso 22), y que resulta consustancial al sistema democrático. El objeto perseguido con la atribución de la competencia para autoorganizarse de la Asamblea, es la de que por su medio sean regulados sus procedimientos de actuación, organización y funcionamiento y en consecuencia su organización interna dentro de los parámetros que exigen los principios, democrático, de igualdad y no discriminación,

¹³⁶ Ibid., pp. 123.

¹³⁷ Ibid., p. 125.

¹³⁸ Ibid., p. 126.

con todos sus derivados. **Esta potestad se desarrolla con absoluta independencia de los otros órganos del Estado -en virtud del principio establecido en el artículo 9 de la Carta Fundamental-,** y tiene como límites: el acatamiento del Derecho de la Constitución, es decir, al conjunto de valores, principios y normas constitucionales, dentro de los que están los mencionados supra, el respeto a los principios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad, [...] El parlamento tiene derecho en ejercicio de su propia potestad de autorregulación, de conciliar o equilibrar, frente a situaciones concretas, no sólo el derecho de enmienda, sino también los otros principios de rango constitucional que también vinculan su actuar [...] **por lo que sólo en caso de la utilización de estas potestades con evidente abuso de poder, que resulte en la anulación de un derecho y no en su armonización con el resto de los principios constitucionales del derecho parlamentario, legitimaría a esta Sala a intervenir en la interna corporis. Lo contrario implicaría a nuestro juicio un irrespeto a la potestad de autorregulación y al principio democrático**¹³⁹. (La negrita no corresponde al original).

Resulta importante acotar que la aplicación del principio republicano de división de funciones, aun cuando tuvo su origen en las tres funciones señaladas, las ha trascendido, y actualmente se refleja en otros ámbitos de la vida pública, al haber demostrado la práctica, la eficiencia de este concepto en cuanto a su capacidad para evitar el ejercicio abusivo del poder.

El voto 06470-99 citado en el apartado anterior, refleja esta situación. Se refiere al cambio del sistema procesal penal mixto, en donde el juez instructor, además de su función propiamente jurisdiccional, también realizaba labores de investigación, al sistema acusatorio, en donde el juez no investiga y, por ello, funciona únicamente como garante, de manera que no cumple diversas funciones, sino solo una.

- En cuanto a los límites que el Estado de derecho impone a la democracia, encontramos el siguiente ejemplo en jurisprudencia, donde la Sala Constitucional también se ha pronunciado, concretando la idea recién expuesta en términos claros y muy precisos:

Sin embargo, debe tenerse presente que uno de los desafíos básicos de la democracia consiste, precisamente, en que el combate a la delincuencia debe ser llevado a cabo únicamente

¹³⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 07961-2005 de las diecisiete horas con cincuenta minutos del veintiuno de junio de dos mil.

por medios legítimos, sin acudir a la ilegalidad para defender la legalidad, pues desde un punto de vista ético resulta altamente contradictorio defender un valor -el respeto a bienes jurídicos de relevancia- negándolo a la vez para algunas personas¹⁴⁰.

El siguiente extracto de jurisprudencia, también de la Sala Constitucional, resume la visión de lo que considera el Estado de derecho:

El Estado de Derecho nació, de acuerdo a la historia y a la doctrina jurídica occidental, como una fórmula de compromiso que implicaba aunar un amplio grupo de derechos fundamentales con una serie de garantías formales y materiales, todo ello dentro de una Constitución que consagrara la división de poderes y los principios de legitimidad y legalidad. Tendente, esta suma de ideas, a evitar las arbitrariedades eventualmente provenientes de las instituciones estatales¹⁴¹.

Más adelante profundizaremos los conceptos de derechos fundamentales y garantías, pues forman parte de la definición de democracia propuesta al inicio de este estudio. El principio de legalidad será tratado en este mismo apartado, y en relación con la legitimidad, esta hace referencia a los aspectos de participación y representación de los miembros de una sociedad, los cuales permiten que las decisiones tomadas, gocen de legitimidad, al responder a los mecanismos que aseguran la expresión de la voluntad popular.

1.1.2.6.3 Principio del Estado social de derecho

El concepto de Estado social complementa el de Estado de derecho, ya que se equilibran las ideas liberales propias de este último, con los valores de igualdad y solidaridad para todos los seres humanos, de manera que el bienestar común alcance a la población general.

Si bien es cierto que inicialmente el concepto de Estado social apareció unido a las corrientes de izquierda moderada en Francia a mediados del siglo XIX y se expandió con la aparición de los partidos socialistas, también, posteriormente las corrientes más conservadoras lo asumieron y comenzó a figurar en las constituciones a partir de mediados del siglo XX.

Con el Estado social se toma conciencia de la situación de los individuos más allá de la igualdad formal, de manera que el Estado gendarme propio del sistema liberal clásico, deviene en un Estado activo que

¹⁴⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 2004-04626 de las doce horas con cuatro minutos del treinta de abril de dos mil cuatro.

¹⁴¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 2003-02271 de las once horas con cuarenta minutos del cuatro de abril de dos mil tres.

[...] interviene positivamente en todos los campos que de forma genérica cabe calificar de «sociales». El resultado será lo que conocemos como Estado social que para García Pelayo es la adecuación del Estado a los problemas sociales que plantea el desarrollo industrial masificado. Puede definirse entonces la actuación de este Estado como la actividad positiva por parte de los órganos de poder que interviniendo directamente supone la dinamización y la homogeneidad social¹⁴².

Cappeletti señala que en los ordenamientos jurídicos, han surgido tres dimensiones fundamentales¹⁴³. La primera de ellas es la dimensión constitucional, relativa a la existencia de una ley superior que contiene los valores fundamentales que deben ser respetados y que usualmente contienen los mecanismos para garantizarlos. La segunda es la dimensión trasnacional referente a los intentos de crear un gobierno universal que supere el concepto tradicional de soberanía, obligando a la creación de diversos instrumentos en materia de derechos fundamentales que vinculen efectivamente a los Estados que los ratifiquen. La última dimensión es la dimensión social que, para este autor, se refleja en el tema del acceso al derecho y a la justicia, entendidos como derechos sociales que han surgido a raíz de los cambios generados en las sociedades industriales y postindustriales modernas:

[...] la demanda de justicia viene a significar, siempre más decisivamente, y por multitudes siempre más vastas, requerimiento de «igualdad no tan formal, pero sí real», efectiva igualdad de posibilidad de desarrollo de la persona es igualdad en la dignidad del hombre¹⁴⁴.

En Costa Rica encontramos que desde 1942, la Constitución vigente en aquel momento, incorporó un capítulo de garantías sociales. Posteriormente, en 1949, los diputados socialdemócratas que participaron en la Asamblea Constituyente, lograron que al texto que sirvió de base para la discusión, se le hicieran las modificaciones necesarias para que, al mismo tiempo que el Estado respeta los derechos económicos de los particulares, goce de derechos de intervención en los campos económico y social. Esto último se logró mediante normas programáticas que procuran la mayor distribución de la riqueza¹⁴⁵.

¹⁴² Alonso de Antonio Angel y otro, *óp. cit.*, p. 149.

¹⁴³ Cappeletti, Mauro. Acceso a la Justicia. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, número 48, septiembre-diciembre de 1988, pp. 797-798.

¹⁴⁴ *Ibíd.*, p. 799.

¹⁴⁵ Hernández Valle, Rubén. El régimen jurídico de los derechos fundamentales en Costa Rica. *óp. cit.*, pp. 467-469.

Así en la jurisprudencia, encontramos acerca de este tema, el siguiente voto que revela la adhesión de nuestro país a la perspectiva social:

[...] En nuestra Constitución son varias las referencias a ese tópico, como por ejemplo, las reglas sobre la materia electoral, la organización de los poderes públicos y sus relaciones recíprocas, la protección de la familia y los desamparados; y en lo que atañe a la producción especial, de los sectores económicamente débiles, las relaciones obrero patronales, la preocupación de la vivienda popular, la educación pública; y también la legislación derivada, en lo que se refiere a la materia inquilinaria, el control de precios en los artículos de consumo básico y la producción y comercialización de ciertos cultivos, básicos para la economía del país, como el café, la caña de azúcar, a manera de ejemplo. El principio general básico de la Constitución Política está plasmado en el artículo 50, al disponer que “el Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza”, lo que unido a la declaración de adhesión del Estado costarricense al principio cristiano de justicia social, incluido en el artículo 74 *ibídem*, determina la esencia misma del sistema político y social que hemos escogido para nuestro país y que lo definen como un Estado Social de Derecho [...] ¹⁴⁶

Como vemos, la normativa constitucional hace referencia expresa a la opción social de nuestro Estado de derecho, permitiendo de esta manera que la solidaridad y el bien común encuentren sustento real.

1.1.2.6.4 Pro Homine y Pro Libertate

Ambos principios se encuentran estrechamente vinculados a la dignidad del ser humano. Decimos que existe una relación directa entre ellos, pues si en una democracia la persona es el eje central en torno al cual gira el sistema, su característica principal e inalienable, la dignidad, le sigue como una sombra, y permite que la libertad sea posible.

Así por ejemplo encontramos la siguiente resolución de la Sala Constitucional:

Los constituyentes, en el artículo 1° de la Constitución Política, definieron el sistema político del Estado costarricense como un régimen democrático, libre e independiente, lo cual implica una

¹⁴⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 6579-94 de las quince y doce horas del ocho de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro

forma particular de Estado, **en el que la relación entre el Poder y los hombres se resuelve de modo favorable a la dignidad de la persona, a su libertad y a sus derechos.** Dicho de otro modo, *“Costa Rica, en el artículo 1° de su Constitución Política, al constituirse en Estado según los principios de una democracia, optó por una formulación política en la que el ser humano, por el simple hecho de serlo, por haber nacido tal, es depositario de una serie de derechos que le son dados en protección de su dignidad, derechos que no pueden serle desconocidos sino en razón de intereses sociales superiores, debidamente reconocidos en la propia Constitución o las leyes”* (sentencia número 00678-91). Esta positivación del “principio democrático” constituye uno de los pilares -por no decir, el núcleo o esencia- en el que se asienta nuestro sistema republicano, y conlleva que todo el sistema normativo deba ser interpretado conforme a los principios que informan este sistema de vida y de conceptualización del Estado, en el que los derechos reconocidos a las personas les deben ser respetados por esa sola condición, independientemente de su origen nacional, raza, credo político o religioso, sin discriminaciones a su dignidad como ser humano.¹⁴⁷ (La negrita no corresponde al original).

Conforme a esta jurisprudencia, en un sistema democrático, al ser la persona el eje del sistema, los conflictos entre el poder y las personas deben resolverse a favor de estas. Esta perspectiva evidencia el principio Pro-Homine.

De acuerdo con Hernández Valle, tanto el principio Pro Homine como el Pro Libertate son principios hermenéuticos, propios de la materia constitucional¹⁴⁸.

El principio Pro Homine implica que el derecho debe interpretarse y aplicarse de la manera que más favorezca al ser humano. Por su parte, el principio Pro Libertate resulta ser un derivado del Pro Homine, pues en él se especifica la obligación de interpretar de manera extensiva, todo lo que favorezca la libertad y, restrictivamente, todo lo que la limite.

En cuanto a estos principios, la jurisprudencia ha manifestado:

El orden público, la moral y los derechos de terceros deben ser interpretados y aplicados rigurosamente, sin licencias que

¹⁴⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 1999-06470 de las catorce horas con treinta y seis minutos del dieciocho de agosto de mil novecientos noventa y nueve.

¹⁴⁸ Hernández Valle, Rubén. *Prerrogativa y Garantía*. San José: EUNED, 1ª edición 1995, pp. 60-61.

permitan extenderlos más de su sentido específico; sentido que, a su vez, debe verse en armonía con el principio pro libertate, el cual, junto con el principio pro homine, constituye el meollo de la doctrina de los derechos humanos; según el primero, debe interpretarse extensivamente todo lo que favorezca y restrictivamente todo lo que limite la libertad; según el segundo, el derecho debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano [...]¹⁴⁹

En la normativa costarricense se ha incorporado expresamente el principio Pro Libertate en el artículo 2 del Código Procesal Penal, posiblemente por ser la materia penal la más sensible al incidir directamente en la libertad del sujeto. Este artículo indica:

Deberán interpretarse restrictivamente las disposiciones legales que coarten la libertad personal o limiten el ejercicio de un poder o derecho concedido a los sujetos del proceso. En esta materia, se prohíben la interpretación extensiva y la analogía mientras no favorezcan la libertad de imputado ni el ejercicio de una facultad conferida a quienes intervienen en el procedimiento¹⁵⁰.

Con este artículo se evidencia cómo, afortunadamente, el contenido del principio Pro Libertate se ha incorporado expresamente a la normativa de la materia del derecho que más puede afectar la libertad del ser humano: la materia penal. Pero existe otro aspecto de la libertad, (aparte del valor libertad) que pasamos a analizar a continuación y es el referente a la libertad como principio.

1.1.2.6.5 Principio de libertad

El principio de libertad se encuentra contemplado en nuestro ordenamiento en el numeral 28 de la Constitución Política, el cual indica:

Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley. Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudique a tercero, están fuera de la acción de la ley. [...]

De manera que las personas pueden realizar todas aquellas acciones que deseen, siempre y cuando no violen la ley. En ese sentido, la máxima

¹⁴⁹ Sala Constitucional. Res. 3550 del veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

¹⁵⁰ Ley N° 7594 del 4 de junio de 1996 y sus reformas. Código Procesal Penal. Artículo 2.

“todo lo que no está prohibido es permitido”, resume el contenido de este artículo.

Además en el citado artículo se hace referencia a la autodeterminación, de manera que el ideal de libertad que estudiamos anteriormente, se ve reflejado con claridad en esta norma jurídica.

Esto se hace todavía más evidente, al reconocer el párrafo segundo del citado artículo, que existen ámbitos particulares de la vida de cada individuo, en los cuales nada ni nadie puede intervenir, pues son exclusivos del sujeto. Por más que las acciones que la persona realice en ese momento, puedan, a los ojos de otros, ser desagradables o impropias, en tanto no afecten la moral o el orden públicos, o bien, que no perjudiquen a terceros, están fuera de la acción de la ley. La jurisprudencia constitucional se ha referido a este tema:

De conformidad con el párrafo 1º del artículo 28 constitucional, las personas -léase “privadas”- están facultadas para hacer todo aquello “que no infrinja la ley”, expresión totalmente equivalente al llamado principio de libertad, según el cual, para el ser humano, “todo lo que no está prohibido está permitido”. Por ello, nadie puede ser privado de hacer lo que la Constitución o la ley no prohíban o, por lo menos, lo que no habiliten expresa y taxativamente a prohibir [...] Pero es que el mismo artículo 28, en su párrafo 2º, todavía llega a más: a armonizar aquel principio general de libertad todavía meramente formal, con una concepción materialmente democrática que lo llena de contenido, colocando en su base lo que puede llamarse el “sistema de libertad”. Según éste, ya el ser humano, no sólo puede hacer todo lo que la ley no le prohíba, sino que tiene también la garantía de que ni siquiera la ley podrá invadir su esfera intangible de libertad y, por ello da armonía e intimidad, fuera de los supuestos previstos taxativamente por la propia Constitución, supuestos excepcionales y, por ende, de interpretación restrictiva, que pueden sumirse en el concepto de “bien común”, rectamente entendido¹⁵¹.

Así esta jurisprudencia evidencia que no solo el ser humano puede hacer todo lo que está permitido, sino que también sabe que la ley no podrá invadir su ámbito de libertad, salvo las excepciones previstas a nivel

¹⁵¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Res. 06982-94, de las quince horas cuarenta y ocho minutos del veintinueve de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro. En igual sentido 03495-92, de las catorce horas treinta minutos del diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

constitucional. La jurisprudencia aclara también a qué se refiere ese ámbito, al cual no pueden acceder el resto de sujetos:

Resulta claro pues, que las acciones de los particulares que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a terceros, no pueden ser reguladas por el Estado, ni siquiera por ley formal. Se trata de la protección constitucional de un ámbito de autonomía individual, que comprende tanto la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, así como otros aspectos de la personalidad espiritual y física de las personas, como lo serían **aquellos comportamientos que no trascienden del sujeto que los realiza, o aquellos que, aún cuando trasciendan a la colectividad, no interesan a la moral, al orden público o no perjudican a terceros**. En cambio, sí son regulables -por ley- aquellas acciones que no sólo trascienden de quien las ejecuta, sino que preocupan al bien común, en los términos en que quedó expresado en los pronunciamientos transcritos, es decir, en el tanto pueden comprometer los postulados del artículo 28 constitucional¹⁵².

De manera que los límites del principio de libertad, son: la moral, el orden público y los derechos de los terceros, así que las personas pueden realizar cualquier otra acción, siempre y cuando no afecten alguno de esos tres aspectos. La normativa constitucional resguarda el principio de libertad.

En la resolución 3550-92 la jurisprudencia constitucional ha definido el contenido de estos tres aspectos que limitan la libertad. Parafraseando lo que señala dicho voto, podemos indicar las siguientes características:

- ✓ En relación con el **orden público**, este se refiere a los principios relativos tanto a la organización del Estado y su funcionamiento, como a la protección de los derechos del ser humano, los intereses de la comunidad que pretenden realizar los ideales de paz y el bienestar en la vida en sociedad.
- ✓ En cuanto a la **moral**, se indicó que son las creencias básicas de la sociedad, cuya violación ofenda gravemente a la mayoría de sus miembros.
- ✓ Los llamados **derechos de terceros**, implican tanto los derechos del resto de personas, como las potestades legítimas de la administración.

¹⁵² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 1997-04713 de las dieciséis horas con veintisiete minutos del diecinueve de agosto de mil novecientos noventa y siete.

Como vemos, de esta manera se garantiza que los sujetos gocen de la libertad suficiente, sin afectar la convivencia pacífica con el resto de miembros de la sociedad.

De todo lo anterior, se concluye que el principio de libertad, se refiere al sujeto, hombre o mujer, pues es este quien goza del derecho de autodeterminarse. Como veremos a continuación al tratar el siguiente tema, es totalmente diferente la situación del Estado, ya que se ve limitado por el principio de Legalidad.

1.1.2.6 Principio de legalidad

Podemos indicar que el principio de legalidad se encuentra contemplado en el artículo 11 de la Constitución Política, el cual expresa:

Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles responsabilidad penal de sus actos es pública.

Por lo tanto, los funcionarios públicos solo pueden realizar aquellas acciones que la ley les autorice expresamente, y bajo ninguna circunstancia, pueden excederse en las facultades que les han sido confiadas, ni tampoco pueden asumir alguna que la ley no les haya otorgado.

Al igual que ocurre con el principio de libertad, el principio de legalidad se encuentra sumamente relacionado con el Estado de derecho, y en especial con su componente relativo a la limitación de la democracia por las garantías del Estado de derecho. Indicamos esto, pues del artículo constitucional recién citado, se evidencia que los funcionarios públicos deben actuar en el ejercicio de su labor conforme lo expresan los preceptos legales, no pudiendo separarse de estos. Por ello, se les obliga a rendir juramento de sujetarse en sus actuaciones a la Constitución, como norma suprema del ordenamiento que contempla y contiene los valores y principios más caros para el pueblo, y a las leyes que los desarrollan. Al respecto la jurisprudencia constitucional ha indicado que:

En los términos más generales, el principio de legalidad en el estado de derecho postula una forma especial de vinculación de las autoridades e instituciones públicas al ordenamiento jurídico, a partir de su definición básica según la cual toda autoridad o institución pública lo es y solamente puede actuar en la medida en que se encuentre apoderada para hacerlo por el mismo ordenamiento, y normalmente a texto expreso **-para las autoridades e instituciones públicas sólo está permitido**

lo que esté constitucional y legalmente autorizado en forma expresa, y todo lo que no les esté autorizado les está vedado-; así como sus dos corolarios más importantes, todavía dentro de un orden general: el principio de regulación mínima, que tiene especiales exigencias en materia procesal, y el de reserva de ley, que en este campos es casi absoluto¹⁵³. (La negrita no pertenece al original).

Se debe resaltar la trascendencia que se da a esta sujeción a la ley por parte de quienes ejercen la autoridad delegada, puesto que inmediatamente a su referencia, se hace alusión al tema de la responsabilidad penal. Recordemos que el derecho penal es la *última ratio*, de manera que solo aquellas conductas que afecten gravemente bienes jurídicos de la mayor importancia, son sancionadas penalmente. Por lo tanto, si la norma citada indica que al funcionario público que se arrogue facultades que la ley no le concede, o bien, que incumpla la Constitución o las leyes, se le podrá exigir responsabilidad penal mediante acción pública, así se evidencia el grado de importancia que se da al tema.

Ahora bien, el artículo 11 de la Constitución se complementa con otras normas, tal y como indica la resolución que a continuación citamos:

En nuestra Constitución Política, el principio general de legalidad está consagrado en el artículo 11, y resulta, además, del contexto de éste con el 28, que recoge el principio general de libertad -para las personas privadas- y garantiza la reserva de ley para regularla, con el 121, especialmente en cuanto atribuye a la Asamblea Legislativa competencias exclusivas para legislar (incisos 1, 4 y 17), para crear tribunales de justicia y otros organismos públicos (incisos 19 y 20) y para disponer de la recaudación, destino y uso de los fondos públicos (incisos 11, 13 y 15); potestades que no pueden delegarse ni, por ende, compartirse con ningún otro poder, órgano o entidad (artículo 9), y que generan consecuencias aun más explícitas como las que se recogen en la Ley General de la Administración Pública, principalmente en sus artículos 5 y 7 -que definen las jerarquías normativas-, 11 -que consagra el principio de legalidad y su corolario de regulación mínima-, 19 y 59.1 -que reafirman el principio de reserva de la ley para régimen de los derechos fundamentales y para la creación de competencias públicas de efecto externo¹⁵⁴.

¹⁵³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 1739-92 de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos.

¹⁵⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 1739-92 de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos. En igual sentido Res. 897-98 del once de febrero de mil novecientos noventa y ocho.

Por lo tanto, el principio de legalidad se complementa con el artículo 28 referente al principio de libertad, y de este modo, de una interpretación armoniosa de ambos, se reafirma el principio de reserva de ley, conforme al cual, solo mediante una ley, se pueden afectar los derechos fundamentales o crear competencias públicas que los afecten. Basta por el momento esta observación, pues este principio se detallará más adelante.

El conocido voto 1739-92, hace referencia al derecho general a la legalidad, entendiéndolo como un presupuesto del debido proceso, el cual consiste en

[...] una forma especial de vinculación de las autoridades e instituciones públicas al ordenamiento jurídico, a partir de su definición básica, según la cual toda autoridad o institución publica lo es y solamente puede actuar en la medida en que se encuentre apoderada para hacerlo por el mismo ordenamiento y normalmente a texto expreso [...] ¹⁵⁵

El principio de legalidad es uno de los más importantes en una democracia, pues resulta un límite al ejercicio de la autoridad, y permite que al existir una relación detallada de cuáles son las actuaciones posibles por parte de los funcionarios públicos, estos pueden ser fiscalizados por el pueblo, quien en caso de abuso por parte de sus representantes, cuenta con los mecanismos necesarios para exigirles responsabilidad, tal y como indica la parte final del artículo 11 constitucional.

De acuerdo con Ferrajoli, existe riesgo de que opere una crisis de la democracia cuando opera una crisis del derecho¹⁵⁶ y en particular del principio de legalidad entendido como “[...] *la sujeción de los poderes públicos a la ley, en que se fundan tanto la soberanía popular como el paradigma del Estado de derecho.*”¹⁵⁷

Estas crisis presentan, según Ferrajoli, tres variantes o manifestaciones¹⁵⁸:

- i- Crisis en cuanto a los controles del ejercicio del poder (crisis de la legalidad).
- ii- Crisis en relación con la estructura del Estado de derecho a la cual se le exigen prestaciones positivas propias del Estado social.

¹⁵⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 1739-92 de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos.

¹⁵⁶ Ferrajoli, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 15-17.

¹⁵⁷ *Ibíd.*, p. 17.

¹⁵⁸ *Ibíd.*, pp. 15-17.

- iii- Crisis del Estado nacional por los cambios en los lugares de la soberanía, debido a las tendencias integracionistas.

La perspectiva de este autor evidencia la enorme importancia del principio de legalidad en una democracia, pues si este principio entra en crisis, todo el sistema democrático se ve afectado. De esta manera, el irrespeto a este principio debe captar la atención de los ciudadanos, quienes deben denunciarlo y procurar que se respete y se cumpla en toda su expresión. Una actitud pasiva o indiferente de parte del pueblo en torno a este, facilita el debilitamiento de la democracia y, por ende, su caída.

Para finalizar, debemos destacar el hecho de que al momento de emitir la Constitución Política de nuestro país, se buscó también rescatar el principio de legalidad penal, el cual fue contemplado expresamente en el numeral 39 que indica:

Artículo 39.- A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta sancionados por ley anterior [...]

Este principio se refiere a la obligación de que las conductas a las cuales se les pretenda imponer una sanción, deben: i) encontrarse contempladas en leyes escritas (*lex scripta*); ii) violar un bien jurídico de valor; iii) su sanción debe estar fijada en la misma ley; y iv) se prohíbe la aplicación analógica. Además, la ley debe haber sido emitida con anterioridad a que la conducta que pretende sancionar se haya realizado (*lex praevia*) y debe encontrarse descrita con suficiente claridad en la ley misma (*lex certa*)¹⁵⁹.

1.1.2.6.7 Principio de reserva de ley

De los artículos 28 y 39 de la Constitución Política, se desprende el principio de la reserva de ley. El artículo 39 indica:

A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercer su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad. [...]

Por lo tanto, solo las conductas descritas en una ley como prohibidas, creadas con anterioridad a la realización de la conducta, pueden dar origen a una sanción.

¹⁵⁹ Constitución Política de la República de Costa Rica. Comentada y anotada por Rubén Hernández Valle, óp. cit., comentario al artículo 39, pp. 134-137.

En este sentido, el numeral 39 se asimila completamente con el artículo 28 constitucional, complementándolo, ya que conforme a este, las acciones privadas que dañen la moral y las buenas costumbres, el orden público o el derecho de terceros, pueden ser reguladas, pero únicamente mediante la ley formal. Es decir, solamente aquella ley emanada de la Asamblea Legislativa, siguiendo el procedimiento señalado por la Constitución Política, puede regular o restringir los derechos y libertades fundamentales.

Así esta materia no puede ser tratada a nivel de reglamentos autónomos, simples reglamentos o decretos dictados por el Poder Ejecutivo o cualquier otra norma de rango inferior. A lo sumo, los reglamentos ejecutivos de las leyes que tratan las regulaciones de estos derechos o libertades fundamentales, pueden desarrollar los preceptos de estas, eso sí, sin incrementar las limitaciones señaladas por la ley, ni crearlas, y respetando su contenido esencial. Por lo mismo, las actividades de la administración en esta materia, deben encontrarse regladas, y en relación con ellas, no existe potestad discrecional alguna¹⁶⁰.

Al respecto del tema, la jurisprudencia constitucional ha indicado:

[...] La inmediata consecuencia de esto es que, si bien existe una potestad o competencia del Estado para regular las acciones privadas que sí dañen la moral o el orden público, o perjudiquen los derechos iguales o superiores de terceros; no lo es en razón de cualquier tipo de disposición estatal la que puede limitar esas acciones privadas dentro de las excepciones previstas por el artículo 28 constitucional, sino únicamente las normativas con rango de ley, excluyéndose así, expresamente los decretos o reglamentos dictados por el Poder Ejecutivo, y los reglamentos autónomos, dictados por el mismo Poder Ejecutivo o por las entidades descentralizadas, lo mismo que cualquier norma de igual o inferior jerarquía¹⁶¹.

Este voto evidencia como un principio básico de nuestra democracia, la limitación al poder estatal en el ámbito de los derechos y libertades de las personas, pues para crear la normativa que los regule, se debe recurrir a las leyes emitidas por la Asamblea Legislativa. Es una manifestación del Estado de derecho, en cuanto habíamos visto que uno de los componentes de este, es la limitación de la democracia por las garantías del Estado de derecho.

¹⁶⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 3550-92 de las dieciséis horas del veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

¹⁶¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 1997-04713 de las dieciséis horas con veintisiete minutos del diecinueve de agosto de mil novecientos noventa y siete.

De manera tal que no es cualquier tipo de acto normativo, el que permite una restricción a los derechos y libertades, sino que es el acto normativo más oneroso para el sistema, el que obliga a que exista un consenso importante en los representantes del pueblo para tomar una decisión, pues estos deberán pensar y repensar la decisión que tomen y deberán discutirla a profundidad para que surja una ley.

Diferente ocurre con los decretos y reglamentos, ya que por ser emanados por el Ejecutivo, no tienen el grado de dificultad para su promulgación y vigencia, que sí se le exige a una ley. Por ello, ese aspecto tan delicado que es la regulación de los derechos y libertades fundamentales y las limitaciones que se les puedan imponer a estos, dentro de los parámetros que la misma constitución le indique, le es confiado al Legislativo, a fin de que dimane de la voluntad soberana del pueblo, quien se verá afectado por la ley formal que recoja esas limitaciones.

La resolución que a continuación se cita, evidencia los importantes contenidos contemplados en el artículo 28 de nuestra Constitución Política:

[...] el artículo 28 de la Constitución Política preserva tres valores fundamentales del Estado de Derecho costarricense: a) el principio de libertad que, en su forma positiva implica el derecho de los particulares a hacer todo aquello que la ley no prohíba y, en la negativa, la prohibición de inquietarlos o perseguirlos por la manifestación de sus opiniones o por acto alguno que no infrinja la ley; b) el principio de reserva de ley, **en virtud del cual el régimen de los derechos y libertades fundamentales sólo puede ser regulado por ley en sentido formal y material**, no por reglamentos u otros actos normativos de rango inferior; y c) el sistema de la libertad, conforme el cual las acciones privadas que no dañen la moral, el orden público o las buenas costumbres y que no perjudiquen a tercero están fuera de la acción, incluso, de la ley. Esta norma, vista como garantía implica la inexistencia de potestades reglamentarias para restringir la libertad o derechos fundamentales, y la pérdida de las legislativas para regular las acciones privadas fuera de las excepciones, de ese artículo en su párrafo 2º, el cual crea, así, una verdadera ‘reserva constitucional’ en favor del individuo, a quien garantiza su libertad frente a sus congéneres, pero, sobre todo, frente al poder público. La inmediata consecuencia de esto es que, si bien existe una potestad o competencia del Estado para regular las acciones privadas que sí dañen la moral o el orden público, o perjudiquen los derechos iguales o superiores de terceros; sin embargo, **como ya lo había dicho la Corte Plena en el fallo citado, no es cualquier tipo de disposición**

estatal la que puede limitar esas acciones privadas dentro de las excepciones previstas por dicho artículo 28, sino únicamente las normativas con rango de ley, excluyéndose así, expresamente, los ‘decretos’ o ‘decretos reglamentarios’ dictados por el Poder Ejecutivo, y los ‘reglamentos autónomos’, dictados por el mismo Poder Ejecutivo o por las entidades descentralizadas para la autorregulación de sus funciones, o servicios, lo mismo que por cualquier otra norma de igual o menor jerarquía)¹⁶²

De esta forma, el artículo 28 constitucional, reúne tres aspectos fundamentales para una democracia: el principio de libertad, el principio de reserva de ley y el sistema de libertad, según el cual el sujeto puede realizar todas aquellas conductas que no estén prohibidas ni afecten la moral, el orden público o los derechos de terceros.

1.1.2.6.8 Principio de proporcionalidad y razonabilidad

Se ha señalado que el principio de razonabilidad, también llamado debido proceso sustantivo, tiene su origen en el derecho anglosajón, como un complemento al debido proceso netamente formal. Mientras que el debido proceso formal hace referencia al conjunto de reglas y procedimientos que el legislador y el ejecutor de la ley, debían respetar, al regular la conducta de los ciudadanos o restringirles su libertad¹⁶³, el debido proceso sustantivo o razonabilidad hace referencia a tres aspectos de fondo:

- ✓ El análisis comparativo entre los beneficios que se obtienen de la realización de un acto estatal y los perjuicios que genera. Es una ponderación que busca encontrar equilibrio entre ambos aspectos.
- ✓ La adecuación entre el medio empleado y el fin perseguido.
- ✓ Conformidad del acto con los principios políticos, filosóficos, éticos de la comunidad que le dan sustento a esta sociedad.

Observamos que existe una conexión importante entre la democracia y el concepto de razonabilidad, y por ello, efectivamente es concepto sustantivo, más que formal, tal y como indica la siguiente cita de nuestra jurisprudencia:

[...] la razonabilidad se conoce también con el rotulo de debido proceso sustantivo. Cuando se viola la razonabilidad no se transgrede el debido proceso en sentido objetivo o formal, como imposición de una forma o de un procedimiento que debe

¹⁶² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Res. 2002-1764 de las catorce horas y treinta y siete minutos del veinte de febrero de dos mil dos.

seguir los actos de cada órgano del Estado para ser formalmente válidos, sino que se transforma en una cuestión sustancial o de fondo: el ajuste de toda norma y de todo acto, con el sentido de justicia que la constitución alberga. Lo razonable puede ser lo proporcionado e idóneo para alcanzar un fin propuesto, es decir, es la adecuación medida de los medios al fin. Lo razonable es lo justo, lo valioso por su ajuste al valor justicia y a otros valores del plexo axiológico¹⁶⁴.

Además, se ha señalado que el concepto de razonabilidad fue desarrollado por la doctrina alemana:

La doctrina alemana hizo un aporte importante al tema de la “razonabilidad” al lograr identificar, de una manera muy clara, sus componentes: legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, ideas que desarrolla afirmando que “[...] La legitimidad se refiere a que el objetivo pretendido con el acto o disposición impugnado no debe estar, al menos, legalmente prohibido; la idoneidad indica que la medida estatal cuestionada debe ser apta para alcanzar efectivamente el objetivo pretendido; la necesidad significa que entre varias medidas igualmente aptas para alcanzar tal objetivo, debe la autoridad competente elegir aquella que afecte lo menos posible la esfera jurídica de la persona; y la proporcionalidad en sentido estricto dispone que aparte del requisito de que la norma sea apta y necesaria, lo ordenado por ella no debe estar fuera de proporción con respecto al objetivo pretendido, o sea, no le sea “exigible” al individuo [...]”¹⁶⁵

Esta perspectiva precisa más el concepto, agregando tanto el elemento de la legitimidad, como el elemento de la necesidad. Este último conlleva la mínima intervención por parte del Estado, pues este debe escoger entre las opciones existentes para alcanzar el fin propuesto, la que menos afecte el ámbito jurídico de la persona, de manera que su intervención sea la menor.

¹⁶³ Gutiérrez, Carlos José. Garantías de los Derechos Fundamentales. En: La Jurisdicción Constitucional y su influencia en el Estado de Derecho. San José: EUNED, 1996, pp. 24-25.

¹⁶⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. n° 3834-92 de las diecinueve horas treinta minutos del primero de diciembre de mil novecientos noventa y dos.

¹⁶⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Res. 3933-98 de las nueve horas con cincuenta y nueve minutos del doce de junio de mil novecientos noventa y ocho y 8015-99 del quince de octubre de mil novecientos noventa y nueve, citado por Llobet Rodríguez, Javier. Proceso Penal en la Jurisprudencia, Tomo I, San José: Imprenta y Litografía Mundo Gráfico de San José, 1ª edición, 2001, pp. 52-53.

Visto así, el principio de razonabilidad y sus componentes, entre los cuales se ha destacado la proporcionalidad, resultan sumamente abstractos, pero examinémoslo con un caso práctico y podremos comprender la importancia de su aplicación en la vida diaria.

Pensemos por ejemplo, en un proceso penal en donde el fiscal plantea solicitud de aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva, alegando: i) la necesidad de mantener a la persona acusada ligada al proceso, puesto que tuvo que ser citado en tres oportunidades para que se presentara a rendir declaración indagatoria; y ii) un eventual peligro de fuga, ya que es una persona con medios económicos. A esta persona se le acusa de la comisión de un delito de contenido patrimonial, cuya pena tiene un rango de uno a diez años. Además, la persona cuenta con trabajo estable; tiene recursos económicos suficientes, familia (padres, hermanos, esposa e hijos) y domicilio conocido.

Si se examina la solicitud encontramos que por estar sometido a un proceso penal, en donde el extremo mayor de la pena es relativamente alto, podría pensarse en la posibilidad de que el sujeto se fugue, especialmente si tomamos en cuenta que tiene medios económicos. Por otra parte, hay que analizar otros aspectos como el hecho de que tiene familia, y específicamente su núcleo familiar se encuentra en el país. También que cuenta con trabajo y domicilio estables desde hace mucho tiempo.

Ante esta situación, descartamos el peligro de fuga inminente, pero subsiste la necesidad de mantenerlo ligado al proceso, ya que hubo dificultad para que el sujeto compareciera al llamado de la fiscalía, lo que parece justificar una medida cautelar que permita controlar la permanencia del sujeto en el país y su disposición de comparecer al proceso.

Las medidas cautelares son legítimas, se encuentran previstas en nuestra normativa en casos determinados, dentro de los cuales se prevé el que nos ocupa. Por lo tanto, se cumplen los requisitos de legitimidad y necesidad. Ahora bien, ciertamente la prisión preventiva sería idónea para evitar un alejamiento del sujeto; pero la presentación al despacho para firmar periódicamente lo aseguraría, manteniendo el vínculo del sujeto con el proceso y podría complementarse con una prohibición de abandonar el país, comunicada también a Migración.

Si se impone una prisión, afectaría gravemente los vínculos familiares de la persona; haría que su trabajo estable se viera afectado (incluso podría perderlo), y lesionaría de manera efectiva, el derecho fundamental a la libertad, poniendo en riesgo otros, tales como: la salud y la integridad física, mientras que el complemento de las dos medidas valoradas anteriormente, cumpliría el fin de evitar la fuga y mantener al sujeto ligado a la administración de justicia, sin afectar el resto de derechos fundamentales.

De la ponderación realizada, se concluye que para cumplir con el objetivo planteado, respetando el principio de mínima intervención al que hace referencia el subprincipio de necesidad, resulta razonable la aplicación de las dos medidas cautelares propuestas: que no son tan lesivas como la prisión preventiva solicitada.

Como vemos, este tipo de ejercicio permite que la actuación del Estado en cualquiera de las funciones que realice, sea razonable, y por ende justa, y no desproporcionada. Este análisis debe aplicarse siempre a los actuaciones del Estado, de manera que si cualquiera de estos requisitos es irrespetado, el acto deviene injusto por falta de razonabilidad, y por lo tanto, es desproporcionado.

Ejemplos de la aplicación del principio de razonabilidad y sus subprincipios, se encuentran los siguientes votos. El primero se refiere a la aplicación de rebajos salariales que aplica la administración a funcionarios. Dichos rebajos si bien son procedentes, por la forma en que se realizan, resultan desproporcionados.

[...] por la infracción al principio de razonabilidad en que incurre la Administración a la hora de fijar el monto mensual a deducir, concretamente, por la lesión del principio de proporcionalidad en sentido estricto que obliga a la Administración a efectuar una ponderación entre el fin lícito que pretende con la medida y el sacrificio que su ejecución implica para los derechos de la persona [...]¹⁶⁶

El segundo caso se refiere a la consulta planteada por la Asamblea Legislativa, referente a un proyecto de ley consultado a la Sala Constitucional:

VI.- Otro límite de carácter material impuesto a los actos de los órganos públicos (en este caso de las normas jurídicas emitidas por la Asamblea Legislativa) lo constituyen los principios de razonabilidad, proporcionalidad y la adecuación del medio al fin, que debe existir en dichas actuaciones y de los que ha de entrarse a revisar su cumplimiento. Se advierte que es aquí donde cobra mayor relevancia la concepción del contralor de constitucionalidad como una función de demarcación de límites, porque solo bajo ese enfoque puede resolverse la aparente intromisión del órgano encargado de la revisión constitucional, en la esfera de competencia y decisión propias del Órgano. Se

¹⁶⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Res. 7259-05 de las ocho horas con cincuenta y ocho minutos del diez de junio de dos mil cinco.

dice que es solo aparente porque gracias a la noción del control de los límites, se impide a esta jurisdicción sustituir una opción válida por otra igualmente válida, imponiendo su voluntad en el terreno de la oportunidad y la conveniencia, que le es totalmente ajeno; lo que sí resulta posible para la Sala es analizar el resultado del ejercicio de la discrecionalidad, para deslegitimar actos en los que dicho ejercicio ha transgredido el marco constitucional [...]¹⁶⁷

Habiendo analizado el debido proceso sustantivo, pasemos a estudiar el debido proceso formal.

1.1.2.6.9 Principio de debido proceso

En cuanto al debido proceso, podemos indicar que tiene su origen en la Carta Magna inglesa del siglo XIII, la cual dispone que “ningún hombre libre podrá ser arrestado o detenido o preso, o desposeído de su propiedad, o de ninguna otra forma molestado, y no iremos en su busca, ni mandaremos prenderlo, salvo en virtud de enjuiciamiento legal de sus pares y la ley de la tierra”.

De esta forma, se pusieron límites a la arbitrariedad que campeaba en el reinado del Rey Juan Sin Tierra. Este principio fue posteriormente trasladado a los Estados Unidos y quedó evidenciado en las diez primeras enmiendas de la Constitución americana¹⁶⁸. Por ello, recibe el nombre de “Due Process of Law” que se traduce como debido proceso de ley.

Señala Esparza Leibar que por el tipo de desarrollo de que ha gozado este principio, se ha resistido a una definición final, pues se trata de una idea jurídica fundamental que conforme con la tradición del derecho anglosajón, no se registra por escrito y, por ello, goza de gran flexibilidad¹⁶⁹. Sin embargo, reconoce que “Due Process of Law” reúne una serie de elementos, los cuales describe de la siguiente manera:

[...] se concibe el DPL como una válvula reguladora entre la libertad individual y las previsibles imposiciones de la autoridad, asumiendo la existencia de conflictos entre los ciudadanos y aquella, y encausando la resolución de los mismos por medio de procedimientos legales. Es el concreto alcance de esa legalidad

¹⁶⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Res. 243-01 del 14:45 hrs. del diez de enero de 2001.

¹⁶⁸ Esparza Leibar, Iñaki. El principio del proceso debido. Prólogo de Juan Luis Gómez Colomer. Barcelona: Bosch Editor, 1995, p. 15.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 72.

el que, y en la práctica, ha ofrecido sucesivas versiones del DPL, dependiendo de las oscilaciones de conceptos indeterminados tales como interés general, arbitrariedad, injusto o desleal¹⁷⁰.

Es importante aclarar que el debido proceso anglosajón consta de dos vertientes:

- ✓ Procesal: Se refiere a la normativa mediante la cual los órganos jurisdiccionales pueden privar al sujeto de vida, libertad o propiedad. Se reconoce que solo pueden hacerlo mediante los procedimientos ajustados a la Constitución de Estados Unidos. En relación con los derechos que deben ser protegidos a través del debido proceso de carácter estrictamente procesal, aun cuando existe una corriente restringida que lo limita a esos tres derechos enunciados anteriormente, lo cierto es que también se ha entendido que son más bien interpretaciones genéricas de todos los intereses individuales, de manera que no se pretende una jerarquía de intereses.
- ✓ Sustantivo: Habiéndonos referido a este aspecto al tratar los principios de racionalidad y proporcionalidad, nos limitamos a transcribir la definición que brinda el autor en comentario, según el cual, el debido proceso sustantivo significa que la administración

[...] no puede limitar o privar arbitrariamente a los individuos de ciertos Derechos Fundamentales, [...] sin disponer de un motivo que así lo justifique, se trata en definitiva de una forma de autocontrol, constitucional, de la discrecionalidad en la actuación de la administración pública en general¹⁷¹.

Vemos cómo este concepto tan breve, hace referencia a la necesidad al exigir un motivo para la actuación, y sugiere los aspectos idoneidad y proporcionalidad, al referirse al tema de autocontrol de manera que evidencia tal y como lo estudiamos en el apartado anterior, la necesidad de que la actuación del Estado sea limitada y ponderada.

En este momento, nos interesa la vertiente procesal del debido proceso, que se encuentra estrechamente relacionada con el “fair trial” o “juicio limpio”; es decir, un proceso en donde se respeten todas los derechos y garantías que la Constitución y la ley prevén, el cual no puede ser variado al antojo de las partes, ya que:

¹⁷⁰ Idem.

¹⁷¹ Esparza Leibar, óp. cit., p. 75

[...] la función jurisdiccional aplicada de acuerdo a sus características minimiza el riesgo de resoluciones injustas¹⁷².

El tema del debido proceso se encuentra reflejado también en la doctrina alemana, donde ha habido discusión respecto a si es un principio independiente y efectivo del derecho procesal (posición sustentada por Roxin conforme con la normativa existente, específicamente el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, en su artículo 6.1), o si opera más bien como un principio general de equidad que ejercen los órganos jurisdiccionales (posición de Heubel).

En nuestra normativa, el debido proceso se ha reflejado en la jurisprudencia constitucional en la conocida resolución 1739-92, en donde se hace un análisis bastante amplio y muy completo de este tema, reseñando que el proceso debe contar con una:

[...] ley formal y reservado a esta, debe en su mismo contenido ser garantía de toda una serie de derechos y principios tendientes a proteger a la persona humana frente al silencio, al error o a la arbitrariedad, y no solo de los aplicadores del derecho sino también del propio legislador [...]¹⁷³

Dicha resolución indica que este concepto tiene tres perspectivas:

a) el del debido proceso legal, adjetivo o formal: El cual hace referencia a la reserva de ley y conformidad con ella en la materia procesal; b) el del debido proceso constitucional o debido proceso a secas, como procedimiento judicial justo, todavía adjetivo o formal-procesal-; y c) el del debido proceso sustantivo o principio de razonabilidad, entendido como la concordancia de todas las leyes y normas de cualquier categoría o contenido y de los actos de autoridades públicas con las normas, principios y valores del Derecho de la Constitución¹⁷⁴.

Así mismo, se explica en ese voto que el respaldo del debido proceso, se encuentra en el numeral 41 de la Constitución Política, el cual indica:

Artículo 41. Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en

¹⁷² Idem.

¹⁷³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 1739-92 de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos.

¹⁷⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. N° 3550-92 de las dieciséis horas del veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

su persona, propiedad o intereses morales. **Debe hacérseles justicia, pronta, cumplida y en estricta conformidad con las leyes.** (La negrita no corresponde al original).

Si bien la primera parte del artículo hace referencia al debido proceso formal, en cuanto al hecho de que las leyes son las llamadas a regular y orientar la resolución de conflictos, posteriormente, se contempla el debido proceso, entendido desde la perspectiva constitucional, como la justicia ajustada al derecho, con criterios de equidad y tomando en cuenta el aspecto temporal, pues en realidad una justicia que tarda, no satisface a quien requiere de ella.

Es importante aclarar conforme al citado voto, que el debido proceso no se refiere a un conjunto taxativo de derechos, sino que por el contrario, reúne la condición de *numerus apertus* de manera que las resoluciones del Tribunal constitucional, amplían y precisan su contenido.

Finalmente, en torno al tema del debido proceso, aclaramos que si bien es cierto que el numeral 41 constitucional, es la norma genérica, en cuanto a la materia penal, el artículo 39 resulta ser la norma específica¹⁷⁵:

ARTÍCULO 39. A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad. [...]

Por lo tanto, en materia penal solo se podrá imponer pena habiendo cumplido el debido proceso y, específicamente, habiendo dado la oportunidad al imputado de ejercer su defensa.

El voto 1739-92¹⁷⁶ ya mencionado, explica en detalle los contenidos del debido proceso penal, los cuales no analizamos en este momento, aunque sí aclaramos que en dicho voto se hace referencia al:

- *Derecho al juez regular.*
- *Derechos de audiencia y defensa* (incluyendo los principios de intimación, imputación, audiencia, defensa).

¹⁷⁵ La resolución en cuestión desarrolla el tema del debido proceso desde la perspectiva penal, pero en vista de que analizamos los valores de la democracia en términos generales, sólo describiremos brevemente esa perspectiva del debido proceso.

¹⁷⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. #1739-92 de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos.

- *Principio de inocencia.*
- *Principio de “In Dubio Pro Reo”.*
- *Derecho al procedimiento* (que incluye la amplitud de prueba, principio de legitimidad de la prueba, principio de inmediación de prueba, principio de identidad física, del juzgador, publicidad del proceso, impulso procesal de oficio, comunidad de prueba, principio de valoración razonable de la prueba).
- *Derecho a una sentencia justa* (que contiene el principio pro sentencia y el derecho a la congruencia de la sentencia).
- *Principio de doble instancia.*
- *Eficacia formal de la sentencia* (cosa juzgada).
- *Eficacia material de la sentencia.*

Antes de desarrollar todos los principios propios del debido proceso penal recién mencionados, el voto en cuestión indica que existen dos condiciones generales previas que operan como presupuestos del debido proceso y que ellas son: el derecho general a la justicia y el derecho general a la legalidad. En cuanto al primero de los dos presupuestos, será analizado en el siguiente apartado relativo a los derechos que protege la democracia, y en cuanto al último, fue estudiado al momento de analizar el principio de legalidad¹⁷⁷.

1.1.2.7 Derechos

Recordemos que en la definición propuesta de democracia, indicamos que esta forma de vida pretende “[...] *garantizar la auténtica vigencia de los derechos que le son inherentes al ser humano* [...]”. Siendo así, encontramos que los derechos del ser humano son un punto de referencia básico en una democracia.

Sin embargo, ha existido una gran cantidad de acepciones que hace referencia a estos derechos; entre ellas encontramos los conceptos de derechos naturales, derechos fundamentales, derechos subjetivos, derechos públicos subjetivos y libertades públicas. La discusión tanto de sus particularidades como del porqué algunas de estas han caído en desuso, resulta sumamente extensa. Por ello para nuestros efectos basta señalar dos conceptos sobre los cuales podemos desarrollar nuestro análisis del concepto de democracia propuesto. Estos son los derechos humanos y los derechos fundamentales.

Pérez Luño propone como definición de derechos humanos, la que citamos a continuación, no sin hacer la observación de que la compartimos plenamente:

¹⁷⁷ Véase, pp. 86-89.

[...] conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional¹⁷⁸.

Notemos de esta enunciación, la característica de la flexibilidad que le permite ajustarse a las necesidades históricas y a las situaciones cambiantes de cada momento, pues conforme las sociedades han ido cambiando, la perspectiva de los derechos humanos también ha ido evolucionando. Sin embargo, el transcurrir del tiempo ha permitido que se consolide como derechos humanos, un conjunto de imperativos insoslayables que son los que en este aserto del autor español, se describen como facultades e instituciones.

Además, se debe resaltar que tanto los valores libertad e igualdad, así como el principio de dignidad, se encuentran contemplados en ella, reconociéndose de esta manera su importancia, ya que operan como un parámetro para la consecución de los derechos humanos, pues en la medida en que sus contenidos se cumplan, se asegura la total satisfacción del derecho humano pretendido.

Por otra parte, se evidencia el hecho de que los derechos humanos no se encuentran plasmados en una normativa; por el contrario, se encuentran sujetos a positivización, tanto a nivel nacional como internacional. No obstante, no requieren de ella para su existencia puesto que son inherentes a la condición humana, independientemente, reiteramos, del hecho de que una normativa los contemple.

Ha existido una amplia discusión sobre cuál es el fundamento de los derechos humanos, y en este sentido, seguimos la exposición que sobre este tema hace el español Perez Luño, acerca de las diversas fundamentaciones, haciendo eso sí la aclaración de que el análisis de cada autor que se mencione, parte de la exposición dicha de Perez Luño, la cual es sumamente amplia, mientras que aquí simplemente señalamos las principales ideas de cada movimiento¹⁷⁹.

Señala Pérez Luño que es posible encontrar desde quienes indican que ese es un tema sin interés, pues basta que se haya contemplado en un instrumento internacional para otorgarles validez (realistas), hasta las posturas positivistas que indican la imposibilidad de lograr una demostración científica de la fundamentación racional del tema de valores¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Pérez Luño, Antonio. Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución. Madrid: Editorial Tecnos, 5ª. Edición, 1995, p. 48.

¹⁷⁹ Ibid., pp. 133

¹⁸⁰ Ibid., p. 133.

En general los planteamientos positivistas en torno a este tema, llamados “no cognoscitismo”, señalan que en relación con este asunto, no es posible enunciar principios básicos, pues el tema depende de las convicciones de cada sujeto. Incluso algunos de estos teóricos (la escuela emotivista de la cual algunos de sus exponentes son Rudolf Carnap y Alfred Ayer) hacen referencia al hecho de que la convicción o no en un enunciado ético, provoca reacciones emotivas, pero no es sustentable a nivel cognoscitivo¹⁸¹.

Por otra parte, entre quienes siguen la fundamentación objetivista, la llamada “ética material de los valores” (entre cuyos exponentes encontramos a Max Scheler y Nicolai Hartmann), parte de la existencia de valores como esencias ideales existentes por sí mismas, los cuales pueden ser jerarquizados, mediante la intuición y el sentimiento y no la razón, pues no dependen de cognoscibilidad racional, sino del espíritu del ser humano de manera que las mutaciones en el tema de los valores, varía en razón de la consciencia axiológica, pero no del valor mismo. Se le ha criticado a esta perspectiva que no existe uniformidad entre sus seguidores de cuáles son los valores esenciales y que han pretendido recurrir a materias, como la sociología, psicología, etc., para su definición, lo cual es inconsistente con sus postulados¹⁸².

Dentro de los objetivistas, también se encuentran los seguidores del objetivismo ontológico cristiano¹⁸³ (entre sus exponentes Martin Kriele, John Finnis, Sergio Cotta, Louis Lachance), según el cual el ser humano, desde su nacimiento, tiene un rango y dignidad que derivan de su naturaleza intrínseca, y que lo hace propenso al bien, el cual se plasma en valores objetivos susceptibles de intelección por todos los individuos que se encuentran inscritos en la sabiduría y orden eternos.

Por ello, los derechos humanos derivan de una ley natural y se sujetan al bien común, y existe correspondencia entre los derechos y deberes del individuo, de manera que no son libertades irrestrictas. La principal crítica que se les plantea a las tesis objetivistas, radica en la dificultad de universalizar la afirmación de los valores objetivos no sometidos a discusión por su conexión con lo absoluto, ya que pueden existir opiniones diferentes, como por ejemplo las tesis subjetivistas.

La autonomía humana es la fuente de todos los valores. Esta premisa es parte de la concepción subjetivista, la cual según Pérez Luño opera como:

[...] autoconciencia racional de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, se halla en la base de la mejor tradición del

¹⁸¹ *Ibíd.*, pp. 133-135

¹⁸² *Ibíd.*, pp. 138-141

¹⁸³ *Ibíd.*, pp. 141-144.

iusnaturalismo humanista y democrático sobre el que se construye la fundamentación moderna de los derechos humanos.¹⁸⁴

En las concepciones subjetivistas, se destaca la de Karl Popper, quien señala como punto fundamental, la libertad individual, y siguiendo una perspectiva liberal progresista, dirigida a la defensa de la sociedad democrática, Popper considera que existe un conjunto de valores que puede ser defendido (a diferencia de las tesis relativistas para los cuales no lo hay); pero expresa que este conjunto depende del individuo. Por tanto, es tan importante la comunicación libre que permite el intercambio entre los sujetos y así lograr, mediante un sistema de conjeturas y refutaciones, ir adaptando el sistema a las aspiraciones de los gobernados. En todo caso, es importante aclarar que para Popper, el más importante de los valores es el de la libertad, aunque admite que la igualdad resulta sumamente deseable; pero advierte que los intentos de alcanzar la segunda, terminan limitando la primera.¹⁸⁵

Dentro de las concepciones subjetivistas centradas en el individuo, existen otras que siguen una línea más conservadora (Von Hayek), las cuales han sido adoptadas por los neoliberales, y en ellas la igualdad atenta contra la libertad, limitándola en diversos sentidos. De esta manera, no puede admitirse más que los derechos de la libertad, y no los de carácter económico o social. Otros subjetivistas los consideran como categorías para defensas de los intereses individuales y, por el contrario, consideran la igualdad como un punto de partida.¹⁸⁶

Finalmente, existen las tesis intersubjetivas, según las cuales, los derechos humanos son valores intrínsecamente comunicables, que expresan necesidades compartidas social e históricamente, por lo que generan consenso. Entre estos pensadores encontramos a Jürgen Habermas, representante de la Escuela de Francfort, con la teoría consensual de la verdad, según la cual se pretende “[...] *explicar y fundamentar consensualmente la verdad de los argumentos y la corrección de las normas que regulan la actividad social en cuanto manifestaciones de la praxis comunicativa.*”¹⁸⁷ Conforme a la perspectiva de Habermas, en la medida en que un argumento o norma sea válido, mayor será el entendimiento intersubjetivo que de él se tendrá, es decir, mayor será la cantidad de sujetos que le reconocen valía a ese argumento o norma, así surge el carácter consensual de esta perspectiva.

También dentro de esta corriente, los seguidores de la Escuela de Budapest buscan superar las versiones apriorísticas de los derechos y

¹⁸⁴ Ibíd., p. 145.

¹⁸⁵ Ibíd., pp. 146-147

¹⁸⁶ Ibíd., pp. 148-161.

¹⁸⁷ Ibíd., p. 163.

alcanzar el soporte antropológico. Se destaca la posición de Heller, quien siguiendo a Marx, distingue los distintos tipos de necesidades, pues considera que la clasificación de Marx, tiene el mérito de referirse a necesidades extraeconómicas, e histórico-filosóficas.¹⁸⁸

Esta clasificación incluye las necesidades naturales (relativas a los medios materiales indispensables para la autoconservación del individuo); las necesarias (referentes a los aspectos de cultura, moral y costumbre que son parte de la normalidad del sujeto); y las radicales (sobre opciones axiológicas conscientes que solo pueden satisfacerse en una sociedad desalienada).¹⁸⁹ Indica Pérez Luño en el análisis que hace del aporte de Heller que este

[...] resulta muy útil para seguir el tránsito desde una concepción puramente descriptiva y empírica de las necesidades, que se identifica con la idea de las «necesidades naturales», a su significación filosófico-axiológica que a través de las «necesidades necesarias» se plasma en las «necesidades radicales». En esa reconstrucción de la teoría de las necesidades radicales juega un papel importante la distinción entre el plano cuantitativo, dirigido a la mera satisfacción del «tener», y el cualitativo, que se orienta hacia el «ser», es decir a la libre realización de la personalidad[...]¹⁹⁰

Una mezcla entre ambas posiciones es la que sostiene Pérez Luño,¹⁹¹ señalando que su perspectiva es coincidente con la de Bobbio, en tanto considera que el fundamento de los valores debe buscarse en las necesidades del hombre. Tomando de la tesis de Habermas las condiciones metódicas para lograr un discurso racional sobre el fundamento de los derechos humanos, (el cual se logra mediante un diálogo entre varias partes de manera que se llegue a un consenso) y de la propuesta de Agnes Heller, los datos sobre las exigencias de la naturaleza humana que constituyen la base de los valores, Pérez Luño concluye que

Ello implica cifrar la fundamentación de los derechos humanos en el despliegue multilateral y consciente de las necesidades humanas, que emergen de la experiencia concreta de la vida práctica. Esas necesidades, en cuanto datos social e históricamente vinculados a la experiencia humana, poseen una objetividad y una universalidad que posibilitan su generalización, a través de

¹⁸⁸ Ibid., p. 169.

¹⁸⁹ Ibid., pp. 169-170.

¹⁹⁰ Ibid., p. 170.

¹⁹¹ Ibid., p. 181-182.

la discusión racional y el consenso, y su concreción en postulados axiológicos-materiales. El sistema de valores o preferencias conscientes básicos debe servir en suma, «para maximizar y optimizar la satisfacción de las necesidades e intereses de todos y cada uno de los miembros de la especie humana»¹⁹².

El mismo autor acepta que a su propuesta se le podría acusar de adolecer de la “falacia naturalística”, enunciada por David Hume, pues deriva del dato empírico de las necesidades, el valor de los derechos humanos. Pero a esta observación opone el hecho de que aun quienes aceptan la imposibilidad de derivar los valores de los hechos, reconocen que existe una relación entre los valores y los hechos que no se puede obviar.¹⁹³

Nos parece acertada la propuesta de Pérez Luño, tanto al señalar que el fundamento de los valores se encuentra en las necesidades del ser humano, así como al considerar la perspectiva de Habermas, la cual permite llegar a un consenso sobre cuáles son los aspectos que reúnen un carácter de gran valor para todos los sujetos. En particular, coincidimos en la importancia de tomar en cuenta la posición de Heller, especialmente sobre la existencia de necesidades radicales, puesto que si se hubiera limitado a las necesidades mínimas o básicas, hubiera originado un enfoque muy limitado.

De esta manera, consideramos que existen otros valores que trascienden la mera necesidad, puesto que el hombre además de su cuerpo, tiene un espíritu y una mente. Veamos por ejemplo que una persona puede tener comida, abrigo, techo, incluso salud y una familia, y sin embargo, puede tener aspiraciones que trascienden la satisfacción de sus necesidades, como podría ser el deseo de expresar sus pensamientos o participar en actividades de naturaleza política, y que estos aspectos también son necesidades, solo que trascienden el plano de lo material.

Ahora bien, para una parte considerable de la doctrina, el derecho humano se denomina derecho fundamental en el momento en que se positiviza, quedando contemplado en las constituciones estatales. Otros consideran que los derechos humanos son aquellos derechos que gozan de positivización a nivel internacional, mientras que son derechos fundamentales, cuando operan a nivel nacional.¹⁹⁴

Algunos autores han indicado, acertadamente desde la perspectiva que aquí seguimos, que los derechos fundamentales constituyen:

¹⁹² Ibid., p. 182.

¹⁹³ Ibid., pp. 182-183.

¹⁹⁴ Ibid., p. 52 y ss.

[...] no son solo un límite jurídico al poder público dentro del sistema democrático; son, por encima y antes de ello, un elemento imprescindible de dicho sistema, de manera que no es posible hablar de democracia sin derechos fundamentales porque ambos conceptos se funden y se presuponen recíprocamente.¹⁹⁵

Ellos mismos atribuyen el calificativo de fundamental que se les asigna a estos derechos, a la enorme importancia que tienen dentro del ordenamiento, ya que inciden de manera determinante, en la configuración del sistema jurídico y político: la democracia se encuentra irremediabilmente ligada a los derechos fundamentales.

Esta perspectiva es también la que propugna el autor alemán Habermas, quien ha considerado que los derechos fundamentales son cooriginarios con la democracia, pues según explica Habermas, la autolegislación de los ciudadanos implica que los destinatarios de las normas, se consideren también como sus autores, de manera que cada persona, no solamente a nivel moral reconozca los derechos inherentes del ser humano, sino que se logre el reconocimiento mediante la “producción políticamente autónoma del derecho”, la cual logra brindar legitimidad a ese derecho, pues el sujeto lo respeta por convencimiento y no por imposición.¹⁹⁶

Para ello Habermas acude al principio del discurso, según al cual, a partir del diálogo entre los sujetos miembros de una comunidad, se llega a un consenso sobre el tema de los derechos que, aunado con la forma jurídica (es decir, se le aplica la formalidad que el derecho aporta), genera el principio democrático, dando lugar a la “génesis lógica de derechos”:

De ahí que el principio democrático sólo pueda aparecer como núcleo de un sistema de derechos. La génesis lógica de estos derechos constituye entonces un proceso circular o movimiento circular, en el que el código que es el derecho y el mecanismo para la generación de derecho legítimo, es decir, el principio democrático, se constituyen cooriginalmente.¹⁹⁷

De la cita anterior, podemos concluir que la forma en que se determinan los derechos, obedece a la discusión del tema, lo cual está íntimamente relacionado con el principio democrático, y este a su vez, es generado a partir de esa discusión.

¹⁹⁵ López Guerra Luis y otros, *óp. cit.*, p. 140.

¹⁹⁶ Habermas, Jürgen. *Facticidad y Validez*. Madrid: Editorial Trotta, Cuarta Edición, 2005, pp. 86-187. En este sentido, coincide plenamente con lo visto en cuanto a la democracia, como una forma de vida, en donde el sujeto se adhiere a ella y la respeta, al estar convencido de su bondad.

¹⁹⁷ *Ibíd.*, p. 187.

Habermas clasifica los derechos fundamentales en cinco categorías:¹⁹⁸

- Derechos que son el resultado del desarrollo y configuración políticamente autónomos, del derecho al mayor grado posible de iguales libertades subjetivas de acción.
- Derechos que surgen del desarrollo y configuración políticamente autónomos del estado de miembro de la asociación voluntaria que es la comunidad jurídica.
- Derechos que resultan directamente de la accionabilidad de los derechos, es decir, del posible reclamo judicial de su cumplimiento y de la configuración políticamente autónoma de la protección de los derechos individuales.
- Derechos a participar con iguales oportunidades en los procesos de formación de la opinión y voluntad comunes. Se refieren a la autonomía política.
- Derechos a que se garanticen condiciones de vida sociales, técnicas y ecológicas que permitan disfrutar de las otras categorías de derechos.

En torno a su clasificación, Habermas aclara que las tres primeras categorías, responden a un aspecto horizontal de la sociedad, no como derechos de defensa liberales, sino en relación con los otros miembros de la sociedad. Es a partir de la cuarta categoría que los sujetos adquieren el papel de autores del orden jurídico, logrando así la posición jurídica material que implica la quinta categoría.

Una conclusión necesaria de la perspectiva de este autor, es que al ser cooriginarios con la democracia, a mayor amplitud y reconocimiento de estos derechos, más sólido resulta el sistema democrático.

Otro autor que analiza los derechos fundamentales, con un desarrollo novedoso y coherente, es Ferrajoli. Tal y como estudiamos páginas atrás, al momento de distinguir el concepto formal de democracia con el aspecto sustantivo de esta, hicimos referencia a que no bastaba solo que las decisiones fueran tomadas por mayoría, sino que debían ser tomadas con vista en los valores y principios propios del sistema.

Esta observación puede ser vinculada con la explicación que brinda Ferrajoli, en torno al tema de la vigencia y la validez de las normas. Explica este autor que la *vigencia* hace referencia a la forma de los actos normativos en el sentido que se hayan emitido, siguiendo los procedimientos correspondientes, mientras que el aspecto de *validez* tiene relación con el

¹⁹⁸ *Ibíd.*, pp. 188-189.

significado o contenido de las normas; es decir, la coherencia de las normas producidas con los aspectos sustanciales.¹⁹⁹

Aplicando estos conceptos al tema de los derechos fundamentales, señala Ferrajoli que

Todos los derechos fundamentales -no solo los derechos sociales y las obligaciones positivas que imponen al Estado, sino también los derechos de libertad y los correspondientes deberes negativos que limitan sus intervenciones- equivalen a vínculos de *sustancia* y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, al mismo tiempo, los *fin*es a que está orientado ese moderno artificio que es el Estado constitucional de derecho.²⁰⁰

Ferrajoli parte del concepto de democracia sustancial estudiado anteriormente, el cual se encuentra estrechamente relacionado con las normas sustanciales. Estas definen cuáles temas pueden ser objeto de decisión en una democracia y su vinculación necesaria, bajo pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales.

Por lo tanto, los derechos fundamentales según este autor, resultan ser:

[...] vínculos sustanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, generados por los derechos de libertad que ninguna mayoría puede violar; vínculos positivos, generados por los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer.²⁰¹

Notemos que a partir de esta definición se desprende que el vínculo negativo hace referencia a conductas que no se deben realizar por parte del Estado, mientras que los vínculos positivos aluden a actuaciones que más bien, este debe ejecutar.

Llegado a este punto, no podemos dejar de lado, la clásica clasificación realizada por el autor alemán Jellinek, en torno a los derechos fundamentales, en la cual distinguió cuatro diferentes “status” del individuo, en relación con los derechos de los cuales goza.²⁰²

¹⁹⁹ Ferrajoli, óp. cit., pp. 21-22.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 22.

²⁰¹ *Ibid.*, pp. 23-24.

²⁰² Jellinek citado por López Guerra y otros, óp. cit., p. 147.

- *Status subiectionis*: la persona es sujeto pasivo de las decisiones del poder.
- *Status libertatis*: la persona cuenta con un ámbito en donde no se admite la ingerencia del Estado, de manera que cuenta con derechos personales (vida, libertad personal, intimidad, etc.).
- *Status civitatis*: la persona puede exigir del Estado, el respeto a sus derechos como ciudadano, por lo cual aparece el concepto de derechos civiles (garantías procesales entre otros).
- *Status activae civitatis*: en que el ciudadano se convierte en partícipe de la actuación del Estado, pues se refiere a los derechos de participación (general) y sufragio (individual). Son los derechos políticos.
- *Status positivus socialis*: reconocimiento de los derechos sociales, económicos y culturales. Se refieren al paso hacia el Estado social. Este último “status” no fue desarrollado por Jellinek.

Las clasificaciones de Jellinek y Habermas que hemos señalado, responden a la visión particular de estos autores. Sin embargo, como podemos concluir de la simple observación, en realidad son bastante similares y ambas evidencian la aparición paulatina de las diferentes clases de derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales poseen límites internos y externos. Los primeros se encuentran constituidos por su mismo contenido, de manera que son las fronteras del derecho. Son definidos por el legislador y controlados por los tribunales. Los segundos son impuestos y hacen referencia a límites expresos o implícitos. Los límites externos expresos se pueden referir de manera general a todos los derechos o bien, solo a uno. Un ejemplo de un límite expreso, es la referencia al ejercicio de los derechos de los demás. Un ejemplo de fácil entendimiento citado por López Guerra, hace referencia de cómo el derecho a la intimidad en el hogar, cede ante la comisión de un delito flagrante, de manera que el derecho es limitado cuando se ingresa a ese hogar, buscando evitar la realización del delito.²⁰³

Fernando Atria más bien hace referencia a la perspectiva de los derechos fundamentales como límites, contenida en la frase: “los derechos fundamentales ponen límites a las decisiones mayoritarias”. Además, indica que a partir de esta se pueden distinguir dos formas posibles de concebir los derechos fundamentales:²⁰⁴

- 1) Los derechos fundamentales se presentan como *límites legales* de manera que resultan límites exteriores a la competencia de las

²⁰³ Ibid., p. 153.

²⁰⁴ Atria, Fernando. Legalismo, derechos y política. En: Los derechos fundamentales. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto, SELA, 2003, pp. 108-109.

instituciones políticas. Siendo así, las autoridades son legalmente incompetentes para tomar decisiones que trasgredan los derechos fundamentales.

- 2) Los derechos fundamentales como *límites morales* que permiten definir lo que está bien que el Gobierno haga, de manera que si ha lesionado un derecho fundamental, es porque ha actuado injustamente.

A criterio de Atria, estas dos concepciones no se implican, es decir que 2) no implica 1), ya que puede ocurrir que una acción injusta, no pueda ser declarada ilegal, señalando que para que esto ocurra, debe ser analizada con una teoría de la relación entre derechos y política o conceptos relacionados con esta. En este sentido, valga aclarar que desde la perspectiva de una democracia que únicamente se limita a la verificación de que las decisiones que se tomen, sean por mayoría, ciertamente podría ocurrir que se tomen decisiones legales injustas. Sin embargo, al haber partido de una definición de democracia como sistema político, pero también, como forma de vida, la situación descrita no sería posible.

Un aspecto del desarrollo que sobre este tema realiza Atria, el cual resulta novedoso, es su perspectiva de cuáles son los derechos fundamentales, y la forma en que se enuncian. Su desarrollo parte de la Declaración Universal de los Derechos Humanos:

[...] yo interpreto la Declaración no como un intento de legislar la moral en el sentido de declarar moralmente incorrecto lo que era bueno o indiferente antes, sino como un intento de declarar que esos valores eran valores universales, y que por lo tanto las diferencias tradicionales entre Estados no serían una objeción para el interés universal por respetarlos. El sello de una sociedad decente es su respeto por algunos derechos humanos básicos. Pero esto supone que esos derechos son *verdaderamente* básicos. La falta de un sistema igualitario de salud, o restricciones a la libertad de expresión basadas en el derecho a la privacidad, o restricciones a la autonomía individual como la penalización de la posesión de drogas para el consumo, o la prohibición del aborto, etc. no son a mi juicio, violaciones a estos derechos verdaderamente básicos. En efecto, estos derechos básicos son cosas que se expresan mejor en el lenguaje de los deberes más que en el de los derechos; el deber de no torturar, de no matar a los que son diferentes (por razones políticas, raciales, etc.) son buenos ejemplos de estos deberes más básicos.²⁰⁵

²⁰⁵ Ibid., p. 119.

Aclaremos desde ya que compartimos que el sello de una sociedad, efectivamente tiene que ver con el respeto a los derechos fundamentales. Sin embargo, nos apartamos del autor en cuanto consideramos que el concepto de derechos básicos que propone, pretende una gradación innecesaria entre los derechos fundamentales que han sido reconocidos: desde la perspectiva que hemos desarrollado, tan valiosa es la indemnidad del ser humano, como lo es el tema de la salud, pues tanto se lesiona la dignidad de la persona, cuando se le tortura intencionadamente, como cuando por indiferencia (escudada en la eterna falta de recursos que sí existen para otros aspectos), no se le brinda el sistema de salud necesario para vivir. La persona puede sufrir tanto vejamen con el actuar del torturador, como con la omisión de quien debe asegurarse que la enfermedad que carga en su cuerpo, sea combatida médicamente. Esta perspectiva resulta coherente con algunos de los valores fundamentales de la democracia, como es la solidaridad y el bienestar común que se ven reflejados en el principio del Estado social de derecho.

Ahora bien, habiendo repasado aspectos claves en torno al concepto de derecho fundamental, señalamos que desde nuestra perspectiva, el derecho fundamental es el derecho humano que se encuentra contenido en un cuerpo normativo, nacional o internacional, el cual posee un contenido mínimo o núcleo esencial que no puede ser cambiado. Además, goza de un mecanismo de protección o garantía que permite denunciar cualquier lesión que se le infrinja, así como restaurar su efectiva vigencia.

Esta definición encuentra sustento en el numeral 48 de la Constitución Política, el cual expresa así:

Artículo 48.- Toda persona tiene el derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de otros derechos consagrados en esta Constitución, así como los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables a la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10.²⁰⁶

Se desprende de este artículo la existencia de los mecanismos de garantía para los derechos fundamentales, a los cuales nos referiremos en detalle posteriormente (hábeas corpus y amparo), así como también la protección de los derechos fundamentales consagrados en instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Se debe destacar la diferencia de tratamiento que opera entre los tratados internacionales que no contemplan

²⁰⁶ Constitución Política de la República de Costa Rica. Comentada y anotada por Rubén Hernández Valle, óp. cit., comentario al artículo 2, p. 23.

derechos humanos y los que sí los contienen, puesto que de conformidad con el artículo 7 constitucional, los tratados internacionales se encuentran ubicados en la pirámide normativa con un jerarquía superior a las leyes, pero inferior a la Constitución. Mientras que aquellos tratados referentes a derechos humanos, de acuerdo con el artículo 48 de la Constitución gozan del mismo rango que la Constitución, pues el artículo 48 resulta ser una norma especial en relación con el artículo 7 constitucional.²⁰⁷

Incluso respecto a este tema, la Sala Constitucional ha dictado una jurisprudencia sumamente valiosa, pues evidencia los alcances del artículo 48, mucho más amplios de lo que a simple vista parece:

II.- Es obvio que el gestión ante parte de lo que dispone el artículo siete de la Constitución Política en el sentido de que los tratados y convenios internacionales “estén con autoridad superior a las leyes” (petitoria 1 in fine). Mas debe decirse que los instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en la República, conforme a la reforma del artículo 48 Constitucional (Ley No.7128, de 18 de agosto de 1989), al integrarse al ordenamiento jurídico al más alto nivel, valga decir, al nivel constitucional, lo complementan en lo que favorezcan a la persona. En el caso concreto, no obstante que la norma constitucional textualmente esté concebida de una manera, debe entenderse y aplicarse de tal forma que elimine la discriminación, particularmente a partir de aquélla reforma, pues el texto constitucional costarricense de hoy, no solamente está compuesto de normas (formas gramaticales escritas) de origen interno y externo, sino también de principios y valores, que se deben conjugar en un texto armonioso, aunque pueda parecer heterodoxo desde un punto de análisis tradicional. Esa es la trascendencia de la reforma operada en nuestro sistema jurídico, que nos distingue de otros países, y en que cualquier distinción injustificada por razón de sexo, es ilegítima. Contra eso argumenta el gestionante y no puede la Sala complacerlo²⁰⁸. (El subrayado no pertenece al original).

Vemos cómo el mismo voto respalda su posición en la existencia de principios y valores que subyacen en el texto constitucional y en el sistema democrático, por el que ha optado nuestro país. De esta manera, tal escogencia genera entre sus consecuencias, que las propias normas escritas

²⁰⁷ Mora Mora, Luis Paulino y Hernández López, Nancy. El Derecho Internacional y su influencia en la Jurisdicción Constitucional Costarricense. En: La jurisdicción constitucional y su influencia en el Estado de Derecho, San José: EUNED, 1996, p. 70.

²⁰⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 5759-93 de las catorce horas con quince minutos del diez de noviembre de mil novecientos noventa y tres.

en la constitución, deben ajustarse a estos principios y valores, pues de lo contrario, aunque se encuentren en la Constitución, carecen de vigencia.

Por lo tanto, conforme a esta jurisprudencia, el bloque de derechos fundamentales que se reconocen en Costa Rica, se amplía con aquellos contenidos en instrumentos internacionales, siempre que favorezcan a la persona, otorgándole inclusive valor superior a la misma Constitución.

Esta doctrina nacional citada, señala la importancia del artículo 1° de la Ley de Jurisdicción Constitucional, según el cual, la Sala Constitucional tiene entre sus competencias, no solo velar por la supremacía de las normas y principios constitucionales, sino también por el Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, los derechos y libertades fundamentales contenidos en la Constitución, y en los instrumentos internacionales vigentes en Costa Rica.²⁰⁹

Finalmente en cuanto a la referencia que se hace en la propuesta de definición al núcleo mínimo o contenido esencial de los derechos fundamentales, esta alude a aquellos aspectos de los derechos que no pueden ser modificados, transformados o variados, pues el hacerlo implica la desnaturalización del derecho. En este sentido, vale citar la siguiente resolución de Sala Constitucional que hace referencia a este concepto:

Los Derechos Fundamentales, en muchas ocasiones recogidos en la parte dogmática de las Constituciones, constituyen la base y el presupuesto del entero ordenamiento jurídico, anteceden al Estado, tienen fundamento en la intrínseca dignidad de toda persona humana, vinculan fuertemente a los poderes públicos y como tales están dotados de una superlegalidad constitucional. La restricción o limitación del contenido esencial de un Derecho Humano o Fundamental, por su naturaleza imprescriptible e indisponible, provoca una nulidad absoluta insubsanable. En el marco de cualquier Estado constitucional la soberanía popular y el legislador democrático están limitados por los Derechos Fundamentales. Los Derechos Fundamentales vinculan negativa y positivamente al legislador. En un sentido negativo, debe respetarlos para lograr su plena efectividad, esto es, funcionan como una barrera o un límite. **En un sentido positivo, los Derechos Fundamentales son para el legislador constituido un mandato, un principio rector o un programa por lo que debe desarrollarlos y configurarlos pero con respeto de su contenido esencial, esto es, del núcleo mínimo e indisponible –límite de límites- de cada uno de estos.** El legislador

²⁰⁹ Mora Mora, Luis Paulino y Hernández López, Nancy, óp. cit., p. 69.

constituido al desarrollar los Derechos Fundamentales debe velar por su progresiva intensificación y extensión de su eficacia y, en general, por su plena efectividad, para evitar cualquier regulación regresiva y restrictiva.²¹⁰ (La negrita no corresponde al original).

No sobra recordar, en relación con este tema, el principio de reserva de ley, al cual nos referimos anteriormente, y que se halla contenido en el numeral 28 constitucional, según el cual, únicamente mediante ley emanada de la Asamblea Legislativa, conforme al procedimiento instituido por la Constitución Política, se pueden regular o restringir los derechos y libertades fundamentales. Sin embargo, ni aun siguiendo este procedimiento, se podría de manera alguna, modificar el contenido esencial de un derecho fundamental, pues hacerlo implicaría la desaparición de ese derecho.

Habiendo definido la posición que se sostiene en torno a este tema, en el presente trabajo pasamos a estudiar aquellos derechos fundamentales que mayor importancia tienen, para efectos de este estudio.

1.1.2.7.1 El derecho general a la justicia

Mediante este derecho, se cumplen aspectos relativos a las garantías de los derechos fundamentales. En Costa Rica, el derecho general a la justicia se encuentra contemplado en el artículo 41 de la Constitución Política, el cual indica:

Artículo 41- Ocurrendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida y en estricta conformidad con las leyes.

Este derecho se encuentra además incorporado en instrumentos internacionales, tales como: el artículo 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, o el Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros. También se encuentra presente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual indica con detalle, las condiciones que garantizan el acceso a la justicia:

Art. 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o

²¹⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. N° 02771 de las once horas cuarenta minutos del cuatro de abril de dos mil tres.

tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Entre los instrumentos internacionales existentes, destaca el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y esto por la referencia expresa que hace al tema de la igualdad:

Artículo 10.- Toda persona tiene derecho, **en condiciones de igualdad**, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal. (La negrita no corresponde al original).

La alusión a las “[...] *condiciones de igualdad* [...]” que contiene este artículo, se encuentra estrechamente vinculada con el derecho general a la justicia y el acceso a la justicia, como vimos al tratar el tema del Estado social de derecho. Por tanto, el paso de la igualdad formal a una igualdad real, propio del desarrollo de este concepto, es una forma de lograr el acceso a la justicia, entendido este en un sentido amplio que excede el aspecto judicial, aun cuando no lo excluye. Para los efectos de este estudio, interesan en particular, el tema de la administración de justicia y la resolución de conflictos, mediante proceso judicial. Siendo así resulta necesario extendernos en el análisis del llamado derecho general a la justicia y su concreción en la tutela judicial efectiva.²¹¹

Respecto a este derecho, en nuestra jurisprudencia, el voto 1739-92²¹² contiene un análisis bastante amplio, según el cual el derecho general a la justicia (al igual que el derecho general a la legalidad), resulta ser una condición general previa al debido proceso, propia de la administración de justicia de un Estado democrático de derecho, de manera tal que si no opera el derecho general a la justicia, tampoco puede operar el debido proceso. Asimismo, la jurisprudencia constitucional indica que el debido proceso, es una consecuencia del ejercicio exclusivo por parte del Estado, de la coerción, además de ser la expresión más evidente del derecho de petición contenido en el artículo 27 de la Constitución Política.²¹³

²¹¹ Cappeletti, óp. cit., pp. 797-807.

²¹² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 1739-92 de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos.

²¹³ “Artículo 27 - Se garantiza la libertad de petición, en forma individual o colectiva, ante cualquier funcionario público o entidad oficial, y el derecho a obtener pronta resolución”.

La resolución en comentario define este derecho de la siguiente manera:

A) EL DERECHO GENERAL A LA JUSTICIA: En la base de todo orden procesal está el principio y, con él, el derecho fundamental a la justicia, entendida como la existencia y disponibilidad de un sistema de administración de la justicia, valga decir, de un conjunto de mecanismos idóneos para el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado -declarar el derecho controvertido o restablecer el violado, interpretándolo y aplicándolo imparcialmente en los casos concretos-; lo cual comprende, a su vez, un conjunto de órganos judiciales independientes especializados en ese ejercicio, la disponibilidad de ese aparato para resolver los conflictos y corregir los entuertos que origina la vida social, en forma civilizada y eficaz, y el acceso garantizado a esa justicia para todas las personas, en condiciones de igualdad y sin discriminación.

Señala también el voto en cuestión, otros aspectos que atañen al sistema de administración de justicia, como es por ejemplo, la característica de independencia de la cual debe gozar, y que esta independencia debe serlo desde todo ángulo, incluyendo aspectos como los económicos. También, en relación con la administración de justicia, se rescata el hecho de que la función jurisdiccional debe ser exclusiva -en el tanto la labor de dictar el derecho aplicable al caso concreto, recae en los tribunales dependientes del Poder Judicial- y universal en la medida que no existe acto exento de control judicial.

Es importante aclarar que este derecho general a la justicia, ha sido asimilado al llamado derecho a la tutela judicial efectiva. Así lo indica Hernández Valle, haciendo cita del concepto de García Morillo:

De la relación armónica de los artículos 27 y 41 de la Constitución se deriva el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, o como lo ha llamado la Sala Constitucional, el derecho general a la Justicia.

El derecho a la tutela judicial efectiva puede definirse como ‘el derecho de todas las personas a tener acceso al sistema judicial y a ejercer en el seno del proceso, todas sus facultades para que los órganos jurisdiccionales estudien su pretensión y emitan una resolución motivada y conforme a derecho que, acogiendo o desestimando dicha pretensión, establezca la verdad oficial’ **(García Morillo)**²¹⁴.

²¹⁴ Hernández Valle, Rubén. **El régimen jurídico de los Derechos Fundamentales en Costa Rica**. San José: Editorial Juricentro, 2002, p. 217.

Al referirse al derecho de todos los sujetos a acceder a la justicia por igual, la citada jurisprudencia (voto 1739-92) indica:

2. Y pertenecen a los segundo –derecho de todos por igual a acceder a la justicia–, además del genérico derecho de petición del artículo 27 y del específico derecho a la justicia del artículo 41 de la Constitución ya citados, una serie de atributos complementarios -pero también fundamentales-, entre los cuales: **(i) el derecho y principio generales de igualdad -y su contrapartida de no discriminación-, que recoge el artículo 33 de la Constitución, así como todos los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, por ejemplo los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana, con la particularidad de que la dualidad de éstos demuestra que la igualdad, además de criterio de interpretación y aplicación de los derechos fundamentales, es ella misma un derecho fundamental, de modo que también se viola éste cuando se discrimina respecto de derechos no fundamentales; principio y derecho que, si bien no son incompatibles con ciertas distinciones razonables conforme a la máxima de “igualdad para los iguales y desigualdad para los desiguales”, también conocido como principio de igualdad sustancial, en materia penal no parece permitir ninguna posible distinción; (ii) en general, el acceso universal a la justicia para toda persona, indiferentemente de su sexo, edad, color, nacionalidad, origen o antecedentes, o cualquier otra condición social, todo lo cual plantea, a su vez, consecuencias que no es necesario examinar aquí por no estar implicadas directamente en el caso en consulta, como la gratuidad de la justicia, el informalismo, etc.; (iii)** Finalmente, el derecho a que esa justicia se administre cumplida y prontamente. De lo primero se ocupa precisamente el “derecho a una sentencia justa” que se dirá; en cuanto a los segunda, ya esta Sala ha venido estableciendo criterios de los cuales se puede tener por consolidada jurisprudencialmente la tesis de que la duración excesiva y no justificada de los procesos penales constituye una grave violación del derecho a una justicia pronta, de conformidad con el artículo 41 de la Constitución [...] (La negrita no corresponde al original).

Como vemos, esta perspectiva es conteste con la normativa internacional citada anteriormente, en relación con el tema de la igualdad, pues el apartado i) reconoce la igualdad, tanto como una condición necesaria para aplicar los derechos fundamentales, como un derecho fundamental en sí mismo. Por otra parte, el apartado iii) hace referencia al derecho de que la justicia se aplique cumplida y prontamente, evidenciando tanto la exigencia de que los conflictos que se planteen sean resueltos con criterios de equidad y

justicia, como la necesidad de que la solución se brinde lo más pronto posible, pues de lo contrario redundaría en una denegatoria de justicia y una violación a ese derecho.

Ambos aspectos revisten enorme importancia, sin embargo, a efectos de este estudio, el aspecto mencionado en el apartado ii), relativo al acceso universal a la justicia, resulta esencial. Nótese que lo primero que se desprende de este, es la necesidad de que el acceso a la justicia sea posible para todas las personas, **sin discriminación** de ningún tipo, de manera que ni la edad, el sexo, rasgo étnicos o nacionalidad, antecedentes o cualquier condición social, limiten el acceso a la justicia.

Este último aspecto se encuentra estrechamente relacionado con el tema en estudio, pues una de las condiciones que más podría limitar que una persona acceda a la justicia, es el aspecto de su condición económica: de todos es conocido que la tramitación de un proceso ante el sistema de justicia, resulta sumamente onerosa y teniendo los recursos económicos para financiarlo, una persona podría presentar sus reclamos. Por ello, resulta de particular importancia que se señale en la jurisprudencia constitucional (la cual goza de carácter vinculante erga omnes), que ni siquiera un aspecto como este, puede limitar el acceso a la justicia, pues esto tiene una serie de consecuencias a las cuales hace referencia el voto, y entre ellas resalta el tema de la gratuidad.

Así, la existencia de la Defensa Pública como institución encargada de velar por la representación o asesoría de las partes en diversos procesos judiciales, resulta ser una forma de asegurar que los sujetos más vulnerables de la sociedad, sea por su situación social o económica, puedan acceder a la justicia, velando para que sus derechos sean ejercidos y respetados. Sin embargo, este es solo uno de los aspectos que se encuentran relacionados con la Defensa Pública, pues esta tiene una perspectiva aún más importante, a la cual nos referiremos con mayor detalle posteriormente, y es la de asegurar la defensa técnica a todos los ciudadanos, independientemente de si cuentan o no con recursos.

Tal y como explicamos anteriormente, los derechos fundamentales deben gozar de mecanismos que permitan su efectiva vigencia, en caso de que hayan sido o estén siendo lesionados. Estos mecanismos son las llamadas garantías a las cuales nos referimos en el siguiente apartado.

1.1.2.8 Garantías

De la definición de democracia que hemos propuesto, se desprende el concepto de garantías.²¹⁵ Las garantías hacen referencia a los mecanismos, mediante los cuales los derechos fundamentales pueden ser reclamados en caso de que no se respete su vigencia, o también cuando se estén lesionando, se pueda denunciar esta situación y lograr que se restituya el goce pleno del derecho fundamental. Las garantías pueden operar a nivel de derecho interno de cada país; pero también ocurre que existen mecanismos de derecho internacional. A ambos niveles de garantías, nos referiremos a continuación.

1.1.2.8.1 Garantías a nivel interno

En Costa Rica, de conformidad con los artículos 10 y 48 de la Constitución Política, existe una jurisdicción constitucional concentrada. Esta jurisdicción se ubica dentro del Poder Judicial,²¹⁶ en la Sala especializada en materia constitucional, conocida popularmente como Sala Cuarta.

De conformidad con el artículo 2° de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (LJC), la Justicia Constitucional costarricense posee tres grandes vertientes:²¹⁷

- a) Garantizar los Derechos y Libertades consagrados en la Constitución y los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional vigente en Costa Rica. Para ello cuentan con los recursos de Amparo y Hábeas Corpus.

²¹⁵ Véase, p. 33.

²¹⁶ Resulta importante señalar que la ubicación de la jurisdicción constitucional costarricense dentro del Poder Judicial, su naturaleza como una Sala y no como un Tribunal Constitucional, e incluso su composición, son objeto de constantes discusiones. Así, recientemente en octubre del 2007 se realizó el Seminario Reforma de la Jurisdicción Constitucional en el cual se discutieron diferentes opciones de reforma, siendo ellas, a grandes rasgos, las siguientes: 1) Creación de Tribunales especiales constitucionales por zona geográfica, que resolverían tanto Amparos como Hábeas Corpus, quedando como competencia de la Sala Constitucional la alzada de estos procesos así como el control de Constitucionalidad. 2) Aumento de magistrados que componen la Sala Constitucional a nueve o trece, a fin de que existan tres o cuatro secciones dentro de la Sala, que resuelvan la multiplicidad de asuntos que se plantean. 3) Proyecto de Ley publicado en la Gaceta No. 203 del 23 de octubre del 2007 conforme al cual la actual Sala se dividiría en dos cámaras para maximizar recursos conociendo estas de Amparos y Hábeas Corpus, el presidente de la Sala resolvería sobre admisibilidad y el pleno de la Sala ejercería el control de constitucionalidad. 4) Que el Amparo y el Hábeas Corpus sea de conocimiento de los jueces ordinarios y la Sala sólo conozca la alzada de estos y el control de constitucionalidad. 5) Posible traslado de la jurisdicción Constitucional fuera del Poder Judicial para convertirse en un Tribunal Constitucional. 6) Posible desaparición de la consulta legislativa facultativa por aspectos de fondo. 7) Posible creación de Tribunales de Ejecución Constitucional.

²¹⁷ Ley de la Jurisdicción Constitucional, Ley N° 7135 del 11 de octubre de 1989. Alcance número 34 a la Gaceta número 198 del 19 de octubre de 1989, y Fe de erratas a La Gaceta número 212 del 9 de noviembre de 1989, artículo 2.

- b) El control de constitucionalidad de leyes, normas o actos sujetos al Derecho Público, así como la coherencia del ordenamiento jurídico interno con el Derecho Internacional o Comunitario.
- c) Resolución de conflictos que ocurre entre los poderes públicos y órganos de rango constitucional.

Se debe resaltar el orden en que se enlistan las funciones de la Sala, pues esta disposición no resulta caprichosa: es por el contrario, una evidencia patente de la escogencia hecha hacia un sistema democrático, en donde se ubica al ser humano, sus necesidades e intereses, como eje del sistema, de manera prioritaria. Es por ello que la garantía de sus derechos y libertades, se ha ubicado como la primera de las funciones de la Sala Constitucional. Incluso en el artículo 48 de la Constitución Política, se mencionan los recursos de hábeas corpus y amparo:

ARTÍCULO 48.- Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables a la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10. *(Así reformado por Ley No.7128 de 18 de agosto de 1989)* (La negrita no corresponde al original).

Como podemos notar, el inciso a) coincide entonces con el concepto propuesto por Hernández Valle atinente a la “Jurisdicción Constitucional de la Libertad”, la cual hace referencia, según indica por:

[...] el conjunto de instrumentos procesales dirigidos a la tutela de los derechos fundamentales.²¹⁸

Hernández Valle explica que la clasificación de estos instrumentos procesales, se hace conforme a su naturaleza de manera que existen:

- a) Remedios indirectos (como el proceso ordinario y la justicia administrativa).
- b) Remedios complementarios (procedimientos para enjuiciar a los funcionarios de mayor jerarquía política, cuando infrinjan los límites señalados a su competencia y procedimientos sobre la

²¹⁸ Hernández Valle, Rubén. Derecho Procesal Constitucional. San José: Editorial Juricentro, 2001, p. 37.

- responsabilidad patrimonial del Estado, cuando este afecte los derechos fundamentales de los ciudadanos).
- c) Remedios procesales específicos. Esta última categoría hace referencia a una gran cantidad de procesos judiciales que varían de país a país y que el citado autor detalla²¹⁹.

Para nuestro estudio, nos vamos a centrar en aquellos remedios procesales específicos que contempla la justicia constitucional costarricense: recurso de Hábeas Corpus y el recurso de Amparo. Posteriormente, se hará una breve referencia a otros institutos (acción de inconstitucionalidad y consulta de constitucionalidad) que aun cuando no forman parte propiamente de la Jurisdicción Constitucional de la Libertad, pueden incidir en alguna medida en esta, pues en ambos casos su objeto (leyes y disposiciones generales, acuerdo, omisiones, etc.) pueden afectar los derechos fundamentales de las personas, y resultan, por ende, instrumentos valiosos para que de manera indirecta, se tutelen derechos fundamentales.

1.1.2.8.1.1 Hábeas Corpus

Debido a la gran importancia que se le otorga de manera universal a la libertad (aspecto al que ya nos hemos referido),²²⁰ es que al hábeas corpus, como instrumento que la garantiza, se le reconoce su enorme valor. Incluso resulta posible encontrar diversos instrumentos similares en muchos países y culturas, y no solo actualmente, sino a lo largo de la historia de la humanidad.²²¹

Cuando hablamos de libertad en relación con el hábeas corpus, es necesario recordar la libertad, no solo como valor o principio que orienta todo el sistema democrático, sino también como norma, la cual se encuentra en el numeral 20 de la Constitución Política, el cual indica:

ARTÍCULO 20.- Toda persona es libre en la República, [sic] quien se halle bajo la protección de sus leyes no podrá ser esclavo ni esclava. (*Así reformado por el artículo 1º de la Ley No.7880 de 27 de mayo de 1999*).

Además, en la normativa internacional, la libertad aparece en diversos instrumentos de Derechos Humanos.²²² Específicamente en la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 7 se indica:

²¹⁹ *Ibíd.*, pp- 37-49.

²²⁰ Véase pp. 48-53 y 83-86.

²²¹ Un análisis sobre este aspecto, se puede encontrar en Hernández Valle, *ibíd.*, pp. 151-157.

²²² Entre otros: Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), artículos 1, 3 y 4. También Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), artículo 1.

Artículo 7.- Derecho a la Libertad Personal.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por leyes dictadas conforme a ellas.

2. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrario. [...]

Recordemos que en el ámbito penal, se hace más evidente la tensión existente entre los derechos del ciudadano y las potestades del Estado en el ejercicio de su función de administración de justicia, pues es ahí donde según nuestra Constitución y leyes, se puede privar de su libertad a una persona. Esto puede ocurrir, porque existe un indicio comprobado de la comisión de un delito, en cuyo caso y conforme con las limitaciones constitucionales y legales, puede proceder la prisión preventiva.

Así, de acuerdo con el artículo 37 de la Constitución Política, el cual limita la posibilidad de detención a situaciones que estén relacionadas con la comisión de un delito:

ARTÍCULO 37.- Nadie podrá ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito, y sin mandato escrito de juez o autoridad encargada del orden público, excepto cuando se tratare de reo prófugo o delincuente infraganti; pero en todo caso deberá ser puesto a disposición de juez competente dentro del término perentorio de veinticuatro horas. (Negrita y subrayado no corresponden al original).

Nótese que el sujeto detenido debe ser puesto a la orden del juez competente, en un plazo no mayor a las veinticuatro horas. También se exige una orden escrita del juez que posteriormente a la promulgación de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, es más que un simple “Tener a la orden”, pues debe ser una resolución debidamente fundamentada, conforme con esta norma constitucional y al párrafo segundo del artículo 20 LJC.

Otro supuesto que la Constitución reconoce en que una persona puede verse privada de su libertad, es el caso de los sentenciados por sentencia firme, conforme lo señala el artículo 39 de la Constitución:

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

Habiendo recordado la normativa que rige el tema de la libertad a nivel constitucional, pasemos a estudiar la garantía propiamente dicha.

Mora Mora ha señalado que el hábeas corpus puede estudiarse, tanto como un derecho fundamental en la medida en que se refiere al derecho de cualquier persona a que un juez o tribunal se pronuncie sobre la legalidad de la privación de libertad que sufre, y en caso de que se considere ilegal, ordene su libertad. También puede analizarse con un carácter eminentemente procesal: el procedimiento sumario, mediante el cual, se pretende tutelar el derecho que protege este recurso.²²³

Este autor también ha destacado la importancia que el hábeas corpus ha adquirido como manifestación del derecho de defensa, y que no resulta extraña, dado la limitación que se hace a la libertad en materia penal.

Para el estudio que nos ocupa, analizaremos el hábeas corpus como proceso. Encontramos referencia a este proceso en el artículo 48 de la Constitución Política, cuando indica:

ARTÍCULO 48.- Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales [...]

El recurso de hábeas corpus se encuentra contemplado en la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en su Título II “Del recurso de Hábeas Corpus”. En relación con su análisis, vamos a poder observar que el hábeas corpus presenta diversas modalidades.²²⁴

El hábeas corpus que podríamos calificar de **clásico**, opera de manera reparadora o preventiva y se encuentra contemplado en el numeral 15 LJC. Con el se pretende garantizar la libertad e integridad personales, restituyéndolos en el caso de que hayan sido lesionados, mediante una detención ilegítima, o bien previniendo su afectación, pues procede incluso ante amenazas.

Otra variante de hábeas corpus es el **restringido**, que [...] *tiene como finalidad evitar molestias menores contra la libertad individual* ²²⁵ y de él se plantea como ejemplo, el supuesto en que una persona es periódicamente

²²³ Mora Mora, Luis Paulino. El Hábeas Corpus como protección a la libertad ambulatoria. En: La Sala Constitucional. Homenaje en su X Aniversario. San José: Universidad Autónoma de Centro América, 1999, p. 60. En este primer sentido, resultaría ser una manifestación del Derecho general a la Justicia y el derecho de todos a acceder a la justicia. Véase, pp. 115-120.

²²⁴ En este sentido: Hernández Valle, Derecho Procesal Constitucional, pp.161-167 y Mora Mora, El Hábeas Corpus como protección a la libertad ambulatoria, pp. 62-63.

²²⁵ Hernández Valle, Derecho Procesal Constitucional, p. 164.

sometida a vigilancias por parte de la policía o preguntas molestas, por lo que de comprobarse la situación y su ilegitimidad, la Sala podría prevenir a las autoridades responsables de la situación, que se abstengan de continuar molestando al ofendido.

También existe un tipo de hábeas corpus **correctivo**, según el cual, se pretende que la medida impuesta se cumpla, conforme con los parámetros brindados, tanto por la Constitución como por las leyes. Este aparece en el artículo 24, incisos ch y g de la LJC.

De acuerdo con el artículo 19 LJC y los numerales 10 y 48 de la Constitución, el conocimiento, tramitación y resolución del asunto le compete a la Sala Constitucional, y su tramitación estará a cargo del presidente de la Sala o bien del magistrado instructor (art. 17 LJC). Resulta importante señalar que, a fin de asegurar el acceso a la justicia, mediante este instrumento (y los otros contenidos en la Ley de Jurisdicción Constitucional), el artículo 5 contempla la obligación de que esta Sala se organice para poder recibir y tramitar los recursos recibidos en horas y días inhábiles, mediante un magistrado de turno.

El artículo 15 se refiere tanto al objeto del recurso (es decir aquellas acciones u omisiones contra las que se pueda plantear), como a los derechos que garantiza:

Artículo 15.- Objeto del recurso. Derechos tutelados (libertad, integridad personal, movimiento, permanencia, salida e ingreso al país). Procede el hábeas corpus para garantizar la libertad e integridad personales, contra los actos u omisiones que provengan de una autoridad de cualquier orden incluso judicial, contra las amenazas a esa libertad y las perturbaciones o restricciones que respecto de ella establezcan indebidamente la autoridades, lo mismo que contra las restricciones ilegítimas del derecho de trasladarse de un lugar a otro de la República, y de libre permanencia, salida e ingreso en su territorio.

Se desprende de este artículo que no es únicamente la libertad personal, la que se encuentra protegida por este derecho, como lo había sido anteriormente, sino que se contemplan también la integridad personal, la libertad de movimiento, permanencia, salida e ingreso al país.

Además, el artículo 16 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, contempla la posibilidad de que otras violaciones a derechos fundamentales, que se relacionen con la afectación a la libertad personal, puedan ser resueltas en el mismo recurso de hábeas corpus, debido a la conexidad existente.

Encontramos un ejemplo claro de esta situación, en el voto 3684-2006 que resolvió el hábeas corpus planteado por parte de un privado de libertad de un centro penitenciario, el cual alegaba que cuando pretendieron requisarlo, lo rociaron con gas mostaza:

V.- De todo lo anterior no es posible otra conclusión que la de declarar que en ningún caso pueden ser utilizados los gases mostaza y CN, ni cualesquiera otros que produzcan efectos similares, especialmente en los centros penitenciarios, porque constituyen el delito de tortura, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura antes citado. Además, se debe brindar educación al personal de seguridad de los centros penitenciarios en cuanto al uso de los dispositivos de gases irritantes permitidos. Como en el presente caso se logra determinar que las autoridades del Centro de Atención Institucional La Reforma almacenan para su empleo, gases altamente tóxicos, **debe la Sala declarar con lugar el recurso también en cuanto a dicho aspecto, por haber tales sustancias sido empleadas en contra del amparado, afectándolo en su dignidad e integridad y poniendo en grave riesgo su vida y su salud.** Es por lo anterior que también en cuanto a este aspecto, el recurso deberá ser declarado con lugar, como en efecto se hace ²²⁶. (La negrita no es del original).

Es importante señalar que no es únicamente con actuaciones de la administración pública, tan contundentes y agresivas como las comentadas en la resolución recién citada que se genera violación a derechos fundamentales. En el siguiente caso, vemos que el reclamo del recurrente, podría parecer insignificante, pues no se evidenció una lesión física sobre su persona, pero la situación que sufrió efectivamente afectó su dignidad.

I.- Hechos probados. De importancia para la decisión de este asunto, se estiman como debidamente demostrados los siguientes hechos: a) que del veintidós al veinticinco de noviembre del dos mil cinco el recurrente pernoctó en el pasillo de la Oficialía Central del Centro de Atención Institucional de San José, dado que las celdas individuales se encontraban ocupadas. (folio 16); [...]

II.- Del análisis de los elementos probatorios aportados y de la sentencia transcrita, esta Sala verifica la lesión al artículo 40 de la Constitución Política. **Vemos que hecho de que el recurrente estuviera del veintidós al veinticinco de noviembre del dos mil cinco el durmiendo en el pasillo de la Oficialía Central del Centro de Atención Institucional de San José se traduce**

²²⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 03684-2006 de las catorce horas con cuarenta y tres minutos del veintidós de marzo de dos mil seis.

en un castigo y un trato degradante contrario a la dignidad humana. De conformidad con lo anterior, lo procedente es declararse con lugar el recurso en este extremo.[...]

Por tanto:

Se declara parcialmente con lugar el recurso únicamente por haberse mantenido al amparado durmiendo en el pasillo[...].²²⁷
(La negrita no es del original).

De esta forma, en este caso hubo lesión al derecho contemplado en el numeral 40 de la Constitución Política, ya que el hecho de tener que dormir en el pasillo, resulta totalmente lesivo a la dignidad de la persona, y por ello, constituye un trato degradante. La lesión al derecho fundamental efectivamente ocurrió.

Como vemos, en los casos que se han comentado, se consideraron afectadas tanto la dignidad del sujeto como su integridad, vida y salud, de modo que el recurso fue declarado con lugar, a pesar de que no estaba dirigido expresamente al tema de la libertad personal, sino a situaciones que se produjeron con ocasión de estar privado de esta.

Sin embargo, es importante aclarar que, según la jurisprudencia de Sala Constitucional, no toda violación de derechos asociados a la libertad personal, ha sido admitida como objeto del recurso en estudio. En este sentido, la siguiente jurisprudencia indica:

Cuando el artículo 16 de la Ley de Jurisdicción Constitucional señala que la Sala valorará y analizará otras violaciones a derechos fundamentales ligadas con la libertad, **permite la incursión dentro de la materia propia del proceso cuando se constaten amenazas o lesiones a otros derechos fundamentales distintos a la libertad personal, pero en estricta relación e incidencia sobre ésta, su restricción efectiva, o la amenaza a su restricción.** Esto es, no pueden analizarse en forma independiente de una concreta amenaza a la libertad o de una restricción actual de la misma, pues esas otras lesiones deben necesariamente haber tenido incidencia en la amenaza o restricción de la libertad, porque si este requisito no se da se estaría permitiendo la injerencia en el ámbito propio de competencia de la jurisdicción penal, que constitucionalmente está reservada a los jueces correspondientes.²²⁸

²²⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 2005-016907 de las catorce horas con cincuenta y nueve minutos del siete de diciembre de dos mil cinco.

²²⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 01793-2001 de las quince horas con diecisiete minutos del siete de marzo de dos mil uno.

Esta interpretación que ha realizado la Sala, limita la posibilidad contemplada en el artículo 16 LOJC y no se ajusta al principio Pro Homine, al cual ya nos hemos referido. Por este motivo, se considera que debería ser una interpretación más amplia que favorezca a la persona, al resguardar sus derechos fundamentales.

Ajustándose a los principios procesales en materia constitucional de informalidad y gratuidad, el artículo 18 LJC señala que cualquier persona puede interponer el recurso, por cualquier medio escrito, sin autenticación. En el supuesto de que se utilice la vía telegráfica, se otorga franquicia.

Además, procurando la celeridad que desde el artículo 8 LJC se manifiesta como otro principio procesal constitucional,²²⁹ se ordena la inmediata tramitación, dándosele prioridad sobre otros asuntos. Incluso, quien instruya el recurso deberá pedir informe a la autoridad cuestionada en un plazo no mayor de tres días, y en caso de que se ignore su identidad, se dirigirá al jerarca. (Art. 19 LJC). Este informe deberá contener copia de orden de detención y de las resoluciones que se hubiera dictado, y una explicación clara de las razones y preceptos legales en que se funde, y la prueba que exista contra el perjudicado. También la Sala podrá solicitar los antecedentes del asunto, practicar inspecciones, ordenar la comparecencia del ofendido y dictar las medidas provisionales que considere pertinentes. (Art. 21 LJC). En el caso de que el informe no sea rendido, se podrán tener por ciertos los hechos y se podrá declarar con lugar el recurso, si fuera del caso. (Arts. 22 y 23 LJC).

Pese a lo expedito del proceso, llama la atención la excepción planteada en el párrafo primero del numeral 20 de la LJC, según el cual:

Artículo 20.- Cuando se trate de personas que han sido detenidas y puestas a la orden de alguna autoridad judicial, sin que se haya dictado auto que restrinja la libertad, el Magistrado instructor podrá suspender, hasta por cuarenta y ocho horas, la tramitación del recurso. En el mismo acto prevendrá a la autoridad judicial que practique las diligencias que correspondan e informe sobre el resultado de los procedimientos y si ha ordenado la detención. Cualquier restricción a la libertad física, ordenada por autoridad competente, que exceda los plazos señalados por los artículos 37 y 44 de la Constitución Política, deberá imponerse mediante resolución debidamente fundamentada, salvo si se tratare de simples órdenes de presentación o de aprehensión.

²²⁹ ARTICULO 8. Una vez requerida legalmente su intervención, la Sala Constitucional deberá actuar de oficio y con la mayor celeridad, sin que pueda invocarse la inercia de las partes para retardar el procedimiento. Los plazos establecidos por esta ley no podrán prorrogarse por ningún motivo. Cualquier retardo en su cumplimiento será sancionado disciplinariamente, sin perjuicio de la acción por responsabilidad del funcionario. [...]

Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha manifestado:

Obsérvese que en este caso la ley permite al Magistrado Instructor que suspenda hasta por cuarenta y ocho horas la tramitación del recurso, para prevenir a la autoridad judicial que practique las diligencias que correspondan e informe sobre el resultado de los procedimientos y si ha ordenado la detención, pero esto durante la instrucción del recurso y en el supuesto de que el amparado en un Hábeas Corpus esté detenido y puesto a la orden de una autoridad judicial sin que se haya dictado auto que restrinja la libertad.²³⁰

Sorprende que el supuesto más delicado en que una persona puede encontrarse detenida, es decir, cuando está **detenida a la orden de una autoridad judicial, sin que exista un auto que restrinja la libertad**, sea la hipótesis en que se excepcione el principio de celeridad.

Indicamos lo anterior, pues se autoriza la suspensión de la tramitación del recurso por un término de hasta cuarenta y ocho horas. Inclusive el citado artículo permite que se *prevenga* a la autoridad recurrida que practique las diligencias que estén pendientes, e informe sobre el resultado de los procedimientos y si ha ordenado la detención.

Si las autoridades judiciales, al igual que el resto de funcionarios públicos, deben estar sometidas a la Constitución y las leyes, no se comprende por qué gozan de esta odiosa ventaja que, a la luz de los artículos 33 y 37 de la Constitución Política, resulta inconstitucional. Nótese que a ningún otro funcionario público, se le brinda tiempo para que corrija su actuación, cuando se encuentran en juego derechos fundamentales, sea por lesión efectiva o amenaza de esta.

En el siguiente voto salvado en materia de hábeas corpus, con redacción del magistrado Solano Carrera, se refiere a una situación en que sin fundamento legal (ni siquiera se cita el artículo 20 LJC que hemos venido comentando), se otorga a las autoridades judiciales, un plazo de cuarenta y ocho horas para corregir la fundamentación de la resolución, en donde se dictó prisión preventiva y que se encuentra ayuna de motivación:

Voto del Magistrado Solano Carrera
Razones para declarar con lugar

²³⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 2001-3415 de las quince horas con veinticinco minutos del dos de mayo de dos mil uno.

Yo coincido con el voto de la Sala en el sentido que hay que declarar con lugar el recurso. Discrepo, sin embargo, en las consecuencias que la mayoría de la Sala le otorga a la sentencia, pues mientras estiman que debe otorgarse un plazo a la Jueza recurrida para que le “incorpore” las razones que se echan de menos en la resolución que se impugna esto es, para que la motive debidamente.

Discrepo de la mayoría, por las siguientes razones:

1. ILEGITIMIDAD DE LA RESOLUCIÓN JURISDICCIONAL INMOTIVADA. Ha dicho la Sala Constitucional, de modo reiterado y consistente, a partir de la ya famosa sentencia N° 1739-92, que las resoluciones jurisdiccionales –y en especial las que afecten la libertad- han de ser motivadas. Esta es una nota que deriva del principio (derecho) del debido proceso contenido en el artículo 39 de la Constitución Política.

Esta es una tesis apriorística de cualquier justicia democrática en la que se prohíben razones, si pudiera decirse, “in pectore”, que se reserva el Juez para su interior, decidiendo no comunicarles a las partes, o en otra hipótesis, utilizando criterios fuera de los que razonablemente pueden extraerse del expediente judicial.

En el caso concreto, la sentencia N° 2000-10105 llega a la conclusión de que la resolución impugnada, en efecto, resulta ilegítima por violación de un deber fundamental del juzgador. Lo dice así:

‘IV. En virtud de la resolución supracitada y de conformidad con lo anterior, se concluye que la medida cautelar dictada contra los amparados carece de motivación, por lo que su libertad ambulatoria ha sido restringida de forma ilegítima y arbitraria [...]

2. ILEGITIMIDAD Y NULIDAD. Ha dicho la Sala Constitucional también de modo reiterado que las infracciones al Derecho de la Constitución, provenientes de actos de autoridad, producen una nulidad absoluta de la mayor entidad y por tanto, insubsanable. Yo no encuentro explicación alguna para que en este caso se otorgue magnánimamente plazo a la jueza recurrida, para que “proceda a resolver de forma fundamentada”. El texto del voto de mayoría no ofrece explicación del por qué se actúa así.

Por lo anterior, en mi criterio, en la hipótesis de una resolución inmotivada que afecta la libertad de un imputado, la Sala debe disponer su nulidad y atenerse a las consecuencias legales que de ello surgen y en ese sentido, declarar la ilegitimidad de la prisión preventiva y la consecuente orden para que cese de inmediato. La infracción procesal-constitucional que ello significa, no deja otra alternativa.

3. SEGURIDAD JURÍDICA Y PRINCIPIO DE IGUALDAD.

Tampoco tiene justificación, desde mi óptica, que solamente los jueces del orden penal gocen de el privilegio de una segunda oportunidad, guiada por la Sala Constitucional, para remediar el vicio en que han incurrido. A ninguna otra autoridad pública se lo ha permitido la Sala, pues cuando un acto administrativo en general, ha sido impugnado en amparo y la Sala encuentra que es ilegítimo, en especial porque ha impuesto una carga, o suprimido un derecho, sin la correspondiente y debida motivación, se procede a su nulidad y a reintegrar al amparado en el pleno goce de sus derechos.

¿Por qué, me pregunto, en tratándose de derechos incluso renunciables o cuya infracción puede ser validamente consentida, la Sala actúa severamente en defensa de la Constitución y en materia de la libertad personal, que yo estimo más sensible, se muestra tan tolerante? Creo que desde este ángulo de análisis la Sala está propiciando también un trato desigual a las autoridades, según pertenezcan a la administración pública o al Poder Judicial.

Me remito, finalmente, a los innumerables votos salvados que he venido emitiendo de forma reiterada y prácticamente desde el nacimiento de la propia Sala Constitucional, porque allí expongo otros argumentos, en paralelo a los que ahora dejo constando.²³¹

Ciertamente el voto en cuestión, no hace referencia expresa al artículo 20 LJC, pero el fondo del asunto es el mismo, tanto en la situación descrita en esta jurisprudencia, como en la normativa que comentamos: no existe un fundamento lógico y respetuoso de los principios constitucionales, para que se brinde plazo a los órganos jurisdiccionales, a fin de que enmienden sus fallos.

Continuando con el análisis del artículo 20 LJC, si resulta sumamente valioso que se haya incorporado en el párrafo 2° del artículo 20, la obligación de que las restricciones de libertad dictadas por la autoridad competente que excedan los límites contenidos en los artículos 37 y 44, deben imponerse mediante resolución debidamente fundamentada, lo que obliga a las autoridades a mostrar verdaderos razonamientos que las sustenten y no simples frases rutinarias o sin mayor contenido.

De conformidad con el artículo 10, podría realizarse una audiencia oral para que los interesados expongan sus conclusiones. Según el numeral 24

²³¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 2000-10105 de las catorce horas con cincuenta y nueve minutos del dieciséis de noviembre del dos mil.

LJC, una vez que esta se haya realizado, o bien, que se haya rendido el informe pertinente, la Sala deberá resolver el recurso en los cinco días siguientes, a menos de que falte la evacuación de alguna prueba, en cuyo caso, el plazo dicho corre a partir de ese momento. Cuando se resuelva el asunto, se deben examinar los siguientes puntos:

- a) Competencia de la autoridad para dictar restricción de la libertad o medida impuesta (al respecto de este inciso, señala Mora Mora que ha sido alegado de manera excepcional).²³² Extrañamente, en la jurisprudencia constitucional, se ha indicado que en cuanto a la incompetencia, se debe alegar dentro del proceso ordinario, lo cual puede ser cierto, pero esto no obsta para que la Sala se pronuncie al respecto, máxime si tomamos en cuenta que la Ley de la Jurisdicción Constitucional, lo señala expresamente como un tema por valorar, además que la incompetencia por parte del órgano jurisdiccional, haría que la orden devenga ilegítima, lo cual es un aspecto que se encuentra contemplado en el inciso b) del numeral en comentario. Al respecto de esta posición de la Sala, el siguiente voto expresa:

Ahora bien, si el recurrente estima como irregular la forma en que se tramitó la solicitud de prórroga, o considera que el juez que conoció del asunto no era el competente en ese momento, así lo deberá alegar en el procedimiento penal que se tramita en contra del amparado, pues ello hace referencia a una eventual actividad procesal defectuosa propia de analizarse y resolverse en la sede penal.²³³

- b) La detención fue ordenada ilegítimamente o contra lo que indica el artículo 37 de la Constitución Política.²³⁴ En este sentido, la jurisprudencia ha sido tajante, en cuanto al respeto del plazo de veinticuatro horas:

III.- En efecto, lleva razón el recurrente en el sentido de que el plazo previsto en el artículo 37 constitucional fue sobrepasado, ya que los amparados habían sido detenidos

²³² Mora Mora. El Hábeas Corpus como protección a la libertad ambulatoria, p. 75.

²³³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 02768-2005 de las once y veintidós horas del once de marzo de dos mil cinco. En igual sentido, Res-9064-2002 de las dos y cuarenta y seis horas del dieciocho de setiembre de dos mil dos.

²³⁴ “ARTÍCULO 37.- Nadie podrá ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito, y sin mandato escrito de juez o autoridad encargada del orden público, excepto cuando se tratare de reo prófugo o delincuente infraganti; pero en todo caso deberá ser puesto a disposición de juez competente dentro del término perentorio de veinticuatro horas.”

formalmente a las 19:40 hrs. del 15 de agosto de 2003 y no fueron pasados a la orden del Juez Penal sino hasta tercero día, en que, por resolución de 13:55 hrs. se les impuso la prisión preventiva. Sobre el particular, la Sala ha considerado que para que proceda la detención por parte de la Fiscalía por un plazo mayor a las 24 horas previstas en el artículo 37 constitucional, a efecto de recibir declaración, en los términos del artículo 91 del Código Procesal Penal, es necesaria la autorización por resolución de juez competente. [...]

No era admisible, en esta materia, una autorización verbal del Juzgado, ni el plazo de veinticuatro horas es disponible para la defensa ni para la Fiscalía; es necesario poner en manos de juez competente a los imputados antes del plazo constitucional perentorio y el Juez, mediante resolución fundada, ha de decidir si procede o no la ampliación del término, únicamente a efectos de garantizar la defensa. Por lo anterior, procede declarar con lugar el recurso, en cuanto a este extremo, sin que proceda ordenarse su libertad, puesto que el Juzgado dispuso su prisión preventiva por tres meses

²³⁵

- c) Existencia de auto de detención o prisión preventiva legalmente decretado, o en caso de pena impuesta, si esta responde a una sentencia firme:

Es necesario señalar inicialmente, que en reiteradas oportunidades la Sala ha manifestado que la privación de la libertad personal en el marco del desarrollo de un proceso penal, debe estar motivada, lo que fundamentalmente se hace alusión al hecho de que el afectado con la imposición de la medida cautelar, debe estar en posibilidad de conocer los motivos en los que se basa esa restricción a su derecho fundamental, a efectos de constatar si se ajusta a los requisitos materiales o circunstancias que autorizan su imposición. Ahora bien, el mismo Código Procesal Penal en determinadas circunstancias autoriza la prórroga de los plazos ordinarios de la prisión preventiva, atendiendo a razones de peso, como lo son el dictado de una sentencia condenatoria y la resolución que dispone que el asunto es de tramitación compleja (véase al respecto lo dispuesto en los artículos 258 y 378 inciso a.). En ambos supuestos, las resoluciones o actos procesales que se dictan requieren

²³⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res: 2003-10281 de las diecinueve horas con cuarenta y nueve minutos del dieciséis de setiembre de dos mil tres.

ser ampliamente motivados, y en el caso específico de la determinación del asunto como trámite completo, se requiere el cumplimiento, para su procedencia, de las condiciones que detalla el artículo 376 del indicado Código. En el asunto bajo examen se tiene que, la ampliación de la prisión preventiva decretada en contra del amparado se determinó dada la declaratoria de tramitación compleja del proceso penal que interesa, resolución cuya motivación no ha sido cuestionada en este recurso de hábeas corpus. Asimismo, se observa -conforme lo señala el mismo recurrente- que días antes de que venciera el plazo de la medida cautelar impuesta al amparado, el Tribunal recurrido resolvió continuar el proceso bajo la modalidad del trámite complejo, produciéndose así los efectos que la ley atribuye a semejante determinación en el artículo 378 ibídem, a saber, entre otros, la extensión del plazo de la prisión preventiva o de su prórroga. De ahí que no pueda considerarse en este caso, que el accionante se encuentre privado ilegítimamente de su libertad, cuando el Tribunal en resolución fundada, la cual puede ser apelada por el imputado en los términos del párrafo segundo del artículo 377 del Código Procesal Penal, acordó someter el proceso al trámite complejo, con las consecuencias de ley. A mayor abundamiento, debe indicarse que por el hecho de que en el supuesto en cuestión se aplique la extensión del plazo de la prisión preventiva, no se excluye su régimen ordinario en cuanto a revisión, sustitución o modificación, por lo que aplica lo dispuesto en los artículos 253 y 254 del Código Procesal Penal.²³⁶

- ch) En el supuesto de suspensión de garantías constitucionales, si la resolución que se dictó, aun así, se encuentra dentro de las limitaciones que impone la Constitución Política y las que se deriven razonablemente de la misma declaratoria.
- d) Si la privación de libertad o medida impuesta, resulta indebida por algún motivo. En cuanto a este inciso, la siguiente jurisprudencia

[...] consta en autos que Juzgado Penal de Turno del Segundo Circuito Judicial de San José le impuso al imputado dos meses de prisión preventiva. Asimismo, el 28 de febrero del 2006, el Juzgado Penal de Pavas prorrogó

²³⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 2003-09064 de las catorce horas con cuarenta y seis minutos del dieciocho de setiembre de dos mil dos.

por dos meses más la medida privativa de libertad. De este modo, la Sala estima que originalmente, la privación de libertad que sufrió el amparado no resultaba ilegítima, toda vez que encontró fundamento en una orden emitida por un juez de la República. No obstante lo anterior, la Sala estima que en el caso que nos ocupa, posteriormente sí se produjo una violación a los derechos fundamentales del amparado. En efecto, mediante voto N° 39-06 de las 09:10 horas del 17 de marzo del 2006, el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José declaró con lugar el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica del imputado, revocó la resolución que prorrogó la prisión preventiva, y la substituyó por otras medidas cautelares. Sin embargo, en el informe rendido a la Sala, el Juez Penal de Pavas reconoce que aún cuando desde las 15:22 horas del 17 de marzo del 2006, el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José comunicó al Juzgado Penal de Pavas su decisión vía fax, no fue sino hasta el lunes 20 de marzo que el imputado fue llevado al Juzgado recurrido, para ser puesto en libertad. Independientemente de las razones ofrecidas por el juez recurrido, que evidentemente son propias del cargo, pero que tampoco son aceptables para justificar el retraso apuntado, **lo cierto es que el amparado estuvo detenido durante más de cuarenta y ocho horas sin resolución jurisdiccional que así lo ordenara, y ello evidentemente lesionó sus derechos fundamentales. La Sala reiteradamente ha sostenido que siempre que está de por medio la libertad de una persona, y que existe una resolución pendiente que la afecte, debe considerarse que se está en presencia de un acto que debe ser realizado con urgencia.**²³⁷ (La negrita no es del original).

En este asunto, si bien es cierto la privación de libertad se inició legítimamente, posteriormente, dada la resolución del Tribunal de alzada que declaró con lugar la apelación contra la prórroga de la prisión preventiva, y ordenó la inmediata libertad del imputado, el atraso para ejecutar esta orden generó que durante un período de cuarenta y ocho horas, operara una privación de libertad indebida.

- e) Si existe amenaza de violación a los derechos protegidos por el hábeas corpus, o la hubo:

²³⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. N° 2006-004830 de las catorce horas y treinta y seis minutos del cinco de abril de dos mil seis.

[...] incumbe a esta Sala analizar si se produjo o no una infracción a la integridad física del amparado por parte de los servidores judiciales, y sus consecuencias para el recurrente. Se aprecia que existe discrepancia sobre un hecho trascendental, pues el recurrente afirma que sufrió una agresión sin justificación alguna, mientras que la versión que ofrecen los recurridos, en esencia, es que el amparado fue recibido en el Centro de Atención Institucional de San José, sin problema alguno, lo que permite inferir que no presentaba lesiones, pues de otra forma no hubiera sido recibido hasta tanto no fuera atendido en algún centro hospitalario y existiera un comprobante médico que estableciera el estado de salud del sujeto. Mientras que el Dictamen Médico Legal No. 2006-5324 del 25 de mayo del 2006, (folios 59 a 64, 101 a 106), practicado al recurrente por el Médico Forense, se concluyó que de acuerdo con la historia médico legal y el análisis de los documentos médicos (Dictamen Médico Legal No. 2006-4919 y expediente médico de la Clínica del CAI San José), las lesiones descritas en ese dictamen, (equimosis en miembro superior derecho y absceso en pie derecho), son compatibles desde el punto de vista médico legal con haber sido producidas por la agresión descrita por el amparado de fecha 17 de mayo del 2006. Mientras que la doctora L***, Médico Asistente de los Servicios de Salud del Centro de Atención Institucional de San José, ha declarado ante esta Sala que cuando atendió al recurrente el 18 de mayo del 2006, tenía en el miembro superior derecho una equimosis (morete). Luego tenía el pie izquierdo, edematoso, hiperémico, lo que significa hinchado y rojizo, y que el mismo decía que fueron puntapiés. Agrega, que éste le indicó que lo habían golpeado en el brazo, cabeza y en el pie. Igualmente, señaló que lo que tenía el amparado no cree que fueran autolesiones sino que parecían más bien golpes. Bajo esa contundente prueba pericial especializada, este Tribunal estima que los oficiales de la Sección de Cárceles y Transportes del Organismo de Investigación Judicial lesionaron la integridad física del amparado por haber utilizado la fuerza en forma desproporcionada en su contra, el dieciséis de mayo del año en curso, oportunidad en que fue ingresado a las celdas del Segundo Circuito Judicial de San José, por lo que se debe declarar con lugar el recurso. Asimismo, estima la Sala procedente testimoniar piezas para ante el Ministerio Público a fin de que investigue si existe o no responsabilidad penal de los

involucrados en los hechos denunciados por el recurrente y poner en conocimiento del Director General del Organismo de Investigación Judicial esta resolución para lo que corresponda.²³⁸

Como podemos apreciar de la transcripción realizada, el derecho fundamental lesionado fue la integridad física del recurrente, y para ello, dadas las versiones contrapuestas existentes entre las autoridades y el particular, la Sala llegó a recibir incluso declaración de la perita médica que conoció del asunto.

- f) En caso de incomunicación, si la misma es legítima o en los casos donde haya sido legalmente decretada, si se ajusta al plazo señalado por el artículo 44 de la Constitución Política.
- g) Si la detención, medida o prisión ordenadas, se cumplen en condiciones ilegales. Respecto a este tema, encontramos un voto bastante reciente que se refiere a las condiciones en que estuvo detenido un joven menor de edad:

[...] aún cuando es posible detener a un menor de edad que se presume ha cometido un delito, no puede el Organismo de Investigación Judicial bajo la excusa de que aun no había realizado los reconocimientos físicos como parte de la estrategia de descarte a seguir y acordado por la Dirección Funcional; desatender la orden emitida del juez penal juvenil emitida desde el 23 de febrero del 2005, de trasladar al amparado al centro de Formación Penal Juvenil Zurquí, con base en lo establece el artículo 27 de la Ley de Justicia Penal Juvenil en relación con el último párrafo del numeral 58 de la citada ley transcrito en el Considerando anterior. **En efecto, al tratarse de un menor de edad, se le debe garantizar la prevalencia de varios principios específicamente desarrollados en protección de esta parte de la sociedad; entre los que está un trato de mayor consideración dadas las especiales condiciones de estos infractores cuyas mentes aun se encuentran en desarrollo. En consecuencia procede declarar con lugar el recurso y ordenar el traslado inmediato del menor al centro de Formación Penal Juvenil Zurquí, en el mismo sentido expresado por resolución de las 19:45 horas del 23 de febrero del 2005 del juez penal juvenil**

²³⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 2006-008504 de las ocho horas treinta y un minutos del dieciséis de junio de dos mil seis.

que ordenó la detención provisional del amparado R*. Por todo lo expuesto, el recurso debe declararse con lugar, ordenando el testimonio de piezas para ante el Ministerio Público a fin de que investigue la omisión en que incurrió la Delegación Regional de Heredia del Organismo de Investigación Judicial que motivó este recurso y determine lo de su cargo [...]**²³⁹ (La negrita no es del original).

En este asunto, se ordenó el traslado del joven al centro para menores, pues se le tenía privado de libertad en las celdas del OIJ, a la espera de la realización de la diligencia de reconocimiento. Por lo tanto, la detención se estaba realizando en condiciones que no eran las apropiadas, tratándose de una persona menor de edad.

- h) Si el hecho que se le atribuye al sujeto, se encuentra contemplado en la normativa existente. Este inciso hace referencia directa al tema de los procesos penales y el derecho penal sustantivo, en tanto solo se puede hablar de un hecho delictuoso en la medida en que se encuentre tipificado en la ley y no exista causa de justificación para él.

En caso de que la Sala considere ilegítima la medida otorgada por las autoridades, declarará con lugar el recurso (artículo 25 LJC). En este caso, ordenará de conformidad con el numeral 26 LJC, el restablecimiento pleno de los derechos o libertades del ofendido que hubieran sido conculcados, además de señalar el resto de los efectos de la sentencia. También condenará a la autoridad responsable a indemnizar los daños y perjuicios causados que cobraran, mediante el procedimiento previsto en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para la Ejecución de Sentencia.

Según indica el artículo 27, una vez dictadas las resoluciones, estas serán notificadas a los interesados en el lugar que a este efecto hubieran indicado. La resolución que resuelva el asunto le será notificada personalmente al ofendido, salvo que ya hubiera sido puesto en libertad o existiera imposibilidad material para hacerlo. En todo caso, el notificador dejará constancia de la situación.

Finalmente, el artículo 28 LJC contempla la posibilidad de que la gestión interpuesta, en realidad no corresponda a un hábeas corpus, sino más bien que sea un amparo lo procedente, en cuyo caso la Sala lo declarará así y podrá brindar un plazo de 72 horas, para que este realice los alegatos que considere necesarios para convertir el asunto. De no hacerlo, igualmente se

²³⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 2005-02596 de las ocho horas con treinta minutos del once de marzo de dos mil cinco.

resolverá el asunto. Además, en el caso de que la situación que genera el reclamo se encuentre razonablemente fundada en una norma, se brinda al accionante el plazo que señala el artículo 48 LJC, a fin de que proceda a realizar la conversión a una acción de inconstitucionalidad.²⁴⁰

En cuanto a los efectos que puede generar una sentencia de hábeas corpus, seguimos en este estudio la perspectiva de Hernández Valle, quien señala cuatro tipos de efectos:²⁴¹

- ❖ Jurídico materiales: Al recaer la sentencia sobre un bien determinado, cosa corporal o la conducta de personas, se generan efectos de tipo jurídico material que pueden ser:
 - **Directos**: Con repercusiones inmediatas en el Derecho Sustantivo de manera que crea, modifica o extingue las relaciones jurídicas extraprocesales:
 - En el caso de un hábeas corpus clásico que es declarado con lugar, se dejan sin efecto las medidas impugnadas y se restituye al ofendido en el pleno goce de sus derechos.
 - Si es un hábeas corpus preventivo, la sentencia le indica a la autoridad respectiva que se abstenga de realizar actos que eventualmente generen una lección a los derechos del ofendido.
 - En un hábeas corpus correctivo, la situación en que se está llevando a cabo la privación de libertad, y que atenta contra los derechos del sujeto, se debe corregir.
 - Si es un hábeas corpus restringido, la sentencia le indica a la autoridad respectiva que se abstenga de realizar actos que se han venido ejecutando en perjuicio ofendido.
 - **Indirectos**: Ocurren cuando la sentencia sin ordenarlo expresamente, genera efectos sustantivos de manera refleja. Estos efectos se generan, sin que el juez los haya ordenado voluntariamente.
 - Si el hábeas corpus es declarado sin lugar, el acto impugnado adquiere firmeza y no es posible recurrirlo nuevamente.

²⁴⁰ “ARTICULO 28. Cuando la Sala apreciare, al decidir el asunto, que no se trata de un caso de hábeas corpus sino de amparo, lo declarará así, y continuará la tramitación conforme con lo reglado en los artículos 29 y siguientes de la presente ley.

La Sala podrá concederle un término de tres días al interesado, a fin de que convierta el recurso. Si no lo hiciere, se resolverá el asunto. Cuando la Sala considere que las actuaciones u omisiones impugnadas están razonablemente fundadas en normas vigentes, se procederá en la forma prevista en el artículo 48.”

²⁴¹ Hernández Valle. Derecho Procesal Constitucional., pp. 195-201.

Se estaría ante una sentencia declarativa que impide la discusión posterior del asunto.

- Si el hábeas corpus es declarado con lugar, la responsabilidad de los jueces que han dictado el acto recurrido, es un efecto indirecto, pues el ofendido podría plantear una acción contra ellos (prevaricato o demanda de reponsabilidad).

❖ Jurídico-procesales: Son aquellos efectos que se producen debido al proceso mismo, y sin este no pueden ocurrir. Presentan dos tipos:

- Efectos declarativos: dado que no se pueden volver a plantear, la sentencia que resuelve un hábeas corpus pasa con autoridad de cosa juzgada material.
- Efecto ejecutivo: Conforme al artículo 26 in fine LJC, los daños y perjuicios que se hayan generado, se cobrarán mediante el procedimiento previsto en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso administrativa para la ejecución de sentencia, de manera que no es necesario discutir nuevamente aspectos de fondo. Hernández Valle aclara una serie de aspectos respecto a este tema, como por ejemplo, el hecho de que la condenatoria es a la institución; y que el funcionario solo sería condenado de haber obrado con dolo o culpa grave, según el artículo 199 de la LGAP, además de que se le debe haber tenido como parte en el proceso constitucional.

❖ Efectos económicos: La Ley de la Jurisdicción constitucional no prevé la condenatoria en costas (ni contra la autoridad recurrida ni contra quien gestione de mala fe). Se podría cobrar dentro del proceso contencioso administrativo.

❖ Efectos sancionatorios: Se encuentran contemplados en los artículos 71 y 72 LJC. El primero hace referencia al funcionario que, habiendo recibido una orden dictada en un amparo o hábeas corpus, y deba cumplir o hacer cumplir, no lo hace. El segundo contempla el supuesto de que se vuelva a declarar con lugar un amparo o hábeas corpus, por repetirse en daño de las mismas personas, acciones, omisiones o amenazas que ya hubieran generado la declaratoria con lugar de un amparo o hábeas corpus.

1.1.2.8.1.2 Amparo

En cuanto al amparo, tal y como se desprende del tantas veces citado artículo 48 de la Constitución Política, podemos indicar que es el procedimiento constitucional con el cual se pretende garantizar la gran

mayoría de los derechos fundamentales, y que por ello resulta ser el recurso genérico, mientras que el hábeas corpus es la especie, puesto que se refiere únicamente a la libertad e integridad personales.

La regulación del amparo se encuentra en los artículos 10 y 48 de la Constitución Política, así como en la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en el “*Título III Del recurso de amparo*”. El capítulo I de ese título se refiere al amparo contra órganos o servidores públicos, y el capítulo II trata el amparo contra sujetos de derecho privado.

En cuanto al amparo, es posible distinguir tres posibles tipos de materia que se relacionan con esta acción: i- la *materia recurrible* que es aquella contemplada en el numeral 29 LJC, y hace referencia a aquellos actos o actuaciones contra los cuales cabe interponer el amparo; ii- la *materia excluida* es decir aquellos actos o disposiciones que se encuentran expresamente excluidos de ser objeto de amparo, los cuales se encuentran consignados en el artículo 30 LJC; y iii- la *materia ajena* que por referirse a asuntos de legalidad que cuentan con procedimientos específicos, no puede ser recurrida mediante amparo.²⁴²

En cuanto a la *materia recurrible* en el caso de órganos o servidores públicos, el artículo 29 LJC indica:

ARTÍCULO 29. El recurso de amparo garantiza los derechos y libertades fundamentales a que se refiere esta ley, salvo los protegidos por el de hábeas corpus.

Procede el recurso contra toda disposición, acuerdo o resolución y, en general, contra toda acción, omisión o simple actuación material no fundada en un acto administrativo eficaz, de los servidores y órganos públicos, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de aquellos derechos. El amparo procederá no sólo contra los actos arbitrarios, sino también contra las actuaciones u omisiones fundadas en normas erróneamente interpretadas o indebidamente aplicadas.

De este artículo, se desprende cuál es el objeto de la acción de amparo, es decir, la materia recurrible que se encuentra conformada por los actos de servidores públicos que pueden ser recurridos, mediante la acción de amparo por violar o amenazar violar cualquier derecho. Ellos son fundamentalmente *disposiciones, acuerdos y resoluciones*.

²⁴² Guzmán Villalobos, Roxana y Montero Montero, Diana. Objeto y cobertura de la acción de amparo en Costa Rica. Tesis para optar por el título de Licenciadas en Derecho por la Universidad de Costa Rica, 1993, p. 174.

Sin embargo, el artículo va más allá, al reconocer también las *actividades materiales de la administración no fundadas en un acto administrativo eficaz*. En cuanto a estas, se les puede impugnar directamente, y no requieren ningún otro alegato para que se configure la posibilidad de reclamar en contra de ellas.

Pero ¿qué es un acto administrativo? Este concepto depende de la perspectiva que se adopte en torno de la actividad administrativa, ya que puede ser una *perspectiva subjetiva*, según la cual el acto es administrativo, si es emanado por un órgano de la Administración Pública; una *perspectiva material objetiva*, en donde interesa el contenido material expresado en el ejercicio concreto de la función administrativa, o por último, *la perspectiva formal subjetiva jurídica* que es una visión mixta que resulta ser la más ajustada a nuestro ordenamiento. Conforme a esta última, los actos de la administración, son realizados por la Administración Pública, los cuales son manifestación del poder público, pues existen actos de la Administración que no son muestras del poder público. Así por ejemplo, sucede con las condolencias expresadas por la Administración ante el fallecimiento de un personaje de importancia en el ámbito nacional.²⁴³ Al respecto, al estudiar el tema con vista en la normativa existente, se ha propuesto la siguiente definición de acto administrativo:

Declaración unilateral de voluntad de un órgano de la Administración Pública, en ejercicio de la función administrativa dentro de los límites legales, gozando de su potestad de imperio, que produce efectos jurídicos, directos e indirectos, concretos o generales, sean interna o externamente.²⁴⁴

No obstante, se debe aclarar que la LGAP indica que la Administración Pública comprende el *Estado y los demás entes públicos*,²⁴⁵ por lo que resulta posible señalar que las actividades administrativas realizadas por los Poderes Legislativo y Judicial, son susceptibles de ser recurridas mediante amparo, al igual que ocurre con los actos del Poder Ejecutivo.²⁴⁶

Dentro de los actos lesivos, encontramos que existen tres tipos: el acto arbitrario (el cual no tiene fundamento legal alguno), el acto fundado en una norma erróneamente interpretada y el acto fundado en una norma indebidamente aplicada. Por supuesto, en cualquiera de los supuestos, debe operar la lesión a derechos fundamentales del individuo para que se configure como acto lesivo, pues el recurso de amparo, como ya hemos visto, es garantía

²⁴³ *Ibid.*, pp. 179-181.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 183.

²⁴⁵ “Artículo 1. La Administración Pública estará constituida por el Estado y los demás entes públicos, cada uno con personalidad jurídica y capacidad de derecho público y privado.”

²⁴⁶ Guzmán Villalobos, Roxana y Montero Montero, Diana. *óp. cit.*, p. 181.

ante la lesión o amenaza de lesión de derechos fundamentales. Incluso en doctrina nacional, Murillo ha señalado que basta que exista la lesión al derecho fundamental para que el acto sea arbitrario.²⁴⁷

En cuanto al acto arbitrario, la jurisprudencia constitucional ha señalado una serie de rasgos en la comparación que ha realizado entre el acto arbitrario y acto discrecional, la cual se encuentra en la cita que transcribimos a continuación:

[...] En este punto, queda claro que aunque se califique a la actividad discrecional de la Administración como enteramente libre, en realidad su ejercicio ha de mantenerse dentro del ámbito que le es impuesto por el orden jurídico vigente, que obliga al órgano administrativo a respetar celosamente la finalidad de la norma y los respectivos valores morales que la informan (el elemento moral es fundamento indispensable de todo acto administrativo, sea éste reglado o discrecional). En consecuencia, discrecionalidad no equivale –ni puede equivaler– a arbitrariedad. La primera está rodeada de juridicidad; **la segunda de antijuridicidad**. Así, el acto administrativo discrecional es necesariamente legítimo y **el acto arbitrario, en cambio, es siempre ilegítimo**: el acto administrativo discrecional tiende a satisfacer los fines de la ley, es decir, los intereses públicos, **mientras que el acto arbitrario, aun aparentando a veces legitimidad, se aparta de la finalidad a que el acto emitido debe responder, y produce el vicio conocido como desviación de poder**. La diferencia entre acto discrecional y acto arbitrario es evidentemente teleológica. **La arbitrariedad, se ha dicho, hace caso omiso de los fines de la ley para evadirlos o contrariarlos**. Y aunque ambas –discrecionalidad y arbitrariedad– están inmersas en la noción del ejercicio de libertad, en realidad son sustancialmente diferentes, en virtud de que la primera responde al ejercicio de una libertad que se ve limitada por el fin a que debe responder el acto correspondiente, **en tanto que la segunda se corresponde con una libertad desenfrenada y mal orientada**. Consecuentemente, cualquier acto discrecional de la Administración debe ser capaz de resistir una análisis de la razonabilidad de su contenido y sus fundamentos, como es el caso de las normas previstas al emitirse un Reglamento como el que aquí nos ocupa.²⁴⁸ (La negrita no pertenece al original).

²⁴⁷ Mauro Murillo citado por Guzmán Villalobos, Roxana y Montero Montero Diana, óp. cit., pp. 186-187.

²⁴⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res: 2001-12953 San José, a las dieciséis horas con veinticinco minutos del dieciocho de diciembre de dos mil uno.

De esta manera, el acto arbitrario, según esta jurisprudencia, surge sobre todo, al momento en que se pierde de vista el fin que se pretende alcanzar, el cual debe adecuarse a la normativa. En este sentido, podemos resaltar nuevamente cómo los principios y valores propios de una democracia, adquieren particular importancia, pues si se les tiene presente, no como meros enunciados teóricos, sino como un horizonte deseable, su norte evitará que los actos de la Administración devengan arbitrarios.

En cuanto al acto fundado en una norma erróneamente interpretada, encontramos como ejemplo, un caso en que al sujeto recurrente, le fue adjudicada una licitación, pero la autoridad recurrida declaró nula la adjudicación, basándose para ello en el numeral 100 de la Ley de Administración Financiera de la República; pero sin brindarle el debido proceso al recurrente, creyendo que la mencionada norma lo autorizaba así. En este caso, la Sala Constitucional declaró con lugar el amparo, mediante resolución 1605 de las catorce horas cincuenta y ocho minutos del 9 de setiembre de 1990, indicando que el artículo en cuestión no permitía la declaratoria de nulidad del acto, sin seguir el debido proceso. Por lo tanto, la norma en cuestión había sido erróneamente interpretada.²⁴⁹

Otro supuesto es el de la norma indebidamente aplicada, según el cual, una norma que no correspondía a un caso concreto, se aplica, generando con ello lesión a derechos fundamentales. Así, el ejemplo que encontramos en la jurisprudencia,²⁵⁰ se refiere al caso de un médico veterinario que pretendía regentar una farmacia de productos exclusivamente de uso veterinario, y al cual la Fiscalía del Colegio de Farmacéuticos le aplicó únicamente la Ley General de Salud N° 5395 del 30 de octubre de 1973, según la cual los establecimientos farmacéuticos deben ser regentados por un farmacéutico incorporado al Colegio de Farmacéuticos de Costa Rica. La Sala declaró con lugar el amparo planteado, pues la autoridad recurrida obvió que conforme con la Ley 3455 del 14 de octubre de 1964 del Colegio de Médicos Veterinarios, es posible que un médico veterinario ejerza la regencia de un establecimiento farmacéutico que solo expendía productos veterinarios, y para ello debe pronunciarse el Colegio de Farmacéuticos, lo cual no había ocurrido en el caso concreto.

Otro de los supuestos en donde procede el amparo, es el relativo a la simple actuación material no fundada en un acto administrativo eficaz. Es importante aclarar que esta surge de la ejecución de un acto administrativo, sea mediante las vías de hecho (supuesto contemplado en el artículo 357

²⁴⁹ Así citado en Guzmán Villalobos Roxana y Montero Montero Diana, *óp. cit.*, pp. 192-193.

²⁵⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 543-90 de las dieciséis horas del dieciocho de mayo de mil novecientos noventa, citado por Guzmán Villalobos, Roxana y Montero Montero, Diana, *óp. cit.*, pp. 191-192.

LGAP, en donde la administración transgrede los límites de la ejecutoriedad, al llevar a cabo actos ineficaces o absolutamente nulos, conforme con los diversos supuestos que contempla la Ley General de Administración Pública, relativo a la ineficacia o nulidad de los actos²⁵¹) o bien, mediante coacción directa (hipótesis en que la Administración realiza una actividad material, sin que exista un acto previo escrito, sino una simple orden de ejecución²⁵²). En ambos casos, se considera que se está ante una actuación material no fundada en un acto administrativo eficaz, y por ello, se puede plantear el amparo.

La Sala Constitucional, se ha referido a este tema en un caso donde se planteaba el reclamo de una persona que recibía pensión de Hacienda y salario por parte de otro Ministerio, por lo que el Ministerio de Hacienda procedió a retener la pensión, sin que existiera un acto administrativo que permitiera esa retención:

III.- Sobre La Coacción Ilegítima De La Administración. La expresión más acabada de la coacción administrativa ilegítima es la vía de hecho. Dicha institución, desde una perspectiva sustantiva, puede ser definida como una actuación material ilícita de una Administración Pública que afecta o daña, directa o reflejamente, los derechos fundamentales del administrado. En este sentido el artículo 357 de la Ley General de Administración Pública, al referirse a las vías de hecho, las define como “[...] *las simples actuaciones materiales de la Administración, no fundadas en un acto administrativo eficaz [...]*”. Dentro de las hipótesis de la coacción administrativa ilegítima o de las simples actuaciones materiales se encuentran los siguientes: a) cuando no existe un acto ejecutorio de base válido y eficaz, dictado en el ejercicio de la autotutela declarativa de la Administración, que le da cobertura a las actuaciones materiales o técnicas; b) cuando se produce un exceso en la ejecución del acto administrativo y se va más allá de la habilitación que brinda éste; c) cuando no existe un servicio público autorizado por el ordenamiento jurídico que justifique el despliegue de las actuaciones materiales; d) cuando no existe una situación de hecho que justifique el ejercicio de la coacción directa para la autodefensa administrativa, prevenir los delitos o mantener el orden público; e) cuando no median circunstancias anormales o excepcionales que justifiquen la sustitución o desaplicación provisional del ordenamiento jurídico vigente por uno adecuado a aquellas (estado de necesidad o de urgencia administrativos). Por consiguiente, habrá vía de hecho cuando la Administración Pública ejerce coacción sin un acto

²⁵¹ Guzmán Villalobos, Roxana y Montero Montero, Diana, óp. cit., pp.194-196.

²⁵² Ibídem, p. 199.

administrativo o un servicio público que le otorgue cobertura o fundamento, o bien, si no median las circunstancias propias que motivan el ejercicio de la coacción directa o anómala. Cuando se trata de las Administraciones Públicas, el principio general es que sólo resultan legítimas las actuaciones opuestas a los derechos o intereses del administrado cuando son ejecución fiel y directa de un acto administrativo previo, el cual tiene que estar fundado en una potestad abstracta, concedida a la Administración por una norma expresa, sea una ley formal o un reglamento ejecutivo en virtud de los principios de legalidad y de reserva de ley. Adicionalmente, entre el acto de ejercicio de la potestad y su ejecución debe mediar, para legitimar a la última, otra potestad que autorice la ejecución.²⁵³

Según se evidencia de la anterior cita, las actuaciones que afectan derechos o intereses de los sujetos, resultan legítimas en tanto estén fundadas en un acto administrativo eficaz. Si no lo están, lesionan derechos fundamentales y, por ello, se puede plantear contra ellas el amparo.

Otra forma en que pueden ocurrir las lesiones a los derechos fundamentales de las personas, son las llamadas *omisiones* que hacen referencia a la inactividad. Esta puede ser material (un no hacer de la administración en el marco de su competencia ordinaria)²⁵⁴ o puede ser formal (ocurre cuando la Administración no contesta ante una petición o reclamo planteado por la persona en un procedimiento específico).²⁵⁵ En cuanto al segundo caso, operan aquí los llamados “silencios” de la administración, según los cuales, transcurrido un período señalado por ley, la persona puede tener por contestada su petición. El silencio se considera negativo, conforme con lo preceptuado en el artículo 261 de LGAP, cuando ha transcurrido un plazo de dos meses, sin que la Administración se pronuncie, aun cuando el procedimiento incluye una fase de revisión posterior de un mes.

Por el contrario, se tiene por positiva la respuesta, cuando la ley expresamente, indique el caso concreto como sometido a silencio positivo, o ante solicitudes de autorización, aprobación, permisos y licencias que no se hayan resuelto en el plazo de un mes, de conformidad con los artículos 330 y 331 LGAP. En lo que nos interesa, es importante resaltar que el silencio

²⁵³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res: 2005-08312, a las dieciséis horas con veintisiete minutos del veintiocho de junio de dos mil cinco.

²⁵⁴ Acerca de las omisiones de la Asamblea Legislativa, en relación con su función primordial de dictar leyes, el tema se tratará al momento de analizar la acción de inconstitucionalidad, pues considero que el artículo 73 incs. a) y f) lo contemplan expresamente. Véase, pp. 167-172.

²⁵⁵ Alejandro Nieto citado por Guzmán Villalobos, Roxana y Montero Montero, Diana, óp. cit., pp. 205-206.

negativo puede generar lesiones a los derechos fundamentales, y por lo tanto, puede ser objeto de una acción de amparo.

Sin embargo, es necesario tomar en cuenta que, en relación con el derecho de petición contenido en el artículo 27 de la Constitución Política, el artículo 32 LJC, indica que en los casos en donde no exista expresamente un plazo señalado para contestar, la violación del derecho fundamental se tiene por configurada, después de diez días hábiles sin respuesta. En cuanto a este tema, ha dictado la Sala la siguiente jurisprudencia:

IV.- Por el contrario, advierte la Sala que en la especie sí se ha lesionado en perjuicio del recurrente, los derechos de petición y pronta resolución y de justicia pronta y cumplida, por cuanto a la fecha de interposición de este recurso de amparo, sea el nueve de setiembre del dos mil, habían transcurrido más de cinco meses y la solicitud de agotamiento de vía administrativa que presentó desde el cinco de abril pasado, aún no había sido resuelta expresamente, ni se le había informado al respecto. Sobre este alegato, considera el recurrido que el accionante puede utilizar el silencio administrativo para hacer valer sus pretensiones en los tribunales de justicia, sin que pueda interpretarse entonces que su negativa en pronunciarse sea violatoria de lo dispuesto en el artículo 27 Constitucional. Sin embargo, no puede avalar la Sala ese criterio, en el sentido de que es un privilegio de la Administración guardar silencio frente a los requerimientos que le dirigen los administrados para dar por agotada la vía administrativa. El sentido correcto de la libertad de petición, debe concebirse como el derecho de toda persona a dirigirse, sea en forma individual o colectiva, ante la Administración y el correlativo deber jurídico de ésta, de contestar a las pretensiones de los interesados, no importa cómo, pero contestando siempre. El silencio de la Administración no es entonces en derecho a su favor, es una garantía para los particulares, que tiene como objeto evitar que se haga nugatorio el derecho fundamental a obtener pronta respuesta de parte de la Administración, es decir, evitar a todo trance, que los administrados sean injustamente agraviados en sus derechos y en forma indefinida, por la inactividad de quien debe resolver sus requerimientos. Es por ello que los efectos del silencio negativo de la Administración únicamente son procesales, dejando expedito el camino de los tribunales de

²⁵⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res: 2000-09462 a las ocho horas con treinta y cuatro minutos del veintisiete de octubre de dos mil.

justicia, para que puedan acudir a ellos los agraviados, en defensa de sus intereses legítimos.²⁵⁶

La perspectiva del voto recién citado, nos parece correcta, pues de otra manera el derecho de petición se convertiría en una simple declaración carente de eficacia práctica.

Otro aspecto por considerar es la posibilidad de plantear un amparo contra las *amenazas* de violación de derechos fundamentales, de conformidad con el artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. El fundamento de esta opción se encuentra en el hecho de que sería ilógico que si se puede evitar el daño ante la amenaza inminente, se deba esperar a sufrirlo para poder reclamar por la lesión sufrida. Estamos entonces ante un amparo que opera a nivel preventivo, pero en torno al cual se requieren dos condiciones que deben tomarse en cuenta: que el hecho lesivo sea inminente y que exista prueba de la amenaza recibida.²⁵⁷

Asimismo, la doctrina²⁵⁸ ha considerado que el amparo procede contra las llamadas *leyes autoaplicativas*, pues estas no se encuentran incluidas en el numeral 30 LJC que enumera los supuestos en que no procede el amparo. En cuanto a este tema, Ignacio Burgoa ha señalado que las leyes autoaplicativas son aquellas leyes que pueden agraviar, desde que entran en vigor, sin que exista acto de autoridad que lo aplique a un asunto en particular.²⁵⁹ También el tratadista Bidart Campos se ha referido al tema, indicando cuándo una ley goza de ese carácter:

[...] ¿Cuándo la ley es operativa? Suelen señalarse tres casos fundamentales: a.-cuando por la sola promulgación reviste carácter inmediatamente obligatorio; b.-cuando lleva en sí principio de ejecución; c.-cuando comprende a personas determinadas en circunstancias concretas.²⁶⁰

También se considera que procede el amparo contra los llamados *actos de gobierno*, ya que en tanto no se excluyan expresamente de la aplicación del amparo, se encuentran incorporados a la materia recurrible. De conformidad con la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en su artículo 4.b), los actos de Gobierno son aquellos actos referentes a la relación entre los Poderes del Estado y los actos con motivo de la conducción de relaciones internacionales del Estado. Así también lo ha indicado la doctrina

²⁵⁷ Guzmán Villalobos, Roxana y Montero Montero, Diana, óp. cit., pp. 213-215.

²⁵⁸ Hernández Valle, Derecho Procesal Constitucional, p. 208.

²⁵⁹ Burgoa citado por Guzmán Villalobos, Roxana y Montero Montero, Diana, óp. cit., p. 217.

²⁶⁰ Bidart Campos citado Guzmán Villalobos, Roxana y Montero Montero, Diana, óp. cit., pp. 218-219.

nacional.²⁶¹ No obstante, también Suñol Prego ha indicado como ejemplos de actos de gobierno, los siguientes:²⁶²

- ❖ Los propios del Jefe de Estado señalados en el artículo 139 de la Constitución Política (nombramiento de ministros de Estado, representación de la Nación en actos oficiales, mando de las fuerzas públicas, mensaje presidencial al inicio del período anual de sesiones, solicitud de permiso a la Asamblea Legislativa para salir del país).
- ❖ En materia de relaciones internacionales (firma de tratados, actos de guerra, relaciones diplomáticas, relaciones con organismos internacionales).
- ❖ Relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo (todo lo relacionado con la iniciativa de las leyes y su respectiva formación).
- ❖ Referidos a la seguridad interna y externa del Estado (declaración de Estado de Defensa Nacional, suspensión de garantías, reclutamientos, medidas de facto extraordinarias para proteger la integridad territorial, soberanía o población del país).
- ❖ Actos no incluidos por la doctrina como rompimiento de huelgas o medidas de seguridad, en razón de visitas de personalidades.

Como vemos, exceptuando la última categoría, las demás efectivamente coinciden con aquellos actos que la doctrina, mayoritariamente, ha indicado son actos de gobierno, y que consideramos ajustados a nuestro ordenamiento, conforme vimos líneas atrás indica en el artículo 4, inc. b) LRJCA.

Al igual que ocurre con los actos de Gobierno, encontramos que a los llamados *actos legislativos*, no se les excluye de la competencia del amparo, y por ende son susceptibles de ser recurridos mediante este. Los actos legislativos son [...] acuerdos que toma la Asamblea Legislativa en el uso de las atribuciones que le confieren los incisos 2, 3, 5, 6, 7, 8, 10, 12, 16, 22, 23, 24 del artículo 121 de la Carta Política, los cuales se votan en una sesión y deben publicarse en la Gaceta.²⁶³ Su ubicación normativa se encuentra en el artículo 124 de la Constitución, el cual aclara que su naturaleza legislativa es diferente de la naturaleza de las leyes y demás disposiciones normativas, aun cuando materialmente, se encuentran enunciados en ciertos incisos del artículo 121. Veamos ambas normas en lo que interesan:

Artículo 124.— [...] No tendrán carácter de leyes ni requerirán, por tanto, los trámites anteriores, los acuerdos tomados en uso de las atribuciones enumeradas en los incisos 2), 3), 5), 6), 7), 8), 9), 10), 12), 16), 21), 22), 23) y 24) del artículo 121 así como el acto

²⁶¹ Hernández Valle. Derecho Procesal Constitucional, p. 210.

²⁶² Suñol Prego citado por Guzmán Villalobos, Roxana y Montero Montero, Diana, óp. cit., p. 224.

²⁶³ Hernández Valle. Derecho Procesal Constitucional. p. 211.

legislativo para convocar a referéndum, los cuales se votarán en una sola sesión y deberán publicarse en La Gaceta. [...]

ARTÍCULO 121.- Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa: [...]

2) Designar el recinto de sus sesiones, abrir y cerrar éstas, suspenderlas y continuarlas cuando así lo acordare;

3) Nombrar los Magistrados propietarios y suplentes de la Corte Suprema de Justicia; [...]

5) Dar o no su asentimiento para el ingreso de tropas extranjeras al territorio nacional y para la permanencia de naves de guerra en los puertos y aeródromos;

6) Autorizar al Poder Ejecutivo para declarar el estado de defensa nacional y para concertar la paz;

7) Suspender por votación no menor de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, en caso de evidente necesidad pública, los derechos y garantías individuales consignados en los artículos 22, 23, 24, 26, 28, 29, 30 y 37 de esta Constitución. [...];

8) Recibir el juramento de ley y conocer de las renunciaciones de los miembros de los Supremos Poderes, con excepción de los Ministros de Gobierno; resolver las dudas que ocurran en caso de incapacidad física o mental de quien ejerza la Presidencia de la República, y declarar si debe llamarse al ejercicio del Poder a quien deba sustituirlo;

9) Admitir o no las acusaciones que se interpongan contra quien ejerza la Presidencia de la República, Vicepresidentes, miembros de los Supremos Poderes y Ministros Diplomáticos, declarando por dos terceras partes de votos del total de la Asamblea si hay o no lugar a formación de causa contra ellos, poniéndolos, en caso afirmativo, a disposición de la Corte Suprema de Justicia para su juzgamiento;

10) Decretar la suspensión de cualquiera de los funcionarios que se mencionan en el inciso anterior, cuando haya de procederse contra ellos por delitos comunes; [...]

12) Nombrar al Contralor y Subcontralor Generales de la República; [...]

16) Conceder la ciudadanía honorífica por servicios notables prestados a la República, y decretar honores a la memoria de las personas cuyas actuaciones eminentes las hubieran hecho acreedoras a esas distinciones; [...]

21) Otorgar por votación no menor de las dos terceras partes de la totalidad de sus miembros, amnistía e indulto generales por

delitos políticos, con excepción de los electorales, respecto de los cuales no cabe ninguna gracia;

22) Darse el Reglamento para su régimen interior, el cual, una vez adoptado, no se podrá modificar sino por votación no menor de las dos terceras partes del total de sus miembros;

23) Nombrar Comisiones de su seno para que investiguen cualquier asunto que la Asamblea les encomiende, y rindan el informe correspondiente. [...]

24) Formular interpelaciones a los Ministros de Gobierno, y además, por dos tercios de votos presentes, censurar a los mismos funcionarios, cuando a juicio de la Asamblea fueren culpables de actos inconstitucionales o ilegales, o de errores graves que hayan causado o puedan causar perjuicio evidente a los intereses públicos.

Se exceptúan de ambos casos, los asuntos en tramitación de carácter diplomático o que se refieran a operaciones militares pendientes.

Como vemos, los supuestos aquí contemplados se refieren a acciones de la Asamblea Legislativa, en donde pueden violentar derechos fundamentales de personas. Por ello, el hecho de que estos supuestos puedan ser examinados mediante el amparo, resulta ser una auténtica garantía para la democracia. El ejemplo más evidente, se da en cuanto al accionar de las comisiones de investigación que han sido objeto de amparo en varias ocasiones. Al respecto de este tema, la Sala Constitucional ha indicado:

Es preciso recalcar que ninguna persona es llamada a declarar ante una Comisión Investigadora en calidad de acusado, sino como simple compareciente, a fin de interrogarla para obtener información sobre los hechos objeto de investigación. Tampoco se imponen sanciones o penas, en los términos del artículo 39 de la Constitución Política, ya que las recomendaciones que en el informe o los informes elaborados por la Comisión o, en su caso, a las que se llegue en el Plenario de la Asamblea Legislativa, no son más que eso, de modo que no son vinculantes y de ellas no se derivan, directamente, consecuencias jurídicas de ningún tipo para los servidores públicos o los particulares, aún cuando puedan tener un peso social o político innegable y, a la postre, resultar altamente gravosas para la persona, o desencadenar un procedimiento -aún disciplinario- en contra del involucrado en la investigación legislativa, caso en el que necesariamente el órgano encargado deberá respetar en un todo el debido proceso -incluso el derecho de defensa como uno de sus derivados-. **Todo lo anterior implica que, en el trámite de la investigación no es obligatorio observar plenamente las garantías del**

debido proceso, en sentido estricto, mas sí respetarse, en forma absoluta, los derechos fundamentales de los que comparecen ante ella, conforme lo que se dirá más adelante. Es preciso aclarar, además, que las Comisiones Investigadoras no son tribunales especiales creados para el juzgamiento de una persona en particular -lo que está prohibido expresamente por el artículo 35 constitucional-, sino órganos encargados de la investigación de un asunto específico, cuyo resultado se plasma en uno o más informes, según sea el caso. **Así las cosas, los actos preparatorios realizados por la Comisión no son susceptibles, en principio, de recurso ante esta Sala, excepto que constituyan actos separables que, por sí mismos, causen o amenacen causar lesiones a los derechos fundamentales de un sujeto en concreto.** [...] por no ser la actividad de la Comisión un proceso jurisdiccional, disciplinario o sancionatorio, en contra de persona en concreto, no está sujeta a las formalidades propias de esos procesos, ni le son aplicables los principios generales que a ellos informan, salvo cuando -por producir actos propios o separables- se trate de la protección de un derecho fundamental en los términos dichos.²⁶⁴ (La negrita no pertenece al original).

En este caso en particular, el impugnante alegaba que se le había violentado el debido proceso y el derecho de defensa, pues sin que se le hubiera imputado cargo alguno ni darle oportunidad de defensa, la Comisión investigadora brindó recomendaciones específicas en relación con su persona, las cuales eran sumamente gravosas. La Sala, por su parte, contestó que por tratarse de la investigación de hechos y no personas, no era necesario que se respetara el debido proceso, sino únicamente los derechos fundamentales de las personas.

La posición planteada en esta jurisprudencia, resulta totalmente incompatible con el principio de dignidad del ser humano, así como el principio Pro Homine; además es contradictoria en sí misma, pues si el debido proceso es un derecho fundamental, ¿cómo se puede seguir un procedimiento, aunque sea político, donde se brinden recomendaciones sobre una persona, sin que esta pueda ejercer su derecho de defensa, subprincipio del debido proceso? Afortunadamente, existe jurisprudencia posterior a esta, donde la posición de la Sala varió de manera radical:

V.- Sobre las violaciones alegadas.- En el caso del amparado, a quien la Comisión Investigadora de las Irregularidades Cometidas en el Banco Anglo le imputó negligencia en el

²⁶⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 1997-01898 de las trece horas con dieciocho minutos del cuatro de abril de mil novecientos noventa y siete.

ejercicio de sus funciones públicas, observa la Sala que nunca se le citó para comparecer ante esa Comisión, no tuvo oportunidad alguna para referirse a los hechos u omisiones que se le atribuyeron, ni de explicar sus actos y al analizar lo actuado, a la luz de lo que viene dicho, la recomendación impugnada resulta a juicio de la Sala desproporcionada en relación con la negligencia atribuida al recurrente, aspectos que tienen que ver con la interpretación de los alcances del acto “tomar nota”, al que no se le ha dado un alcance jurídico, y en virtud de ello se limita indefinidamente su derecho de acceder a cargos públicos. Por lo expuesto, estima la Sala que la recomendación impugnada es contraria al principio de razonabilidad y lesiona el derecho que tiene el amparado a la defensa y de acceder, como cualquier ciudadano, a un cargo público. En consecuencia, el recurso deberá ser declarado con lugar, como en efecto se dispone, con las consecuencias que en la parte dispositiva se dirán.²⁶⁵

Tal y como explicamos anteriormente, existen ciertos actos, resoluciones o disposiciones que, por decisión del legislador, no son susceptibles de ser conocidos mediante amparo. Son *materia excluida* y se encuentran enunciados en el artículo 30 LJC:

ARTICULO 30. No procede el amparo:

- a) Contra las leyes u otras disposiciones normativas salvo cuando se impugnen conjuntamente con actos de aplicación individual de aquellas, o cuando se trate de normas de acción automática, de manera que sus preceptos resulten obligatorios inmediatamente por su sola promulgación, sin necesidad de otras normas o actos que los desarrollen o los hagan aplicables al perjudicado.
- b) Contra las resoluciones y actuaciones jurisdiccionales del Poder Judicial.
- c) Contra los actos que realicen las autoridades administrativas al ejecutar resoluciones judiciales, siempre que esos actos se efectúen con sujeción a lo que fue encomendado por la respectiva autoridad judicial.
- ch) Cuando la acción u omisión hubiere sido legítimamente consentida por la persona agraviada.
- d) Contra los actos o disposiciones del Tribunal Supremo de Elecciones en materia electoral.

²⁶⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 03967-98 de las once horas con cuarenta y un minutos del doce de junio de mil novecientos noventa y ocho.

Como vemos existen diversos supuestos en donde no procede la acción de amparo, siendo el primero de ellos, el referente a leyes o disposiciones normativas.

Señala Hernández Valle que por ley se entiende el acto normativo dictado por la Asamblea Legislativa y sancionado por el Poder Ejecutivo. Aclara este autor que en este inciso, se encuentran contemplados los tratados internacionales así como los actos con valor de ley que en Costa Rica se refieren a los decretos de facto dictados por la Junta Fundadora de la Segunda República, así como los decretos de urgencia que podrían dictarse por motivos de urgencias.²⁶⁶

Sin embargo, el artículo recién citado permite que se pueda plantear el amparo, cuando las disposiciones normativas se impugnen conjuntamente con actos de aplicación individual. Por lo tanto, encontramos aquí una primera excepción al principio, según el cual no es posible plantear el amparo contra leyes. Por ejemplo: en un caso concreto se aplica la normativa que compete al caso, pero al aplicarla, se violentan derechos fundamentales. Por ello, es posible interponer el amparo contra el acto de aplicación individual, conjuntamente con las disposiciones normativas.

Es importante tomar en cuenta, en este caso, el contenido del artículo 48 LJC según el cual, se deberá suspender la tramitación del amparo, a fin de otorgar un plazo de quince días hábiles para que el recurrente formalice la acción de inconstitucionalidad. Además, según ha indicado la jurisprudencia constitucional,²⁶⁷ la Sala deberá resolver la inconstitucionalidad alegada, previa al amparo, pues en el fondo lo que existe es un alegato de inconstitucionalidad de la norma que, de conformidad con la Ley de la Jurisdicción Constitucional, debería plantearse mediante la acción de inconstitucionalidad. En todo caso, el artículo 37LJC permite que aun si no se alega en contra de las disposiciones normativas, se pueda plantear el amparo contra el acto lesivo que violenta algún derecho fundamental del reclamante.

La otra excepción que se prevé al principio, según la cual no es posible plantear el amparo contra leyes, son las llamadas leyes autoaplicativas a las cuales nos referimos anteriormente.²⁶⁸

El segundo supuesto contra el que no procede el amparo, es el de los actos y resoluciones jurisdiccionales, aunque sí procede contra actos de

²⁶⁶ Hernández Valle, Derecho Procesal Constitucional, p. 223.

²⁶⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 2369-91 de las diez y treinta horas del ocho de noviembre de mil novecientos noventa y uno citada por Hess Araya Cristian y Brenes Esquivel Ana Lorena. Ley de la Jurisdicción Constitucional. Anotada, concordada y con jurisprudencia procesal. San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 2001, p. 205

²⁶⁸ Véase p. 147.

naturaleza administrativa dictados por órganos del Poder Judicial, pues en ese supuesto, no está cumpliendo su papel jurisdiccional. La exclusión de control mediante amparo de los actos jurisdiccionales, ha sido cuestionada a través de diversas acciones de inconstitucionalidad contra el inciso b) del artículo 30, las cuales han sido declaradas sin lugar.²⁶⁹ Sin embargo, la Sala Constitucional sí ha admitido amparos planteados contra autoridades jurisdiccionales, en casos de omisión de resolver, lo cual consideramos es correcto:

Aun cuando las actuaciones y resoluciones jurisdiccionales no constituyen materia amparable en los términos del artículo 30 inc. b) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la jurisprudencia de la Sala los ha admitido en casos de omisión, en los que se acuse injustificada e irrazonable dilatoria en el trámite de los asuntos sometidos al cuidado de un juzgador, por mediar una posible violación del derecho fundamental de los ciudadanos a una justicia pronta y cumplida (numeral 41 de la Constitución Política).²⁷⁰

El tercer supuesto se encuentra estrechamente ligado con el anterior, y es el relativo a los actos con los que las autoridades administrativas, ejecutan las resoluciones judiciales, pues si se permite el amparo contra estos actos, se estaría recurriendo indirectamente la resolución jurisdiccional. Por ejemplo: si se ordena un desalojo por parte de la autoridad jurisdiccional en un asunto, y a la hora en que la policía administrativa va a ejecutarlo, la parte afectada plantea un amparo contra esa ejecución, lo que estaría cuestionando mediante el amparo de manera indirecta, sería la resolución judicial que ordena el desalojo.

La cuarta hipótesis se refiere a los actos consentidos, es decir, aquellos actos que han adquirido firmeza por haber sido admitidos por el interesado, quien no los objetó oportunamente. En cuanto a este tema, a fin de comprender en qué sentido se habla de actos consentidos, debemos analizar el artículo 35 LJC, el cual hace referencia a este supuesto:

ARTICULO 35. El recurso de amparo podrá interponerse en cualquier tiempo mientras subsista la violación, amenaza, perturbación o restricción, y hasta dos meses después de que hayan cesado totalmente sus efectos directos respecto del perjudicado.

²⁶⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. n° 3988-92 de las quince horas y treinta y nueve minutos del quince de diciembre de mil novecientos noventa y dos.

²⁷⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 4126-97 de las dieciocho horas y seis minutos del dieciséis de julio de mil novecientos noventa y siete.

Sin embargo, cuando se trate de derechos puramente patrimoniales u otros cuya violación pueda ser válidamente consentida, el recurso deberá interponerse dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que el perjudicado tuvo noticia fehaciente de la violación y estuvo en posibilidad legal de interponer el recurso.

De esta manera, aun cuando en materia de derechos fundamentales, la prescripción no existe, en nuestra normativa se optó para que, transcurrido el plazo de dos meses, a partir del momento en que cesan los efectos directos de la lesión, ya no sea posible su defensa mediante el procedimiento constitucional de amparo.

Además, este plazo todavía puede ser menor en aquellos casos de derechos fundamentales de carácter patrimonial o de derechos, cuya lesión pueda ser consentida por su poseedor, pues en esa hipótesis, el plazo corre a partir del momento en que el sujeto tuvo conocimiento de la lesión al derecho y gozó de la posibilidad legal de plantear el recurso de amparo. Transcurrido el plazo de dos meses, desde el momento en que operen ambas condiciones, sin que el sujeto haya reclamado, el acto se tendrá por consentido.

Sin embargo, de conformidad con el numeral 36 LJC, subsiste la posibilidad de reclamar la lesión del derecho fundamental, mediante la vía legalmente prevista para ello, si es que la hubiera. Al respecto de este tema, la jurisprudencia constitucional ha indicado:

Una de las condiciones de inadmisibilidad del amparo en general la constituye el hecho de que el presunto agraviado haya consentido legítimamente el hecho (artículo 30 inciso ch. de la LJC, con relación al numeral 65 ibídem). Ese consentimiento puede ser expreso o tácito, este último como resultado del hecho de que no se ejerzan en tiempo y forma, los remedios legales al alcance del ofendido para obtener la tutela de su derecho, todo lo cual conduce a la inadmisibilidad de la acción (artículos 21.1.a y 60 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, supletoriamente aplicables por disposición del ordinal 14 de la LJC.²⁷¹

El último de los casos en que no procede el amparo ante la Sala Constitucional, es el relativo a los actos o disposiciones del Tribunal Supremo de Elecciones en materia electoral. Respecto a este inciso, se han planteado acciones de inconstitucionalidad, pero han sido declaradas

²⁷¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 7643-97 de las doce horas, cincuenta y cuatro minutos del catorce de noviembre de mil novecientos noventa y siete citada por Hess Araya Cristian y Brenes Esquivel, Ana Lorena, Ley de la Jurisdicción Constitucional, Anotada, concordada y con jurisprudencia procesal, p. 167

sin lugar, manteniendo que este inciso se ajusta a la Constitución. Para ello, alegan que, en materia electoral, el intérprete auténtico es el Tribunal Supremo de Elecciones, por lo que no puede otra jurisdicción, ni siquiera la constitucional, fiscalizar sus actuaciones, aun en el supuesto de lesiones a derechos fundamentales.²⁷² Es decir, el amparo existe en materia electoral, pero ante el Tribunal Supremo de Elecciones en su condición de intérprete auténtico en esa materia. Eso sí, la Sala Constitucional puede llegar a conocer de aquellas situaciones que violenten derechos fundamentales, siempre y cuando el mismo Tribunal Supremo de Elecciones, indique que dichas situaciones escapan a su competencia.²⁷³

Tanto en relación con los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, como con la materia electoral, nos parece improcedente que sean excluidos de la garantía constitucional del amparo ante la Sala Constitucional, pues al fin y al cabo, aun cuando se traten de funciones específicas que les han sido confiadas a determinados órganos, lo cierto es que en el ejercicio de esas funciones, igual que ocurre con el resto de órganos del Estado, pueden vulnerar derechos fundamentales. Ciertamente, estamos conscientes de que los mecanismos de control, deben tener un límite, pues no resulta viable ni lógico ejercer “un control del control” *ad infinitum*. Sin embargo, aunque exista el control constitucional del amparo para el resto de acciones u omisiones de los funcionarios públicos, no se ha justificado la excepción que se hace, en cuanto a actividad jurisdiccional o electoral.

Finalmente, es importante resaltar que existen actos que corresponden a competencias materiales específicas, por lo que al existir mecanismos determinados para su protección, no pueden ser objeto de amparo: son *materia ajena* a la jurisdicción constitucional.²⁷⁴ Un ejemplo típico de estos son los amparos presentados por violación de derechos laborales, en los cuales se remite al recurrente a la vía ordinaria para que se dilucide el conflicto.

En cuanto al procedimiento de tramitación de un amparo, de conformidad con el artículo 33 LJC, la acción de amparo puede ser planteada por cualquier persona. De acuerdo con el numeral 34 LJC, el amparo procede contra el servidor o el titular del órgano que aparezca como presunto autor del agravio. En el supuesto de que hubieran actuado por órdenes de un superior,

²⁷² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 3194-92 de las dieciséis horas del veintisiete de octubre de mil novecientos noventa y dos.

²⁷³ En este sentido, ver resoluciones de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 3457-96 de las quince horas cincuenta y un minutos del nueve de julio de mil novecientos noventa y seis. Además, las siguientes resoluciones del mismo órgano jurisdiccional: 2150-92 a las doce horas del día ocho de agosto de mil novecientos noventa y dos y 2456-92 de las once horas, dieciséis minutos del día veintiuno de agosto de mil novecientos noventa y dos.

²⁷⁴ Guzmán Villalobos, Roxana y Montero Montero, Diana, óp. cit., p. 174.

el recurso se tendrá por interpuesto contra ambos. Si se ignora la identidad del sujeto responsable, se planteará contra el superior.

Al igual que con el hábeas corpus, según el artículo 38 LJC, prevalece en la tramitación del amparo, el principio de informalidad y gratuidad, de manera que incluso se pueden poner en conocimiento de la Sala, el reclamo (incluyendo el hecho u omisión que lo genera, el derecho que se considera violado, la norma en caso de instrumentos internacionales, el nombre de la persona u órgano recurrido y las pruebas), mediante telegrama. En caso de que el memorial en que se plantee, no reúna los requisitos solicitados o bien resulte oscuro, se prevendrá al recurrente para que, en un plazo de tres días, corrija el defecto, y en caso de que no lo haga, será rechazado de plano. (Art. 42 LJC).

En cuanto a los efectos de la interposición del amparo, en el artículo 41 LJC se indica claramente que no suspende los efectos de las leyes u otras disposiciones normativas, pero sí su aplicación al recurrente así como los actos impugnados. Sin embargo, cuando la suspensión genere daños o perjuicios ciertos e inminentes al interés público, mayores que la lesión del recurrente, la Sala podrá autorizar la ejecución del acto impugnado, tomando las medidas cautelares necesarias para evitar la lesión a los derechos del amparado. Tanto la ejecución del acto impugnado, como las medidas cautelares dictadas, pueden ser cesadas por orden de la Sala.

Cuando proceda dar curso al amparo, la Sala pedirá a la autoridad recurrida que brinde informe sobre los hechos u actos cuestionados, en un plazo de uno a tres días, pudiendo solicitar también la documentación del caso. El informe se considerará dado bajo juramento con todas las consecuencias que ello conlleva. Si el informe no se brinda, se tendrán por ciertos los hechos y se procederá a resolver el amparo. (Arts. 43, 44 y 45 LJC).

Si del informe se determina la veracidad del cargo, se declara con lugar el amparo. Caso contrario, se podrán ordenar en un plazo de tres días, la recepción de pruebas que se consideren necesarias, así como la realización de una audiencia oral de la que se levantará acta. (Art. 46 LJC).

El artículo 48 LJC indica que si se considera que el acto u omisión generador de la lesión, se encuentra fundado razonablemente en normas vigentes, se suspenderá la tramitación mediante resolución fundada, en donde se otorgará al recurrente quince días para que plantee la acción de inconstitucionalidad contra la norma. Si no lo hace, se archivará el expediente.

El amparo será tramitado por el presidente de la Sala o por quien él designe, teniendo prioridad sobre el resto de procesos constitucionales a

excepción del hábeas corpus. A fin de cumplir con la celeridad, los plazos serán perentorios e improrrogables salvo en el caso de que la Sala decida realizar algún tipo de diligencia. (Arts. 39 y 47 LJC).

En cuanto a los efectos de una sentencia estimatoria de amparo, los artículos 49 y 50 LJC contemplan diversas hipótesis:

- Si el acto es de carácter positivo, la sentencia restituirá o garantizará el pleno goce de sus derechos al agraviado, procurando restablecer las cosas al estado previo a la lesión.
- En el caso de que la autoridad recurrida hubiera denegado un acto o fuera una omisión, la sentencia le otorgará un plazo prudencial perentorio para que lo realice.
- En caso de que se le ordene a la autoridad que reglamente, cumpla o ejecute una ley u otra disposición, tendrá dos meses para hacerlo.
- En los supuestos de meras conductas, actuaciones materiales o amenazas, se ordenará su cese inmediato, así como la orden de evitarlos a futuro.
- La Sala podrá ordenar cualquier otro efecto que considere pertinente.
- En el supuesto de que los efectos de la lesión ya hubieran terminado, o ya se hubieran dado de manera que no sea posible el restablecimiento del derecho, se prevendrá a la autoridad recurrida que no vuelva a incurrir en la misma conducta que originó el amparo.
- Incluye la condena en abstracto de los daños y perjuicios causados y el pago de costas, que podrán ser liquidados mediante ejecución de sentencia. Corresponde a la Sala Constitucional la ejecución de las sentencias, exceptuando lo relativo a liquidación e indemnizaciones, los cuales se harán en la vía contencioso administrativa. (Art. 56 LJC).
- En el caso de que la actuación recurrida sea suspendida, revocada o detenida, la sentencia se declarará con lugar para la indemnización y pago de costas.

Como vemos, ante la posibilidad de una sentencia estimatoria, las normas de la Ley de Jurisdicción Constitucional, agotan las más diversas posibilidades, e incluso, dejan abierta la opción de que la Sala ordene cualquier otra medida que considere pertinente, pues al tratarse de violación de derechos fundamentales, la regla es que su lesión debe ser reparada y, a

veces, es difícil prever por el grado de complejidad que implica esta materia, los distintos supuestos.

Otro aspecto por tomar en cuenta, es el tema del desistimiento, contemplado en el artículo 52 LJC, el cual plantea varios supuestos:

- ◆ El recurrente podrá desistir del amparo, pero solo se archivará el expediente, si el recurso se refiere a derechos renunciables o económicos. De lo contrario, se continuará con la tramitación del recurso. Es decir, aun cuando la parte accionante decida desistir del recurso y así lo manifieste, este desistimiento solo puede operar si se refiere a derechos fundamentales disponibles, como por ejemplo la propiedad. Si se tratara de un derecho fundamental indisponible, no procede el archivo por su naturaleza e importancia.
- ◆ Si el desistimiento ocurre en razón de satisfacción extraprocesal, podrá reabrirse si existe incumplimiento o tardanza. En este supuesto, la parte que está lesionando el derecho fundamental y el accionante, llegan a un acuerdo para satisfacer el interés del accionante, pero puede ocurrir que en la práctica, el acuerdo no opere o se tarde demasiado en cumplirse, por lo que la acción podría reactivarse.

Una vez que la sentencia adquiere firmeza, la autoridad responsable del agravio, tendrá un plazo de cuarenta y ocho horas para cumplirla. En caso de incumplimiento, se recurrirá al superior para que lo haga cumplir y realice los trámites disciplinarios correspondientes, independientemente de que también abra proceso. Si el superior desobedece, se le abrirá también proceso y, en caso de que sea necesario por gozar de fuero privilegiado, se remitirá al Ministerio Público.

Si el hecho lesivo constituye delito, se testimoniarán las piezas para el Ministerio Público. (Art. 54 LJC).

En el caso de que la sentencia desestime la acción planteada, podrán plantear las acciones ordinarias que correspondan para el reclamo de responsabilidades en que haya incurrido el autor del agravio. (Art. 55 LJC).

Es importante señalar que la Ley de la Jurisdicción Constitucional, contempla en el artículo 57 la posibilidad de plantear amparo contra actuaciones u omisiones de sujetos de derecho privado, siempre y cuando actúen en el ejercicio de funciones o potestades públicas. También procede si se encuentran, de hecho o derecho en una posición de poder, de manera que los remedios jurisdiccionales resulten tardíos o no satisfagan el reclamo. Al igual que en el amparo contra sujetos de derecho público, cualquier persona puede plantear un amparo contra sujetos de derecho privado y se planteará contra la persona física, representante legal en caso de una persona jurídica,

y caso de grupo o colectividad organizada contra el personero aparente o responsable individual. (Art. 59 LJC).

Además, el plazo contemplado en el artículo 35 LJC, opera aquí para la presentación del amparo. El procedimiento es bastante similar al del amparo contra sujetos de derecho público, pues igualmente se pedirá un informe al supuesto autor del agravio. Incluso los efectos de la sentencia estimatoria son similares (Arts. 62, 63 y 64 LJC) y en caso de todo aquello que no esté previsto, aplican subsidiariamente las reglas del amparo contra órganos o servidores públicos.

El Título III “Del recurso de amparo” en su Capítulo III “Del derecho de rectificación o respuesta”, trata el tema del procedimiento que deben seguir las personas afectadas por informaciones “inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio, por medios de difusión que se dirijan al público en general”. (Arts. 66 a 60 LJC).

El capítulo IV señala las sanciones a que se exponen quienes desobedezcan las órdenes giradas por la Sala en procedimientos de hábeas corpus y amparo (Art. 71 LJC), así como los sujetos que den lugar a que se acoja un recurso nuevo de hábeas corpus y amparo por los mismos motivos que uno ya había declarado con lugar. (Art. 72 LJC):

CAPITULO IV DE LAS SANCIONES

ARTICULO 71. Se impondrá prisión de tres meses a dos años, o de veinte a sesenta días multa, a quien recibiere una orden que deba cumplir o hacer cumplir, dictada en un recurso de amparo o de hábeas corpus, y no la cumpliera o no la hiciere cumplir, siempre que el delito no esté más gravemente penado.

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

En relación con el tema del control de constitucionalidad relativo a disposiciones normativas, este es un aspecto que se tratará en el siguiente apartado, pues resulta ser una forma de garantizar la normativa sujeta a los principios propios de una democracia, contenidos en la Constitución. Es importante aclarar en cuanto a este aspecto, que el control que se ejerce puede ser un control previo, que se realiza mediante las llamadas consultas

de constitucionalidad legislativas, las cuales pueden ser preceptivas²⁷⁵ o facultativas,²⁷⁶ pero no las referiremos por ser únicamente los miembros de la Asamblea u órganos específicos quienes pueden plantearlas. También se puede ejercer un control a posteriori, mediante la acción de inconstitucionalidad o la consulta judicial. Para los efectos de esta investigación, resulta de importancia el análisis de las dos formas de control posterior que realizamos a continuación.

1.1.2.8.1.3 Acción de inconstitucionalidad

Este tema se encuentra regulado en el título IV “De las cuestiones de constitucionalidad”, Capítulo I “De la acción de inconstitucionalidad”, artículos del 73 al 95 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. No obstante, encontramos la norma base de la acción de inconstitucionalidad en el artículo 10 de la Constitución Política, el cual señala:

ARTÍCULO 10.- Corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, **la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público**. No serán impugnables en esta vía los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, la declaratoria de elección que haga el Tribunal Supremo de Elecciones y los demás que determine la ley. (La negrita no es del original)

Como vemos, este artículo hace referencia expresa a la posibilidad de que las normas sean declaradas inconstitucionales. En la jurisprudencia de la Sala Constitucional, se hace una referencia bastante clara al tema en el voto que ha continuación citamos:

²⁷⁵ Así lo indica el artículo 96 inc. a) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional: “a) Preceptivamente, cuando se trate de proyectos de reformas constitucionales, o de reformas a la presente ley, así como de los tendientes a la aprobación de convenios o tratados internacionales, inclusive las reservas hechas o propuestas a unos u otros.”

²⁷⁶ Contemplada en el artículo 96 incisos b), c) y d): “[...] b) Respecto de cualesquiera otros proyectos de ley, de la aprobación legislativa de actos o contratos administrativos, o de reformas al Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa, cuando la consulta se presente por un número no menor de diez diputados.

c) Cuando lo soliciten la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Supremo de Elecciones o la Contraloría General de la República, si se tratare de proyectos de ley o de mociones incorporadas a ellos, en cuya tramitación, contenido o efectos estimaren como indebidamente ignorados, interpretados o aplicados los principios o normas relativos a su respectiva competencia constitucional.

ch) Cuando lo solicite el Defensor de los Habitantes, por considerar que infringen derechos o libertades fundamentales reconocidos por la Constitución o los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en la República.”

Por otra parte, la finalidad de la acción de inconstitucionalidad es la determinación de la constitucionalidad de las normas sometidas al examen constitucional, de manera que si se determina su choque con el Derecho de la Constitución, se declare su anulación del ordenamiento jurídico, lo anterior para poder garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales, según el mandato constitucional -artículo 10- y el legal -artículo 1º y 3 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional- encomendado a esta Sala. Esta decisión, debe tenerse en cuenta que no se logra por el consenso de las partes, nótese que la acción de inconstitucionalidad no es un proceso contradictorio, dado que este Tribunal Constitucional no debe ajustarse a lo manifestado por las partes ni por lo indicado por la Procuraduría General de la República -institución que actúa como órgano asesor de la Sala-, ni tampoco debe sujetarse a lo que consta en el expediente; la acción se presenta ante este Tribunal y el mismo actúa de oficio con la colaboración de la Procuraduría General de la República, de manera que la interposición de la acción puede tenerse como una denuncia, ante la cual la Sala debe manifestarse, sea determinando la conformidad de las normas impugnadas con el orden constitucional, o su disconformidad con él, y en consecuencia, declarando su anulación del orden jurídico. Tan especial es la naturaleza de la acción de inconstitucionalidad, que ni siquiera se admite el desistimiento, y una vez presentada y admitida, la Sala debe dar su fallo determinando sobre el fondo planteado. En razón de la especial tarea encomendada a esta Sala Constitucional de “garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales”, es que esta competencia que se le otorga -de declarar la inconstitucionalidad de las normas conexas de la norma contra la que se dirigía la acción- resulta una consecuencia lógica, función que debe ser realizada en forma integral, es decir, solucionando la contradicción constitucional planteada, y esta tarea no es completa si presentada una acción contra una norma específica, se determina que otras normas, por su conexidad y consecuencia, también resultan inconstitucionales, la Sala no pueda declarar su anulación de sistema jurídico; el problema fáctico que se suscita si existiera ese impedimento es de gran gravedad, ya que habría que esperar la presentación de otra acción de inconstitucionalidad para que la Sala pueda cumplir esa obligación de garantizar la supremacía constitucional. En todo caso, esta competencia otorgada a esta Sala tiene el límite fijado en la norma impugnada, la cual expresamente determina que se podrá anular aquellas normas que [...] cuya anulación resulte evidentemente necesaria por conexión o consecuencia, ...”;

es decir, únicamente aquellas normas que resulten indispensables para lograr la armonía con las normas y principios de la Constitución, siempre y cuando se traten del mismo tema analizado y debatido en la sentencia de que se trate.²⁷⁷

El análisis planteado en el voto en cuestión, evidencia cómo el sistema democrático busca mediante la acción de inconstitucionalidad, la coherencia con los principios y valores que le son inherentes, permitiendo que los ciudadanos planteen la denuncia contra aquellas disposiciones que los contradigan. Esta situación demuestra nuevamente cómo en el sistema democrático, el eje principal en torno al cual gira el sistema, es el ser humano, y por ello se garantiza la posibilidad real de que gestione contra aquello que le afrente. Se debe destacar cómo, inclusive, una vez planteada la acción de inconstitucionalidad, aun cuando la parte desista de ella, el órgano contralor se ve obligado a resolverla.

De esta forma, el artículo 73 LRJC, precisa el objeto de esta acción indicando:

ARTICULO 73. Cabrá la acción de inconstitucionalidad:

- a) Contra las leyes y otras disposiciones generales, incluso las originadas en actos de sujetos privados, que infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional.
- b) Contra los actos subjetivos de las autoridades públicas, cuando infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional, si no fueren susceptibles de los recursos de hábeas corpus o de amparo.
- c) Cuando en la formación de las leyes o acuerdos legislativos se viole algún requisito o trámite sustancial previsto en la Constitución o, en su caso, establecido en el Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa.
- ch) Cuando se apruebe una reforma constitucional con violación de normas constitucionales de procedimiento.
- d) Cuando alguna ley o disposición general infrinja el artículo 7, párrafo primero, de la Constitución, por oponerse a un tratado público o convenio internacional.
- e) Cuando en la suscripción, aprobación o ratificación de los convenios o tratados internacionales, o en su contenido o efectos se haya infringido una norma o principio constitucional o, en su caso, del Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa. En este evento, la declaratoria se

²⁷⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Res. 4190-95 de las once horas treinta y tres minutos del veintiocho de julio de mil novecientos noventa y cinco.

hará solamente para los efectos de que se interpreten y apliquen en armonía con la Constitución o, si su contradicción con ella resultare insalvable, se ordene su desaplicación con efectos generales y se proceda a su denuncia.

f) Contra la inercia, las omisiones y las abstenciones de las autoridades públicas.

De este artículo se desprende la amplitud del objeto de la acción de inconstitucionalidad. Incluso resulta posible agruparlo en vicios de carácter sustantivo y vicios de carácter procesal.

En cuanto a los defectos que se relacionan con el aspecto sustantivo, la acción de inconstitucionalidad se puede plantear, tanto contra normas o disposiciones normativas, de naturaleza pública o privada, siempre y cuando sean contrarias a la Constitución o a los tratados internacionales, así como también resulta posible plantearlo contra actos de la Administración Pública en los supuestos que indica el artículo en comentario. Estas posibilidades se encuentran contempladas en los incisos a, b, d, parte del inciso e (*“en su contenido o efectos se haya infringido una norma o principio constitucional”*) y el inciso f del artículo recién transcrito.

Específicamente en relación con el inciso a), es importante destacar que en cuanto a las leyes y disposiciones normativas sujetas a la acción de inconstitucionalidad, la jurisprudencia constitucional ha aclarado en el sentido que debe analizarse la naturaleza jurídica del acto impugnado, pues las que pueden ser objeto de una acción de inconstitucionalidad, son aquellas disposiciones normativas que reúnen la cualidad de generalidad, de manera que regulen situaciones abstractas y no específicas y concretas. En este sentido, véase el siguiente voto:

De conformidad con el artículo 73 inciso a) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, sólo cabe la acción de inconstitucionalidad contra las leyes y otras disposiciones generales que infrinjan alguna norma o principio constitucional. De modo que, a fin de resolver esta acción, es indispensable entrar a analizar la naturaleza jurídica del acto impugnado. Es claro que, aún cuando esa disposición ha sido denominada por el propio Poder Ejecutivo como decreto, no lo es. En efecto, un decreto, para ser tal, debe ser una norma general, es decir, que regule situaciones abstractas y no específicas y concretas, ya que la sola forma no es, por sí sola, la que hace que una disposición sea un decreto, sino que lo que le da esa característica es su contenido. El llamado Decreto Ejecutivo Número 21878 MP-S, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N 18 del veintisiete de enero de mil novecientos noventa y tres no es, desde ningún

punto de vista, una disposición general y, por lo tanto, no es una norma en sentido estricto, sino que es un acto concreto y específico, ya que, por ejemplo, en el artículo 1 establece:

“Con el fin de depositar los desechos sólidos producidos en el (sic.) gran área metropolitana se autoriza la construcción de un depósito de basura, en la modalidad de “relleno sanitario”, el cual estará ubicado en la finca inscrita en el Folio Real matrícula N 18337-000-Cabezas, distrito 1 Santo Espíritu, cantón 2 Esparza, provincia de Puntarenas.” [...]

De modo que mediante dicho acto se establecen situaciones concretas, como las citadas en los artículos transcritos, y no normas de carácter general. Este es un acto que contiene una decisión no normativa, aunque pueda afectar a un número indeterminado de personas. Se trata de un acto que resuelve una situación concreta y ofrece una consecuencia específica, para el caso, ubicando en una finca particularizada el futuro “relleno sanitario”, y, además, indicando (aún cuando con poca claridad), que éste será administrado por una persona jurídica, Con esas características, aún teniendo dos artículos, no estamos en presencia de un acto normativo. Así las cosas, lo impugnado no es, pese al nombre y a la forma en que se estructuró, un decreto sino un simple acuerdo, que como tal es susceptible de impugnación por la vía del amparo

-Por otra parte, como también el artículo 73 inciso b) de la Ley que rige esta Jurisdicción dispone que no procede la acción de inconstitucionalidad contra actos subjetivos de las autoridades públicas si fueren susceptibles de conocerse en el amparo, la Sala se reserva el pronunciamiento sobre el fondo de este asunto, para el recurso de amparo que sirve de base a esta acción. En consecuencia, la acción resulta improcedente y así debe declararse.²⁷⁸

Existen muchos ejemplos de acciones de inconstitucionalidad, de conformidad con el inciso a del artículo 73, en donde se genera una norma y esta contraviene los principios constitucionales. En este caso, citamos solo uno, el extracto de la sentencia 88-92, en donde fue declarado con lugar el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la aplicación de medidas de seguridad a personas, no por la realización de una conducta reproachable constitutiva de delito, sino por una forma de vida:

XI.- Al plantear su acción el recurrente señala como inconstitucionales, según el primer motivo, a los artículos 40

²⁷⁸ En este sentido, ver Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 4422-93 de las diez y treinta horas del siete de setiembre de mil novecientos noventa y tres.

párrafo segundo y 41 párrafo segundo, 78 y 98 inciso 3o., todos del Código Penal, por estimarlos contrarios a lo constitucionalmente dispuesto en los artículos 33 y 39 de la Carta Magna. [...]

De lo analizado con anterioridad en relación con la culpabilidad y el trato igual para situaciones jurídicas iguales, debe concluirse que las apreciaciones del recurrente son correctas y en tal razón aceptar que las transcritas normas resultan inconstitucionales, en los párrafos señalados en el recurso, por permitir que se fije una respuesta penal en relación con una persona capaz de ser sujeto de responsabilidad penal, sin tomar en consideración el grado de culpabilidad con que actuó, y por permitir se pueda acordar una pena igual a situaciones absolutamente diferentes. En el párrafo segundo del artículo 41 y en el artículo 78, ambos del Código Penal, se permite un aumento de la pena, por ser calificado el condenado como delincuente profesional o por la reincidencia en la comisión de hechos delictivos, luego se darán las razones del por qué se acepta que esa posibilidad resulta inconstitucional.

XIIo.- Al aceptar la inconstitucionalidad de las señaladas normas se acepta que al disponer el constituyente en el artículo 39 de la Constitución Política que “A nadie se le hará sufrir pena sino [...]” [...]” mediante la necesaria demostración de culpabilidad”, dió a ésta, -a la culpabilidad- un marco de influencia relacionado no sólo con la responsabilidad del sujeto activo, sino en cuanto al tanto de pena que debe descontar por el hecho atribuido, la culpabilidad se constituye así en el límite de la pena, dentro de los extremos señalados por el legislador para cada delito en particular. Si el artículo 78 del Código Penal permite la imposición de penas iguales para casos absolutamente diferentes, pues permite llevar el extremo mayor de la pena al correspondiente de la pena de que se trate, su inconstitucionalidad resulta obvia. En el artículo 111 del código represivo se fija la pena de prisión correspondiente al homicidio simple en prisión de ocho a quince años y en el 120 ejúsdem, la del aborto en prisión de tres meses a dos años, pero en virtud de lo reglado en el numeral 78 ibídem, ambos extremos superiores se pueden tener -y así lo han estimado numerosos tribunales de la República- como unificados en veinticinco años de prisión, de donde teóricamente hablando se faculta para que en el caso de que dos reincidentes cometan, cada uno de ellos uno de los delitos señalados, se les pueda imponer igual número de años de prisión a descontar, pasando entonces a segundo lugar el grado de culpabilidad con que se actuó y la importancia del bien jurídico lesionado por el hecho. Lo propio ocurre en relación con el artículo 41 en su párrafo segundo, al permitirse la agravación de la pena, a juicio del Juez.

Al resultar inconstitucional el párrafo segundo del artículo 41, en cuanto permite la imposición de una medida de seguridad a un imputable o el aumento de la pena, “a juicio del Juez” y el artículo 78, ello no conlleva a que calificándose al encausado como reincidente o delincuente profesional, esa circunstancia no tenga relevancia alguna al fijar la pena, pues el artículo 71 del Código en comentario permite tomar en consideración al hacer tal fijación, “Las demás condiciones personales del sujeto activo ... en la medida en que hayan influido en la comisión del delito”, pero esa calificación no faculta para que al hacerse la fijación pueda traspasarse el máximo de la pena a imponer, según fijación hecha por el legislador para el tipo penal de que se trate, pues la pena debe ser fijada “de acuerdo con los límites señalados para cada delito”, según se dispone en el reiteradamente citado artículo 71.

XIIIo.- El segundo argumento queda reducido, en razón de lo apuntado en el considerando Io. del presente pronunciamiento, a establecer si el artículo 100 del Código Penal es contrario a lo dispuesto en los artículos 33 y 40 de la Constitución Política. En cuanto se señala en el citado artículo 100 la duración de las medidas de seguridad posibles de imposición a imputables, es incuestionable que resulta inconstitucional, pues según ha quedado ya señalado en los considerandos anteriores, esas medidas son contrarias a lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución en relación a la culpabilidad y su marco de influencia, así la norma que se refiere a la duración de esas medidas es también inconstitucional y así debe declararse.²⁷⁹

De acuerdo con este voto, visto el alegato de normas que afectan los derechos fundamentales, estas son efectivamente declaradas como tales, ante la acción de inconstitucionalidad planteada por la parte que ve su derecho lesionado. Este tipo de situación en uno de los ejemplos más claros de inconstitucionalidad que se pueda encontrar.

Por otra parte, es importante distinguir en relación con el vicio sustantivo, las situaciones contempladas en el inciso a) del artículo 73, las cuales se generan ante la omisión en leyes y otras disposiciones normativas, provocando con ello la violación a normas o principios constitucionales de aquellos supuestos que contempla el inciso f), el cual responde a omisiones, abstenciones o inercia. En el primer supuesto, lo que ocurre es una omisión exclusiva del órgano público o privado que debe generar un cuerpo normativo.

²⁷⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. No. 88-92 a las once horas del diecisiete de enero de mil novecientos noventa y dos.

Es decir, la normativa creada omite algún aspecto de manera que resulta contraria a los principios constitucionales.

En este sentido, encontramos un ejemplo en el siguiente extracto jurisprudencial, según el cual, el recurrente consideraba que había ocurrido una violación al principio de reserva de ley, ya que el Ejecutivo omitió referirse en el decreto cuestionado a aspectos que debió haber contemplado. Si bien es cierto este es el motivo por el cual se recurrió la acción, consideramos que el caso se ajusta al supuesto del inciso a), en tanto el cuerpo normativo promulgado fue omiso sobre un aspecto fundamental:

[...] Es decir, el decreto no crea o establece restricciones adicionales, en cuyo caso incuestionablemente sí infringiría la reserva legal. Al excluir de esa enunciación los requisitos previstos en la Ley Orgánica del Colegio de Químicos e Ingenieros Químicos de Costa Rica, el Ejecutivo sí pareciera estar incurriendo en una lamentable inadvertencia, pero no en un quebranto del precitado principio, porque esto sólo podría derivar de una conducta activamente orientada en ese sentido. En otras palabras, es conceptualmente imposible que –por omisión y no por acción– el Ejecutivo invada un campo reservado a la ley. Esto naturalmente conduce a que no quepa acoger el cuestionamiento formulado, en ese tanto.

ii.- Más que incurrir en quebranto del principio de reserva legal, podría sostenerse más bien que, con su inadvertencia, el Ejecutivo descuida cumplir con el deber que le señala el numeral 140 inciso 3 de la Constitución, en cuanto a reglamentar, ejecutar y velar por el exacto cumplimiento de la ley. Pero estima la Sala que ese alegato no sería propio de la acción de inconstitucionalidad sino del recurso de amparo. En efecto, estando claro que la acción no se dirige contra el contenido positivo del decreto cuestionado (lo que éste *dice*), sino contra su contenido negativo (lo que *no dice*), habría que reiterar –como lo ha hecho ya en otros casos la Sala– que la acción de inconstitucionalidad, como tal, carecería de relevancia práctica. En efecto, aun en el evento del pronunciamiento estimatorio que al respecto pudiera hacerse, obviamente no vendría a nacer a la vida jurídica la norma nueva –actualmente inexistente– que llene la omisión que preocupa en este caso. La Sala no puede fungir como un legislador positivo, creando disposiciones tales como la que concerniría a este asunto y sustituyendo de ese modo a su autor. Pero en la medida en que la laguna jurídica que se acusa pueda comportar la infracción –real o inminente– de derechos fundamentales, tendría que enfocarse más bien

dentro de la categoría de las omisiones a que se refiere el artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y que tornan admisible al recurso de amparo contra servidores públicos. Desde esta nueva óptica, la satisfacción del interés alegado sí se tornaría posible para la Sala, en el caso de que el recurso fuese acogido, precisamente a través del mecanismo que prevé el numeral 49, párrafo segundo, *ibídem*.²⁸⁰ (La negrita no pertenece al original).

Como vemos, en este caso efectivamente se reconoce que en el decreto cuestionado, han existido omisiones sobre aspectos fundamentales. Sin embargo, la Sala mantiene que ante la omisión de referirse a un contenido, procede plantear un recurso de amparo, pues esta omisión genera lesiones a derechos fundamentales susceptibles de ser atacadas mediante dicha garantía.

Hernández Valle ha indicado como un ejemplo de inconstitucionalidad por omisión, la situación del artículo 72 de la Constitución Política,²⁸¹ el cual indica:

ARTÍCULO 72.- El Estado mantendrá, mientras no exista seguro de desocupación, un sistema técnico y permanente de protección a los desocupados involuntarios, y procurará la reintegración de los mismos al trabajo.

Según este autor, el hecho de que el Estado no haya creado el sistema de protección, sería un ejemplo de una omisión sujeta a una posible acción de inconstitucionalidad.²⁸²

La jurisprudencia constitucional al analizar un caso bastante similar al ejemplo propuesto por dicho autor, en el cual el Poder Ejecutivo omitió reglamentar una ley, lo resolvió indicando:

V.- De lo expuesto queda claro que la falta de una reglamentación comprensiva obedece a que el Poder Ejecutivo siguió una conducta distinta a la mandada por el legislador, y prefirió reglamentar parcialmente o proponer nueva legislación con el fin de satisfacer parecidos propósitos a los de la Ley No. 6955 de repetida cita. Y, por ahí, la disyuntiva es si hay un

²⁸⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res: 2000-01398 San José, a las diecinueve horas con seis minutos del nueve de febrero de dos mil.

²⁸¹ Hernández Valle, Rubén. La Tutela de los Derechos Fundamentales. San José, Editorial Juricentro, 1996, p. 196.

²⁸² Hernández Valle, Rubén. La Tutela de los Derechos Fundamentales, p. 19.

cumplimiento distinto al previsto, pero cumplimiento al fin, o si por el contrario el incumplimiento se mantiene a pesar de los decretos é iniciativas de ley que se indican como excusa para no haber actuado conforme al mandato concreto del legislador. En opinión de esta Sala, el Poder Ejecutivo ha sido omiso y esa omisión entraña una violación a sus deberes constitucionalmente señalados. Por una parte, el artículo 11 constitucional ha sido violado en el tanto en que en él se consagra el deber de legalidad de la administración pública y por virtud de su texto el Poder Ejecutivo no puede negarse a cumplir un mandato contenido en una ley debidamente promulgada, ya que si no estaba de acuerdo con su texto, pudo ejercer el veto que le reserva la misma Constitución Política como una atribución propia y específica al caso en estudio. Además, al asumir funciones, y obligarse a cumplir las leyes, por el juramento Constitucional (artículo 194) el Presidente de la República y el Ministro respectivo no pueden, posteriormente, bajo argumentos de ninguna especie, desaplicarlas sin que haya posibilidad de enmienda, lo que se prevé en la actual Ley de la Jurisdicción Constitucional, con la acción de inconstitucionalidad.

Por las omisiones base de este proceso, asimismo, existe una infracción a lo dispuesto por el inciso 3) del artículo 140 de la Constitución. Política, pues el Poder Ejecutivo en forma indebida se negó a reglamentar la ley No. 6955 en su totalidad. En cuanto a la integración de comisiones evaluadoras sobre objetivos, programas y gastos de las entidades y empresas a que aquélla se refiere debe señalarse la violación de esta misma norma, la cual consagra el deber del Poder Ejecutivo de “velar” por que las leyes tengan “exacto cumplimiento”. Ahora bien, el Ejecutivo debe velar por ello cuando las leyes imponen obligaciones o normas de conducta a terceros, mas cuando esas obligaciones legales se dirigen al mismo gobierno, la norma de comentario debe entenderse en el sentido de que éste está obligado a “darle” a las leyes exacto cumplimiento. Es natural, dentro de un sistema jurídico en el que existe un dominio (material) casi ilimitado para la ley, que el Poder Ejecutivo quede obligado por la norma legal a hacer o dejar de hacer algo que se considera conveniente o necesario para la mejor orientación de la vida social, o para la eficiencia del aparato estatal, y por ello, la Sala concluye que en lo que se refiere al artículo 37 de la Ley No. 6955, que impone al Poder Ejecutivo la obligación de crear comisiones evaluadoras del gasto público en las distintas entidades y empresas públicas, desde que tal mandato no ha sido cumplido, hay una omisión de

carácter constitucional que encuadra dentro de los supuestos del artículo 73 inciso f) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Otro tanto debe decirse de la violación del inciso 20) del artículo 140 de nuestra Ley Fundamental. Aun aceptando que la ley no es la panacea para la solución de los problemas sociales, la Ley está vigente y quien primero debe dar ejemplo de fiel acatamiento a ella es el Poder Ejecutivo, en este caso sujeto directamente obligado por la norma.²⁸³

Como vemos, este caso ha sido resuelto como un ejemplo de la hipótesis contemplada en el artículo 73 inc. f), pues son las autoridades públicas quienes omiten o se abstienen de realizar una conducta.

Al igual que ocurre con las omisiones en disposiciones normativas, en los supuestos del inciso f), también se ha considerado, por parte de la Sala que deben ser atacadas mediante la acción de amparo y no a través de una acción de inconstitucionalidad:

I.- El accionante plantea acción de inconstitucionalidad con fundamento en el artículo 73 inciso f) de la Ley de Jurisdicción Constitucional, el cual establece que cabe la acción de inconstitucionalidad contra la inercia, las omisiones y abstenciones de las autoridades públicas. Afirma que la Administración debió emitir una reglamentación para desarrollar el contenido de los artículos 52 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica y 59 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, dado que las disposiciones que regían la materia se encuentran desactualizadas. [...] El tema planteado versa sobre una actuación subjetiva de la Administración al no reglamentar los contenidos de dichas leyes; actuación que en caso de lesionar alguna norma o principio constitucional, sería susceptible de ser impugnada por medio de un recurso de amparo. Con relación a esto ha señalado la Sala que:

[...] aún cuando el Defensor de los Habitantes está legitimado para la interposición directa de acciones sin asunto previo, ello no lo releva de la obligación de cumplir con el resto de las reglas establecidas, entre las que se destaca la del inciso b) del supracitado artículo 73, que señala que no serán admisibles las acciones interpuestas contra actos y omisiones de autoridades públicas cuando éstas sean susceptibles de ser conocidas por la vía del recurso de amparo o

²⁸³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 1463-90 de las catorce horas con treinta minutos del día treinta de octubre de mil novecientos noventa.

de hábeas corpus, que es justamente lo que ocurre con las omisiones y abstenciones impugnadas, las cuales tienen esa vía abierta para ser conocidas y resueltas, como de hecho lo han sido en muchos casos. Amén de lo anterior, no sobra decir, que al resolver de esa manera no se desconoce el inciso f) del numeral 73 tantas veces citado, porque para que no se produzcan interpretaciones o resoluciones contradictorias, éste último debe ser interpretado como contentivo de un ámbito complementario y residual, esto es, que entra a operar como norma habilitante, en ausencia de otra vía por la que la Sala pueda resolver la omisión, abstención o inercia planteada como inconstitucional.” (Sentencia número 562-97 de las catorce horas treinta y seis minutos del veintinueve de enero de mil novecientos noventa y siete).

De manera que el accionante bien puede acudir a la vía del recurso de amparo para tutelar el derecho o interés que considera lesionado, el cual, en todo caso no se encuentra debidamente fundamentado, por lo que en cuanto a ese extremo procede rechazar de plano la acción.²⁸⁴

Consideramos que la clave para distinguir un supuesto de omisión del otro, consiste en el hecho de que el inciso a) se refiere a cuerpos normativos que sí se han promulgado, pero que omitieron referirse a algún aspecto fundamental, con lo que provocan lesión o contradicción con la normativa constitucional, sus valores o principios. En cambio en el inciso f), se omitió **del todo** realizar una actuación por parte de la administración, la cual podría ser incluso la promulgación de un cuerpo normativo. En todo caso, no se comparte la tesis de la Sala en el sentido de que esos supuestos deban plantearse mediante un amparo, pues la misma Ley de la Jurisdicción Constitucional los contempla como objeto de la acción de inconstitucionalidad.²⁸⁵

Ahora bien, es importante resaltar que inclusive, el inciso b), permite que actos subjetivos de la Administración Pública, no susceptibles de ser objeto de hábeas corpus o amparo, sean sometidos a este control de constitucionalidad. Sin embargo, resulta difícil encontrar en la jurisprudencia, supuestos en que se haya alegado este aspecto. A continuación transcribimos un extracto en donde el recurrente alegó que se encontraba ante el supuesto contemplado en el inciso b), lo que fue rechazado por la Sala Constitucional con el siguiente argumento:

²⁸⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 5566-00 de las nueve horas y un minuto del siete de julio del dos mil.

²⁸⁵ Véase p. 145, cita 254.

V.- Por último se reclama la imputación del delito de peculado a la cliente de los accionantes, por considerar que ella no tiene relación laboral determinada con la Administración Pública. Se señala que la imputación es un acto subjetivo de la autoridad pública, que infringe una norma constitucional y que no es susceptible del recurso de amparo o hábeas corpus.- La simple imputación de hechos delictivos no tiene la virtud de producir quebrantos de derechos constitucionales. La atribución de la comisión de hechos punibles a las personas forma parte del derecho que tiene el Estado de investigar, perseguir y juzgar las acciones que causen daño o pongan en peligro bienes jurídicos así reconocidos en el ordenamiento y es parte del derecho de defensa, pues sólo conociendo las circunstancias del hecho que se atribuye, puede el imputado ejercer su defensa. En consecuencia, procede rechazar por el fondo la acción en cuanto a ese extremo.²⁸⁶

De acuerdo con los vicios que se relacionan con los aspectos procesales, estos se refieren a procedimientos de elaboración de leyes, reformas constitucionales o aprobación de tratados defectuosos, sea por violación al procedimiento que contempla la Constitución o al procedimiento contenido en el Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa. Así lo consignan los incisos del artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, c), ch) y el inciso e) parcialmente cuando indica *“Cuando en la suscripción, aprobación o ratificación de los convenios o tratados internacionales, [...] se haya infringido una norma o principio constitucional o, en su caso, del Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa.”*

Ejemplo de este tipo de acción de inconstitucionalidad, es el siguiente extracto jurisprudencial:

V _ Por lo que se refiere a la viabilidad de la pretensión, en el sentido de los motivos de impugnación que la sustentan, en función de los parámetros de constitucionalidad implicados en el Derecho de la Constitución , el artículo 73 inciso c) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional abre paso a la acción: Cuando en la formación de las leyes o acuerdos legislativos se viole algún requisito o trámite sustancial previsto en la Constitución o, en su caso, establecido en el Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa; donde, pues, se recoge la competencia de esta Sala para declarar la inconstitucionalidad de normas o de actos _en su

²⁸⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res: 06859-98 a las dieciséis horas con treinta y tres minutos del veinticuatro de setiembre de mil novecientos noventa y ocho.

caso_ en cuya formación se hayan violado requisitos o trámites _procesales_ impuestos por la Constitución o por el Reglamento Legislativo _desde luego, de aquellos que impliquen vicios de inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del acto, según los principios del Derecho de la Constitución_, como pretende expresamente el actor. En consecuencia, la presente acción es admisible, tanto en razón de que los actos impugnados no fueren [son] susceptibles de los recursos de hábeas corpus o de amparo (art. 73 inc. b) Ley de la Jurisdicción Constitucional), cuanto de que se invoca, en su formación, la violación de un requisito o trámite sustancial previsto en la Constitución o, en su caso, establecido en el Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa (art. 73 inc. c) id.)²⁸⁷.

Con este ejemplo se evidencia cómo el aspecto procedimental de la formación de leyes, cuerpos normativos o acuerdos legislativos, debe ajustarse a los principios propuestos por el legislador constituyente, pues los mismos buscan garantizar los aspectos participativos y representativos propios de una verdadera democracia, y que han sido contemplados en la Constitución como norma fundamental de una sociedad organizada políticamente.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 74 LJC, no es posible plantear la acción de inconstitucionalidad contra los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, ni contra actos o disposiciones del Tribunal Supremo de Elecciones en función electoral. Como vemos nuevamente, se excluyen del control de jurisdicción constitucional, los actos jurisdiccionales y la materia electoral. Se ha dicho jurisprudencialmente que el motivo para que la actividad jurisdiccional se excluya de este control, es evitar que la jurisdicción constitucional se convierta en una instancia más del proceso.²⁸⁸ No obstante, se ha admitido la acción de inconstitucionalidad en contra de líneas jurisprudenciales reiteradas, dictadas por órganos jurisdiccionales que contradigan los principios y valores constitucionales:

El artículo 74 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece que no cabe la acción de inconstitucionalidad contra los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, desarrollando con ello el contenido del artículo 10 de la Constitución Política. Ahora bien, lo que la Sala ha aceptado en algunas resoluciones (...) es la impugnación por inconstitucionalidad de la jurisprudencia, es decir, de la reiterada interpretación que de

²⁸⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 2621-1995 a las quince horas treinta y tres minutos del veintitrés de mayo de mil novecientos noventa y cinco.

²⁸⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 491-90 del quince de mayo de mil novecientos noventa.

una norma legal hacen las autoridades judiciales a través de sus resoluciones. **Lo que la Sala examina, en caso de acciones de inconstitucionalidad contra jurisprudencia de los tribunales, es si la interpretación que se cuestiona es contraria a normas, principios o valores constitucionales, a efecto de hacer valer la interpretación ajustada al marco constitucional en el caso que le interesa** y que debe encontrarse sub-judice, y no si el juzgador hizo una correcta o incorrecta aplicación de la ley en un caso concreto, asunto de mera legalidad que debe conocerse a través de los medios de impugnación de la sentencia en la vía correspondiente.²⁸⁹ (La negrita no pertenece al original).

En cuanto al procedimiento para la tramitación de las acciones de inconstitucionalidad, este se encuentra contemplado en los artículos del 75 al 95 LJC.

Conforme al primero de ellos, debe existir un asunto pendiente sea en vía judicial (inclusivo puede ser un amparo o un hábeas corpus, pero no otra acción de inconstitucionalidad²⁹⁰), o bien, en sede administrativa en fase de agotamiento de esta vía. El recurrente debe ser parte en el procedimiento previo, y debe haberse señalado en este procedimiento la inconstitucionalidad de la norma u acto, aun cuando al momento de resolver la acción de inconstitucionalidad, la Sala no discute el caso concreto, solo la norma en sí.²⁹¹ Es importante aclarar que la jurisprudencia constitucional ha indicado que si bien es cierto de conformidad con la normativa, el asunto previo puede ser un amparo o un hábeas corpus, estos deben ser admisibles, tal y como lo indica el siguiente voto:

Por otra parte, la Sala no puede dejar de advertir la situación concreta planteada en el recurso, específicamente en lo que se refiere a la posibilidad que otorga el artículo 75 párrafo primero de la Ley de Jurisdicción Constitucional, de interponer una acción de inconstitucionalidad sobre la base de un recurso de amparo o de habeas corpus pendiente ante ella, debiendo indicarse que para estos casos es absolutamente necesario que éstos sean admisibles; es decir, que efectivamente se trate de un asunto en el que estén de por medio no sólo derechos fundamentales de las personas sino también que para su resolución hayan de aplicarse las normas cuya inconstitucionalidad se pretende; un amparo

²⁸⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 5669-95 de las quince horas con treinta seis minutos del diecisiete de octubre de mil novecientos noventa y cinco.

²⁹⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 4190-95 de las once horas con treinta tres minutos del veintiocho de julio de mil novecientos noventa y cinco.

²⁹¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 1319-97 de las catorce horas y cincuenta y un minutos del cuatro de marzo de mil novecientos noventa y siete.

o hábeas corpus manifiestamente improcedente no constituye medio razonable medio razonable de amparar ningún derecho o interés, y por ello no puede pretenderse dentro de aquél, una declaratoria de inconstitucionalidad, pues ello implicaría reconocer, por esa vía, en nuestro ordenamiento la existencia de una acción popular como presupuesto de legitimación para acceso al control de constitucionalidad de las normas, situación que en reiteradas oportunidades ha sido rechazado, tanto en la doctrina especializada, como la propia jurisprudencia de esta Sala.²⁹²

Como vemos, resulta necesaria la admisibilidad del amparo y hábeas corpus para que pueda proceder como asunto previo. Además, el voto en comentario se refiere también a la inexistencia de la acción popular, tema al que nos referiremos más adelante.²⁹³

Se exceptúan del requisito de un procedimiento previo los casos referentes a:

- Intereses que atañen a una colectividad respecto a los cuales la jurisprudencia constitucional ha manifestado

[...] en la expresión “intereses que atañen a la colectividad en su conjunto”, ya la Sala ha precisado que con ella se refiere el legislador a la legitimación que ostenta un grupo corporativo, cuando actúa como tal por intermedio de sus representantes, en defensa de los derechos e intereses de las personas que conforman su base asociativa, pero, además de lo anterior, siempre y cuando se trate del cuestionamiento de normas o disposiciones que inciden en aquel núcleo de derechos o intereses que constituye la razón de ser y el factor aglutinante de la agrupación; ello incluso cuando, en algunos casos, los efectos de tales normas pudieran repercutir de manera individualizada en cada uno de sus miembros (véase por todos el pronunciamiento número 1631-91 de las quince horas quince minutos del veintiuno de agosto de mil novecientos noventa y uno) [...]²⁹⁴

²⁹² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res.2004-94 de las quince horas con quince minutos del veintisiete de abril de mil novecientos noventa y cuatro citado por Hess Araya Christian y Brenes Esquivel Ana Lorena. Ley de la Jurisdicción Constitucional. Anotada, concordada y con jurisprudencia procesal, p. 284

²⁹³ Véase p. 179.

²⁹⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 1999-00360 a las quince horas con cincuenta y un minutos del veinte de enero de mil novecientos noventa y nueve.-

Como vemos, han sido denominados también intereses corporativos, haciendo referencia a colectividades jurídicamente organizadas, como por ejemplo, las cámaras o asociaciones, situación que nos parece que limita excesivamente el concepto.²⁹⁵ Es importante señalar que en este tema existen variantes en la jurisprudencia, pues en ocasiones se ha indicado que en el supuesto de que los miembros de una colectividad puedan ser lesionados, generando una lesión individual o directa, no cabe la aplicación de la excepción por parte de la entidad que los agrupe.²⁹⁶

- Intereses difusos definidos en jurisprudencia como:

[...] el concepto de intereses difusos que el legislador introdujo en el artículo 75 de la ley que rige esta jurisdicción, con el fin de ampliar y completar la gama de posibilidades de fiscalización que tienen los ciudadanos por intermedio de una acción de inconstitucionalidad. Se ha señalado que se trata un tipo especial de interés, cuya manifestación es menos concreta e individualizable que la del colectivo recién definido en el considerando anterior, pero que no puede llegar a ser tan amplio y genérico que se confunda con el reconocido a todos los miembros de la sociedad de velar por la legalidad constitucional, ya que éste último -como se ha dicho reiteradamente- está excluido del actual sistema de revisión constitucional. Se trata pues de un interés distribuido en cada uno de los administrados, mediato si se quiere, y diluido, pero no por ello menos constatable, para la defensa, en esta Sala, de ciertos derechos constitucionales de una singular relevancia para el adecuado y armónico desarrollo de la sociedad. Son las especiales características de éstos derechos por sí mismas y no la particular situación frente a ellos de los sujetos que puedan ostentarlos, la clave para la distinción y determinación de la presencia de los llamados intereses difusos²⁹⁷.

Este concepto ha resultado de particular importancia en el reclamo de lesiones a derechos relativos al ambiente, donde dadas las particulares características del derecho, su titular resulta ser cada una de las personas. Se debe reconocer que la incorporación del concepto de interés difuso, representa un avance importante hacia un Estado cada vez más democrático, pues permite que se amplíen más las opciones con que cuenta cada persona, para actuar en resguardo de sus derechos.

²⁹⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 1631-91 a las diecisiete horas del veintiuno de agosto de mil novecientos noventa y uno, y Res 4113-93 de las dieciséis horas del veinticuatro de agosto de mil novecientos noventa y dos.

²⁹⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 7155-2000 de las catorce horas con cincuenta y seis minutos del dieciséis de agosto de dos mil.

²⁹⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 1999-00360 a las quince horas con cincuenta y un minutos del veinte de enero de mil novecientos noventa y nueve.-

En los supuestos donde no exista una lesión individual y directa para el sujeto, esta ha sido definida como:

Más bien, puesto que la acción se interpone directamente por el representante de una Institución Autónoma, para atacar lo que considera una omisión inconstitucional cometida legislador en el ejercicio de sus competencias, la Sala estima que su legitimación se origina en la inexistencia de una lesión individual y directa, según el siguiente razonamiento: el concepto contenido en la frase “por la naturaleza del asunto no exista lesión individual y directa”, se ha utilizado para admitir aquellos asuntos que no causan una lesión directa e individual al ciudadano; es decir, son aquellos asuntos en los que no se está legitimado, ni individual ni colectivamente, ni como miembro inmerso en una determinada comunidad de intereses difusos, pero que frente a las normas impugnadas, nadie lo estaría, excepto de una manera totalmente indirecta o refleja. Así lo definió la Sala por ejemplo, en la sentencia 0550-91, al resolver sobre las remuneraciones de los Diputados. En el caso en estudio, considera la Sala que cuando a una institución autónoma o descentralizada considera que se ha violado su autonomía, si bien en principio pareciera existir una lesión individual y directa, que la afecta para el ejercicio de sus competencias constitucionalmente protegidas en los artículos 188 y 189 de la Constitución Política, hay que considerar que de no admitirse el caso en estudio, no tendría vía para fundar sobre ella su reclamo constitucional de tal forma que la naturaleza del asunto, obliga a su admisión, en cumplimiento del espíritu del artículo 41 de la Constitución Política, que entre otras cosas protege el acceso a la justicia.²⁹⁸

En el caso en cuestión, el reclamo se debía a que se le impuso a la entidad autónoma en donde el recurrente labora, una carga presupuestaria, sin respetar el procedimiento contemplado para ello en la Constitución, el cual indica que debía consultarse al respecto, por lo que procedió a accionar contra esta inconstitucional formal, y su gestión fue declarada con lugar.

El resto de excepciones al requisito del asunto previo, son en razón del cargo que ocupa el recurrente dentro de la institucionalidad nacional: es así que el Contralor, el Procurador y el Fiscal General de la República, así como el Defensor de los Habitantes, no requieren un asunto previo para poder plantear la acción de inconstitucionalidad, aunque al igual que el resto de personas, deben brindar los argumentos que sustenten la acción.

²⁹⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 4717-97 a las dieciséis horas con treinta y nueve minutos del diecinueve de agosto de mil novecientos noventa y siete.

La exigencia de un proceso previo, evidencia que en nuestro país no existe la acción popular, es decir, la acción mediante la cual, cualquier ciudadano que note la inconstitucionalidad de una norma, puede plantear la gestión de inconstitucionalidad de manera directa, no se encuentra contemplada en nuestro ordenamiento. Esta posición también ha sido ratificada en la jurisprudencia.²⁹⁹ Esta resulta ser una omisión realmente lamentable que impide el ejercicio pleno de los derechos de las personas, pues deben esperar a que su derecho se vea lesionado o amenazado (con todo el daño material o moral que esta situación pueda generar), para plantear la acción de inconstitucionalidad.

Continuando con el procedimiento, el artículo 76 LJC, contempla la imposibilidad de que, basándose en el mismo proceso previo, se puedan plantear dos acciones de inconstitucionalidad, aunque tengan fundamento en motivos diferentes. Nos parece que este artículo resulta totalmente contrario a los fines de una garantía, como la acción de inconstitucionalidad, pues si en un mismo juicio previo resulta posible la aplicación de diversas normas que sean contrarias a la Constitución, ¿con fundamento en qué se me restringe la tutela judicial efectiva? Ciertamente, la jurisprudencia constitucional ha buscado enmendar la situación, aclarando que la restricción opera únicamente cuando ya la Sala se haya pronunciado sobre el fondo de la misma cuestión,³⁰⁰ pero lo cierto es que la redacción actual del artículo atenta contra el acceso a la justicia.

Conforme al artículo 77 LJC, existe plazo de caducidad para interponer la acción de inconstitucionalidad, pues no resulta posible plantearla una vez que el asunto se haya resuelto mediante sentencia firme.

Encuanto a la gestión en que se plantea la acción de inconstitucionalidad, el artículo 78 LJC indica que la misma deberá estar autenticada y deberá exponer los fundamentos del recurso en forma clara y precisa, con indicación de las normas o principios que se consideren violentados. Además, la gestión deberá acompañarse necesariamente de una certificación en que conste el alegato de inconstitucionalidad planteado en el juicio previo, así como la cantidad de copias necesarias para los magistrados de la Sala, la Procuraduría y cualquier otra parte. (Art. 79 LJC). En el supuesto de que no se cumplan estos requisitos, se le prevendrá al recurrente para que los satisfaga dentro del tercer día, y si no se cumple con ellos, se denegará el trámite de la acción. La resolución que lo deniegue tendrá revocatoria que deberá ejercerse dentro del tercer día y será de conocimiento del pleno de la Sala. (Art. 80 LJC).

²⁹⁹ Véase, p. 176, cita 292.

³⁰⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 2627-95 a las quince horas con cuarenta y un minutos del veintitrés de mayo de mil novecientos noventa y cinco citada por Hess Araya, Christian y Brenes Esquivel, Ana Lorena. Ley de la Jurisdicción Constitucional. Anotada, concordada y con jurisprudencia procesal, p. 317.

Cumplidos los requisitos formales, se dará un período de quince días a la Procuraduría General de la República (como órgano asesor para que brinde su criterio) y a la contraparte, a fin de que se pronuncien al respecto. En el caso de que sea la Procuraduría quien recurre, la audiencia se le dará a la parte contraria. Además ordenará al órgano que tramite el proceso previo, que no resuelva el asunto, y publicará en el Boletín Judicial el aviso acerca de la acción presentada a efectos de que, en aquellos casos donde proceda la aplicación de la disposición recurrida, el asunto no se debe fallar hasta que se resuelva la acción de inconstitucionalidad. (Art. 81 LJC). Es decir, no se suspende la vigencia de la norma, sino la resolución de los procesos en que deba ser aplicada. Sin embargo, el artículo 82 señala como excepción, el caso en que sean normas que deben aplicarse en la tramitación del proceso previo las impugnadas, en cuyo caso sí se suspende el proceso. También la jurisprudencia constitucional ha indicado la posibilidad de que se gradúe la aplicación de la norma, mientras se resuelve su constitucionalidad, en aquellos supuestos que podrían generar mayor perjuicio.³⁰¹

Publicado el anuncio en el Boletín Judicial, quienes tengan interés legítimo o sean parte en asuntos pendientes al momento de que se interpuso la acción, podrán apersonarse como coadyuvantes, tanto activos como pasivos, pues la norma no discrimina. En el caso de los primeros, pueden incluso ampliar los motivos de inconstitucionalidad (Art. 83 LJC).

En el supuesto de que se planteen acciones en igual sentido, desde el momento en que se plantee la primera acción hasta los quince días posteriores a la primera publicación, estas serán acumuladas. Las que se presenten posterior a este término, se dejarán en suspenso, mientras se resuelven las primeras. (Art. 84 LJC).

El procedimiento de acción de inconstitucionalidad, prevé la realización de una vista oral, vencidos los quince días a partir de la primera publicación, para que la Procuraduría y las partes, presenten sus conclusiones. La Sala debe resolver la acción en un plazo no mayor a un mes, a partir de esta vista, aunque el presidente de la Sala fijará en cada caso, el término respectivo dependiendo de sus particularidades. (Arts. 85 y 86).

En caso de que la sentencia deniegue la acción de inconstitucionalidad, no produce cosa juzgada, excepto entre las partes del caso particular. Por lo tanto, la constitucionalidad de la norma podrá ser discutida nuevamente, en otra acción de inconstitucionalidad que no se refiera al mismo asunto previo,

³⁰¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 91-89 a las catorce horas y treinta minutos del quince de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve citada por Hess Araya, Christian y Brenes Esquivel, Ana Lorena. Ley de la Jurisdicción Constitucional. Anotada, concordada y con jurisprudencia procesal, p. 323.

conforme lo vimos en el comentario al artículo 76 LJC. Tal y como indican los artículos 11 y 12 LJC, contra la sentencia que resuelve el tema, no cabe recurso alguno, excepto la solicitud de adición y aclaración dentro del tercer día.

La sentencia que acoge la acción de inconstitucionalidad, produce cosa juzgada y conlleva la eliminación de las normas o actos impugnados (incluyendo las normas conexas, aunque no se hayan alegado en la acción). Esta regirá a partir de la primera vez que se publique el aviso. (Arts. 88 y 89 LJC).

El fallo será notificado al Procurador General, al recurrente y a las partes. Además será comunicado a los funcionarios que conozcan del asunto, previo a las otras partes apersonadas para que consten en autos. También se publicará tres veces consecutivas en el Boletín Judicial. Si se trata de una declaratoria de inconstitucionalidad, se comunicará a los órganos que emitieron las disposiciones o realizaron los actos impugnados, así como los competentes. Asimismo, deberá publicarse el fallo en el Boletín Judicial y en “La Gaceta” y publicaciones oficiales correspondientes. (Art. 90 LJC).

El artículo 91 LJC, indica que la sentencia que acoja la acción de inconstitucionalidad, tendrá efecto declarativo (por tanto anulatorio), además de efecto retroactivo a la fecha de vigencia del acto o de la norma, sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe. En el caso de personas que hayan sido indiciadas o condenadas por la comisión de un delito, la sentencia tendrá efectos retroactivos en su favor. (Art. 92 LJC).

Sin embargo, el efecto retroactivo no alcanza situaciones jurídicas consolidadas por prescripción, caducidad, sentencias pasadas con autoridad de cosa juzgada o por consumación en los hechos, según indica el artículo 93 LJC. Este artículo se encuentra en estrecha conexión con el numeral 34 constitucional, el cual contiene el principio de irretroactividad:

ARTÍCULO 34.- A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas.

Por lo tanto, a tenor del artículo citado, las leyes recién dictadas no pueden afectar a personas, los derechos patrimoniales adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas. Al respecto de este tema, la jurisprudencia ha indicado que no es que exista un derecho a que no operen cambios en el ordenamiento. Estos pueden y deben darse cuando sea necesario; pero en el supuesto de que efectivamente ocurran, los efectos de la norma que desaparece en razón de la variación de la normativa, cuando constituyan cualquiera de las circunstancias indicadas en el artículo 34 recién citado que le hubieran

otorgado consecuencias positivas en los términos de dicho artículo, no podrán verse afectados.³⁰²

En cuanto a los efectos patrimoniales continuos de la cosa juzgada, estos se ajustarán sin retroactividad a la sentencia constitucional anulatoria. (Art. 94 LJC).

En relación con los actos administrativos, el artículo 95 indica que los artículos recién citados, no impiden la posibilidad de que por nulidad absoluta se eliminen los actos administrativos que correspondan, de conformidad con lo preceptuado por la Ley General de la Administración Pública.

1.1.2.8.1.4 Consulta Judicial

La consulta judicial es un mecanismo que se encuentra dirigido, tal y como su nombre lo indica, a los jueces, quienes podrán plantear a la Sala Constitucional, las dudas fundadas que tuvieran sobre la constitucionalidad de un acto o una norma que deban aplicar o acto, conducta u omisión que deban juzgar. Son estas las llamadas consultas judiciales facultativas que se encuentran contempladas en el artículo 102, párrafo primero de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Existe otro tipo de consultas judiciales, las preceptivas, que se encuentran ubicadas en el párrafo segundo de dicho artículo. Corresponden a las consultas que deberán hacer los órganos jurisdiccionales que resuelvan recursos de revisión, cuyos motivos alegados sean la violación al debido proceso y al derecho de defensa. En este caso, la Sala Constitucional únicamente indica el contenido, condiciones o alcances de tales principios o derechos, sin realizar ningún análisis del caso concreto.

Como vemos, se evidencia aquí la condición de concentración que caracteriza nuestro sistema de control constitucional, pues el juez por sí mismo no puede desaplicar una norma o acto que considere inconstitucional, a pesar de que, según el numeral 194 de la Constitución Política, el juramento constitucional que obliga a los funcionarios públicos, indica su obligación de “observar y defender la Constitución y las leyes de la República”,³⁰³ por lo que los juzgadores deberían poder desaplicar directamente las normas que

³⁰² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 2765-97 de las quince horas con tres minutos del veinte de mayo de mil novecientos noventa y siete.

³⁰³ El texto del artículo 194 de la Constitución Política indica así: “ARTÍCULO 194. El Juramento que deben prestar los funcionarios públicos, según lo dispuesto en el artículo 11 de esta Constitución, es el siguiente:
¿Juráis a Dios y prometéis a la Patria, observar y defender la Constitución y las leyes de la República, y cumplir fielmente los deberes de vuestro destino? - Sí, juro.- Si así lo hicieris, Dios os ayude, y si no, El y la Patria os lo demanden. ”

consideren inconstitucionales. Sin embargo, la solución que le dio el legislador, es permitir a los jueces plantear sus dudas sobre la constitucionalidad, para que sea la Sala Constitucional quien en definitiva las resuelva.

En este sentido, la siguiente cita de la Sala resuelve una consulta judicial sobre el artículo 8 in fine, y plantea la posibilidad de que el juez **desaplique** la norma en el caso concreto, cuando tenga certeza de su inconstitucionalidad. La mayoría de la Sala resolvió, indicando que no es posible esta actuación del juez, quien debe proceder a plantear la consulta judicial de constitucional, para que sea la Sala quien resuelva:

Debemos tomar en cuenta, de manera adicional, que dentro de las novedades del actual sistema patrio de control de constitucionalidad, se otorga al juez ordinario la posibilidad de consultar a la Sala Constitucional cuando tuviere dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma que deba aplicar en un caso concreto (artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional). No se trata de una legitimación pura y simple que se otorga al juez, sino que más bien se trata de incorporarlo en el proceso de control de constitucionalidad, que entendemos como una necesidad de derecho público, pero de una manera compatible con el sistema total de justicia constitucional que venimos comentando. Sin perjuicio de extendernos en otros aspectos en el Considerando IX, por ahora afirmamos con quienes así se han expresado, que el ofrecer la posibilidad de que los jueces consulten al Tribunal Constitucional, cuando tengan verdadera y fundada duda sobre la constitucionalidad de la norma que deban aplicar en un caso concreto, antes que debilitarlo, fortalece el papel de la jurisdicción común en la aplicación y concreción de los principios y normas constitucionales.³⁰⁴

No obstante, el tema que tratamos no ha sido pacífico e incluso, la resolución que recién citamos, contiene un voto salvado de los magistrados Piza Escalante y Mora Mora, cuyos razonamientos se comparten:

I- Consideramos que no es posible entender el párrafo consultado (1 del inciso 1 del artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) como lo hace la mayoría, sino en su claro sentido literal, como consagraSión [sic] de un sistema “difuso” de control de constitucionalidad, conforme al cual todos los administradores de justicia tienen el poder-deber, no sólo de interpretar todo el ordenamiento a la luz de las normas, principios y valores que

³⁰⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 1185-95 de las catorce horas y treinta y tres minutos del día dos de marzo de mil novecientos noventa y cinco.

constituyen globalmente el Derecho de la Constitución, sino también de aplicar estos últimos de manera directa y normal, como sistema de normas, principios y valores jurídicos supremos, vinculantes por sí mismos para todas las autoridades y personas, públicas o privadas, incluso desaplicando, no anulando, para el caso concreto, no erga omnes, las leyes o cualesquiera otras normas o actos que consideren incompatibles con ellos.

Por su parte, el párrafo 2 del mismo inciso debe también entenderse y aplicarse en su sentido literal, de que los administradores de justicia deben consultar a la Sala Constitucional sobre la constitucionalidad de las normas o actos que hayan de aplicar o de los actos o conductas u omisiones que deban juzgar en los casos sometidos a su conocimiento (art. 102.1 Ley de la Jurisdicción Constitucional), cuando tuvieren “dudas fundadas” sobre su constitucionalidad, no la “convicción de su inconstitucionalidad” ., de manera que, en definitiva, lo que hace el sistema es dar al Juez las tres posibilidades que menciona la sentencia (Cons. VIII), pero que para nosotros son igualmente válidas:

- a) Si tiene la convicción de que la norma o acto es constitucional, debe aplicarlo, simplemente, desde luego bajo su responsabilidad y sin perjuicio de que pueda la Sala anularlo después, erga omnes, por inconstitucionalidad;
- b) Si tiene dudas fundadas sobre su constitucionalidad, *motu proprio* o porque le sean planteadas por alguna parte interesada, debe formular a la Sala la correspondiente consulta judicial; o
- c) Si tiene, en cambio, la certeza o la convicción de su inconstitucionalidad, sencillamente debe desaplicarlo, optando por la norma de mayor rango, que es, precisamente, la del Derecho de la Constitución.³⁰⁵

Notemos que el voto salvado de Piza Escalante y Mora Mora, propone que la norma sea desaplicada en el caso concreto, por el Juez que se encuentre convencido de su inconstitucionalidad, pero no que sea anulada, pues este aspecto siempre queda en manos de la Sala Constitucional. Esta solución resulta ser, a nuestro criterio, la más sana, ya que es la que mejor garantiza los derechos fundamentales, pero, lamentablemente, el voto de mayoría es diferente.

El voto recién citado menciona un aspecto importante, y es la posibilidad de que el juzgador plantee la consulta judicial facultativa al tener dudas, “[...] *motu proprio* o porque le sean planteadas por alguna parte interesada [...]”. Es decir, reconoce la posibilidad de que las partes hagan ver

³⁰⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 1185-95 de las catorce horas con treinta y tres minutos del dos de marzo de mil novecientos noventa y cinco.

al juzgador estos motivos que evidencien la posible inconstitucionalidad de la norma, y que el juez, estimulado por esos planteamientos, realice la consulta judicial. Ahora bien, la jurisprudencia ha indicado que si la parte plantea sus dudas, pero el juez no las comparte, no está obligado a plantear la consulta judicial sobre el punto, sino que es más bien la parte, la que puede interponer la acción de inconstitucionalidad.³⁰⁶

De conformidad con el artículo 103 LJC, toda consulta es procedente, independientemente de que por otras acciones o recursos que se estén realizando, aun en el mismo asunto. Para plantear la consulta, se debe hacer mediante resolución que indique los puntos cuestionados, ya sean normas, actos, omisiones, etc., y se presenta el motivo que genera la duda acerca de su constitucionalidad. La consulta se acompañará del expediente o piezas pertinentes. Además se emplazará a las partes dentro del tercer día, ordenando la suspensión del proceso hasta que la Sala resuelva la consulta. (Art. 104 LJC).

También, en caso de que no sea parte en el proceso, se le dará audiencia a la Procuraduría General de la República. En cuanto a las partes, estas podrán limitarse a señalar el lugar para recibir notificaciones, pero también podrán gozar de legitimación para ello. Por tanto, deben solicitarle a la Sala que se le dé al asunto el carácter y efectos de acción de inconstitucionalidad, en el plazo de quince días. En este supuesto, la Sala resolverá la acción de inconstitucionalidad, pero en su resolución, hará referencia a la consulta. Si la parte no ejecuta la conversión a la acción de inconstitucionalidad, la Sala procederá a evacuar la consulta en un plazo máximo de un mes. (Art. 106).

Asimismo, la Sala podrá evacuar la consulta de manera sumaria mediante la simple remisión a sus antecedentes y jurisprudencia, en los casos en que estos existan. Además, deberá notificar a las partes, la Procuraduría y tribunal consultante, y la resolución tendrá los mismos efectos que la resolución de una acción de inconstitucionalidad, y deberá publicarse de igual manera.

Hemos visto hasta el momento las garantías de derechos fundamentales contempladas por la normativa nacional, las cuales pueden ser ejercidas o iniciadas a instancia de los habitantes del país, exceptuando eso sí la consulta legislativa, pues se refiere a un control de constitucionalidad que se inicia por el ente legislativo o sus miembros u otros órganos específicos. En el apartado siguiente, veremos la garantía a nivel internacional más utilizada en nuestro país.

³⁰⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 634-91 de las dieciséis horas del veintidós de marzo de mil novecientos noventa y uno citada por Hess Araya, Christian y Brenes Esquivel, Ana Lorena. Ley de la Jurisdicción Constitucional. Anotada, concordada y con jurisprudencia procesal, p. 352.

1.1.2.8.2 Garantías a nivel internacional

Existe en nuestro ordenamiento, la posibilidad de acudir a mecanismos de garantía de derechos fundamentales de carácter internacional. Así por ejemplo, es posible acudir a la Organización Internacional del Trabajo para reclamar lesiones a derechos fundamentales en el área laboral. Ahora bien, uno de los mecanismos más utilizados para el reclamo de derechos fundamentales de todo tipo, es el proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el cual analizaremos en el siguiente apartado.

1.1.2.8.2.1 Proceso de protección de los derechos humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

A partir de la promulgación en 1948 de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, se inició el proceso mediante el cual a nivel interamericano, se crearon los mecanismos de protección de los derechos humanos.³⁰⁷

Posterior a la promulgación de este documento, se creó en 1959 una Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual pretendía la promoción y protección de los derechos humanos. Sin embargo, en cuanto al segundo aspecto se encontraba sumamente limitada, en tanto la Comisión no contaba con competencia para conocer de quejas individuales, pero le fue otorgada en 1965, mediante el Protocolo de Río de Janeiro. Incluso se fortaleció aún más, cuando en 1967 se le dio la condición de órgano de la Organización Americana de Derechos Humanos. Además, la Comisión procedió a elaborar una propuesta de Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la cual fue suscrita en 1969 y entró en vigor en 1978, y fue conocida como el Pacto de San José.³⁰⁸

Señala Rodríguez Rescia que, con la adopción del Pacto de San José, se logró que la protección de los derechos humanos gozara de carácter convencional y se fortaleció la eficacia jurídica al crear órganos y mecanismos de protección con una mayor y más precisa competencia.³⁰⁹ Incluso, las funciones que cumplía la Comisión variaron de manera significativa, ya que actualmente se investigan los hechos aislados que lesionen derechos fundamentales y que no hayan podido ser subsanados, mediante los

³⁰⁷ Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano: (actualizado a junio de 2005), Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2005.

³⁰⁸ Rodríguez Rescia, Victor. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. En: Primer Congreso Interamericano de Defensorías Públicas. San José, Costa Rica: Departamento de Publicaciones e Impresos, Poder Judicial, 2002, p. 48.

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 49.

mecanismos de garantía internos. Anteriormente, se investigaban Estados que no reunían la condición de ser Estados de derechos ni democráticos.³¹⁰

Este mismo autor explica la existencia de una doble estructura de protección de los derechos humanos, la cual consiste en cuatro regímenes de protección que se clasifican, dependiendo de los instrumentos internacionales que hayan sido o no ratificados por el país:³¹¹

1. Países que no han ratificado la CADH, a los cuales únicamente se les aplica la Declaración Americana de los Derechos del Hombre.
2. Países que han ratificado la CADH que contempla dos órganos de protección: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con las nuevas funciones que le otorga la CADH, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
3. Países que han ratificado la CADH y que **además han aceptado la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.**
4. Caso de Cuba cuyo Gobierno fue expulsado de la OEA, pero que a nivel de Estado, continúa obligada a cumplir con las obligaciones contempladas en la Declaración Americana de los Derechos del Hombre.

Como vemos, la modalidad más completa para la protección de los derechos humanos en el sistema interamericano, es la tercera opción, en donde, se encuentran contemplados, tanto la Comisión como la Corte. El artículo 33 CADH al referirse a estos dos órganos indica:

Artículo 33

Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes en esta Convención:

- a. la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión, y
- b. la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte.

El caso de Costa Rica se encuentra contemplado en la opción tres, de manera que reconoce ambos órganos. Analicemos brevemente las funciones de cada uno de ellos, para después comentar el procedimiento del sistema interamericano:

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Además de la referencia expresa que se hace a ella en la Convención Americana de

³¹⁰ Ibídem, p. 56.

³¹¹ Ibídem, p. 49.

Derechos Humanos (capítulo VII, arts. 34 al 51 CADH), su regulación se encuentra contemplada, tanto en el Estatuto³¹², como en el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.³¹³

De conformidad con el artículo 16 del Estatuto, la Comisión tiene su sede en Washington D.C. Se encuentra compuesta por siete miembros, de diferentes nacionalidades y reconocidos por su autoridad moral y con amplio conocimiento en la materia de derechos humanos. No necesariamente deben ser juristas. Representarán a todos los miembros de la organización, y la Asamblea General los elegirá por períodos de cuatro años, de entre los candidatos propuestos por todos los países miembros. El artículo 41 CADH, indica las siguientes funciones y atribuciones:

Artículo 41

La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones:

- a. estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;
- b. formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos;
- c. preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;
- d. solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos;
- e. atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten;
- f. actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de esta Convención, y
- g. rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

³¹² Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución número 447 de la Asamblea General de la OEA. Noveno período ordinario de sesiones, La Paz, Bolivia, octubre de 1979.

³¹³ Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Aprobado por la Comisión en su 109° período extraordinario de sesiones, (4 al 8 de diciembre de 2000) y modificado en su 116° período ordinario de sesiones (7 al 25 de octubre de 2002).

El inciso f) de este artículo, hace referencia al proceso relativo a las denuncias que se planteen. Este tema se desarrolla en los artículos del 44 al 51 de la CADH. Así, el artículo 44 indica:

Artículo 44

Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte.

Conforme con este artículo, la legitimación para recurrir a la Comisión resulta totalmente abierta, de manera que se asegure al máximo la posibilidad de que cualquier interesado acceda a esta garantía. Incluso el art. 45 CADH contempla el supuesto en que el quejoso es un Estado parte, y exige, eso sí, que este Estado haya admitido la competencia de la Comisión para conocer los alegatos de un Estado contra otro.

El artículo 46 CADH contempla los supuestos de carácter formal para que se pueda plantear la queja:

Artículo 46

1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá:

- a. que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos;
- b. que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva;
- c. que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, y
- d. que en el caso del artículo 44 la petición contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición.

2. Las disposiciones de los incisos 1.a. y 1.b. del presente artículo no se aplicarán cuando:

- a. no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados;
- b. no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y

c. haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

Como vemos, el punto 2 del artículo en comentario flexibiliza la interposición del recurso para aquellos supuestos, en donde se exigen condiciones que no dependen del quejoso o de la persona afectada en sus derechos.

De conformidad con el artículo 47 CADH, la queja será declarada inadmisibile cuando

- a- falte alguno de los requisitos indicados en el artículo 46.
- b- no se refiera a hechos que caractericen una violación de derechos contemplados en la Convención.
- c- que la petición carezca de fundamentación o sea la reproducción de una gestión que se haya presentado anteriormente, ante la Comisión u otro organismo internacional.

El procedimiento se encuentra contemplado en el artículo 48 CADH, según el cual, una vez que se determina la admisibilidad de la queja, la Comisión procederá a trasladar los cargos al Estado demandado, solicitándole informe al respecto dentro de un plazo razonable fijado por la Comisión. Transcurrido este, con o sin el informe rendido, la Comisión procederá a confirmar la existencia de las situaciones acusadas. En caso de que no se verifiquen, o que sobrevenga prueba que demuestre la inadmisibilidad o improcedencia de la queja, el asunto se archivará. La Comisión podrá ordenar una investigación y, para ello, los Estados deberán brindarle todas las facilidades que se requieran, debiendo recibir las exposiciones verbales o escritas que le planteen. Además, se pondrá a disposición de las partes, a fin de cooperar para lograr una solución amistosa y acorde con los derechos fundamentales, solución que la Comisión propugnará a lo largo de este proceso.

Sin embargo, en casos graves y urgentes, con la simple presentación de la gestión de queja que reúna los requisitos de admisibilidad, la Comisión podrá realizar una investigación en el Estado recurrido, previo consentimiento de este.

Si la solución amistosa procede, se elaborará un informe con una breve exposición de los hechos y de la solución lograda, el cual será de conocimiento de los Estados parte y el Secretario General de la OEA, además de que posteriormente será publicado. (Art. 49 CADH).

Si no se logra llegar a una solución amistosa, en los casos en que esta proceda, la Comisión elaborará un **informe** para los Estados involucrados en el asunto, en el cual se detallan los hechos, exposiciones de las partes,

conclusiones y cualquier recomendación o sugerencia que la Comisión considere procedente, para cuyo cumplimiento brinda un plazo que no debe sobrepasar los tres meses. Además, si existe, cualquier informe de miembros de la comisión que se aparte total o parcialmente del informe de mayoría, no podrá ser publicado. (Art. 50 CADH). Notemos que este informe, por los extremos a que se refiere, es una verificación de los hechos que le fueron planteados a la Comisión, así como una invitación al diálogo entre partes que incluye sugerencias que pueden o no ser acatadas.

Ahora bien, de una lectura cuidadosa de la normativa en comentario, se desprende que, **a partir de este informe**, pueden suceder cuatro aspectos:

- El conflicto puede ser solucionado porque las partes lleguen a una conciliación, en cuyo caso se aplica lo indicado en el numeral 49.
- El conflicto puede ser elevado por el Estado interesado ante la Corte.
- El conflicto puede ser elevado por la misma Comisión ante la Corte. Es importante indicar que si la Comisión decide enviar el caso a la Corte para su decisión, debe para ello escuchar el parecer de quien gestionó, la víctima o sus familiares, al cual valorará conjuntamente con aspectos como la naturaleza y gravedad de la violación³¹⁴. Este supuesto ocurre, cuando la situación que fue planteada ante la Comisión, reviste un nivel de gravedad en relación con la lesión a los derechos humanos, por lo que la Comisión lo plantea ante la Corte, ya que necesariamente debe ser conocido por esta.
- Transcurrido el período de tres meses, sin que haya operado ninguno de los tres supuestos recién indicados, la Comisión puede proceder a emitir por mayoría absoluta de votos, su **opinión** y conclusiones, indicando sus recomendaciones y fijando un plazo para que el Estado corrija la situación. Notemos que el hecho de que se hable en el artículo 51 CADH de una “opinión” y ya no de un “informe”, evidencia que el documento al que se refiere este numeral, trasciende el aspecto meramente fáctico de la queja, para entrar en los criterios de valoración de fondo alrededor de esta. Una vez que el plazo haya expirado, la Comisión deberá definir si el Estado ha tomado o no las medidas pertinente y si publica o no el informe. Esta opinión se genera por parte de la Comisión a efectos de que al menos a este nivel, haya un pronunciamiento sobre la situación que le fue planteada.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos: Se encuentra regulada en el capítulo VIII de la Convención, artículos del 52 al 69, y por el Estatuto de la

³¹⁴ Rodríguez Rescia, óp. cit., p. 58

Corte Interamericana de Derechos Humanos³¹⁵ como en el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³¹⁶.

El artículo 3.1 de su Estatuto indica que la Corte tiene su sede en San José, Costa Rica. Está conformada por siete jueces nacionales de los Estados miembros de la OEA, quienes deben ser juristas de reconocida experiencia en materia de derechos humanos con los requisitos necesarios para ejercer las más elevadas funciones judiciales. Son elegidos por la Asamblea general de la OEA, de entre los candidatos propuestos por los Estados miembros. El quórum que requiere la Corte Interamericana, es de cinco jueces.

La Corte ejerce dos tipos de funciones: consultiva y contenciosa. Respecto a este tema, encontramos la siguiente exposición de Rodríguez Rescia, quien de manera sumamente clara y completa, ha distinguido las dos funciones:

Estas funciones se distinguen en la materia analizada y las reglas que rigen los respectivos procesos. Al ejercitar su competencia contenciosa, la Corte analiza una demanda específica, establece la veracidad de los hechos denunciados y decide si estos constituyen una violación a la Convención Americana. El ejercicio de la competencia consultiva es distinto en su contenido y alcances. Primero al analizar una opinión consultiva, el Tribunal interpreta el derecho internacional, no hechos específicos. Como consecuencia, no existen hechos por demostrar.

Asimismo, mientras que la función contenciosa se materializa en un proceso judicial en que se ventilan posiciones contradictorias, en la función consultiva tal disputa no es un elemento esencial. El ejercicio de la competencia contenciosa de la Corte depende necesariamente de la aceptación previa de su competencia por los Estados Partes que deberán acatar su fallo, en cambio, la competencia consultiva del tribunal no depende del consentimiento de los Estados interesados.

Una última diferencia entre ambas competencias se refiere al carácter jurídico de las decisiones emitidas por el Tribunal. En el caso del ejercicio de la competencia contenciosa, los

³¹⁵ Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución número 448 de la Asamblea General de la OEA. Noveno período ordinario de sesiones. La Paz, Bolivia, octubre de 1979.

³¹⁶ Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobado por la Comisión en su XLIX período extraordinario de sesiones, 16 al 25 de noviembre de 2000 y modificado en su LXI período ordinario de sesiones, celebrado del 20 de noviembre al 4 de diciembre de 2003.

tribunales internacionales emiten sentencias y resoluciones en que determinan la violación o no al derecho internacional que se denunció, y que son vinculantes, tanto para el demandante como para el demandado en el proceso, justamente en virtud de la aceptación previa de que el tribunal es competente para solucionar judicialmente el conflicto que ha surgido entre ellos. Contrariamente, en el caso del ejercicio de la competencia consultiva, la Corte emite una **opinión** la cual no tiene las características de una sentencia ejecutable a nivel interno. No obstante, ello no quiere decir, en modo alguno, que las opiniones consultivas no tengan valor jurídico. Por el contrario, la competencia cumple un papel fundamental en el proceso interpretativo de la Convención Americana³¹⁷.

En resumen, con la **función consultiva** se busca prevenir conflictos, ya que consiste en la interpretación de normas de derecho internacional, pues es un proceso donde no existe litis, el cual se resuelve mediante la emisión de una opinión por parte de la Corte, cuya competencia no depende de la aceptación previa de los Estados parte. En cambio, **la función contenciosa** tiene por objeto el proceso, en donde se busca la resolución de conflictos entre las partes, las cuales se han sujetado a la competencia de la Corte, determinando esta, tanto la veracidad de los hechos, como si estos configurarían una violación en materia de derechos humanos, de manera que el asunto se resuelva mediante sentencia.

En cuanto a la función contenciosa, según Rodríguez Rescia, de conformidad con el Estatuto y Reglamento de la Corte, la función contenciosa presenta cuatro etapas: la fase de excepciones preliminares, fase de fondo, fase reparaciones, fase de supervisión y ejecución de sentencias³¹⁸.

A continuación, se presenta un breve desarrollo de cada una de las fases:

- Fase de excepciones preliminares: Contemplada en el artículo 37 del Reglamento de la Corte Interamericana de Recursos Humanos, según el cual, el Estado denunciado podrá oponer las excepciones que considere pertinentes en el escrito que contesta la demanda, debiendo referirse en la interposición de la excepción a los hechos, fundamentos de derecho, conclusiones, documentos y pruebas que la apoyen. Estas excepciones podrán ser contestadas por las partes, mediante alegatos por escrito, en un plazo no mayor a treinta días. La Corte podrá fijar una audiencia para estas audiencias. Además, por

³¹⁷ Rodríguez Rescia, óp. cit, p. 60.

³¹⁸ Ibíd., pp. 61-64.

economía procesal, podrá resolver las excepciones en la sentencia que resuelva el fondo.

- Fase de fondo: En esta fase, se presenta la demanda ante la Corte, sea por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o por un Estado. Sin embargo, la Comisión será parte demandante, excepto cuando se trate de conflictos específicos entre Estados.

Es importante señalar que la parte cuyo derecho haya sido violentado, si desea participar del proceso, *podrá hacerlo una vez admitida la demanda*, sea personalmente o por medio de representantes. También los familiares de las víctimas, podrán participar del proceso en esta misma oportunidad. Sin embargo, si existiera más de una presunta víctima, deberán designar un interviniente común. Así lo indica el artículo 23 inciso 1 del Reglamento CIDH, el cual debe ser complementado con el artículo 36 del mismo cuerpo normativo, en tanto este indica, que una vez notificada la demanda a la víctima, familiares o representantes acreditados, se les dará un plazo de dos meses para presentar sus solicitudes, argumentos y pruebas.

La demanda debe reunir los requisitos contemplados en el artículo 33 del Reglamento de la Corte (pretensiones, exposición de hechos, resoluciones de apertura del procedimiento y admisibilidad de la denuncia por la Comisión, pruebas ofrecidas e indicación sobre a cuáles hechos se refiere, la individualización de testigos y peritos y el objeto de sus declaraciones, fundamentos de derecho y conclusiones pertinentes, nombre del denunciante original, presuntas víctimas o sus representantes, nombre del agente o delegado, nombre y dirección de los representantes de las víctimas). Además, si se omiten el nombre y dirección de los representantes de las víctimas, se tendrá como representante procesal a la Comisión.

Si la demanda es planteada por la Comisión, se adjuntará el informe que indica el artículo 50 CADH, al cual ya nos referimos.

En caso de que la demanda carezca de alguno de los requisitos mencionados, el presidente de la CIDH dará un plazo de veinte días para que los defectos sean subsanados. (Art. 34 RCIDH).

Presentada la demanda con todos los requisitos, el secretario de la CIDH la pondrá en conocimiento del presidente y los demás jueces; del Estado demandado; la Comisión cuando no es ella quien acciona; el denunciante original; la presunta víctima, sus familiares o representantes debidamente acreditados. Solicitará que en un plazo de treinta días, los Estados demandados y la Comisión nombren sus delegados. También informará al resto de Estados parte, al Secretario General y Consejo Permanente. (Art. 35 RCIDH).

El Estado demandado tendrá un plazo de cuatro meses posteriores a la notificación para la contestación de la demanda que debe reunir los mismos requisitos que esta, así como para la contestación al escrito de solicitudes, argumentos y pruebas que haya planteado la víctima o sus familiares o representantes. Recordemos además que en la contestación a la demanda, se deben interponer las excepciones preliminares a las que ya nos referimos. En cuanto a los hechos, los que no hayan sido expresamente rechazados, se tendrán por ciertos, al igual que las peticiones que no hayan sido controvertidas. (Art. 38 RCIDH).

En caso de que las partes deseen realizar cualquier otra gestión propia del procedimiento escrito, podrán solicitarlo al presidente, una vez que la demanda haya sido contestada y previo al inicio de la fase oral del procedimiento, y este lo permitirá si lo estima necesario. (Art. 39 RCIDH). Señala Ramírez Rescia que, en cuanto a este tema, se les solicita a las partes que se refieran a hechos o argumentos nuevos.

Superada esta etapa, se inicia la fase oral del procedimiento, según la cual la Corte escucha los testimonios y pericias de importancia para la resolución del asunto, así como también alegatos sobre aspectos específicos y los alegatos finales. La dirección de las audiencias orales estará a cargo del presidente. (Art. 41 RCIDH), quien calificará la pertinencia de las preguntas que se planteen, y podrá eximir al interrogado de responder, salvo que la Corte tenga otro criterio. (Art. 42 RCIDH). De estas audiencias, se levantará un acta que contendrá los nombres de los jueces, agentes, delegados, víctimas, familiares o sus representantes, los comparecientes (testigos, peritos, etc), las declaraciones, las resoluciones y además, serán grabadas, y se brindará una copia de la grabación a las partes. (Art. 43 RCIDH).

En cuanto a la prueba, esta deberá ser ofrecida en la demanda, contestación de la demanda o escrito de excepciones preliminares o su contestación. En casos de fuerza mayor, impedimento grave, hechos supervinientes, podrán recibirse de manera excepcional. (Art. 44 RCIDH). Asimismo, la Corte podrá ordenar de oficio la prueba que considere útil, o solicitar las explicaciones o aclaraciones que requieran. (Art. 45 RCIDH). La parte que ofrezca una prueba, correrá con los gastos que ella implique (art. 46 RCIDH), y en caso de testigos o peritos, se encargará de su comparecencia ante la Corte. Cuando la Corte lo considere pertinente, podrá solicitar que la prueba se reciba ante fedatario público, para dar audiencia de ella a las partes. (Art. 47 RCIDH). Tanto los testigos como los peritos serán juramentados o brindarán declaración solemne de decir verdad. (Art. 48 RCIDH). Los testigos podrán ser objetados por las partes (art. 49 RCIDH) y los peritos recusados, ambos gozan de protección para evitar que sean juzgados por los Estados, en vista de sus manifestaciones. (Art. 50 RCIDH). Sin embargo, en caso de que se negaran a deponer o la Corte considerara que su declaración es falsa,

la Corte lo pondrá en conocimiento del Estado para lo que corresponda en la legislación nacional.

La causa podrá ser sobreseída en el supuesto de que la parte demandante manifieste su desistimiento, una vez oídas las opiniones del resto de las partes. En el supuesto de que el demandado acceda a las peticiones del demandante y su representante, la Corte resolverá sobre la procedencia del allanamiento y sus efectos jurídicos, reparaciones y costas correspondientes. (Art. 53 RCIDH). También en caso de una solución amistosa, podrá dar por terminado el asunto. (Art. 54 RCIDH). También la Corte podrá proseguir con el asunto, aun en los supuestos anteriores, cuando sea lo necesario para la protección de los derechos humanos. (Art. 55 RCIDH).

En relación con las sentencias, el Reglamento de la Corte indica en el artículo 58 inciso 1), que una vez que llega el momento de dictar sentencia, la Corte deliberará en privado y aprobará la sentencia que, de conformidad con el numeral 56 del mismo cuerpo normativo, debe reunir los siguientes datos: nombre de los juzgadores, identificación de las partes y sus representantes, relación de los actos del procedimiento, determinación de los hechos, conclusiones de partes, fundamentos de derecho, decisión sobre el caso, pronunciamiento sobre reparaciones y costas, resultado de votación, indicación sobre cuál de los textos hace fe. (Art. 56 RCIDH). Además, la sentencia incluirá, tanto los votos disidentes como concurrentes, debiendo contar con las firmas de los jueces y el secretario, aunque será válida con la firma de la mayoría de los jueces y el secretario. La sentencia finalizará con la orden de comunicación y ejecución, y hasta que no se haya notificado su contenido, será secreto. (Art. 58 RCIDH).

Recordemos además que según el artículo 63 CADH, la sentencia resuelve no solo sobre el fondo del asunto, sino sobre eventuales indemnizaciones.

Artículo 63

1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. [...]

Este aspecto nos traslada a la siguiente fase, la de reparaciones.

- Fase de reparaciones: De conformidad con el numeral 57 RCIDH, si en la sentencia de fondo no se hiciera pronunciamiento expreso sobre

las reparaciones, “[...] la Corte fijará la oportunidad para su posterior decisión y determinará el procedimiento.”

Respecto a este tema, señala Rodríguez Rescia que al no existir un procedimiento específico para las reparaciones, se aplican las normas procesales referentes al procedimiento contencioso en forma supletoria. Además, esta etapa tiene como objeto la obtención de elementos de prueba suficientes, los cuales varían según el grado de dificultad del asunto, la cantidad de beneficiarios y el tipo de violaciones. Se debe resaltar que, si las partes desean, pueden llegar en esta fase a un arreglo amistoso, aun cuando esa no es la situación en la generalidad de los casos.³¹⁹

Por otra parte, Rodríguez Rescia indica un aspecto que resulta de fundamental importancia, y es el hecho de que el papel de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se ha visto fortalecido con la aplicación del artículo 23 RCIDH que permite la incorporación de las víctimas, sus representantes o familiares al procedimiento, pues de esta manera, ellos se han centrado en la demostración de los aspectos netamente indemnizatorios. Mientras que la Comisión ha podido concentrarse en aspectos de carácter general que promueven la aplicación de los derechos humanos, entre los cuales este autor incluye: otras formas de reparación, falta de adecuación de leyes o actos que constituyeron la violación de los derechos establecidos, en relación con la CADH.³²⁰

- Fase de supervisión y ejecución de sentencias: Señala Rodríguez Rescia que la Corte ha incluido en la sentencia de reparaciones, la facultad de supervisar el cumplimiento del fallo, es decir, se verifica si el Estado sancionado ha efectuado las obligaciones que le fueron impuestas, y por ello, los actos que realiza la Corte en esta etapa, dependen de las obligaciones que la Corte le haya impuesto al Estado.³²¹

Algunos de estos seguimientos, han sido relativamente simples pues son aspectos de carácter indemnizatorio. Pero otros poseen un alto grado de complejidad. Un ejemplo de esta situación, es el supuesto en que la Corte ordena que se abra proceso de investigación en el Estado sancionado, a fin de procesar o condenar a los responsables, obligación que según indica Rodríguez Rescia, no se ha cumplido cabalmente en la mayoría de los casos.³²²

En todo caso, el tema de ejecución es tratado en el artículo 68 CADH, según el cual:

³¹⁹ Rodríguez Rescia, óp. cit., pp. 62-63.

³²⁰ Ibíd., p. 63

³²¹ Ibíd., pp. 64.

³²² Ibídem.

Artículo 68

1. Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.
2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

Vemos entonces como el tema de la ejecución se ve cubierto en este artículo, tanto desde la perspectiva del compromiso que aceptan los Estados parte en la Convención, que los obliga a cumplir la decisión tomada por la Corte en cualquier asunto en donde sean parte, además de la posibilidad de acudir al procedimiento propio de cada país, para la ejecución de sentencias en donde se condene al Estado. Rodríguez Rescia señala además otros aspectos que ayudan a la eficacia de las sentencias de la Corte, contenidos en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los cuales indican:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
[...]

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Es importante anotar que existe una fase preprocesal que es la referente a las medidas preventivas que la Corte puede ordenar como decisión propia o a petición de la Comisión. Las mismas se encuentran contempladas en el numeral 63.2 CADH, y representan un esfuerzo máximo del sistema, para actuar en protección de los derechos humanos de las personas. El texto en comentario expresa así:

Artículo 63 [...]

2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte,

en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

La función consultiva se encuentra regulada en los artículos 64 CADH, y los artículos 60 a 65 del RCIDH, y hace referencia a la posibilidad que tienen los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos de consultar sobre la Convención Americana u otros tratados relativos a derechos humanos en los Estados americanos, por lo que es un rango de interpretación sumamente amplio. Asimismo, se contempla en el inciso 2 de este artículo, la posibilidad de que se consulte sobre la concordancia de una ley con instrumentos internacionales de derechos humanos, vigentes en los Estados americanos.

El procedimiento consiste en la presentación ante la Corte de preguntas específicas y precisas sobre los aspectos que se quieren conocer, pudiendo ser presentadas por parte de los Estados miembros o por la Comisión, los cuales deberán señalar las disposiciones, cuya interpretación se pide. Si la iniciativa proviene de un órgano de la OEA diverso a la Comisión, contemplará también por qué la consulta incide en su competencia. (Art. 60 CADH). En caso de que la consulta se refiera a un instrumento diferente a la Convención, se deberá identificarlo; se señalarán las partes, preguntas específicas, y consideraciones que originan el cuestionamiento o duda. (Art. 61 CADH).

En cuanto a la interpretación de leyes internas, la solicitud debe incluir: disposiciones de derecho interno (con su copia) y de la Convención concernientes a derechos humanos que son objeto de consulta, preguntas específicas por medio de las cuales, se pretende obtener la opinión de la Corte y el nombre y dirección del agente solicitante.

En cuanto al procedimiento, el numeral 63 RCIDH, indica que una vez recibida, se les dará copia a todos los Estados miembros, a la Comisión, Consejo permanente de la OEA, mediante su presidente, al secretario general de la OEA, y aquellos órganos de la OEA que, por su competencia, tengan que ver con el tema consultado. El Presidente de la Corte les fijará un plazo para que envíen sus observaciones por escrito, y podrá también hacerlo a cualquier persona interesada, pero si se trata de un asunto de derecho interno, solo lo hará previa consulta al agente. La Corte podrá definir si considera conveniente la realización de una audiencia oral. En cuanto lo considere pertinente, podrá aplicar cualquier otro aspecto del proceso contencioso señalado en el Título II del Reglamento. (Art. 64 RCIDH).

El contenido de las opiniones consultivas, es el siguiente: nombre de los jueces participantes, cuestiones sometidas a la Corte, relación de los actos

del procedimiento, fundamentos de derecho, opinión de la Corte, indicación de cuál de los textos hace fe. Para la comunicación se sigue lo preceptuado para las sentencias contenciosas. (Art. 65 RCIDH).

Conclusión: De esta manera, hemos examinado todos y cada uno de los elementos de la definición de democracia que propusimos. Cada uno de esos elementos nos lleva a la conclusión de que el elemento central de la democracia, el que la distingue, es el haber colocado al ser humano y sus necesidades como punto central del sistema, en torno al cual gira todo el resto de elementos. Estos tienen sentido en la medida que estén al servicio de la persona:

La democracia no es sólo la forma más práctica de organizar una comunidad moderna. Es mucho más. Es el único sistema político que reconoce el valor absoluto de todo ser humano; expresa la convicción de que, por encima y más allá de todas las enormes desigualdades —de educación, oportunidad y quizá talento innato— que distinguen a un hombre de otro, hay sin embargo una igualdad última entre todos los seres humanos en cuanto tales. La democracia expresa la convicción de que ninguno de nosotros, y que desde luego ningún gobierno, tiene derecho a decir que un hombre es inherentemente mejor que otro. En una palabra, la democracia es un sistema político para hombre libre y no para esclavos.³²³

Reiteramos entonces que la democracia es **más que una forma de organizarse políticamente para la vida en sociedad; es decir, es más que una forma de gobierno.** Tiene como objetivo principal lograr que cada persona goce de las mejores condiciones para su desarrollo físico, mental y espiritual. Por lo tanto, en una democracia las necesidades de cada persona, deben ser satisfechas, ya sea porque se le faciliten las condiciones para que pueda hacerlo por sí misma, o sea porque se le brinde el servicio que las solventará.

Ello nos lleva al análisis acerca de cómo se ha organizado el Estado, para satisfacer las necesidades de las personas que conforman la sociedad. Esto se ha logrado mediante el concepto de servicio público que desarrollaremos en el siguiente apartado.

³²³ Stratchey, óp. cit., p. 192.

CAPÍTULO II SERVICIO PÚBLICO

INTRODUCCIÓN

El concepto de servicio público aparece cada vez más relacionado con actividades importantes para la población en general, y alcanza aspectos que en otras épocas, ni siquiera se hubieran imaginado. Además el aspecto de la calidad del servicio, es un punto que debe ser tomado en cuenta, cuando se habla del servicio público, pero esta no es la única característica del servicio público que vale la pena analizar.

Sin embargo, debemos señalar que este concepto es de difícil precisión, pues varía de ordenamiento en ordenamiento, y de autor en autor. Incluso, hoy en día, por las diversas necesidades y exigencias que se pretenden satisfacer, se ha considerado que es un concepto en crisis.³²⁴ Esto obedece a que algunos rasgos que lo caracterizaban de manera original, han debido variar adaptándose a las circunstancias actuales.

A pesar de esta situación, señala Abalos que en doctrina predomina la tesis, según la cual ni la actividad legislativa ni la jurisdiccional son servicios públicos, pues de ser así, no se pueden distinguir jurídicamente de estos como funciones del poder. De manera que de acuerdo con esta autora, solo dentro de la actividad administrativa, se puede hablar de servicio público.

A continuación, analizaremos el concepto de servicio público, a fin de determinar si compartimos el punto de vista recién citado.

2.1 CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO

Abalos señala al momento de clasificar los servicios públicos, que entre los servicios públicos esenciales, (es decir aquellos que se refieren a la satisfacción de necesidades básicas) se encuentra la justicia. Sin embargo, como recién comentamos, Abalos sostiene que el ejercicio de la función netamente jurisdiccional, el declarar el derecho, a su criterio no califica como servicio público por sí mismo, pues se refiere a la perspectiva propia de los juzgadores, en torno a su función. En cambio, el servicio de justicia sí es calificado como un servicio público, lo cual nos brinda una clave para determinar en cuáles casos nos encontramos ante un servicio público: el servicio público opera desde una visión que busca la satisfacción de una necesidad del usuario; en

³²⁴ Abalos, María Gabriela. Los Servicios Públicos. En: Manual de Derecho Administrativo. Buenos Aires: Editorial Desalma, 1996, pp. 403 y 410.

este caso en particular, la solución de un conflicto entre partes que le restituya la paz social y el derecho lesionado al sujeto.³²⁵

En este sentido, a nuestro parecer, resulta acertada la perspectiva de Marienhoff, quien apartándose de un criterio orgánico, (en el que el servicio público depende de si es una actividad realizada por la Administración por sí misma o por medio de concesionarios), opta por la perspectiva funcional en donde lo característico del servicio público, es la índole de la necesidad que se procura satisfacer, mediante la actividad en cuestión, debiendo ser una necesidad de carácter general o público.³²⁶

En la doctrina española, González-Varas indica que el servicio público encuentra su punto de partida en

[...] su aspiración de servir de medio para el resarcimiento de las necesidades sociales mediante una acción o prestación estatal de forma continua y regular.³²⁷

Explica este autor que, una vez que se ha declarado una actividad como servicio público, esta actividad se sustrae de la acción de los ciudadanos pues su titularidad la asume la Administración. El acto de titularidad pública es la llamada *publicatio*, con la cual la actividad se sustrae de la aplicación de la normativa jurídico-privada para pasar a la jurídico-pública. La Administración puede definir entonces, si gestiona por sí misma el servicio o no, pues la gestión es diferente de la titularidad. Sin embargo, aun en el caso de que una empresa privada realice la gestión, se sujetará al régimen jurídico específico propio del servicio público. Además la Administración no se desentiende de manera absoluta de la gestión, pues es responsable de la satisfacción real de la prestación.³²⁸

Se debe destacar que este autor aclara cómo tras el concepto de servicio público, subyace el principio de solidaridad social y el concepto de Estado social de derecho, lo cual nos parece totalmente acertado. Por ello, se ha considerado que otra consecuencia de la *publicatio*, es la intervención del poder público en la economía:

La explicación, de que la *publicatio* de una actividad sea una plataforma de que se vale el poder público para autojustificar su *intervención en la economía*, está en que existe un determinado

³²⁵ Abalos, óp. cit., pp. 403-404 y 408.

³²⁶ Marienhoff citado por Abalos, óp. cit., pp. 404-405.

³²⁷ González-Varas Ibáñez, Santiago. El Derecho Administrativo Privado. Madrid: Editorial Montecorvo S.A., 1996, p. 408.

³²⁸ Ibíd., pp. 409-410.

ámbito de necesidades vitales que deben estar cubiertas a favor de cualquier ciudadano. El riesgo de que la dejación en manos privadas –del sector en cuestión– conduzca a una insuficiente prestación motiva la intervención pública. Es fácil así comprender que el presupuesto ideológico de los servicios públicos es el principio de solidaridad social. Por otra parte, constitucionalmente la teoría de los servicios públicos enlaza directamente con el Estado social y supera el Estado liberal clásico, pudiendo aquellos ser considerados como la vertiente administrativa de este principio constitucional.³²⁹

Por lo tanto, el servicio público tiene fundamento en los valores de la democracia, el bienestar común y solidaridad, y su respectivo reflejo del principio del Estado social de derecho.

Concluimos entonces, que lo que define una actividad como servicio público, es que con ella se busque satisfacer un interés colectivo, independientemente de que el titular de esta actividad sea o no la Administración en sentido estricto. Ciertamente en doctrina encontramos una gran variedad de definiciones sobre el servicio público, en donde según la perspectiva de cada autor, se enfatizan diferentes aspectos, ya sean elementos o características.³³⁰ No obstante, en todas ellas de manera explícita o tácita, confluye como aspecto básico, el tema de la satisfacción de una necesidad general.

Citamos a continuación la definición de Fernández Ruiz, pues consideramos que resulta bastante completa, ya que reúne tanto el aspecto fundamental al que hemos hecho referencia, como otros elementos a los que nos referiremos posteriormente:

Servicio público es toda actividad técnica destinada a satisfacer una necesidad de carácter general, cuyo cumplimiento uniforme y continuo deba ser permanentemente asegurado, reglado y controlado por los gobernantes, con sujeción a un mutable régimen jurídico exorbitante del derecho privado, ya por medio de la administración pública, bien mediante particulares facultados para ello por autoridad competentes, en beneficio indiscriminado de toda persona.³³¹

³²⁹ *Ibíd.*, pp. 410-411.

³³⁰ Un estudio sobre las distintas definiciones en doctrina se puede encontrar en Fernández Ruiz, Jorge. *Derecho Administrativo (Servicios Públicos)*. México: Editorial Porrúa, 1995, pp. 149-165.

³³¹ Fernández Ruiz, Jorge. *Derecho Administrativo (Servicios Públicos)*. México: Editorial Porrúa, 1995, p. 165.

Asimismo, estudiaremos los diversos elementos que contiene esta definición.

2.1.1 Elementos del servicio público

Según la exposición que hace Fernández Ruiz respecto a este tema, los elementos que componen el servicio público son:³³²

- ✓ Necesidad general: Este autor la explica como la existencia de una carencia de los seres humanos que debe ser satisfecha. Es una necesidad común que tienen muchas personas de una sociedad, aunque no necesariamente todas.³³³ Otro autor, Sarmiento García en un sentido similar, indica que el interés debe ser colectivo, más que general, pues el interés general atañe a todos los ciudadanos, mientras que el interés colectivo se refiere a un interés que puede ser sentido por un grupo importante de personas, aunque no necesariamente por todos.³³⁴
- ✓ Actividad: A fin de satisfacer la necesidad general, resulta necesario realizar determinadas operaciones o tareas, las cuales deben ser de carácter técnico, es decir, referente a ciencias, artes, industrias u oficios específicos, realizados por personal especializado y con equipos, instrumentos o materiales especializados.³³⁵
- ✓ Universo de usuarios potenciales de servicio público: No es posible que exista el servicio público, sin los sujetos que harán uso de este: los usuarios. Generalmente, los usuarios coinciden con la población que se ubica en el área de cobertura del servicio. Sin embargo, en ocasiones se condiciona el uso del servicio a determinadas condiciones que el potencial usuario debe cumplir para convertirse en un usuario efectivo.³³⁶
- ✓ Intervención estatal: El Estado participa en la creación del servicio público, ya sea mediante la ley que lo establece (servicio público propio) o bien a través del permiso, licencia o autorización (servicio público impropio), además por medio del régimen jurídico que lo regula, el cual escapa al derecho privado y compete a los órganos del Estado, tanto en su elaboración, interpretación, control y vigilancia de su aplicación; fijación de tarifas aplicables en servicios onerosos y en la supresión de servicios públicos.

³³² Ibídem, pp. 135-148.

³³³ Fernández Ruiz, óp. cit., p. 135.

³³⁴ Sarmiento García citado por Abalos, óp. cit., p. 406.

³³⁵ Fernández Ruiz, óp. cit., pp. 138-139.

³³⁶ Ibídem, pp. 140-141.

- ✓ Sujeto que desarrolla actividad satisfactora: Sea el Estado o bien un sujeto de derecho privado en los casos de servicio público bajo régimen de concesión o servicios públicos impropios.³³⁷
- ✓ Recursos empleados en la prestación del servicio: Pueden ser humanos, materiales y financieros.³³⁸
- ✓ Régimen jurídico exorbitante de derecho privado: Por tratarse de intereses de carácter general, el régimen jurídico que rige el servicio público, no es exclusivo del derecho privado, sino que tiene elementos que hacen que exceda de esta rama del derecho, pues debe tomar en cuenta aspectos tales como: la continuidad, regularidad, etc.

2.2 SERVICIO PÚBLICO EN LA NORMATIVA DE COSTA RICA

Según indican Murillo González y Salguero López,³³⁹ el artículo 3 de la Ley de la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos, hace referencia a un concepto de servicio público que depende exclusivamente de su inclusión en una normativa que lo consigne así. Veamos el numeral en cuestión:

Artículo 3.- Definiciones: Para los efectos de esta ley, se definen los siguientes conceptos:

a) Servicio Público, el que por su importancia para el desarrollo sostenible del país sea calificado como tal por la Asamblea Legislativa, con el fin de sujetarlo a las regulaciones de esta ley [...]

Como vemos, normativamente servicio público es aquel servicio que la ley ubique como tal, dada su importancia para el desarrollo del país. La Procuraduría General de la República ha señalado que para que una actividad de la Administración sea un servicio público, debe haber sido legalmente considerada de interés público.³⁴⁰

Murillo González y Salguero López³⁴¹ han indicado que con el fin de que una actividad de la Administración reúna la condición de ser un servicio público debe reunir dos aspectos:

³³⁷ Fernández Ruiz, óp. cit., pp. 142-143.

³³⁸ Ibídem, p. 143.

³³⁹ Murillo González, Jorge y Salguero López, Juan Pablo. Deficiencias y limitaciones en el modelo de regulación tarifario de los servicios públicos competencia de la ARESEP. Tesis para optar por el grado de Licenciados en Derecho de la Universidad de Costa Rica, 2003, pp. 75-76.

³⁴⁰ Procuraduría General de la República. Dictamen número 152-2000 del 7 de julio de 2000, citado por Murillo González, Jorge y Salguero López, Juan Pablo, óp. cit., p. 84.

³⁴¹ Ibídem, p. 78.

- La *publicatio*, la cual consiste según Ariño Ortiz en el acto de declaración de una actividad como servicio público³⁴².
- Haber sido declarada de interés público por el legislador (lo cual para la Procuraduría General de la República consiste en la *publicatio*³⁴³).

Los autores citados explican que esta declaración es materia de reserva de ley, pues al fin y al cabo implica una restricción de las libertades al excluir de la competencia de los sujetos privados, determinadas actividades. Por ello, debe ajustarse a los artículos 11 y 12 LGAP.³⁴⁴ El primero de estos artículos contiene el Principio de Legalidad, según el cual la Administración Pública deberá actuar sometida al ordenamiento jurídico, pudiendo realizar los actos o servicios públicos que autorice el ordenamiento. El segundo numeral indica:

Artículo 12.-

1. Se considerará autorizado un servicio público cuando se haya indicado el sujeto y el fin del mismo. En este caso el ente encargado podrá prestarlo de acuerdo con sus propios reglamentos sobre los demás aspectos de la actividad, bajo el imperio del Derecho.
2. No podrán crearse por reglamento potestades de imperio que afecten derecho del particular extraños a la relación de servicio.

De esta forma, si existe normativa que apunta el sujeto y el fin, el servicio público correspondiente se encuentra autorizado.

Estos autores aclaran que en nuestra realidad ha operado otra fuente en la determinación de las actividades que son servicios públicos. Esta es la jurisprudencia de la Sala Constitucional que, por su carácter erga omnes, vincula a todos los sujetos.³⁴⁵ Al respecto citan el voto de la Sala Constitucional 517-98, según el cual, la noción de servicio público se encuentra en estrecha relación con el interés público de manera que es una cuestión:

[...] de hecho y circunstancial, que obliga –como ya se dijo– a un juicio de oportunidad y conveniencia. No existen actividades que por naturaleza o imperativos del Derecho Constitucional sean propias del servicio público, sino que eso dependerá de cada sociedad, sus necesidades y en el ámbito-privado o público- en que estas se satisfagan de mejor manera.³⁴⁶

³⁴² Ariño Ortiz citado por Murillo González y Salguero López, óp. cit., p. 78.

³⁴³ Ibíd., p. 79.

³⁴⁴ Ibíd., pp. 79-80.

³⁴⁵ Ibíd., pp. 80-81.

³⁴⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 517-98 del veintiséis de agosto de mil novecientos noventa y ocho. Citada por Murillo González y Salguero López, óp. cit., pp. 81-82.

También Murillo González y Salguero López hacen referencia a la opinión de la Procuraduría General de la República,³⁴⁷ bastante similar a la de Sala Constitucional, según la cual el tema del servicio público depende del tipo de Estado que se haya escogido, así como del avance de la sociedad. Ambos aspectos se encuentran contemplados en la Constitución, como pacto fundamental de la sociedad.

Los mismos autores señalan como actividades que han sido calificadas de servicio público por la Sala Constitucional aquellas realizadas por los bancos estatales, suministro de agua potable y sistema de acueductos y alcantarillados, transporte remunerado de personas en sus diversas modalidades de vehículos automotores colectivos y de taxi, telecomunicaciones, electricidad, recolección de transportes y tratamiento de desechos sólidos, suministro y distribución de combustibles, servicio de páginas amarillas, servicios públicos de ferrocarriles y muelles, servicio público justicia, servicio público de seguridad nacional, migración y servicios de seguridad aeroportuaria, servicios aeronáuticos y aeroportuarios, servicio público aduanero, servicio público de la actividad bancaria estatal, servicio social postal, servicio público de la actividad bursátil, servicio público de salud y servicios profesionales.³⁴⁸

2.2.1 Clasificación del servicio público

Los autores citados proponen una clasificación del servicio público existente en nuestro país, basándose para ello en la normativa vigente. Señalan que existen cuatro tipos de servicios públicos:³⁴⁹

- i- Administrativos: Estos implican el ejercicio de potestades públicas, de manera que son necesariamente ejercidos por la Administración y no pueden bajo ninguna circunstancia, ser delegados por esta. Gozan de un carácter esencial, y por ello, en principio son gratuitos para poder alcanzar así a toda la población. Ejemplos de estos servicios públicos son: servicios de defensa del Estado; los relativos al estado civil de las personas; dirección, vigilancia y control del sistema penitenciario; servicio público justicia (sobre el cual detallaremos más adelante); de seguridad nacional, migración y seguridad aeroportuaria; aduanero; actividad desarrollada por el Banco Central de Costa Rica.³⁵⁰
- ii- Industriales y comerciales: Al crecer el espectro de necesidades relativas al interés público, crecieron también las actividades que

³⁴⁷ Procuraduría General de la República. Dictamen número 086-2001 del veintiuno de marzo de 2001 citado por Murillo González y Salguero López, óp. cit., p. 84.

³⁴⁸ Murillo González y Salguero López, óp. cit., pp. 82-83.

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 90.

³⁵⁰ *Ibid.*, pp. 92-105.

debieron ser incorporadas al tema de servicio público. Entre ellas se encuentran las actividades de producción e intercambio de servicios, que sí pueden ser delegadas por la Administración, y sobre las cuales sí se puede solicitar al usuario una cierta retribución que representa el costo de la actividad, pero no implica lucro alguno para la Administración. Además, este tipo de actividades se rige por el derecho mixto (derecho público y derecho privado). Ejemplos de este tipo de servicios públicos son: Actividad bancaria estatal; servicio público aeronáutico y aeroportuario; servicio social postal; servicio de emergencia 911; servicios públicos comerciales e industriales regulados por la ARESEP (transporte remunerado de personas, electricidad, combustibles, recolección y tratamiento de desechos sólidos y telecomunicaciones).³⁵¹

- iii- **Sociales:** Son aquellos servicios públicos que tienen finalidad social, ya que pretenden mejorar las condiciones de vida de las personas al satisfacer una necesidad general. Su financiamiento debe ser subsidiado por el Estado. Ejemplos son los servicios públicos de salud y de enseñanza.³⁵² Estos servicios públicos obedecen al valor de bienestar común y solidaridad y al principio del Estado social de derecho, tal y como lo comentamos anteriormente.³⁵³
- iv- **Profesionales:** Son aquellos realizados por los colegios profesionales que se caracterizan por la existencia de una estructura corporativa que desarrolla una labor tendiente al interés público. En ellos, cada uno de los agremiados paga una cuota para así llevar a cabo dicho servicio, el cual incluye aspectos tales como las funciones de regulación y policía. Así lo ha indicado la jurisprudencia constitucional en el voto 5483-199, aunque también ha aclarado que el servicio público opera en la medida que se persigan fines públicos en defensa de la colectividad. Conforme se pretenda salvaguardar el interés general consistente en la confianza que depositan las personas en quienes ejercen las profesionales, se puede ubicar la función de los colegios profesionales como un servicio público.³⁵⁴

2.2.2 Características del servicio público

Murillo González y Salguero López indican como caracteres jurídicos del servicio público,³⁵⁵ los siguientes:

³⁵¹ Ibid., pp. 105-127.

³⁵² Ibid., pp. 128-139.

³⁵³ Véanse pp. 202-203.

³⁵⁴ Murillo González y Salguero López, óp. cit., pp. 140-148

³⁵⁵ Ibidem, pp. 47-57.

- Continuidad: Esta característica hace referencia al hecho de que siempre que se presente la necesidad colectiva, la misma debe ser satisfecha de manera oportuna, sea de forma intermitente (necesidades que deben ser satisfechas periódicamente) o ininterrumpida (necesidades permanentes).³⁵⁶ Fernández Ruiz señala que por continuidad se entiende:

[...] la oferta permanente, y correlativa posibilidad constante, de usar un servicio público dado, dentro de los horarios y bajo las condiciones y términos señalados expresamente en su normativa reguladora.³⁵⁷

- Regularidad: Se refiere a la forma en que debe llevarse a cabo el servicio, el cual debe realizarse conforme con las reglas, normas y condiciones que se hayan fijado para su adecuado funcionamiento, de manera que si estas no son acatadas, el servicio deviene irregular.³⁵⁸
- Uniformidad o igualdad: Tiene fundamento en el principio de igualdad ante la ley, e implica que el servicio se debe prestar en igualdad de condiciones, aun cuando puedan existir categorías diversas de usuarios, debiendo eso sí, brindárseles el mismo tratamiento a los que estén en la misma situación.³⁵⁹
- Generalidad: Al igual que la uniformidad, se encuentra relacionado con el principio de igualdad, e implica que todas las personas tienen derecho a utilizar el servicio existente, según la modalidad preestablecida de manera que no se puede otorgar el servicio a unos sí y a otros no, a menos de que exista una justa causa. Los autores citados señalan que el único límite que existe, sería la capacidad de prestación del propio servicio.³⁶⁰ Respecto a esta característica, Fernández Ruiz indica que se encuentra fuertemente vinculada a la idea de los derechos humanos, pues todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derecho a hacer uso del servicio público para satisfacer sus necesidades. Además, señala acertadamente este autor, que no puede existir respeto a algunos derechos humanos, si no existen ciertos servicios públicos. Otro aspecto importante que aporta este autor, es la relación que la generalidad puede tener con la obligatoriedad, así ocurre por ejemplo con el tema de la educación que, en nuestro país es obligatoria hasta el tercer ciclo, de

³⁵⁶ *Ibíd.*, pp. 48-49.

³⁵⁷ Fernández Ruiz, *óp. cit.*, p. 124.

³⁵⁸ Murillo González y Salguero López, *óp. cit.*, pp. 51-52.

³⁵⁹ *Ibíd.*, pp. 52- 53.

³⁶⁰ *Ibíd.*, pp. 54-55.

manera que un servicio público, en este caso la educación, deviene obligatoria en circunstancias calificadas, como es la necesidad de que los jóvenes reciban una formación académica.³⁶¹

- Obligatoriedad: Conlleva la obligación de quien presta el servicio, de brindarlo cada vez que le sea solicitado por cualquier usuario, de modo que no es posible elegir al destinatario del servicio, y el negarse a realizarlo, implica una falta grave, ya que atenta contra el fin del servicio público.³⁶²
- Adaptabilidad: Implica la posibilidad de cambiar la normativa que la regula en los puntos relativos a quien presta el servicio, al usuario en materia administrativa, operativa, financiera o tecnológica y de mantenimiento, a fin de subsanar deficiencias, aumentar la eficiencia así como la seguridad del servicio.³⁶³ Fernández Ruiz indica que algunos autores han considerado la adaptabilidad, como parte de la regularidad, en tanto es necesario que se pueda modificar o ajustar la forma de prestación del servicio para su funcionamiento.³⁶⁴
- Calidad y eficiencia del servicio: Indica Dromi que se reconoce el derecho de los usuarios a un nivel de prestación adecuada que mejore las condiciones de vida. Se debe garantizar la calidad del servicio, pues mediante este se logra el mejoramiento del bienestar general.³⁶⁵ Por lo tanto, no se trata de ofrecer el servicio público para cumplir un mero requisito formal, sino que lo característico es brindar el servicio público con estándares de calidad suficientes, para que genere un efecto positivo y determinante en el bienestar de las personas que conforman la sociedad. Es decir, el servicio público debe ser de calidad.

Fernández Ruiz añade a estos caracteres dos más:

- Permanencia: Señala que aun cuando hay quienes lo confunden con la continuidad, son diferentes, pues la permanencia se refiere a la obligación del Estado de asegurar que el servicio se preste, mientras subsista la necesidad que lo motivó, mientras que la continuidad, como ya vimos, se refiere a la no suspensión.³⁶⁶

³⁶¹ Fernández Ruiz, óp. cit., pp. 116-117.

³⁶² Murillo González y Salguero López, óp. cit., pp. 56-57.

³⁶³ *Ibidem*, p. 57.

³⁶⁴ En este sentido, Sayagues Laso citado por Fernández Ruiz, óp. cit., p. 123.

³⁶⁵ Dromi citado por Murillo González y Salguero López, óp. cit., p. 58.

³⁶⁶ Fernández Ruiz, óp. cit., pp. 129-130

- Gratuidad: Entendida no en sentido estricto, pues podría cobrarse una cuota para recuperar total o parcialmente los costos del servicio, sino más bien referente a la ausencia de ánimo de lucro.³⁶⁷

2.3 LA JUSTICIA COMO SERVICIO PÚBLICO

Estos autores hacen un breve análisis del servicio público justicia y de la jurisprudencia constitucional sobre el tema,³⁶⁸ haciendo referencia expresa a dos votos importantes:

[...] a juicio de esta Sala, **el principio de continuidad en el funcionamiento de los servicios públicos tiene rango constitucional y significa que aquellos servicios que puedan considerarse esenciales no deben interrumpirse, salvo por razones de necesidad** (asuetos, feriados o fuerza mayor). [...] El servicio público justicia es función esencial y primordial del Estado Costarricense; constituido por los costarricenses y quienes con nosotros habitan el territorio y por un gobierno a nuestro servicio. En este caso se entiende gobierno en el sentido amplio de la Constitución Política que comprende los tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. El servicio público es la razón de ser del gobierno y sus instituciones. El artículo 2 de la Constitución Política proclama que en Costa Rica la soberanía reside en la Nación. La Nación es el conjunto de las personas que habitan el país. La soberanía es la dignidad suprema del pueblo que la ejerce a través del gobierno regido por la Constitución y las Leyes. De ahí que los funcionarios públicos sean depositarios de la autoridad que ejercen en nombre, representación, a favor y en beneficio del pueblo. **En caso de conflicto o contraposición entre el punto de vista o interés de la institución y el bien común; debe prevalecer éste para no lesionar al soberano. La condición soberana del pueblo deriva de la dignidad inherente y valor intrínseco de la persona humana.** La delegación de la potestad soberana que el pueblo hace en el gobierno lo constituye gerente y garante del bien común. De ahí que el servicio público se brinda para satisfacer las necesidades de los habitantes en aras de ese bien común. Las razones de utilidad o conveniencia de un órgano, institución o persona ceden ante los requerimientos del bien común. Los principios enunciados cobran especial relevancia cuando se analiza la función de impartir justicia. **El servicio público justicia busca restaurar la armonía y el equilibrio en las relaciones sociales**

³⁶⁷ Ibídem, p. 131.

³⁶⁸ Murillo González y Salguero López, óp. cit., pp. 96-97.

de las personas. Es función nobilísima y fundamental para el mantenimiento de la paz y el bienestar de las personas.

La obligación de brindar este servicio está consagrada en los artículos 11 y 41 de la Constitución Política. [...] El servicio de los tribunales y del Poder Judicial sólo puede interrumpirse por causas graves y, en lo posible con aviso previo suficiente. En todo caso, y para el caso de vacaciones debe respetarse el plan anual con los parámetros del artículo 40 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Las razones de utilidad o conveniencia que fundamentan los acuerdos recurridos, señaladas supra en el numeral 8, son de suyo graves y respetables, pero deben ceder ante la obligación constitucional, legal y de ética cívica que salvaguardan la continuidad en la prestación del *servicio público*.³⁶⁹ *(La negrita no pertenece al original)*

Vale destacar que esta resolución, con la cual se resolvió un amparo planteado contra el plan de vacaciones del Poder Judicial, consideró que el mismo atentaba contra la continuidad del servicio, y planteó varios aspectos dignos de destacar sobre el tema del servicio público justicia:

- Su carácter esencial, pues brinda un servicio necesario para la paz y el bienestar de las personas.
- La continuidad que debe caracterizarlo, y que solo por motivos de necesidad, se puede ver afectada, no por razones de utilidad o conveniencia.
- El bien común que se pretende satisfacer y cómo este prevalece sobre aspectos de interés institucional.

Además, en otra sentencia en donde se atacó como inconstitucional el artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según el cual los servidores judiciales tienen prohibición de participar en los derechos político-electorales, pues de hacerlo se incurre en causal de despido, la Sala destacó la existencia de los deberes de objetividad y neutralidad, y los principios de independencia e imparcialidad, por parte de los funcionarios que administran justicia, así como también de los servidores que apoyan en puestos de apoyo:

[...] porque los deberes de objetividad y neutralidad, y los principios de independencia e imparcialidad, cubren no sólo a aquellos funcionarios que administren justicia, sino también a aquellos otros servidores que laboran en puestos de apoyo de la administración de justicia entendida como servicio público.

³⁶⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 1999-09941 de las diecisiete horas con quince minutos del dieciséis de diciembre de mil novecientos noventa y nueve.

El deber de imparcialidad no corresponde exclusivamente al juez. El servicio público justicia también se presta mediante la intervención de servidores de apoyo que, aunque no administran justicia en sentido estricto, cumplen funciones importantes para la buena prestación este servicio público. Todas las tareas que corresponden a los servidores públicos, en última instancia benefician o perjudican a los usuarios, según el correcto o incorrecto modo de desempeñar el cargo. El Estado de Derecho se caracteriza, entre otros aspectos, por el trato igual en las prestaciones públicas. De manera que no tiene sentido garantizar con gran celo la imparcialidad de los jueces y abandonarla en relación a los otros servidores judiciales. Porque el servicio público justicia se presta, no sólo dictando resoluciones judiciales, sino también notificando a las partes, atendiendo al público, evacuando consultas, mostrando y custodiando expedientes que el usuario necesite fotocopiar, ordenando y girando dineros, o cualquier otro acto procesal que se realice con la intervención de un servidor judicial que no administra justicia directamente, por ejemplo: el secretario, manifestador, escribiente, notificador, tesorero, conserje, etc.³⁷⁰

Por lo tanto, en la función de administración de justicia, la objetividad e imparcialidad resultan ser características de fundamental importancia, para que las personas que acuden a los Tribunales de Justicia, puedan gozar de confianza en el sistema.

Respecto a este tema, en la última década se ha evidenciado, cada vez con mayor claridad por parte de las autoridades del Poder Judicial, la condición de la Administración de Justicia, como un servicio público, y el aspecto de calidad que debe inspirarlo. Incluso, este esfuerzo se ha visto materializado en el “Estatuto de la Justicia y Derechos de las Personas Usuarias del Sistema Judicial”, en cuya presentación Mora Mora indicó:

[...] esta iniciativa es parte integrante del esfuerzo que esta institución viene haciendo ya desde hace un buen tiempo por mejorar la forma en que brinda sus servicios. En tal sentido, la última década, ha sido bastante activa al respecto, con buen análisis crítico y acciones que **buscan acentuar la noción de que la Justicia es realmente una pieza fundamental para la consolidación, sostenimiento y desarrollo de un Estado Social y Democrático de derecho.** En la medida que son los tribunales de justicia, quienes tienen la labor de verificar

³⁷⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 2883-96 de las diecisiete horas del trece de junio de mil novecientos noventa y seis.

que las reglas y disposiciones jurídicas se cumplan de forma efectiva en la realidad, podemos ver con claridad que no sólo los derechos de las partes es lo único que está en juego en el diario quehacer de la justicia. Por el contrario, en un estado de derecho, todo el funcionamiento de la estructura tradicional de nuestras sociedades depende del sistema legal, y por lo tanto, el rol del Poder Judicial como garante de la eficacia y respeto de ese sistema, cobra una importancia capital.

Así vistas las cosas, acercar al ciudadano al Poder Judicial, escucharlo y darle armas para permitir la constante vigilancia y fiscalización del servicio judicial y sobre todo recobrar su confianza en el trabajo de los funcionarios judiciales, es ganancia para todos en cuanto tenemos mayores insumos para mejorar y ser eficientes.

Naturalmente tal cambio filosófico debe contar con la activa participación de la sociedad civil pues va fundamentalmente dirigido hacia ella. **No olvidemos que si existe alguna norma toral, fundamental y de esencia en nuestra Constitución es la de la dignidad humana y de allí que nuestras actuaciones se deban al rescate de la persona y el usuario como eje central de la actuación de la justicia.**

Agreguemos que en la actualidad es iluso pensar que un servicio eficiente ya sea público o privado, se puede prestar en forma unilateral, sin la retroalimentación constante de los usuarios. También es importante tener en cuenta que el autismo o encierro en un servicio tan relevante como el que presta la administración de justicia, es peligroso, no sólo para la democracia, sino para el desarrollo en general.³⁷¹ (La negrita no corresponde al original).

De este extracto podemos rescatar el hecho de que no solo se reconoce que la administración de Justicia, es fundamental para el desarrollo de un Estado social y democrático de derecho, sino también que se encuentra enlazada con el valor de la dignidad. Esta conexión permite arribar a una conclusión esencial que debe ser tomada en cuenta de manera prioritaria, por quienes de diversas formas operan en el sistema de administración de justicia: si la dignidad es el atributo que permite que el sistema democrático se oriente y gire en torno al ser humano, de manera concordante con este valor democrático, el eje central de la administración de justicia debe ser el usuario.

³⁷¹ Discurso de lanzamiento del “Estatuto de la justicia y derechos de las personas usuarias del sistema judicial”, pronunciado por el Dr. Luis Paulino Mora Mora, presidente de la Corte Suprema de Justicia, el 1° de marzo de 2007, pp. 2-3.

Mora Mora señala que por este motivo, la opinión del usuario merece especial atención y cuidado, además de que este goza de una serie de derechos que le deben ser respetados.³⁷²

A continuación transcribimos parcialmente el artículo 1º del “Estatuto de la Justicia y Derechos de las personas usuarias del Sistema Judicial”, el cual reseña algunas de las condiciones de las que debe gozar el servicio público justicia:

ARTÍCULO 1.- PRINCIPIOS EN QUE SE FUNDA LA JUSTICIA.

La justicia es un valor esencial para la razonable convivencia en sociedad, pero también lo es para el fortalecimiento del sistema democrático.

Debe entenderse que la justicia es un servicio público y las personas tienen derecho a que se le brinde en los más altos niveles de oportunidad, probidad, eficiencia, transparencia, calidad y, especialmente, con respeto de quien acude en demanda de ella.
[...]

Entendemos las condiciones que se indican en este artículo de la siguiente forma:

- Oportunidad: el servicio debe ser brindado en el momento oportuno, es decir cuando sea requerido por el usuario. También, entendemos que la oportunidad obliga a que se debe llegar a dar solución al conflicto planteado en un plazo razonable.
- Probidad: quien actúa debe hacerlo ajustando su conducta a las normas de la ética que rige su función y procediendo con rectitud.
- Eficiencia: entendida esta como el hecho de que se obtengan los resultados con la aplicación de los recursos necesarios para ello, es decir, se llegue a una solución real del conflicto.
- Transparencia: la administración de justicia debe realizarse de manera diáfana, clara, para que quien tenga conocimiento de ella, sea como simple observador, ciudadano o parte en un proceso, y pueda comprender lo que ocurre sin que queden en su ánimo cuestionamientos o dudas de ningún tipo.
- Calidad: no es cualquier resultado el que interesa a efectos de cumplir formalmente, sino que el servicio prestado debe rendir resultados cualitativamente valiosos.

³⁷² Ibídem, p. 3.

- Respeto de quien acude en demanda de ella: los usuarios de este servicio, merecen que se les escuche y atienda con respeto, pues tal y como indicamos anteriormente, la administración de justicia debe satisfacer sus necesidades y no al contrario.

Como vemos, algunas de estas condiciones se asemejan a las características que fueron señaladas como propias de los servicios públicos de manera general.³⁷³ Así por ejemplo, la oportunidad se encuentra relacionada con la continuidad; la probidad con la regularidad, e igualmente se hace referencia a la eficiencia y calidad que debe tener el servicio. Sin embargo, existen condiciones que son propias de la administración de justicia, en razón de la singularidad del servicio que presta. En todo caso, estas características encuentran sustento en el artículo 41 de la Constitución Política:

ARTÍCULO 41.- Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacérseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.

Encontramos que el servicio público de justicia, tiene entonces sustento constitucional, y es una forma de hacer realidad el derecho de acceso a la justicia, al cual ya nos hemos referido. Si una cantidad importante de la población requiere que los conflictos que sufren sean resueltos con criterios de justicia y equidad, renunciando a la violencia privada para someterse a un árbitro imparcial que mediante normas conocidas y generales, resuelva las diferencias existentes, se configura de manera clara la necesidad general que lleva al servicio público de justicia.

Debemos destacar la evidente relación que existe entre la necesidad, como fundamento de los derechos humanos, la cual estudiamos en su oportunidad páginas atrás³⁷⁴, y la necesidad que debe ser satisfecha mediante el servicio público.³⁷⁵ De esta manera, encontramos que, en la gran mayoría de los casos, ambas necesidades confluyen, y son satisfechas mediante un servicio público que garantiza la efectiva vigencia del derecho fundamental.

Así en el tema que nos ocupa, la satisfacción de la necesidad de las personas de que sus conflictos sean resueltos, concretada en el derecho general a la justicia que permite un acceso real a esta, se ve satisfecha mediante el servicio público de justicia, el cual según el voto 1739-92 hace referencia a la existencia de un grupo de mecanismos capaces de resolver los conflictos

³⁷³ Véanse pp. 208-211.

³⁷⁴ Véanse pp. 104-105.

³⁷⁵ Véanse pp. 202-203.

que le sean planteados por los particulares, declarando o restableciendo el derecho reclamado, y restableciendo la armonía social.³⁷⁶

Ahora bien, el acceso a la justicia como vimos incluye no solo los aspectos de igualdad sustancial de manera que se ajusten las condiciones a las particularidades de cada persona, así como el tema de la justicia cumplida y pronta, sino también el acceso universal a la justicia para toda persona. En cuanto a este último aspecto, la forma de satisfacer dicha necesidad, no es solamente el contar con el aparato capaz de resolver los conflictos al que hace referencia el voto 1739-92, sino que se hace necesario también contar con un servicio público que permita a todas las personas que así lo requieran, gozar de asesoría técnica eficaz, cuando se encuentren sometidos a un proceso judicial.

Decimos esto pues si bien el acceso a la justicia hace referencia a la existencia de un sistema –el judicial- para resolver los conflictos de una manera real y efectiva, también es cierto que las personas partes en esos conflictos, requieren un asesor técnico que les acompañe a lo largo del proceso, vigilando no solo el respeto a sus derechos, sino que también en estrecha colaboración con la defensa material, hagan uso de los medios legales existentes para lograr el ejercicio eficaz del derecho de defensa de manera integral.

Esta necesidad se ve satisfecha con el servicio público que brinda la Defensa Pública. En el capítulo siguiente analizamos esta situación en detalle. Sin embargo, resulta importante aclarar que la Defensa Pública en un inicio tuvo a su cargo la materia penal, siendo esta la competencia material para la que inicialmente fue creada, aun cuando con el paso del tiempo, se le hayan ido asignando otras áreas. Por ello, el desarrollo de este aspecto tiene una carga innegable hacia el proceso penal.

³⁷⁶ Véase pp. 115-121.

Blanca

CAPÍTULO III DEFENSA PÚBLICA

INTRODUCCIÓN

Tal y como recién señalamos, la necesidad de un servicio público que satisfaga el acceso a la justicia, coincide parcialmente con la necesidad que da pie al derecho fundamental a recurrir a la defensa pública: es la necesidad de poder ejercer a plenitud el derecho de defensa de manera que el acceso a la justicia sea no solo un ideal, sino una realidad.

Según indica Maier, partiendo de la fórmula constitucional de su país,³⁷⁷ el derecho de defensa no se refiere exclusivamente a la defensa penal, sino que, por el contrario, la fórmula es amplia y comprende otros procedimientos, como el civil, laboral o administrativo que protegen otros derechos. Además, Maier destaca que

Sin embargo, de la afirmación del derecho de defensa en el procedimiento penal y en otro tipo de procedimiento no son extraídas exactamente las mismas consecuencias, pues existen mayores exigencias para el enjuiciamiento penal que las requeridas para los demás. La razón de ser de esta diferencia, que nunca ha sido claramente fundada, proviene de la mayor importancia política del procedimiento penal, por la supremacía de los bienes o valores jurídicos que él pone en juego.³⁷⁸

En Costa Rica, partiendo del artículo 41 de nuestra Constitución, el cual contiene el Debido Proceso en sentido general, y tomando en cuenta que el derecho de defensa es un corolario de este, podemos concluir que efectivamente es un derecho que alcanza todos los procesos de las distintas competencias materiales:

ARTÍCULO 41.- Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.

No obstante, el constituyente procuró en el numeral 39, resaltar el derecho de defensa en el proceso penal. ¿Por qué lo hizo así? Compartimos

³⁷⁷ Maier, Julio. Derecho Procesal Penal. Fundamentos. Tomo I. Buenos: Editores Del Puerto SRL, 1996, pp. 539-540. La cita de la Constitución de Argentina que comenta Maier, es la siguiente “Es inviolable la defensa en juicio, de la persona y de los derechos.”

³⁷⁸ Ibid., p. 541.

el punto de vista de Maier, al explicar el motivo de las particularidades del derecho de defensa en materia procesal penal, y creemos que esto se debe a que este proceso se encuentra íntimamente relacionado con los principios y valores más delicados de la sociedad, pues los afecta en grado sumo. De esta forma se ha individualizado el derecho de defensa en el proceso penal. Veamos el artículo:

ARTÍCULO 39.- A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, **previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa** y mediante la necesaria demostración de culpabilidad.[...]

Vale la pena recordar aquí el carácter de *última ratio* que caracteriza al derecho penal, el cual obedece a que

El derecho penal, al igual que la ética o la moral cumple una función de control social, pero a diferencia de aquellos es un control social formal, que establece procedimientos y sanciones, como consecuencia de determinadas conductas desviadas previamente establecidas. Por ello, cualquier conducta desviada no puede ser objeto del derecho penal, sino sólo aquéllas lo suficientemente graves que merezcan la reacción del poder penal estatal y en consecuencia la pena (privación de libertad, multa, inhabilitación para determinados cargos y restricción o privación de otros derechos).³⁷⁹

Por lo tanto, debido a que la reacción del sistema penal ante esas conductas desviadas es tan violenta, se exige que para imponerla, se respeten los derechos procesales del sujeto acusado de la comisión de un hecho delictivo, pues solo de esa manera, cobra legitimidad la sanción impuesta. Recordemos que el proceso penal impacta negativamente no solo al sujeto sometido a este, si no a su familia, y ambos deben cargar con el estigma de haber estado el sujeto sometido a este proceso. Siendo así, se justifica la marcada atención que recibe el derecho de defensa en general, y en particular, la inviolabilidad de la defensa, de parte del legislador constitucional.

Ahora bien, se debe tomar en cuenta que la defensa no se limita únicamente a la defensa material, entendida como la defensa ejercida directamente por la parte, y en el proceso penal, por el imputado, sino que también contiene la defensa técnica efectiva, que se refiere al auxilio letrado brindado al sujeto que participa en el proceso, por parte de un profesional

³⁷⁹ Mora Mora, Luis Paulino y Navarro Solano, Sonia. Constitución y Derecho Penal. San José: Escuela Judicial, 1995, p. 38.

en derecho. Esta defensa técnica efectiva ha sido entendida doctrinariamente como la inviolabilidad de la defensa, aspecto al cual nos referiremos con mayor detalle a continuación.³⁸⁰

A lo largo de este capítulo, se mostrarán los fundamentos del porqué se considera que la Defensa Pública cumple una triple función que incluye ser garantía de derechos fundamentales; ser en sí misma un derecho fundamental y, además, ser un servicio público. Iniciamos el análisis con su condición de garantía.

3.1 DEFENSA PÚBLICA COMO GARANTÍA DE UN DERECHO FUNDAMENTAL: LA DEFENSA TÉCNICA EFECTIVA (PRINCIPIO DE INVOLABILIDAD DE LA DEFENSA)

Ninguna persona debe ser sometida a un proceso, sin contar con la asesoría del experto que le indique cuáles son los pasos por seguir, y también que vigile que los derechos fundamentales de las personas sean respetados. De lo contrario, no podrá ejercer plenamente todas las opciones de defensa, tanto desde el punto de vista de la estrategia que le convenga desarrollar, como también desde la perspectiva de la denuncia de violación de otros derechos fundamentales y su reposición para lograr su vigencia efectiva.

En este sentido, se ha indicado que el derecho de defensa, es el derecho que permite hacer valedero y efectivo el resto de derechos dentro del proceso. Así lo expresa Binder, quien aludiendo al derecho de defensa dentro del proceso penal, realiza un análisis de su contenido, del cual transcribimos el siguiente extracto:

El derecho de defensa cumple, dentro del proceso penal, un papel particular: por una parte, actúa en forma conjunta con las demás garantías; por la otra, es la garantía que torna operativas a todas las demás. Por ello, el derecho de defensa no puede ser puesto en el mismo plano que las otras garantías procesales. La inviolabilidad del derecho de defensa es la garantía fundamental con la que cuenta el ciudadano, porque es el único que permite que las demás garantías tengan una vigencia concreta dentro del proceso penal.³⁸¹

Es decir, mediante el derecho de defensa, las garantías que conforman el debido proceso, se hacen realidad. Por ejemplo, si existe un derecho de la

³⁸⁰ Mora Mora, Luis Paulino. Los Principios fundamentales que informan el Código Procesal penal de 1998, En: Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal. San José. Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1ª Edición, 1996, pp. 42 y 43.

³⁸¹ Binder, Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Editorial Ad-hoc, 1993, p. 151.

parte a aportar sus pruebas y este no es respetado, la defensa técnica es la que plantea el alegato, reclamando esta situación y presentando las pruebas. Ciertamente, la defensa material podría también realizar el reclamo, pero ¿tendría el conocimiento técnico, tanto para saber que su derecho estaba siendo violentado, como para presentar el reclamo correspondiente? Sabría además, ¿cuál prueba debe presentar, y cuándo es el momento oportuno y cómo es la forma correcta de hacerlo? Todos estos aspectos requieren conocimientos técnicos y no deben ser soslayados, pues de lo contrario la defensa se estaría limitando injustificadamente. Un ejemplo tan sencillo evidencia por qué realmente la defensa técnica hace posible el resto de garantías.

Sin embargo, sabemos que la participación de la defensa técnica en los procesos de todo tipo, y en particular en los procesos penales, es una conquista que ha costado, literalmente, sangre. Basta recordar el sistema inquisitivo en donde la tortura era una forma aceptable para obtener la “verdad”³⁸², no solo por parte del acusado, sino incluso de testigos renuentes a declararla,³⁸³ por lo cual la posibilidad de defensa era prácticamente nula, pues el sujeto sometido a un proceso penal, no gozaba de tal condición, ya que en el marco inquisitivo, era un simple objeto:

El imputado perdió, en realidad, su carácter de sujeto del procedimiento para transformarse en un objeto de investigación. En principio, su defensa y asistencia técnica fueron negadas, incluso como consecuencia del secreto del procedimiento; según veremos enseguida, regla que condujo a la pérdida de la mayoría de las facultades que distinguen a un sujeto de derechos, y por otro lado, a la incomunicación del detenido. La pérdida de su libertad ambulatoria, su sometimiento a la prisión durante el procedimiento se transformó de la excepción en la regla y las medidas de coerción personal posibles contra él —entre ellas la tortura para obtener su confesión— alcanzaron tal intensidad que terminaron por constituirse históricamente, en la impronta cultural que caracteriza a este tipo de enjuiciamiento penal. El ejercicio del poder penal por el Estado alcanza su cumbre histórica.³⁸⁴

En torno a este tema, recordemos la descripción de algunas de las formas en que eran aplicadas las torturas por los inquisidores. Si bien es cierto,

³⁸² Decimos “verdad” y no simplemente verdad, porque no se trata de lo que efectivamente ocurrió (en la medida en que esto se puede determinar) sino de la verdad real, como la versión de los hechos que interesaba al soberano, a fin de sostener el sistema.

³⁸³ Maier, *op. cit.*, p. 326.

³⁸⁴ *Ibidem*, p. 315.

la cita que presentamos se refiere a torturas aplicadas en Italia, la tortura fue uno de los rasgos comunes en todos los procesos inquisitivos:³⁸⁵

En cuanto a los métodos de la tortura en Italia, el de la cuerda era el más común. Esta consistía en sujetar al reo en una mesa y luego dar vuelta a un cordel arrollado a sus brazos y piernas produciendo estiramiento de las articulaciones y un fuerte dolor. Otros métodos bastante usados en el proceso inquisitivo eran el tormento del agua, el garrote y la garrucha. El primero de ellos implicaba que estando el procesado totalmente inmovilizado sobre una mesa de madera, le colocaban una toca o un trapo en la boca, deslizándolos hasta la garganta. Luego el verdugo procedía a echar agua lentamente, con lo que producía la sensación de ahogo. El garrote consistía en una tabla sostenida por cuatro patas con garrotes que se ajustaban hasta producir dolor. Por su parte en el tormento de la garrucha el torturado era atado de las manos, elevado y dejado caer violentamente, pero deteniendo la caída (sic) en forma abrupta antes de llegar al suelo, lo que provocaba intensos dolores de las articulaciones.³⁸⁶

La descripción recién transcrita explica el motivo de que el proceso inquisitivo gozara de eficacia: ante semejantes presiones físicas, ¿qué resultado podía obtenerse del sujeto que debía soportarlos, sino una total sumisión y aquiescencia a lo que dijeran sus torturadores? Por ello, Tomás y Valiente apunta como característica o atributo de la tortura, su eficacia:

A favor de la tortura creo que hay un factor no valorado debidamente por los filósofos ilustrados, su eficacia. Si nos preguntamos acerca de la justicia de la tortura, podremos calificarla de injusta, tan injusta como la ordalía; si analizamos su crueldad, podremos considerarla incluso más cruel y cruenta que muchas ordalias; pero como procedimiento para averiguar la verdad, aunque ciertamente falle en muchos casos y pese a que

³⁸⁵ Llobet, Javier. Derecho Procesal Penal I. Aspectos generales. San José: Editorial Jurídica Continental, pp. 78-91. Entre los rasgos comunes que indica Llobet, se encuentran: el juez como órgano encargado de la investigación y juzgamiento de los delitos; proceso escrito, secreto y no contradictorio; víctima ausente del conflicto; denuncia anónima; encarcelamiento preventivo del imputado; designación de un defensor al imputado avanzado el proceso y con una función no tanto de defensa, como de colaborador en la obtención de la confesión del imputado; sistema de prueba tasada; sentencias lacónicas en contraposición con un expediente voluminoso; presunción de culpabilidad del imputado; apelación contra la sentencia; sentencia condenatoria que impedía un nuevo juicio.

³⁸⁶ Llobet, Javier. Derecho Procesal Penal I. Aspectos generales. San José: Editorial Jurídica Continental, pp. 87-88.

provocará con toda seguridad más confesiones que confesiones veraces, es innegable que resulta mucho más eficaz que cualquier rito mágico ordálico.³⁸⁷

Ahora bien, recordemos que el tipo de proceso que resuelve los conflictos y, en particular, los conflictos de carácter penal, responde al sistema político y a la cultura de la sociedad. Así indica Maier:

El Derecho es, como materia de estudio, un objeto cultural. Lo crea el hombre a medida que establece formas de convivencia (de organización política) comunitarias y, por ello, el contenido (político) de sus reglas es contingente, como lo son también las formas de organización social que se suceden en busca de una convivencia pacífica más perfecta, y los cambios sociales producidos a medida que las condiciones demográficas y de ejercicio de poder en una comunidad sufren transformaciones [...] En Derecho Penal este fenómeno es aún más visible, porque como se trata de la realización del poder estatal que conculca con mayor intensidad el ejercicio de la libertad natural del hombre, con sus prohibiciones y mandatos, y, además, del que afecta en mayor grado el ejercicio de las libertades o facultades garantizadas jurídicamente, con su medio de coerción característico –la pena y las medidas de seguridad y corrección y sus correlatos procesales: las medidas de coerción personal-, la influencia de la ideología vigente o impuesta por el efectivo ejercicio del poder se percibe más “a flor de piel” que en las demás ramas jurídicas. No se debe olvidar que el Derecho Penal cumple también el papel de estabilizador y garante de la organización política y de los valores básicos que esa organización engendra, para resguardar la convivencia pacífica bajo determinada ideología.³⁸⁸

Por estos motivos, el sistema penal es un reflejo de la ideología política acogida por la Nación, y por ello se ha dicho que el proceso penal de una nación, es el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de la Constitución.³⁸⁹ De esta manera, si la ideología democrática, con sus principios y valores, es la que sustenta nuestro sistema político, el sistema penal (procesal penal y penal sustantivo) debe entonces ajustarse a ella. Además, si constitucionalmente encontramos en el artículo 39, el llamado derecho de defensa, este debe encontrarse incorporado al proceso penal existente.

³⁸⁷ Tomás y Valiente, citado por Llobet, *óp. cit.*, p. 85, cita 53.

³⁸⁸ Maier, *óp. cit.*, pp. 259-260.

³⁸⁹ Goldschmidt citado por Maier, *óp. cit.*, p. 162.

Sin embargo, ha ocurrido que sistemas procesales autoritarios, han coexistido con declaraciones de voluntad soberana de la nación de vocación democrática. En Costa Rica, todavía en 1975, habiendo transcurrido ya veinticinco años de que fuera sancionada la Constitución Política de 1949, en donde se proclamaba como opción escogida por la nación, la democrática, se juzgaba a los acusados de la comisión de un delito con procedimientos de corte inquisitivo, pues el Código Penal de 1906, vigente hasta 1975, respondía a esta corriente.

Incluso al momento de emplearlo en la práctica, dicho Código que, por su naturaleza inquisitiva, carecía de las garantías de un proceso acusatorio, ni siquiera se aplicaba correctamente, sino que por el contrario, se aplicaba con violación de los derechos de los imputados, en contradicción con los principios contenidos en la Constitución vigente.

Esta situación queda evidenciada con el examen del siguiente voto, en donde se resuelve una revisión planteada por una de las personas que fue condenada en el caso del crimen de Colima, hecho ocurrido en 1951. El condenado alegó que se le juzgó en aquella oportunidad, sin contar con los derechos procesales que, al momento de plantear la revisión (1994), contemplaba la normativa de rito. La Sala Tercera señaló en cuanto al reclamo planteado, lo siguiente:

IV.- Como puede observarse, la historia del mencionado proceso judicial revela una serie de anomalías e irregularidades que llevó en años posteriores a diversas investigaciones y publicaciones (una de ellas plasmada en la obra del Lic. E. Benavides “El Crimen de Colima”; y más recientemente -setiembre de 1993- en la obra del escritor nacional José León Sánchez “Tortura: el crimen de Colima”), **que a no dudarlo vienen a poner de manifiesto las deficiencias de la administración de justicia cuando las autoridades (especialmente las encargadas de la averiguación de los delitos) van más allá de los límites impuestos por los instrumentos jurídicos y creen que el “fin justifica los medios”, con lo cual lo único que logran es vulnerar el Estado de Derecho y restar credibilidad a sus instituciones.** Desde luego, por motivos obvios, no es factible ahora, cuando han transcurrido mas de cuarenta años desde que ocurrió el lamentable suceso que originó esta causa, realizar una evaluación minuciosa y completa de todas las actuaciones (policiales y judiciales) que llevaron a la decisión condenatoria de Palacios y sus otros dos compañeros. Tampoco es posible, como lo puntualizó con acierto la Sala Constitucional, revisar los hechos a la luz de la legislación procesal que ahora nos regula (más garantista y protectora de los derechos humanos que la

anterior), pues no se trata de enjuiciar el ordenamiento jurídico de entonces (con clara orientación inquisitoria) ni de quienes la aplicaron, ya que esa era la ley vigente cuando se investigaron los actos criminales (y lo estuvo por espacio mayor a los sesenta años: desde 1910 hasta julio de 1975 en que entró a regir el actual Código de la materia), **sino que lo que cabe es determinar -en la medida de lo razonable- el cumplimiento de dicha normativa procesal penal en relación con los principios constitucionales que aún para aquella época debían respetarse y adecuarse a la realidad (Constitución Política de 1949).**

V.- De acuerdo con el criterio de esta Sala, los mismos defectos advertidos y señalados por el Consejo de Gobierno en sus resoluciones de marzo de 1968 cuando concedieron el indulto a Ronulfo Morales Montero y a Marino Hernández Ruiz, justificarían la declaratoria con lugar del recurso de revisión de Lorenzo Palacios Rodríguez, pues su situación particular (en relación con el desarrollo del proceso y de los elementos probatorios) no difiere en modo alguno de aquellos otros. **Sin embargo es conveniente - en aras de que en el futuro se procure evitar o impedir que se incurra en errores semejantes - reiterar los grandes vicios formales que se observan en este asunto,** los cuales fueron debidamente puntualizados por el Fiscal General, Lic. José M. Tijerino, en la audiencia oral que se celebró en su oportunidad (ver f. 70 fte. y vto.). En primer término se vulneró el derecho de defensa de modo evidente cuando ni siquiera hubo intimación a los imputados por los hechos que les eran atribuidos, lo cual se corrobora con solo observar sus “declaraciones” en el expediente principal (ver indagatoria de Palacios en el Tomo I, fs. 39 y siguientes) siendo ello contrario a lo dispuesto, especialmente, por el artículo 251 y siguientes del Código Procesal Penal de 1910 y al principio de inocencia contenido en el artículo 39 de la Constitución Política. Asimismo se mantuvo a los detenidos incomunicados y bajo secreto de las diligencias judiciales por un plazo excesivamente mayor al permitido por las normas procesales de entonces (arts. 278 y 170 respectivamente del Código Procesal Penal de 1910. Ver f. 34 del Tomo I del expediente principal en que consta que el secreto se levantó más de un año después; y f. 63 del mismo Tomo en que la incomunicación se dejó sin efecto también un año después). **Puede apreciarse igualmente en la causa principal, que los imputados estuvieron sometidos a la orden de las autoridades de policía sin ningún control, y que las supuestas “confesiones” por ellos rendidas se hacen sospechosas de la coacción física y moral a que se alude en las resoluciones del Consejo de Gobierno de marzo de**

1968. En resumen, se advierte una actuación arbitraria de los oficiales encargados de la investigación y un deficitario control jurisdiccional que afectaron el derecho de defensa y del debido proceso (ajustado a las normas constitucionales y procesales de la época), pues se quebrantaron no nuevos derechos o garantías sino los mismos que el ordenamiento jurídico anterior obligaba a respetar y tutelar dentro del Estado costarricense. Por tales razones es de rigor acoger el recurso de revisión y absolver a Lorenzo Palacios Rodríguez en aplicación del principio indubio pro reo de acuerdo con el artículo 495 del Código Procesal Penal actual, anulando todo lo actuado en su perjuicio. Al respecto cabe aclarar que pese a referirse el presente asunto a vicios de orden formal (cuestiones procesales) y no propiamente de fondo, la imposibilidad material de efectuar un juicio de reenvío ajustado a derecho, con indagaciones probatorias prácticamente imposibles de cumplir dado el largo tiempo que ha transcurrido desde que ocurrieron los hechos, la desaparición física de rastros, testigos e incluso imputados (además de los cuestionamientos que podrían surgir sobre la procedencia o no del instituto de la prescripción) hacen que esta Sala se incline por resolver el asunto de la manera anteriormente indicada.³⁹⁰

Notemos que aunque la Sala Tercera reconozca que por el tipo de código procesal penal vigente, en aquel momento, de corte inquisitivo, no se podía pretender que el imputado gozara de todos los beneficios con los que actualmente cuentan las personas sometidas a un proceso penal, también señala que la normativa de rito debía haberse aplicado con sujeción a las normas constitucionales de la época, específicamente en cuanto al debido proceso y derecho de defensa, principios que aparecían en la Constitución Política de 1949, y cuyo articulado no ha variado desde ese momento. Lo anterior evidencia como aun en un Estado que se declara democrático, la violación de derechos fundamentales, es una posibilidad real, por lo que la ciudadanía no debe descuidar la vigilancia del respeto a estos derechos, pues de lo contrario, se estaría abriendo una puerta al debilitamiento de las condiciones procesales que se han conquistado con gran sacrificio.

En este caso en particular, llama la atención la observación de la Sala Tercera, la cual indica:

[...] los imputados estuvieron sometidos a la orden de las autoridades de policía sin ningún control, y que las supuestas

³⁹⁰ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Res. 462-F-94 de las diez horas veinte minutos del cuatro de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro.

“confesiones” por ellos rendidas se hacen sospechosas de la coacción física y moral a que se alude en las resoluciones del Consejo de Gobierno de marzo de 1968. En resumen, se advierte una actuación arbitraria de los oficiales encargados de la investigación y un deficitario control jurisdiccional que afectaron el derecho de defensa y del debido proceso [...]

¿Qué podemos concluir de la aseveración planteada en cuanto a la ausencia de control, y la referencia a un “deficitario control jurisdiccional”? Consideramos que esta afirmación alude a la ausencia de una defensa técnica eficiente que acompañe a las personas acusadas a lo largo del proceso penal, y denuncie la conculcación de sus derechos, pues si el órgano jurisdiccional no lo hizo, la situación se pudo haber salvado con la participación de un abogado defensor que pusiera de manifiesto las irregularidades y arbitrariedades con que se tramitaba el proceso. Ciertamente en este caso, el condenado reclama también entre los derechos violentados, la ausencia de la defensa técnica, pues según señala la resolución en cuestión, en cuanto a este tema indica:

i.- No hubo una verdadera defensa técnica, pues “jamás conocí a la persona que se me nombró como defensor” (f. 31 fte. al inicio) además de haberse hecho su nombramiento “un año después de estar detenidos, incomunicados e incluso interrogados” (ibíd) [...]

Como vemos, la intervención de la defensa técnica efectiva es básica, a fin de lograr que se respeten los derechos fundamentales de los sujetos sometidos a un proceso penal, y que estos puedan hacer uso de los mecanismos procesales existentes (ofrecimientos de pruebas, participación en diligencias de investigación y en audiencias, etc.).

Por tanto, queda aquí evidenciada la necesidad del principio de inviolabilidad de la defensa, pero no como un mero ideal o una defensa decorativa, sino como una defensa técnica efectiva que, de manera valiente y perseverante, enfrente al poder punitivo y al aparato estatal que lo sostiene en su máxima expresión: el proceso penal. En este sentido, quien ejerce la defensa técnica opera, como un control del poder estatal, una especie de contrapoder que, desde su conocimiento técnico, debe denunciar los abusos cometidos en perjuicio de su representado, al tiempo que genera y aplica de común acuerdo con este, la estrategia que le permitirá obtener el resultado más beneficioso posible, a favor de su patrocinado.

Pero aún más recientemente, el estudio de jurisprudencia revela que se han dado situaciones lesivas a los derechos fundamentales de personas sometidas al proceso penal; como se evidencia en el siguiente voto:

Por otra parte, los restantes cuestionamientos relativos al grado de participación del agente y su relación con la administración, así como las condiciones personales de la víctima, a efecto de determinar el daño moral cuya indemnización se reclama, tampoco responden a la realidad de la resolución recurrida, puesto que en forma expresa, los juzgadores, en su voto de mayoría, establecieron como hechos demostrados que los imputados XXX y ZZZ, en el ejercicio de sus funciones públicas, participaron en la detención de YYY, el 16 de setiembre de 1993, y con posterioridad, el hoy occiso fue trasladado al edificio del Organismo de Investigación Judicial, Sección de Asaltos, donde ya los tres encausados, utilizando un objeto contundente como, así como sus pies y manos, participaron en la golpiza que sufrió el ofendido, quien entre otros, recibió un golpe mortal que le laceró el hígado, provocándole una hemorragia, falleciendo de un paro cardíaco, causándole a la víctima, como ser humano, sufrimiento físico y moral, desde el momento de su detención hasta su muerte, resultando también civilmente responsable, el Estado, en forma objetiva y solidaria, pues los acusados eran empleados públicos y ejecutaron su proceder ilícito en el ejercicio de sus cargos - Cfr. folios 1684 a 1686 - **A este razonamiento que la Sala estima adecuado, debemos agregar que, contrario a lo establecido por el recurrente, independientemente de las condiciones personales de la víctima, quien en vida se dedicó a obtener su sustento en forma ilícita, participando en bandas juveniles que asaltaban a los transeúntes en el centro de esta ciudad, ingiriendo drogas no autorizadas que finalmente le ocasionaron daños irreversibles en sus arterias coronarias, apresurando su muerte, luego de ser lesionado mortalmente por los oficiales de investigación, actos policiales, que a juicio de los suscritos Magistrados devienen en inadmisibles en un país democrático y en un estado de derecho, respetuoso de los derechos humanos**, ello no es óbice para estimar que, el grado de agresión a que fue expuesto el joven YYY, privándosele ilegítimamente de su libertad, para luego, con claro abuso, sometérsele a una golpiza inmisericorde que a la postre acabó con su vida, no deba ser indemnizado como daño moral sufrido en forma directa, derivado del hecho punible cometido en su contra, y a cargo del Estado, como responsable civil solidario, de conformidad con lo establecido en los numerales 190 y 191 de la Ley General de la Administración Pública. Lo anterior por cuanto el resultado muerte producido, conforme se determinó en el fallo, no fue responsabilidad de la víctima, pese a su estilo de vida y la enfermedad que padecía producto de la ingesta crónica de cocaína, sino derivado de la conducta ilícita desplegada

por los funcionarios públicos en el desempeño de sus cargos, utilizando las oportunidades que la función les ofreció.³⁹¹

El hecho de que situaciones como la contemplada en esta jurisprudencia sucedan, evidencia la necesidad de un contralor del sistema penal y sus agentes, y este es el defensor.

Nótese que en esta función, el defensor opera como una especie de “fiscal constitucional”³⁹², pues es el encargado de revelar y evidenciar los defectos del sistema procesal penal que violenten derechos fundamentales, para que estas violaciones sean enmendadas y que la situación acusada se corrija. Cada vez que un defensor denuncia una irregularidad del proceso que lesiona los derechos fundamentales, todo el sistema de justicia se fortalece, pues el régimen de derechos y libertades se vigoriza ante el escrutinio a que es sometido el sector más represor del Estado, el cual es el sistema de justicia penal, y la obligación que se le impone a este de restituir el derecho conculcado.

Por ello, cuando un defensor se hace “de la vista gorda” ante una irregularidad en el proceso, el sistema de justicia sufre, pues se debilita para todos y cada uno de los miembros de la sociedad, no solo para el sujeto a quien se le está violentando su derecho en particular, sino para el conjunto de personas que conforman la población, ya que se incrementa la posibilidad de que la irregularidad que atenta contra los derechos fundamentales, cada vez se haga más común, de manera que el sistema se vaya deteriorando paulatinamente.

Por consiguiente, las voces que ante el tema de la “creciente inseguridad ciudadana”, (tema explotado arduamente por los medios de comunicación, pues es de gran atractivo comercial y es tratado con una gran carga de amarillismo, por lo que en los casos particulares, se destacan los puntos más novelescos para atraer la atención del público³⁹³) reclaman el supuesto exceso de derechos para los sujetos sometidos a un proceso penal, deberían examinar cuidadosamente, si es realmente cierto que el aumento en los índices de criminalidad, obedece a la existencia de un proceso respetuoso de los derechos fundamentales de los seres humanos, o más bien es consecuencia de la inexistencia de políticas preventivas o de seguridad por parte del poder del Estado, a quien le corresponde estos aspectos: el Ejecutivo. Sobre este tema, se ha discutido incluso en el seno del Poder Judicial, y de esta

³⁹¹ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Res: 2000-01391 de las catorce horas con quince minutos del seis de diciembre del dos mil.

³⁹² La denominación de este concepto como “fiscal constitucional” es un aporte del Lic. Guillermo Arce Arias.

³⁹³ Binder, Alberto y Obando, Jorge. De las “Repúblicas Aéreas” al Estado de Derecho. Buenos Aires: Editorial Ad-hoc, 2004, p. 395.

discusión, vale rescatar el siguiente extracto de la exposición del magistrado Arroyo González:

Finalmente, quiero decir que el problema de la seguridad ciudadana no es un problema fundamentalmente del Poder Judicial. Esta ha sido una factura que en silencio, como los últimos de la fila, nos hemos tenido que tragar históricamente. Ni en Costa Rica, ni en ninguna parte del mundo, la seguridad ciudadana depende del Poder Judicial. La seguridad ciudadana es fundamentalmente una función preventiva que del en el esquema republicano corresponde al Poder Ejecutivo, a la Policía Administrativa que tiene la naturaleza preventiva. Hemos “mordido el anzuelo” de creer que el problema de la criminalidad, que el problema de la inseguridad en las calles y en las casas, que el problema del alza de la inseguridad ciudadana, es una responsabilidad Poder Judicial. Pues no, a nosotros nos toca “juntar el muerto, cuando ya está frío”. Al Organismo de Investigación Judicial le toca “llegar cuando la puerta ya está abierta y el televisor no está”, es decir, con una intervención absolutamente represiva, cuando ya no hay nada que hacer y el problema de la seguridad ciudadana es fundamentalmente una tarea del Poder Ejecutivo y de la policía administrativa. Que tenemos una cuota, por supuesto que la tenemos, que tenemos que ser efectivos en la persecución y en la represión del delito, lo tenemos que hacer, pero eso que llaman seguridad ciudadana o inseguridad ciudadana es fundamentalmente una responsabilidad del Poder Ejecutivo y seguimos firmando la factura de que es un problema nuestro en eso yo tampoco estoy de acuerdo y tengo que decirlo con toda la claridad que sea necesario aquí en cualquier parte.³⁹⁴

Incluso debería cuestionarse si el problema de la seguridad obedece más que a la pobreza misma, a la creciente brecha entre las clases sociales, es decir a la desigualdad social.³⁹⁵ En todo caso, si realizar ese análisis no les resulta una tarea grata o si cuando realizan el análisis, consideran que el proceso penal no debe ser respetuoso de los derechos fundamentales de los acusados, deberían tomar en cuenta un argumento no académico, pero sí más utilitario, y es la posibilidad de que cualquier persona (ellos mismos o alguien cercano) puede encontrarse en algún momento sometida a una investigación penal y siendo así: ¿cómo les gustaría que fueran juzgados?, ¿con un proceso

³⁹⁴ Acta de Corte Plena, número 36-2002, art. XVI, participación del magistrado José Manuel Arroyo. En igual sentido: Discurso del Acto de Apertura del Año Judicial 2007, pronunciado por el Dr. Luis Paulino Mora Mora, el 23 de marzo del 2007, Auditorio Miguel Blanco Quirós del Poder Judicial.

³⁹⁵ Informe Nacional de Desarrollo Humano, 2005. Venciendo el temor, inseguridad ciudadana y desarrollo humano en Costa Rica, Programa de Naciones Unidas para el desarrollo.

respetuoso de los derechos fundamentales o con un proceso que los soslaye, permitiendo la tortura, la amenaza, la coacción, o el montaje, etc?

Lastimosamente, aun cuando este no es el argumento que considero más apropiado, es el único que algunos de los críticos al sistema penal democrático comprenden, pues al ponerse en la posición de un acusado que es sometido a vejaciones en razón de la investigación a la que está sujeto, la perspectiva de lo que debe ser el proceso, cambia como por encanto. ¡No hay como la empatía³⁹⁶ para desarrollar la comprensión!

Ahora bien, ¿cuál es el contenido de la inviolabilidad de la defensa? ¿Cómo debe entenderse este principio?

A nivel legal la Inviolabilidad de la Defensa aparece en el Código Procesal Penal en el numeral 12, según el cual:

Artículo 12. Inviolabilidad de la defensa. Es inviolable la defensa de cualquiera de las partes en el procedimiento. Con las excepciones previstas en este Código, el imputado tendrá el derecho a intervenir en los actos procesales que incorporen elementos de prueba y a formular las peticiones u observaciones que considere oportunas, sin perjuicio de que la autoridad correspondiente ejerza el poder disciplinario, cuando se perjudique el curso normal de los procedimientos. Cuando, el imputado esté privado de la libertad, el encargado de custodiarlo transmitirá al tribunal las peticiones u observaciones que aquel formule, dentro de las doce horas siguientes a que se le presenten y le facilitará la comunicación con el defensor. Toda autoridad que intervenga en los actos iniciales de la investigación deberá velar porque el imputado conozca inmediatamente los derechos que, en esa condición, prevén la Constitución, el Derecho Internacional y el Comunitario vigente en Costa Rica y esta ley.

Como vemos, se contempla que todas las partes del proceso gozan de este principio, lo cual coincide con la tesis de Binder, quien señala que la inviolabilidad de la defensa hace referencia a un concepto muy amplio, de manera que toda persona que esté involucrada en un litigio judicial, goza de este derecho.³⁹⁷ Sin embargo, el artículo detalla algunos aspectos en relación

³⁹⁶ Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, Madrid: Editorial Espasa-Calpe, 2001, p. 885, la empatía se define como “Identificación mental y afectiva de un sujeto con el estado de ánimo de otro.”

³⁹⁷ Binder, *op. cit.*, p. 151. En este sentido, su posición es coincidente con la de Maier según vimos anteriormente (p. 219, cita 377).

con el imputado: la intervención en los actos procesales que incorporen elementos de prueba; la posibilidad de plantear peticiones; la comunicación de que debe gozar no solo con el órgano jurisdiccional, sino en particular con su defensor. Y esto es así porque en el artículo 13 del Código Procesal Penal, se hace referencia expresa a la defensa técnica:

Artículo 13. Defensa técnica. Desde el primer momento de la persecución penal y hasta el fin de la ejecución de la sentencia, el imputado tendrá derecho a la asistencia y defensa técnica letrada. Para tales efectos, podrá elegir un defensor de su confianza, pero, de no hacerlo, se le asignará un defensor público. El derecho de defensa es irrenunciable. Se entenderá por primer acto del procedimiento cualquier actuación, judicial o policial, que señale a una persona como posible autor de un hecho punible o partícipe en él.

Debemos destacar que la defensa técnica en el Código Procesal Penal vigente, aparece prevista desde el primer momento de la persecución penal. Incluso sobre este aspecto, debemos recordar que el artículo 81 de ese mismo cuerpo normativo, indica que el imputado es aquel sujeto que, mediante cualquier acto de la investigación o del procedimiento, es señalado como posible autor de un hecho punible o partícipe de él. Así pues, el margen de participación de la defensa técnica, resulta actualmente muy amplio, tomando en cuenta que incluye hasta el fin de la ejecución de la sentencia.

Por otra parte, el artículo en comentario también contempla la opción de la persona sometida a un proceso penal de nombrar un defensor de su confianza. Sin embargo, en caso de que no lo haga, el artículo indica que “[...] *se le asignará un defensor público*”. Este mandato necesariamente debe ligarse a la afirmación de que el derecho de defensa es irrenunciable. **Es decir, según la redacción, la persona acusada debe necesariamente contar con asistencia letrada.** Maier se refiere a este tema, indicando que existe obligatoriedad de la defensa técnica:

Nuestro Derecho procesal penal unánimemente ha integrado la defensa del imputado, tornando necesario, por regla, que él sea asistido jurídicamente. Ello se logra sin desconocer el derecho esencial del imputado de elegir un jurista que lo asesore y defienda (facultad de elección) desde el primer momento del procedimiento seguido en su contra. No obstante, para el caso de que el imputado no pueda designar su defensor, por falta de recursos o por cualquier otra razón, el Estado acude en su auxilio, permitiéndole designar al defensor oficial. Mas aun, aunque el imputado no designe ningún defensor, el tribunal nombra directamente al defensor oficial llegado el momento en

que el debido respeto a la inviolabilidad de la defensa no tolera la ausencia de un defensor al lado del imputado.³⁹⁸

Por lo tanto, la defensa técnica no es una opción, sino que es un mandato que no puede ser cuestionado por nadie, ni siquiera por el propio imputado. Las consecuencias de un proceso penal, son demasiado gravosas por lo que nadie puede enfrentarlo, sin contar para ello con asesoría técnica que lo oriente y dirija, respetando sus posiciones propias de defensa material, pero sin que ello obste para que al menos sea informado de cuál es la mejor opción técnica que existe desde la perspectiva del experto.

Por ello, el autor en comentario también señala que la única excepción contemplada, es la posibilidad del imputado de defenderse a sí mismo, siempre y cuando esto no afecte la defensa técnica. En este sentido, en Costa Rica el numeral 100 del Código Procesal Penal indica:

Artículo 100. Derecho de elección. El imputado tendrá el derecho de elegir como defensor un abogado de su confianza. La intervención del defensor no menoscabará el derecho del imputado a formular solicitudes y observaciones.
Cuando no perjudique la eficacia de la defensa técnica, podrá defenderse por sí mismo. (El subrayado no es del original).

Al respecto de este tema, Binder ha señalado que con la presencia de la defensa técnica, se trata también de resguardar la legitimidad del juicio propio de un Estado de derecho, por lo cual si bien se contempla la excepción de que el imputado se defienda por sí mismo, esta excepción se encuentra limitada por la posibilidad de que afecte la legitimidad del proceso:

El imputado debe ser asistido por defensor letrado, es decir, por un abogado que, con su conocimiento de las leyes y del proceso, acreciente sus posibilidades de defensa. En determinados casos, bajo circunstancias especiales y exclusivamente a pedido del imputado, se permite que éste ejerza su propia defensa, sin contar con asistencia letrada. Para ello, el juez debe considerar que de este modo no resulta menoscabado el juicio legítimo que exige el Estado de Derecho. La defensa en juicio no es únicamente un derecho disponible por parte del imputado, sino que también está en juego la legitimidad del juicio y del proceso en general conforme a lo exigido por el Estado de Derecho. Por lo tanto, si por razones particulares el imputado entiende que ejercerá mejor su derecho de defensa sin esa asistencia letrada y el juez

³⁹⁸ Maier, óp. cit., pp. 549-550.

considera que esto no es así, el magistrado tiene una posibilidad de imponer la asistencia técnica obligatoria de un abogado para la defensa.³⁹⁹

Aclara Binder que, en razón de este enfoque se concluye que la aseveración de que la defensa es un colaborador en la administración de justicia, es un resabio del sistema inquisitivo, en donde los imputados no gozaban de una verdadera defensa, puesto que el defensor se encontraba comprometido con la verdad y la religión.⁴⁰⁰ Para Binder esta afirmación solo puede ser exacta, desde un punto de vista figurado, pues el defensor en realidad es un asistente directo del imputado:

Según nuestro régimen constitucional, el defensor es un asistente directo del imputado, en tal carácter, debe guiarse por los intereses y necesidades de la defensa de su cliente. No cumple una función pública, sino que asesora a una persona en particular. Su misión y su actuación, conforme a las reglas éticas, debe ceñirse a defender los intereses de ese imputado. En la medida en que lo haga, el defensor estará contribuyendo a que ese proceso responda a las exigencias del Estado de Derecho; y en esto último consiste su función “pública” o “social”: su contribución, a través de la asistencia al imputado particular, a la legitimidad de los juicios en un Estado de Derecho.⁴⁰¹

Con esta visión de lo que es el defensor técnico, coincidimos plenamente: no se trata de un defensor al servicio del sistema de administración de justicia, que colaborará con esta en la determinación de la verdad material, aun a costa de su representado, sino que, por el contrario, es la parte procesal totalmente comprometida con su defendido, quien realizará los reclamos que considere pertinentes; ofrecerá las pruebas que sean oportunas para la defensa de su representado, y combatirá aquellas que le perjudiquen, todo ello dentro de los límites de la legalidad y la ética.

Entender al defensor y su función de otra manera, debilitarían la inviolabilidad de la defensa, y pondrían a la persona sujeta a un proceso en franca desventaja. También consideramos que la función del defensor fortalece el Estado de derecho, al brindar legitimidad a los procesos en donde interviene, pero tal y como señalamos anteriormente, creemos que su participación activa fortalece todo el sistema de justicia, pues las denuncias

³⁹⁹ Binder, *óp. cit.*, p. 155.

⁴⁰⁰ *Ibíd.*, p. 155.

⁴⁰¹ *Ibíd.*, pp. 155-156.

que haga de las irregularidades que ocurran en este, permiten su corrección y evitan su deterioro progresivo.⁴⁰²

Ahora bien, en la jurisprudencia nacional, el voto 1739-92 desarrolla el tema, indicando que el debido proceso tiene entre sus derivados, el derecho de defensa, y que este, a su vez, comprende cuatro aspectos:⁴⁰³

- i) Principio de intimación: según el cual la persona sometida a un proceso penal es informada de los cargos que se le imputan, además de los derechos que le asisten, en presencia de su defensor.
- ii) El principio de imputación: referente al derecho a una acusación formal, detallada, clara y precisa que incluya la clasificación legal del hecho.
- iii) Derecho de audiencia: referente a la potestad del imputado y su defensor a intervenir en el proceso, haciéndose oír por el juez, aportando toda la prueba de descargo, controlando a las demás partes y combatiendo sus argumentos y pruebas de cargo.
- iv) Derecho de defensa en sí: desarrollado conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 8, el cual indica:

Artículo 8. Garantías Judiciales

[...]

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a. derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; [...]
- c. concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d. derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos,

⁴⁰² Véase p. 230.

⁴⁰³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 1739-92 de las once horas con cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos.

- de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
- 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. [...]
- 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Como vemos, en el párrafo 2, incisos d y e, se reseña la participación de la defensa técnica, contemplando tanto la posibilidad del inculpado de defenderse personalmente, como también el ser asistido por un defensor de su elección con el cual mantenga comunicación, la cual debe ser libre -entendida esta condición como el hecho de que la comunicación pueda ser fluida, sin obstáculo alguno- y privada, en el tanto lo que el acusado en un proceso penal manifiesta a su defensor, se encuentra cubierto por el secreto profesional de este. De esta manera, el acusado puede externar al defensor absolutamente todas las cuestiones que considere pertinentes, con la certeza de que el contenido de su comunicación será de conocimiento exclusivo de ambos.

En cuanto a esta normativa, al referirse al tema, el voto 1739-92, detalla los aspectos generales enunciados de la siguiente forma:

d) El derecho de defensa en sí: También se desprende del artículo 39 de la Ley Fundamental, y muy especialmente de los incisos a), c), d), e), f) y g) del párrafo 2°, y de los párrafos 3° y 5° del artículo 8° de la Convención Americana, de todo lo cual resulta toda una serie de consecuencias, en resumen; el derecho del reo a ser asistido por un traductor o interprete de su elección o gratuitamente proveído, así como por un defensor letrado, en su caso también proveído gratuitamente por el Estado, sin perjuicio de su opción para defenderse personalmente, opción esta última que el juez debe, no obstante, ponderar en beneficio de la defensa misma; el derecho irrestricto a comunicarse privadamente con su defensor, con la sola excepción de la incomunicación legalmente decretada -conforme al artículo 44 de la Constitución-, durante la cual, no obstante, no deben en ningún caso tener acceso a él la parte acusadora ni las autoridades de investigación, ni utilizarse en modo alguno el aislamiento para debilitar la resistencia física o moral del imputado ni para obtener de él pruebas o declaraciones, mientras en cambio, las restricciones necesarias que se impongan al acceso del acusado a su defensor, debe ser las mínimas indispensables para lograr el fin único de impedir que su comunicación se utilice para entorpecer la averiguación

de la verdad, y siempre permitiéndole la garantía sucedánea del acceso a un defensor público, que, sin perjudicar aquéllos fines, vele permanentemente por la garantía de sus derechos; la concesión del tiempo y medios razonablemente necesarios para una adecuada preparación de la defensa, lo cual debe necesariamente valorarse en cada caso atendida su complejidad, volumen etc.; el acceso irrestricto a las pruebas de cargo y la posibilidad de combatirlas, particularmente repreguntando y tachando o recusando a testigos y peritos, lo cual comporta, además, que los testimonios y dictámenes deben presentarse en presencia del imputado y su defensor, por lo menos salvo una absoluta imposibilidad material -como la muerte del testigo-; el derecho a un proceso público, salvo excepciones muy calificadas; y el derecho a no ser obligado a declarar contra si mismo ni contra sus parientes inmediatos, ni a confesarse culpable, así como a que las declaraciones que voluntariamente y sin coacción alguna rinda lo sean sin juramento y recibidas única y personalmente por el juez.

Cabe advertir, asimismo, que el derecho de defensa debe ser no sólo formal, sino también material, es decir, ejercido de hecho, plena y eficazmente, lo cual implica además, como aspecto de singular importancia, el derecho a hacer uso de todos los recursos legales o razonables de defensa, sin exponerse a sanción ni censura algunas por ese ejercicio, así como la necesidad de garantizar al imputado y a su defensor respeto, al primero en virtud de su estado de inocencia hasta no haber sido condenado por sentencia firme, al segundo por su condición de instrumento legal y moral al servicio de la justicia, cualquiera que sea la causa que defienda, la persona del reo o la gravedad de los hechos que se le atribuyan.⁴⁰⁴ (La negrita no corresponde al original)

Se debe destacar de esta cita, que según el derecho del acusado de contar con un defensor letrado, se deduce la necesidad del experto asesor que, en plena comunicación con la defensa material, debe velar por las garantías de su representado, y debe preparar la defensa de su patrocinado en total coordinación con este, aportando la prueba de descargo que considere pertinente, y analizando y combatiendo la prueba de cargo.

Pero no solo lo anterior es rescatable de este extracto, sino que también debe recibir especial atención, la mención al respeto que se debe tanto al imputado como a su defensor, pues tal y como lo indica esa resolución, el

⁴⁰⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 1739-92 de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos.

imputado merece respeto por la presunción de inocencia que lo cubre durante todo el proceso, y el defensor merece respeto, por ser *“un instrumento legal y moral al servicio de la justicia”*, sin que le reste a esta condición, *“la causa que defienda, la persona del reo o la gravedad de los que se le atribuyan”*.

Ciertamente la posición de la defensa y, en particular, el papel del defensor muy a menudo son cuestionados, tanto por quienes conocen su función, como por quienes la desconocen. Los primeros, en su ignorancia, parten de que las personas acusadas de la comisión de un delito, necesariamente son culpables, con una lógica simplista muy similar a la del refrán popular que indica que *“cuando el río suena, piedras trae”*. Partiendo de esta conclusión inicial de culpabilidad, el siguiente aspecto que sostienen, es que siendo los acusados culpables, no merecen defensa alguna ni apoyo de ningún tipo.

Aun cuando es lamentable esta posición e, incluso, irrespetuosa, tanto hacia el acusado (al suponerlo culpable sin un debido proceso que culmine en una sentencia firme), como hacia el defensor, cuando se llega a debatir sobre la ética del defensor con preguntas como: *“¿qué clase de persona es usted que defiende un sujeto como este o un hecho así?”* lo cierto es que desde el desconocimiento esta posición es comprensible aunque, quedemos claros, no justificable, pues para opinar sobre un tema, quien emite la opinión, debe documentarse de todos sus aspectos, y no solo de lo que le ha *“parecido”*, a fin de que esa opinión tenga fundamento.

Ahora bien, en relación con los que conociendo el sistema de justicia, y en particular del sistema penal, entran tal vez de una manera más sutil a plantear estos argumentos, a veces en broma: *“es que debemos soportar que la defensa realice su labor”* con una sonrisita, a veces en serio: *“pero explíqueme, ¿cómo hace para defender a un culpable?”*, o bien en contra de la defensa y el defensor, resulta lamentable su posición y solo se puede entender a la luz de **la falta de una verdadera interiorización de lo que representan los derechos fundamentales y las garantías de las personas en una democracia, y su impacto en el proceso penal.**

También, para explicar estas actitudes, no podemos soslayar el tema de la cultura inquisitiva que, como indicamos anteriormente, estuvo vigente en nuestro ámbito por cinco siglos, y de cuyos resabios no hemos podido librarnos con la rapidez y facilidad con que hubiéramos querido, a pesar de los cambios procesales que han operado recientemente; por ejemplo, cuando se pasó del Código de Rito de 1906, código de corte totalmente inquisitivo a un sistema procesal penal mixto en 1975, el cual introdujo la oralidad en fase de juicio. Más recientemente, la reforma sancionada en 1996 que entró a la práctica en 1998, según la cual se pasó a un sistema de rasgos marcadamente acusatorios, pero que, en la práctica, se ha mantenido anclada en aspectos del inquisitivo.

En todo caso, tanto la falta de interiorización de lo que implica una ideología democrática dentro de un proceso, así como el arrastre de principios inquisitoriales, solo podrán ser superados con un cambio de mentalidad total y absoluto, en que se aprecie la labor de la defensa técnica, al permitir con sus reclamos y denuncias valientes, la consecución de un verdadero Debido Proceso, y no se le vea como un mal necesario que se debe soportar.

Los dos aspectos que recién se han apuntado, se encuentran contemplados en la siguiente cita de Martínez, quien señala que existe la falacia de pretender ver al defensor, como un mero requisito para legitimar condenas. A su criterio esta situación obedece a los resabios del sistema inquisitivo y a la falta de división de roles a que esto conlleva. Respecto a este tema, resulta valiosa la siguiente cita de esta autora:

Conforme con esta visión consideran al imputado como objeto de investigación, negando su calidad de titular de derechos, incluido el derecho a defenderse; estos magistrados, aunque no lo puedan expresar libremente, están íntimamente convencidos de que la defensa es un mero estorbo, cuya actuación es absolutamente innecesaria, molestia que apenas merece que se le soporte estoicamente, toda vez que ellos son garantía más que suficiente de que el inocente será absuelto y el culpable recibirá un justo castigo.

Fieles a esta creencia suelen maltratar a los defensores, descalificarlos, presionarlos, en un sistemático manejo de poder, huérfano de toda justificación. Claro está que estos jueces adhieren a concepciones vetustas, a contrapelo de los principios que alientan el sistema acusatorio, cuyas garantías prolijamente describen los instrumentos de derechos humanos; son magistrados que siguen embarcados en una cruzada por “hacer justicia”, omnipotentes e inaccesibles, ignorantes de que el único papel que dignifica la labor judicial es el de erigirse en custodio de las garantías.⁴⁰⁵

Lamentablemente, existe siempre la tendencia, alimentada por los medios de comunicación, a creer que la inseguridad ciudadana obedece a la inercia de los órganos jurisdiccionales. Por estos motivos, inconscientemente han ido interiorizando esta creencia, cuando en realidad este tema tiene que ver con las políticas de prevención que deben generarse sobretudo a nivel del Poder Ejecutivo, pero que este, hábilmente, soslaya achacando la responsabilidad del asunto al Judicial.⁴⁰⁶ Esta situación redunda en aspectos como los apuntados por la autora citada que afectan el ejercicio de la defensa.

⁴⁰⁵ Martínez, Stella Maris. “Defensa Pública, Derecho del Pueblo”. En: Revista Latinoamericana de Política Criminal, Pena y Estado. Buenos Aires: Ediciones del Instituto, número 5, setiembre del 2002, p. 51.

⁴⁰⁶ Véase pp. 230-231.

Por lo tanto, destacamos el tema del respeto que merece un defensor, pues si la defensa es la garantía que posibilita la realización de un verdadero proceso, es el defensor el instrumento que permite la concreción, la materialización de esa garantía, y no debe ser cuestionado por ejercer su papel con propiedad, reclamando con los medios legales a su disposición, las irregularidades que, a su criterio, afectan a su representado, y exigiendo la restitución plena de sus derechos, al tiempo que realiza la estrategia de defensa que conviene a su defendido.

En este sentido, debemos citar la posición de Dall’Anesse Ruiz en torno al denominado derecho de asistencia de que goza el imputado. Este autor indica que los aspectos que conforman la inviolabilidad de la defensa son tres: derecho de abstención, derecho de asistencia y derecho de intervención.

En cuanto al derecho de abstención, este hace alusión a la posibilidad del acusado de abstenerse de declarar sobre los hechos que se le imputan, y tiene alcances, tanto subjetivos (declarar o no verdad), como objetivos (el derecho de abstención referido, no solo a la declaración sino a la participación del imputado en otros actos de la investigación, lo cual ha sido muy debatido).

El derecho de intervención se refiere a la posibilidad de participar en los distintos actos del proceso, no solo en la fase oral y pública, sino también en los actos propios de la investigación, pues de ellos pueden surgir elementos de prueba de suma importancia para la defensa.

Finalmente, nos interesa de manera particular el derecho de asistencia, tomando en cuenta para ello, el papel del defensor en un proceso judicial, a la luz de la defensa técnica eficiente. Dall’Anesse Ruiz lo explica, a partir del análisis que hace de la participación del defensor en el proceso penal juvenil. Este análisis es igualmente aplicable al tema que tratamos:

Es un derecho humano, reconocido universalmente, el de tener un defensor técnico que asista al imputado -menor o adulto- durante el desarrollo del proceso penal. La novedad introducida por la L.J.P.J. es la de llevar el derecho de asistencia hasta el cumplimiento o término de la ejecución de la sentencia. Evidentemente un menor acusado de delito no está en capacidad de conducir personalmente su defensa, pues –salvo casos excepcionales- la comprensión de la normativa jurídica procesal y de fondo no estará a su alcance. La pasión no es suficiente para una adecuada defensa, por lo que desde el inicio de la investigación policial debe proveérsele de un abogado defensor. La función de la defensa será la de aconsejar al imputado acerca de todas las posibilidades admitidas legalmente para evitar la

condena, así como velar por el desarrollo de un proceso ajustado a la legalidad y con estricto respeto de los derechos fundamentales del menor.⁴⁰⁷

Como vemos, el enfoque de Dall’Anesse Ruiz es bastante similar a la perspectiva planteada por Binder, la cual mencionamos anteriormente,⁴⁰⁸ y como señalamos en ese momento, coincidimos totalmente con él, pues efectivamente consideramos que el compromiso del defensor, es con su representado.

Queda evidenciada entonces la importancia de la asesoría que el defensor debe brindar a la persona acusada de la comisión de un delito, pues siendo este lego en materia jurídico-procesal, no cuenta con los conocimientos acerca de los derechos que le asisten, las posibilidades y los mecanismos que pueden ser utilizados, tanto por él, como por el resto de partes, a lo largo del proceso. Al defensor le compete, a la luz de su preparación académica, informar al imputado sobre todos y cada uno de estos aspectos, y debe hacerlo en un lenguaje suficientemente claro y sencillo para que su representado lo pueda comprender. Además, lo anterior es cierto aun en el caso de que la persona sometida al proceso, goce de conocimiento en relación con los aspectos procesales, pues es bien sabido que la perspectiva de lo que conviene o no en el ejercicio de la defensa, puede verse afectada por la subjetividad, cuando es la persona acusada quien planea la estrategia de defensa.

Sobre este tema, conviene rescatar que el hecho de que se hable de la preparación de una estrategia de defensa, no implica de ninguna manera el uso de subterfugios o conductas contrarias a la legalidad, como algunos podrían querer entender. La defensa, tanto material como técnica, al igual que el resto de partes, debe poder “preparar su caso”, es decir, debe analizar los hechos que se investigan, la prueba que en torno a él existe; debe analizar las posibles calificaciones legales del hechos, la existencia de causas de atipicidad, justificación, exculpación; debe determinar el uso que se hará de los derechos que se le confieren a la persona sometida a un proceso; por ejemplo, el derecho de abstención (¿va a declarar o no? Si va a declarar, ¿cuál es su versión de los hechos?, ¿cuáles detalles debe enfatizar?, etc.), el derecho de ofrecer pruebas (¿Cuál prueba va a ofrecer? ¿En qué momento resulta oportuno el ofrecimiento?, etc); el derecho de intervenir en los actos de investigación o en las audiencias (¿Cuáles protestas se deben realizar? ¿En cuál momento se deben realizar las protestas? ¿Cuáles gestiones se van a plantear en la audiencia?, etc.) y muchos otros aspectos que forman parte de

⁴⁰⁷ Dall’Anesse Ruiz, Francisco. El proceso penal juvenil costarricense: Principios y alternativas a la justicia. En: De la Arbitrariedad a la Justicia: Adolescentes y Responsabilidad Penal en Costa Rica. San José, Costa Rica: 1ª. Edición, 2000, p. 305.

⁴⁰⁸ Véase p. 235, cita 401.

la estrategia que un defensor debe seguir, en el uso de las armas que el debido proceso ofrece a todas las partes, y que no deben ser cuestionadas ni debe ser puesta en tela de duda su legitimidad, gratuitamente, solo por venir de la parte acusada y su defensor.

En torno a esta situación, resulta valiosa la posición de Ferrajoli, quien indica que la defensa pública opera como factor de equilibrio con la acusación pública, por lo que:

A este fin, el defensor público debería ser un magistrado con poderes de investigación, con la posibilidad de disponer de la policía judicial. O sea, con poderes análogos a aquellos que tiene el fiscal.⁴⁰⁹

Coincidimos con el autor citado, pues una defensa débil que no pueda ejercer una auténtica investigación, resulta insuficiente para un auténtico ejercicio del derecho de defensa, y específicamente de la defensa técnica. Recordemos que la defensa debe poder gozar de igualdad de armas, pues de lo contrario, se encuentra debilitada frente a su contraparte.

Más adelante, nos referiremos con mayor detalle a este aspecto, en relación con la ética del defensor, pero basta por el momento, señalar que si el resto de partes (Ministerio Público, víctima o querellante), debe preparar su estrategia, lo mismo es valedero para la defensa, y por ello, es indispensable la coordinación de la defensa material con la defensa técnica, y el respeto a ambas.

En conclusión, si la inviolabilidad de la defensa o defensa técnica efectiva, es de tantísima importancia, el hecho de que exista una institución que ejerza la defensa técnica de los sujetos sometidos a un proceso penal que no cuentan con un defensor de su confianza, hace que en esta institución y su labor, se materialice la garantía de ese derecho. Cada uno de los defensores que asuma esta función de asesoría técnica es garante de la inviolabilidad de la defensa en cada caso en particular; pero también lo es la institución que se dedica totalmente a esta labor y que fue creada con este fin, siendo un instrumento en donde se materializa dicha garantía, pues esa precisamente es su razón de ser: una función de vigilancia dentro del más represivo de los procesos jurídicos, el proceso penal, de manera que materialice, además de asegurar, el acceso a la justicia desde esta perspectiva.

⁴⁰⁹ Martínez, Stella y López Puleio, María Fernanda. "Entrevista al Profesor Luigi Ferrajoli sobre la Defensa Pública". En: Revista Latinoamericana de Política Criminal, Pena y Estado. Buenos Aires: Ediciones del Instituto, número 5, setiembre del 2002, p. 109.

Por eso consideramos que los defensores públicos son garantes de los derechos fundamentales de defensa y su inviolabilidad, además del debido proceso y del acceso a la justicia. Pero no solo estos derechos fundamentales son resguardados, mediante el ejercicio de la defensa técnica: al realizar su función de garantía en torno a la inviolabilidad de la defensa, también garantiza otros derechos fundamentales, tales como: la libertad o la igualdad y la indemnidad personal, entre muchos otros.

Ciertamente, como hemos señalado, la defensa pública inició su labor encaminada de manera exclusiva a la defensa en materia penal, pero con el tiempo, se reconoció que el derecho de defensa y la inviolabilidad de esta, no alcanzan únicamente esta materia y se le han ido confiando otras ramas del derecho, también de particular sensibilidad social, como son: materia agraria, pensiones alimentarias, ejecución penal, penal juvenil. En todas ellas, opera como garantía de que el derecho en cuestión esté vigente, ejerciendo su función a conciencia, y facilitando con ello el acceso a la justicia de quienes acuden a su servicio. No es vano aclarar que al realizar su función de garantía en torno a la inviolabilidad de la defensa, la Defensa Pública también garantiza otros derechos fundamentales dentro del proceso, tales como: la libertad o la indemnidad personal, entre muchos otros.

Respecto al tema de la defensa pública como garantía, la posición de Luigi Ferrajoli, es destacable. En una entrevista que le fue realizada en torno a este tema, al preguntarle su opinión sobre lo oneroso que puede resultar un servicio como este mantenido con recursos públicos, Ferrajoli minimiza este aspecto, resaltando por el contrario, su posición de garantía y su importancia:

Y obviamente una institución como esta, es una institución costosa. **Pero todas las garantías cuestan.** Sería como decir que es una institución costosa la justicia. Que es una institución costosa la cárcel. Que es una institución costosa la garantía de la salud o de la instrucción pública. El hecho de que es una institución costosa no es evidentemente un buen argumento.⁴¹⁰ (El subrayado no corresponde al original).

Del texto recién citado, se desprende que Ferrajoli ubica a la defensa pública como una garantía, y en torno al tema del costo, le resta importancia, señalando que cuestionarse este aspecto, sería igual que cuestionarse el costo de la justicia, la salud, la educación o una cárcel.

También indica la trascendencia de no pensar en la defensa pública, como la “defensa de pobres”:

⁴¹⁰ Ibíd., p. 110.

La idea de que la defensa pública deba ser una defensa sólo para los pobres, paradójicamente terminaría por generar una defensa de “segunda selección”. Un poco lo que ocurre en Italia con la defensa de oficio. **En otras palabras, la defensa pública no debe ser concebida como un débil suplente de la defensa privada. Es la concreción de una garantía fundamental como el derecho de defensa, dejando a salvo, evidentemente, al interesado optar por la defensa privada.**⁴¹¹ (La negrita no pertenece al original).

Esta observación resulta fundamental para quien estudia la defensa pública: la defensa pública no debe operar a base del criterio de una limosna que se brinda a un inferior. Lejos de ello, es garantía de derechos fundamentales, en particular del derecho de defensa y su inviolabilidad, y además, como lo veremos con mayor detalle en el apartado siguiente, la defensa pública es en sí misma, un derecho.

En apoyo a esta idea, podemos citar la posición del mismo autor, quien al momento de analizar la institución de la Defensa Pública, señala que esta es necesaria, pero no como una alternativa a la defensa de confianza, sino más bien como un complemento a esta, pues indica que opera tanto como un factor de igualdad respecto de quien no puede pagar una defensa de confianza, en razón del costo de esta, como también opera como un factor de equilibrio, en relación con la acusación pública.⁴¹²

Vemos aquí una perspectiva importante, en cuanto a la Defensa Pública, y es ser una garantía no solo de los derechos procesales de la persona partícipe en un proceso judicial, sino también de la igualdad como derecho en una sociedad democrática: ciertamente, esto ocurre al permitir que quien no cuenta con medios económicos suficientes para pagar un defensor particular de su confianza, mediante la defensa pública cuente con una defensa técnica eficiente, y así se garantiza la igualdad. Desde esta perspectiva, también garantiza el principio del Estado social de derecho y su valor fundamental: el bienestar social y la solidaridad.

Así, todos los miembros de la sociedad contribuyen a la manutención de la defensa pública, pues existe conciencia de que no todas las personas, tienen los recursos económicos para costearse un defensor de confianza, y que la defensa técnica efectiva es un derecho. Resulta importante destacar que la claridad respecto a este tema, es consecuencia directa de la opción democrática escogida, y por ello, reiteramos que la existencia de la defensa pública como opción de defensa técnica eficiente, no se trata de un acto de caridad en donde

⁴¹¹ Idem.

⁴¹² Ibídem, p. 109.

los económicamente poderosos, graciosamente regalan o donan o colaboran con la prestación del servicio a los “desafortunados”. Lejos de ello, se trata de todo un engranaje ideológico, social y estatal, el cual parte del derecho a la defensa pública sobre el que adelantamos algunos aspectos líneas atrás; pero que examinaremos en el apartado siguiente en detalle.

3.2 LA DEFENSA PÚBLICA COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL: EL DERECHO A CONTAR CON UN DEFENSOR PÚBLICO

Consideramos que al igual que ocurre con la igualdad, que es tanto un criterio de interpretación y aplicación de los derechos fundamentales como un derecho fundamental en sí misma,⁴¹³ la defensa pública opera no solo como una garantía a derechos fundamentales, sino que ella misma reúne la condición de un derecho fundamental. Aclaremos eso sí, que nos referimos al derecho de que goza aquella persona que se encuentra sometida a un proceso judicial, en particular al proceso penal, y que no cuenta con un defensor de confianza, de contar con un defensor público que le asesore técnicamente, el cual llamaremos a partir de este momento, el derecho a la defensa pública.

A fin de justificar el porqué de esta aseveración, recordemos la definición que propusimos de derecho fundamental:

Derecho fundamental es el derecho humano que se encuentra contenido en un cuerpo normativo, nacional o internacional, el cual posee un contenido mínimo o núcleo esencial que no puede ser cambiado y que además, goza de un mecanismo de protección o garantía, que permite denunciar cualquier lesión que se le infrinja, así como restaurar su efectiva vigencia.

De acuerdo con este concepto, analicemos el derecho a la defensa pública conforme con las características de la definición propuesta de derecho fundamental, y verifiquemos si se ajusta o no a estas.

- **En cuanto a la condición de derecho humano:** ocurre que la persona sometida a un proceso judicial, requiere que se le asesore para ejercer correctamente su defensa, sea por ser lego en la materia o bien, y si no lo es, porque el hecho de estar involucrado personalmente en el asunto le resta objetividad para valorar la estrategia de su defensa. Por lo tanto, si no cuenta con esa asesoría técnica, el ejercicio de la defensa no puede ser realizado a plenitud, y de ello se evidencia de manera indudable la **necesidad de contar con un asesor técnico que colabore con la efectiva vigencia de ese derecho.**

⁴¹³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 1739-92 de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio del mil novecientos noventa y dos.

Por lo tanto, existe una necesidad que debe ser satisfecha para que el sujeto no vea conculcados otros derechos fundamentales. Ciertamente, el sujeto puede contar con un defensor de su confianza que, lógicamente, será su primera opción, pero puede suceder que por motivos diversos (desconocimiento de profesionales que le puedan asesorar, dificultades para ubicarlos, motivos económicos o personales, etc.) no cuente con ese defensor de confianza. Por ello, todas las personas sometidas a un proceso penal contemplan la posibilidad de contar con la defensa pública.

Ahora bien recordemos que páginas atrás, señalamos que el fundamento de los derechos humanos, reside en las necesidades del individuo, y en particular destacamos la posición de Héller, relativas a las necesidades, y en particular, las necesidades radicales, las cuales se refieren a opciones axiológicas conscientes.⁴¹⁴ Encontramos que, dentro de las necesidades, resulta posible ubicar la necesidad de los sujetos de contar con una defensa técnica eficiente, al verse sometidos a un proceso de cualquier naturaleza y, en particular, a un proceso penal, dado el grado de intervención que este tiene en los derechos del sujeto sometido a él.

De esta forma, consideramos que efectivamente, el contemplar esta posibilidad obedece a una decisión (opción consciente) que tiene un trasfondo de carácter netamente valorativo (axiológico), el cual se ubica dentro de la escogencia que hizo el legislador constituyente en representación de la Nación por la opción democrática y el respeto a sus valores. Así, la posibilidad de contar con asesoría técnica eficiente dentro de un proceso penal, encuentra sustento en el hecho histórico de que la Nación optó por la democracia, sus valores y principios, y que estos irradian todo el sistema, obligando en el ámbito procesal al respeto de la defensa técnica eficiente.

En cuanto a la necesidad que da fundamento al derecho humano de acudir a la defensa pública para contar con asesoría técnica eficiente, encontramos que Ferrajoli indica:

El hecho de que la notoria mayoría de las defensas se halle a cargo de defensores públicos es la muestra más cabal de su necesidad, porque evidentemente se trata de personas que no están en condiciones de recurrir a las costosas defensas privadas.⁴¹⁵

⁴¹⁴ Véase p. 104, cita 189.

⁴¹⁵ Martínez, Stella Maris y López Puleio, María Fernanda, *óp. cit.*, p.110. En igual sentido Llobet Rodríguez Javier. *Proceso Penal Comentado*. San José, Editorial Jurídica Continental, 3ª. edición, artículo 13, nota 6, p. 93.

Ciertamente, coincidimos con el punto de vista del autor citado en tanto sabemos que el derecho penal es selectivo y se dirige hacia los sectores de la sociedad más vulnerables, por lo que es lógico que sean estos, quienes con mayor frecuencia, recurran al servicio de la Defensa Pública.⁴¹⁶

Sin embargo, hemos podido observar cómo cada vez con mayor frecuencia, personas que cuentan con recursos económicos, pero que carecen de un defensor de confianza, optan por la defensa pública.⁴¹⁷ Incluso en Costa Rica, es común escuchar a operadores del sistema jurídico, indicar que ante la eventualidad de verse involucrados en un proceso penal, acudirían a esta institución para ser asistidos por sus profesionales, reconociendo la calidad técnica de quienes laboran en ella.⁴¹⁸

Esto nos hace reflexionar en cuanto a la evidente necesidad que existe del servicio público de defensa técnica para las personas que participan en un proceso penal, independientemente de su condición socioeconómica, es decir, ésta es una necesidad universal que trasciende estos aspectos.

Por lo tanto, el derecho a la defensa pública es un derecho humano, ya que tiene su fundamento en una necesidad radical.

- En cuanto a la positivización del derecho: recordemos que según lo vimos en el apartado anterior, el derecho a la defensa pública se encuentra contemplado a nivel internacional en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8, párrafo 2º inc. e). También a nivel internacional, aparece contemplado en el artículo 14.3.d del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el cual indica el derecho de las personas a:

A defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo.

⁴¹⁶ Binder, Alberto y Obando, Jorge, óp. cit., p. 497.

⁴¹⁷ Mora Mora, Luis Paulino. Informe de Labores. Administración de Justicia, 2004, p. 114, citado por Llobet Rodríguez, Proceso Penal Comentado, artículo 13, nota 6, p. 92.

⁴¹⁸ Mora Mora citado en “Causas asfixian a la Defensa Pública”, La Nación, sábado 17 de noviembre del 2001.

A nivel nacional, tanto en el artículo 39 constitucional, como en el Código Procesal Penal en la interpretación de los artículos 12, 13, y 100 y la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículos 152 y siguientes.

De esta manera, el derecho a la defensa pública se encuentra contemplado en la normativa internacional y nacional.

- En relación con el contenido mínimo: como vimos, existen aspectos de un derecho fundamental que no pueden ser modificados, pues su variación desnaturaliza su esencia. En el caso del derecho a la defensa pública, encontramos que este contenido mínimo, se resume en la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 8, párrafo 2, inciso e), el cual indica:

e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; [...]

Así mismo, aparece contemplado en el artículo 14.3.d del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual expresa:

A defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo.

Este es el contenido mínimo, pues contempla la posibilidad de que el sujeto nombre un defensor de su confianza, elemento que no se puede soslayar, a fin de evitar que la defensa pública se convierta en una imposición, pero también señala como irrenunciable, el derecho de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado para quienes no pueden defenderse por sí mismos, ni cuentan con un defensor de confianza. Cualquier variación a lo contemplado en ese numeral, le resta contenido básico al derecho a la defensa pública, pero lo que ahí indica es suficiente para definir el derecho.

Así, el derecho a la defensa pública goza de un contenido mínimo o núcleo esencial, sin el cual se desnaturalizaría.

- De acuerdo con la existencia de la garantía del derecho: en caso de que este derecho fuera negado, existiendo la obligación legal de brindarlo, se podrían reclamar mediante un recurso de amparo en materia agraria, pensiones alimentarias, o bien mediante un hábeas corpus en penal, penal juvenil o ejecución de la pena. Este último recurso procedería por la conexidad existente entre la libertad y la inviolabilidad de la defensa.

Además, el derecho a la defensa pública goza de mecanismos que garantizan su efectiva vigencia, permitiendo que en caso de lesión, esta sea subsanada y restaurado el derecho.

Conclusión: Consideramos que el derecho a la defensa pública, entendido como el derecho de que goza la persona que se encuentra sometida a un proceso judicial, en particular al proceso penal, y que no cuenta con un defensor de confianza, de contar con un defensor público que le asesore técnicamente, reúne las características propias de un derecho fundamental y, por ello, podemos indicar que efectivamente lo es.

Sin embargo, ha ocurrido que en jurisprudencia de la Sala Constitucional se ha señalado que lo que existe es el derecho fundamental a la defensa, pero no el derecho fundamental a la defensa pública:

Para estos efectos, hay que señalar además, que la asistencia judicial gratuita debe considerarse como un privilegio procesal que la ley le otorga a las personas que se encuentran ante una situación especial, para que pueda ser asistido por abogado y exonerado de todos los gastos del proceso ante los órganos jurisdiccionales. La defensa pública no es por sí mismo un derecho fundamental como lo entiende el amparado, a diferencia del derecho de defensa, que sí lo es. El hecho de que no se otorgue en todos los supuestos la asistencia gratuita por parte del Estado, no implica per se, que se esté violentando el derecho de defensa consagrado en el artículo 39 de la Constitución Política, pues la Ley de Pensiones Alimentarias, desarrolla en su normativa, el principio del contradictorio y de bilateralidad de las partes, que le permite al demandado, oponerse en el proceso, aportar la prueba y oponer las excepciones que estime pertinentes, así como impugnar las resoluciones que estime conveniente. Bajo esta tesitura, el derecho de defensa del recurrente se encuentra garantizado. Tampoco podría hacerse la equiparación de la defensa gratuita por parte del Estado, en el sistema penal al proceso alimentario, toda vez que su naturaleza es muy distinta. Si bien es cierto una consecuencia del incumplimiento de la obligación alimentaria es el apremio corporal, ello no convierte

en forma alguna dicho proceso en materia penal, pues el objeto de la Ley es dotar a la parte familiar más débil y necesitada, de los medios idóneos para exigir un derecho de subsistencia y con relación a este objeto se dirime la defensa del demandado, a diferencia de los procesos penales, en los cuales el derecho de defensa va encaminado a proteger esencialmente la libertad de las personas.⁴¹⁹

No compartimos la perspectiva de la Sala Constitucional, en cuanto a la inexistencia del derecho fundamental a la defensa pública. Ciertamente sabemos que el constituyente destacó el derecho de defensa, en relación con la materia penal en el artículo 39 constitucional, por las terribles consecuencias de este proceso.⁴²⁰ No obstante, el hecho que se destaque el derecho de defensa penal, no le resta importancia al derecho de defensa y la inviolabilidad de esta en el resto de materias.

Pero entonces, ¿cómo el derecho a la defensa pública se aplica a ciertas materias y partes? Esto ocurre, pues como ya señalamos anteriormente, los derechos fundamentales admiten límites. Así por ejemplo:

- ❖ El derecho a la privacidad del domicilio se ve limitado por la posibilidad de que este sea allanado por orden de juez competente, de conformidad con las condiciones que prescribe la ley.⁴²¹
- ❖ El derecho de reunión se encuentra contemplado en la Constitución; pero las reuniones en lugares públicos serán reguladas por ley.⁴²²
- ❖ El principio del juez natural, según el cual solo podrían existir los tribunales establecidos por la Constitución, aunque existe una Ley Orgánica del Poder Judicial que busca organizar su función.⁴²³

Por lo tanto, los derechos fundamentales pueden ser limitados en alguna medida, siempre y cuando no pierdan su contenido esencial. Eso ocurre también con el derecho a la defensa pública, el cual se ofrece conforme con la

⁴¹⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res: 2001-06610 de las quince horas con cincuenta y nueve minutos del diez de julio de dos mil uno.

⁴²⁰ Véanse pp. 219-220.

⁴²¹ “ARTÍCULO 23.- El domicilio y todo otro recinto privado de los habitantes de la República son inviolables. No obstante pueden ser allanados por orden escrita de juez competente, o para impedir la comisión o impunidad de delitos, o evitar daños graves a las personas o a la propiedad, con sujeción a lo que prescribe la ley.”

⁴²² “ARTÍCULO 26.- Todos tienen derecho de reunirse pacíficamente y sin armas, ya sea para negocios privados, o para discutir asuntos políticos y examinar la conducta pública de los funcionarios.

Reuniones en recintos privados no necesitan autorización previa. Las que se celebren en sitios públicos serán reglamentadas por la ley.”

⁴²³ “ARTÍCULO 35.- Nadie puede ser juzgado por comisión, tribunal o juez especialmente nombrado para el caso, sino exclusivamente por los tribunales establecidos de acuerdo con esta Constitución.”

regulación que la legislación nacional indica. En este sentido, el servicio de la defensa pública se brinda en las materias que la ley contempla expresamente, las cuales tienen un elemento común, ya que son materias de gran sensibilidad social que, de acuerdo con el valor solidaridad de un Estado democrático de derecho, no pueden ser obviadas: penal, penal juvenil, ejecución de la pena, pensiones alimentarias, o curatelas en materia de familia. Todas hacen referencia a derechos irrenunciables. En cambio, el derecho a la defensa pública no se encuentra contemplado en materias que se refieren a derechos disponibles, tales como civil⁴²⁴ o comercial, aun cuando no quiera decir que se coarte el derecho a la defensa técnica eficiente, pues este siempre está vigente.

En todo caso, recordemos que los derechos fundamentales son el resultado de luchas y procesos, pues aun cuando son inherentes a la persona, su rango de acción generalmente empieza estrecho y, posteriormente, se va ensanchando. Por estos motivos, disintimos de la perspectiva planteada por la Sala Constitucional en el voto citado.

Ahora bien, en cuanto a este tema, en doctrina encontramos la posición de Ferrajoli, quien al plantearse la posibilidad de que el sistema de defensa pública distinga los “beneficios” de quien tiene dinero y aun así escoge ser atendido por un defensor público, fue contundente en contestar que, por tratarse de un derecho fundamental, la defensa pública debe ser accesible para cualquier persona, independientemente de su condición socioeconómica. A continuación, transcribimos su respuesta:

Me parece que un sistema de ese tipo daría lugar a complicaciones inútiles. **Creo que como todos los derechos fundamentales, un derecho de esta naturaleza es un derecho universal, y por lo tanto a todo ciudadano debe consentírsele que, aunque rico, recurra a la defensa pública.** La alternativa sería por un lado una desigualdad injustificable, por el otro, una complicación; se trataría de determinar caso por caso el ingreso, etc. Creo que lo más simple es establecer que la defensa pública es un derecho del ciudadano y que cualquiera puede recurrir a ella. Evidentemente que una persona rica recurra a este instituto es uno signo de la menor confiabilidad de la defensa privada y un signo positivo en torno a la efectividad y a la capacidad profesional de la defensa pública.⁴²⁵ (La negrita es propia).

⁴²⁴ En materia civil, la participación de la Defensa Pública es el sentido de curador procesal, y con una serie de limitaciones: solo en procesos en que intervengan Consultorios Jurídicos, y que se hayan agotado los personas susceptibles de ser curadores conforme al numeral 68 del Código Civil.

⁴²⁵ Martínez, Stella Maris y López Puleio, María Fernanda, *op. cit.*, p. 110.

Por consiguiente, encontramos que este autor coincide en que el derecho de cualquier ciudadano, independientemente de su condición socioeconómica, de recurrir a la defensa pública, es un derecho fundamental.

En igual sentido, Martínez señala que el concepto de defensa debe ser visto como una obligación estatal y un derecho de todos los ciudadanos, de manera que es tan importante que el Estado asegure a las víctimas de la comisión de un delito, el acceso a la justicia y la adecuada reparación por el daño sufrido, como el que garantice no solo:

[...] un aparato judicial eficiente e imparcial sino también un sistema de defensa operativo y sustancial que actúe como una valla infranqueable para la burocracia, la ignorancia, los prejuicios y los preconceptos.⁴²⁶

Esta concepción del derecho de defensa resulta importante, pues hace referencia a un sistema de defensa que no solo goce de los aspectos técnicos, sino también hace referencia a sus aspectos estructurales y organizativos que permiten realizar su función y enfrentar las dificultades diarias de su labor.

Finalizamos este apartado, reiterando lo que consideramos como un aspecto básico en cuanto al derecho a la defensa pública, y es el hecho de que por gozar de la condición de derecho fundamental, bajo ninguna circunstancia, se debe partir del concepto de una defensa caritativa que se brinda como un favor o una gracia: el acceso a una defensa técnica eficiente, para todas las personas sometidas a un proceso judicial, es una consecuencia directa del sistema democrático, la cual debe ser reconocida y respetada como tal, pero también debe ser ejercida de esa manera, eficiente, para que el defensor no se limite a ser un mero legitimador de condenas, conforme ocurría en el sistema inquisitivo.⁴²⁷

En este sentido, compartimos con Chan Mora, la preocupación por los casos en que el defensor público haya interiorizado una concepción de la defensa pública caritativa, que desvirtúe el verdadero sentido de la defensa pública basada en la solidaridad. Este autor resume su tesis de la siguiente forma:

[...] el significado otorgado al ejercicio de la defensa pública, desde el concepto de caridad (ya sea manejado de manera expresa o bien interiorizado de forma subconsciente por quien se desempeña como defensor público), por contraposición limita

⁴²⁶ Martínez, óp. cit., p. 49.

⁴²⁷ Ibíd., p. 51.

y disminuye el ejercicio de una defensa en solidaridad, de una verdadera defensa de calidad.

Una defensa pública basada en la caridad posibilita y alimenta procesos de desencuentro, relaciones de poder en extremo verticalizadas y, sobre todo, permite la negación de la condición de sujeto de derechos de quien esta siendo defendido, particularmente, de sujeto de derechos respecto de las obligaciones del defensor público.⁴²⁸

Para este autor, el defensor público que asume su función con una visión caritativa y no solidaria, maneja una relación especular con su representado, entendido este concepto, como el hecho de que el imputado es solo un fragmento de la imagen que se refleja en un espejo, pues solo un momento de su vida es de interés del defensor, pero no interesan otros aspectos de su experiencia de vida.⁴²⁹

Según Chan Mora, esta relación además se caracteriza, tanto por la distancia que se busca guardar con el defendido, así como por el temor que este y su situación generan en el defensor, ya que se evidencia la inestabilidad a la que cualquier persona se encuentra expuesta. Además, produce verticalidad, en tanto quien brinda la caridad (defensor), siempre se encuentra en un plano de superioridad, en relación con el sujeto que la recibe (defendido), a quien solo le queda agradecer el “favor” que se le hace, ya que de por sí, se le está brindando esa caridad de forma gratuita.⁴³⁰

Chan señala que el defensor que ubica la defensa pública como una caridad, constituye una visión del imputado en donde este opera como una subespecie humana, pues no puede pagar el servicio de defensa técnica que recibe, lo cual conforme a la sociedad de consumo, lo hace inferior.⁴³¹ Además, señala que el defensor que parte de esa visión de defensa pública, basada en la caridad, ejerce su labor en la Defensa Pública de cualquier manera, pues a su criterio cualquier defensa es buena y en realidad no tiene obligaciones hacia su representado. Finalmente, no tiene perspectiva crítica alguna en torno al proceso penal.⁴³²

La solución propuesta por Chan Mora a esta situación, hace alusión a la Defensa Pública desde la solidaridad, en donde el defensor goza de un

⁴²⁸ Chan Mora, Gustavo. El Ejercicio de la Defensa Pública: ¿Una forma de caridad o solidaridad? En: Revista de la Defensa Pública de Costa Rica, San José, Costa Rica, número 2, octubre, 2002, p. 34.

⁴²⁹ *Ibidem*, pp. 35-36.

⁴³⁰ *Ibid.*, p. 36.

⁴³¹ *Ibid.*, p. 37.

⁴³² *Ibid.*, p. 38.

conocimiento amplio acerca de la persona a quien defiende, y logrará así una identificación con este que facilitará el ejercicio de la defensa técnica plenamente comprometida con su representado. Además de esta observación, el citado autor sugiere la necesidad de una evaluación de la defensa técnica que haga al defensor público más vulnerable; pero realizada desde la visión del usuario: su opinión acerca del servicio que recibe. Finalmente, agrega que el mismo defensor debería informar al defendido acerca de sus obligaciones como defensor técnico y a quien debe acudir en caso de que no las cumpla.⁴³³

La posición de Chan Mora fue comentada por Ureña Salazar, quien en un diálogo enriquecedor sobre el tema, expuso su punto de vista en cuanto a la Defensa Pública y la visión caritativa *versus* la visión solidaria de esta institución.⁴³⁴ Señaló que la exposición de Chan Mora es una llamada de atención que debe motivar que los defensores públicos reflexionen sobre su función y cómo la están realizando, pero más allá de ello, sobre qué clase de personas son. Esta reflexión permitiría tomar conciencia sobre una serie de aspectos fundamentales:

[...] conciencia de que el delito no es algo inmutable y que en realidad obedece a una convención social que podría variar. Conciencia de que la cifra negra de la criminalidad, especialmente la de cuello blanco, nos indica que la realidad marcha por un camino distinto al señalado por la ideología. Conciencia de que existen escalas de valores más solidarias que las pertenecientes a la sociedad de consumo. Conciencia de que dañan más los delitos ambientales o los fraudes de fondos públicos que los “cadenazos” en la Avenida Central o los robos de vehículos. Conciencia de que de alguna manera somos tan culpables como aquellos a los que señalamos y despreciamos. Conciencia de que yo podría estar sentado en un banquillo y me gustaría recibir un trato digno. En ese sentido, por paradójico que pueda parecer, la defensa de la solidaridad es una verdadera defensa-caridad en el sentido más evangélico del término: es tratar a los demás como nos gustaría que nos trataran.”⁴³⁵

Es importante tener conciencia efectivamente, de que el defensor al cumplir su función, está haciendo realidad los valores y principios propios del Estado Social y Democrático de Derecho, y que por ello su labor tiene una

⁴³³ Ibid., pp. 39-40.

⁴³⁴ Ureña Salazar, Joaquín. “La Defensa Pública y el Derecho Penal de mínima intervención. –A propósito de la «defensa-caridad»”. En: Revista de la Defensa Pública de Costa Rica, San José, Costa Rica: número 3, octubre, 2003, pp. 137-141.

⁴³⁵ Ibidem, pp. 140-141.

carga de humanidad que la hace sumamente preciada, inestimable, y que no se debe a que el defensor o la defensora sean “muy bueno” o “muy buena”. Esta característica de humanidad, obedece a que en ella se plasma el absoluto y total reconocimiento de la dignidad de la persona y su valor.

3.3. LA DEFENSA PÚBLICA COMO SERVICIO PÚBLICO

Al estudiar el tema del servicio público, señalamos que su fundamento se encuentra en alguna necesidad de la población que debe ser satisfecha.⁴³⁶ Posteriormente indicamos que las necesidades que eran fundamento de los derechos humanos, usualmente coincidían con las necesidades de que eran satisfechas mediante un servicio público. Así ocurre en el caso de la defensa pública: la necesidad de contar con un defensor técnico que asesore a las personas involucradas en procesos judiciales, y en particular en procesos penales, ha dado lugar, tanto al derecho fundamental a la defensa pública como al servicio público defensa pública.

Al respecto de este tema, encontramos la posición de Maier, quien al referirse a la necesidad de un defensor técnico que represente al acusado en el proceso penal y como el derecho de este a defenderse por sí mismo, se ve limitado cuando ese derecho puede afectar la defensa y su eficiencia, por lo que claramente indica:

Previsiones tan exhaustivas y detalladas sobre la necesidad de la defensa técnica, al punto de considerarla un servicio público imprescindible, que se presta aun contra la voluntad del imputado, sólo pueden indicar que el Derecho Procesal Penal, de alguna manera muy particular, no considera al imputado suficientemente capaz para resistir la persecución penal -estatal, pero también la privada- por sí solo, salvo casos excepcionales; esto es, admite que no posee la plena capacidad para estar o intervenir en el procedimiento penal por sí mismo, con excepción del caso en el que se permite su autodefensa técnica. El defensor viene, así, a completar o complementar la capacidad del imputado para estar en juicio penal y esa es la auténtica función que él cumple. Se comprenderá mejor esta misión y la relativa capacidad del imputado para estar en un juicio penal, si se observa que, salvo excepciones, ambos poseen facultades autónomas, esto es independientes, que no se inhiben entre sí o mutuamente por el ejercicio concreto de ellas en un sentido determinado.⁴³⁷ (La negrita pertenece al original).

⁴³⁶ Véase p. 202.

⁴³⁷ Maier, óp. cit., p. 551.

Por lo tanto, de acuerdo con la perspectiva de Maier, efectivamente la necesidad del defensor técnico que acompañe a la defensa material, configura el servicio público de defensa pública.

En igual sentido, encontramos la posición de Binder, quien indica:

Hasta tal punto es importante, para la legitimidad del proceso, que el imputado cuente con un asistente técnico para su defensa, que en aquellos casos en los que el imputado no tiene la posibilidad de nombrar un defensor de su confianza a su propia elección, el Estado debe procurárselo. **Con fundamento en las razones enunciadas, se establece un verdadero servicio público, que consiste en la “defensa de oficio” o “defensa pública”.** (La negrita no corresponde al original).⁴³⁸

Como vemos, ambos autores coinciden en la necesidad de un servicio público que garantice la defensa técnica eficiente, tanto por el grado de complejidad del proceso, como por el hecho de que la presencia del defensor técnico legitima el proceso. Pero recordemos que el defensor público no opera para legitimar el proceso, con su sola presencia. En la medida que el defensor realiza su labor técnica, controlando el proceso y ejerciendo la defensa, denunciando las irregularidades, es que se legitima el proceso.

3.3.1. Normativa que regula la Defensa Pública en Costa Rica.

Este servicio en Costa Rica, aparece previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, que en su “Título VI: De las personas y dependencias que auxilian la Administración de Justicia”, se refiere a una serie de órganos que auxilian a la Administración de Justicia, y entre ellos ubican la Defensa Pública:

“CAPÍTULO I: De los órganos

Artículo 149.- Además de otros órganos que establezcan la ley o el reglamento, actuarán como auxiliares de la administración de justicia: el Ministerio Público, el Organismo de Investigación Judicial, la Defensa Pública, la Escuela Judicial, el Centro Electrónico de Información Jurisprudencial y el Archivo y Registros Judiciales. **(Así reformado por Ley N° 7728 del 15 de diciembre de 1997)**

Tal y como comentamos anteriormente,⁴³⁹ la perspectiva de ver a la Defensa Pública, como un órgano auxiliar de la Administración de Justicia,

⁴³⁸ Binder, óp. cit., p. 156.

⁴³⁹ Véase p. 235, cita 400.

tiene su origen en la visión inquisitiva del proceso, en donde el defensor operaba como un colaborador del órgano instructor que, lejos de asesorar a la persona sometida al proceso, le conminaba a confesar. Sin embargo, vale la pena recordar que la perspectiva de la defensa pública que sostenemos aquí, es totalmente diferente de esa visión de órgano auxiliar, pues por el contrario, como señalamos anteriormente,⁴⁴⁰ la defensa pública se encuentra comprometida en primer lugar con su representado. Por ello, es un elemento que contribuye a la democracia pues permite que valores concretos de esta gocen de efectiva vigencia al fortalecer el Estado de derecho. De esta manera, en el momento en que una persona puede contar con asesoría técnica eficiente, el acceso a la justicia se garantiza y recordemos que la justicia es uno de los valores básicos de la democracia.

Si no existe la opción de acudir a la Defensa Pública, un segmento importante de la población vería negado totalmente la posibilidad de enfrentar un proceso judicial con asesoría técnica, de manera que esta opción quedaría únicamente en manos de los sujetos que pudieran contar con un defensor de confianza, lo cual favorecería la desigualdad y la injusticia, pues quienes no tuvieran ese defensor de confianza, se hallarían en franca desventaja contra los sujetos que sí contarían con él.

Por lo tanto, existirían dos clases de justicia: la de aquellas personas que cuentan con defensor de su confianza y la de quienes no lo tienen. Como es evidente, casi siempre el tema del defensor de confianza, se encuentra enlazado con la posibilidad de sufragar los honorarios que este cobra, por lo que la diferencia entre los tipos de justicia, dependería de factores económicos.

Así, la institución que permite que toda persona, independientemente de si cuenta o no con medios económicos, tenga la asesoría técnica eficiente para que logre ejercer su derecho de defensa de manera plena, resulta ser un bastión de la democracia, una de sus columnas. Es por ello que consideramos que efectivamente, la Defensa Pública fortalece la democracia en sus valores básicos como igualdad, justicia, solidaridad, libertad, contribuyendo a la paz social.

Incluso Ferrajoli ha señalado al respecto:

En Italia hay una fuerte oposición a este tipo de instituto, particularmente por parte de los abogados, por razones obvias de carácter corporativo, de interés profesional. Pero creo que sería un factor de democratización de la jurisdicción y de refuerzo del fundamento de la legitimidad de la jurisdicción la introducción

⁴⁴⁰ Véase p. 235.

de los defensores oficiales también en mi país, en Italia, con la previsión en cabeza de estos magistrados con poderes análogos a los del Ministerio Público.⁴⁴¹

De acuerdo con el comentario de Ferrajoli, la visión de la Defensa Pública como “un factor de democratización de la jurisdicción”, expresa el sentido recién comentado: permite que diversos sectores de la población gocen del acceso a la justicia. Esta interpretación se refuerza con la lectura del comentario final de esta cita, en el sentido de que la Defensa Pública debe de gozar de “poderes análogos a los del Ministerio Público”, pues de esa manera existiría una verdadera paridad de armas entre ambas instituciones. De esta forma, es en este sentido que la Defensa Pública opera como un elemento que vigoriza la democracia.

Retomando el estudio de la normativa que regula la Defensa Pública en Costa Rica, del citado artículo 149 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, destaca el hecho de que la Defensa Pública en Costa Rica, se encuentra ubicada dentro del Poder Judicial. Esta fórmula en nuestro país ha funcionado de manera muy positiva, pues ha permitido el fortalecimiento de la institución y su crecimiento, si bien no tan acelerado como el del Ministerio Público, ha crecido, no solo en materia penal, sino incluso ha ampliado su competencia a otras materias.

Sin embargo, la posibilidad de que la Defensa Pública se encuentre dentro de la estructura del Poder Judicial o de cualquier otro poder del Estado, ha sido criticada por algunos que consideran que la Defensa Pública, a efectos de resguardar su compromiso con el representado, debe mantenerse totalmente independiente y alejada de cualquier influencia de otros actores del proceso judicial. Entre quienes sostienen esta posición encontramos, entre otros, a Ferrajoli, quien señala que el defensor público debe ser un magistrado de un Ministerio Público de la Defensa, a fin de que goce de independencia absoluta del Estado, para que pueda cumplir a plenitud su función como un contrapoder.⁴⁴²

En un sentido similar, se ha pronunciado Harfuch, quien refiriéndose a la situación de su país, Argentina, ha señalado los vicios que generó esa ubicación de la Defensa Pública:

Esta ubicación de la defensa pública en el poder judicial ha tenido una influencia perniciosa: antes de sentirse obligados hacia sus clientes, muchos defensores oficiales se sentían más inclinados hacia la “gran familia judicial” a quien por ley constitucional

⁴⁴¹ Martínez, Stella Maris y López Puleio, María Fernanda, óp. cit., p. 109.

⁴⁴² Idem.

debían controlar en su actividad persecutoria y decisoria. El interés individual fue así desplazado, y por ello, se dieron casos espantosos de violación de confidencialidad entre el defensor y el acusado, indolencia, estado de indefensión, abandono virtual de la defensa, presos olvidados que nunca vieron a sus defensores pero defensores que todos los días departían cotidianamente en sus oficinas con los integrantes del “mundillo tribunalicio”.⁴⁴³

No obstante, debemos señalar que, en Costa Rica, la experiencia no ha sido esa, y por el contrario, se les reconoce a los defensores públicos, su carácter combativo y plenamente identificado con sus defendidos, así como su profesionalismo. Aun en los casos que por encontrarse en el mismo circuito judicial, los diversos operadores del sistema jurídico, llegan a tener una relación de cercanía, ésta es hecha a un lado, en la medida que la defensa ejerce sus funciones.

En este sentido, vale citar la autorizada valoración de la jueza costarricense, Jenny Quirós Camacho, quien al opinar sobre la Defensa Pública, indica:

Tenemos una Defensa Pública fuerte, que hace de los debates orales una verdadera discusión equitativa y no una mera apariencia. Y en este momento aprovecho que tengo el poder de la palabra para decir, que sería un gran error histórico debilitar la institucionalidad conseguida, variando a la Defensa Pública que ha funcionado **bien** dentro del Poder Judicial al igual que el MP.

Un analista serio puede comprender lo que significa esto en Costa Rica: La Defensa Pública está ubicada bajo el paraguas más independiente y de mayor credibilidad que existe en el país. Libre de presiones políticas, libre de amenazas de presupuesto, libre de la tentación de desprofesionalizarla para convertirla en un juego de estudiantes practicantes, y sobre todo, libre de la ingerencia de la jerarquía de la Corte en los casos concretos, porque sabemos el respeto supremo con que se manejan las relaciones en ese sentido. De manera que esta discusión, que ha cobrado alguna vigencia reciente, digo yo que no puede desconectarse de la responsabilidad histórica que la patria podría demandarles a quienes se **atreverían** a hacer una cosa así.⁴⁴⁴

⁴⁴³ Harfuch, Andrés. Principios, instrucciones y organización de la Defensa Pública. En Revista Latinoamericana de Política Criminal, Pena y Estado. Ediciones del Instituto, número 5, p. 72.

⁴⁴⁴ Discurso de la doctora Jenny Quirós Camacho, en la presentación del libro “Manual de oralidad para jueces y juezas”. 4:00 p.m, jueves 19 de abril del 2007, Corte Suprema de Justicia.

De esta forma, existe consenso en el sentido de que la Defensa Pública en Costa Rica, cumple su función eficientemente, de manera que podemos concluir que el hecho de encontrarse en el Poder Judicial, no ha afectado para nada, la calidad del servicio que se brinda. Lejos de ello, dentro de la estructura del Poder Judicial, la Defensa Pública costarricense se ha fortalecido.

Ahora bien, continuando con la normativa referente al servicio público que brinda la Defensa Pública, encontramos que en la Ley Orgánica del Poder Judicial, el capítulo II del Título VI, “De los Defensores Públicos y de oficio”, detalla el fin de la Defensa Pública, pues según el artículo 152, la Defensa Pública proveerá un defensor público a todo imputado o prevenido que así lo solicite. También indica que en los procesos agrarios, proveerá un defensor a la parte que así lo solicite:

Artículo 152. La Defensa Pública proveerá defensor público a todo imputado o prevenido que solicite sus servicios. La autoridad que tramite la causa le advertirá que, si se demuestra que tiene solvencia económica, deberá designar un abogado particular o pagar al Poder Judicial los servicios del defensor público, según la fijación que hará el juzgador.

Asimismo, los empleados del Organismo de Investigación Judicial y los demás servidores judiciales tendrán derecho a que se les nombre un defensor público, cuando sean llevados ante los tribunales o la sede disciplinaria, por asuntos directamente relacionados con el ejercicio de sus funciones.

También proveerá defensor, en los procesos agrarios no penales, a la parte que lo solicite y reúna los requisitos que establezca la ley de la materia. **(Así reformado por Ley N° 7728 del 15 de diciembre de 1997).**

Con vista en este artículo, y tomando en cuenta lo preceptuado por el numeral 12 de la Ley General de la Administración Pública⁴⁴⁵, es posible concluir que la Defensa Pública es un servicio público debidamente autorizado, al indicarse expresamente su fin: suministrar defensa técnica a las personas imputadas o prevenidas que así lo soliciten. Así, las personas sometidas a un proceso penal o contravencional, sean mayores o menores de edad, tienen derecho a utilizar el servicio que brinda la Defensa Pública.

El servicio público de Defensa Pública, también se encuentra contemplado en el Código Procesal Penal, cuando en los artículos 13, 82 inc. c), 93 y 104, se preceptúa la participación del defensor público, en los casos donde el imputado no nombre un defensor de su confianza, ya sea por no tenerlo o por no contar con los medios económicos.

⁴⁴⁵ “Artículo 12.-Se considerara autorizado un servicio público cuando se haya indicado el sujeto y el fin del mismo. [...]”

ARTÍCULO 13.- Defensa técnica.

Desde el primer momento de la persecución penal y hasta el fin de la ejecución de la sentencia, el imputado tendrá derecho a la asistencia y defensa técnica letrada. **Para tales efectos, podrá elegir a un defensor de su confianza, pero, de no hacerlo, se le asignará un defensor público.**

El derecho de defensa es irrenunciable.

Se entenderá por primer acto del procedimiento cualquier actuación, judicial o policial, que señale a una persona como posible autor de un hecho punible o participe en él.” (La negrita no es del original)

ARTÍCULO 82.- Derechos del imputado

La policía judicial, el Ministerio Público y los jueces, según corresponda, harán saber al imputado, de manera inmediata y comprensible, que tiene los siguientes derechos: [...]

c) Ser asistido, desde el primer acto del procedimiento, por el defensor que designe él, sus parientes o la agrupación a la que se comunicó su captura y, en defecto de éste, por un defensor público.

ARTÍCULO 93.- Nombramiento de defensor.

Antes de que el imputado declare sobre los hechos, se le requerirá el nombramiento de un abogado, si no lo tiene, para que lo asista y se le informará que puede exigir su presencia y consultar con él todo lo relacionado con su defensa. En ese caso, si no está presente el defensor, se le dará aviso inmediato, por cualquier medio, para que comparezca. De no ser hallado, se fijará una nueva audiencia para el día siguiente, y se procederá a su citación formal.

Si el defensor no comparece o el imputado no lo designa, se le proveerá inmediatamente de un defensor público. (La negrita no corresponde al original).

ARTÍCULO 104.- Renuncia y abandono.

El defensor podrá renunciar al ejercicio de la defensa. En este caso, el tribunal o el Ministerio Público le fijará un plazo para que el imputado nombre otro. **Si no lo nombra, será reemplazado por un defensor público.**

El renunciante no podrá abandonar la defensa mientras su reemplazante no intervenga.

No se podrá renunciar durante las audiencias ni una vez notificado del señalamiento de ellas.

Si el defensor, sin causa justificada, abandona la defensa o deja al imputado sin asistencia técnica, se nombrará uno público

y aquel no podrá ser nombrado nuevamente. La decisión se comunicará al imputado, y se le instruirá sobre su derecho de elegir otro defensor.

Cuando el abandono ocurra antes de iniciarse el juicio, podrá aplazarse su comienzo, por un plazo no mayor de cinco días, si el nuevo defensor lo solicita.” (La negrita no pertenece al original).

Como notamos, en todos estos artículos, se contemplan las circunstancias en donde el servicio de la Defensa Pública, interviene durante el proceso penal, brindándole eso sí, a la persona sometida a este proceso, la opción de acudir a su defensor de confianza, y solo en defecto del nombramiento de este, la participación del defensor público.

Ahora bien, dentro del proceso penal, existe otra parte que tiene derecho a recurrir a los servicios de la Defensa Pública, y este es el demandado civil. De los artículos 120 y 124 del Código Procesal Penal, se desprenden las condiciones en que la defensa pública interviene en relación con esta parte:

ARTÍCULO 120. Efectos de la incomparecencia.

La falta de comparecencia del demandado civil o su inasistencia a los actos, no suspenderá el trámite, que continuará como si el estuviere presente. No obstante, podrá apersonarse en cualquier momento. Si ha sido notificado por edictos, se le nombrará como representante a un defensor público, mientras dure su ausencia.

ARTÍCULO 124. Facultades.

Desde su intervención en el procedimiento, el tercero civilmente demandado gozará de todas las facultades concedidas al imputado para su defensa, en lo concerniente a sus intereses civiles. La intervención como tercero no eximirá del deber de declarar como testigo.

El demandado civil deberá actuar con el patrocinio de un abogado y podrá recurrir contra la sentencia que declare su responsabilidad.

Por lo anterior, debido a que el demandado civil tiene las mismas facultades para su defensa con que cuenta el imputado, se le deberá prevenir de la opción de nombrar un defensor de su confianza, conforme con el numeral 100 del Código Procesal Penal⁴⁴⁶, y en caso de que no lo nombre, según los

⁴⁴⁶ “**ARTÍCULO 100. Derecho de elección.** El imputado tendrá el derecho de elegir como defensor un abogado de su confianza. La intervención del defensor no menoscabará el derecho del imputado a formular solicitudes y observaciones. Cuando no perjudique la eficacia de la defensa técnica, podrá defenderse por sí mismo.” Código Procesal Penal, art. 100.

artículos 13 y 93, se le nombrará un defensor público, pues según señala el artículo 124 in fine, debe actuar con el patrocinio letrado. Veamos que incluso esto opera así, en el supuesto de que haya sido notificado, mediante edictos por motivos de ausencia. Es decir, nuevamente aquí la Defensa realiza una especie de curatela.

En cuanto a la materia de Ejecución Penal, también se contempla la participación de la defensa pública en los numerales 13, (ya citado), 410 y 456 del Código Procesal Penal.

ARTÍCULO 410. Formalidades de interposición

La revisión será interpuesta, por escrito, ante el tribunal de casación penal correspondiente. Contendrá, bajo pena de inadmisibilidad, la concreta referencia de los motivos en que se basa y las disposiciones legales aplicables. Se acompañará, además, la prueba documental que se invoca, indicando, en su caso, el lugar o archivo donde ella está. Asimismo, deberán ofrecerse los elementos de prueba que acreditan la causal de revisión que se invoca. En el escrito inicial, deberá nombrarse a un abogado defensor. **Si no lo hace, el tribunal lo prevendrá, sin perjuicio de nombrar un defensor público en caso de ser necesario.** (La negrita no pertenece al original).

ARTÍCULO 456. Defensa.

La labor del defensor culminará con la sentencia firme, sin perjuicio de que continúe en el ejercicio de la defensa técnica durante la ejecución de la pena. **Asimismo, el condenado podrá nombrar un nuevo defensor, en su defecto, se le nombrará un defensor público.**

El ejercicio de la defensa durante la ejecución penal consistirá en el asesoramiento al condenado, cuando se requiera, para la interposición de las gestiones necesarias en resguardo de sus derechos.

No será deber de la defensa vigilar el cumplimiento de la pena. (La negrita no corresponde al original).

De la misma forma que en el proceso penal, la defensa técnica interviene en la fase de ejecución penal, y al igual que en esa etapa procesal, durante la ejecución se señala la posibilidad del sentenciado de contar con un defensor nombrado por él, y entra la defensa pública a participar solo en defecto de este.

También el artículo 37 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, prevé la posibilidad de la persona menor de edad, (entre los 12 y los 18 años), de acudir al servicio que brinda la Defensa Pública:

ARTICULO 37.- Defensores.

Desde el inicio de la investigación y durante todo el proceso, los menores de edad deberán ser asistidos por defensores y no podrá recibírseles ninguna declaración sin la asistencia de estos.

El acusado o cualquiera de sus padres, tutores o responsables podrán nombrar un defensor particular. **Si no cuentan con recursos económicos, el Estado les brindará un defensor público. Para tal efecto, el Departamento de Defensores Públicos deberá tener una sección o grupo de defensores especializados en la materia**⁴⁴⁷.

En este caso, si bien la redacción del artículo contempla la posibilidad del nombramiento del defensor particular, es ligeramente diferente, pues hace referencia a que el defensor público será nombrado ante la falta de recursos económicos, obviamente de la persona sometida a este proceso o su familia por tratarse de personas menores de edad, para pagar la asistencia técnica privada. Es decir, en este caso, parece que existe una limitante en cuanto al acceso al servicio de la defensa pública, y es el hecho de que la persona no debe contar con medios económicos. En la práctica, se previene a la persona menor de la posibilidad de contar con un defensor privado y si no lo nombra, independientemente de su condición económica, se le nombra el defensor público.

El artículo 152 LOPJ, en el párrafo segundo, también contempla la alternativa del servicio de Defensa Pública, en relación con los servidores judiciales que sean sometidos a procesos ante los tribunales o bien, en sede disciplinaria. Sin embargo, ha habido discusiones y cuestionamientos acerca de la constitucionalidad de esta disposición, en tanto, se estaría creando un privilegio a favor de los servidores judiciales, en relación con el resto de personas, con lo cual se atenta contra el principio de igualdad contenido en el numeral 33 de la Constitución, por lo que es posible que en una reforma a la normativa que regula la Defensa Pública, esta disposición desaparezca⁴⁴⁸.

También, en el párrafo final del artículo 152 citado, se contempla la posibilidad de que, en los procesos agrarios no penales, las partes que reúnan las condiciones que indique la ley de la materia, soliciten el servicio de la Defensa Pública. Así el artículo 25 de la Ley de la Jurisdicción Agraria (dictada en 1982, y reformada en años posteriores), indica que tratándose de personas de escasos recursos económicos, se podrá a petición de la parte, nombrarle un defensor público que lo asista.

⁴⁴⁷ Ley N° 7576 del 6 de febrero de 1996. Ley de Justicia Penal Juvenil. Publicada en La Gaceta, número 82 del 30 de abril de 1996.

⁴⁴⁸ Acta de Corte Plena, Sesión n° 24-2006, Artículo III, p. 13.

Artículo 25. Tratándose de personas de escasos recursos, a juicio del tribunal, contra quienes se establezca cualquiera de las acciones, cuyo conocimiento compete a la jurisdicción agraria, el juez podrá, a solicitud del accionado, delegar la defensa de éste en un miembro del cuerpo de defensores públicos. Análoga medida deberá acordar el tribunal cuando el demandado se encuentre en cualquier otra de las situaciones previstas en el artículo 133 de Ley Orgánica del Poder Judicial. (La negrita no se encuentra en el original).

Nótese que en este caso, al igual que ocurre con materia penal juvenil, el nombramiento del imputado depende de que la persona sea una “persona de escasos recursos económicos”, aunque aquí también ha operado la práctica de que ante la solicitud del defensor público, de manera inmediata se le nombra.

Por otra parte, el fin de brindar asistencia técnica a personas que intervienen en procesos judiciales, aparece contemplado también en otros cuerpos normativos. Así ocurre en la Ley de Pensiones Alimentarias que, en su artículo 13, prevé esta opción:

ARTICULO 13.- Asistencia legal del Estado.

Con el fin de hacer valer los Derechos aquí consignados, quienes carecieren de asistencia legal y de recursos económicos para pagarla, tendrán derecho a que el Estado se la suministre gratuitamente. **Para este efecto, el Poder Judicial creará una sección especializada dentro del Departamento de Defensores Públicos.**

Aun cuando inicialmente, la Defensa Pública asumió la representación de ambas partes en el proceso alimentario, esto generaba una serie de conflictos, pues se debían sostener criterios totalmente disímiles por parte de los defensores públicos que tramitaban la materia, según tuvieran que atender a la parte actora o demandada. El tema se aclaró con la siguiente resolución de la Sala Constitucional, según la cual, se interpretó que el artículo 13 de la Ley de Pensiones, al hacer mención de “[...] *los Derechos aquí consignados* [...]”, se refería a los derechos de contenido netamente sustantivo que contempla dicha normativa; es decir, el reclamo sobre alimentos, y por ende, la parte que debía ser asesorada por la Defensa Pública, sería la parte actora:

El objeto de la Ley de Pensiones Alimentarias que es de naturaleza familiar, fue procurar la asistencia alimenticia y la protección personal y patrimonial de las personas que teniendo necesidad, de una o de otra manera no pueden procurárselas por sí solas. La Ley concede este derecho, basándose en la

idea de un justo principio de solidaridad familiar, por ello, limita este derecho a los grados próximos de parentesco y afinidad: la obligación de prestar alimentos afecta únicamente a los parientes y afines llamados por ley, y de acuerdo con un orden preestablecido. La obligación de suministrar alimentos, es una prestación económica que, guardando la debida relación entre las posibilidades económicas de la persona obligada y las necesidades del alimentario, tiene por finalidad satisfacer el suministro de sustancias nutritivas o comestibles, de atención médica y medicamentos, cubrir las necesidades de vestido, habitación y recreación, tratándose de menores, proporcionar los recursos necesarios a fin de procurar la educación formal o informal con el fin de proporcionar un desarrollo integral como ciudadano y ser humano. La prestación alimentaria no tiene en consecuencia, únicamente es valor patrimonial. Precisamente en razón de ello, no se admite su compensación, ni la cesión del derecho alimenticio; y por consiguiente, tampoco la transacción ni el compromiso sobre ella. Lo discutido en los procesos alimentarios, no es como se indicó una prestación meramente pecuniaria, con un fin de lucro, como si se tratase de cualquier otro proceso civil, sino que si bien es cierto la deuda es monetaria, ésta va dirigida a satisfacer las necesidades de todo ser humano para poder lograr un desarrollo armónico. Nótese que el bien jurídico protegido a través de la imposición de una pensión alimentaria, es la necesidad y condición de dependencia en que se encuentra el acreedor alimentario respecto al obligado. En virtud de lo anterior, es que no puede asemejarse la obligación alimentaria a cualquier otra obligación jurídica, toda vez que en la alimentaria, los poderes familiares de exigir tal prestación, no se atribuyen con el fin de satisfacer un interés meramente personal, sino para subvenir a una necesidad superior de carácter familiar.

El punto medular de estudio, radica en el reclamo que hace el recurrente de la asistencia gratuita por parte del Estado en el proceso alimentario que se sigue en su contra, y de la cual estima tiene derecho de conformidad con el artículo 13 de la Ley de Pensiones Alimentarias, que dice: *“Con el fin de hacer valer los derechos aquí consignados, quienes carecieren de asistencia legal y de recursos económicos pagarla, tendrán derecho a que el Estado se la suministre gratuitamente. Para este efecto, el Poder Judicial creará una sección especializada dentro del Departamento de Defensores Públicos.”* Sin embargo, la Sala estima que la norma de cita no se aplica a su caso concreto, por tratarse el amparado del obligado alimentario. **Como bien fue anteriormente considerado, la ley en cuestión pretende**

que el acreedor alimentario tenga efectivamente acceso a la justicia para poder exigir la pensión alimentaria que será destinada a cubrir sus necesidades, y en ese sentido, cuando el artículo 13 de la Ley de estudio señala que: “ Con el fin de hacer valer los derechos aquí consignados, quienes carecieren de asistencia legal y de recursos económicos para pagarla, tendrán derecho a que el Estado se la suministre gratuitamente”, los beneficiarios de esta asesoría jurídica serán aquellos para los cuales se decretó la ley, entiéndase los acreedores alimentarios, que son los que se presentan ante los estrados judiciales a hacer valer sus derechos, o sea, a exigir la pensión alimentaria que les corresponde por ley para cubrir las necesidades familiares, que como ya se indicó, son deberes que nacen del núcleo familiar, de lazos de parentesco⁴⁴⁹. (La negrita no pertenece al original).

Esta interpretación, en la práctica, ha sido criticada por algunos defensores públicos, en tanto se considera que la Defensa Pública, ha cumplido tradicionalmente una función, en donde se representa a aquellas personas que puedan llegar a estar privadas de libertad, y ya que en materia de pensiones alimentarias, quienes podrían encontrarse en esta situación, son las personas demandadas, consideran que son estos quienes deberían gozar del servicio de la Defensa Pública.

Sin embargo, lo cierto es que la Defensa Pública no puede asumir a ambas partes, pues esto crearía conflictos éticos evidentes, y por ello, la situación debía definirse, lo cual se logró mediante esta resolución. Pero ante estas críticas que son valiosas, pues nos llevan a reflexión, debemos recordar que la Defensa opera como garante de derechos y que, ideológicamente, estos derechos son los del más débil, el más vulnerable.

Por estos motivos, determinar cuál es la parte más vulnerable en materia de pensiones alimentarias, es todo un tema por discutir, pues efectivamente la prisión convierte a cualquier persona sometida a ella, en un ser sumamente vulnerable. Desde otra perspectiva, si tomamos en cuenta el aspecto sustantivo de esta normativa, ¿es más débil el niño o anciano o enfermo o incapaz carente de alimentos (con lo cual peligra su vida), que el adulto a quien por responsabilidad, le cabe brindar esos alimentos, y por diversos motivos, no los brinda? Ciertamente, puede ocurrir que no los brinde por el hecho de carecer de medios económicos, o por estar desempleado o enfermo, o simplemente porque no quiere brindarlos, pero el proceso contempla la posibilidad de defensa que le permitirá hacer sus alegatos en este sentido,

⁴⁴⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res: 2001-06610 de las quince horas con cincuenta y nueve minutos del diez de julio de dos mil uno.

además de que existen otros mecanismos que permiten el acceso a la justicia, en casos como estos, como por ejemplo los consultorios jurídicos.

Además, puede ocurrir que el proceso esté siendo utilizado incorrectamente, en contra de alguien que no debería estar siendo accionado en torno a esta materia, pero ¿cómo saberlo a priori? Recordemos que estamos ante procesos humanos, susceptibles de errores y, por esto mismo, sujetos a mejoras, logros perfectibles, pero que nunca alcanzarán la condición de perfectos, pues no es posible, en relación con seres humanos, pretender contemplar todas las situaciones posibles de un conflicto. Evidentemente, el tema es complejo y difícilmente podrá tener una solución simple que satisfaga a todos los involucrados. De momento, lo aquí descrito es la realidad normativa y jurisprudencial sobre el tema.

Otra competencia que se ha otorgado a la Defensa Pública, es la contenida en el artículo 153 del Código de Notariado, según la cual los defensores públicos participarán como curadores de los notarios ausentes⁴⁵⁰.

ARTÍCULO 153. Traslado y notificación

Sobre la denuncia y demanda, en su caso, el órgano competente dará un traslado por ocho días al notario. Dentro de ese lapso el notario deberá referirse a los hechos investigados y ofrecer las pruebas que estime de su interés.

Si el proceso se tramitare en un órgano jurisdiccional, en la misma resolución se tendrá como parte al Director Nacional de Notariado, quien dentro del mismo lapso podrá ofrecer las pruebas que considere pertinentes.

Para efectos de la notificación del traslado y notificaciones posteriores, se estará a lo previsto para los procesos civiles.

En los casos de ausencia del notario sin apoderado inscrito, la notificación se realizará por medio de un edicto que se publicará en el Boletín Judicial y el proceso seguirá con un defensor público.

En cuanto a la materia civil, la Defensa Pública también interviene en los procesos judiciales civiles; pero esta participación se presenta únicamente en aquellos casos en que: i- intervengan consultorios jurídicos -supuesto en que se considera que participan personas carentes de recursos económicos-; ii- sea necesario nombrar un curador procesal ante la ausencia de la parte y iii- una vez agotada la lista de posibles curadores, contemplada en el actual numeral 68 del Código Civil (antiguo artículo 50). Esto se presenta de

⁴⁵⁰ “Normas y Directrices que regulan las competencias de la Defensa Pública”. Documento elaborado por los licenciados William Barquero Bogantes y Alejandro Rojas Aguilar. En video de la Defensa Pública.

conformidad con el numeral 3 de la Ley de Consultorios Jurídicos N° 4775 del 7 de junio de 1971, reformada por Ley N° 6369 del 5 de setiembre de 1979 y el numeral 68 del Código Civil. Dichos artículos indican:

ARTÍCULO 3. Cuando en algún juicio atendido por los consultorios jurídicos hubiere que designar un Curador ad litem, a falta de alguna de las personas a que se refiere el artículo 50 del Código Civil, la elección la hará el Juez en un defensor público, igual regla se seguirá cuando hubiese que nombrar juez ejecutor para realizar alguna diligencia judicial. El designado no podrá cobrar honorarios, el cargo es obligatorio y estará sujeto a las obligaciones que le fija la Ley de Defensores Públicos.

ARTÍCULO 68. En la elección del curador se dará preferencia:

1°- Al cónyuge presente, siempre que no esté separado de hecho o de derecho;

2°- A los herederos presuntivos;

3°- A los que mayor interés tengan en la conservación de los bienes.

A falta de las anteriores personas el Juez designará curador.

(Así reformado por Ley No. 5476 de 21 de diciembre de 1973, artículo 2°.

Por Ley N° 7020 de 6 de enero de 1986, artículo 2).

Notamos aquí cómo la Defensa Pública interviene para representar a este sujeto ante su ausencia en el proceso. Parece que la lógica de esta participación deriva del hecho de que el proceso se está tramitando con el apoyo de consultorios jurídicos, lo cual evidencia que las partes intervinientes carecen de medios económicos para una defensa particular. No obstante, al igual que cualquier persona que tiene un conflicto planteado ante la vía judicial, requiere que el proceso sea resuelto, y ante la ausencia de la parte y los curadores procesales que, por motivos de cercanía les hubiera correspondido, se deposita esta responsabilidad en un defensor público, a fin de que el proceso continúe.

Como podemos notar, el servicio de la defensa pública se encuentra contemplado en diversos cuerpos normativos que señalan el fin de este servicio y, por ello, de conformidad con el artículo 12 de la Ley General de la Administración Pública⁴⁵¹, en todos estos se encuentra autorizado.

Ahora bien, resulta importante distinguir el servicio que la Defensa Pública brinda de la asesoría, representación o asistencia jurídica gratuita.

⁴⁵¹ “Artículo 12. Se considerara autorizado un servicio público cuando se haya indicado el sujeto y el fin del mismo [...]”. Art. 12 Ley General de Administración Pública.

Esta aparece contemplada en el artículo 114 inc. a) del Código de la Niñez y la Adolescencia y en el artículo 7 del Código de Familia, los cuales transcribimos a continuación:

ARTÍCULO 114°. Garantías en los procesos. En los procesos y procedimientos en que se discutan los derechos de personas menores de edad, el Estado les garantizará:

a) **Gratuidad:** el Estado proporcionará a toda persona menor de edad la defensa técnica y la representación judicial gratuita.

ARTICULO 7°. Para hacer valer los derechos consignados en este Código, quienes carecieren de asistencia legal y de recursos económicos para pagarla, tienen derecho a que el Estado se la suministre conforme a la ley.

Como vemos, en ninguno de estos artículos, se menciona que la Defensa Pública es la encargada de brindar la asistencia legal o representación judicial gratuita. Por lo tanto, en aplicación del principio de Legalidad contemplado en el numeral 11 de la Constitución Política⁴⁵², este servicio no es competencia de la Defensa Pública. Lo anterior no quiere decir que se esté denegando el derecho a la inviolabilidad de la defensa o defensa técnica eficiente en materia de niñez y adolescencia, o bien en materia de familia, sino que en estas materias, la asistencia legal o representación judicial gratuita, deberá brindarse mediante los mecanismos legales e institucionales que se generen, los cuales no necesariamente son los servicios de la defensa pública⁴⁵³.

La Defensa Pública, como servicio público, suple una necesidad fundamental de un sector importante de la población: el contar con defensa técnica eficiente, que le auxilie y colabore en un conflicto planteado a nivel judicial. Es una forma real en donde la democracia se fortalece, pues el acceso a la justicia de toda la población, se garantiza mediante esta institución, y en particular el acceso a la justicia de sectores social y económicamente vulnerables.

⁴⁵² “Artículo 11. Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. **Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella.** Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal por sus actos es pública. La Administración Pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes. La ley señalará los medios para que este control de resultados y rendición de cuentas opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas. *(Así reformado por Ley N° 8003 del 8 de junio del 2000)*”. (La negrita no es del original).

⁴⁵³ Sobre el tema de los límites del derecho fundamental de defensa pública, véase, pp. 251-252.

Por consiguiente, la Defensa Pública debe cada día asumir su papel con la responsabilidad que la ha caracterizado; pero también, debe ser consciente de las luchas que debe dar para brindar el servicio de calidad que merecen sus usuarios. En este sentido, aspectos organizativos, estructurales y presupuestarios no deben ser descuidados, pues estos generan la infraestructura necesaria para la prestación del servicio. Sin embargo, el punto medular de la institución, debe ser siempre la comprensión por parte de aquellos que laboran en la Defensa Pública de la solidaridad y humanidad hacia sus usuarios, quienes en razón de su dignidad, merecen no solo un servicio excelente en lo técnico, sino también respetuoso y sensible en los aspectos de comunicación y coordinación con el usuario.

3.3.2 Características y principios del servicio de Defensa Pública

Ahora bien, el servicio de Defensa Pública goza de las **características** propias de todo servicio público, las cuales detallamos a continuación:

- ❖ **Continuidad**: Recordemos que se refiere al hecho de que la necesidad debe ser satisfecha de manera oportuna⁴⁵⁴. En el caso de la defensa pública, el servicio se presta de manera ininterrumpida, pues aparte del horario diurno, la defensa pública cuenta con defensa de turno, así como defensores disponibles que brindan el servicio en situaciones de emergencia.
- ❖ **Regularidad**: Conforme al estudio realizado, la regularidad se refiere a que el servicio se debe brindar siguiendo reglas, normas y condiciones que se hayan fijado para su adecuado funcionamiento⁴⁵⁵. En el caso de la Defensa Pública, aparte de la normativa legal que rige cada materia e indica cómo debe ejercerse el derecho de defensa en cada caso, dentro de la institución existe una serie de directrices que se han girado para su funcionamiento adecuado sobre diversos aspectos: atención al público, roles de distribución del trabajo, visitas carcelarias, informes, etc., con las que se ha pretendido (y logrado) regularizar el servicio.
- ❖ **Uniformidad**: Tal y como estudiamos anteriormente⁴⁵⁶, tiene fundamento en el principio de igualdad ante la ley, e implica que el servicio se presta en igualdad de condiciones, aun entre las diversas categorías de usuarios. En el caso de la Defensa Pública, sus usuarios, en razón de las directrices que fueron giradas oportunamente, reciben el servicio de la defensa pública, en igualdad de condiciones, dentro de la categoría en que se encuentran ubicados en razón de la materia por la que están solicitando el servicio.

⁴⁵⁴ Véase, p. 209

⁴⁵⁵ Véase, p. 209.

⁴⁵⁶ Véase, p. 209.

- ❖ Generalidad: Todas las personas tienen derecho a hacer uso del servicio según las regulaciones existentes, por lo que el servicio se brinda a todos los que lo solicitan, y la única excepción posible, sería la existencia de una justa causa⁴⁵⁷. Las personas que requieren el servicio de defensa pública, son atendidas en la institución sin discriminación alguna, de conformidad con la normativa constitucional y legal.
- ❖ Obligatoriedad: Al existir la obligación de quien presta el servicio, de brindarlo cuando le sea solicitado por cualquier usuario, no resulta factible elegir al destinatario del servicio, y si no se brinda el servicio, se incurre en una falta grave⁴⁵⁸. Así, el servicio de la Defensa Pública se brinda cada vez que un usuario, lo requiere. En caso de que no se brinde, puede dar lugar a consecuencias a nivel jurídico, como por ejemplo la interposición de un recurso de amparo en contra de la institución.
- ❖ Adaptabilidad: Según esta característica, la regulación acerca de la prestación del servicio puede cambiar, a fin de lograr mejoras o aumentar la eficiencia⁴⁵⁹. En la realidad, la Defensa Pública ha debido realizar cambios y ajustes, desde todo punto de vista: estructurales, organizativos, etc., para enfrentar nuevas situaciones generadas por cambios a nivel legislativo o de competencia, por ello, se ha caracterizado por su flexibilidad para adaptarse al cambio.
- ❖ Calidad y eficiencia del servicio: Como recordaremos, esta característica hace referencia al hecho de que el servicio que se presta, debe ser un servicio público de calidad y de excelencia, además de ser eficiente⁴⁶⁰. La Defensa Pública ha logrado mantener ambos aspectos, mediante la reorganización constante de sus recursos, así como la capacitación de sus funcionarios en todas las áreas que sean de interés para la institución. En todo caso, las directrices y regulaciones dictadas han buscado mejorar ambos aspectos.
- ❖ Permanencia: El servicio de Defensa Pública se ha prestado desde 1967 en nuestro país, en respuesta a la necesidad de las personas sometidas a un proceso judicial de contar con asesoría técnica necesaria para ejercer su defensa, y desde ese momento hasta la fecha, ha operado de manera ininterrumpida⁴⁶¹.

⁴⁵⁷ Véase, pp. 209.

⁴⁵⁸ Véase, p. 210.

⁴⁵⁹ Véase, p. 210.

⁴⁶⁰ Véase, p. 210.

⁴⁶¹ Véase, p. 210.

- ❖ **Gratuidad:** El servicio de Defensa Pública se brinda de manera gratuita, excepto en los casos en que se determine que el usuario cuenta con medios suficientes para retribuir el servicio supuesto, en donde se deben cobrar los honorarios, pero este cobro de honorarios no se realiza con ánimo de lucro⁴⁶².

En cuanto a **los principios** que sustentan la Defensa Pública, consideramos que su principio rector debe ser el **“Compromiso de la Defensa Pública con el caso del usuario”**, entendido como el compromiso irrestricto hacia la defensa técnica de la persona a quien representamos, dentro de los límites de la ética y la legalidad.

Esto quiere decir que todas las decisiones y acciones que se tomen, tanto a nivel institucional por la jerarquía de la Defensa Pública, como a nivel individual por parte de cada defensor en el caso concreto que le ha sido asignado, deben ser planeadas, ejecutadas, evaluadas y corregidas, con vista en el buen servicio público hacia la persona que acude a la institución, tomando en cuenta sus necesidades e intereses.

Si los defensores públicos y la institución de la Defensa Pública, se rigen por este norte, el servicio que brindemos se ajustará a los valores democráticos del sistema, y fortalecerá cada vez más el régimen de libertades y garantías, para beneficio de todas las personas. Recordemos en cuanto a este tema, la visión de lo que es la defensa técnica que examinamos, cuando analizamos la defensa pública como garantía del derecho de defensa técnica efectiva.⁴⁶³

Otro principio que debe regir la Defensa es el **“Principio de independencia técnico-institucional”**, el cual quiere decir que la Defensa Pública, sea que esté adscrita a otra institución como ocurre en Costa Rica, en relación con el Poder Judicial, o bien que opere como un órgano-persona, goza de total independencia a nivel técnico de manera que no recibe directrices en este sentido de ningún tipo. En Costa Rica, este principio se encuentra contemplado en el artículo 150 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el cual indica:

“ARTICULO 150.- La Defensa Pública es un órgano dependiente del Consejo Superior, pero únicamente en lo administrativo; no así en lo técnico profesional. Estará a cargo de un jefe y tendrá la organización que la Corte disponga.” (La negrita no se presenta en el original).

⁴⁶² Véase, p. 211.

⁴⁶³ Véase, pp. 232-244.

Este principio resulta sumamente valioso, pues garantiza que la Defensa Pública no responderá a intereses ni presiones de ningún tipo (políticos, gubernamentales, militares, partidistas, etc.), lo que le permitirá cumplir a cabalidad con el principio rector recién enunciado ***“Compromiso de la defensa pública con el caso del usuario”***.

Por otra parte, otro principio que debe aplicarse al servicio de la Defensa Pública, es el ***“Principio de Continuidad de la Defensa Técnica”***, entendido como continuidad en la identidad del defensor técnico, salvo situaciones excepcionales. Conforme a este principio, el defensor público al que se le asigna la defensa técnica de un usuario en un caso concreto, es quien debe participar acompañando y asesorando al usuario a lo largo de ese proceso.⁴⁶⁴ Ciertamente, el cumplimiento de este principio, puede generar dificultades al momento de su aplicación, si tomamos en cuenta aspectos como las ausencias temporales que puede tener un funcionario público, en razón de múltiples circunstancias: incapacidades por enfermedad, vacaciones, permisos por situaciones personales, capacitaciones, etc. Pero lo cierto es que cada una de estas circunstancias deberán ser analizadas cuidadosamente para que sin afectar los derechos fundamentales del propio defensor público que, obviamente también tiene derecho al descanso, a la salud o a atender sus vínculos familiares, se garantice el buen servicio público, mediante la continuidad de la defensa técnica.

Este principio de alguna manera se contrapone con el principio de Indivisibilidad y Unidad que sí opera en el Ministerio Público. Indica Harfuch el significado del principio de Indivisibilidad y Unidad:

Según este principio, se afirma que el ministerio público es único e indivisible: todo funcionario que actúe en un procedimiento, lo representa íntegramente. Sus recursos humanos son fungibles, pueden actuar en diferentes instancias cumpliendo roles diversos, pero deben responder de manera uniforme a idénticos objetivos, en una misma dirección y evitando que la decisión personal pueda afectar los objetivos globales.⁴⁶⁵

⁴⁶⁴ Recientemente la Sala Constitucional resolvió mediante el voto **2955-07**, un amparo que tiene que ver con el tema. En la resolución se ordena a la dirección de la Defensa Pública: “...disponer lo necesario para que en las etapas subsiguientes del proceso penal que se sigue contra la amparada sea un mismo profesional en Derecho quien se entreviste con ella, prepare las gestiones pertinentes y, sobre todo, la represente en el juicio oral y público, en caso de que este se celebre, salvo que, ocasionalmente y por razones excepcionales, tal identidad sea imposible de cumplir.”

⁴⁶⁵ Harfuch, óp. cit., p. 78.

Por lo tanto, desde la perspectiva del Ministerio Público, es indiferente si es un fiscal u otro el que actúa en un caso concreto, pues ambos son representantes del Ministerio Público, y este es en última instancia quien es responsable de la tramitación de la causa.

En contraste con este principio, en la Defensa Pública la relación personal que se crea entre el defensor y su representado, no permite que se parta del supuesto que para el usuario es lo mismo, un defensor que otro, o que las decisiones se deben ajustar a los objetivos globales de la institución, pues más bien dependen del caso concreto y del usuario, conforme lo explicamos en el principio relativo al compromiso de la Defensa Pública con el caso del usuario⁴⁶⁶. Por ello, reiteramos que necesariamente opera el principio de continuidad de la defensa técnica, el cual conlleva la identidad del defensor técnico.

Otro principio de la Defensa Pública, es el de *“Independencia en el ejercicio de la Defensa Técnica”*, el cual opera a nivel institucional. Conforme con este principio, el defensor público puede fijar la estrategia de defensa según su leal saber y entender y de acuerdo con los intereses de su representado, sin tener obligación de sujetarse a órdenes de la jerarquía de la institución. Aclaramos que esto no quiere decir que el defensor no esté sujeto a la supervisión de su trabajo técnico. Sin embargo, esta supervisión se realiza respetando los criterios técnicos de cada profesional, de manera que la supervisión se hace verificando más bien que las decisiones que se tomen por la defensa técnica, no perjudiquen al usuario, o que el profesional no haya sido negligente en el trámite del proceso, pero la decisión y puesta en práctica de su estrategia, son de resorte exclusivo del defensor.

En cuanto a este principio, es importante aclarar que se indica que opera a nivel institucional, pues aun cuando lo ideal es que la defensa técnica se encuentre coordinada con la defensa material y, en la mayoría de los casos, esto se logra. En el supuesto de que no suceda así, el defensor público puede tomar decisiones de manera independiente, siempre y cuando no contravenga expresamente el deseo del usuario.

Ahora bien, si existe una voluntad expresa de su representado en el sentido de que determinada gestión o acción no se realice, entonces el defensor no puede ir en contra de esta decisión de la defensa material, pues esta prevalece. En igual sentido, encontramos la posición de López Puleio, quien indica que

El ejercicio ‘dual’ y concurrencia de dos sujetos procesales diversos en la defensa de uno de ellos, puede alcanzar niveles de

⁴⁶⁶ En igual sentido, Harfuch, óp. cit., p. 78.

conflictividad, y hasta es natural que ello ocurra; pero no puede perderse de vista la independencia técnica que tiene el defensor para intervenir autónomamente en el proceso, aunque esta independencia sea más limitada frente a su propio defendido, porque es éste el titular del derecho.

En otras palabras, la especial relación de confianza que une al imputado con su defensor no puede hacer perder de vista que el abogado actúa en virtud de sus conocimientos y responsabilidad profesional, y por ello, posee idoneidad para llevar a cabo la estrategia defensiva que más favorezca la posición de su defendido. Pero el defensor se ‘debe’ al imputado, y en el marco de respeto a la ley que le impone su profesión, interviene autónomamente en el procedimiento de la manera más beneficiosa para los intereses del mismo, que es el destinatario de los efectos de su actividad, no pudiendo ‘desconectarse’ ni de las solicitudes, ni de las indicaciones de aquel.⁴⁶⁷

Por consiguiente, aun cuando el experto en la materia sea el defensor, y le pueda recomendar a su representado, determinada acción dentro del proceso por considerar que es la que más le favorece, pero la misma no podrá realizarse si el defendido manifiesta su total oposición a ella.

Para aclarar lo aquí expuesto, veamos el siguiente ejemplo: el defensor analiza la sentencia condenatoria y determina la existencia de un vicio que permite la presentación de un recurso de casación. Si el imputado rechaza la posibilidad de que se plantee la gestión, el defensor debe sujetarse a su voluntad.⁴⁶⁸ Ahora bien, si el representado no es habido y no conocemos su voluntad al respecto, el defensor debe actuar de la manera que más favorezca a su representado de forma tal, que si el defensor considera una acción o gestión estratégicamente conveniente debe plantearla. Si posteriormente, el usuario decide renunciar a la gestión presentada por el defensor, podrá hacerlo.

Este último ejemplo se aplica sobre todo a las materias relacionados con lo penal (penal de adultos, penal juvenil, ejecución de la pena), pues por tratarse de la materia más gravosa, aquella en que está en juego la libertad del sujeto, resulta más evidente que las decisiones que debería tomar el defensor, en relación con el proceso de su representado. Además, el defensor interviene bien ante la solicitud expresa del usuario, o bien ante la solicitud del órgano jurisdiccional, cuando la persona sometida al proceso se muestre renuente

⁴⁶⁷ López Puleio, María Fernanda, “Justicia Penal y Defensa Pública, la deuda pendiente”. En: Revista Latinoamericana de Política Criminal. Pena y Estado. Buenos Aires: Ediciones del Instituto, setiembre del 2002, número 5, p. 34.

⁴⁶⁸ En un caso como este, el defensor público, para resguardar su responsabilidad profesional ante cualquier posible reclamo del usuario por no presentar el recurso en cuestión, debe dejar constancia por escrito, suscrita por usuario, en donde este indique su voluntad.

a nombrar un defensor de su confianza o solicitar uno público. En estas circunstancias, el defensor público queda nombrado dentro del proceso para todos los efectos como defensor, con un margen de acción amplio, el cual solo es limitado en cuanto a la voluntad de la defensa material, como se explicó en el párrafo anterior.

Sin embargo, es importante aclarar que no sucede necesariamente así en las otras materias, competencia de la defensa. Así por ejemplo, en materia agraria, para que el defensor pueda realizar su labor con un mayor grado de independencia, se acostumbra que el usuario brinde al defensor, un poder después de haber mantenido una conversación detallada sobre el asunto.

En pensiones alimentarias, el defensor solo puede gestionar conjuntamente con la persona que utiliza el servicio de defensa pública, por lo que resulta ser una materia donde la comunicación y coordinación entre el defensor público y el usuario, deben ser constantes y fluidas, pues el defensor público ni con un poder podría actuar, ya que al tratarse de una materia donde los vínculos familiares y de pareja estuvieron y están presentes, y al ser la naturaleza humana tan compleja, difícilmente podría el defensor tener certeza de cuál es la decisión que el usuario desea tomar, en cada una de las gestiones que se deban realizar.

Por lo anterior, en caso de actuar aun con poder, con suma facilidad, el defensor apoderado podría tomar decisiones que, dentro de la lógica de lo conversado con su representado, son correctas, pero que por la variación de las circunstancias reales del caso de las que no haya sido informado, pueden estar operando, y esto no solo perjudicaría a la parte, sino que crearía roces constantes con su defensor.

En los casos de curatela, precisamente por la naturaleza de este servicio, el defensor público debe actuar de manera independiente, tratando de respetar los posibles intereses del ausente. Sin embargo, esta función resulta sumamente complicada, pues ni siquiera conoce a las personas que representa.

Resulta necesario aclarar que, aun cuando la dirección de la defensa pública en apoyo con defensores especialistas de cada una de las materias que son de su competencia, genera directrices de carácter técnico, estas directrices normalmente contienen la advertencia de que su procedencia deberá ser valorada por cada defensor público en cada concreto, precisamente por la naturaleza del principio de “Independencia en el ejercicio de la defensa técnica”.

Esta independencia de que goza el defensor público en su ejercicio profesional, a su vez genera un principio de **“Responsabilidad Profesional”**,

en tanto el defensor público, al definir de manera independiente la estrategia de defensa, resulta responsable de los consejos técnicos que brinde a su defendido y de las consecuencias previsibles de estos, así como de su actuar o no actuar negligente.

De esta manera, su responsabilidad profesional es enorme: recordemos que un mal consejo técnico puede generar que una persona sea expuesta a un proceso penal; sea sometida a prisión preventiva; acusada de la comisión de un delito, y sancionada penalmente, pudiendo ir a la cárcel.

Por el contrario, una buena asesoría técnica puede llevar a que una causa sea desestimada o sobreseída, a que un proceso culmine con una absolutoria, o bien que a una persona sancionada por la comisión de un delito, se le imponga una pena mínima, e incluso, un beneficio que le favorezca o bien, penas alternativas menos gravosas (por ejemplo: multa). Y es también importante recordar que cuando una persona es sometida a un proceso penal, el estigma de este no solo es el más gravoso que pueda haber socialmente, sino que rebasa a la persona directamente sometida al proceso, y alcanza a su familia y allegados, y este estigma opera casi como una marca indeleble, en la mayoría de los casos, sin limitación temporal.⁴⁶⁹

Para una persona que pretenda ser una buena defensora o defensor público en el sentido más puro de la acepción, esta circunstancia debe bastar para que ejerza la defensa técnica con todo su empeño y dedicación, pues debería ser consciente del daño irreparable que un proceso penal genera en las personas involucradas directa o indirectamente en él.

En igual sentido, ocurre con el resto de materias competencia de la defensa: en materia de pensiones alimentarias, el hecho de que niños, ancianos, incapaces o enfermos no reciban sus alimentos con el eventual peligro de inanición y muerte que esto conlleva, o que en agrario, un campesino pierda su parcela, con la cual generaba los alimentos e ingresos necesarios para que él y los suyos, subsistieran, resultan aspectos igualmente delicados.

Igual ocurre cuando un padre ha sido incorrectamente declarado ausente en un proceso de abandono de menores, y pierde la patria potestad de sus hijos y estos son dados en adopción, porque el curador asignado no realizó las gestiones pertinentes y prudentes para que fuera localizado. Estas situaciones revisten un nivel de gravedad máximo y resultan sumamente dolorosas. Por ello, este es un tema delicado y de vital importancia, del cual

⁴⁶⁹ Sandoval Huertas, Emiro. *Penología. Parte general y especial*. S.l., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, s.f., pp. 422-423. En: *Antología del curso Derecho Penitenciario*. Maestría de Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, primer semestre, 2004.

nunca se hablará bastante, dado el impacto negativo que una asesoría técnica negligente tiene en los involucrados.

Por estos motivos, quienes ejerzan la defensa pública deben ser sumamente celosos de realizar su labor con el mayor de los cuidados. Vale aquí recordar el comentario de Ureña Salazar que citamos páginas atrás, sobre la forma en que se debe realizar la función por parte de quienes laboran en la Defensa Pública: la idea “[...] *es tratar a los demás como nos gustaría que nos trataran*”⁴⁷⁰.

Pero además, si estos ejemplo tan claros del impacto de una defensa negligente, no bastaran para comprender la importancia de la función de la defensa pública realizada en forma eficiente, (en cuyo caso, la persona no tendría ni la sensibilidad ni la conciencia necesarias para ser defensor, y menos defensor público), debemos recordar que, en razón de este principio de responsabilidad profesional, el sujeto afectado por una mala práctica de la defensa técnica o por su negligencia, perfectamente podría establecer un reclamo legal, en torno a los daños y perjuicios que la defensa negligente le haya generado, el cual podría ser planteado contra el Estado, y subsidiaria o solidariamente, contra el defensor público.

Ahora bien, existen algunos aspectos en torno a la forma en que se debe brindar el servicio de la Defensa Pública, que más que características del servicio, o principios de la institución, hacen referencia a aspectos éticos de la función del defensor público. A ellos nos referiremos en el siguiente apartado.

3.3.3. La ética en el ejercicio de la función de Defensor Público

Los seres humanos tenemos la capacidad de realizar conductas que pueden ser valoradas positiva o negativamente, en los distintos ámbitos de nuestra vida (personal, académica, profesional, etc). El estudio de estas conductas en todos esos ámbitos, se denomina moral. Pero el estudio de las conductas realizadas en el ámbito profesional, se denomina ética.⁴⁷¹

Respecto a la ética se ha expresado que

La ética es una noción más amplia que la deontología, pues abarca el comportamiento profesional en su globalidad, en lo cotidiano, en todos los actos profesionales. Va mas allá de las nociones de prohibición.

⁴⁷⁰ Véase, p. 255, cita 435.

⁴⁷¹ Lacoste, Gachouche. “Ética Judicial”. En: “Memoria del Seminario de “Ética Judicial”, San José, Mundo Gráfico de San José, S.A., 1996, p. 25.

La vía ética remite a una noción de responsabilidad respecto a valores inherentes a la identidad profesional.⁴⁷²

Ahora bien, de esta cita podemos concluir que la diferencia entre la ética y la deontología, es que esta última hace referencia a las normas que regulan el aspecto disciplinario del ejercicio profesional, por lo que resulta mucho más limitada de lo que es ética.

Pero de la anterior cita, se debe destacar la idea final de que la ética tiene que ver con la responsabilidad respecto a valores propios de la profesión que se ejerce diariamente. Esta noción de responsabilidad y ejercicio de la profesión, nos remite a dos aspectos fundamentales: i-la responsabilidad en el sentido de realizar nuestra labor de la mejor manera, y ii- el ejercicio de la profesión, en su sentido práctico. De ambos aspectos, podemos concluir que la ética hace referencia a la labor que día a día realiza la persona con vista a la excelencia. En este sentido, vale la pena citar la perspectiva de Vigo sobre el tema, quien señaló que la Ética es el “*Compromiso interno con la excelencia*”⁴⁷³.

Por lo tanto, la ética implica el convencimiento de realizar la función que nos corresponde diariamente, buscando la excelencia en cada uno de los actos propios de esa labor.

Llegado a este punto, debemos preguntarnos, ¿en nuestro país existe una ética judicial relativa a todos los servidores judiciales, o bien existe una ética referente a la función que cada uno desempeña?

Según mi criterio, existe una ética judicial referente a todos los servidores judiciales, profesionales (en cualquier área) o no profesionales, la cual reúne los deberes básicos de todo funcionario público, tales como: honradez, respeto, puntualidad, eficiencia, discreción, entre otros, aplicando todas estas características con vista a la función que realiza el Poder Judicial. En este sentido, todos los funcionarios judiciales, sean escribientes, notificadores, informáticos, jueces, conserjes, etc., deben ser respetuosos con los usuarios y con los compañeros de trabajo; deben cumplir su horario de trabajo; deben cuidar los bienes públicos que estén a su cargo y alcance, etc. Pero también deben ser reservados en relación con aquellos aspectos propios de la función de Administración de Justicia en los que entren en conocimiento.

Por estos motivos, considero que el Estatuto de la Justicia y derechos de las personas usuarias del Sistema Judicial, cuando a partir del artículo 54,

⁴⁷² Ibídem, p. 26.

⁴⁷³ Conferencia dictada por el doctor Rodolfo Vigo, el lunes 26 de marzo, a las 4 de la tarde en el Salón de Ex Presidentes de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, sobre “Los desafíos éticos de los sistemas judiciales”.

hace referencia a la ética judicial, más bien contempla la ética de los jueces entendida esta como una ética específica de los jueces, que no necesariamente aplica al resto de funcionarios judiciales por la exclusiva función que cada funcionario desempeña, así como ocurre con una labor tan particular, como la labor jurisdiccional.

De la misma manera que existe una ética específica de los jueces, también existe la ética de los fiscales y otra de los defensores públicos. Esta última resulta aún más particular, pues se refiere a la ética de los funcionarios públicos que no se ven sujetos a principios, como la objetividad o la transparencia en sus acciones. ¿Por qué decimos que no se ven sujetos a la objetividad o a la transparencia?

Pues porque en su función primordial de defensa técnica, su compromiso básico es con su defendido, debiendo actuar siempre con vista en sus intereses pero, por supuesto, dentro de la legalidad. Por otra parte, se encuentran sujetos al secreto profesional, por lo que sus actuaciones dentro de la defensa técnica no deben ser reveladas a otros de manera que no pueden ser consideradas transparentes, si entendemos la transparencia como la obligación de brindar información a cualquiera de las partes con interés en un proceso. El defensor debe ser transparente hacia su representado. También, en las actuaciones que deba realizar que no conlleven la violación al secreto profesional y deber de lealtad en el ejercicio de la defensa técnica en casos particulares. Pero en lo que tenga que ver con las defensas técnicas que le han sido asignadas, se encuentra cubierto por el secreto profesional.

En resumen, el defensor público solo está sujeto a la transparencia en la medida que no afecte el ejercicio de la defensa técnica que realizamos en casos concretos. Por supuesto, dentro de una perspectiva meramente administrativa-institucional, los principios de objetividad y transparencia, si operan en la Defensa Pública, por ejemplo, en los procesos de selección o capacitación.

Ambas circunstancias hacen que la conducta del defensor público, en muchas ocasiones, sea cuestionada o tildada de antiética. En esto tiene que ver el hecho de que la población, en general, considera que al ser el defensor público costado por el Estado, su compromiso es con la administración de justicia, y por ello, deben colaborar con esta. Este concepto tal y como comentamos con anterioridad, resulta totalmente erróneo, pues su compromiso es y debe ser con su defendido.

Incluso, un planteamiento como este, implicaría que mientras la defensa privada puede aplicar cualquier estrategia que convenga a los intereses de su representado, el defensor público debería limitar las suyas para dar lugar a que el derecho de defensa y, en particular, la inviolabilidad de la defensa,

se escindieran en dos clases: la defensa técnica ejercida por el particular en que el derecho de defensa se ejercería a plenitud, sin limitantes, y por ello, a tono con el contenido constitucional de este; y la de la defensa pública sujeta a las restricciones de estar sometida a lo que conviene a la Administración de Justicia, por lo que sería una defensa técnica completamente disminuida y, por ende, incompatible con el sentido de la norma constitucional.

Por supuesto que en una sociedad democrática en donde uno de sus valores fundamentales es la igualdad y no la igualdad formal, sino la sustantiva, un razonamiento como este resulta totalmente inadmisibles. Por ello, la defensa pública lucha en su labor diaria, para que en cada caso que le ha sido confiado, opere una defensa plena, acorde con los principios constitucionales del debido proceso y derecho de defensa, de manera que su compromiso es con su representado, quien acude a ella, esperando obtener un servicio de calidad, pero sobre todo, esperando gozar de su derecho a la defensa técnica eficiente, mediante la defensa pública.

Pero ¿cómo se lleva a la práctica este compromiso con el usuario por parte del defensor público? ¿Cuál es la extensión de ese compromiso, o en sentido inverso, cuáles son los límites de la actuación de un defensor público, a favor de su representado? A mi criterio, el límite del defensor público en el ejercicio de su función, se encuentra en la legalidad, pues jamás el defensor debe traspasarla, y debe tenerla como un muro infranqueable que le permitirá ejercer su labor, sin caer en conductas reprochables. Al respecto de este tema, coincido con la tesis planteada por Harfuch, cuando refiriéndose a la estrategia de defensa, indica:

Así como puede hacerlo el inculcado, también su defensor es libre de elegir la estrategia de defensa técnica. Su límite no son las normas morales, sino el código penal.⁴⁷⁴

Asimismo, no debe el defensor incurrir en la comisión de un delito en el ejercicio de su labor, pues esto atenta no solo contra el régimen democrático del cual su función es un baluarte, sino que también le resta credibilidad en su labor profesional.

Dicho de esta manera, la respuesta brindada parece sencilla, pero la realidad es que en la práctica, se presentan múltiples situaciones en donde el defensor debe ponderar las posibles acciones y tomar aquella que más favorezca a su representado, sin afectar la legalidad. Este análisis, por lo general, no resulta fácil ni evidente, sino que requiere no emplear conocimientos técnicos, sustantivos y procedimentales, sino también debe apoyarse en la prudencia y la experiencia.

⁴⁷⁴ Harfuch, *op. cit.*, p. 75.

En relación con esta última, resulta valioso escuchar a compañeros defensores con mayor práctica profesional, quienes podrían tener aportes o consejos que brindar para situaciones concretas similares a las que tengamos que resolver. El medio cómo se resolvieron esas situaciones límites en el ejercicio de la defensa, es un valioso bagaje institucional, al que todos los defensores debemos contribuir y cuidar. En todo caso, aun si no hubieran debido enfrentar una circunstancia semejante, el intercambio de ideas y opciones siempre resultará beneficioso y enriquecedor. Por supuesto esta discusión deberá realizarse de manera que los intereses del defendido, no se vean perjudicados, puesto que se debe realizar con el debido respeto al secreto profesional, tema al que nos referiremos a continuación, junto con algunos otros aspectos de la ética del defensor.

En cuanto al ejercicio de la defensa técnica en pro del usuario: El defensor público debe tener la claridad de que debe poner todo su saber al servicio del usuario, independientemente de que simpatice o no con este en lo personal, o con su caso. Esto es particularmente cierto en la defensa pública, pues mientras los defensores particulares pueden escoger sus defensas y sus defendidos, se asignan a los defensores públicos mediante rol los procesos que les corresponden de manera que reciben todo tipo de casos y se relacionan, con todo tipo de usuarios. Siendo así, la mentalidad del defensor público, debe ser abierta y tolerante hacia aquellas personas que acuden a este servicio público.

Por ello, el defensor debe estar libre de prejuicios que lo lleven a juzgar a la persona, a quien, por el contrario, está llamado a servir, y a servir con dedicación y no de cualquier manera. Ciertamente el defensor no debe incurrir en conductas ilegales a petición de su defendido, pero fuera de esto, debe respetar sus puntos de vista, y tratar de lograr con el usuario, el vínculo de confianza necesario para obtener los resultados más positivos posibles para este.

Un aspecto importante es la claridad en cuanto al hecho de que el defensor puede no compartir para nada, la conducta desplegada por su representado, pero esto no implica que, en razón de esto, su esfuerzo en pro de la defensa de su representado, pueda ser menor. Desde una perspectiva penal, el tema se resume en que los usuarios de la defensa pública, culpables o inocentes, merecen la mejor defensa posible, y que si con esta defensa, se obtiene una absolutoria, el defensor debe sentirse satisfecho de haber cumplido su función. Incluso, debe recordar que en un Estado de derecho, la persona sometida a un proceso penal, se encuentra cubierta por la presunción de inocencia y es trabajo del Ministerio Público, desvirtuar esta presunción. Por el contrario, la labor de la defensa implica que hará todo el esfuerzo posible, para que su defendido obtenga el resultado más favorable.

Por eso, es posible decir que, en muchos casos, dadas las condiciones particulares de estos, (por ejemplo: existencia de prueba de cargo irrefutable) aun cuando el imputado no salga absuelto, una condena con la pena mínima o una pena determinada que según la circunstancias del caso, resulte bastante favorable para el defendido, puede ser un verdadero triunfo para la defensa, o bien otro sería la aplicación de un beneficio de ejecución condicional. En igual sentido ocurre en materia penal juvenil.

Recordemos que en cuanto al ejercicio del derecho de defensa, existe libertad según la estrategia que se puede plantear, siempre y cuando no se caiga en la ilegalidad. Por ello, el defensor debe planear la estrategia que más favorezca a su representado, dentro de los límites de la legalidad, partiendo de la libertad que le otorga el derecho constitucional de defensa y la inviolabilidad de esta. En este sentido, entendemos que el defensor puede en el momento de planear la estrategia de debate y llevarla a la práctica, actuar con plena libertad, de manera que si no existe norma legal que prohíba la conducta por realizar, entonces puede llevarla a cabo. Si se limita la estrategia de defensa, sin un motivo de peso o sin fundamento legal alguno, implica una violación al principio de inviolabilidad de la defensa, pues en ese caso, la defensa técnica no está actuando con la eficiencia que debe, y esto puede redundar en perjuicios concretos para el sujeto que la requiere. Incluso podría dar lugar a que el defensor público incurra en un delito de incumplimiento de deberes⁴⁷⁵, contemplado en el artículo 332 del Código Penal.

En ejecución de la pena, igualmente ocurre que el planteamiento de los incidentes propios de esta materia, deben ser realizados por el defensor público en coordinación con el sentenciado, buscando el resultado más favorable posible.

De igual manera, en materias como pensiones alimentarias, o en tema agrario, en ocasiones a pesar del esfuerzo realizado por la defensa técnica, el resultado no es el deseado, pero si el defensor público ha hecho todo lo que estaba en sus manos para que la defensa técnica de la persona usuaria, fuera la mejor que podía brindar, no debe guardar molestia consigo mismo, aunque sí deba agotar todos los recursos en pro de su representado. En idéntico sentido, sucede con las curatelas, donde a pesar de la ausencia de la persona que representa, si el defensor busca dentro de la lógica del caso, representar sus intereses con excelencia técnica, estará cumpliendo con la ética.

⁴⁷⁵ “**Incumplimiento de deberes.** ARTÍCULO 332. Será reprimido con pena de inhabilitación de uno a cuatro años, el funcionario público que ilegalmente omita, rehúserse [sic] hace o retarde algún acto propio de su función.

Igual pena se impondrá al funcionario público que ilícitamente no se abstenga, se inhíba o se excuse de realizar un trámite, asunto o procedimiento, cuando esté obligado a hacerlo.(Así reformado por Ley No. 8056 de 21 de diciembre de 2000, publicada en La Gaceta No. 10 de 5 de enero de 2001) (Así modificada la numeración de este artículo por el numeral 185, inciso a), de la ley No.7732 de 17 de diciembre de 1997, que lo traspasó del 330 al 332)”.

La libertad de actuación en cuanto a la estrategia en las materias, en donde la defensa interviene como curador, en materia agraria o bien en pensiones alimentarias o materia disciplinaria, encuentra el mismo límite que en materia penal, penal juvenil o de ejecución: el no contravenir la legalidad.

En cuanto al secreto profesional: Como sabemos la información que el cliente brinde al profesional que le asiste en diversas áreas (sobre todo en medicina, derecho y religión), es una información privilegiada, en tanto se encuentra cubierta por el secreto profesional, según el cual quien se desempeña en la profesión u oficio en cuestión, no podrá revelar en cuanto a ella, ningún dato u aspecto. Incluso si lo hace, podría estar incurriendo en la comisión del tipo penal contemplado en el artículo 108 del Código Penal, relativo a la divulgación de secretos:

Divulgación de secretos.

ARTÍCULO 203. Será reprimido con prisión de un mes a un año o de treinta a cien días multa, el que teniendo noticias por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revele sin justa causa.

Si se tratare de un funcionario público o un profesional se impondrá, además inhabilitación para el ejercicio de cargos y oficios públicos, o de profesiones titulares, de seis meses a dos años.

Pero es importante aclarar que a partir de la redacción del artículo, se concluye que el secreto profesional cubre no solo lo que le ha sido confiado al profesional por su cliente, debido a la tramitación de la causa, sea por su estado, oficio, empleo, profesión o arte, sino que también el secreto profesional cobija todo aquello de lo que el profesional se entere por la tramitación del proceso.

En este caso, supongamos que el cliente en un proceso de cualquier tipo, le informa a su defensor acerca de los aspectos que él considera valiosos para la defensa del asunto, pero por temor o por vergüenza o simple descuido, omite mencionar alguna situación que lo afecta y que puede incidir en el proceso, como por ejemplo, una enfermedad de cualquier tipo. Ahora bien, posteriormente algún familiar del usuario le indica este aspecto al defensor, o bien, en el curso de la investigación que este realiza, se entera de esa información: el defensor debe guardar la misma reserva con este dato que con aquellos que le brindó su cliente directamente, pues está entrando en conocimiento de este, en razón del caso que tramita. Podrá, eso sí, preguntar a su representado sobre el tema, pero deberá respetar el sigilo que este le imponga en relación con el mismo. Ahora bien, si es un tema de interés para la defensa, será habilidad del defensor y capacidad de convencimiento suyas,

poder explicar a su defendido por qué es importante revelarlo y cuáles son las condiciones idóneas para ello, buscando su anuencia para incorporarlo a la estrategia de la defensa.

Debemos recordar que, en relación con el secreto profesional, es tal el grado de reconocimiento que se le otorga, que desde el punto de vista procesal penal, se contempla el derecho de abstención que asiste a estas personas en razón de su función:

ARTICULO 206.- Deber de abstención.

Deberán abstenerse de declarar sobre los hechos secretos que hayan llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, los ministros religiosos, abogados y notarios, médicos, psicólogos, farmacéuticos, enfermeros y demás auxiliares de las ciencias médicas, así como los funcionarios públicos sobre secretos de Estado.

Sin embargo, estas personas, con excepción de los ministros religiosos, no podrán negar su testimonio cuando sean liberadas por el interesado del deber de guardar secreto. En caso de ser citadas, estas personas deberán comparecer y explicar las razones de su abstención. Si el tribunal estima que el testigo invoca erróneamente la facultad de abstenerse o la reserva del secreto, ordenará su declaración mediante resolución fundada.

Por lo tanto, los ministros religiosos, los abogados y notarios, así como los profesionales y auxiliares de áreas relativas a las ciencias médicas, tienen este deber de reserva. Sin embargo, el artículo recién citado contempla una excepción al secreto profesional en estos casos, y es el supuesto en que el propio interesado libere a la persona de guardar secreto; pero esta excepción no opera en relación con los ministros religiosos, en razón de los votos que realizan y de sus creencias religiosas.

Por ello, cuando el defensor público conoce a su defendido, debe informarle con claridad sobre esta característica de la relación que los une, de manera que el usuario pueda expresarse con total libertad, confiándole todos aquellos aspectos, atinentes o no al caso que desee, existiendo el compromiso por parte del defensor de guardarlo bajo la más estricta reserva. Definitivamente esta condición fortalece la confianza que debe caracterizar la relación del defensor con su representado en todas las materias.

Es tan importante y delicado el tema del secreto profesional que incluso se prohíbe la posibilidad de que el abogado que ha representado a una parte, represente posteriormente a la parte contraria.

Doble representación.

ARTÍCULO 352.- Será reprimido con quince a sesenta días multa, el abogado o mandatario judicial que, después de haber asistido o representado a una parte, asumiere sin el consentimiento de ésta, simultánea o sucesivamente la defensa o representación de la contraria en la misma causa. (Así modificada la numeración de este artículo por el numeral 185, inciso a), de la ley No.7732 de 17 de diciembre de 1997, que lo traspasó del 350 al 352).

Con este tipo penal, se pretende proteger el conocimiento privilegiado que ha recibido el defensor de una parte, de manera que no lo utilice a favor de la otra parte.

También, vale la pena recordar que, propiamente en materia procesal penal, entre las garantías que se contemplan para el ejercicio pleno de la defensa, se encuentra el reconocimiento del secreto de las comunicaciones del imputado con su defensor, así como con otros profesionales que le asisten e, incluso, auxiliares de estos, las cuales no podrán ser objeto de intervención.

ARTICULO 108.- Garantías para el ejercicio de la defensa

No será admisible el decomiso de cosas relacionadas con la defensa; tampoco, la interceptación de las comunicaciones del imputado con sus defensores, consultores técnicos y sus auxiliares, ni las efectuadas entre estos y las personas que les brindan asistencia.

Este mismo artículo impide el decomiso de objetos relacionados con la defensa. No obstante, el defensor debe ser cuidadoso con el alcance de esta garantía, en tanto no debe permitir el abuso de ella, por ejemplo, no debe prestarse a conservar objetos o elementos de prueba que demuestren la comisión de un delito. Por supuesto, bajo ninguna circunstancia, podrá indicar al órgano fiscal o jurisdiccional que tiene conocimiento de la existencia de la misma o donde se encuentra ubicada, pero tampoco debe conservarla desnaturalizando con ello la garantía contemplada en este artículo, el cual se refiere más bien a prueba de descargo que será oportunamente aportada, o bien a resúmenes del caso realizados por la defensa, planteamientos de estrategia por escrito, resultados de la investigación realizada por la defensa, consignación de la versión del imputado brindada al defensor, consignación de la versión de testigos entrevistados por la defensa que podrán o no ser aportados, según convenga a la estrategia de defensa. Todos estos son ejemplos de cómo se ha entendido en la práctica, el concepto de “*cosas propias de la defensa*”, que si caen en otras manos, violentaría groseramente la confidencialidad del caso de la defensa.

En cuanto al deber de lealtad: de conformidad con el artículo 127 del Código Procesal Penal, existe la obligación de “litigar con lealtad”:

ARTICULO 127.- Deber de lealtad.

Las partes deberán litigar con lealtad, evitando los planteamientos dilatorios, meramente formales y cualquier abuso de las facultades que este Código les concede.

Ciertamente, las partes no deben recurrir a prácticas indebidas o abusivas de las facultades que la ley les concede. Sin embargo, el poder determinar en qué consiste esta “lealtad” en cada caso concreto, no es tarea sencilla. Resulta obvio que bajo ninguna circunstancia, el defensor puede amenazar o coaccionar testigos de cargo⁴⁷⁶, como tampoco puede destruir evidencia que comprometa a su representado,⁴⁷⁷ ni tampoco puede ofrecer testigos falsos⁴⁷⁸ o elaborar evidencia que no se ajusta a la realidad, como por ejemplo documentos falsos.⁴⁷⁹ Estos ejemplos resultan sumamente claros, pero ¿qué ocurre cuando se trata de situaciones más sutiles que pueden generar conflictos entre el defensor y el resto de partes o el defensor y el órgano jurisdiccional?

⁴⁷⁶ **“Coacción.**

ARTÍCULO 193.- Será reprimido con prisión de uno a dos años o cincuenta o doscientos días multa, el que mediante amenazas graves o violencias físicas o morales compeliere a otro hacer, no hacer o tolerar algo a lo que no esta obligado. [...]

Amenazas agravadas.

ARTÍCULO 195.- Será sancionado con prisión de quince a sesenta días o de diez hasta sesenta días multa, a quien hiciere uso de amenazas injustas y graves para alarmar o amenazar a una persona, si el hecho fuere cometido con armas de fuego, o por dos o más personas reunidas, o si las amenazas fueren anónimas o simbólicas. (Así reformado por el artículo 1 de la ley N° 8250 de 02 de mayo de 2002, publicada en el Alcance No. 37 a La Gaceta No. 89 de 10 de mayo de 2002, modificación que entró a regir a partir del 10 de noviembre de 2002)”

⁴⁷⁷ **“Favorecimiento real.**

ARTÍCULO 325.- Será reprimido con prisión de tres meses a dos años el que, sin promesa anterior al delito, pero después de la ejecución de éste, procurare o ayudare a alguien a lograr la desaparición, ocultación o alteración de los rastros, pruebas o instrumentos del delito o a asegurar el producto o el provecho del mismo.

Esta disposición no se aplica al que de alguna manera haya participado en el delito o al que incurriere en el hecho de evasión culposa. (Así modificada la numeración de este artículo por el numeral 185, inciso a), de la ley No.7732 de 17 de diciembre de 1997, que lo traspasó del 323 al 325)”.

⁴⁷⁸ **“Ofrecimientos de testigos falsos.**

ARTÍCULO 318.- Se impondrá prisión de seis meses a tres años a la parte que, a sabiendas, ofreciere testigos falsos en asunto judicial o administrativo. (Así modificada la numeración de este artículo por el numeral 185, inciso a), de la ley No.7732 de 17 de diciembre de 1997, que lo traspasó del 316 al 318)”.

⁴⁷⁹ **“Falsificación de documentos públicos y auténticos.**

ARTÍCULO 359.- Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que hiciere en todo o en parte un documento falso, público o auténtico, o alterare uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio.

Si el hecho fuere cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, la pena será de dos a ocho años.(Así modificada la numeración de este artículo por el numeral 185, inciso a), de la ley No.7732 de 17 de diciembre de 1997, que lo traspasó del 357 al 359).”

Nos explicamos con un ejemplo: supongamos que en busca del interés de su defendido, la defensa recurre al planteamiento de una gestión que beneficiará al imputado y cuya resolución conlleva la necesidad de un período, estando la causa próxima a prescribir. Bajo esta tesitura, dicha gestión podría ser considerada una táctica dilatoria, y ante esta posibilidad, ¿debe el defensor abstenerse de plantearla con vista a lo indicado en la normativa recién citada? Considero que siendo el primer deber del defensor hacia su representado, y si bien no puede incurrir para ello en la comisión de un delito, tampoco puede dejar de plantear o realizar aquellas gestiones o acciones que favorezcan a su defendido, pues de lo contrario, la defensa que se estaría ejerciendo se encontraría totalmente limitada, y más bien se convertiría en una caricatura de lo que debe ser la defensa técnica eficiente.

Por eso, el defensor aun con el riesgo de lo que el resto de partes puedan pensar, debe realizar todas y cada una de las gestiones que considere pertinentes, en defensa de su representado. Ciertamente puede ocurrir que incluso se llegue al punto de pretender sancionar al defensor en el ejercicio de sus potestades por considerarlas excesivas; pero es cierto que la función de defensa, exige del defensor un carácter valiente que no tema afrontar las consecuencias de su conductas legítimas. En cuanto a este tema, el artículo 129 del Código Procesal Penal contempla la posibilidad de que cualquiera de las partes sea sometida a régimen disciplinario, pero también el defensor tendrá ahí la potestad de ejercer su defensa:

ARTICULO 129.- Régimen disciplinario.

Salvo lo dispuesto en este Código para el abandono de la defensa, cuando se compruebe que las partes o sus asesores han actuado con evidente mala fe, han realizado gestiones o han asumido actitudes dilatorias o litigado con temeridad, el tribunal podrá sancionar la falta con apercibimiento o hasta con cincuenta días multa.

Cuando el tribunal estime que existe la posibilidad de imponer esta sanción, dará traslado al presunto infractor, a efecto de que se manifieste sobre la falta y ofrezca la prueba de descargo, que se recibirá de inmediato.

Cuando el hecho ocurra en una audiencia oral, el procedimiento se realizará en ella.

Quien resulte sancionado será requerido para que cancele la multa en el plazo de tres días.

En caso de incumplimiento de pago por parte de algún abogado, el tribunal lo suspenderá en el ejercicio profesional hasta tanto cancele el importe respectivo y lo separará de la causa mientras dure la suspensión. Se expedirá comunicación a la Corte Suprema de Justicia y al Colegio de Abogados.

En todo caso, el defensor no debe nunca abstenerse de realizar las acciones legalmente permitidas que favorezcan a su representado, pues de hacerlo, podría incluso incurrir en el tipo penal del patrocinio infiel, según el cual:

Patrocinio infiel.

ARTÍCULO 351.- Será reprimido con prisión de seis meses a tres años el abogado o mandatario judicial que perjudicare los intereses que le han sido confiados sea por entendimiento con la otra parte, sea de cualquier otro modo.

(Así se encuentra modificada la numeración de este artículo por el numeral 185, inciso a), de la ley No.7732 del 17 de diciembre de 1997, que lo traspasó del 349 al 351).

Todo este planteamiento se aplica de igual manera a las otras materias en donde interviene la defensa, y no carece en ellas de ninguno de los rasgos aquí planteados, pues el principio rector de la Defensa Pública se aplica a todas ellas, en cuanto a actuar comprometido con el caso del usuario.

Incluso debemos recordar que el defensor en ejercicio de la defensa técnica eficiente, puede referirse de manera desfavorable a las manifestaciones o pretensiones de la contraparte, siempre que lo haga en cumplimiento de un deber o bien en el ejercicio de un derecho, y siempre que estas manifestaciones no pongan en evidencia un propósito ofensivo y se encuentren ajustados a las circunstancias del caso de la defensa. Así lo indica el artículo 151 del Código Penal:

Exclusión de delito.

ARTÍCULO 151.- No son punibles como ofensas al honor los juicios desfavorables de la crítica literaria, artística, histórica, científica o profesional; el concepto desfavorable expresado en cumplimiento de un deber o ejerciendo un derecho siempre que el modo de preceder o la falta de reserva cuando debió haberla, no demuestren un propósito ofensivo.

Esto resulta sumamente importante a lo largo de los distintos procesos, pues le otorga al defensor el grado de libertad necesario para exponer sus puntos de vista, acerca de las circunstancias de todo tipo que rodean el proceso, sin que por ello esté expuesto a una querrela. Indicamos esto, pues es usual que el defensor deba analizar conductas y actitudes de las otras partes, y al hacerlo, debe tomarse en cuenta que no debemos reservar aspectos que puedan favorecer a nuestro representado; pero que definitivamente no serán del agrado del sujeto, cuya conducta esté siendo examinada. Por supuesto, esta norma no es una autorización para hacer observaciones improcedentes o carentes de fundamento, o irrespetuosas, sino que deben ser atinentes al caso

y justificadas, desde el punto de vista del derecho de defensa. Además, al momento de plantearlas, el defensor debe ser cuidadoso, para evitar cualquier tono grosero u ofensivo. Recordemos que según la sabiduría popular: “Lo cortés no quita lo valiente”, de manera que podemos manifestar nuestro análisis crítico, pero siempre reiteramos la base fundamental del respeto.

La imposibilidad de recibir dádivas o regalos por parte de los usuarios: Tal y como vimos al analizar la normativa que rige la defensa pública, en Costa Rica, el defensor público es un funcionario público que recibe un salario por la labor que realiza. De manera que bajo ninguna circunstancia, el defensor público puede recibir regalos o dádivas de parte de sus representados, ni aceptar promesas de este tipo a futuro,⁴⁸⁰ ni tampoco cuando el proceso que tramita esté efectivamente finalizado,⁴⁸¹ pues si lo hace, estaría incurriendo en una conducta típica.

En vista de esta situación, el defensor público, desde el primer momento, debe aclarar a su defendido esta circunstancia, de manera que este sepa que el servicio se brinda de manera gratuita, salvo en los casos en que el usuario cuente con medios económicos y aun así opte por los servicios de la Defensa Pública, por lo que se le cobrarán honorarios para la institución.

Además, el defensor público que accede a recibir dádivas, aparte de incurrir en una falta grave a nivel administrativo lo cual también podría configurar un delito, evidencia la falta de comprensión en torno a su elevada función: ejercer la defensa técnica de personas involucradas en los distintos

⁴⁸⁰ **“Cohecho impropio.**

ARTÍCULO 340.- Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el funcionario público que, por sí o por persona interpuesta, recibiere una dádiva o cualquier otra ventaja indebida o aceptare la promesa de una retribución de esa naturaleza para hacer un acto propio de sus funciones. (Así modificada la numeración de este artículo por el numeral 185, inciso a), de la ley No.7732 de 17 de diciembre de 1997, que lo traspasó del 338 al 340)”

“Cohecho propio.

ARTÍCULO 341.- Será reprimido, con prisión de dos a seis años y con inhabilitación para el ejercicio de cargos y empleos públicos de diez a quince años, el funcionario público que por sí o por persona interpuesta, recibiere una dádiva o cualquier otra ventaja o aceptare la promesa directa o indirecta de una retribución de esa naturaleza para hacer un acto contrario a sus deberes o para no hacer o para retardar un acto propio de sus funciones. (Así reformado por el artículo 251 de la Ley N° 7331 de 13 de abril de 1993) (Así modificada la numeración de este artículo por el numeral 185, inciso a), de la ley No.7732 del 17 de diciembre de 1997, que lo traspasó del 339 al 341)”.

⁴⁸¹ **“Aceptación de dádivas por un acto cumplido.**

ARTÍCULO 343.- Será reprimido, según el caso, con las penas establecidas en los artículos 340 y 341 disminuidas en un tercio, el funcionario público que, sin promesa anterior, aceptare una dádiva o cualquier otra ventaja indebida por un acto cumplido u omitido en su calidad de funcionario. (Así modificada la numeración de este artículo por el numeral 185, inciso a), de la ley No.7732 de 17 de diciembre de 1997, que lo traspasó del 341 al 343)”.

procesos, es una función gratificante, desde el punto de vista profesional al permitir aplicar los conocimientos adquiridos. Pero es todavía más satisfactoria a nivel social y humano, en la medida que la solidaridad propia de la democracia pasa de ser un ideal, y se convierte en una realidad de la cual se están beneficiando personas específicas: los usuarios de la defensa pública.

En la práctica, sabemos que algunos usuarios, agradecidos por el servicio, desean de alguna manera, mostrarle al defensor público su agradecimiento. Sin embargo, reiteramos que lo procedente es señalarle al usuario en términos cordiales, que aun cuando estamos conscientes de su reconocimiento, el servicio que se le brindó, es un servicio público que se costea, mediante los impuestos que todos pagamos, de manera que no resulta procedente, desde ningún punto de vista, recibir ningún tipo de regalo o pago.

CAPÍTULO IV

LA CRIMINOLOGÍA CRÍTICA COMO FUNDAMENTO DE UNA IDEOLOGÍA DE LA DEFENSA PÚBLICA

INTRODUCCIÓN

Como hemos comentado, la Defensa Pública goza de una triple naturaleza: concepción de garantía de derechos fundamentales, derecho fundamental en sí misma y servicio público. En razón de esto, opera como un factor básico para que la igualdad entre las personas, pase de ser una declaración formal y se convierta en una igualdad material. Por tanto, al permitir un acceso real a la justicia de las personas en general, independientemente de que gocen o no de los medios económicos para sufragar un abogado particular, posibilita que en un área tan delicada de la vida social, como es la resolución de conflictos, y en particular resolución de conflictos, ante el sistema judicial, cuente con asesoría técnica eficiente.

Aun cuando a lo largo de este trabajo, hemos expuesto lo que significa la democracia, sus principios y valores, sus mecanismos de garantía y su fin último en el ser humano y su bienestar, estamos conscientes de que el derecho en general, responde a toda una infraestructura de poder y, que en particular, el Derecho Penal obedece a mecanismos de control social, y en particular, a mecanismos selectivos dirigidos de una clase poderosa a otra que, por sus condiciones particulares, aparece como vulnerable ⁴⁸².

4.1 CRIMINOLOGÍA CRÍTICA COMO FUNDAMENTO IDEOLÓGICO DE LA DEFENSA PÚBLICA

La toma de conciencia de este aspecto, resulta fundamental para aquel profesional que pretende ser defensor público, pues solo con el conocimiento pleno de esta situación, podrá desarrollar la actitud crítica necesaria para el desarrollo de su labor, no como una mera aplicación de procedimientos como acto ritual, sino convencido de que cada una de sus acciones repercute en el sistema.

Por ello debe realizarlas no solo con excelencia técnica, sino con humanidad y solidaridad hacia los sujetos seleccionados por el sistema, ya que a pesar de la vicisitud de haber sido escogidos por la maquinaria del sistema penal, gozan de la dignidad que ni siquiera la violencia del derecho penal,

⁴⁸² Debo aclarar que el desarrollo de este apartado, tiene un marcado acento en la materia penal, que no podemos obviar. Fue la materia que originariamente le fue confiada a la defensa, y que en nuestro país, es la que consume la mayor parte de los recursos de la defensa pública por lo gravosa que resulta para el sujeto sometido a un proceso penal.

podrá arrebatárles. El defensor que tome conciencia de esto, operará como un verdadero contrapoder que podrá enfrentar, no solo con conocimientos técnicos y valentía personal al sistema, sino con herramientas ideológicas valiosas que le permitirán desnudar las carencias del sistema.

En este sentido, coincido con la perspectiva de Madrigal Zamora, en cuanto considera de que el perfil profesional del defensor público, debe superar lo técnico jurídico y debe gozar también de una formación en ciencias sociales,⁴⁸³ así como en el desarrollo que sobre este tema hace.⁴⁸⁴ Señala este autor, como primer punto de referencia para esta perspectiva de la Defensa Pública y de quien la ejerce, el siguiente:

1. La construcción de una estrategia de política criminal propia de la defensa desde una 'opción preferencial por los perseguidos penalmente'. [...] Por lo tanto, asumir una opción preferencial por los perseguidos penalmente supone una identificación total con la situación del acusado en tanto sujeto a un instrumento técnico político, (el proceso penal) que persigue de manera selectiva, sesgada y con una finalidad simbólica a un determinado número de ciudadanos. [...] ⁴⁸⁵

Ciertamente, la Defensa Pública debe contar con una ideología que se identifique plenamente con aquellas personas que se encuentren sometidas a procesos penales.

Otro punto de referencia que propone Madrigal Zamora, se encuentra en lo que denomina:

2. Beber en la fuente de la Criminología Crítica. Para que la opción preferencial por los perseguidos penalmente no se convierta en un pataleo instintivo y confiado a la mayor o menor voluntad de cada defensor, ésta tiene que sustentarse en un conocimiento sociológico como el que brinda la criminología y, especialmente la criminología crítica.⁴⁸⁶

Como bien señala Madrigal Zamora, la criminología brinda valiosos aportes que evidencian la posición del derecho penal, como parte de la superestructura ideológica. Por este tipo de análisis, y otros muchos que

⁴⁸³ Madrigal Zamora, Roberto “Por quien merece amor (De la Defensa Pública como posición política). En Revista Defensa Pública, n.º 4, Febrero 2005, San José Costa Rica. Asociación Costarricense de la Defensa Pública, p. 102.

⁴⁸⁴ Ibidem, pp. 102-105.

⁴⁸⁵ Ibidem, pp. 102-103.

⁴⁸⁶ Ibidem, p. 103.

desnudan la realidad del sistema penal, el estudio de estos aspectos resulta obligado para el defensor público.

Finalmente, el tercer punto de referencia que propone Madrigal Zamora es

3. La imaginación sociológica. [...] consiste en la capacidad de leer el contexto político en que nos desenvolvemos como operadores del derecho – y especialmente como operadores del derecho penal- dándonos cuenta de que nos movemos en una parcela aséptica, ajena al juego de intereses geopolíticos contruidos a escala mundial y local, y dentro de la cual entre menos comprometidos y aguerridos con la situación del imputado resultamos más funcionales a un sistema desigual, selectivo y perpetuador de la inequidad económica y social.⁴⁸⁷

Este aspecto que cita Madrigal Zamora, resulta de vital importancia, y a mi criterio, dimana del conocimiento de la criminología crítica, pues esta evidencia la posibilidad de realizar análisis, acerca de realidades ocultas que muchas veces ni imaginamos.

Cuando el operador jurídico y, en particular, el defensor público, tienen esa capacidad, a nivel de defensa técnica, se pueden generar dudas sobre la legitimidad del caso concreto y, entonces, se pueden invocar principios y valores democráticos, para demostrar la falacia de ese caso concreto, lo cual se convierte en una herramienta sumamente valiosa, para quien ejerce la defensa. Pensemos por ejemplo, en la corriente actual que pretende penalizar el máximo de conductas posibles, lesionando con ello el artículo 28 de la Constitución que analizamos al referirnos al principio de libertad⁴⁸⁸. O pensemos en la aplicación de procedimientos investigativos importados que atentan contra principios democráticos, como por ejemplo el Debido Proceso, pero que responden a intereses persecutorios de determinados delitos⁴⁸⁹.

Por lo tanto, el estudio de la criminología crítica, no resulta caprichoso para el defensor público, por el contrario, es una necesidad de su formación que le fortalecerá ideológicamente en su función, y le permitirá contar con herramientas y armas de defensa técnica que rebasan el conocimiento académico de los aspectos sustantivos y procesales, y le permiten alcanzar un nivel crítico que apela uno de los valores ideales de la democracia: la justicia.

⁴⁸⁷ Ibídem, p. 104.

⁴⁸⁸ Véanse, pp. 83-86.

⁴⁸⁹ Véanse, pp. 96-100. Un ejemplo de estos sería la figura del agente encubierto, así como también la del agente provocador, cuya regulación es sumamente omisa, a pesar de lo delicada que resulta su práctica.

Pasemos ahora a analizar algunos aspectos básicos de la criminología crítica, haciendo eso sí la observación en el sentido de que no se pretende aquí, hacer un análisis exhaustivo ni completo sobre el tema, pues este merece un detalle y una profundidad que en este momento no resulta posible alcanzar; pero sí brindar algunos elementos para que quienes se encuentren comprometidos con la defensa pública, vean acicateada su curiosidad hacia esta valiosa perspectiva, y decidan enriquecerse con su lectura y estudio.

4.2 LA CRIMINOLOGÍA TRADICIONAL

Es importante señalar que esta corriente obedece a un marco histórico y científico muy particular. Según indica Elbert,⁴⁹⁰ el movimiento de la Ilustración (sumamente ligado a las ideas del iluminismo), apareció en el siglo XVIII, como un movimiento cultural que fue alcanzando diferentes ámbitos de la vida social: filosofía, política, educación e, incluso, ciencia, los cuales fueron impactados por estas corrientes. La premisa del iluminismo fue la razón como la “[...] *aptitud humana capaz de todas las explicaciones y de todas las transformaciones [...]*”,⁴⁹¹ que se aplicó en todos los campos, pues con ella se pretendió solucionar todos los problemas del ser humano. Así se ha indicado:

Lo cierto es que tanto nuestras instituciones jurídicas actuales como nuestra comprensión del fenómeno científico están profundamente ligados al ideal iluminista, aspecto que conviene recalcar, porque se trata de ideas que fueron cerrándose en sí mismas, hasta proporcionar explicaciones absolutas con pretensión de verdad, que no es posible admitir en el campo del pensamiento y la investigación.⁴⁹²

Esto fue lo que ocurrió con la criminología tradicional, la cual surgió en ese particular momento histórico, como una ciencia que explicaría el delito, el delincuente y sus misterios como patologías sociales.⁴⁹³

Ahora bien, según indica Arroyo Gutiérrez, la criminología tradicional surgió a fines del siglo XIX, con el fin de “[...] *conocer y estudiar el fenómeno delictivo.*”⁴⁹⁴

⁴⁹⁰ Elbert, Carlos Alberto. Manual de Criminología. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1998, p. 27.

⁴⁹¹ Ibidem, p. 27.

⁴⁹² Ibidem, p. 27-28.

⁴⁹³ Ibidem, p. 47.

⁴⁹⁴ Arroyo Gutiérrez, José Manuel. El sistema penal ante el dilema de sus alternativas. San José, Costa Rica: Colegio de Abogados de Costa Rica, 1995, p. 61.

Según este autor, las características de la criminología tradicional son las siguientes:⁴⁹⁵ su carácter **positivista** (su fundamento se encontraba en las ciencias naturales); **etiológico** (buscaba determinar las causas del fenómeno delictivo); referida al **estudio de los delincuentes como seres anormales** que debían estar sometidos a un **tratamiento** para que fueran sanados de esa tendencia. Por ello, la pena cumplía doble propósito: **prevención general** de manera que los otros miembros de la sociedad, no delinquieran por temor y **prevención especial** para resocializar al infractor.

También Arroyo Gutiérrez indica otras dos características:⁴⁹⁶ primero, que el delito preexistía tanto al concepto que brindaba el derecho como también a la reacción que generaba. Por ello se le consideraba una **entidad ontológica**; segundo, con todas estas condiciones, la ideología que respaldaba la criminología tradicional, era la **defensa social**, según la cual, la sociedad, conformada por hombres buenos, debía defenderse del mal causado por los delincuentes que eran malos y peligrosos.

Como vemos, todas estas condiciones están imbuidas de la línea científica-razional del iluminismo. Es así que uno de los exponentes tempranos de esta corriente, Lombroso, se fijó en aspectos físicos y mentales de las personas, para clasificarlas como delincuentes.⁴⁹⁷ Por su parte, otro exponente de esta escuela Ferri, indicó que el hombre carece de libre albedrío, y que por ello, casi es una máquina sujeta a la ley de la causalidad, según la cual simplemente reacciona, determinando por causas fisiológicas y psíquicas.⁴⁹⁸

Las tesis de la criminología tradicional se mantuvieron vigentes hasta la tercera década del siglo XX, influyendo incluso las ideologías políticas, como ocurrió, por ejemplo, con el nacionalsocialismo alemán y sus tesis biologists.

4.3. NUEVA CRIMINOLOGÍA O CRIMINOLOGÍA CRÍTICA

Señala Arroyo Gutiérrez que la nueva criminología o criminología crítica, surgió a partir de los cuestionamientos realizados por sociólogos norteamericanos, a partir de los años treinta del siglo XX, y en particular, de las escuelas del interaccionismo simbólico y la fenomenología que generaron la “criminología de la reacción social”⁴⁹⁹. Según indica este autor, su principal contribución fue la teoría del “etiquetamiento”, según la cual:

⁴⁹⁵ Ibídem, pp. 61-62.

⁴⁹⁶ Ibídem, p. 62.

⁴⁹⁷ Elbert, óp. cit., p. 50.

⁴⁹⁸ Ibídem, p. 52.

⁴⁹⁹ Arroyo Gutiérrez, óp. cit., p. 63.

[...] el criminal no es un sujeto por naturaleza “malo” que comete delitos por efecto de alguna determinación bio-psicológica o social, sino un sujeto al que se le ha etiquetado con éxito como ‘criminal’, por parte de las instancias formales con poder para hacerlo y a través de procesos de selección y señalización.⁵⁰⁰

De acuerdo con Arroyo Gutiérrez, esta perspectiva permitió que surgiera una nueva corriente de pensamiento en la criminología, una nueva criminología que se caracterizó por los siguientes aspectos:⁵⁰¹ Su enfoque **crítico opuesto a la criminología tradicional** positivista, para el cual se recurre a **variados instrumentos metodológicos** que lo que buscan es **estudiar los procesos de selección de los individuos que, finalmente, son catalogados de delincuentes**.

Por este motivo, el delito no puede ser una entidad ontológica, sino el proceso selectivo que define lo que se considerará delito, quiénes son seleccionados y sancionados, y opera mediante **mecanismos de discriminación social**. Ante este panorama, **carecen de sentido la idea del tratamiento y la resocialización del delincuente**, y por el contrario, se cuestionan la “justicia”, el derecho penal, y el sistema penal, así como el concepto de “igualdad”.

Como vemos, la anterior descripción de la criminología crítica, la analiza como una contraposición absoluta con la criminología positivista tradicional, es decir, su estudio es “en relación con” o si se quiere, más bien, “en oposición a” (la criminología tradicional). Sin embargo, Arroyo Gutiérrez aporta la definición de la criminología crítica que citamos a continuación, la cual incluye la perspectiva del autor Martínez Sánchez, indicando que con ella se pretende verla como una disciplina más autónoma:

[...] la criminología crítica se ha definido como aquella disciplina en la que se incluyen todas las corrientes que, a partir de ‘un uso correcto del labelling aproach, tiene en cuenta para sus elaboraciones teórico-prácticas no sólo los procesos subjetivos de definición criminal sino también ‘las estructuras materiales de la sociedad’; asimismo, esta disciplina busca sustituir ‘el punto de vista interno del sistema’ característico de la criminología oficial, por un punto de vista externo al sistema, que le permita no solo una labor crítica frente al mismo, sino contribuir efectivamente a su transformación.⁵⁰²

⁵⁰⁰ Ibidem, p. 63.

⁵⁰¹ Ibidem, pp. 64-66.

⁵⁰² Martínez Sánchez, citado por Arroyo Gutiérrez, óp. cit., p. 66.

Como se desprende de esta cita, aportes de la criminología crítica, como por ejemplo, el concepto del etiquetamiento, o bien, el análisis de los procesos de selección del sistema penal, resultan enriquecedores, pues señalan una serie de aspectos que no son los que se suelen mencionar, cuando se habla de delitos, pues precisamente la riqueza metodológica de la criminología crítica, aporta una visión integral de la sociedad que no responde a una única disciplina, ni es complaciente con el discurso oficial del derecho penal. Siendo así, para quienes operan dentro del sistema penal controlándolo, lo que la criminología crítica les pueda aportar, y la retroalimentación que, desde su experiencia los operadores jurídicos puedan brindar, resultan esenciales.

Por tanto, en el apartado siguiente mencionaremos algunos de los aportes de la criminología crítica, como ya indicamos, sin ánimo de ser exhaustivos, pero sí deseosos de que estos apuntes generen el interés por conocer más del tema.

4.4 ALGUNAS PERSPECTIVAS DE LA CRIMINOLOGÍA

La criminología presenta numerosas vertientes y perspectivas. A continuación, presentaremos solo algunas de ellas que resultan de interés para los operadores del derecho, siguiendo para ello, parcialmente la exposición que al respecto hace Elbert.

No podemos dejar de mencionar en primera lugar a Sutherland, el sociólogo norteamericano que, sin ser abogado, puso en evidencia uno de los grandes conceptos de la nueva criminología: el delito de cuello blanco.⁵⁰³

Para ese momento, la sociología norteamericana consideraba que los delitos se cometían, cuando el medio tenía problemáticas sociales negativas, pero en la práctica, se había notado que existían situaciones en que esta afirmación, no aplicaba, como por ejemplo, en los casos de baja criminalidad de las mujeres, independientemente de su condición social, o bien por la escasa delincuencia en comunidades pobres, pero alejadas de la ciudad.⁵⁰⁴

Para determinar si la teoría sociológica que propugnaba –la teoría de la asociación diferencial- se ajustaba a la realidad, Sutherland procedió a analizar los registros judiciales de casos que llamó de “cuello blanco”, a los cuales definió como los delitos cometidos por *“personas de respetabilidad y status social alto, en el curso de su ocupación.”*⁵⁰⁵ Según indica Elbert, el resultado de la investigación de Sutherland, se resume de la siguiente manera:

⁵⁰³ Elbert, óp. cit., p. 82.

⁵⁰⁴ Ibídem, p. 83.

⁵⁰⁵ Idem.

Las comprobaciones eran sorprendentes: casi todas las grandes empresas incurrieron en conductas delictivas, eran reincidentes en ello, pero registraban un bajo índice de sentencias condenatorias específicamente criminales por conductas como evasión impositiva, transgresiones a las leyes de patentes, actividades monopólicas, etc. La razón era simple: o tales conductas no tenían sanción penal, o las penas eran exclusivamente pecuniarias o administrativas, y discurrían por procesos que al igual que las reglamentaciones, parecían estructurados sólo para favorecer a estos infractores.⁵⁰⁶

Como se desprende de la cita anterior, existía un fuero privilegiado para este tipo de delito y su autor, de manera que la igualdad del sistema no era tal: se privilegiaba al que cometiera estas conductas con procesos que difícilmente acabarían con una sentencia condenatoria.

Además, Sutherland logró determinar que existía una subcultura de los poderosos, lo cual evidenció que los comportamientos y valores se aprenden en el curso de la vida. También, logró comprobar la teoría sociológica que pretendía desarrollar con su investigación la “teoría de la asociación diferencial”, la cual se trata de

[...] ‘asociación de diferentes’, en este caso, de personas que están más alejadas del cumplimiento de la norma y que tienden a identificarse valorando positivamente su incumplimiento. Esta asociación predispone a los individuos participantes a violar la ley, porque constituye un alejamiento de quienes ven la violación como disfuncional y una aproximación a aquellos que la ven como positiva; así se predispone la generalización de tales conductas en ese sector.⁵⁰⁷

Como vemos, la investigación sociológica de Sutherland, brindó aportes interesantísimos a la criminología, sin partir para ello de causas del delito, como lo hubiera hecho la criminología tradicional.

Otro aporte interesante proviene de la Escuela de Chicago, la cual desarrolló la teoría de las subculturas. Su principal exponente es Cohen, quien señala que aun cuando los valores de la clase media, son por lo general los valores dominantes, al estudiar las pandillas juveniles, determinó que estos giraban en torno a valores y principios propios, de manera que:

⁵⁰⁶ Idem.

⁵⁰⁷ Ibidem, , p. 85.

No carecen de normas, dicen, sino que poseen normas propias, por lo que debe interpretárseles con parámetros normativos diferentes a los del resto de la sociedad. [...] La idea subcultura ha tenido mucha aplicación en los estudios penitenciarios, donde las subculturas representan una opción entre vida o muerte, con sus mecanismos de agresiones entre presos y carceleros (las delaciones, los deberes de complicidad y silencio, etc.). Hoy sabemos que la situación interna de una prisión es incomprensible si no se la interpreta tomando en cuenta los valores subculturales de sus distintos actores, sectores y secciones, salvo que nos conformemos con la versión oficial.⁵⁰⁸

Notemos cómo esta teoría, al hacer referencia a la subcultura a la que una persona puede pertenecer, ya sea porque se formó en ella, o bien, porque en su pertenencia le va en juego su integridad física y, por qué no, su vida, brinda al defensor público un instrumento que podría utilizarse a favor de su representado, incluso a nivel de teoría del delito; por ejemplo, como un error culturalmente condicionado al referirse a factores que condicionan el aspecto cultural y les impide interiorizar normas y valores, pudiendo entonces el individuo, actuar bajo error.

Otra perspectiva es la del estructural-funcionalismo que hace referencia a una serie de teorías sociológicas, cuyo elemento común es que la sociedad opera como partes que se encuentran ajustadas mutuamente, por lo que tratan de determinar en qué contribuye cada una para lograr el equilibrio. Pero también considera en caso de que el equilibrio sea afectado, cómo se recupera⁵⁰⁹. Resulta ser una corriente conservadora y, en torno a ella, destaca Merton, dos elementos fundamentales del sistema social son la estructura social (en la cual aporta los conceptos de “status” y rol), y la estructura cultural (que indica la existencia de metas o aspiraciones de los individuos y medios que son las formas legítimas para alcanzarlas).

A partir de estos elementos, el aporte de Merton, en términos muy simples, es considerar que el comportamiento desajustado evidencia una disociación entre las metas señaladas y los medios para conseguirlas.⁵¹⁰ Otro autor sumamente importante, es Parsons, quien retoma los conceptos de rol y “status”, y a partir de ellos, estableció que el sujeto opera, mediante la acción social, la cual responde a objetos sociales, culturales y físicos que le generan gratificación, al mismo tiempo que se busca evitar sanciones. Por ello, los comportamientos tienden a ser uniformes, sin embargo, la conducta desviada

⁵⁰⁸ Elbert, óp. cit., p. 87.

⁵⁰⁹ Lamnek citado por Elbert, óp. cit., p. 88.

⁵¹⁰ Bergalli, Roberto y otro. El pensamiento criminológico, Volumen I. Bogotá, Editorial Temis, 1983, pp. 165-166.

aparece cuando existe distorsión entre las aspiraciones del individuo y las del grupo.⁵¹¹

Otra corriente es la del interaccionismo simbólico, la cual es una teoría de la significación, en donde los sujetos buscan determinadas cosas en razón del significado que les otorgan, el cual depende de la interacción social, pero sufre un proceso interpretativo de cada individuo.⁵¹² Señala Bergalli que la importancia de este movimiento, representado por Mead, se encuentra en el hecho de que reconoce la importancia en el sujeto y en el proceso de comunicación. Algunas de sus vertientes han sido las teorías de la reacción social y la del etiquetamiento.⁵¹³

Todos los autores citados, hasta este momento, evidencian el cambio de perspectiva de la criminología tradicional, hacia una nueva criminología, en donde el aporte de otras disciplinas brindó una visión diferente del fenómeno criminológico. Con estos primeros pasos, se fue afianzando una línea criminológica nueva que se consolidó a partir de los años sesenta: la criminología crítica como una línea de la sociología crítica, la cual retoma aspectos marxistas para explicar la sociedad, pero no es cerrada ni ortodoxa, según indica Elbert. Perteneció a esta corriente ya consolidada, el grupo de la universidad de Berkeley, pero también forman parte de ella los sociólogos ingleses Taylor, Walton y Young, los cuales se identificaban como “la nueva criminología”. Según indica Elbert:

La irrupción de la criminología crítica fue denominada genéricamente ‘cambio de paradigma’ o ‘revolución científica’, porque vino a trastocar el enfoque de la disciplina, elaborando una propuesta interpretativa novedosa con explicaciones generales del fenómeno criminal, lo que no puede ser ignorado. Sin perjuicio de que la evolución política adversa, o sea la disolución del bloque socialista soviético y sus aliados, ha restado peso a las fundamentaciones marxistas y a las propuestas de futuro, no cabe duda de que muchos de los aportes de este enfoque conservarán vigencia para futuras reformulaciones de la criminología.⁵¹⁴

En América Latina, exponentes importantes de la criminología crítica, son Lolita Aniyar de Castro, Rosa del Olmo y Emiro Sandoval Huertas entre otros, quienes aportaron la perspectiva de estos países. Así por ejemplo, Rosa del Olmo realizó un análisis de la criminología latinoamericana y ayudó a dar a conocer todos los trabajos iniciales de autores como Sutherland. Lola

⁵¹¹ *Ibidem*, pp. 167-168.

⁵¹² *Ibidem*, p. 41.

⁵¹³ *Ibidem*, p. 42.

⁵¹⁴ Elbert, *óp. cit.*, p. 106.

Aniyar, desde la Universidad del Zulia en Maracaibo, generó un postgrado en criminología crítica, además organizó la publicación de la revista “Capítulo Criminológico”, y ambas publicaciones una cantidad importante de artículos sobre el tema.

Por su parte, Sandoval Huertas realizó valiosos análisis sobre el tema de las garantías y la forma en que estas operan a todo lo largo de un proceso penal: débiles al principio y al final (fase de investigación y fase de ejecución de sentencia) y fortalecidas en la etapa pública del proceso (fase judicial), y cómo incluso dentro del sistema penitenciario, estas garantías operan a la inversa⁵¹⁵.

También en la parte especial de su obra “Penología”, entre otros ha planteado un análisis brillante sobre las funciones no declaradas de la privación de libertad, las cuales pueden obedecer a aspectos psico-sociales, económicos o políticos. Los aspectos psico-sociales responden a la infraestructura o a aspectos económicos y pueden ser razones vindicativas o de cobertura ideológica (que hace referencia a dos aspectos, el ocultamiento de la responsabilidad social por la criminalidad, así como fomentando la falsa impresión de que el sistema opera por igual para todos los que producen daño a la colectividad). Los aspectos económicos aluden a cuestiones propiamente estructurales, relativas a situaciones materiales concretas. Entre ellas se encuentran la función de reproducción de la criminalidad, la coadyuvancia al control del mercado libre de trabajo, y reforzamiento de la propiedad privada. Los aspectos políticos, también ubicados a nivel de superestructura, obedecen a cuestiones, como el mantenimiento del *status quo*, control de clases sociales u opositores.⁵¹⁶

De este breve comentario a la obra de Sandoval Huertas, en estos y otros temas, es posible vislumbrar el análisis profundo e incisivo que este autor, hace de la realidad del sistema penal en general. Su enfoque enriquece la visión de cualquier operador del derecho, derecho penal y, en particular, de quien tiene la responsabilidad de ejercer una densa técnica eficiente.

Aparte de los autores comentados, otros muchos estudiosos, y en particular latinoamericanos, se han referido a temas diversos, brindando

⁵¹⁵ Sandoval Huertas, Emiro. La región más oscura y más transparente del poder estatal: a propósito de la regulación disciplinaria para las cárceles colombianas, En: La pena privativa de libertad en Colombia y Alemania Federal. Antología del curso Derecho Penitenciario. Maestría de Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica. Primer semestre, 2004, p. 239.

⁵¹⁶ Sandoval Huertas, Emiro. Penología. Parte general y especial. S.I., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, s.f., Antología del curso Derecho Penitenciario. Maestría de Ciencias Penales. Primer semestre, 2004 pp. 422-423.

a la criminología crítica, un enfoque particular de la región.⁵¹⁷ Sirva este brevísimo examen de esta corriente para estimular su estudio y análisis entre los defensores públicos, tanto para cimentar su posición ideológica, como para brindarles armas en su labor diaria.

En conclusión, si los principios y valores democráticos operaran efectivamente en la realidad, las situaciones que denuncia la criminología crítica, no existirían. Pero es necesario reconocer que la democracia resulta un sistema político que, aun cuando se inspira en estos principios y valores, debe ser mejorado día con día, para que estos principios y valores lleguen a ser una realidad. Por ello, ya que la democracia no es una realidad perfecta, sino sujeta a mejoramiento, la perspectiva de la criminología crítica resulta sumamente valiosa, pues evidencia las falencias del sistema y las verdades ocultas de este.

A continuación, examinaremos un problema que el defensor público debe enfrentar a diario en su labor, y es la forma en que el derecho, en particular el derecho penal, ha sufrido cambios que no podemos dejar de señalar, pues atentan contra el Estado social y democrático de derecho.

4.5 SOBRE LAS CORRIENTES DEL DERECHO PENAL CLÁSICO Y EL DERECHO PENAL MODERNO

Debemos señalar que aun cuando la crítica al derecho penal y la criminología crítica, podrían tener puntos de encuentro, cada una de ellas obedece a perspectivas diferentes. Mientras que la crítica al derecho penal, analiza el derecho penal en sí mismo y lo hace, tanto desde un plano sustantivo, como procesal, como se puede determinar del estudio de libros como los publicados por Hassemer o Ferrajoli, la criminología crítica estudia fundamentalmente los procesos de selección del proceso penal y los diversos aspectos que se relacionan con estos, como ya vimos.⁵¹⁸

En razón de esos puntos de encuentro que representan, por ejemplo, el análisis que se hace desde la criminología crítica de cómo tienden a incrementarse las redes del control social, y por ejemplo, la perspectiva de la crítica al derecho penal moderno, aprovechamos este capítulo para hacer referencia a este último tema, siguiendo para ello fundamentalmente el enfoque de Hassemer.

⁵¹⁷ Respecto a este tema, es posible consultar Bergalli, Roberto y otro. El pensamiento criminológico, Volumen I. Bogotá, Editorial Temis, 1983, pp. 195-205. También Elbert, Carlos. Criminología Latinoamericana. Parte Primera. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1996.

⁵¹⁸ Véase, p. 300.

Como hemos comentado, el derecho penal por sus gravosas consecuencias en la vida del ser humano, se ha debido rodear de una serie de derechos y garantías, a fin de que la persona sometida a este proceso, encuentre instrumentos idóneos para enfrentar la violencia del proceso penal. Entre estos principios Hassemer señala:⁵¹⁹

- El principio de legalidad: Se garantiza que todos los ciudadanos tendrán claridad de cuáles son las conductas perseguidas penalmente, así como las consecuencias de incurrir en ellas, y que estas conductas y sus consecuencias se aplicarán a todos por igual.
- Orientación a las consecuencias: La gravedad de la pena no debe operar como una coacción psicológica, pues esto demerita la condición del ser humano como responsable de sus actos. La pena debía responder a las consecuencias que la conducta generara.
- Protección de bienes jurídicos: Se debe atemperar la orientación a las consecuencias de la pena, con principios como la dignidad, la proporcionalidad, y otros principios formalizadores del derecho penal. Entre ellos, se destaca el concepto de protección al bien jurídico.
- Formalización del control social jurídico-penal: Todo mecanismo de control social obedece a tres aspectos: norma, sanción y proceso. En la medida que estos elementos se “formalizan”, entonces los derechos humanos resultan protegidos. También indica que la formalización implica dos aspectos:

Por un lado, transparencia y claridad (y con ello, posibilidad de control) de los instrumentos jurídico-penales; por otro, la observancia de determinados principios valorativos.

La claridad y posibilidad de control se corresponden en esencia con el clásico principio de legalidad. Los principios valorativos son, en cambio, muy variados, yendo desde el derecho a la asistencia de letrado y a ser oído en el proceso, hasta el principio de proporcionalidad pasando por el in dubio pro reo, la prohibición de la reformatio in peius, ne bis in idem, derecho al juez legal, etc.

El derecho penal se justifica, pues, en la medida en que se consigue formalizar el control social.⁵²⁰

⁵¹⁹ Hassemer, Winfried. Filosofía del Derecho en la República Federal de Alemania. En: Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal. Valencia, 1999. Editorial Tirant lo blanch alternativa, pp. 24-29.

⁵²⁰ Hassemer, Winfried. Filosofía del Derecho en la República Federal de Alemania, p. 29.

Estos principios correspondían a la teoría del contrato social y, por ello, podemos señalar que forman parte del derecho penal clásico. Así, indica Hassemer en otro artículo titulado “Viejo y Nuevo Derecho Penal”, que el derecho penal clásico obedece a las filosofía política de la Ilustración, aun cuando trasciende aspectos temporales⁵²¹. En este artículo señala como elementos del derecho penal clásico, los siguientes:⁵²²

- El bien jurídico opera como un límite a la criminalización, pues solo las lesiones graves a las libertades contempladas por el contrato social, se convierten en delito.
- La renuncia de aquellas libertades contenidas en el contrato social, debe quedar claramente consignada (mandato de certeza del derecho penal).
- El poder del Estado debe ser limitado, pues este tiene su legitimación y límites en los derechos del ciudadano, de manera que no puede haber otro poder. Operan aquí principios, como el de proporcionalidad o derechos como el de defensa.

Señala Hassemer que de acuerdo con la perspectiva clásica, el derecho penal:

[...] es ciertamente un medio violento de represión, pero también un instrumento de garantía de la libertad ciudadana, y como tal es indispensable para asegurar la convivencia; lo que no quiere decir que sea autónomo, sino un eslabón en la cadena, la última ratio para la solución de los problemas sociales, y no una panacea de los mismos.⁵²³

Coincidimos totalmente con esta visión acerca del derecho penal, pues ciertamente el derecho penal no es la solución para todos los problemas, pero sí la última forma de intervención del Estado en los conflictos de los sujetos, cuando estos giran en torno a bienes jurídicos de suma importancia. Sin embargo, para gozar de esa condición con auténtica legitimidad, debe estar rodeado de una serie de garantías que permitan el respeto a la dignidad del sujeto, pues esta se mantiene como una condición que le es inherente, a pesar de las conductas que se le achacen en un proceso penal.

No obstante, actualmente enfrentamos situaciones y discursos que vienen a contraponerse a esa formalización del derecho penal: nos referimos a las políticas criminales de ley y orden, fomentadas por la tesis de

⁵²¹ Hassemer, Winfried. Viejo y Nuevo Derecho Penal. En: Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal 1999, Editorial Tirant lo blanch alternativa, p. 43.

⁵²² *Ibidem*, p. 45.

⁵²³ Hassemer, Winfried. Viejo y Nuevo Derecho Penal p. 46.

inseguridad ciudadana. Al respecto de este tema, valga citar la perspectiva de Madrigal Zamora, quien se refiere a este tema, indicando los rasgos que las caracterizan:

[...] la sostenida Campaña de Ley y Orden que los medios de transmisión masiva de la información han construido en torno al tema de la Seguridad Ciudadana, cuyos rasgos definitorios más sobresalientes son: la identificación de la seguridad ciudadana, exclusivamente con el problema de la delincuencia (dejando de lado aspectos como la salud, la educación, el respeto a los derechos ambientales, el ejercicio de los derechos políticos de la ciudadanía, etc.); la satanización del delito [...]; una proclamación de la necesidad de endurecer las leyes penales (lo que implica poner penas más severas y la tipificación de nuevas conductas delictivas); el patrocinio de iniciativas legales de penalización en abierta alianza con organizaciones y sectores de la sociedad civil, y un cuestionamiento agresivo contra el Poder Judicial al que se le achaca no actuar con rudeza contra los delincuentes.⁵²⁴

Como se desprende de este análisis, las campañas de ley y orden obvian los aspectos fundamentales de una democracia, como la necesidad de que operen valores como igualdad o libertad, o principios como el de solidaridad, de manera que se comprenda que el bienestar de las personas trasciende lo legal. Se centran por el contrario, en generar un ambiente crítico hacia todo lo que no sea políticas de “mano dura” que se plasmen en los procesos jurídicos y, sobre todo, en el derecho penal, como si este fuera la panacea de todos los problemas sociales.

Conforme con estas políticas, el marco de derechos y garantías que sustentan el llamado derecho penal clásico o liberal, se ven debilitados vertiginosamente, pues se debe “proteger” a la ciudadanía a como dé lugar, ya que como bien indican Chirino Sánchez y Llobet Rodríguez, en la cita que transcribimos a continuación, se trata la situación de inseguridad, con una perspectiva particular:

El vocabulario que se suele escuchar en las ‘trincheras legislativas’ es el propio de la guerra. Se habla no de la ‘persecución de los delitos’, sino del ‘combate de la criminalidad’. En esta ‘guerra’ todo esta disponible, sobre todo los derechos del acusado. Nada parece saciar los incontenibles deseos del legislador por mostrar una rápida reacción a los cambiantes escenarios de la criminalidad. Ni siquiera la aceptación tácita del contexto

⁵²⁴ Madrigal Zamora, óp. cit., p. 102.

general de libertades parece limitar la acción legislativa, pues se razona que si el ciudadano desea seguridad debe entregar su libertad, y esto con el objetivo de perseverar en esta verdadera lucha entre el bien y el mal. La paradoja más importante de este planteo lo es, sin duda, que todo forma parte de una lucha simple por una política criminal de prevención que echa mano del valor de cambio que tienen los mensajes de severidad en el campo del proceso penal.⁵²⁵

Es decir se ha creado un verdadero sentimiento de alarma social, mediante el énfasis que los medios de comunicación hacen de los hechos delictivos, la “nota roja”, “sucesos”, o como quiera que se le llame. Al respecto indica Hassemer, refiriéndose a la percepción social de la violencia que

Nunca como hoy ha habido la oportunidad de percibir la violencia y el ejercicio de ella. Una sociedad que dispone por un lado de poderosos medios de comunicación y, por otro esta vivamente interesada, en tanto valora estos medios, en la comunicación del fenómeno de la violencia, no necesita ya experimentar la violencia en su propio seno, para poder percibirla en toda su omnipresencia; basta solo con contemplar el ejercicio de la violencia en el mundo que nos rodea. (...) De todo ello se deduce, entre otras consecuencias, que las posibilidades de dramatizar la violencia y de politizarla son extraordinariamente grandes. Los medios de comunicación conceden gran importancia al ejercicio de la violencia y quizá también por eso informan de ella en un modo altamente selectivo.⁵²⁶

En razón de esta alarma social, tal y como afirman Chirino y Llobet, en la cita referida, el sistema requiere nuevas herramientas para enfrentar esa “nueva criminalidad” y, por ello, efectivamente, se deben entregar derechos y garantías conquistadas, a través de la historia para obtener “Seguridad”.⁵²⁷ Además, señala Hassemer citando a Jakobs que esta visión provoca que el delincuente sea un enemigo, y que el derecho penal sea “un derecho penal para enemigos”.⁵²⁸

⁵²⁵ Chirino Sánchez, Alfredo y Llobet Rodríguez, Javier. Principio de oportunidad y persecución de la criminalidad organizada. Introducción. Ediciones Jurídicas Areté, 2000, p. 13.

⁵²⁶ Hassemer, Winfried. El destino de los derechos del ciudadano en un Derecho Penal “Eficaz”. En: Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal. Viejo y Nuevo Derecho Penal. 1999, Editorial Tirant lo blanch alternativa, pp. 79-80.

⁵²⁷ Chirino Sánchez, Alfredo y Llobet Rodríguez, Javier, óp. cit., p. 13.

⁵²⁸ Hassemer, Winfried. El destino de los derechos del ciudadano en un Derecho Penal Eficaz, p. 83.

Esta perspectiva ha generado la idea de que el derecho penal moderno, debe ser una solución a los problemas de la sociedad, de todo tipo, y por ello con él se pretende arreglar todo conflicto, por mínimo que sea. De esta forma, tanto el carácter fragmentario del derecho penal, es decir, el rasgo del derecho penal, según el cual, este solo se dirige a las conductas socialmente dañosas que afecten bienes jurídicos particularmente valiosos, así como su concepción de *última ratio*, se ha visto transformado. Así, desde el punto de vista sustantivo, se ha convertido en un derecho que se pretende abarque el máximo de conductas posibles. Además, desde la perspectiva del proceso, este ha ido prescindiendo de garantías para lograr aspectos de eficiencia y celeridad a cualquier precio.

Hassemer resume las recientes tendencias del derecho penal en Alemania, las cuales obedecen a su criterio a que el derecho penal se está convirtiendo en una tecnología social y un instrumento político, lo cual genera los siguientes cambios en el derecho material de la siguiente forma:

- el interés por 'combatir' con toda celeridad y urgencia los problemas más ampliamente difundidos por los medios de comunicación y que por eso son sentidos por la opinión pública como más amenazantes: criminalidad económica y financiera, delito ecológico, delincuencia informática, terrorismo, drogas, pornografía, exportación de mercancías peligrosas, etc.;
- la protección preferentemente de bienes jurídicos universales tales como la salud pública o el medio ambiente, en lugar de los tradicionales bienes jurídicos individuales;
- el creciente empleo de los delitos de peligro abstracto que prescinden de presupuestos de la pena, tales como el resultado o la causalidad y permiten imponer una pena sólo con que el sujeto realice una determinada acción peligrosa, por ej., presente una solicitud falseando los datos para conseguir una subvención pública;
- la eliminación de los diversos grados de imputación jurídico-penal (tentativa-consumación; complicidad-autoría),
- un aumento sensible de las penas con evidentes finalidades preventivo-generales intimidatorios.⁵²⁹

En nuestra realidad, todos los aspectos contemplados en esta cita, se han visto cumplidos:

- Se ha aprobado la Ley de Penalización de la Violencia Doméstica, que busca la celeridad absoluta obviando garantías del proceso, como

⁵²⁹ Hassemer, Winfried. Filosofía del Derecho en la República Federal de Alemania, pp. 30-31.

por ejemplo, el derecho del imputado a declarar previo al dictado de las medidas cautelares y ejercer así su defensa material⁵³⁰. También se plantea un proyecto de Ley sobre la delincuencia organizada, en el cual se posibilitan los allanamientos a toda hora; se amplían los plazos de prescripción y prisión preventiva, además de que [...] *se implantan mecanismos para una vez se judicialice la prueba anticipada, solamente pueda discutirse en una oportunidad su valor, y así evitar que cuestionadas anulaciones sirvan de excusa para absolver a criminales [...]*⁵³¹. De manera que la defensa solo tendrá una única oportunidad para discutir la validez de la prueba, lo cual coarta no solo el derecho de defensa, sino también el contradictorio en su fase plena: el debate.

- Del mismo modo, se han dictado leyes a favor del medio ambiente o se han reformado leyes o normativas que tienen que ver con la salud pública, evidenciándose el cambio de bienes jurídicos individuales a bienes jurídicos colectivos.⁵³²
- Además, en los últimos años, las penas de prisión han sufrido aumentos significativos, entre los cuales podemos destacar el tema del máximo de pena que puede descontar una persona en Costa Rica, la cual antes del 2 de mayo de 1994, era de veinticinco años, pero después de esa fecha aumentó al doble.⁵³³ Otro ejemplo se encuentra en los artículos del Código Penal referentes a delitos sexuales, los cuales sufrieron aumentos alarmantes en los montos de pena.⁵³⁴
- Otro ejemplo se refiere al uso cada vez más generalizado de los delitos de peligro abstracto, los cuales se han visto multiplicados en la normativa, sancionando conductas que no lesionan ningún bien jurídico, como ocurre por ejemplo con la “Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual”⁵³⁵.

⁵³⁰ Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres. Artículo 7: “**ARTÍCULO 7.- Protección a las víctimas durante el proceso** Para proteger a las víctimas, podrán solicitarse, desde el inicio de la investigación judicial, las medidas de protección contempladas en la Ley contra la violencia doméstica, así como las medidas cautelares necesarias previstas en el Código Procesal Penal.”

⁵³¹ Dall’Anesse Ruiz, Francisco. Contra la delincuencia organizada. En: “La Nación”, 6 de mayo del 2007, Sección Opinión.

⁵³² Así por ejemplo: Ley Forestal, Ley No 7575 de 13 de febrero de 1996.

⁵³³ Ley N° 4573 y sus reformas, del 4 de marzo de 1970, Código Penal, artículo 51: “Prisión y medidas de seguridad

ARTÍCULO 51.- La pena de prisión y las medidas de seguridad se cumplirán en los lugares y en la forma en que una ley especial lo determine, de manera que ejerzan sobre el condenado una acción rehabilitadora.

Su límite máximo es de cincuenta años. (Así reformado por el artículo 1 de la ley N° 7389, del 22 de abril de 1994, publicada en La Gaceta No. 83 de 2 de mayo de 1994)”.

⁵³⁴ Código Penal, Ley n°. 4573 y sus reformas, del 4 de marzo de 1970 en el Libro II, Título Delitos Sexuales es posible encontrar varios ejemplos.

⁵³⁵ Ejemplo de delitos de peligro abstracto, se pueden encontrar en la Ley de procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual, Ley N° 8039 del 12/10/2000, art. 62: “Artículo 62.—Alteración, supresión, modificación o deterioro de las defensas tecnológicas contra la reproducción de obras o la puesta a disposición del público. Será sancionado con

- En cuanto a las formas de imputación jurídico penal, la normativa en materia de drogas, prescinde de las formas de complicidad, con descripciones en el tipo objetivo tan amplias de las diversas acciones que todas las conductas relacionadas se convierten en autorías.⁵³⁶

Desde el punto de vista del derecho procesal penal, estos cambios según indica Hassemer, pretenden “*acortar, abaratar y desformalizar el proceso*”⁵³⁷ así como desaparecer cualquier obstáculo en este, ya que se busca obtener la efectividad y economía del proceso, a costa de los derechos del imputado, del defensor e, incluso, del monopolio del *ius puniendi* por parte del Estado.⁵³⁸ En la práctica, en nuestro país, la reforma procesal penal de 1996 que entró en vigencia en 1998, incorpora estos criterios eficientistas, mediante institutos como el procedimiento abreviado, o bien como la aplicación de criterios de oportunidad, con base en la negociación que permite la existencia de los llamados “testigos de la corona”.

En cuanto al derecho penitenciario, señala Hassemer que apenas si ha sufrido reformas, y actualmente lo que se pretende es la desformalización de la situación del interno en el sistema penitenciario.⁵³⁹ Así por ejemplo en nuestro país, recientemente se hicieron reformas, según las cuales, se reduce la posibilidad de que el imputado sea valorado para obtener el beneficio relativo a la incorporación paulatina de los sujetos condenados (cambio de nivel que permite acceder del institucional al semiinstitucional), ya que se varían los parámetros temporales que existían, pues si antes se valora al condenado cada seis meses, actualmente se modificó en el sentido de que no se valora hasta que tenga la mitad de la pena cumplida; así por ejemplo en una condena de seis años, el sujeto no será valorado hasta los tres años.⁵⁴⁰

prisión de uno a tres años quien, en cualquier forma, altere, suprima, modifique o deteriore los mecanismos de protección electrónica o las señales codificadas de cualquier naturaleza que los titulares de derechos de autor, artistas, intérpretes o ejecutantes, o productores de fonogramas hayan introducido en las copias de sus obras, interpretaciones o fonogramas, con la finalidad de restringir su comunicación al público, reproducción o puesta a disposición del público.”

⁵³⁶ Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas, Ley No. 8204 del 26 de diciembre del 2001, publicado en La Gaceta No. 8 de 11 de enero del 2002, Ley de Psicotrópicos, artículo 58, “Artículo 58.- Se impondrá pena de prisión de ocho a quince años a quien, sin autorización legal, distribuya, comercie, suministre, fabrique, elabore, refine, transforme, extraiga, prepare, cultive, produzca, transporte, almacene o venda las drogas, las sustancias o los productos referidos en esta Ley, o cultive las plantas de las que se obtienen tales sustancias o productos.”

⁵³⁷ Hassemer, Winfried. Filosofía del Derecho en la República Federal de Alemania, p. 31.

⁵³⁸ *Ibidem*, p. 31.

⁵³⁹ Hassemer, Winfried. Filosofía del Derecho en la República Federal de Alemania, p. 31.

⁵⁴⁰ Decreto N° 32754 del tres de octubre de dos mil cinco, “Reglamento para la Autorización del Beneficio del Artículo 55 del Código Penal a la Prisión Preventiva y a la Pena de Prisión de las Personas Privadas de Libertad”; artículo 15: “Artículo 15.—A la persona sentenciada podrá autorizarse el beneficio del artículo 55 del Código Penal a partir del cumplimiento

Hassemer también señala que las características del derecho penal clásico que funcionaron como garantías, en el derecho penal moderno se han distorsionado, sirviendo más bien para disparar la reacción violenta del Estado.⁵⁴¹

- Los bienes jurídicos ya no operan como limitantes para la elaboración de tipos penales, cuando efectivamente se requieran, sino que por el contrario, han pasado a ser:

[...] criterios positivos para justificar decisiones criminalizadoras, perdiendo el carácter de criterio negativo que tuvo originariamente.⁵⁴²

- La idea de la “prevención” ha ido tomando un lugar preponderante, ya que según indica Hassemer:

Aquí se hacen dominantes las esperanzas preventivas (individuales y generales) en mejorar el mundo con el derecho penal a costa de renunciar a los tradicionales fines de la pena de un tratamiento equitativo según la gravedad del ilícito y de la culpabilidad.⁵⁴³

Destaca Hassemer un aspecto altamente preocupante, por contravenir la democracia como sistema de medios respetuosos de los derechos fundamentales y es que:

Igualmente ocurre con el terrorismo y con la criminalidad organizada, reguladas en el moderno derecho con criterios predominantemente preventivos: agravaciones de los marcos penales, drásticas ampliaciones de los medios coactivos en la fase instructora del proceso penal, utilización del llamado testigo de la corona, de los arrepentidos, nuevas penas patrimoniales casi indeterminadas, etc. **Cada vez más el fin parece justificar los medios.**⁵⁴⁴ (La negrita no pertenece al original).

de la mitad de la pena con descuento, con base en el cómputo inicial elaborado por la autoridad judicial competente. Se exceptúan aquellos sentenciados por hechos acaecidos con anterioridad al 10 de mayo de 1994, en cuyo caso se aplicará el descuento de la pena durante todo el periodo de prisionalización, conforme las reglas que antes de la fecha indicada contenía el texto anterior del artículo 55 del Código Penal.”

⁵⁴¹ Hassemer, Winfried. Viejo y Nuevo Derecho Penal. pp. 47-51.

⁵⁴² Hassemer, Winfried. Viejo y Nuevo Derecho Penal. En: Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal. 1999, Editorial Tirant lo blanch alternativa, p.47.

⁵⁴³ Hassemer, Winfried. Viejo y Nuevo Derecho Penal. p. 49.

⁵⁴⁴ Ibidem, pp. 40-50.

Con esta visión se afecta el principio de igualdad, pues se generan consecuencias diversas, según se coopere o no con el sistema: caso del arrepentido.

- En cuanto a la orientación a las consecuencias, señala Hassemer que en el derecho penal moderno, no interesa tanto el principio de igualdad y la retribución justa, como el sensibilizar mediante su aplicación en temas novedosos. Así ejemplifica lo que ocurre con el medio ambiente. Esto provoca la pérdida del carácter de *última ratio* del Derecho Penal, pues este se aplica a todo, a pesar de la gravedad de sus consecuencias.⁵⁴⁵

Hemos enunciado brevemente el problema del abandono del derecho penal clásico o liberal por el derecho penal moderno, el cual resulta ser una tendencia a nivel mundial. Ahora bien, ¿a qué conclusión podemos llegar ante este panorama? Considero que estamos ante una situación grave, delicada, porque la visión del derecho penal que persigue el derecho penal moderno, implica una amenaza real para la democracia y sus valores que se ven sacrificados ante una supuesta “seguridad”, que no es más que una forma de control del sujeto.

Tengamos claro que un derecho penal que gira en torno a la prevención y que abandona su enfoque hacia las consecuencias, privilegiando convertirse en instrumento de sensibilización en determinadas materias, como ocurre con las manifestaciones del derecho penal moderno, está realizando el abandono de los principios que sirven de límite al ejercicio del *ius puniendi* estatal, como por ejemplo, el principio de legalidad o el principio de libertad, y está renunciando implícitamente a los valores que se encuentran tras estos principios (libertad, justicia, dignidad, entre otros). Notemos que conforme con esta perspectiva, el sujeto no va a responder por lo que ha hecho y sus consecuencias, sino **por lo que podría hacer**, de manera que esta visión revela un calamitoso retorno a conceptos que ya habían sido superados; pero que sutilmente se van infiltrando en el sistema mediante la elaboración de tipos penales de peligro abstracto: me refiero a la peligrosidad y al derecho penal de autor.

Reitero que cuando se renuncia a los principios del derecho penal clásico o liberal, se está renunciando en gran medida a los valores y principios de la democracia, ya que tal y como lo señalamos anteriormente,⁵⁴⁶ el sistema penal de una sociedad refleja la ideología de esta, por lo que la aceptación de este tipo de cambios en el sistema penal, refleja modificaciones en la ideología política. Solo preguntémonos, si el cambio es para restringir derechos y

⁵⁴⁵ Ibidem, p. 51.

⁵⁴⁶ Véase, p. 224, cita 389.

debilitar garantías, además, si será un cambio que favorezca la democracia, conforme la hemos analizado a lo largo de este recorrido conceptual.

Recordemos también, que el derecho penal es de por sí un instrumento de control social, de manera que si el derecho penal opta por abandonar estos principios que limitan ese control social, se augura un Estado propio de la visión de Foucault, en donde el sujeto pasa a ser un peón en el tablero del quehacer del poder, y en un Estado así, la dignidad del sujeto no es un concepto por respetar y fomentar, puesto que depende no de lo que *es efectivamente dignidad*, sino de lo que el Estado *permite que sea*.

Por tanto, en un Estado que tiende a esta visión, aspectos como la eficiencia y la eficacia sí son importantes, y de ahí muchos cambios que operan a nivel procesal y que evidencian ese afán de celeridad propio de las empresas privadas; pero que lamentablemente se buscan aplicar a aspectos sensibles de la vida en sociedad que nunca deberían ser alcanzados por estos criterios como ocurre por ejemplo con la Administración de Justicia, en donde las garantías procesales se ven debilitadas.

Como podemos observar de esta breve exposición, el estudio del derecho penal moderno y como su perspectiva controladora y eficientista debilita los derechos y garantías, resulta ser un tema básico que quienes forman parte de la Defensa Pública deben conocer, pues ciertamente, en este momento histórico, se requiere capacidad de reacción por parte de los operadores del sistema para enfrentarlo. El limitarse a ver lo que ocurre, sin realizar acciones concretas que se pueden evidenciar en cada caso, facilita el deterioro acelerado del sistema democrático, y con ello, debilita nuestro sistema político. Sobre este tema, evidentemente, se podría y se debe analizar mucho más, pero de momento basta lo dicho para concienciar al lector acerca de su importancia y estimular su interés en él, a fin de que busque conocer más al respecto, y así cuente con elementos para poder enfrentarlo.

CONCLUSIÓN

Después del recorrido conceptual que hemos realizado por los temas básicos de la democracia, nos quedan como conclusiones a resaltar los aspectos que expondremos brevemente a continuación.

La democracia, si bien no es perfecta y se encuentra sujeta a constantes ajustes, dependiendo de las circunstancias del entorno, resulta ser el mejor de los sistemas políticos del que puede participar el ser humano, pues es el más respetuoso de este y de sus necesidades. Trata aspectos que van más allá de un sistema electoral, sin que con ello se demerite de manera alguna la importancia que tiene un sistema de escogencia de los gobernantes, limpio de todo tipo de irregularidades, pero trasciende a este, pues abarca muchos otros aspectos, por lo que se convierte en una verdadera forma de vida. Por tanto, resulta como lo estudiamos en su oportunidad, un sistema de medios, y no de fines, ya que siempre debe ser respetuoso del ser humano y su dignidad, empleando los medios que no lesionen a la persona y sus derechos para alcanzar los objetivos que se proponga.

Esta situación obedece a que el sistema democrático se encuentra inspirado en valores fundamentales para el ser humano, los cuales se reflejan en principios que sirven de norte al sistema, el cual debe ajustarse a ellos, de manera que operan como límites al ejercicio del poder.

Por otra parte, en un sistema democrático, se pretende la satisfacción de las necesidades del ser humano, respondiendo al fundamento de los derechos de la persona. Por ello, cuando estos derechos son lesionados o violentados, resultan imprescindibles las garantías como medios de restablecer al sujeto que vio lesionados sus derechos y el ejercicio pleno de estos. Estos mecanismos operan a diversos niveles, pero en cada uno de ellos, se busca solventar el derecho que hubiera sido maltratado.

Pero, las necesidades que, como recién mencionamos, sirven de fundamento a los derechos humanos, también son fundamento de los servicios públicos. Es más, podríamos decir que usualmente para brindar vigencia a los derechos humanos, se crean servicios públicos que satisfagan las necesidades del sujeto en los campos que más se requiera. Entre estas necesidades, destacamos en nuestra investigación el tema del acceso a la justicia, y en particular, la existencia de un derecho de quienes se encuentran sometidos a un proceso judicial de contar con asesoría técnica eficiente. Como todo derecho fundamental, el que recién mencionamos encuentra límites y, por ello, no opera en todas las ramas del derecho, sino en aquellas de particular sensibilidad social, como ocurre con la materia penal que, por tratarse de una materia cuyo impacto en la vida del sujeto resulta tan gravoso, fue en la que desde el primer momento, se ha reconocido la necesidad de una asesoría técnica al sujeto sometido al proceso penal. Pero los rangos de competencia

de la Defensa Pública, se han ido ampliando a otras materias, como la de pensiones alimentarias, ejecución penal, penal juvenil, o materia agraria.

Ahora bien, la Defensa Pública entonces aparece dentro de un Estado democrático y social de derecho con una triple naturaleza: garantía de derechos, derecho fundamental y servicio público. Esto en razón de la importancia de su función en un sistema democrático, pues posibilita que valores y derechos propios de este, cobren efectiva vigencia. Para muestra, el ejemplo de la igualdad, que con la existencia y participación de la defensa pública en la asesoría de personas en determinados procesos, pasa de ser una igualdad formal a una sustantiva. Por lo tanto, la defensa pública al fomentar, proteger y garantizar los valores democráticos, deviene en un verdadero bastión de este sistema, el cual debemos fortalecer y preservar para que pueda seguir brindando sus servicios a todo el que lo requiera, pero en particular, a la población más vulnerable.

Ciertamente, la Defensa Pública debe, en su diaria labor de resguardo de los derechos fundamentales, mantener una actitud de vigilancia para que con la denuncia de cualquier irregularidad en el caso concreto a favor de su representado, el sistema democrático resulte cada vez más fortalecido. Máxime, si tomamos en cuenta que la sensibilidad social y la solidaridad deben caracterizar el ejercicio de la función de la Defensa Pública en todos sus ámbitos, pues por su triple naturaleza, la labor de esta institución debe contar con un absoluto compromiso por parte de quienes la realizan, conscientes de que la persona que acude a este servicio público, merece no solo la mejor defensa técnica posible, sino el respeto que le corresponde por su dignidad.

Por ello, todo aquel que ejerza la defensa pública, debe afrontar su labor con responsabilidad y tesón, procurando prepararse cada día más para el ejercicio de su función, y ubicando la importancia de este servicio dentro de una democracia. Si existe esta visión y este compromiso, el servicio que se brinda al usuario de la institución, gozará no solo de excelencia técnica, sino también de un alto contenido de solidaridad y humanidad imprescindibles en las funciones de aquellos que laboran con personas involucradas en conflictos de todo tipo, quienes poseen la condición inherente de dignidad humana a pesar de cualquier situación que enfrenten.

De esta manera, tengamos claridad en cada decisión y acción que tomemos dentro del ejercicio de la defensa técnica. Entendamos que la función de la Defensa Pública, es una labor valiosa, la cual debe ser realizada con la mística de quien se ha comprometido a auxiliar a una persona en una situación que afectará toda su vida, y la de su familia. Seamos entonces responsables y sigamos comprometidos con nuestra función y nuestros defendidos, para que de esta forma, fortalezcamos el sistema democrático, pues como hemos sostenido a lo largo de esta investigación, la defensa técnica en el caso concreto, impacta más allá de este, ya que la depuración del sistema que se realiza a través de nuestra labor consciente, nos ubica también como defensores de la democracia, sistema que aun cuando sea perfectible, es el sistema que mas favorece al ser humano y a su dignidad.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

Ábalos, María Gabriela. Los Servicios Públicos. En Manual de Derecho Administrativo. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1996.

Abarca Díaz, Marco y otros. Fruto de la Perseverancia. El sistema nacional de comisiones de valores de Costa Rica. San José: Editorial de la Universidad de Costa Rica, 1ª. Edición, 2001.

Alonso de Antonio Angel y otro. Derecho Constitucional Español. Madrid: Editorial Universitas, 3ª. Edicion, 2002.

Álvarez Desanti, Arnoldo. Poder Constitucional y Poder Legislativo. En: La Jurisdicción Constitucional y su influencia en el Estado de Derecho., San José: UNED, 1ª Edición, 1996

Aragón, Manuel. Constitución y control del poder. Argentina: Ediciones Ciudad Argentina, 1995.

Arroyo Gutiérrez, José Manuel. El sistema penal ante el dilema de sus alternativas. San José, Costa Rica: Colegio de Abogados de Costa Rica, 1995.

Atria, Fernando. Legalismo, Derechos y política. En Los derechos fundamentales. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto, SELA, 2003.

Bergalli, Roberto y otro. El pensamiento criminológico. Bogotá: Editorial Temis, Volumen I., 1983.

Binder, Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Editorial Ad-hoc, 1993.

Binder, Alberto y Obando, Jorge. De las “Repúblicas Aéreas” al Estado de Derecho. Buenos Aires :Editorial Ad-hoc, 2004.

Böckenförde, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Madrid, Editorial Trotta, 2000.

Bodenheimer, Edgar. Teoría del Derecho. Fondo de Cultura Económica, México: 1ª Reimpresión, 1971.

Chirino Sánchez, Alfredo y Llobet Rodríguez, Javier. Principio de oportunidad y persecución de la criminalidad organizada. Introducción. Costa Rica San José: Edición Mundo Gráfico, 2000.

Dall'Anesse Ruiz, Francisco. El proceso penal juvenil costarricense: Principios y alternativas a la justicia. En De la Arbitrariedad a la Justicia: Adolescentes y Responsabilidad Penal en Costa Rica. San José, Costa Rica: Editorial UNICEF, 1ª. Edición, 2000.

Elbert, Carlos Alberto. Manual de Criminología. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1998.

Esparza Leibar, Iñaki. El principio del proceso debido. Prólogo de Juan Luis Gómez Colomer. Barcelona: Bosch Editor, 1995.

Fernández Ruiz, Jorge. Derecho Administrativo (Servicios Públicos). México: Editorial Porrúa, 1995.

Ferrajoli, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

Foucault, Michel. Vigilar y Castigar. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, Argentina: 1ª. Edición, 2002.

González-Varas Ibáñez, Santiago. El Derecho Administrativo Privado. Madrid: Editorial Montecorvo S.A., 1996.

Gutiérrez, Carlos José. Lecciones de Filosofía del Derecho. Costa Rica, San José: Editorial Universitaria, 2ª. Edición, 1973.

Gutiérrez, Carlos José. Garantías de los Derechos Fundamentales. En: La Jurisdicción Constitucional y su influencia en el Estado de Derecho. San José, Costa Rica: EUNED, 1996.

Habermas, Jürgen. Facticidad y Validez. Madrid: Editorial Trotta, Cuarta Edición, 2005.

Hernández Valle, Rubén. El régimen jurídico de los derechos fundamentales en Costa Rica: Editorial Juricentro. 2002.

Hernández Valle, Rubén. Los principios constitucionales. San José: Escuela Judicial, Corte Suprema de Justicia. 1992.

Hernández Valle, Rubén. Derecho Procesal Constitucional. San José: Editorial Juricentro, 2001.

Hernández Valle, Rubén. Prerrogativa y Garantía. San José: EUNED, 1ª Edición, 1995.

Hernández Valle, Rubén. La Tutela de los Derechos Fundamentales. San José: Editorial Juricentro, 1996.

Hassemer, Winfried. Filosofía del Derecho en la República Federal de Alemania. En: Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal. Valencia: Editorial Tirant lo blanch alternativa, 1999.

Hassemer, Winfried, Viejo y Nuevo Derecho Penal. En: Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal. España: Editorial Tirant lo blanch alternativa, 1999.

Hassemer, Winfried, El destino de los derechos del ciudadano en un Derecho Penal “Eficaz”. En: Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal. Viejo y Nuevo Derecho Penal. España: Editorial Tirant lo blanch alternativa, 1999.

Karpen, Ulrich. Condiciones de la eficiencia del Estado de derecho. Especialmente en los países en desarrollo y en despegue. En: Estado de derecho y democracia. Buenos Aires: Editorial (CIEDLA) Centro interdisciplinario de Estudios sobre el desarrollo latinoamericano Konrad-Adenauer-Stiftung, 1999.

Klein, Eckart. Protección de las minorías: concepción y vigencia. Centro interdisciplinario de Estudios sobre el desarrollo latinoamericano Konrad-Adenauer-Stiftung, Buenos Aires, 1999.

Lacoste, Gachouche. “Ética Judicial”. en “Memoria del Seminario de “Ética Judicial”, San José: Mundo Gráfico de San José S.A., 1996.

Loewenstein, Kalt. Teoría de la Constitución. Barcelona: Ariel Derecho, 1986.

López Guerra, Luis y otros. Derecho Constitucional. Volumen I, Valencia: Tirant lo blanch. 2002.

Llobet, Javier. Derecho Procesal Penal. I. Aspectos generales. San José: Editorial Jurídica Continental.1993.

Llobet, Javier, Proceso Penal en la Jurisprudencia, San José C. R.: Imprenta y Litografía Mundo Gráfico de San José, Tomo I, 1ª edición, 2001.

Llobet, Javier, Proceso Penal Comentado. San José: Editorial Jurídica Continental, San José, 3ª. Edición, 2006.

Molas, Isidre. Derecho Constitucional. Madrid: Editorial Tecnos, 3ª Edición, 2005.

Maier, Julio. Derecho Procesal Penal. Fundamentos. Tomo I. Buenos Aires: Editores Del Puerto SRL, 1996.

Mora Mora, Luis Paulino y Navarro Solano, Sonia. Constitución y Derecho Penal. San José, Costa Rica: Escuela Judicial, 1995, p. 38.

Mora Mora, Luis Paulino, “Los Principios fundamentales que informan el Código Procesal penal de 1998”, Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal. San José: Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1ª Edición, 1996.

Mora Mora, Luis Paulino, Garantías constitucionales en relación con el imputado. En “Libro Homenaje al Profesor Eduardo Ortiz”. San José, Editorial Prometeo, 1994.

Mora Mora, Luis Paulino, El Hábeas Corpus como protección a la libertad ambulatoria, en “La Sala Constitucional. Homenaje en su X Aniversario”. San José: Universidad Autónoma de Centro América, 1999.

Mora Mora, Luis Paulino y Hernández López, Nancy. El Derecho Internacional y su influencia en la Jurisdicción Constitucional Costarricense. En La jurisdicción constitucional y su influencia en el Estado de Derecho, San José: EUNED, 1996.

Pérez Luño, Antonio. Derechos Humanos. Estado de derecho y Constitución. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1984.

Pérez Luño, Antonio. Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución. Madrid: 5ª. Edición, 1995.

Piza Escalante, Rodolfo. Los valores en la interpretación constitucional. En: La Jurisdicción Constitucional y su influencia en el Estado de Derecho. San José: UNED, 1ª Edición, 1996.

Raphael, D.D. Democracia. En Volio, Fernando. Democracia, Valores y Principios. San José: Libro Libre, 1986.

Rodee y otros. La filosofía de la democracia. En Volio, Fernando. Democracia, Valores y Principios. San José: Libro Libre, 1986.

Rodríguez Rescia, Víctor. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. En Primer Congreso Interamericano de Defensoría Públicas. San José, Costa Rica: Departamento de Publicaciones e Impresos, Poder Judicial, 2002.

Sandoval Huertas, Emiro. La región más oscura y más transparente del poder estatal: a propósito de la regulación disciplinaria para las cárceles colombianas. En La pena privativa de libertad en Colombia y Alemania Federal. Antología del curso Derecho Penitenciario, Maestría de Ciencias Penales de la U.C.R., Primer semestre, San José, Costa Rica: 2004.

Sandoval Huertas, Emiro. Penología. Parte general y especial. Ediciones Jurídica Gustavo Ibáñez. s.f., Antología del curso Derecho Penitenciario, Maestría de Ciencias Penales de la U.C.R., Primer semestre, San José, Costa Rica: 2004.

Stratchey, John. El desafío de la democracia. En Volio, Fernando, Democracia, Valores y Principios. San José: Libro Libre, 1986.

Thesing, Josef. Estado de derecho y democracia. Prefacio. Centro interdisciplinario de Estudios sobre el desarrollo latinoamericano Konrad-Adenauer-Stiftung, Buenos Aires: 1999.

Tocora, Fernando. Principios Penales Sustantivos. Bogotá: Editorial Temis, 2002.

Von Munich, Ingo. ¿Estado de derecho versus Justicia? 1999, Buenos Aires: Editorial Centro interdisciplinario de Estudios sobre el desarrollo latinoamericano Konrad-Adenauer-Stiftung, 1999.

REVISTAS

Armienta Calderón Gonzalo. “El proceso como expresión de la democracia I)”, En Revista Mexicana de Justicia, Mexico: número 13, vol. III, julio-agosto 1981.

Capeletti, Mauro. “Acceso a la Justicia”. En Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, n.º 48, septiembre-diciembre de 1988.

Chan Mora, Gustavo. “El Ejercicio de la Defensa Pública: ¿Una forma de caridad o solidaridad?” En Revista de la Defensa Pública de Costa Rica, n.º. 2, octubre, 2002.

Harfuch, Andrés. “Principios, instrucciones y organización de la Defensa Pública”. En Revista Latinoamericana de Política Criminal, Pena y Estado, Ediciones del Instituto, número 5, 2002.

Hernández Valle, Rubén. “El Principio Democrático. Boletín Mexicano de Derecho Comparado”. En Nueva Serie, Año XXX, n° .88, Enero-Abril 1997.

López Puleio, María Fernanda. “Justicia Penal y Defensa Pública, la deuda pendiente”. En Revista Latinoamericana de Política Criminal, Pena y Estado, Ediciones del Instituto, número 5, 2002.

Martínez, Stella Maris. “Defensa Pública, Derecho del Pueblo”. En Revista Latinoamericana de Política Criminal, Pena y Estado, Ediciones del Instituto, número 5, 2002.

Madrigal Zamora, Roberto. “Por quién merece amor (De la Defensa Pública como posición política)”. En Revista Defensa Pública, n°. 4, Febrero 2005, San José Costa Rica: Asociación Costarricense de la Defensa Pública.

Martínez, Stella Maris y María Fernanda López Puleio. “Entrevista al Profesor Luigi Ferrajoli sobre la Defensa Pública”. En Revista Latinoamericana de Política Criminal, Pena y Estado, Ediciones del Instituto, número 5, 2002.

Obregón Valverde, Enrique. “Educación Cívica y formación de valores del ciudadano costarricense”. En Revista Parlamentaria, Vol 5, n°. 2, agosto 1997.

Ureña Salazar, Joaquín. “La Defensa Pública y el Derecho Penal de mínima intervención. A propósito de la “defensa-caridad”. En Revista de la Defensa Pública de Costa Rica, n°. 3, octubre, 2003.

DIRECCIONES ELECTRONICAS

Mansilla, Felipe. Las debilidades de la democracia contemporánea frente a la cultura popular, una visión heterodoxa desde el tercer mundo, en [www.redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdc110/11001404 pdf](http://www.redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdc110/11001404.pdf), el 13/10/06 a las 9:17 a.m.

ARTÍCULOS DE PERIÓDICO

Mora Mora, Luis Paulino. Celeridad y Justicia. La Nación, miércoles 4 de octubre de 2006.

Dall’Anesse Ruiz, Francisco. Contra la delincuencia organizada. En: “La Nación”, 6 de mayo de 2007, Sección Opinión.

TESIS

Guzmán Villalobos, Roxana y Montero Montero, Diana. Objeto y cobertura de la acción de amparo en Costa Rica. Tesis para optar por el título de Licenciadas en Derecho. Universidad de Costa Rica, 1993.

Murillo González, Jorge y Salguero López, Juan Pablo. Deficiencias y limitaciones en el modelo de regulación tarifario de los servicios públicos competencia de la ARESEP. Tesis para optar por el grado de Licenciados en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2003.

JURISPRUDENCIA

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res: 2004-03441 de las cuatro horas con cuarenta y un minutos del treinta y uno de marzo de dos mil cuatro.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res: 7549-94 de las dieciséis horas cuarenta y dos minutos del veintidós de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 990-92 de las dieciséis horas treinta minutos del catorce de abril de mil novecientos noventa y dos.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 07961-2005 de las diecisiete horas con cincuenta minutos del veintiuno de junio de dos mil.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 2006-03276 de las trece horas con tres minutos del diez de marzo de dos mil seis.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 3550-92 de las diecisiete horas con cincuenta minutos del veintiuno de junio de mil novecientos noventa y dos.

Sala Constitucional de La Corte Suprema de Justicia. Res. 2005-07961 de las diecisiete horas con cincuenta minutos del veintiuno de junio de dos mil cinco.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 3435-92 de las dieciséis horas con veinte minutos del once de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res.3686-93 de las catorce horas y tres minutos del treinta de julio de mil novecientos noventa y tres.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 2002-02651 de las ocho horas con cincuenta y cinco minutos del quince de marzo de dos mil dos.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 2493-97 de las quince horas con nueve minutos del siete de mayo de mil novecientos noventa y siete.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 6115-93 de las 14:03 hrs. del 23 de noviembre de mil novecientos noventa y tres.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res: 2004-04626 de las doce horas con cuatro minutos del treinta de abril de dos mil cuatro.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res 8218-98 de las 16 hrs del 18 noviembre de 1998.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 1441-96 de las dieciséis horas con quince minutos del veintisiete de marzo de mil novecientos noventa y seis.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 2004-09992 de las catorce horas con treinta y un minutos del ocho de setiembre de dos mil cuatro.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 1999-06470 de las catorce horas con treinta y seis minutos del dieciocho de agosto de mil novecientos noventa y nueve.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 07961-2005 de las diecisiete horas con cincuenta minutos del veintiuno de junio de dos mil.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res: 2004-04626 de las doce horas con cuatro minutos del treinta de abril de dos mil cuatro.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res: 2003-02271 de las once horas con cuarenta minutos del cuatro de abril de dos mil tres.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res: 6579-94 de las quince horas con quince minutos del 8 de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Sala Constitucional de La Corte Suprema de Justicia. Res: 1999-06470 de las catorce horas con treinta y seis minutos del dieciocho de agosto de mil novecientos noventa y nueve.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 3550-92 de las dieciséis horas del veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 06982-94 de las quince horas con cuarenta y ocho minutos del veintinueve de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 03495-92, de las catorce horas con treinta minutos del diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 1997-04713 de las dieciséis horas con veintisiete minutos del diecinueve de agosto de mil novecientos noventa y siete.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 1739-92 de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 897-98 de las diecisiete horas con quince minutos del once de febrero de mil novecientos noventa y ocho.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 1997-04713 de las dieciséis horas con veintisiete minutos del diecinueve de agosto de mil novecientos noventa y siete.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Res. 2002–1764 de las catorce horas con treinta y siete minutos del 20 de febrero de dos mil dos.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 3834-92 de las diecinueve horas treinta minutos del primero de diciembre de mil novecientos noventa y dos.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 7259-05 de las ocho horas con cincuenta y ocho minutos del 10 de junio de dos mil cinco.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 243-01 de las catorce horas con cuarenta y cinco minutos del diez de enero de dos mil uno.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 5759-93 del 10 de noviembre de mil novecientos noventa y tres..

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 2771-2003 de las once horas con cuarenta minutos del cuatro de abril de dos mil tres.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 4805-94 de las trece horas con dieciocho minutos del dos de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 03684-2006 de las catorce horas con cuarenta y tres minutos del veintidós de marzo de dos mil seis.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 2005-016907 de las catorce horas con cincuenta y nueve minutos del siete de diciembre de dos mil cinco.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 01793-2001 de las quince horas con diecisiete minutos del siete de marzo de dos mil uno

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 2001-3415 de las quince horas con veinticinco minutos del dos de mayo de dos mil uno.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 2000-10105 de las catorce horas con cincuenta y nueve minutos del dieciséis de noviembre de dos mil.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 02768-2005 de las once y veintidós horas del once de marzo de 2005.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res-9064-2002 de las dos y cuarenta y seis horas del dieciocho de setiembre de 2002.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res: 2003-10281, de las diecinueve horas con cuarenta y nueve minutos del dieciséis de setiembre de dos mil tres.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res: 2003-09064, de las catorce horas con cuarenta y seis minutos del dieciocho de setiembre de dos mil dos.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 2006-004830, de las catorce horas y treinta y seis minutos del cinco de abril de dos mil seis.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 2006-008504 de las ocho horas treinta y un minutos del dieciséis de junio de dos mil seis.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 2005-02596 de las ocho horas con treinta minutos del once de marzo de dos mil cinco.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res: 2001-12953 de a las dieciséis horas con veinticinco minutos del dieciocho de diciembre de dos mil uno.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res: 2005-08312 de las dieciséis horas con veintisiete minutos del veintiocho de junio de dos mil cinco.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res: 2000-09462 de las ocho horas con treinta y cuatro minutos del veintisiete de octubre de dos mil.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 1997-01898 de las trece horas con dieciocho minutos del cuatro de abril de mil novecientos noventa y siete.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 03967-98 de las once horas con cuarenta y un minutos del doce de junio de mil novecientos noventa y ocho.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 506-1-96 de las catorce horas del doce de noviembre de mil novecientos noventa y seis.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 3988-92 de las quince horas y treinta y nueve minutos del quince de diciembre de mil novecientos noventa y dos.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 4126-97 de las dieciocho horas con seis minutos del 16 de julio de mil novecientos noventa y siete.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res.7643-97 de las doce horas con cincuenta y cuatro minutos del catorce de noviembre de mil novecientos noventa y siete.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 3194-92 de las dieciséis horas del veintisiete de octubre de mil novecientos noventa y dos.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 3457-96 de las quince cincuenta y un horas del nueve de julio de 1996.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 2150-92 de las doce horas del ocho de agosto de 1992.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 2456-92 de las once horas con dieciséis minutos del veintiuno de agosto de mil novecientos noventa y dos.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 88-92 de las once horas del diecisiete de enero de mil novecientos noventa y dos.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 2000-01398 de las diecinueve horas con seis minutos del nueve de febrero de dos mil.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 1463-90 de las catorce horas con treinta minutos del treinta de octubre de mil novecientos noventa.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 5566-00 de las nueve horas con un minuto del siete de julio de 2000.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 06859-98 de las dieciséis horas con treinta y tres minutos del veinticuatro de setiembre de mil novecientos noventa y ocho.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 2621-1995 de las quince horas treinta y tres minutos del veintitrés de mayo de mil novecientos noventa y cinco.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 491-90 de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del quince de mayo de mil novecientos noventa.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 5669 de las quince y treinta y seis horas del diecisiete de octubre de 1995.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 4190 de las once horas con treinta y tres minutos del 28 de julio de mil novecientos noventa y cinco.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 1319 de las catorce y cincuenta y un horas del cuatro de marzo de 1997.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 94 de las quince horas con quince minutos del 27 abril de 1994.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 1999-00360 de las quince horas con cincuenta y un minutos del veinte de enero de mil novecientos noventa y nueve.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 1631-91 de las diecisiete horas del veintiuno de agosto de mil novecientos noventa y uno.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 4113-93 de las dieciséis horas del veinticuatro de agosto de 1992.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 7155-2000 de las catorce horas con cincuenta y seis minutos del 16 de agosto de 2000.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 1999-00360 de las quince horas con cincuenta y un minutos del veinte de enero de mil novecientos noventa y nueve.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 4717-97 de las dieciséis horas con treinta y nueve minutos del diecinueve agosto de mil novecientos noventa y siete.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 1185-95 de las catorce horas y treinta y tres minutos del día dos de marzo de mil novecientos noventa y cinco.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 1999-09941 de las diecisiete horas con quince minutos del dieciséis de diciembre de mil novecientos noventa y nueve.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 2883-96 , de las diecisiete horas del trece de junio de mil novecientos noventa y seis.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 2001-06610 de las quince horas con cincuenta y nueve minutos del diez de julio de dos mil uno.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res 2955-07 de las nueve horas con veinte minutos del dos de marzo de dos mil siete.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 462-F-94 de las diez horas con veinte minutos del cuatro de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Res. 2000-01391 de las catorce horas con quince minutos del seis de diciembre de dos mil.

NORMATIVA INTERNACIONAL

Declaración Universal de los Derechos Humanos, dictada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948.

Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano: actualizado en junio de 2005. Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2005.

Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución n.º 447 de la Asamblea General de la OEA, Noveno período ordinario de sesiones, La Paz, Bolivia, octubre de 1979.

Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobado por la Comisión en su 109º período extraordinario de sesiones, (4 al 8 de diciembre de 2000) y modificado en su 116º período ordinario de sesiones (7 al 25 de octubre de 2002).

Estatuto de la Corte Interamericana de derechos Humanos. Resolución n.º 448 de la Asamblea General de la OEA, Noveno período ordinario de sesiones, La Paz, Bolivia, octubre de 1979.

Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Aprobado por la Comisión en su XLIX período extraordinario de sesiones, 16 al 25 de noviembre de 2000 y modificado en su LXI período ordinario de sesiones, celebrado del 20 de noviembre al 4 de diciembre de 2003.

Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución n.º 447 de la Asamblea General de la OEA. Noveno período ordinario de sesiones, La Paz, Bolivia, octubre de 1979.

Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por la Comisión en su 109º período extraordinario de sesiones, (4 al 8 de diciembre de 2000) y modificado en su 116º período ordinario de sesiones (7 al 25 de octubre de 2002).

Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Resolución n.º 448 de la Asamblea General de la OEA, Noveno período ordinario de sesiones, La Paz, Bolivia, octubre de 1979.

Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por la Comisión en su XLIX período extraordinario de sesiones, 16 al 25 de noviembre de 2000 y modificado en su LXI período ordinario de sesiones. Celebrado del 20 de noviembre al 4 de diciembre de 2003.

DISCURSOS Y CONFERENCIAS

Discurso de lanzamiento del “Estatuto de la Justicia y Derechos de las personas usuarias del Sistema Judicial”, pronunciado por el Dr. Luis Paulino Mora Mora, presidente de la Corte Suprema de Justicia, el 1º de marzo de 2007.

Discurso del Acto de Apertura del Año Judicial 2007, pronunciado por el Dr. Luis Paulino Mora Mora, el 23 de marzo del 2007, Auditorio Miguel Blanco Quirós del Poder Judicial.

Discurso de presentación del libro “Manual de oralidad para jueces y juezas”, pronunciado por la doctora Jenny Quirós Camacho, el jueves 19 de abril de 2007 en el Salón Multiusos de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Conferencia dictada por el doctor Rodolfo Vigo, el lunes 26 de marzo, a las 4 de la tarde en el Salón de Ex Presidentes de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica sobre “ Los desafíos éticos de los sistemas judiciales”.

ACTAS

Acta de Corte Plena, n.º 36-2002, art. XVI.

Acta de Corte Plena, n.º 24-2006, art. III.

INFORMES

Informe de Labores. Administración de Justicia, Corte Suprema de Justicia. 2004.

Informe Nacional de Desarrollo Humano, 2005. Venciendo el temor, inseguridad ciudadana y desarrollo humano en Costa Rica, Programa de Naciones Unidas para el desarrollo.

DICCIONARIO

Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, Vígésima segunda edición, Editorial Espasa-Calpe, Madrid, España, 2001.

DOCUMENTOS INSTITUCIONALES

“Normas y Directrices que regulan las competencias de la Defensa Pública”. Documento elaborado por los licenciados, William Barquero Bogantes y Alejandro Rojas Aguilar. En video de la Defensa Pública.

CONSTITUCIONES POLÍTICAS

Constitución Política de la República de Costa Rica. Comentada y anotada por Rubén Hernández Valle, 1ª Edición, San José, Editorial Juricentro, 1998.

LEYES

Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres. Ley 8589 del 25 de abril del 2007 publicada en Gaceta 103 del 30 de mayo del 2007

Ley Forestal, Ley n.º 7575 del 13 del febrero de 1996. Publicada en La Gaceta 82 del 16 de abril de 1996, alcance 21.

Código Penal, Ley n.º 4573 y sus reformas, del 4 de marzo de 1970. Publicada en La Gaceta 257 del 15 de noviembre de 1970, alcance 120.

Ley n.º 7389 del 22 de abril de 1994, publicada en La Gaceta n.º 83 del 2 de mayo de 1994.

Ley de la Jurisdicción Constitución, Ley n.º 7135 del 11 de octubre de 1989. Alcance n.º 34 a la Gaceta n.º 198 del 19 de octubre de 1989 y Fe de erratas a La Gaceta n.º 212 del 9 de noviembre de 1989, artículo 2.

Ley de la Jurisdicción Constitucional. Anotada, concordada y con jurisprudencia procesal por Hess Araya Cristian y Brenes Esquivel Ana Lorena. San José, Investigaciones Jurídicas S.A., 2001

Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual, Ley n.º 8039 del 12 de octubre de 2000. Publicada en La Gaceta 206 del 27 de octubre de 2000.

Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado, Legitimación de Capitales y Actividades Conexas, Ley n.º 8204 del 26 de diciembre de 2001, publicado en La Gaceta n.o 8 de 11 de enero de 2002.

Ley n.º 7576, Ley de Justicia Penal Juvenil, publicada en La Gaceta, n.º 82 del 30 de abril de 1996.

DECRETO

Decreto n.º 32754 del tres de octubre de dos mil cinco, “Reglamento para la Autorización del Beneficio del Artículo 55 del Código Penal a la Prisión Preventiva y a la Pena de Prisión de las Personas Privadas de Libertad”.

INDICE GENERAL

Presentación	5
INTRODUCCIÓN GENERAL	21
CAPÍTULO I DEMOCRACIA	23
<i>INTRODUCCIÓN</i>	23
1.1 CONCEPTO DE DEMOCRACIA	25
<i>1.1.1 Concepto tradicional de democracia</i>	25
<i>1.1.2 La democracia como una forma de vida</i>	32
<i>1.1.2.1 Sistema Político</i>	34
<i>1.1.2.2 Constitución</i>	35
<i>1.1.2.3 Ideología</i>	37
<i>1.1.2.4 Forma de vida</i>	38
<i>1.1.2.5 Valores</i>	45
<i>1.1.2.5.1 Libertad</i>	48
<i>1.1.2.5.2 Igualdad</i>	53
<i>1.1.2.5.3 Justicia</i>	57
<i>1.1.2.5.4 Dignidad del ser humano</i>	60
<i>1.1.2.5.5 Paz</i>	65
<i>1.1.2.5.6 Bienestar común y solidaridad</i>	68
<i>1.1.2.6 Principios</i>	71
<i>1.1.2.6.1 Principio Republicano</i>	73
<i>1.1.2.6.2 Principio del Estado de derecho</i>	75
<i>1.1.2.6.3 Principio del Estado social de derecho</i>	79
<i>1.1.2.6.4 Pro Homine y Pro Libertate</i>	81
<i>1.1.2.6.5 Principio de libertad</i>	83
<i>1.1.2.6.6 Principio de legalidad</i>	86
<i>1.1.2.6.7 Principio de reserva de ley</i>	89
<i>1.1.2.6.8 Principio de proporcionalidad y razonabilidad</i>	92
<i>1.1.2.6.9 Principio de debido proceso</i>	96
<i>1.1.2.7 Derechos</i>	100
<i>1.1.2.7.1 El derecho general a la justicia</i>	114
<i>1.1.2.8 Garantías</i>	119
<i>1.1.2.8.1 Garantías a nivel interno</i>	119
<i>1.1.2.8.1.1 Hábeas Corpus</i>	121
<i>1.1.2.8.1.2 Amparo</i>	139
<i>1.1.2.8.1.3 Acción de inconstitucionalidad</i>	161
<i>1.1.2.8.1.4 Consulta Judicial</i>	182
<i>1.1.2.8.2 Garantías a nivel internacional</i>	186
<i>1.1.2.8.2.1 Proceso de protección de los derechos humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos</i>	186

CAPÍTULO II SERVICIO PÚBLICO	201
<i>INTRODUCCIÓN.....</i>	201
2.1 CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO.....	201
2.1.1 <i>Elementos del servicio público.....</i>	204
2.2 SERVICIO PÚBLICO EN LA NORMATIVA DE COSTA RICA.....	205
2.2.1 <i>Clasificación del servicio público</i>	207
2.2.2 <i>Características del servicio público.....</i>	208
2.3 LA JUSTICIA COMO SERVICIO PÚBLICO.....	211
 CAPÍTULO III DEFENSA PÚBLICA	 219
<i>INTRODUCCIÓN.....</i>	219
3.1 DEFENSA PÚBLICA COMO GARANTÍA DE UN DERECHO FUNDAMENTAL: LA DEFENSA TÉCNICA EFECTIVA (PRINCIPIO DE INVIOABILIDAD DE LA DEFENSA)	221
3.2 LA DEFENSA PÚBLICA COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL: EL DERECHO A CONTAR CON UN DEFENSOR PÚBLICO	246
3.3. LA DEFENSA PÚBLICA COMO SERVICIO PÚBLICO	256
3.3.1. <i>Normativa que regula la Defensa Pública en Costa Rica.</i>	257
3.3.2 <i>Características y principios del servicio de Defensa Pública</i>	272
3.3.3 <i>La ética en el ejercicio de la función de Defensor Público.....</i>	280
 CAPÍTULO IV LA CRIMINOLOGÍA CRÍTICA COMO FUNDAMENTO DE UNA IDEOLOGÍA DE LA DEFENSA PÚBLICA	 295
<i>INTRODUCCIÓN.....</i>	295
4.1 CRIMINOLOGÍA CRÍTICA COMO FUNDAMENTO IDEOLÓGICO DE LA DEFENSA PÚBLICA.....	295
4.2 LA CRIMINOLOGÍA TRADICIONAL	298
4.3. NUEVA CRIMINOLOGÍA O CRIMINOLOGÍA CRÍTICA	299
4.4 ALGUNAS PERSPECTIVAS DE LA CRIMINOLOGÍA.....	301
4.5 SOBRE LAS CORRIENTES DEL DERECHO PENAL CLÁSICO Y EL DERECHO PENAL MODRNO	306
 CONCLUSIÓN	 317
 BIBLIOGRAFÍA	 319
LIBROS	319
REVISTAS	323
DIRECCIONES ELECTRÓNICAS	324
ARTÍCULOS DE PERIÓDICO.....	324
TESIS	324
JURISPRUDENCIA	325
NORMATIVA INTERNACIONAL.....	331
DISCURSOS Y CONFERENCIAS.....	332
ACTAS	333
INFORMES	333
DICCIONARIO	333

DOCUMENTOS INSTITUCIONALES..... 333

CONSTITUCIONES POLÍTICAS..... 333

LEYES 333

DECRETO 334

INDICE GENERAL 335

Este libro se terminó de producir
en el mes de junio del 2008
en los talleres gráficos de
EDITORAMA, S.A.
Tel.: (506) 2255-0202
San José, Costa Rica

Nº 19,218