

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISTA JUDICIAL N° 94

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

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



Poder Judicial

Departamento de Artes Gráficas

B. 34835

SUMARIO

<i>Presentación</i>	5
Dr. Víctor Pérez Vargas	
<i>El consorcio en Costa Rica como contrato de cooperación económica y sujeto de Derecho</i>	13
Doctor Gastón Certad Maroto	
<i>Nuevos protagonistas en la división de funciones: La Sala Constitucional costarricense</i>	29
Dr. Luis Paulino Mora Mora	
Presidente, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica	
<i>El Ordenamiento Territorial. Planificación Urbana, Ordenamiento Territorial y Desarrollo rural sostenible: limitaciones agroambientales (Reflexiones de un agrarista)</i>	43
Dr. Enrique Ulate Chacón	
<i>Elementos conceptuales para la construcción e implementación de regímenes de acceso a recursos genéticos y distribución de beneficios en América Latina</i>	73
Lic. Jorge Cabrera Medaglia	
<i>Comercio e Innovación: revisión de la literatura y políticas indicativas</i>	103
M.Sc. Víctor Umaña Vargas	
World Trade Institute e INCAE	
<i>De las concepciones metafísicas (legitimadoras) de los Derechos Humanos: breve ensayo de fundamentación</i>	115
M.Sc. Alfonso Chacón Mata	
<i>Contratos de Bolsa con premio</i>	151
Lic. Ronaldo Hernández H	
<i>Objeto y método del Derecho a la luz del artículo 10 del Código Civil</i>	199
Lic Román Navarro Fallas	
<i>La autonomía municipal costarricense: ¿participativa y representativa?</i>	245
Lic. Frank Álvarez Hernández	
<i>Las distintas formas de expropiación antijurídica de inversión en el Derecho Internacional: un análisis para Costa Rica</i>	257
Licda. Andrea Marín Odio	

PRESENTACIÓN

Dr. Víctor Pérez Vargas

Dedicamos este número de la Revista Judicial a la memoria del **Doctor Gastón Certad Maroto**, ilustre maestro costarricense del Derecho Comercial, recientemente fallecido. Gastón dedicó sus esfuerzos principalmente al ámbito societario, pero incursionó magistralmente en las más variados campos como el negocio jurídico, el mercado de valores, la desmaterialización de títulos seriados, los documentos de legitimación, la letra de cambio (sobre la cual esta revista publicó varios artículos suyos), títulos accionarios, cuentas en participación, entre muchos otros. Cada una de sus producciones jurídicas seguirá siendo siempre fuente indispensable de consulta para los abogados y material fundamental para la enseñanza. Queda su gran legado, aunque el vacío de su presencia física se siente profundamente en las aulas universitarias. Hoy publicamos su último trabajo, el que tuvimos el honor de recibir de sus manos pocos días antes del lamentable deceso.

En esta póstuma publicación, el **Doctor Gastón Certad Maroto** se refiere a **“El consorcio en Costa Rica como contrato de cooperación económica y sujeto de Derecho”**. El ilustre autor inicia el tratamiento del tema con la explicación de los diferentes tipos de personas jurídicas y entes no reconocidos antes de pasar al tema central: el contrato de consorcio, que pertenece a la categoría de los contratos de colaboración y auxilio o de cooperación económica, al igual que la sociedad, la asociación, la cooperativa, la cuenta en participación, el partido político, el sindicato, porque sus prestaciones no obedecen a intereses opuestos de las partes, sino a intereses similares o idénticos, de ahí su nombre. Nos informa que la legislación y la doctrina italianas han clasificado a los consorcios en dos grandes grupos: a) voluntarios, que se dividen a su vez en (i) de actividad interna, (ii) de actividad externa; y b) obligatorios o coactivos. Denuncia que en Costa Rica no existe para este contrato, una regulación sistemática y articulada, como la tienen Italia y Francia. El resultado es que en la práctica el consorcio se confunde con otras figuras como las fusiones de sociedades, los grupos de control societario (*holdings*), e inclusive el término ha sido utilizado deliberadamente por nuestros empresarios para poner nombres de fantasía a sus empresas. Nos dice que lo anterior ocurre a pesar de algunas leyes que hacen referencia al consorcio, como la Ley de la Contratación Administrativa, N° 7494 del 2 de mayo de 1995 (LCA), en su artículo 38 de su Reglamento. Por su importancia, transcribimos en forma íntegra las conclusiones de esta valiosa contribución, en lo que toca a la disciplina jurídica del consorcio en nuestro país: “1- Que nuestro ordenamiento jurídico, concretamente las Leyes de la Contratación Administrativa (art. 38) y de Concesiones (art. 27), lo reconoce, admite y acepta (a) como un contrato (“acuerdo de consorcio”) –por supuesto con comunidad de fines o asociativo o de organización o de colaboración o auxilio o de cooperación económica- y, al mismo tiempo, (b) como un sujeto de derecho (al permitirle participar como oferente en procedimientos de contratación y de concesión, así como en caso de adjudicación de la concesión, participar en la constitución de la sociedad anónima nacional) perteneciente a la categoría de entes no personificados (en cuanto complejo organizado de personas y bienes sin personalidad jurídica). 2- Que no está dotado de personalidad jurídica

(pues el acuerdo en consorcio “no implica crear una persona jurídica independiente o diferente”).

3- Que tiene, gracias a su subjetividad, una capacidad jurídica -que la hay siempre allí donde hay subjetividad- limitada, así como una autonomía patrimonial imperfecta. Su capacidad jurídica designa su aptitud a ser destinatario de efectos jurídicos en forma igual a la de las personas físicas y jurídicas; mientras que parecen también estar dotados, los consorcios, de una reducida capacidad de imputación jurídica de *fattispecie* (equivalente a la capacidad de actuar de la persona física).

4- La persecución del fin del consorcio implica, necesariamente, junto a la presencia de una pluralidad de empresarios –o de empresas, como erróneamente habla nuestra ley-, la existencia de un fondo común o patrimonio que estará integrado por las eventuales contribuciones de sus miembros, los bienes adquiridos durante su existencia, la adjudicación del contrato, las obligaciones y derechos que surgen del contrato etc. y con el que, eventualmente, podrán satisfacerse sus acreedores. Este patrimonio es autónomo, porque se distingue del de cada uno de sus miembros, pero imperfecto en la forma en que lo definimos bajo el numeral III.4 anterior.

5- Que sus órganos son la asamblea de consortes, que conoce toda modificación al contrato de consorcio y eventualmente si así se hubiere dispuesto en el acuerdo, un órgano gestor y uno o más representantes.

6- Que, con fundamento en los más elementales principios de la responsabilidad civil, responden conjuntamente con el consorcio y en forma solidaria, siendo éste una institución mercantil, sus miembros de las obligaciones asumidas en nombre y por cuenta de la entidad.

7- Que el consorcio termina por vencimiento del plazo, cumplimiento del objeto, imposibilidad de alcanzarlo y acuerdo de los consortes por mayoría de votos expresados en asamblea.

8 - Que la asamblea de consortes deberá establecer el procedimiento de liquidación de la entidad, una vez disuelta ésta”.

“Nuevos protagonistas en la división de funciones: La Sala Constitucional costarricense”

es la colaboración, en memoria del Doctor Certad, del **Dr. Luis Paulino Mora Mora, Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica**. Este artículo replantea la venerable teoría de la división de poderes desde el punto de vista de la labor de control de constitucionalidad y nos da cuenta de la evolución del constitucionalismo, desde la tradicional tesis de la división tripartita de poderes (que “se reflejó de forma clara en los diferentes acontecimientos que van conformando nuestra historia como país”) hasta las nuevas tendencias que, en función de la tutela de nuevos ámbitos de libertad, han avanzado hacia garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica. Se da, así, el gran cambio ocurrido en el rol del Poder Judicial en 1989, cuando se organiza la jurisdicción constitucional y se pasa del llamado “Estado Legislativo” a “un “Estado Constitucional o Estado de Derecho constitucional”. El autor nos muestra, con gran claridad didáctica, el marco de amplias competencias y funciones de la Sala Constitucional incluyendo, además del tradicional control de constitucionalidad de las leyes, nuevas formas ampliadas del habeas corpus en materia de libertad personal, una tendencia expansiva del amparo, aún contra particulares y un papel de primera importancia en la elaboración de las leyes. Esto último, en relación con la consulta constitucional facultativa (con “la posibilidad de que el órgano competente pueda revisar la adecuación constitucional ya no de una norma vigente, sino de un proyecto”), de la cual se ha

abusado en algunos casos y la cual no está exenta de críticas de los propios diputados, algunos de los cuales la consideran una intromisión, si bien ha sido la misma Asamblea Legislativa la que ha renunciado y sigue renunciando progresivamente a su poder, en favor de la Sala IV. Para el autor, se trata más bien de una redistribución de poder, que ha sido de indudable beneficio para los ciudadanos. En sus conclusiones, el Dr Mora sostiene que “es que el establecimiento de una Sala Constitucional en Costa Rica, es más que la creación de un órgano más de la función jurisdiccional tradicional. Es un intento -exitoso a juzgar por el resultado- de un rediseñar el sistema de división de poderes del Estado Costarricense”.

“El Ordenamiento Territorial. Planificación Urbana, Ordenamiento Territorial y Desarrollo rural sostenible: limitaciones agroambientales (Reflexiones de un agrarista)”, se titula la colaboración del **Doctor Enrique Ulate Chacón**, Miembro del Tribunal Agrario Nacional, Vice Presidente de la Unión Mundial de Agraristas Universitarios, Prof. Posgrado en Derecho Agrario y Ambiental (UCR) y Director de la Cátedra de Derecho Agrario de la Universidad de Costa Rica. El Dr. Ulate Chacón parte de la idea de que la autonomía de cualquier disciplina que tenga que ver con el uso del suelo y del territorio es siempre relativa y que no es posible hablar de un Derecho Urbano, un Derecho Territorial o de un Derecho Agrario o Ambiental, desligados del Desarrollo Sostenible y desligados de los Derechos Humanos de la Tercera Generación. Con referencia a nuestro país, sostiene que, ante la ausencia de una Política de Ordenamiento Territorial, la expansión urbana que se ha producido en San José y otros cascos urbanos aledaños, han ido en detrimento de un uso adecuado del suelo. Comenta las diferentes propuestas actuales, como el proyecto de Ley de Ordenamiento Territorial a nivel nacional, del 11 de junio de 1996, el Proyecto de Ordenamiento Territorial Integral Costarricense, (Expediente 12.648), del 25 de setiembre del 2001, mejoró sustancialmente aquella primer iniciativa de 1996, fue analizado en la Comisión Permanente de Asuntos Agropecuarios y de Recursos Naturales y obtuvo dictamen afirmativo, pero fue archivado el 9 de febrero del 2005 y el Proyecto de Ley de Zonificación para la Producción Agropecuaria (Exp.15.727), que pretende introducir el ordenamiento de los territorios rurales, desde una óptica integral, a fin de garantizar el desarrollo rural sostenible y, finalmente, la Iniciativa de Paz con la Naturaleza, que presentó en mayo del 2008 una propuesta de Política de Ordenamiento Territorial (POT). Seguidamente, el autor pasa al análisis de los instrumentos técnicos existentes para comentar seguidamente el papel de la Jurisprudencia en el Ordenamiento Territorial Sostenible. Explica que la Sala Constitucional reconoció el “derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado” como un derecho fundamental antes de haberse operado la reforma constitucional al artículo 50 y estableció como cánones de orden constitucional la protección, preservación y explotación racional de los recursos forestales, principios derivados de los artículos 89, 6 y 69 de la Constitución Política (Sentencia N. 2233 de las 9 horas y 36 minutos del 28 de mayo de 1993). En materia de competencia municipal, desde la resolución No. 2002-01220, del 6 de febrero del 2002, la Sala Constitucional afirmó que: “...debe ser requisito fundamental que, obviamente, no atenta contra el principio constitucional de la autonomía municipal, el que todo plan regulador del desarrollo urbano deba contar, de previo a ser aprobado y desarrollado, con un examen del impacto ambiental desde la perspectiva que da el artículo 50 constitucional. En materia de áreas protegidas, la Sala Constitucional ha mantenido el criterio que la afectación, a través de una Reserva Forestal o un Refugio de Vida Silvestre implica una seria limitación al

contenido mínimo del Derecho de propiedad, razón por la cual se advierte la necesidad de una indemnización, pues se trata en el fondo de una “expropiación vedada”. En materia de salud humana y actividades productivas, la Sala ha acogido numerosos Recursos de Amparo, sobre todo contra el Estado, pero también contra particulares, por desarrollar actividades, o por conductas “omisivas o permisivas” dañinas a la Salud Humana. Se refiere, además a los Criterios de la Sala Primera de Casación, del Tribunal Agrario del Tribunal de Casación Penal. En sus conclusiones asevera: “es imprescindible una revisión urgente de la Legislación que afecta el Ordenamiento Territorial, para lograr una organización y sistematización adecuada, no solo de las normas, sino de la atribución de competencias a las distintas instancias administrativas y judiciales. Es absolutamente necesario crear criterios uniformes de interpretación y aplicación normativa para todos los operadores del sistema, y así evitar soluciones contradictorias. Ello sería posible con el planteamiento de un programa de capacitación y cooperación interinstitucional, partiendo de un diagnóstico de los problemas actuales de aplicación de la legislación especial, a los cuales deban darse soluciones concretas.” Propone, finalmente, como ejemplo a seguir, la carta Rural Europea de 1986.

El Lic. Jorge Cabrera Medaglia colabora con “Elementos conceptuales para la construcción e implementación de regímenes de acceso a recursos genéticos y distribución de beneficios en América Latina”. El ilustre jurista, reconocido en su campo a nivel internacional, expone los principales elementos y contenidos a ser considerados en una propuesta de legislación de acceso a recursos genéticos y bioquímicos, desde la perspectiva latinoamericana. Explica aquí algunas percepciones y hechos que permean el tema. El autor estudia las consecuencias sobre una regulación de ABS de las disposiciones y negociaciones del Convenio de Biodiversidad (incluyendo las Guías de Bonn y el Régimen Internacional en curso de elaboración); del Tratado de la FAO sobre Recursos Filogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (fundamentalmente el Sistema Multilateral de Acceso); y del Comité de la OMPI sobre Recursos Genéticos y Propiedad Intelectual, Conocimiento Tradicional y Folklore; además, revisa el estado de elaboración e implementación de la legislación nacional y regional de ABS y las diferentes lecciones aprendidas de los mismos, presentando temas claves que se han convertido en obstáculos para la aplicación de dichas normas (definiciones; precisión del ámbito; claridad y certidumbre respecto al derecho de propiedad sobre los recursos genéticos; tratamiento no diferenciado a sectores; dificultades para el monitoreo y seguimiento utilizado mecanismos contractuales ordinarios; impactos en la investigación básica; naturaleza burocrática de los procedimientos para obtener el PIC; expectativas poco realistas de los retornos económicos; insuficientes capacidades institucionales, entre otros).

El M.Sc. Víctor Umaña Vargas (del World Trade Institute e INCAE) nos ha enviado “**Comercio e Innovación: revisión de la literatura y políticas indicativas**”. En esta investigación, el autor comenta las diversas medidas relacionadas con la liberalización unilateral, la eliminación de controles al comercio exterior, la apertura a las inversiones extranjeras directas y una mayor participación en acuerdos comerciales multilaterales, regionales y bilaterales con modificaciones en la política monetaria y fiscal, así como con mejoras en infraestructura y modernización de las aduanas. Sin embargo, sostiene que el crecimiento económico observado en algunos de los países de la región no responde necesariamente a las expectativas construidas sobre los efectos de la estrategia.

Además, Víctor realiza una amplia revisión de la literatura sobre las ganancias del comercio que especifica las relaciones entre comercio, crecimiento e innovación y se muestran los avances de la literatura científica que intenta explicar algunos de los impedimentos para materializar las ganancias del comercio; finalmente, revisa algunas de las sugerencias encontradas en la literatura. La investigación logra determinar dónde pueden residir algunas de los obstáculos para que los países de la región materialicen las ganancias esperadas del comercio. Uno de estos obstáculos, que impide la aceleración del crecimiento de la región, es la presencia de fallas de mercado asociadas a las externalidades en la transferencia de conocimientos y las economías de escala. Nos explica que para lidiar con estas externalidades, las medidas de política (política industrial o intervenciones microeconómicas) citadas convergen alrededor de un concepto básico: la ventaja comparativa. Considera que esto es determinante pues rompe con los esquemas propuestos por los economistas del desarrollo que promueven la protección por medio de barreras al comercio de las industrias nacientes. Sostiene que el elemento a destacar es la escogencia de mecanismos de intervención compatibles con los conceptos fundamentales de la teoría del comercio. Asimismo, el otro tema a destacar es que la responsabilidad para solucionar las externalidades mencionadas, no debe recaer enteramente en el Gobierno, sino que se plantean varios mecanismos que promuevan la cooperación público–privada, incluyendo el papel fundamental que puede jugar la academia.

El **M.Sc. Alfonso Chacón Mata**, Abogado, Especialista en Derechos Humanos y Profesor Filosofía del Derecho en la Universidad de Costa Rica. participa con **“De las concepciones metafísicas (legitimadoras) de los derechos Humanos: Breve ensayo de fundamentación”**. Este artículo ubica en forma sistematizada, desde el punto de vista metafísico, las diferentes concepciones que congloban los derechos humanos, tanto como categorías conceptuales-explicativas, como en su fase de concreción empírica. Sostiene que éstas son concepciones metafísicas (legitimadoras) de los derechos humanos, diferentes modos de fundamentar la legitimación del origen y razón práctica de los derechos humanos, pero que son solamente argumentaciones dirigidas a generar explicaciones diferentes, con respecto a un fenómeno de interés e introspección común. “Aunque se enarbole la tesis de considerar que lo que tiene verdadera importancia jurídicamente hablando, es lo que se encuentra positivizado, no nos cabe la menor duda que la dimensión cognoscitiva que subyace en el espíritu es la que combate lo obnubilado y distorsionante que priva en la letra, deseosa de ser interpretada y dimensionada muy aparte de los clásicos rudimentos normativos” –concluye-.

El **Lic Ronaldo Hernández H**, Especialista en Derecho Mercantil, Magíster en Derecho Público y Doctorando Egresado en Derecho Administrativo, en **“Contratos de Bolsa con premio”** estudia los contratos dominantes en materia bursátil, como el de compraventa y el de comisión, para luego mencionar más específicamente los diversos tipos de contratos bursátiles y, entre estos, los contratos con premio. Expone que en los contratos a plazo, en donde se subsume el “de premio”, se conviene diferir la ejecución del contrato para un momento posterior y que no se trata de un contrato de crédito porque en este contrato, ambas prestaciones se difieren en el tiempo. Aclara que esta modalidad de contratación está dominada por el elemento riesgo y que atendiendo a este elemento, los mercados bursátiles exigen al comprador, garantía del pago de su obligación.

Seguidamente, ubica el tema dentro de los conceptos de mercado de valores, Sistema Financiero (conjunto de instituciones encargadas de promover, administrar y dirigir el ahorro hacia la inversión), mercado de dinero y de capitales, mercado de valores (el eslabón que une al mercado de capitales con el mercado de dinero), operaciones de bolsa”. Determina las características de los contratos de bolsa (Compraventa y comisión, Contrato de cesión, operaciones a plazo en el mercado firme y contratos a premio, indicando sus características y elementos. Posteriormente se refiere a su regulación en Costa Rica en el artículo 44 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores que establece: “Son operaciones a premio los contratos a plazo en los cuales una de las partes se reserva la facultad de no cumplir la obligación asumida, o bien, de variarla en la forma prevista, mediante el pago del premio pactado, cuyos montos mínimos fijará el respectivo reglamento. Esta facultad deberá ejercerse dentro del término anterior al vencimiento que se determine en el reglamento.” Finalmente se refiere a las principales variantes de los contratos a premio y al contrato a voluntad.

El **Lic Román Navarro Fallas**, Doctorando del Programa de doctorado en Derecho Público de la Universidad Carlos III de Madrid y profesor universitario participa con “**Objeto y método del Derecho a la luz del artículo 10 del Código Civil**”. El ilustre colega explica la relación existente entre método y objeto de estudio en cualquier ciencia y por ende, en la Ciencia jurídica. Parte del artículo 10 del Código Civil, sosteniendo que este texto revela una visión integral del objeto y del método (interpretación jurídica) aplicable en nuestra ciencia. Considera que el método es uno y que las son sólo eso, reglas que integran un único método. Afirma que se requiere una visión integral sobre el objeto y sobre el método y que es posible encontrarla y construirla a partir del mismo ordenamiento jurídico. Expresa. “El artículo 10 del Código Civil establece una serie de criterios interpretativos o reglas metodológicas que van orientadas a descubrir el sentido inmanente del Derecho.” Expone seguidamente los diferentes tipos de interpretación (literal, sistemática, histórica, subjetiva) y desarrolla el principio de adecuación del efecto al hecho, la jurisprudencia de valores y la interpretación a partir de principios, así como el tema del carácter finalista del Derecho y la interpretación teleológica. “Tenemos que poner el énfasis más en la sustancia que en la forma del Derecho, sin descuidar, ni excluir esta última. Se debe partir afirmando la primacía del contenido sobre la forma y del espíritu sobre la letra, a pesar de las dificultades que se presenten para determinar ese contenido y ese espíritu”- concluye-.

En “**La autonomía municipal costarricense: ¿participativa y representativa?**”, el **Lic. Frank Álvarez Hernández** realiza la determinación de la naturaleza del municipio a partir de dos puntos de vista: naturalista y voluntarista, partiendo de la idea de que el naturalismo y el voluntarismo afectan de diversas formas la relación de una comunidad local con su territorio. Explica que en el sistema jurídico costarricense la idea de una autonomía municipal, cuyo titular es la comunidad, se puede derivar inicialmente del artículo 9° de la Constitución Política de 1949. Esto, porque se incluye mediante la Ley 8365 de 01 de julio de 2003 (publicada en el Diario Oficial La Gaceta 146 de 31 de julio de 2003) el término “participativo” para calificar el Gobierno de la República, con la que el legislador le da mayores opciones al ciudadano para tal ejercicio, como la participación en las juntas de educación y juntas administrativas, los comités cantonales de deportes, las juntas viales cantonales y/o los consejos locales de seguridad vial. Explica que la segunda autonomía

—cuya titularidad se atribuye a la Municipalidad— se plantea seccionada pues en la búsqueda de “equilibrios” se divide en sus perfiles. Así vemos, en lo conducente, el artículo 4° del Código Municipal que establece: “La municipalidad posee la autonomía política, administrativa y financiera que le confiere la Constitución Política...”. Este numeral se funda en el artículo 170° constitucional: “Las corporaciones municipales son autónomas...”. En opinión del autor “La autonomía municipal representativa no se materializa, pues el Gobierno Central mantiene un alto nivel de intervención con instituciones en las que mantiene representantes con voz y voto, decidiendo en asuntos competenciales de la Municipalidad”.

En este trabajo, titulado **“Las distintas formas de expropiación antijurídica de inversión en el Derecho Internacional: un análisis para Costa Rica”**, la Licenciada Andrea Marín Odio hace la diferencia entre expropiación directa o indirecta, por un lado, y las medidas equivalentes a expropiación, por el otro. La autora explica que una expropiación indirecta es todavía una privación de la propiedad, mientras que, cuando se alega una medida equivalente a expropiación, puede no haber una transferencia, privación o pérdida de la propiedad por ninguna persona o entidad, sino más bien un efecto en la propiedad que hace que las distinciones formales sobre el dominio se conviertan en irrelevantes. Después de realizar el análisis de los cuatro casos más relevantes (Caso Metalclad, Caso Pope & Talbot, Caso S.D. Myers y Caso Methanex) en cuanto a expropiación antijurídica de inversión en NAFTA la autora demuestra que no existió uniformidad en los elementos que los distintos Tribunales Arbitrales tomaron en consideración al determinar si una medida o acción estatal constituía o no una medida equivalente a expropiación. La Licenciada Marín Odio advierte que “Nuestro país deberá velar de una mejor manera por sus actuaciones diarias hacia los inversionistas y sus regulaciones estatales. Éste cuidado no le debería ser extraño, ya que en el pasado Costa Rica ha sido condenada por el Tribunal Arbitral del CIADI. En sus conclusiones sostiene que los tratados e instrumentos internacionales que Costa Rica ha suscrito y los últimos desarrollos en la comunidad internacional en materia de expropiación antijurídica de inversión y sus distintas manifestaciones convierte a nuestro país en sujeto de responsabilidad, causándole contingencias que debe tener en consideración al ejercer sus potestades regulatorias a la propiedad privada. Además, concluye diciendo que la expropiación conforme a derecho es un instituto de derecho público mediante el cual el Estado priva de la propiedad privada a su titular para el cumplimiento de un fin de utilidad pública, siguiendo un determinado proceso y pagando una debida compensación, la cual deberá ser pronta, adecuada y efectiva. Para llegar a estas conclusiones la autora analizó las obligaciones en materia de expropiación a las cuales nuestro país se encuentra sujeto como miembro de la comunidad internacional, así como lo determinado en los laudos arbitrales existentes a la fecha. Con este trabajo la Licenciada Marín Odio logra elaborar una teoría general de la expropiación antijurídica de inversión y sus distintas manifestaciones: Expropiación indirecta, Medidas equivalentes a expropiación, Expropiación gradual y Violación de un contrato internacional por parte del Estado. En su opinión, nuestro país deberá seguir el debido proceso y los elementos a los cuales se ha obligado en los instrumentos internacionales con el fin de no incurrir en responsabilidad internacional. Es por esta razón que se concluye que, aún cuando Costa Rica debe cumplir con las estipulaciones acordadas previamente en los instrumentos internacionales, esto no significa que pierde su derecho a expropiar la propiedad o inversión de extranjeros, sino tan solo que, al hacerlo, debe apegarse a lo acordado previamente entre las partes.

EL CONSORCIO EN COSTA RICA COMO CONTRATO DE COOPERACIÓN ECONÓMICA Y COMO SUJETO DE DERECHO

Prof. Dr. Gastón Certad M.

SUMARIO:

I) De los sujetos de Derecho, en general.

II) De las personas jurídicas.

1. Definición.

2. Tipos.

3. Característica principal. Autonomía patrimonial.

4. Elementos constitutivos. Reconocimiento.

5. Órganos.

6. Capacidad.

A. capacidad jurídica.

B. Capacidad de actuar.

III) De las entidades no personificadas.

1. Noción.

2. Subjetividad jurídica.

3. Capacidad jurídica.

4. Autonomía patrimonial imperfecta.

5. Ordenamiento; órganos.

6. Representación y responsabilidad.

IV) El consorcio.

1. Antecedentes históricos.

2. Concepto.

3. Naturaleza jurídica.

4. Tipos.

5. Elementos del contrato.

6. Responsabilidad de los consortes frente a terceros.

7. Disolución. Liquidación.

8. Sociedad-consorcio.

9. El consorcio en Costa Rica.

A. Regulación normativa.

B. Jurisprudencia administrativa.

C. Algunas conclusiones de utilidad práctica.

EL CONSORCIO EN COSTA RICA COMO CONTRATO DE COOPERACIÓN ECONÓMICA Y COMO SUJETO DE DERECHO

I.- Nuestro ordenamiento jurídico reconoce como sujetos de derecho a:

a) la **persona física**, que es cualquier ser humano nacido vivo que funge como centro de imputación de situaciones jurídicas y, por lo tanto, sujeto de derecho; en síntesis, es todo individuo humano¹ (arts. 31, 32, 38 Código Civil; art. 5 inciso a, Código de Comercio; etc.);

b) la **persona jurídica**, que es un complejo organizado de personas y de bienes, dirigido a un fin y al que la ley le reconoce la **personalidad jurídica**² (arts. 33, 34, 38, 45, 46 C.C.; art. 5 incisos b-e, C de C, etc.);

c) las **entidades sin personalidad**, que son aquellos complejos organizados de personas a los cuales la ley, no obstante reconocerlos como sujetos de derecho, no les atribuye personalidad jurídica. Son estas las por algunos llamadas asociaciones no reconocidas o asociaciones de hecho³ (arts. 1198 C.C.; 21, 22, 23, 634 C. de C.; etc.).

II.1.- Por **persona jurídica** se entiende aquel complejo organizado de personas y bienes (elemento material), preordenado a un fin lícito, socialmente relevante, al que el ordenamiento jurídico le atribuye (mediante el elemento formal del **reconocimiento**) personalidad jurídica propia. Ellas son, entonces, sujetos de derecho, distintos y autónomos de las personas de sus componentes, dotados de autonomía patrimonial perfecta⁴.

II.2.- Las **personas jurídicas** se distinguen en:

a) **Corporaciones (asociaciones en sentido amplio)**, que son complejos organizados de personas físicas, en los que prevalece el elemento personal (las llamadas *universitas personarum*)⁵.

Las corporaciones se constituyen mediante contrato (de colaboración y auxilio o cooperación económica) y, en particular, se distinguen en:

1 BESSONE, Mario-FERRANDO, Gilda, "III. Persona física a) Diritto Privato", en Enciclopedia del Diritto, XXXIII, Giuffré Editore, Milano, Italia, 1983, pp. 193 ss.

2 BASILE, Massimo-FALZEA, Angelo, "IV. Persona giuridica. a) Diritto Privato", en Enciclopedia del Diritto, cit. en nota anterior, pp. 234 ss.

3 PERSICO, Giovanni, "b) Associazioni non riconosciute", en Enciclopedia del Diritto, III, Giuffré Editore, Milano, Italia, 1958, pp. 878 ss. A este tipo de sujetos pertenece, para nosotros y como se verá, el consorcio.

4 BASILE-FALZEA, op. cit. en nota 2.

5 VOLTAGGIO LUCCHESI, Franco, "Corporazione. b) Diritto Civile", en Enciclopedia del Diritto, X, Giuffré Editore, Milano, Italia, 1962, pp. 676 ss.

(i) **Asociaciones** (en sentido estricto): si su objeto es de naturaleza ideal (cultural, deportivo, benéfico, científico, artístico, político, etc.) y el fin de las partes no sea exclusivamente el lucro o la ganancia⁶; e

(ii) **sociedades**: si las partes persiguen un fin de lucro, esto es, la distribución, entre ellas, del superávit producto del ejercicio de la actividad del ente durante el año, bien de manera egoísta –vgr., en estricta proporción a la participación de cada uno en el ente, como en las sociedades mercantiles⁷, o de manera mutualista –en relación al trabajo ofrecido al ente respectivo, como en las cooperativas^{8 9}.

b) Instituciones, que son complejos organizados de bienes, en los que prevalece el elemento patrimonial (las llamadas *universitas bonorum*)¹⁰.

Las instituciones se distinguen en:

(i) **Fundaciones**: caracterizadas por el destino de un patrimonio privado a una determinada actividad (objeto) de utilidad pública¹¹; e

(ii) **comités**: generalmente constituidos para la recolección de fondos vinculados a una finalidad determinada¹².

Además, las personas jurídicas se distinguen, de acuerdo a la naturaleza de la actividad desarrollada, en:

a) Personas jurídicas públicas (entes públicos), que desarrollan actividades de interés público (o general) y frecuentemente gozan de una posición de supremacía frente a los sujetos privados con los que se relacionan; y

b) personas jurídicas privadas (entes privados), que desarrollan actividades de interés privado en un régimen de derecho común.

Una ulterior distinción de las personas jurídicas se hace con base en el fin perseguido por las partes:

a) Personas jurídicas con fines ideales o altruistas, reguladas generalmente por el Código Civil y leyes especiales de naturaleza civil (asociaciones en sentido estricto y fundaciones); y

b) personas jurídicas con fines de lucro (egoístas o mutualistas) reguladas generalmente por los Códigos Civil y de Comercio y por leyes especiales (sociedades civiles, sociedades mercantiles, asociaciones cooperativas, empresas individuales de responsabilidad limitada, consorcios).

6 Asociaciones, Ley de Asociaciones N° 218 del 8 de agosto de 1939 y sus reformas; sindicatos, Código de Trabajo.

7 Sociedades en nombre colectivo, sociedades en comandita, sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada, Código de Comercio, arts. 17 – 225.

8 Ley de asociaciones cooperativas y creación del Instituto de Fomento Cooperativo, N° 6756 de 22 de agosto de 1968 y sus reformas.

9 GALGANO, Francesco, "I. Società in generale. c) Diritto Privato", en Enciclopedia del Diritto, XLII, Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1990, pp. 865 ss.

10 MODUGNO, Franco, "Istituzione", en Enciclopedia del Diritto, XXXIII, Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1973, pp. 69 ss.

11 RESCIGNO, Pietro, "I. - Fondazione. c) Diritto Civile", en Enciclopedia del Diritto, XVII, Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1968, pp. 790 ss.

12 AURICCHIO, Alberto, "I.- Comitati (diritto civile)", en Enciclopedia del Diritto, VII, Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1960, pp. 755 ss.

II.3. El valor práctico de la personalidad jurídica, atribuida a entidades distintas a los seres humanos, se indica generalmente con la **autonomía patrimonial** reconocida al ente y en la consiguiente **limitación de responsabilidad** atribuida a cada uno de sus miembros.

Entendemos por **autonomía patrimonial** el hecho que el patrimonio de la persona jurídica permanezca netamente distinto de los patrimonios de sus integrantes. Ahora bien; como consecuencia de esa autonomía patrimonial tenemos que:

1. Los bienes de la persona jurídica le pertenecen a ella y no a sus miembros;
2. entre la persona jurídica y sus miembros pueden constituirse relaciones jurídicas patrimoniales;
3. el acreedor de una persona jurídica no puede cobrarle su crédito directamente a los miembros de ella, quienes responden sólo en caso de que el ente no lo haya hecho, total o parcialmente, y sólo dentro de los límites de la cuota por cada uno conferida; y
4. viceversa, el acreedor de un miembro de la persona jurídica no es también acreedor de la persona jurídica a la que aquel pertenece y, en caso de incumplimiento, no puede cobrarse del haber social, ni siquiera atacando la parte proporcional del patrimonio social aportada, o que corresponda, por su deudor-socio.

Se designa el régimen jurídico apenas descrito con el término de **autonomía patrimonial perfecta** ¹³.

II.4. Son elementos constitutivos de la persona jurídica:

a) En las **corporaciones**:

- (i) Una pluralidad de personas en las asociaciones en sentido estricto (10) y en las cooperativas (20); en las sociedades al menos dos y una sola en la empresa individual de responsabilidad limitada;
- (ii) un objeto común lícito; y
- (iii) un patrimonio suficiente para la consecución del objeto. Nos parece importante aclarar que el patrimonio no es en realidad un elemento constitutivo, sino tan solo un medio para la consecución del objeto.

b) En las **instituciones**:

- (i) La persona del fundador designa a los integrantes del órgano director del ente; en ellas el elemento personal tiene una importancia menor y se resume en el sujeto que forma la voluntad del ente;
- (ii) un patrimonio suficiente; y
- (iii) un objeto (determinable y lícito) ¹⁴.

El **reconocimiento**:

Los elementos apenas indicados, aunque necesarios para la existencia de la persona, no son suficientes para que ella adquiera la personalidad jurídica, pues para ello es menester un ulterior elemento: el **reconocimiento formal**, que es un elemento constitutivo de la adquisición de la personalidad jurídica.

Según el modo en que se concede este reconocimiento, se distingue entre:

¹³ BIGLIAZZI GERI, Lina, "II. Patrimonio autonomo e separato", en Enciclopedia del Diritto, XXXII, Giuffrè Editore, Milano, Italia, pp. 280 ss.

¹⁴ MODUGNO, F., op.cit. en nota 8; RESCIGNO, P., op. cit. en nota 9.

a) **Reconocimiento explícito o “por concesión”**: en algunos países, los entes adquieren personalidad jurídica gracias un reconocimiento concedido por la autoridad gubernamental (nacional o local) al través de la promulgación de un acto administrativo. En el procedimiento para el otorgamiento respectivo, la Autoridad efectúa un control de mérito (oportunidad) y de legalidad; y

b) **reconocimiento normativo**: es el más usado en nuestro país. En él das aquellas personas jurídicas que adquieren la personalidad jurídica gracias a una norma que lo estatuye y que se hace efectiva con un procedimiento de inscripción en un Registro Público (Mercantil, de Asociaciones, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, etc.), que conlleva un procedimiento de homologación hecho por el mismo Registro, en el que sólo existe un control de legalidad ¹⁵.

Lo cierto es que, como quiera que se otorgue la personalidad jurídica, ella está basada siempre en una norma jurídica¹⁶.

II.5.- La voluntad del ente se manifiesta mediante sus órganos ¹⁷:

a) Los **administradores**, que son órganos ejecutivos, comunes a toda persona jurídica, normalmente dotados de representación; son responsables frente al propio ente de acuerdo a las reglas del mandato; y

b) la **asamblea o junta**, que es el órgano deliberativo, sólo presente en las corporaciones, que delibera de acuerdo al principio de mayorías.

II.6.A. Las personas jurídicas gozan de una **capacidad jurídica (capacidad de goce) general e ilimitada** muy similar a la de las personas físicas. Semejante capacidad encuentra límites de tipo natural en relación a aquellos derechos estrictamente atribuibles sólo a las entidades físicas.

B. Las personas jurídicas tienen plena **capacidad de actuar (capacidad de ejercicio)**; sin embargo, ellas no son idóneas, por su naturaleza, a formar y expresar una voluntad propia, sino sólo a través de personas físicas, los administradores, que se configuran como órganos de la persona jurídica, portadores de la voluntad del ente ¹⁸.

III.1. Las entidades no personificadas constituyen un fenómeno muy difundido en la vida moderna.

Se trata de conjuntos de sujetos que, no obstante estar dotados del mismo sustrato de las personas jurídicas (personas, patrimonio y fin) **no han sido formalmente reconocidos** por el Estado que ha decidido no concederles personalidad jurídica propia.

15 Sociedades civiles, art. 467 inciso 5° C C; sociedades mercantiles, art. 20 C de C; empresas individuales de responsabilidad limitada, art. 9 C de C; asociaciones (en sentido estricto), art. 5 L de A; asociaciones cooperativas, art. 29-30 L de A.C.; sindicatos, art. 344 C.T.

16 BASILE-FALZEA, op. cit. en nota 2, p. 242. Véanse normas citadas en la nota anterior.

17 GIANNINI, Massimo Severo, “I. Organi (teoria generale)”, en Enciclopedia del Diritto, XXXI, Giuffré Editore, Milano, Italia, 1981, pp. 37 ss.

18 FALZEA, Angelo, “Capacità. II.- Teoria generale”, en Enciclopedia del Diritto, VI, Giuffré Editore, Milano, Italia, 1960, pp. 8 ss.

Se las define como “*uniones o agrupaciones de personas dirigidas a la consecución de un fin común de carácter ‘superindividual’ y de ventajas, no necesariamente económicas, igualadas, en medida no predeterminada ni constante, para cada miembro*”¹⁹.

Estas entidades entran dentro de la amplia esfera de las relaciones que surgen de contratos con comunidad de fines o asociativos o de organización o de colaboración y auxilio o de cooperación económica que forman parte de la categoría de los contratos duraderos y plurilaterales. De ahí que el ordenamiento interno y la administración de estos entes no personificados están regulados, entonces, por los acuerdos de sus miembros. Precisamente el gran problema que esta “*fattispecie*” presenta en nuestro país es la total carencia de normas generales que la regulen a nivel de Código Civil y de Código de Comercio.

De ahí que uno de los principales problemas que el operador del derecho debe afrontar en relación con estas entidades es si, no obstante carecer de personalidad jurídica, se presentan tan solo como una pluralidad de sujetos unidos por medio de una relación o vínculo jurídico, o más bien den lugar a un “sujeto” nuevo, con una limitada capacidad jurídica.

III.2. Estas entidades, por algunos llamadas “de hecho” –precisamente por no estar tipificados por la ley–, no obstante carecer de personalidad jurídica, tienen, en nuestra opinión, siempre y

no obstante, una subjetividad jurídica²⁰: ellas son, entonces, sujetos de derecho, dotados de una capacidad jurídica limitada y de una autonomía patrimonial imperfecta. Y es que si observamos la actitud de nuestro legislador frente a estas figuras parece que se ha decidido por una posición intermedia que ve en estos entes un tipo *per se* de pluralidad de sujetos, en comunión de derechos, no equiparable ni a las sociedades ni a las asociaciones, pero merecedoras de algún tipo de reglamentación jurídica.

III.3. Las fundamentales manifestaciones de la subjetividad jurídica se reúnen alrededor de las figuras de la capacidad jurídica (capacidad de goce para los franceses) y de la capacidad de actuar (capacidad de ejercicio para los franceses). Estas figuras, que operan en ámbitos distintos y con peculiares y diversas modalidades, pertenecen a la teoría general del derecho, y se extienden al entero mundo de los fenómenos jurídicos, del derecho privado al derecho público.

La capacidad jurídica designa la posición general del sujeto en cuanto destinatario de los efectos jurídicos, efectos que no son otra cosa que modos de comportamiento que se unen necesariamente a un sujeto, que resulta así autorizado u obligado al comportamiento previsto por la norma. El nexo que junta las dos ideas, capacidad y subjetividad jurídicas, es tan evidente e intrínseco que resulta clarísimo que la primera está fundamentada en la segunda²¹.

19 PERSICO, G., op. cit. en nota 3, p. 878.

20 Para GALGANO (Francesco, “Diritto Commerciale. Le Società”, Zanichelli editore S.p.A., Bologna, Italia, 14ª. Edición, 2004, p. 33 “decir que una sociedad tiene personalidad jurídica equivale a decir, según el significado tradicionalmente atribuido al concepto de persona jurídica, que ella constituye un sujeto de derecho distinto de las personas de los socios y que por eso es ‘tercero’ respecto a estos; decir que una sociedad no tiene personalidad jurídica significa, por el contrario, que ella se reduce a la pluralidad de socios y que los derechos y obligaciones de la sociedad no son otra cosa que derechos y obligaciones de los socios”. Por eso es que el profesor nos habla de “semi-personalidad”, (op. cit., p. 37).

21 FALZEA, A., op. cit. en nota 18, p. 9.

La capacidad de actuar (capacidad de ejercicio para los franceses) expresa un momento distinto de la subjetividad jurídica y consiste en la posibilidad que el derecho le reconoce a la persona, de revelarse en el mundo jurídico y hacer valer en él intereses, precisamente porque está en grado de determinar, con sus propios comportamientos, la aplicación de las normas y el surgimiento de los efectos por ellas predispuestos. El sujeto es, entonces, el fundamental generador de *fattispecie* jurídicas²².

En síntesis; la capacidad de actuar permite a la subjetividad desarrollarse en la vida del derecho, mientras que, bajo el perfil de la capacidad jurídica, el sujeto aparece en una posición esencialmente estática²³.

Una análoga, pero no idéntica, exigencia sirve de fundamento de la subjetividad y de la capacidad jurídica de las entidades colectivas: si bien en estas se presentan valores humanos de gran relevancia, existe siempre una intrínseca limitación que impide una absoluta nivelación entre ambas figuras de la subjetividad jurídica. Esta limitación consiste en que mientras la persona física entra en el derecho con la potencial titularidad de todo interés jurídico configurable, las entidades colectivas se constituyen y se desarrollan vinculadas a determinados fines, que representan los límites, generales pero no absolutos, de su vida jurídica.

Antes, se equiparaba a las personas jurídicas con las personas físicas incapaces; hoy, la

moderna teoría del derecho ha elaborado la noción técnica de **órgano**. Esta noción creada para sustituir el instrumento de la representación necesaria conexas a la configuración de las personas jurídicas como sujetos intrínsecamente incapaces de actuar, debía servir para dar una explicación científica al reconocimiento de la capacidad de actuar a las entidades colectivas personificadas. Y es que el instrumento jurídico de la representación no puede demostrar la *capacidad* de actuar de las personas jurídicas y su intervención en la vida dinámica del derecho. La representación no es un medio que sirva para probar que las entidades colectivas pueden llegar a ser titulares de *fattispecie* jurídicas. Es, por el contrario, un fenómeno que prueba exactamente lo contrario, porque el acto realizado por el representante permanece siempre y únicamente como un acto del representante. La elaboración del concepto de órgano diferente al concepto de representante, responde entonces a la necesidad de permitirle a las entidades colectivas ser titulares de *fattispecie* jurídicas, además que de efectos jurídicos: de ser, precisamente, fuentes de producción de *fattispecie* jurídicas. Esta posibilidad se realiza a través una particular forma de imputación, distinta a la que opera en la representación: en esta última es relevante la imputación del efecto, que se desarrolla en relación a un sujeto distinto de aquel al que se refiere la imputación del acto; en cambio, con el órgano, coinciden los sujetos de las dos imputaciones en cuanto también el acto, amén del efecto, se le imputa a la entidad colectiva en el ámbito del cual el órgano ha actuado.

²² FALZEA, A., op. cit. en nota 18, p. 16.

²³ FALZEA, A., op. cit. en nota 18, p. 22.

La relación orgánica produce, entonces, un resultado jurídico que la relación representativa no puede jamás producir: la imputación del acto mismo al ente. Esta forma de imputación concierne, generalmente, a todos los comportamientos jurídicamente relevantes, lícitos e ilícitos, externos e internos y hasta los hechos de conciencia, como la buena fe. Esto nos lleva a concluir, necesariamente, que las personas jurídicas no tienen capacidad de actuar –que sería entonces exclusiva de las personas físicas- sino capacidad de imputación jurídica de *fattispecie*²⁴.

Ahora bien; frente a lo dispuesto por el artículo 43 de nuestro Código Civil, es dudoso si estas entidades, las no reconocidas, puedan ser titulares del derecho de propiedad sobre bienes inmuebles. Por el contrario, las entidades no personificadas parecen ser plenamente capaces de adquirir bienes muebles a título oneroso o gratuito. Además nos parece que estos entes pueden ser titulares de aquellos derechos de la personalidad no reservados a las personas físicas, como el derecho al honor y al nombre.

III.4. La persecución del fin por la entidad implica, necesariamente, además de la presencia de una pluralidad de miembros, también la existencia de un patrimonio o fondo común: las contribuciones de sus miembros y los bienes adquiridos por ella constituyen ese fondo común sobre el cual podrían eventualmente satisfacerse sus acreedores.

También en estas entidades, entonces, existe una autonomía patrimonial, porque su patrimonio²⁵ se distingue del de cada uno de sus integrantes²⁶. Tal autonomía es, sin embargo, imperfecta: en efecto, no obstante existir un fondo común sobre el cual sus acreedores podrían eventualmente satisfacerse, la ley, generalmente, considera responsables, solidariamente, a quienes hubieren actuado en nombre y por cuenta del ente mismo (Artt. 22 C de C; 1198 C.C.; 11 L de A.), lo que funge como una especie de “garantía”²⁷.

La tendencia de hoy, como creo que se desprende de estas líneas, es reconocer, en estas entidades si no una verdadera personalidad jurídica, al menos una subjetividad²⁸, que impida que se considere

24 FALZEA, A., op. cit. en nota 18, pp. 31-34.

25 “Se habla, a veces, indiferentemente, de patrimonio autónomo o separado, para indicar el destaco de una masa patrimonial (conjunto de relaciones activas y pasivas, según MESSINEO, o sólo de bienes, de acuerdo a NATOLI) de un patrimonio o de distintos patrimonios “de proveniencia”, en modo de generar una unidad particular con una propia y precisa destinación y una suerte jurídica más o menos independiente y estrechamente unida a esa destinación” BIGLIAZZI GHERI, L., op. cit. en nota 13, pp. 280-281.

26 “Se trata de fondos patrimoniales que se dicen provenientes de distintos patrimonios, esto es, constituidos con las contribuciones de una pluralidad de sujetos” y cuyas características son “la indivisibilidad y la función de garantía por las obligaciones asumidas en conexión con el fin del ente mismo. Garantía que excluye –nótese- la de los patrimonios de los asociados, pero no la responsabilidad, además solidaria, de las personas que han actuado en nombre y por cuenta de la asociación”. BIGLIAZZI GHERI, L., op. cit. en nota 13, p. 283.

27 “Esta última se suele explicar, como es sabido, como una medida de seguridad para los terceros, debida a la particular situación de la asociación, privada –por la falta de reconocimiento- de personalidad jurídica y carente, por lo tanto, de aquella autonomía patrimonial perfecta, que se considera característica de las personas jurídicas”, BIGLIAZZI GHERI, L., op. cit. en nota 13, p. 284.

28 En la doctrina italiana esta tesis es defendida por la mayoría de los Autores de renombre como BIONDI, GALGANO, MESSINEO, PUGLIATTI, RESCIGNO, y en la alemana por HABSCHEID, SCHUMANN y VON GIERKE.

al fondo patrimonial como propiedad de una pluralidad de sujetos y, al mismo tiempo, “autónomo” o “separado” respecto a los patrimonios de cada uno de ellos²⁹.

III.5. Órganos necesarios de estas entidades no personificadas son la asamblea de asociados, los administradores y, según un sector doctrinario, un presidente y/o un secretario.

Es la asamblea la que modifica el acto constitutivo o estatuto, así como participa en toda deliberación que pueda estar referida a la responsabilidad de los administradores.

En cuanto al órgano administrativo, su conformación es libre y nada impide que la administración sea asumida colectivamente por todos los asociados, si así se pactare.

III.6.- Las entidades no personificadas expresan su propia voluntad mediante sus órganos internos; la voluntad de la entidad es llevada frente a terceros por los órganos externos, que actúan como representantes, en nombre y por cuenta suya; ellos derivan sus facultades del poder que se les hubiere conferido, expresa o tácitamente, con la asignación de un cierto calificativo³⁰.

Estas entidades responden de los actos realizados en su nombre por sus representantes ante todo con su propio patrimonio y, generalmente, responde conjuntamente con él quien haya actuado en nombre y por cuenta

suya o, solidariamente, sus miembros, según el caso.

IV.1. Algún tiempo después de concluida la Primera Guerra Mundial y ya más bien en los albores de la Segunda, “*el legislador italiano, preocupado por los alcances de la crisis que se había iniciado en los Estados Unidos de América y en búsqueda de soluciones al problema, crea la figura del **consorcio**, un nuevo instrumento jurídico que vino a regular la concurrencia de varias empresas con un objetivo común, con el fin de reforzar el aparato productivo del país, y así evitar que se dieran nuevamente las condiciones que llevaron a la crisis de 1929*”³¹.

Se promulgaron en la Península dos leyes, la N° 834 del 16 de junio de 1932 y la N° 961 del 22 de abril de 1937, la primera autoriza al Estado a crear los llamados **consorcios obligatorios**, y la segunda, crea los llamados **consorcios voluntarios**, hoy ambas leyes derogadas por el *Codice Civile del 1942* que, en forma más estructurada aunque sin erradicar las lagunas y ambigüedades de esas leyes, regula esa materia en Italia, normas que fueron reformadas por la ley N° 377 del 10 de mayo de 1976. Con esta última reforma, según opinan los entendidos, el consorcio se acerca aún más a la categoría de las sociedades de capital, convirtiéndose en una figura de una enorme utilidad para las empresas, con una estructura jurídica más simple y dentro de los lineamientos generales de la libre contratación³².

29 Tesis ésta sostenida en Italia por FERRARA, Francesco, “Le persone giuridiche” en “Trattato di Diritto Civile Italiano”, II, t 2, 1938, p. 411; y RUBINO, “Le associazioni non riconosciute”, Giuffré Editore, Milano, Italia, 1952, pp. 183 ss

30 PERSICO, G., op. cit. en nota 3, pp. 890-891.

31 CHAVES CAVALLINI, María José, “El consorcio. Los contratos de cooperación económica con especial énfasis en la legislación italiana”, Tesis de grado para optar por el título de licenciada en derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 2002, p. 28.

32 CHAVES C., M.J., op. cit. en nota anterior, pp. 30 y 31; TEDESCHI, Guido Arturo, “Consorti. Riunioni Temporanee. GEIE. L’associazionismo imprenditoriale nei pubblici appalti”, Giuffré Editore, Milano, Italia, 2001, pp. 7 ss.

La regulación del consorcio la encontramos bajo el Título X, “*Della disciplina della concorrenza e dei consorzi*”³³, Capítulo II “*Dei consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi*”³⁴ del libro V del *Codice Civile* italiano. Este capítulo está a su vez dividido en cuatro Secciones así: disposiciones generales; de los consorcios con actividad externa; sociedades consortes; y de los controles de la autoridad gubernamental.

IV. 2. El párrafo primero del artículo 2601 de ese Cuerpo de Leyes dice:

*“Con il contratto di consorzio più imprenditori istituiscono un’organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese...”*³⁵.

De esa concepción se colige, de acuerdo a lo que nos enseña Chaves, que un “*consorcio de empresas está formado por un grupo de empresarios dotados de una organización común idónea para satisfacer ciertas necesidades de la producción y el intercambio de bienes y servicios*”. Parafraseando a Brunetti, la Autora nos dice que son acuerdos que toman varios empresarios de una misma categoría económica o de categorías económicas complementarias, con el fin de regular la producción, la venta o la adquisición de productos, con el intento de limitar los

efectos, *a priori* dañosos, de la recíproca competencia³⁶.

Esta figura presupone la regulación de las actividades de varias empresas mediante una organización común y no, como la sociedad, un ejercicio en común de una actividad lícita. Esta organización común se puede presentar, según el legislador italiano, ya como una organización puramente interna de la actividad, ya como una organización externa que, por ende, exige la creación de una oficina destinada a desarrollar una actividad con terceros o inclusive la constitución de una sociedad.

IV. 3. Pertenece a la categoría de los contratos de colaboración y auxilio o de cooperación económica, al igual que la sociedad, la asociación, la cooperativa, la cuenta en participación, el partido político, el sindicato, etc., porque sus prestaciones no obedecen a intereses opuestos de las partes sino a intereses similares o idénticos, y de ahí su nombre; y son de naturaleza esencialmente mercantil³⁷.

IV.4. La legislación y la doctrina italianas han clasificado a los consorcios en dos grandes grupos: a) voluntarios³⁸, que se dividen a su vez en (i) de actividad interna, e (ii) de actividad externa; y b) obligatorios o coactivos³⁹.

33 De la disciplina de la competencia y de los consorcios.

34 De los consorcios para la coordinación de la producción y de los intercambios.

35 Con el contrato de consorcio varios empresarios instituyen una organización común para disciplinar o para desarrollar determinadas fase de sus respectivas empresas.

36 CHAVES C., M.J., op. cit en nota 30, p. 35.

37 Conclusiones éstas a las que acertadamente llega la profesora Chaves en su opúsculo citado.

38 Surgen de la mera voluntad de las partes en el ejercicio de los derechos a la libre asociación y a la libre contratación y es interno cuando la actividad está dirigida exclusivamente a la coordinación de las relaciones entre los empresarios consortes y externo cuando, además, pretender desarrollar por cuenta de todos un servicio común, extendiendo su ámbito de aplicación a transacciones con terceros, desarrollando una actividad distinta, autónoma y auxiliar a las de sus integrantes.

39 Son aquellos surgidos por designio del Estado que ejerce su poder interviniendo entre los particulares para organizar la producción y el intercambio de bienes y servicios.

IV.5. El artículo 2603 del *Corpus Iuris Civilis* italiano establece que el contrato de consorcio debe, bajo pena de nulidad, otorgarse por escrito, debiendo contener los siguientes requisitos mínimos:

1. el objeto –esto es, la actividad lícita que las partes deben desarrollar y que no es otra que la creación de una organización común que les permita cumplir con determinadas fases de sus empresas- y la duración del consorcio –pues es un contrato temporal-;
2. la sede de la oficina eventualmente constituida –esto para los consorcios externos-;
3. las obligaciones asumidas y las contribuciones debidas –para formar el patrimonio del consorcio- por los consortes;
4. las atribuciones y los poderes de los órganos del consorcio –órgano deliberativo y órgano gestor-, así como la representación en juicio;
5. las condiciones de admisión de los nuevos consortes;
6. los casos de receso y exclusión;
7. las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones de los consortes.

IV. 6. El artículo 2615 del Código Civil italiano establece que, por las obligaciones asumidas en nombre del consorcio por quienes tengan su representación, los terceros afectados pueden hacer valer sus derechos exclusivamente sobre el fondo “consorcial”; mientras que por las obligaciones asumidas por los órganos del consorcio por cuenta de cada consorte responden estos últimos solidariamente con el fondo “consorcial”.

IV.7. Por su parte, el artículo 2611 del Cuerpo de Leyes del que venimos discurriendo señala, entre otras, las siguientes causas de disolución del contrato de consorcio que, por lo demás, son lógicas y consecuentes:

- a) El vencimiento del plazo;
- b) el cumplimiento del objeto o la imposibilidad sobreviniente de cumplirlo;
- c) por acuerdo de los consortes;
- d) las demás que fijen los consortes en el contrato.

IV.8. Por último, el artículo 2615-ter del Código Civil italiano establece que las sociedades en nombre colectivo, las sociedades en comandita simple y por acciones, la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada pueden asumir como objeto social los fines indicados en el artículo 2602, esto es, instituir una organización común para regular y desarrollar determinadas fases de las empresas de sus socios. Estas sociedades mercantiles se llaman **sociedades-consorcio**.

Estas sociedades han sido definidas por la Casación italiana como

*“sociedades comerciales que son constituidas por varios empresarios para la persecución de finalidades “consorciales”, de disciplina y coordinación de las respectivas actividades... Aquí la sociedad no es utilizada en su función típica, sino como instrumento de ejecución de una voluntad distinta, específicamente reconocida, y reglamentada por la ley”*⁴⁰.

Por su parte, el Tribunal de Apelaciones de Milán ha dicho:

“El ejercicio inmediato y directo por parte de una sociedad consorte de actividad de exportación

40 Sentencia N° 5787 del 4 de noviembre de 1982.

de los productos de las empresas consortes y de importación de las materias primas y de materias semielaboradas destinadas al uso por esas mismas empresas, tiene naturaleza objetiva y necesariamente comercial y está íntimamente unida a la estructura y al funcionamiento general de la sociedad consorcio. Por ello los gastos efectuados en relación a esa actividad, en presencia de una cláusula estatutaria que obliga a los consortes a cancelar contribuciones con el fin de emparejar el balance anual, son a cargo de los mismos consortes⁴¹.

A. “En Costa Rica no existe, ni en el Código de Comercio, ni en ninguna otra ley especial, el consorcio como un contrato típico de colaboración y auxilio, es decir, no hay una serie de normas que regulen los consorcios de una manera seria, sistemática y articulada, como lo hacen los italianos (o también los franceses con su ‘grupo de interés económico’); por el contrario, la tendencia nacional es a confundir estos contratos con otras figuras, tales como las fusiones de sociedades, los grupos de control societario (holdings), e inclusive el término ha sido utilizado deliberadamente por nuestros empresarios para poner nombres de fantasía a sus empresas⁴². No podemos hacer otra cosa que apoyar esta precisa conclusión de la profesora Chaves.

Pero esta laguna no sería tan grave si no hubiera en nuestro país algunas leyes que hicieran referencia al consorcio; desgraciadamente, las hay. Veamos.

La Ley de la Contratación Administrativa N° 7494 del 2 de mayo de 1995 (LCA), en su artículo 38, dice:

“Ofertas en consorcio. En los procedimientos de contratación, podrán **participar distintos oferentes en consorcio** sin que ello implique crear una persona jurídica diferente. Para utilizar este mecanismo, será necesario acreditar, ante la Administración, la existencia de un **acuerdo de consorcio**, en el cual se regulen, por lo menos, las obligaciones entre las partes firmantes y los términos de su relación con la Administración que licita.

Las partes del consorcio responderán solidariamente, ante la Administración, por todas las consecuencias derivadas de su participación y **de la participación del consorcio en los procedimientos de contratación o en su ejecución**” (lo subrayado y lo destacado con negrita no está en el original).

Algo muy similar establece el artículo 41 del Reglamento a esa Ley.

Por su parte, la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos N° 7762 del 14 de abril de 1998 (LGCOPSP), en su artículo 27 (norma con redacción muy parecida a su homónima de la LCA), dice:

“Ofertas en consorcio.

1. En los procedimientos de concesión podrán participar **dos o más empresas reunidas en acuerdo de consorcio**. Para tal efecto deberán acreditar, ante la Administración, la existencia de un **acuerdo de consorcio**, en el cual se regulen, al menos, las obligaciones de las partes y otros asuntos que el cartel pueda requerir.

41 Apelación Milano, 2 de junio de 1998, en *Giurisprudenza Italiana*, 1998, n. 2345.

42 CHAVES C., M.J., op. cit. en nota 30, pp. 112-113.

2. La conformación del **consorcio** no implica la creación de una persona jurídica independiente. No obstante, de resultar adjudicatario, una vez firme la adjudicación, deberá constituir la sociedad nacional referida en el artículo 31 de esta ley⁴³.

3. **Las partes en consorcio** responderán, en forma solidaria, ante la Administración concedente, por todas las consecuencias derivadas de su participación **en el consorcio** y de este en el contrato” (lo subrayado y lo destacado en negrita son nuestros).

Paralelamente, el Reglamento a la Ley de Concesiones define la oferta en consorcio, en su artículo 2, de la siguiente manera:

“Artículo 2. Definiciones.

... Ofertas en **consorcio**: El conjunto de documentos que forman las ofertas técnica y económica presentadas por el oferente, quien las presenta en asocio con otras personas físicas o jurídicas...” (lo subrayado y lo resaltado con negrita no forma parte del original).

B. Sobre el consorcio, la Contraloría General de la República se ha reproducido en algunas resoluciones, así:

Consorcios. Elementos del acuerdo consorcial

“Visto lo anterior, resulta claro para este Despacho que en materia de consorcios, deben ser observados los siguientes lineamientos: a) el acuerdo consorcial consiste en un contrato

privado mediante el cual una, dos ó más empresas, o personas físicas, o de ambas, deciden unir sus intereses para participar de manera unívoca (consorcial) en un determinado concurso o en varios a la vez; b) el acuerdo consorcial que se celebre genera efectos jurídicos, primero entre las partes privadas que lo celebran y luego, si se presenta la oferta de manera consorcial, efectos jurídicos para con la propia Administración que la recibe; c) como documento, al no generar efectos jurídicos más que ante la propia Administración y las partes que lo suscriben, no requiere ser protocolizado ante notario público, basta el documento o la constatación en el documento de la oferta, de la voluntad de actuar como consorcio; d) la responsabilidad que impone es de tipo solidaria (todas las partes responden por el todo ante la Administración por una falta o incumplimiento); e) a pesar de ofertarse de manera consorcial, las partes que se unen, no pierden su génesis, es decir, siguen siendo sujetos físicos o jurídicos, individualizables. **No se crea una nueva persona jurídica**; f) necesariamente debe entenderse que las virtudes de una parte del consorcio, las puede disfrutar la otra (u otras) parte del acuerdo (por ejemplo, puede ser que al consorcio se le considere en un concurso el factor experiencia aunque ésta la haya cosechado y aportado sólo uno de los integrantes); g) si un acuerdo consorcial es omiso en parte de su contenido deberá complementarse con la voluntad que de buena fe demuestren los interesados en su oferta y, desde luego, por lo que la Ley como

43 Como un consorcio participante puede resultar adjudicatario de la obra en concesión, este artículo 31 lo obliga a constituir, en un plazo máximo de 90 días a partir de la firmeza de la adjudicación, una sociedad anónima que suscribirá, con la administración el contrato de concesión, respondiendo solidariamente sociedad y consorcio. El consorcio adjudicatario, en ningún caso, podrá tener una participación inferior al 51% en el capital social de la sociedad anónima nacional. No hay duda que, para nosotros, esta es una especie reducida de personalidad jurídica pues si un consorcio, al que la ley no le reconoce una personalidad jurídica distinta a las de cada uno de sus miembros, debe participar en la constitución de una sociedad anónima, se le está dando tratamiento de persona.

*el Reglamento de Contratación Administrativa regulan sobre la materia y, finalmente, h) si se presenta el documento original en donde se crea el consorcio debe entenderse que no hace falta presentar una copia certificada del mismo como reza el Reglamento General de la Contratación Administrativa; mas si lo que se presenta es una copia de ese acuerdo, deberá observarse lo que sobre la confección de certificaciones estipula el Código Notarial así como los criterios vinculantes de la Dirección Nacional de Notariado. **RC-166-2001 de las 16:00 del 27 de marzo de 2001.***

“Consortios. Naturaleza y efectos del acuerdo consorcial

*“Para que se constituya el consorcio, basta con que se suscriba entre las partes que se asocian un acuerdo en donde se establezcan las obligaciones de las mismas para con la Administración, de tal forma que cumplan en forma solidaria con el objeto de la presente licitación. El acuerdo de consorcio, que genera la ya indicada relación jurídica subyacente, es un acuerdo de voluntades entre las partes, las cuales, como sujetos del derecho privado se ven sometidas al principio de autonomía de la voluntad y no al principio de legalidad, por lo que las relaciones entre ellas se ven sujetas a un menor formalismo y rigor que si se presentaran directamente a contratar con la Administración. Existiendo la solidaridad, sobrado es recordar que la responsabilidad por la ejecución contractual le puede ser exigida a solamente una de las coobligadas. **RC-371-2000 de las 14:00 del 12 de setiembre del 2000**”*

C) Con vista en todo lo anterior podemos llegar a las siguientes conclusiones en lo que toca a la disciplina jurídica del consorcio en nuestro país:

1. Que nuestro ordenamiento jurídico, concretamente las Leyes de la Contratación Administrativa (art. 38) y de Concesiones (art. 27), lo reconoce, admite y acepta (a) como un contrato (“acuerdo de consorcio”) –por supuesto con comunidad de fines o asociativo o de organización o de colaboración o auxilio o de cooperación económica- y, al mismo tiempo, (b) como un sujeto de derecho (al permitirle participar como oferente en procedimientos de contratación y de concesión, así como en caso de adjudicación de la concesión, participar en la constitución de la sociedad anónima nacional) perteneciente a la categoría de entes no personificados (en cuanto complejo organizado de personas y bienes sin personalidad jurídica).

2. Que no está dotado de personalidad jurídica (pues el acuerdo en consorcio “no implica crear una persona jurídica independiente o diferente”).

3. Que tiene, gracias a su subjetividad, una capacidad jurídica -que la hay siempre allí donde hay subjetividad- limitada, así como una autonomía patrimonial imperfecta.

Su capacidad jurídica designa su aptitud a ser destinatario de efectos jurídicos en forma igual a la de las personas físicas y jurídicas; mientras que parecen también estar dotados, los consorcios, de una reducida capacidad de imputación jurídica de *fattispecie* (equivalente a la capacidad de actuar de la persona física).

4. La persecución del fin del consorcio implica, necesariamente, junto a la presencia de una pluralidad de empresarios –o de empresas, como erróneamente habla nuestra ley-, la existencia de un fondo común o patrimonio que estará integrado por las eventuales

contribuciones de sus miembros, los bienes adquiridos durante su existencia, la adjudicación del contrato, las obligaciones y derechos que surgen del contrato etc. y con el que, eventualmente, podrían satisfacerse sus acreedores.

Este patrimonio es autónomo, porque se distingue del de cada uno de sus miembros, pero imperfecto en la forma en que lo definimos bajo el numeral III.4 anterior.

5. Que sus órganos son la asamblea de consortes, que conoce toda modificación al contrato de consorcio y eventualmente si así se hubiere dispuesto en el acuerdo, un órgano gestor y uno o más representantes.

6. Que, con fundamento en los más elementales principios de la responsabilidad civil, responden conjuntamente con el consorcio y en forma solidaria, siendo éste una institución mercantil, sus miembros de las obligaciones asumidas en nombre y por cuenta de la entidad.

7. Que el consorcio termina por vencimiento del plazo, cumplimiento del objeto, imposibilidad de alcanzarlo y acuerdo de los consortes por mayoría de votos expresados en asamblea.

Que la asamblea de consortes deberá establecer el procedimiento de liquidación de la entidad, una vez disuelta ésta.

NUEVOS PROTAGONISTAS EN LA DIVISIÓN DE FUNCIONES: LA SALA CONSTITUCIONAL COSTARRICENSE.

Dr. Luis Paulino Mora Mora
Presidente, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica

Presentación

Agradezco la ocasión de contribuir con este homenaje al Dr. Gastón Certad M., compañero de juez en la Sala Constitucional, jurista reconocido, hombre con un gran don de gentes, que no solo destacó por sus aportes al derecho comercial y civil -con siete libros y más de 80 artículos especializados-, sino también como profesor distinguido; un intelectual cuyos aportes excedieron el campo del derecho y que sin duda distinguió a la Poder Judicial costarricense, durante los años que sirvió como Magistrado Suplente. Siempre será recordado gratamente. Este ensayo se lo dedico a él y a todos los que como él, defienden el control del ejercicio del poder desde los tribunales constitucionales.

Me parece que además de reconocer al gran jurista y persona que fue don Gastón, esta es una ocasión propicia para destacar la función que cumplen los tribunales constitucionales en los estados democráticos, con ocasión del veinte aniversario de la Sala Constitucional. Quienes objetan el funcionamiento de los Tribunales constitucionales, lo han hecho desde siempre con los mismos argumentos, sin percatarse de la evolución que la teoría de la democracia y en especial la de división del poder, ha tenido en los últimos doscientos años. Confío en que este escrito pueda

aportar su grano de arena en la defensa de un órgano clave para la mera existencia y consolidación de un sistema democrático, los Tribunales constitucionales en cualquiera de sus denominaciones.

Mi intención roza apenas la formalidad académica y por ello, pido permiso para abordar de manera somera algunos temas, como la teoría de división de poderes o el neo-constitucionalismo, que, sin duda ofrecen suficiente material para proyectos de mayor alcance que esta modesta contribución. En esa línea, parto entonces de la premisa de un público ducho en estos y otros temas fundamentales que se mencionan al paso y sólo en lo que sirven para fundar lo que es el eje de este ejercicio, a saber, que debemos abrir nuestras mentes y nuestra tradición para replantearnos la venerable teoría de la división de poderes desde el punto de vista de la labor de control de constitucionalidad, que resulta cada día, un elemento clave para desarrollar sociedades realmente democráticas.

La División de poderes

En un pasaje de su obra “Teoría Constitucional” Karl Loewenstein se refiere a la división de poderes como “uno de los dogmas políticos más

famosos que constituye el constitucionalismo moderno”¹. El citado autor nos llama la atención respecto de que el concepto inicial de separación de poderes como técnica de control de Poder es de Montesquieu, quien a su vez la toma de John Locke y señala que el hecho de que la Asamblea Constituyente de Lally-Tollendal, exigiese que debiera haber tres poderes es... “ni más ni menos (...) es una perfecta ilustración del pensar mecanicista al cual debe su nacimiento la teoría de separación de poderes”². Sobre esa base es la que se desarrolló el diseño que actualmente divide las funciones –más bien que los poderes- en legislativa, ejecutiva y judicial o jurisdiccional. Concluye Loewenstein que el hecho de que las constituciones actuales aún se apeguen a ese esquema, se justifica “por el hecho de que dogmas tan arraigados no pueden ser fácilmente descartados...” y por las “dificultades casi insuperables de formular la nueva conformación del poder en los textos constitucionales.”³

Modernamente, algunos pensadores han criticado la teoría recién expuesta e intentado sus propias versiones sobre el reparto de funciones; entre ello cabe citar a H. Kelsen, G. Bordueau y el propio Loewenstein⁴. No obstante, lo cierto es que la teoría de separación de funciones ha calado en un gran número de sociedades que han aprendido a entender que la organización estatal -una de las dos partes en que la tradición doctrinal divide los textos constitucionales- debe inevitablemente contener la división del poder

y concretarla en aquella modalidad ya más que bicentenaria. Más recientemente Martin Kriele⁵ ha señalado que la división de poderes puede considerarse como un elemento sustancial y constitutivo de los derechos humanos con lo cual la hace parte del patrimonio de la persona en cualquier sociedad que se diga respetuosa de los derechos fundamentales. Al respecto, pasa revista por la historia del concepto en Europa para demostrar como su puesta en práctica viene ligada de manera indisoluble a un reconocimiento de la dignidad del hombre frente al Estado, dignidad que otorga derechos intangibles para el Estado y en mejor protección de los cuales la división de poderes operará como instrumento apropiado para su defensa.

Pero es justamente en ese concepto donde nosotros podemos rescatar una diferencia que nos puede acercar a un entendimiento más profundo y con ello a una mejor capacidad de adaptación de las instituciones, ella estriba en que la división tripartita de funciones es un mero instrumento de control del poder, cuya utilidad puede revisarse a fin de ajustar su funcionamiento. No debemos perder de vista que aún cuando el diseño tradicional de división de funciones aparece como un principio fundamental del constitucionalismo por obra de la tradición y la repetición, no lo es por razón de su forma, sino por lo que representa y realiza, a saber: el control del poder. La lógica y finalidad de la separación de poderes es la desconcentración del poder en beneficio del ciudadano; es eso lo que conforma la esencia de la institución y lo que tenemos siempre que

1 LOEWENSTEIN K. Teoría de la Constitución. Ariel, Barcelona 1986.- p 54

2 IBID. P 54.

3 Ibidem.

4 HERNANDEZ RUBÉN. Derecho de la Constitución. Editorial Juricentro San José. T. I p. 264 y ss.

5 KRIELE MARTIN. “Derechos Humanos y División de Poderes”. En Estado de Derecho y Democracia. 2 Edición. Comp. Josef Thesing. CIEDLA. Buenos Aires 1999.- pp. 143 y ss.

tener en cuenta cuando operamos con diseños y cambios respecto del tema de las acciones de control de actuaciones de unos órganos estatales sobre otros. Un modelo o disposición específica de los poderes o las funciones no forma parte de la esencia del constitucionalismo pues éste surge a la vida política defendiendo no una estructura o distribución única de división del poder, sino el concepto esencial de la necesidad de distribuirlo y repartirlo, para mayor protección del ciudadano. El paso del tiempo nos ha mostrado la existencia y evolución de novedosos medios para controlar el poder, algunos incluso más ágiles que la tradicional distribución tripartita y otros -como es el caso de la función de control de constitucionalidad- existentes de los primeros tiempos y simplemente dejados de lado en su momento por diversas razones, pero no por ello menos importantes y -en mi concepto- con iguales cartas de abolengo a los fines de lograr un gobierno y un Estado controlados.

La división de Poderes en el primer constitucionalismo

Señalaba que la noción de control del poder, a través de la específica -aunque circunstancial-instrumentación ofrecida por la división tripartita de funciones acompaña el nacimiento del constitucionalismo. Las fuerzas emergentes que lideraron este movimiento, tenían muy claro que su lucha contra el régimen de Estado absoluto contenía dos elementos entrelazados: los derechos fundamentales (entendidos como condiciones de la persona anteriores y superiores a la creación del Estado) y la división de poderes, que respondía a la clara

necesidad de cuartear el poder absoluto con ganancia neta para el ciudadano.

Sin embargo, no pasó mucho tiempo para que en Francia se percibieran los peligros de esta idea para el concepto-eje del movimiento, a saber la noción de soberanía, sea popular o bien nacional, que también pregonaban los revolucionarios y que hacía radicar el máximo poder de decisión en el pueblo. La disyuntiva no podía estar más clara: o se inclinaban por sostener y desarrollar los principios del constitucionalismo que -llevado hasta sus últimas consecuencias- implicaba límites al ejercicio del órgano representante de la soberanía, o bien se optaba por dar primacía a ésta última a favor del concepto de la atractiva idea del pueblo dándose sus propias leyes, sin más límite que la aplicación del principio de la mayoría que toma decisiones en discusión abierta y guiada por la razón. No hay duda de que las posiciones así planteadas eran irreconciliables y también es claro que la elección de los franceses y con ellos la de Europa continental se inclinó a favor de dar prioridad a la soberanía del pueblo, y con ésta, se favoreció el supremo poder del parlamento como productor de las normas jurídicas que regirían la nacientes sociedades. Afirmo Fioravanti⁶ que cabe preguntarse si realmente los revolucionarios franceses no alcanzaron a vislumbrar la posibilidad de acciones legislativas lesivas de los “derechos inalienables del hombre” que ellos mismos afirmaban en sus declaraciones. A ello responde:

“La respuesta de la revolución es a ese propósito, tremendamente simple. El legislador *no puede lesionar* los derechos

6 FIORAVANTI MAURIZIO Los derechos Fundamentales. Apuntes para una historia de las constituciones. Editorial Trotta, Madrid, 2003

individuales porque es *necesariamente justo*: y es tal porque encarna en sí la voluntad general del pueblo o nació. Se explica así que la Declaración de derechos agote el sistema de garantías en el envío obligado a la ley. De esta manera se vuelve a una situación que se piensa *necesariamente no arbitraria* (...) Cuanto más fuerte es el legislador mejor refleja la voluntad general y, en consecuencia, más seguras están las libertades y derechos”⁷

De ese modo, el siglo diecinueve fue el de afirmación del poder de los Parlamentos, y la consolidación del Estado de Derecho Legislativo, entendido como aquel en donde éste era visto como el bastión de defensa y protección de derechos, dador de normas y regulador de la vida social. La ley iba a primar en esta época a través de sus caracteres de generalidad, abstracción, sistematicidad y plenitud, idealizadas en la figura de los Códigos, como punto central y principal del ordenamiento jurídico alrededor del que la cultura jurídica y política se iba a desarrollar y en la que el positivismo jurídico encuentra terreno fértil para desarrollarse. Dice Otto Bachof que al Parlamento se le veía entonces como el medio idóneo para la lucha a favor de la libertad:

“...(E)l liberalismo y el constitucionalismo primitivos tenían una gran fe en la ley; no desconfiaban del legislador, sino -como lo dijo MONTESQUIEU- del juez, consecuencia de su posición de servidor del príncipe en el Estado absoluto. (...) La ley era la Carta Magna de la Libertad; el juez, solamente su obediente servidor y ejecutor. De tales concepciones ha surgido el vituperado positivismo jurídico con

su equiparación entre Ley y Derecho, que, en sus últimas consecuencias, ha conducido de hecho a muchos juristas alemanes a una ceguera de valores, a su impotencia frente al Estado de injusticia, frente a la injusticia bajo forma de ley (...) [S]e creía que precisamente esa vinculación del Derecho a la ley moral y a la razón natural se garantizaba de la mejor manera a través del legislador; que la ley era en cierto modo necesariamente buena y razonable. «Las leyes son relaciones que resultan necesariamente de la naturaleza de las cosas», y «la ley es la razón humana»: así opina MONTESQUIEU, y ésta es aún la convicción de principios del siglo XIX. Y esto no era falso en aquellas circunstancias. Para esto había que partir de un supuesto doble: por un lado, la ley era aún verdaderamente «la regla general y abstracta del comportamiento humano»; correspondiendo a una definición que, aún actualmente, aunque ampliamente desbordada por la realidad, arrastran tenazmente los tratados. Era, dicho de modo más profundo, la ratio convertida en norma, un mandato orientado en función de la justicia, no la expresión de una voluntad orientada a un fin. En segundo lugar, se consideraba que las mejores garantías para que la justicia de las leyes quedara protegida radicaban en la entrega de la función legislativa al Parlamento, a los elegidos, en el desempeño de su mandato, pero sometidos solamente a su conciencia de representantes de la voluntad del pueblo y, asimismo, en la división de la función legislativa entre varios órganos estatales encargados de trabajar conjuntamente y controlarse recíprocamente al respecto (sistema de dualidad de Cámaras”, en colaboración de la Corona”⁸

7 IBID. P 73

8 BACHOF OTTO. Jueces y Constitución. I edición Madrid Editorial Civitas, Madrid 1987 Pp 49

Bajo estas ideas, que nos resultan completamente familiares se desenvuelve con continuidad y naturalidad el primer constitucionalismo, que soporta incluso los embates surgidos en los primeros años del siglo veinte por parte de las luchas sociales. En aquel entonces se tuvo la capacidad de adaptación suficiente para que los legisladores y el Parlamento fueran quienes se encargaran de reflejar el nuevo estado de cosas, pero sin que la sustancia del credo positivista, con la ley como guía, sufriera cuestionamientos serios.

Replanteamiento del Constitucionalismo

Este desarrollo del constitucionalismo europeo va a dar un importante salto cualitativo luego de concluida la Segunda Guerra Mundial, cuando las sociedades van a plantearse la necesidad de revisar, por insuficiente, su noción de Estado de Derecho –lo cual se demostró crudamente en los años anteriores al conflicto- y contar con instrumentos constitucionales ya no simplemente proclamados de manera formal –los cuales existían con anterioridad- sino de cambiar radicalmente la forma de entenderlos y aplicarlos. El fenómeno por supuesto es complejo y responde a una buena cantidad de factores que la doctrina ha estudiado y clarificado y en conjunto suele acertadamente definirse el nuevo estado de cosas como un “Estado Constitucional o Estado de Derecho constitucional”, en contraposición y como respuesta a la insuficiencia del llamado “Estado Legislativo” someramente esbozado líneas atrás.

Muy en breve, se ha descrito y explicado la transformación ocurrida en las sociedades cuyo poder y ventajas solían ejercerse por minorías dominantes que imponían cultura, creencias y visión de la vida, lo que –a su vez- permitía que el funcionamiento de los medios tradicionales

de acción estatal (administración, legislación y actividad jurisdiccional), transcurriese sin mayores sobresaltos. La época de la segunda posguerra sin embargo hace patente el cambio que había venido germinando, en tanto que ya no encontramos aquellas sociedades bucólicas donde los patriarcas se encargaban de dirigir por el buen camino al pueblo con leyes justas, dirigidas a normar el desarrollo ordenado de una sociedad. La ampliación de la participación en tales procesos de poder en favor de grupos más amplios, hacen que al Estado se le exija atender un sinnúmero de variadas y muchas veces contradictorias necesidades sociales. Se reivindica la necesidad de verdaderas garantías para los derechos individuales reconocidos a todas las personas (igualdad material versus igualdad formal por ejemplo). Además, se terminan de afianzar los derechos sociales y las exigencias de intervención estatal para que las ventajas sociales lleguen a la mayor cantidad de personas, todo lo anterior con los problemas de exigencia, alcance y realización que esto conlleva. Finalmente, se exigen una serie de nuevos derechos de alcance prácticamente global y a la vez la protección de minorías de la diversidad de pensamiento y cultura. Acertadamente lo describe Zagrebelski:

“Desde finales del siglo pasado actúan vigorosamente fuerzas corrosivas, tanto interna como externamente: el pluralismo político y social interno, que se opone a la idea misma de soberanía y de sujeción; la formación de centros de poder alternativos y concurrentes con el Estado, que operan en el campo político, económico, cultural y religioso, con frecuencia en dimensiones totalmente independientes del territorios estatal; la progresiva institucionalización, promovida a veces por los propios Estados, de “contextos” que integran sus poderes en dimensiones supraestatales,

sustrayéndolas así a la disponibilidad de los Estados particulares, e incluso la atribución de derechos a los individuos, que pueden hacerlos valer ante jurisdicciones internacionales frente a los Estados a los que pertenecen (...)”⁹

Frente a este nuevo panorama, es milagroso que nuestras vetustas concepciones no hayan colapsado, aunque en algunos países de América Latina, la situación es –desde esta perspectiva- particularmente desafiante del tradicional modo de hacer las cosas y la disyuntiva para nuestras instituciones y concepciones, cambiar o morir.

Sin duda, gran parte de lo que está en juego frente a este nuevo estado de cosas, es un replanteamiento de las funciones estatales en que consiste la división del Poder y en particular la definición de las funciones que la tradición y la doctrina dominante ha asignado a los distintos órganos. Al respecto sostiene Ferrajoli¹⁰ que son tres los cambios que se aprecian como resultantes de la transformación del Estado Legislativo en Estado de Derecho Constitucional: el primero es que las leyes serán válidas, además de porque fueron promulgadas por el órgano soberano, siempre que se apeguen a los principios constitucionales; el segundo cambio es el que atañe a la ciencia jurídica que debe, en atención a lo anterior, cambiar su papel respecto de la legislación, de uno meramente explicativo a “uno crítico y proyectivo en relación con su objeto”¹¹; el tercero consiste en el cambio del papel de la jurisdicción que debe aplicar sólo las leyes

válidas en el sentido antes descrito, o sea las que se apeguen sustancialmente al contenido de la Constitución, de lo cual deriva para la judicatura: “tanto para la cultura jurídica como para la jurisdicción una dimensión pragmática y una responsabilidad cívica, desconocidas para la razón jurídica propia del viejo iuspositivismo formalista.”¹²

Agrega Ferrajoli, un cuarto cambio que solo voy a mencionar pero que indudablemente tiene repercusiones para el objeto de este trabajo, señala el autor italiano que este cambio del Estado de Derecho Legislativo al Estado de Derecho Constitucional, implica un cambio en la forma de concebir la propia idea democrática porque viene a imponer límites al ejercicio del poder de la mayoría. Como lo señala, se limita la democracia, pero a la vez la completa en tanto se trata de un seguro contra los abusos en los derechos de las personas que, como la práctica lo enseña, pueden ser ejecutados por esos mismos poderes.

Recordemos al efecto como en Europa, el modelo finalmente triunfante lo fue el modelo francés que partía de un concepto de soberanía nacional que se plasmaba en sus representantes el cual –en consecuencia con sus fundamentos- no podía aceptar condiciones y guías superiores a las que el pueblo, debidamente representado en el Parlamento o Asamblea, acogiera para sí. Por esto resultaba –y resulta aún- disonante para algunos, el que de pronto se surja un poder sobre el Parlamento y que al amparo

9 ZAGREBELSKI GUSTAVO. El derecho dúctil. Trad. de Marina Gascón. Editorial Trotta, Madrid, 1995. p.12

10 FERRAJOLI “Pasado y Futuro del Estado de Derecho” en Neoconstitucionalismo(s). Edición de Miguel Carbonell. Editorial Trotta. Madrid 2003 Pp 13 y ss.

11 IBIDEM p 18

12 Ibid.

de normas y principios constitucionales se constituya en mecanismo de control que someta a revisión la actuación soberana de los representantes del Estado, y que en su caso pueda invalidar sus actos. Ni antes ni ahora en Europa o en América Latina el tema ha sido pacífico. Propongo al lector en este sentido dos ejemplos sobre cómo se describe ese cambio ocurrido en el ámbito europeo: indica Daniel Celotto¹³ que, la creación del control constitucional en Italia fue defendido justamente sobre la base de la necesidad de garantizar la rigidez constitucional y de proteger a los ciudadanos de los abusos del legislador, tarea para la cual se desconfiaba de los jueces comunes. Se discutió en el seno de la Asamblea Constituyente sobre la relación entre la Constitución, la soberanía popular y soberanía parlamentaria y nos transcribe el citado autor a un Asambleísta que resume lo que incluso hoy, es el sentir de los opositores al sistema de control constitucional. Dice Celotto:

Emblemáticas son las posiciones de (...) y sobretodo de Palmiro Togliatti quien en la sesión del 11 de marzo de 1947 censuraba: “... *aquella extravagancia de la corte constitucional, órgano que no sabe qué cosa es y gracias a la institución de la cual, ciudadanos ilustres vendrían a ser colocados por encima de todas las asambleas y por encima de todo el sistema del Parlamento y de la democracia, para ser jueces*”¹⁴

Para el caso de Alemania, Otto Bachof lo resume de clara forma cuando señala que si

bien el sistema de control constitucional no era para nada desconocido en la Alemania de pre-guerra, que asignaba a todos los jueces la protección de la Constitución, en la Constitución de Bonn, los fundamentos de tal control cambiaron y con ello también su alcance práctico. Sobre el tema nos dice:

“¿Cómo poder explicar este cambio en la eficacia práctica del derecho de control?. No se puede explicar más que por la enérgica pretensión de validez de las normas materiales de nuestra Constitución; por un orden de valores, que vincula directamente para los tres poderes estatales, tal como se manifiesta expresamente en la regulación de los derechos fundamentales; por un orden de valores que -no en sus detalles, pero sí en las normas fundamentales que lo constituyen y legitiman- ha sido considerado por la Constitución como anterior a ella misma; por un orden de valores, pues, que no ha sido creado por la Constitución, sino que ésta se limita a reconocerlo y garantizarlo, y cuyo último fundamento de validez se encuentra en los valores determinantes de la cultura occidental, en una idea del hombre que descansa en estos valores.”¹⁵

A esto se suma, según el citado autor, que esa validez de las normas constitucionales se comienza a entender como derecho directamente, inserto en el ordenamiento jurídico, aplicable aún frente al legislador lo que ayuda a cambiar la perspectiva con la que los derechos fundamentales se veían anteriormente. De tal modo, una concepción

13 CELLOTO ALFONSO. El derecho juzga a la política. La Corte Constitucional de Italia. Editorial Ediar, Buenos Aires, 2005. pp 19 y ss.

14 CELOTTO A. Op. Cit. p 19.

15 BACHOFF O. Op Cit. p. 39

diferente de la Constitución requería una renovación en el mecanismo de control. Dice Bachof:

“...Mientras las reglas del control judicial estuvieron vagamente formuladas, sujetas a dudas en cuanto a su obligatoriedad y entregadas a la discreción del legislador en cuanto a su vigencia en el tiempo, el control judicial tuvo que permanecer siendo un arma sin filo e ir a parar finalmente al vacío. Solamente desde que estas medidas se sustrajeron al poder de disposición del legislador, (...) pudo pasar a ser lo que es hoy el control jurídico de los tribunales sobre el Legislativo: significa actualmente ni más ni menos que se ha entregado a los tribunales la responsabilidad última de cuidar y defender el orden constitucional de valores; aunque corresponde en esto un claro papel de guía al Tribunal Constitucional Federal, todos los tribunales tienen que desempeñar una importante función de colaboración.”¹⁶

Situaciones parecidas ocurrirán, en otros países europeos, incluida España, que en 1978 promulga una nueva Constitución Política e inaugura un sistema que pretende recoger la mejor tradición en esta materia, con la creación de un Tribunal Constitucional que realiza función de contralor de constitucionalidad de las actuaciones de todos los órganos del Estado.

Control de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico costarricense

En Costa Rica, ese primer constitucionalismo delineado anteriormente, se reflejó de forma

clara en los diferentes acontecimientos que van conformando nuestra historia como país. Mirando hacia Europa y en especial hacia España y Francia, durante todo el siglo diecinueve (y buena parte del siglo veinte), era inevitable que nuestro discurrir institucional haya sido reflejo de lo ocurrido en el viejo continente. Desde el inicio de la vida independiente se contempla la preeminencia y gravitación de la actuación legislativa mientras que los documentos constitucionales tienen relevancia esencialmente en su aspecto organizativo. De esta manera, hasta 1871 las primeras once Constituciones costarricenses basan casi exclusivamente sus diferencias en temas relacionados con el modelo de organización, estado unitario o estado federal así como las atribuciones de los diferentes órganos constitucionales.

Luego de esa fecha, y a pesar de que el país entra en una etapa de madurez constitucional, los rasgos fundamentales del llamado Estado de Derecho Legislativo se mantuvieron intactos e incluso se acentuaron con el esfuerzo codificador (inspirado en España y Francia), esto aún a pesar del establecimiento que la noción de la supremacía constitucional con su germen de cuestionamiento de la autoridad del Parlamento asomara tímidamente en nuestro ordenamiento a través de un mecanismo difuso de control de constitucionalidad a cargo del Poder Judicial que, por épocas, alcanza a funcionar de forma incipiente produciendo confrontaciones con el poder.¹⁷ Sin embargo, no es sino hasta la época de los años ochenta, del siglo veinte, donde comienza a gestarse, como parte de un movimiento más general a nivel latinoamericano, la búsqueda de una

¹⁶ IBIDEM p. 42

¹⁷ Puede verse la descripción de varios episodios en SAENZ C. Jorge y MASIS P. Mauricio. Historia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. I ed. Editorma, San José, 2006. pags. 197 y ss.

redefinición de los medios de control del poder, esencialmente a cargo del Poder Judicial que -aparte de dirimir los conflictos entre las partes en forma pacífica- debe cumplir con la obligación de proteger al ciudadano contra los abusos del poder y velar por que se respete tanto el ordenamiento jurídico en general como la Constitución Política, por parte de funcionarios públicos.¹⁸

Ese nuevo compromiso, toma forma en nuestro país, con el gran cambio ocurrido en el rol del Poder Judicial en 1989, cuando se organiza la jurisdicción constitucional. En esa fecha, mediante una reforma constitucional y la promulgación de una ley específica, se aumenta el número de magistrados que componen la Corte Suprema de Justicia, con el fin de crear una Sala especializada para conocer de los asuntos de naturaleza constitucional. Debemos recordar que hasta ese momento el conocimiento de las cuestiones de esa materia se encontraban distribuidos entre diversos Tribunales, siendo la Corte Plena quien conocía los reclamos contra normas y los reclamos de hábeas corpus, mientras que los jueces penales resolvían sobre amparos, competencia que compartían con la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, cuando el recurso era planteado contra uno de los miembros de los Supremos Poderes.

Con la citada modificación constitucional que crea la Sala Constitucional, se hace realidad una amplia gama de posibilidades de protección de derechos fundamentales y –en general- de defensa de las normas y principios

constitucionales. Muy esquemáticamente, y con el fin de que se tenga una idea respecto del alcance que tiene esta función de control en nuestro país, apunto sus rasgos más relevantes.

a) El Hábeas Corpus

El hábeas corpus es recogido en nuestra ley como mucho más que un mecanismo de protección a la libertad ambulatoria (hábeas corpus reparador), pues sirve para garantizar otros derechos siempre que su violación se encuentre relacionada con una restricción a la libertad, incluso principio del debido proceso; sirve además como mecanismo preventivo de posibles violaciones a la libertad.¹⁹ De esta forma el hábeas corpus resulta ser un medio eficiente para la protección del derecho de defensa en el proceso penal, y por su medio se puede revisar cualquier vicio procesal que pueda producir una restricción ilegítima de la libertad, ya sea éste provocado por el juez, la policía o el Ministerio Público.

b) El Amparo

Actualmente el amparo tiene por objeto principal, tutelar los derechos fundamentales de la persona, no cubierto por el hábeas corpus, frente a las lesiones que provengan del poder público o incluso de sujetos de Derechos privado en ciertos casos, cuando tales actos u omisiones afecten derechos tutelados en la Constitución o en los instrumentos de derechos humanos vigentes en Costa Rica.²⁰ De acuerdo con la ley las exclusiones más importantes

18 Rediseño que viene orientado precisamente por las ricas experiencias de otros países, en cuanto a la necesidad de revitalizar ese principio dinámico que es el control de la actividad del poder.

19 Artículo 16 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional costarricense.

20 Ver art. 29 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

del control por la vía del amparo son los actos del Poder Judicial y la mera ejecución de esto últimos por parte de las autoridades administrativas, así como contra lo decidido por el Tribunal Supremo de Elecciones.²¹

c) La Acción de Inconstitucionalidad

La acción de inconstitucionalidad es el medio de control constitucional que más pone a prueba la tradicional teoría de separación de poderes. En nuestro país procede contra las leyes y otras disposiciones generales; 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 y amparo; cuando en la formación de las leyes o acuerdo legislativos se viole algún requisito o trámite sustancial previsto en la Constitución o el Reglamento Legislativo; cuando se apruebe una reforma constitucional con violación de normas constitucionales de procedimiento; cuando alguna ley o disposición general inflinja el artículo 7, párrafo primero de la Constitución; 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 Legislativo y contra la inercia, las omisiones y las abstenciones de las autoridades públicas.²²

d. Otros medios de control de constitucionalidad

Interesa también destacar la existencia de mecanismos de control previo de

constitucionalidad, que opuesto al control posterior o sucesivo descrito anteriormente, consiste en la posibilidad de que el órgano competente pueda revisar la adecuación constitucional ya no de una norma vigente, sino de un proyecto. Se trata de una interesante posibilidad para evitar futuros desgastes del sistema de justicia constitucional pero, según mi experiencia personal requiere de una sociedad que reconozca y acepte una moderna y más interdependiente separación de poderes, pues para una concepción rígida de funciones se trataría de invasión inadmisible de funciones. Este control previo se lleva a cabo usualmente mediante las llamadas consultas de constitucionalidad, que planteadas por órganos estatales o partes de ellos, buscan erradicar posibles roces de constitucionalidad que den al traste con las disposiciones una vez puestas en vigor. Es de reconocer que en Costa Rica este ha sido uno de los medios que ha causado mayor perturbación en la relación de la Sala Constitucional con los otros Poderes del Estado, principalmente con el Legislativo, nada acostumbrados a la participación de otros Poderes –en especial el judicial- en el diseño legislativo, los diputados cuestionan la ingerencia que la Sala ha tenido en no pocas ocasiones en el accionar del Poder Legislativo al declarar contrarios a la Constitución proyectos de ley aprobados en primer debate por una lujosa mayoría, además de que ha servido como arma para las minorías parlamentarias para retrasar o alterar el discurrir de los procesos legislativos.

También recoge nuestro sistema la consulta judicial de constitucionalidad, la que en realidad constituye una figura de control constitucional

²¹ Ver art. 30 ibídem.

²² Ver art. 73 ibídem.

al estilo europeo y un medio de control sucesivo, mediante la que todos los jueces de la República, cuando tengan dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deban aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deban juzgar en un caso sometido a su conocimiento, pueden efectuar la consulta. Los jueces tienen el derecho de consultar a la Sala cada vez que consideren que una norma o acto que deben aplicar en la resolución de un caso sometido a su jurisdicción puede rozar con la Constitución, sin perjuicio de consultas anteriores de otros jueces o de la existencia de acciones de inconstitucionalidad pendientes sobre el punto consultado.

Esta institución resulta un complemento necesario a la parcial desconcentración de la jurisdicción constitucional, recogida en la Ley Orgánica del Poder Judicial en donde se establece que los jueces deben desaplicar las normas que estimen contrarias a la Constitución, por lo que resulta conveniente permitirles que consulten al órgano especializado de interpretación, cuando tengan duda sobre la debida adecuación de la norma con el marco constitucional.

Con este marco de amplias competencias se inicia la puesta al día de Costa Rica respecto de las exigencias de un Estado Constitucional, al tenor de un sistema que otorga a un órgano como la Sala Constitucional, que en la práctica funciona como un verdadero Tribunal Constitucional, merced a la competencia exclusiva respecto de las modalidades de la justicia constitucional establecidas, la función de garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente

en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica²³. Por supuesto, y como había ocurrido ya en Europa, esta refundación del control constitucional en nuestro país, con sus voces de apoyo y de rechazo, hace que la Sala Constitucional se convierta casi de inmediato en protagonista de la vida institucional del país, merced a lo que –entiendo– fue un rediseño del sistema de frenos y contrapesos de nuestro país: a esta Sala –Sala Cuarta, como popularmente se le conoce– le correspondió iniciar una labor incómoda en éste sentido, y a la vez, muy importante para el sano funcionamiento del sistema de control del Poder. De ahí la queja constante de los funcionarios de turno por control riguroso que ejerce para proteger la libertad y evitar los abusos del poder.²⁴

Con lo anterior se produce un gran efecto garantista en el país, con la consiguiente reacción favorable de los ciudadanos y desfavorable de los funcionarios que se encuentran de pronto con límites desconocidos en su actuar e incluso, dentro del propio sistema de administración de justicia se sacuden las bases, principalmente en la justicia penal, debido al impulso que da la Sala a la materialización y respeto de los derechos individuales en el proceso penal. La reivindicación del olvidado derecho de petición, protección de los derechos de imputados e internos, establecimiento de la necesidad de respetar las formalidades esenciales del debido proceso en las diversas materias, son apenas unos cuantos ejemplos de la revolución jurídica ocurrida en el país, y

23 Artículo 1° de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

24 Para un amplio repaso desde la perspectiva latinoamericana, V. Lösing Norbert. La Jurisdicción Constitucional en Latinoamérica. Editorial Dykinson, Madrid, 2002.

que tiene como eje –esta vez- a un órgano de la Corte Suprema de Justicia.

Consecuencias de un sistema efectivo de control constitucional de normas y actos

La experiencia costarricense desde 1989, es sumamente interesante porque retrata de forma muy clara la confrontación que involucra el establecimiento de un control constitucional. Para cualquier estudioso del derecho constitucional el tema no es nuevo, pues –como se expresó en líneas anteriores- ya desde su origen la idea de una justicia constitucional ha sido atacada fundamentalmente por entenderse que constituye una intromisión en funciones de otros órganos constitucionales, específicamente en la validación de decisiones de naturaleza política y ajenas a la labor de la administración de justicia. Alex Solís Fallas al exponer su posición al respecto lo define de forma muy clara:

“La tesis defendida es que la Sala Constitucional, además de ser un órgano jurisdiccional es también un órgano político del Estado y como tal está dotado de poderes que son esencialmente políticos, indispensables para ordenar jurídicamente la sociedad, así como para limitar y condicionar el ejercicio del poder político... La Sala Constitucional es un órgano político no sólo por el hecho de que es un órgano constitucional sino porque el Derecho de la Constitución así como su defensa, son fenómenos también políticos.”²⁵ Con esto, el autor citado toca de lleno en la cuestión clave del asunto a saber, la coparticipación de la Sala en aspectos relevantes de la función política especialmente

através del control de lo actuado por el legislador que por muchísimos años aprendimos a ver como el representante más fiel de la voluntad del pueblo soberano.

El problema además presenta actualmente en nuestro país, una arista particular, en tanto que la ley de la jurisdicción contiene como se explicó un procedimiento de control previo de constitucionalidad. Como dije, se trata de la llamada consulta legislativa de constitucionalidad que presenta dos modalidades: una preceptiva y por tanto de obligado planteamiento, en relación con ciertos proyectos legislativos y otra facultativa que puede ser planteada por diez parlamentarios. En ambas la Sala actúa como contralor de constitucionalidad respecto de textos apenas en discusión y su decisión es vinculante solamente respecto a los defectos de forma que encuentre. Pues bien, y como también ha ocurrido en otras latitudes, dicho mecanismo que –como ha sido señalado- acerca peligrosamente el Tribunal a la política actuante, ha sido empleado como arma política, como lo explica Muñoz Quesada:

“Pero los costarricenses tenemos un defecto, nos gusta evadir algunas veces las responsabilidades y surgió ahora la actitud en el seno de la Asamblea Legislativa de consultar todo a la Sala Constitucional y en consecuencia hablamos de que hay que consultar el proyecto de Ley de Tránsito, el proyecto de Concesión de obra Pública, y toda aquella ley que propicie alguna duda debe ser consultada a la Sala Constitucional con lo cual se convierte la Sala Constitucional en la práctica en una especie de Senado al cual estamos enviando por la

25 SOLÍS F. Alex. La dimensión Política de la Sala Constitucional. Imprenta Gráfica del Este. San Jose, C.R. 2000 pp 257-258

vía de consulta diversos asuntos para que sea ella la que resuelve, inclusive problemas políticos. Es en algún sentido por falta de una actitud más firme de defensa de nuestra potestades que le hemos enviado a la Sala Constitucional muchos de los proyectos que aquí se discuten.”²⁶

Con parecidos conceptos se expresa más recientemente el propio Presidente de la Asamblea Legislativa Francisco Antonio Pacheco²⁷ que señala:

“Las consultas facultativas y preceptivas —unas de carácter voluntario y las otras obligatorias, por disposición legal— que efectúa la Asamblea Legislativa a la Sala Constitucional antes de la aprobación definitiva de las leyes, constituyen un elemento de importancia sustancial en la configuración de la arquitectura jurídica y política del país. Quienes han seguido con alguna atención los temas políticos y los asuntos constitucionales, saben bien que este asunto ha afectado de manera sensible el balance de poderes en el Estado, o como se dice, desde el viejo Montesquieu, los frenos y contrapesos que regulan las relaciones de los poderes en su interior.”

Luego, agrega don Francisco Antonio que:

“Pero, el asunto, aquí, es otro. Se trata de determinar si el equilibrio de poderes imperante en el país, es el mejor —no estoy convencido de que sea producto de un diseño bien pensado— o si puede ser mejorado. Al menos, conviene entender cómo funciona nuestro Estado, desde el punto de vista

político. Y la primera observación que surge, al respecto, resulta difícilmente rebatible: la Asamblea Legislativa ha renunciado y sigue renunciando progresivamente a su poder, en favor de la Sala IV. “(...)

“Ya vimos cómo el Poder Legislativo, en Costa Rica, renunció a parte de sus facultades al otorgarle ingerencia a la Sala IV en la aprobación de las leyes; ahora conviene preguntarse cómo es eso de que sigue cediéndole parte de sus poderes a ese importante órgano jurisdiccional. Y la respuesta es simple: cada vez que los diputados llaman a la Sala para que resuelva si una ley puede ser aprobada o no, cada vez que siguen la opinión y modifican su decisión inicial —a pesar de no tener obligación de hacerlo— de acuerdo con el criterio vertido, están renunciando a asumir sus funciones plenamente.” (...)

“Los diputados deberían tener suficiente conocimiento como para saber si lo que aprueban es constitucional o no, deberían decirle, a veces, a la Sala —que por cierto no es infalible— que se equivoca. Hay una tendencia a someterse con reverencia filial a la Sala, según ellos la ven. No se puede ignorar que existe un respeto reverencial en relación con ella. En otros términos, nuestros diputados parecen mostrar síntomas del complejo de Edipo, y ello parece opera en favor de concederle más crédito a la Sala que a sí mismos. Pero también —esto se ha dado alguna vez y se dará en otras—, se toma a la Sala, a veces, como un último recurso para intentar ganar la tesis que se perdió en la votación final. Casos propios de la picaresca nacional.”

26 MUÑOZ Q. Hugo. La Sala Constitucional como Poder Político. En La jurisdicción Constitucional. Editorial Juriscentro. San José, C.R. 1993 p 425

27 La Asamblea Legislativa y la Sala Constitucional, en Democracia Digital. Agosto de 2006. Publicación electrónica: <http://Democraciadigital.org>.

Me excuso por la larga cita, pero como puede comprobarse resulta importante porque -tanto explícita como implícitamente- contiene toda la gama de argumentos que se esgrimen contra el cambio operado en las formas de control de poder en nuestro país a raíz del establecimiento de la Sala Constitucional. Si dejamos la particularidad del problema específico que plantea, es decir el abuso en la consulta legislativa facultativa de constitucionalidad, coincido en general con su apreciación de la situación actual de la relación de poderes, sin embargo mi valoración de tales hechos es bien distinta, pues como le he venido señalando, lo que ha ocurrido no tiene nada de casual y más bien responde a un movimiento evolutivo en el desarrollo de los Estados Occidentales. Así vistas las cosas, es natural que una institución que respondió en su momento a unas ciertas condiciones, como la distribución tripartita de poderes, pueda y deba ajustarse en lo que sea necesario para adaptarla a las nuevas necesidades. No obstante, lo que sí sería inaceptable en mi concepto, es que la modificaciones redunden en una pérdida neta de las garantías que brinda la separación de los poderes, así como el control y contrapeso entre ellos, en favor de los miembros de la sociedad, pues allí habría razones de alarma. Hasta donde puedo apreciar y creo que la historia sostiene mi apreciación, la redistribución de poder operada en nuestro país, ha sido de indudable beneficio para los ciudadanos que han ganado ámbitos mayores de libertad y de garantías de respeto de las normas constitucionales por parte de las autoridades de toda índole, esa y no otro debe ser el fin de todo diseño de separación, distribución y control de poderes, lo anterior, no sin aceptar

que siempre las instituciones ideadas por los seres humanos pueden ser perfectibles y por ello mi participación en diversos foros y discusiones sobre la “necesaria” reforma a la Ley de la Jurisdicción Constitucional, para adaptarla a las exigencias y necesidades de la Costa Rica del siglo XXI.

Conclusiones

La tesis sostenida es que el establecimiento de una Sala Constitucional en Costa Rica, es más que la creación de un órgano más de la función jurisdiccional tradicional. Es un intento -exitoso a juzgar por el resultado- de un rediseñar el sistema de división de poderes del Estado Costarricense.

Ese rediseño no es casual ni es fruto de una ocurrencia y por el contrario responde al reacomodamiento del Estado Costarricense a las condiciones del llamado constitucionalismo de post-guerra o neocosntitucionalismo, que se caracteriza justamente por el surgimiento de los Tribunales Constitucionales como nuevos actores en el quehacer del Estado.

No parece haber otra razón que la fuerza de la costumbre la que nos tiene discutiendo sobre la conveniencia de haber introducido cambios en el modelo. Perdemos de vista que la división de poderes como tal es y será solo instrumento para asegurar a la sociedad la imposibilidad, en sede jurídica, de una acumulación de poderes en su perjuicio. De tal modo, cualquier mecanismo que asegure ese fin o cualquier cambio que mejore esa tarea debería ser bienvenido.

EL ORDENAMIENTO TERRITORIAL

Planificación Urbana, Ordenamiento Territorial y Desarrollo rural sostenible: limitaciones agroambientales (Reflexiones de un agrarista)

Dr. Enrique Ulate Chacón
Miembro del Tribunal Agrario Nacional
Vice Presidente de la Unión Mundial de Agraristas Universitarios
Prof. Posgrado en Derecho Agrario y Ambiental (UCR)
Director de la Cátedra de Derecho Agrario

SUMARIO:

1. Introducción.
2. Expansión Urbana en el Área Metropolitana, Actividades Agrarias y Frontera Agrícola. Conflicto aparente entre lo Urbano y lo Rural.
3. Ordenamiento del Territorio y Desarrollo rural sostenible. Propuestas actuales a) la Ley de Ordenamiento Territorial b) La Política de ordenamiento territorial. c) Breve análisis de los instrumentos técnicos existentes. d) El proyecto de reforma al artículo 28 e la LOA: política pública, integralidad, jerarquización, hacia un ordenamiento y reordenamiento ambiental territorial.
4. El problema del ordenamiento territorial en Costa Rica. La dispersión normativa y la disgregación de competencias. Competencia Municipal y competencias accesorias.
5. La normativa actual que afecta el Ordenamiento del Territorio en la GAM, y limitaciones agroambientales.
6. El papel de la Jurisprudencia en el Ordenamiento Territorial.
 - 6.1 Criterios vinculantes de la Sala Constitucional: a) En materia de competencia municipal; b) En materia de áreas protegidas; c) En materia de salud humana y actividades productivas.
 - 6.2 Criterios de la Sala I: a) En materia de zonas Protectoras (caso El Rodeo); b) En materia de Planificación Urbana (GAM); c) La función ambiental de la propiedad

y limitaciones en su uso (Usucapión y posesión ecológica); d) En materia de responsabilidad objetiva por quemas.

6.3 Criterios del Tribunal Agrario: a) En Informaciones Posesorias; b) aplicación de la Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos; c) Medidas sanitarias y fitosanitarias.

6.4 Criterios del Tribunal de Casación Penal: a) Delitos por el cambio de uso del suelo: reparación del daño causado.

7. Consideraciones finales.

EL ORDENAMIENTO TERRITORIAL

Planificación Urbana, Ordenamiento Territorial y Desarrollo rural sostenible: limitaciones agroambientales (Reflexiones de un agrarista)

1. Introducción.

Iniciaré mi exposición agradeciendo la invitación y la confianza depositada en mí por el Señor Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, quien seguramente habría tenido una mejor intervención sobre este tema. También agradezco a los organizadores, especialmente a la Comisión de Derecho Ambiental del Colegio de Abogados, y a todos Ustedes, por tener paciencia para escucharme.

Les pido disculpas, desde ahora, por no hacer un discurso técnico, ya que poseo formación de Jurista, y particularmente, de agrarista. Así que me he tomado la libertad de aprovechar este tema, para conversar con Ustedes, sobre la incidencia que tiene en el Uso del Suelo, la legislación especial, y particularmente las limitaciones agroambientales que de ella surgen. También haré referencia a la Jurisprudencia, especialmente de la Sala Constitucional, así como de otros Tribunales, que han venido sentando criterios novedosos para promover un mejor desarrollo urbano y rural sostenible. De hecho, algunos autores, cuando se refieren a la Historia Urbana de San José, fijan como una de sus últimas etapas: “Después de la Sala IV”.

Comenzaré indicando que en Europa, desde hace muchos años, se viene discutiendo sobre la ubicación del Derecho Agrario, el Derecho Ambiental, el Derecho Urbano y el Municipal, entre lo público y lo privado, pues tiene características de ambas ramas y, si se piensa

bien, todas derivan de las Políticas Públicas esenciales que deben manejarse en el orden del Estado Social de Derecho.

La doctrina ha reafirmado la autonomía de esas disciplinas, debido a que corresponden a materia de alta importancia que, justamente, obedecen a criterios de política ambiental, política agraria y de ordenamiento territorial, como una de las políticas más importantes del Desarrollo sostenible de las naciones. Ello se demuestra en la PAC europea, en la cual se reconoce la especialidad de la agricultura (sujeta a riesgos biológicos y de mercado), y en donde las áreas productivas, forestales y de protección ambiental, encuentran una tutela importante en las normas, no solo agrarias, sino también de planificación urbana y de ordenación territorial.

Pero, la autonomía de cualquier disciplina que tenga que ver con el uso del suelo y del territorio es siempre relativa. Se trata de temas de carácter interdisciplinario, en los cuales todos (agrónomos, politólogos, urbanistas, ambientalistas, agraristas y juristas) nos deberíamos interesar. Esta “*transversalidad o interdisciplinariedad*” de los temas que hoy tratamos, no son más que un reflejo o manifestación más amplia de los Derechos Humanos de la tercera generación, entre los cuales se ubican el derecho al “Desarrollo”, el derecho al “Ambiente Sano”, y el superderecho al “Desarrollo Sostenible”.

Por ello no es posible hablar de un Derecho Urbano, un Derecho Territorial o de un Derecho Agrario o Ambiental, desligados del Desarrollo Sostenible y desligados de los Derechos Humanos de la Tercera Generación, que por principios reconocidos internacionalmente, y en la mayoría de las Constituciones Modernas, deben recibir la “Máxima protección o máxima tutela posible”. Y desde ese punto de vista, frente a la contradicción aparente entre un derecho subjetivo y un derecho colectivo, debe ceder el primero, en aras de proteger los intereses comunes, sociales y de nuestras futuras generaciones.

Es inaceptable que Costa Rica, con la imagen internacional que tiene en la protección del medio ambiente, no haya resuelto en pleno SIGLO XXI, el problema del ordenamiento territorial, pese a existir postulados constitucionales, como el artículo 45 párrafo segundo, el 50 y el 69, sin dejar de lado los valores de justicia social y solidaridad nacional.

Como también resulta inaceptable, que, hasta la fecha, después de más de 14 años de tener una norma constitucional (artículo 50), y Leyes sectoriales que contienen capítulos completos sobre ordenamiento del territorio (solo a guisa de ejemplo el CAP. VI de la LOA), no se les haya dado un cumplimiento efectivo, y se sigue pensando que solo con nuevas reformas legales puede implementarse un instrumento o mecanismo que ya existe (ver la propuesta de reforma del artículo 28 LOA, en el Proyecto de Ley 16.874 del 13 de noviembre del 2007).

2. Expansión Urbana, Actividades Agrarias y Frontera Agrícola. Conflicto aparente entre lo Urbano y lo Rural.

Resulta evidente que en nuestro país, ante la ausencia de una Política de Ordenamiento Territorial, la expansión urbana que se ha

producido en San José y otros cascos urbanos aledaños, han ido en detrimento de un uso adecuado del suelo, desplazándose otro tipo de actividades no menos importantes, tales como la agrícola, la forestal y de conservación, y se han sacrificado una serie de beneficios derivados de una buena planificación, tales como la belleza escénica, el paisaje agrario y rural, la biodiversidad y otros servicios ambientales.

La expansión urbana no solo ha significado el desplazamiento de actividades agrarias productivas, a zonas o territorios probablemente con menor capacidad productiva, sino también, el reacomodo de grandes asentamientos en zonas marginales, en donde la fragilidad del suelo no resiste los embates del ser humano lo que ha conllevado al agotamiento de la frontera agrícola. Esto, a su vez, ha provocado una gran crisis en las zonas urbanas, pues el campesino y las familias rurales más pobres, sin alternativas de desarrollo rural sostenible, inmigran a la ciudad a crear cadenas de miseria, ocupando en muchas ocasiones áreas de protección, frentes de calle y bienes públicos comunales. O bien, se ubican en las zonas marginales de los ríos más importantes de la Región Central. De ese modo la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran gran cantidad de familias pobres se acrecienta como consecuencia del cambio climático y la falta de planificación.

Este conflicto aparente entre lo “Urbano y lo Rural”, corresponde a un conflicto real, pues no existen criterios claros y estrictos, para distinguir una área urbana de una rural. En todo caso, de plantearse, la distinción sería solo aparente, pues sabemos que lo ideal de un proceso de planificación territorial, es la subsistencia de diferentes tipos de actividades económicas, no solo comerciales o urbanas, sino también agrarias, industriales, comerciales, y espacios verdes y de recreo, etc.

Hay, en consecuencia, dos problemas *patológicos* latentes: 1) La falta de la integración de la variable ambiental en la planificación del uso del suelo; y, 2) La descoordinación entre los componentes del ordenamiento, tanto a nivel jurídico, como institucional (competencias, objetivos, administraciones, territorios).

Solo basta una “pincelada” de nuestros *problemas ambientales*: a) Contaminación del aire en los cascos urbanos y excesiva concentración de vehículos; b) crecimiento urbano horizontal y alineado a las carreteras, ocupando suelos aptos para la agricultura; c) sobrecarga de causas de agua y desbordamientos de ríos y quebradas (vulnerabilidad climática que hemos “aprehendido” este año), así como los sistemas de edificaciones o industrias cuyos residuos caen a ríos y mares; d) Creación de zonas industriales y tanques sépticos en áreas de recarga, y uso de agroquímicos, contaminando los mantos acuíferos; e) irrespeto de las zonas de protección en las zonas de desarrollo agrícola o urbano; d) la desaparición de recursos culturales y arqueológicos con motivo de un crecimiento urbano circunstancial; e) ausencia de políticas integradas de manejo de desechos; e) acción retardataria para hacer estudios de vulnerabilidad preventivos, siempre son posteriores y parciales; f) papel secundario del paisaje en la expansión urbana, industrial y rural, así como en zonas costeras; g) presión y falta de sostenibilidad en el aprovechamiento de los recursos marinos.

3. Ordenamiento del Territorio y Desarrollo rural sostenible. Propuestas actuales.

Si en nuestro País se tratara de buscar a los responsables de los problemas de contaminación e incumplimiento de las disposiciones ambientales, el principal responsable sería el Estado, por la permisividad y la carencia de una sistema integrado de planificación territorial, la insuficiencia de controles ambientales y la inaplicación estricta del sistema sancionatorio.

a. Propuestas actuales: El Proyecto de Ley de Ordenamiento Territorial, el Proyecto de Ordenamiento Territorial Integral Costarricense (OTIC), y el Proyecto de Ley de Zonificación para la Producción Agropecuaria.

Existe un proyecto de Ley¹ de Ordenamiento Territorial a nivel nacional, del 11 de junio de 1996. Fue una iniciativa también apoyada por PRODEL, con la consultoría de CEDARENA, que había elaborado otro proyecto en 1993, el cual fue revisado y mejorado.

El fin de este Proyecto de Ley¹ es mantener y restaurar el equilibrio ecológico mediante la implementación de un proceso de ordenamiento territorial integral (artículo 1) y pretende concretar disposiciones normativas programáticas ya incorporadas en la Ley Orgánica del Ambiente (artículos 28 a 31). Sin embargo creemos que en el Proyecto se

1 El Proyecto contiene IX Títulos, de los cuales se destacarán los aspectos más importantes, divididos así: I. Disposiciones Generales: Que contempla el fin, conceptos, principios, objetivos, instrumentos y limitaciones a la propiedad; II. Organización Institucional: Consejo Nacional Ambiental, Secretaría Técnica, Consejos por Áreas, Sistema Integral de Información de Recursos Naturales, Energía y Ambiente; III. Ordenamiento Territorial Nacional: Plan nacional, planes por áreas, áreas de conservación, zonas costeras y aguas territoriales, reservas indígenas, área metropolitana; IV. Ordenamiento Territorial como Proceso: disposiciones generales (estudios agroecológicos), evaluación de tierras, decreto de áreas, audiencias públicas; clasificación del territorio: zonificación, aprobación, efectos; V. Incentivos; VI. Control y vigilancia; VII. Sanciones y puniciones; VIII. Financiamiento; IX. Disposiciones finales: Tenencia de la tierra, disposiciones varias.

descuidan muchos aspectos enumerados en la misma Ley Orgánica del Ambiente, útiles para el desarrollo rural sostenible. Me refiero a los “criterios para el ordenamiento” contenidos en el artículo 30, los cuales son descuidados al enumerarse los principios y los objetivos (artículos 3 y 4 del Proyecto).

La restricción contenida en el artículo 6 del Proyecto no coadyuva en mucho a un Ordenamiento Territorial Integral, pues las reclamaciones de los particulares frente a proyectos de este tipo seguramente serán muchas, pues probablemente la mayoría de particulares reclamarían una “indemnización” alegando la privación de atributos del dominio, máxime que el criterio queda abierto a eventuales interpretaciones constitucionales. En la mayoría de los países en que se han impulsado planes de ordenamiento territorial los particulares están obligados a readecuar sus actividades privadas conforme a planes reguladores muy estrictos sin que por ello, salvo casos excepcionales, tengan derecho a indemnización, pues se trata de limitaciones a la propiedad basadas en su función económica, social y ambiental. Y en esto hay que recordar que el artículo 8 de la Ley de Biodiversidad dispone que “Como parte de la función económica y social, las propiedades inmuebles deben cumplir con una función ambiental”.

En otros términos, si el objetivo primordial de una Ley de Ordenamiento Territorial Integral Costarricense es lograr una ubicación óptima de las actividades productivas, económicas, sociales y ambientales, definiendo los posibles usos de la tierra a fin de aumentar la productividad ambientalmente sostenible y conservar la biodiversidad y los recursos naturales, ello conllevaría a planes de mejoramiento, saneamiento y regeneración de las zonas degradadas, y hasta la reubicación de

actividades agrícolas, industriales o urbanas. Para ello deben preverse mecanismos financieros y, sobre todo, incentivos, para que los propietarios puedan readecuar sus actividades a los planes de ordenamiento territorial. Se trata, como se indica en el proyecto, de un “deber” que tiene que estar inmerso dentro de la estructura misma del contenido del derecho de propiedad, y por tanto formando parte de la triple función que ella debe cumplir.

La Organización Institucional, prevista en el Título II, no merece mayores comentarios pues responde, en líneas generales, a las estructuras tradicionalmente creadas y propuestas para los Planes Nacionales, con la particularidad de que en éste caso se le da mucho mayor participación a los Gobiernos locales y comunidades de cada zona o área para proponer y ejecutar el Plan de Ordenamiento Territorial. En todo caso al Consejo Nacional Ambiental (creado por la Ley Orgánica del Ambiente), se le asigna la función de impulsar políticas generales para el ordenamiento territorial y sus decisiones serán vinculantes para las instituciones públicas y los particulares (artículo 7).

Según el Proyecto, el Plan Nacional de Ordenamiento Territorial debe comprender:

- a. Usos primordiales y prioritarios a que debe destinarse cada área según su capacidad agroecológica de uso y potencialidades socioeconómicas.
- b. Localización óptima de las actividades productivas, de conservación y de servicios.
- c. Lineamientos territoriales urbanos
- d. Armonización del uso del desarrollo rural, urbano, turístico y agropecuario
- e. Política de incentivos que coadyuve a su ejecución.

El criterio básico para alcanzarlo es desarrollando programas por áreas o subáreas de acuerdo al criterio técnico de las cuencas hidrográficas² (ya contenido en otros Proyectos de Ley) o microcuencas para ejecutar programas más intensivos (artículos 22 al 24). El criterio del ordenamiento territorial por zonas ya se encuentran incorporado en la Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos (artículo 13).

El ordenamiento territorial como proceso ininterrumpido (Título IV) comprende necesariamente estudios agroecológicos de suelos, socioeconómicos, pendientes del terreno, geológicos y de impacto ambiental (artículos 31-35), de manera que para las evaluaciones de tierra con fines de titulación se exigirán estos estudios, así como para el otorgamiento de créditos financieros para el ejercicio de actividades agropecuarias o forestales y para los beneficiarios de proyectos de riego (artículos 36 y 37). Esto conlleva, evidentemente un elevado costo para el inicio de actividades productivas y no se prevén los mecanismos para que el propietario pueda asumir éstos gastos.

La clasificación del territorio se realiza a través de la zonificación y corresponde al ente que realiza los estudios agroecológicos, identificar y clasificar la unidad territorial por área (entre ellas, régimen jurídico especial, actividades agrícolas, pecuarias, de protección absoluta, de desarrollo urbano, áreas críticas, manejo forestal y recreación) debiéndose indicar en las hojas catastrales respectivas.

Establecida la zonificación, se publica y se da audiencia a los interesados o sujetos privados afectados con la declaratoria, los cuales tienen un plazo de 30 días para oponerse. El mecanismo de solución es la resolución alternativa de conflictos, antes las instancias administrativas del Poder judicial (artículos 50 a 52).

Aprobada la zonificación, la misma es vinculante solo para las áreas consideradas críticas (artículo 54), debiéndose emprender actividades para la recuperación y regeneración del territorio. Mientras que para las otras actividades la zonificación resulta solo una "recomendación" de uso, lo cual constituye una seria limitación al cumplimiento adecuado del ordenamiento territorial, si no se crean mecanismos atractivos para los particulares. (artículo 55).

El Título V denominado "Incentivos", más bien pareciera que establece cargas impositivas para hacer proyectos de actividades agrícolas y cargas para los propietarios de terrenos, pues para recibir una exoneración o incentivo se les exige, de previo, demostrar que están cumpliendo con el uso óptimo de la capacidad de uso según el estudio de tierras. Esto es un contrasentido, pues no se generan mecanismos reales de incentivos. La muestra más clara de éstas cargas impositivas es lo dispuesto en el artículo 62, donde se duplica o triplica el valor de mercado de los terrenos que no se ajusten a los programas de ordenamiento, sin ofrecer posibilidades a sus propietarios para readecuar o "sanear" sus terrenos según las exigencias del plan.

2 "Cuenca Hidrográfica como Instrumento de Ordenamiento Territorial", fue el tema de una de las Mesas Redondas del I Congreso Nacional de Derecho Ambiental. UICN, 1992, P. 277-300.

Finalmente, es importante destacar el Título IX, sobre las disposiciones finales, en cuanto contempla reglas que exigen al Instituto de Desarrollo Agrario cumplir con las normas de capacidad de uso del terreno y la zonificación agropecuaria, así como a sus beneficiarios. Los terrenos adjudicados deben garantizar el uso sostenible y rentable del terreno, respetando la variable ecológica y la conservación del bosque primario y secundario de las fincas. Esto es fundamental, porque son criterios que no se han respetado en muchos procesos de compra y adjudicación de tierras por el Instituto de Desarrollo Agrario, por lo cual se ha visto sujeto a gran cantidad de críticas y hasta de manifestaciones públicas de grupos de campesinos que han sido “engañados”, al entregárseles tierras improductivas y de vocación forestal. De ahí que la nueva propuesta de transformar el IDA en INDER, sea conveniente para el país, pues al menos se podría hacer un mejor ordenamiento territorial agrario.

El Proyecto de Ordenamiento Territorial Integral Costarricense, (Expediente 12.648), del 25 de setiembre del 2001, mejoró sustancialmente aquella primer iniciativa de 1996, fue analizado en la Comisión Permanente de Asuntos Agropecuarios y de Recursos Naturales y obtuvo dictámen afirmativo, pero fue archivado el 9 de febrero del 2005.

Según la exposición de motivos, y sin entrar a un análisis exhaustivo del mismo, se indica: “Este proyecto de ley propone esta instrumentalización en tres niveles: organización en el nivel cantonal, en el nivel regional y en el nivel nacional en donde se procura que asignando ámbitos y responsabilidades específicas a cada una de estas instancias, se engranen e interactúen en forma ordenada para cumplir con los propósitos.

En el primer nivel se mantiene el protagonismo de las municipalidades al “velar por los intereses locales en su ámbito territorial” por intermedio de la Junta Cantonal Territorial, que garantiza la participación ciudadana con el fin de promover la elaboración de los Planes Cantonales de Ordenamiento Territorial, acorde con las necesidades locales. Las funciones quedan claramente establecidas en los artículos 10, 11 y 12.

En cuanto al nivel regional, utilizará como límites las cuencas hidrográficas en el marco de las seis grandes unidades territoriales regionales establecidas. Además adicionalmente y por las “características propias de su complejidad” se crea la subregión del Gran Área Metropolitana. El objetivo fundamental de este nivel es el proponer el Plan Regional de Ordenamiento Territorial.

Finalmente en el tercer nivel se propone una importante reforma del IFAM, que en adelante se denomina Instituto Nacional de Ordenamiento Territorial y Asesoría Municipal y que, como es evidente, se le responsabiliza del Plan Nacional de este Ordenamiento como ente superior.

La nueva conformación de su Junta Directiva, pretende darle representación a las instancias estatales relacionadas al tema.

Este proyecto se complementa con aspectos como el establecimiento del Sistema Nacional de información Geográfica, el marco para los planes de ordenamiento regional, nacional, de planificación urbana, de planificación rural y de áreas de producción y conservación de áreas especiales.

Asimismo contempla el marco del régimen de propiedad y el de la participación ciudadana en la gestión territorial.

Se establecen también en los artículos 71 y 72 disposiciones sobre el control y vigilancia en la ejecución de los planes de ordenamiento.

Un capítulo especial del proyecto se refiere al financiamiento, en donde se establecen de dónde procederán los recursos que implementarán la instrumentalización a todo nivel para una labor eficiente.

Para dar garantía de transparencia se establecen en el capítulo IV las sanciones que sientan la responsabilidad de los funcionarios públicos y profesionales que en los estudios y actos administrativos no cumplan con los deberes que la ley establece.”

El Proyecto de Ley de Zonificación para la Producción Agropecuaria (Exp.15.727), pretende introducir el ordenamiento de los territorios rurales, desde una óptica integral, a fin de garantizar el desarrollo rural sostenible: “El presente proyecto de ley, tiene por objeto establecer las disposiciones generales para promover la zonificación de la producción agropecuaria, con el fin de fomentar el desarrollo rural, a partir del impulso de dichas actividades, bajo la concepción del uso óptimo de la tierra, por medio del Plan Nacional de Zonificación de la Producción Agropecuaria, que deberá contemplar tanto aspectos agroecológicos como socioeconómicos.

Este Plan Nacional de Zonificación de la Producción Agropecuaria, se utilizará como una política de Estado y como un instrumento de planificación para el productor, para las instituciones del sector público agropecuario y para los demás órganos vinculados con este, que permita, mediante la aplicación de criterios de zonificación agropecuaria, implementar políticas sostenibles en ese campo.

En virtud de lo anterior, este Plan deberá contemplar un proceso integral de planificación y coordinación de actividades en el sector agropecuario, por medio de la división del territorio nacional por regiones, que contemple aspectos agroecológicos y socioeconómicos, como una forma de garantizar una producción económicamente rentable, socialmente aceptable y ambientalmente amigable.

Esto implica que la zonificación agropecuaria, debe observar a la organización comunitaria en la zona rural, tomando en cuenta no solo elementos de parentesco, amistades, escuelas, vecindario en caseríos, costumbres y otros tópicos de índole social, sino también asumiendo la necesidad de organizar a la comunidad según el factor geográfico e hidrológico. Para ello, se considera que la unidad más apropiada para la zonificación agropecuaria, es la cuenca hidrográfica, que a su vez, se puede subdividir en cuencas hidrográficas o sub-cuencas de pequeñas dimensiones.

La división territorial en la zona rural, mediante cuencas y sub-cuencas hidrográficas, permite planificar e incentivar las actividades económicas de un territorio determinado, según las características intrínsecas de cada región, comunidad, zona, finca y parcela. Así, la planificación del desarrollo de una zona ubicada en áreas de ladera, propensa a los deslizamientos, será distinta de la ubicada en territorios planos, vulnerables a las inundaciones. De igual forma, los planes de desarrollo serán diferentes en áreas con predominancia de minifundios, caracterizados por una marcada interdependencia entre fincas por el factor hídrico, a aquellas regiones propias de cultivos que ocupan grandes extensiones de tierra o latifundios.

Entre sus fundamentos, el Plan pretende por medio de la producción agropecuaria, garantizar al individuo, a la familia y a las comunidades de las zonas rurales, las condiciones suficientes para el desarrollo de su calidad de vida en armonía con el medio ambiente, utilizando este espacio geográfico racionalmente y con visión de futuro.

Asimismo, busca sustentarse tanto en la base de datos del Sistema Nacional de Información Geográfica, como de otros programas tecnológicos nacionales e internacionales, sistemas de innovación tecnológica y sistemas de información satelital, que permitan justificar y elaborar el Plan de Ordenamiento para la Zonificación de la Producción Agropecuaria Nacional.”

b) La Propuesta de Política de Ordenamiento Territorial.

La Iniciativa de Paz con la Naturaleza, presentó en mayo del 2008 una propuesta de Política de Ordenamiento Territorial (POT). Amén de los problemas antes mencionado, se mencionan tres variables referidas al marco normativo:

a.- Unidimensional: No se cuenta con una ley específica de ordenamiento territorial, siendo que la planificación debería basarse en la Ley de Planificación Urbana y Planes Reguladores, criterio que es el que sigue privando, a nivel específico de cantón. Sin existir una Estrategia general vinculante, ni haber integrado la variable ambiental.

b.- Integradora: LPU + Leyes sectoriales + Jurisprudencia constitucional (2002-1220 del 6 de febrero de 2002), que exigen a las Municipalidades sujetar su planificación territorial a la integración de la variable de impacto ambiental, sujeta a una viabilidad ambiental (licencia) de SETENA. (Incorporada

en el DE- 32967-MINAE, Gaceta 4 de mayo, 2006, “Procedimiento Técnico para la Introducción de la Variable Ambiental en los Planes Reguladores u otra Planificación de Uso del Suelo”.) SETENA ha integrado como parte del Reglamento General de Procedimientos sobre EIA (DE-31849-MINAE-S-MOPT-MEIC del 24 de junio del 2004), un capítulo sobre EAE (Evaluación Ambiental Estratégica), con énfasis en la integración de la variable ambiental en el ordenamiento territorial.

c.- Presupuestaria: es fundamental para la sostenibilidad y durabilidad de una POT, dentro del PND del Mideplan.

La propuesta concluye de lo anterior lo siguiente:

“1. Toda la planificación de uso del territorio que se realice en el país, independientemente de la escala, si desea que se convierta en un instrumento formal y legal, debe efectuarse según lineamientos de la EAE, de conformidad con las resoluciones de la Sala Constitucional y los procedimientos técnicos establecidos por SETENA.

2. Debido a que los planes reguladores no suplen la totalidad del requerimiento ambiental de la planificación de uso del suelo, se hace indispensable que se cree una estrategia de ordenamiento territorial basada en el marco jurídico relacionado y vigente, establezca los lineamientos mínimos ordenadores de una política nacional.” (POT, pág. 10).

Curiosamente, el análisis restringe las referencias a la legislación existente, mencionando solo las siguientes:

Ley de Planificación Urbana,
4140 de 1968 INVU

Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre
6043 de 1977 CT

Ley Orgánica del Ambiente
7554 de 1995 MINAE

Ley Forestal
7575 de 1996 SINAC

Ley de Biodiversidad
7778 de 1998 SINAC

Ley de Uso de Suelo
7779 de 1998 MAG

Ley Nacional de Emergencias
8848 de 2003 CNE

Síntesis de la POLÍTICA DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL (2006-2010)

Objetivo: Lograr la sostenibilidad del desarrollo humano, mediante el uso racional de los recursos naturales y protección del ambiente, garantizando un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, fijando un mecanismo integrador y coordinación entre las leyes e instituciones, definiendo los procesos, instrumentos y metodologías, basados en la capacidad de carga ambiental para que los espacios geográficos puedan ser ordenados y planificados.

Principios: a) Responsabilidad del Estado en el ordenamiento territorial, b) El medio ambiente, c) El Estado y el desarrollo sostenible, d) coordinación, e) Protección de la vida; f) Prevención; g) Capacidad de carga y efectos acumulativos; h) Integración de la dimensión ambiental en las decisiones estratégicas; i) participación.

Instrumentos técnicos existentes:

- Procedimiento Técnico para la introducción de la variable ambiental en los Planes Reguladores u otra Planificación de Uso del Suelo (DE-32967-MINAE).
- Manual para la elaboración de Planes Reguladores (INVU, 2006).
- Instrumentos técnicos a desarrollarse: (sería mejor una LEY MARCO????)
- Reglamento General de OT nacional, regional y local.
- Reg. G. de parámetros urbano-ambientales
- Reg. De control de impacto paisajístico
- Reg. De delimitación de áreas de recarga acuífera
- Procedimiento de EAE para el desarrollo sectorial
- Reglamento al artículo 19 de la Ley Forestal
- Salvaguarda ambiental para el uso, ordenamiento y protección de rec. Marinos.

Lineamientos Estratégicos.

1. OT-desarrollo sostenible: a) ubicación óptima de las actividades productivas, asentamientos humanos, zonas públicas y recreativas, silvestres, protección, corredores biológicos, bosques, humedales, redes de comunicación y transporte, infraestructura, unidades energéticas, riego, avenamiento; b) promover la participación activa de todos los habitantes en la elaboración y aplicación de los planes reguladores.
2. OT-criterios: a) respeto a características culturales, históricas y sociales de las poblaciones y su *ubicación actual*??; proyectos de la población y recursos,

características de los ecosistemas, recursos naturales, actividades económicas predominantes, zonificación por productos y capacidad de uso, actividades agropecuarias, equilibrio entre asentamientos humanos y condiciones ambientales, diversidad del paisaje, infraestructura, procesos ecológicos.

3. Desarrollo y reordenamiento de ciudades: uso intensivo de espacio urbano.
4. Delimitación de zonas de protección áreas marinas, costeras y humedales
5. Conservación y mejoramiento de suelos, gestión integrada y sostenible.
6. Prácticas mejoradas en los sistemas de uso del suelo, evitar la degradación.
7. Fomento de la agroecología, producción agrícola y conservación
8. Reducción de la vulnerabilidad (prevenir causas de riesgo y desastres)
9. Prevenir la contaminación visual del paisaje
10. Las autorizaciones de uso y aprovechamiento y empleo sostenible en AP.
11. El espacio marítimo, gestión integral de recursos marino costeros.

Dirección Política y Financiamiento del OT.

La entidad rectora será la Vice-Presidencia. Consejo Inter-Ministerial de: Ambiente, Presidencia, Turismo, Agricultura, Vivienda, y Planificación.

Presupuesto con el Ministerio de Hacienda.

Acciones Estratégicas:

1. Un OT en los 5 km costeros de la costa del pacífico como del caribe
2. Plan de OT para la zona sur del país, según criterios de EAE
3. Plan de OT para el Pacífico Norte.
4. EAE del desarrollo turístico e inmobiliario.

Delimitación de Competencias Institucionales:

1. Areas urbanas: INVU
2. Areas costeras: Ley de ZMT
3. Areas rurales: MAG
4. ASP y PNE: Sinac-minae
5. Areas de alto o muy alto riesgo: CNE
6. Areas de reserva indígena: Asociaciones
7. Areas marinas: LOA.

c) Breve análisis de los instrumentos técnicos existentes:

- DE-32967-MINAE ***Procedimiento Técnico para la introducción de la variable ambiental en los Planes Reguladores u otra Planificación de Uso del Suelo*** (DE-32967-MINAE).

En el artículo 1 de este reglamento se establece lo siguiente:

“En toda planificación de uso de suelo que se desarrolle en el país, incluyendo los planes reguladores cantonales o locales, públicos o privados, en los que se planifique el desarrollo de actividades, obras o proyectos que pudiesen generar efectos en el ambiente, deberá integrarse la variable ambiental de acuerdo con el Procedimiento para la Introducción de la variable ambiental en los planes Reguladores u otra Planificación de uso del suelo que se establece en el Anexo 1 del presente decreto...

Este procedimiento deberá ser aplicado en forma obligatoria para aquella planificación de uso del suelo que se elabore a partir del momento de la publicación del presente decreto.

La planificación de uso del suelo que se encuentre en ejecución podrá utilizar el procedimiento indicado como forma de integrar la variable ambiental en la misma; así como para actualizar su situación ambiental

al tenor de lo establecido en el Reglamento General sobre Procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) vigente.”

En los antecedentes del “Procedimiento” refiere a la Res. 588-1997 de la SETENA, sobre el uso del índice de Fragilidad Ambiental (IFA) como instrumento de Ordenamiento Ambiental Territorial (OAT) del país y para la toma de decisiones de planificación y administración ambiental; además indican que SETENA había recibido varias comunicaciones de municipalidades en la elaboración de planes reguladores, para introducir la variable ambiental.

- **Reglamento General sobre los Procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental –EIA-** DE-31849-MINAE-S-MOPT-MAG-MEIC. (Se sustenta en los votos de la Sala Constitucional No 2002-1220, 2005-2529 y 2005-97765.
- **Manual de Procedimientos para la redacción y elaboración de Planes Reguladores** (INVU, Sesión 5507, art. II, del 5 de julio del 2006, publicado en La Gaceta No. 58 del 22 de marzo del 2007).

El referido instrumento se dicta al amparo de la Ley de Planificación Urbana y del capítulo VI de la Ley Orgánica del ambiente, indicándose el mismo debe aplicarse “...en concordancia con la legislación vigente en materia de participación ciudadana, de ordenamiento territorial y ambiental”.

En su glosario contiene dos definiciones muy importantes:

Ordenamiento Territorial: “Es una **política de estado** y un instrumento técnico y normativo para ordenar el territorio municipal o distrital.

Comprende el conjunto de objetivos, directrices, políticas, estrategias, metas, programas, actuaciones y normas, destinadas a orientar y administrar el desarrollo físico del territorio y la utilización del suelo.”

Ordenamiento Ambiental del Territorio (OAT): Consiste en el inventario, diagnóstico y definición de las condiciones naturales del ambiente de un espacio geográfico dado, con el fin de establecer las limitantes de uso y sus condiciones de aptitud para el desarrollo de determinadas actividades humanas. En términos prácticos el OAT significa analizar todo el conjunto de variables que conforman un ambiente dado y definir en función de su análisis integral, una distribución o división de ese espacio geográfico en función de las aptitudes naturales del mismo y de sus limitantes al desarrollo de actividades, obras o proyectos”.

Aún cuando en su introducción se habla de un ordenamiento territorial y ambiental necesario para el desarrollo urbano y rural de Costa Rica, es evidente que el instrumento está proyectado básicamente a los núcleos urbanos, y no rurales.

Se describen los niveles de OT, según el marco legal vigente: 1. Plan Nacional de Desarrollo Urbano, 2. Plan de Ordenamiento Regional, 3. Plan de Ordenamiento Subregional y 4. Plan Regulador o Plan de Ordenamiento Territorial Local. Debe incorporarse la variable ambiental en todo plan regulador, pero además pretende incorporar una metodología participativa (participación ciudadana), mediante la cual la sociedad civil se apropie o internalice las propuestas de planificación mediante la invención, el aprendizaje y el compromiso social.

d) El proyecto de reforma al artículo 28 e la LOA: política pública, integralidad, jerarquización, hacia un ordenamiento y reordenamiento ambiental territorial.

El expediente legislativo 16.874, del 13 de noviembre del 2007, que contempla la reforma de varias disposiciones de la Ley Orgánica del Ambiente, pretende modificar el artículo 28 referido a la “Política y estrategia del ordenamiento territorial”. En dicha disposición se establece:

- La función del Estado y las municipalidades de definir y ejecutar las políticas nacionales y locales de ordenamiento territorial en una visión de desarrollo sostenible.
- El Minae, órgano rector de la gestión ambiental, debe coordinar con Mideplan, la integración de la variable ambiental en los planes de OT, mediante la EAE.
- El Mideplan debe considerar la legislación sectorial y suprasectorial, para hacer un procedimiento integrado de OT, de las escalas jerárquicas: nacional, regional (cuenca hidrográfica) o regiones administrativas que pueden ser territorial, local o municipal.
- Se autoriza al Estado y sus instituciones a aportar los recursos financieros y humanos para programas de “ordenamiento ambiental territorial”.

4. El problema del ordenamiento territorial en Costa Rica. La dispersión normativa y la disgregación de competencias. Competencia Municipal y competencias accesorias.

En la actualidad, la gran cantidad de Leyes y Decretos que inciden en la planificación Urbana, implican muchas veces la falta de coordinación interinstitucional y la disgregación

de competencias. Así lo ha reconocido la misma Sala Constitucional al afirmar: “V.- MARCO NORMATIVO.- Al igual que sucede en otros ámbitos del Derecho Administrativo, la normativa tendiente a la protección del medio ambiente y, particularmente, *lo relacionado con el tema que aquí nos ocupa se encuentra dispersa, lo que conlleva una dificultad para individualizar responsabilidades en caso de incumplimientos por parte de la Administración*; no obstante, es claro que se trata de una obligación del Estado que emana de la Constitución Política y que se desarrolla en la ley. Es así como en el artículo 28 de la Ley Orgánica del Ambiente estatuye....”

“Por otro lado, las omisiones al deber de protección del ambiente y de cumplimiento de la normativa ambiental son de relevancia constitucional, por cuanto a consecuencia de la inercia de la administración en esta materia, se puede producir un daño al ambiente, a los recursos naturales y a la salud de los habitantes, a veces, de similares o mayores consecuencias, que de las derivadas de las actuaciones de la Administración; como lo es la autorización de planes reguladores, o construcciones sin la aprobación del estudio de impacto ambiental por parte de la Secretaría Técnica Nacional Ambiental, o la falta de control y fiscalización en la ejecución de los planes de manejo de las áreas protegidas por parte de la Dirección General de Vida Silvestre del Ministerio del Ambiente y Energía, o el permitir el funcionamiento de empresas sin los permisos de salud en lo que respecta al tratamiento de aguas negras o residuales (Acueductos y Alcantarillados y Ministerio de Salud), o no verificar los controles sónicos en bares, karaokes y discotecas (Municipalidades y Ministerio de Salud), etc.” (Sala Constitucional, 2007-126 del 12 de enero).

Pese a los criterios –vinculantes– emanados de la Sala Constitucional, en el sentido de que el Ente rector del proceso de Planificación Urbana de San José es la Municipalidad, ésta debe actuar en coordinación y armonía con otros entes que, como el INVU, el IDA, el MAG, el MINAE y algunos Ministerios, tienen políticas específicas orientadas a ese proceso.

La Ley de Planificación Urbana establece la posibilidad de que mediante planes reguladores que emanan las Municipalidades (artículos 15 y 19), la propiedad privada pueda ser limitada por motivos de interés social. El derecho de propiedad se enmarca entonces dentro de ciertos “límites razonables”, en los cuales podrá exigirse al propietario el cumplimiento de los deberes que de él se derivan. Precisamente por ello, dice la Sala, no es necesaria la indemnización de los límites y deberes urbanísticos que resulten razonables.³ En sentido contrario, sí serían objeto de indemnización aquellas limitaciones que vacían el contenido esencial del derecho de propiedad, impidiendo el ejercicio de uno o la totalidad de los atributos del dominio.

La Municipalidad de San José, en uso de las facultades que le otorga la Ley de Planificación Urbana No. 4240 de 1968, en su artículo 17 y otras Leyes Conexas⁴ promulgó el Reglamento de Zonificación y Uso del Suelo, del 24 de enero de 1995, reformado por el Reglamento publicado en La Gaceta No. 18 (Alcance 3) del 27 de enero de 1997; y en La Gaceta No.

186, Alcance 70, del 24 de setiembre de 1999, como base jurídica de implementación del Plan Director Urbano del Cantón de San José.

Los objetivos de dicha normativa son localizar y delimitar los usos predominantes del suelo, a efectos de su ordenación y delimitación a fin de orientar “...*el desarrollo y crecimiento ordenado de las diferentes actividades que se realicen en el suelo urbanizado y urbanizable del cantón...*”, y desestimular el desarrollo urbano en áreas no urbanizables. También se busca lograr un equilibrio en el aprovechamiento del suelo de las diferentes actividades, evitando la sobrecarga y ociosidad del mismo (Ver artículos 1 a 5).

Pese a tales fines, los criterios de clasificación de suelos se basan únicamente en criterios de urbanidad (suelos urbanizados, urbanizables y no urbanizables, art. 19 ss.) y también en cuanto a su naturaleza se basa en criterios diversos a la aptitud (usos conformes o permitidos, usos no permitidos, usos no conformes, usos condicionales). En la clasificación zonal, se excluye toda referencia a las zonas agrícolas, aunque sí se indican las zonas de áreas verdes, de protección y espacios públicos. Por lo que se desprende que no ha existido gran interés en lograr un equilibrio real entre las actividades productivas basado en el concepto de desarrollo sostenible.

Veamos dos ejemplos más recientes, que incorporan la variable ambiental:

³ Sala Constitucional, No. 6056-93 del 19 de diciembre de 1993; No. 6706-93 del 21 de diciembre de 1993

⁴ Ley General de Caminos Públicos No. 5060 del 22 de agosto de 1972 y sus reformas, Ley de Construcciones No. 833 del 4 de noviembre de 1949 y sus reformas, Ley Forestal No. 7575 del 13 de febrero de 1996, Ley de Patrimonio Histórico No. 7555 del 20 de octubre de 1995, Ley Orgánica del Ambiente No. 7554 del 13 de noviembre de 1995, Ley de Salud No. 5395 y sus reformas.

a) **Ordenamiento Territorial de la Región Chorotega**

(“Metodología y directrices generales para el ordenamiento territorial de la Región Chorotega”, DE-34456-MP-MV-MT-MINAE y COMPETITIVIDAD,9-4-08).

En este decreto se toma en consideración que la “marca turística” de nuestro país a traído consecuencias negativas tales como la masificación, densificación y altura de las construcciones en los espacios turísticos, que atentan contra la calidad de vida y la calidad de los productos y servicios turísticos, al darse una gran presión por el uso del suelo, demanda de servicios y contaminación visual que atenta contra la belleza escénica (artículo 71 LOA).

El Plan Urbano-Territorial de la Región Chorotega se dicta ante la ausencia de un Plan Regulador (y ante la ausencia de instrumentos regulatorios más específicos como Plan Regulador), y debe ser tomado en consideración como etapa inicial en la formulación del Plan Nacional de Desarrollo Urbano en esa región. Se pretende cumplir el objetivo del ordenamiento territorial con las Municipalidades, instituciones y sectores de la sociedad civil, orientando el desarrollo y crecimiento urbano de la región en forma ordenada y coordinada con el desarrollo rural y turístico, así como las áreas de conservación y protección ambiental (Objetivo General).

Se establece la obligación de la Dirección de Urbanismo del INVU, de elaborar el Plan Regional Urbano de la Región Chorotega (art. 2), y se excluye de su regulación las construcciones en áreas especiales de protección (art. 3). Se le otorga una vigencia de 4 años y se excluye su aplicación en zonas litorales declaradas como ciudades.

El Plan fija objetivos específicos de coordinación, geopolíticos, ambientales, de infraestructura y de gestión, buscando “Desarrollar instrumentos de administración regional para la gestión, financiación y control urbanístico. Estratégicamente este objetivo considerará en los Términos de Referencia del Estudio y aspectos fundamentales que el mismo deberá incorporar al Manual de Procedimientos para la Redacción y Elaboración de Planes Reguladores, recién aprobado por la Junta Directiva del INVU, y publicado en La Gaceta NO. 58 del jueves 22 de marzo del 2007.”

Se contemplan como directrices, en el punto 2: generales y específicas sobre integración geopolítica, generales y especiales sobre las cuencas y el recurso hídrico, generales de protección del suelo agro-silvo-pastoril y forestal, generales y de protección de las áreas de conservación especial, generales y especiales sobre recursos energéticos, especiales sobre zonas de riesgo y emergencia, generales y particulares sobre el sistema de ciudades, el suelo urbano, de potencialidad urbana y urbano rural, generales de ordenamiento de zonas especiales como la zona marítimo terrestre, fronterizas, de oportunidad y de reservas indígenas; especiales sobre turismo como actividad económica y uso del suelo, costero y rural.

Como puede observarse las directrices son muy amplias, pero lo cierto es que en el desarrollo por zonas (pública, restringida, marítima terrestre, áreas privadas) se establecen parámetros de regulación básicamente residencial, edificaciones turísticas de hospedaje, comercio y servicios, e industrias, con una regulación especial de viviendas de interés social, para permitir el arraigo de los pobladores rurales y su integración a los encadenamientos productivos.

b) **Plan de Ordenamiento Territorial de Desamparados**

(Municipalidad de Desamparados, Acuerdo No. 7, Sesión 415 del 11 de setiembre del 2007).

El Plan de Ordenamiento territorial es de acatamiento obligatorio, y comprende reglamentos de Construcciones, de Zonificación de Uso del Suelo, Rótulos publicitarios, Vialidad, Transporte y Espacios públicos (art. 1). Se indica que es un POT parcial, aprobado por el INVU, de conformidad con el artículo 17 de la Ley de Planificación Urbana.

Se establece el derecho a la ciudad (art. 2) y como principios rectores de éste la gestión democrática, la función social de la ciudad, la función social de la propiedad y el compromiso social del sector privado (art. 3), resaltando el interés social, justicia social, solidaridad, igualdad material y desarrollo sostenible.

Establece un derecho de prelación o prioridad a favor de la municipalidad para adquirir terrenos privados de interés público, a fin de cumplir con las políticas de desarrollo urbano, para que sean utilizados en forma inmediata para la constitución de reservas públicas o a programas de renovación urbana. También se toma en cuenta la condición de poseedor, a quien se le exige demostrar legalmente la misma.

Se concibe el OT, para efectos de su ejecución, y control, modificación y actualización del desarrollo urbano, una plataforma administrativa: El Proceso de Ordenamiento Territorial”, con sus respectivos subprocesos, “...quienes velarán por el cumplimiento del presente Reglamento, además de la revisión, análisis y aprobación o rechazo de todos los

proyectos de inversión en el cantón”. No se indica cómo se conforma dicho proceso, o por quienes se integra.

y se fundamenta metodológicamente en tres ejes o sistemas: el urbano, el ambiental y el legal (art. 9), creándose una Comisión Técnica Administrativa (C.T.A.) y una Comisión Técnica Interinstitucional, art. 10 (Municipalidad, INVU y CNE, así como representantes de otras instituciones según sea el caso). Además se conforma una Comisión de Enlace Estratégico Territorial (art. 11).

Los objetivos generales y específicos están relacionados con el uso del suelo, la infraestructura, la vialidad y transporte, el patrimonio histórico y arquitectónico, el medio ambiente y la protección civil. Aspectos estos últimos en los cuales se busca prevenir la ocupación desordenada del territorio, la recuperación de cuencas, la conservación del paisaje y zonas de protección, mitigar la contaminación, y la prevención frente a eventos ambientales.

Se define el OT como la *“práctica que permite disponer de manera ordenada a través del espacio, territorio y con una visión prospectiva, hacia los habitantes y sus actividades. Así como a los equipamientos y medios de comunicación que estos utilizan, teniendo en cuenta las dificultades naturales, humanas, económicas e incluso estratégicas”*. Como puede observarse, es una definición que no es muy feliz, si se toma en consideración la amplitud y perspectiva que debería tener el OT, no solo como política, sino también como, proceso.

De seguido, el Plan contiene los reglamentos específicos de construcciones (art. 17-75), de zonificación y Uso del Suelo – urbano - (art. 76-

149), de rótulos publicitarios (art. 150-167), de Vialidad, Transporte y Espacios Públicos (art. 168-199). Queda pendiente (el presupuesto de) la Evaluación Ambiental Estratégica, como complemento de los Índices de Frangilidad Ambiental.

Nuevamente, nos encontramos frente a una concepción parcial, y urbanística (con variable ambiental), del ordenamiento territorial, por demás, incompleto, al comprender únicamente cuatro reglamentos específicos.

5. La normativa especial actual que afecta el Ordenamiento del Territorio y limitaciones agroambientales.

Las normas constitucionales, específicamente el artículo 45, 50 y 69, han permitido la protección al más alto nivel de los derechos fundamentales relacionados con la planificación y el desarrollo sostenible.

Dentro de ese sólido contexto constitucional nuestro legislador se ha dado a la tarea de aprobar un conjunto de leyes especiales, orientadas a alcanzar un equilibrio entre ambiente y desarrollo. Aunque se tratan, en su mayoría, de leyes “ambientales”, lo cierto es que por contener normas interdisciplinarias, afectan directamente la actividad agraria productiva. Incluso generan nuevos parámetros para reorientar ese tipo de actividades para que sean amigas del ambiente.

Por ello, es factible impregnarle el calificativo de “agroambiental” a toda esa legislación especial, nacida al calor de los convenios internacionales, regionales, y con una sólida base constitucional.

El Gobierno de Costa Rica, en el Plan de Desarrollo 1994-1998, se comprometió a

ratificar e implementar los compromisos de la Cumbre de la Tierra y de la Agenda 21. En el compromiso de mejorar nuestra legislación agroambiental, se han dictado las siguientes leyes:

a) *Ley Orgánica del Ambiente*, No. 7554 del 4 de octubre de 1995, tiene como objetivo crear los instrumentos necesarios para hacer efectivo el principio constitucional del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado (artículo 1). El Estado “está obligado a propiciar un desarrollo económico y ambientalmente sostenible, entendido como el desarrollo que satisface las necesidades humanas básicas, sin comprometer las opciones de las generaciones futuras” (artículo 2 inciso c). La Ley regula las actividades (públicas o privadas), en las conductas y relaciones que surjan en el aprovechamiento y la conservación ambiental. Como ingrediente fundamental, la Ley prevé la participación ciudadana en la toma de decisiones y acciones para proteger y mejorar el ambiente. Para garantizar lo anterior, se crean los Consejos Regionales Ambientales (artículos 7 y 8). El artículo 28 de la Ley impone el deber del Estado definir y ejecutar políticas nacionales de Ordenamiento Territorial.

b) *Ley de Protección de la Vida Silvestre*, No. 7317 del 21 de octubre de 1992. La cual establece regulaciones amplias sobre la vida silvestre y se declara de dominio público como recurso forestal renovable (patrimonio nacional). Se declara de interés público la producción, manejo, extracción, comercialización, industrialización y uso del material genético de la flora y la fauna silvestre, sus partes, productos o subproductos. Se dictan normas específicas sobre la reproducción de especies silvestres con fines comerciales, tales como zoocriaderos o viveros lo que, indudablemente, repercute en el ejercicio de actividades agrarias.

c) *Ley Forestal*, No. 7575 del 13 de febrero de 1996. Nace como una respuesta a la necesidad de encontrar una armonía entre el desarrollo agrario y el equilibrio ecológico, es decir, una sostenibilidad de la actividad forestal y la conservación de los recursos forestales. También contempla el aspecto social, pues pretende generar empleo e incrementar el nivel de vida de la población rural, mediante su incorporación a actividades silviculturales (artículo 1). Las Leyes forestales que le precedieron no tenían una visión sostenible de la utilización de los recursos forestales, pues tutelaban más la producción y a través del otorgamiento de permisos y planes de manejo, se permitió el cambio de uso de los terrenos de vocación forestal y la destrucción de miles de hectáreas de bosque. La nueva ley forestal pone en primer lugar la conservación y prohíbe el cambio de uso de los suelos con vocación forestal. Tiene un arraigado interés público incorporando “el principio de uso adecuado y sostenible de los recursos naturales”, prohibiendo la corta o aprovechamiento de los bosques en áreas protegidas, propiedad del Estado. El Estado está facultado, a través del MINAE a crear áreas silvestres protegidas en terrenos de dominio privado, las cuales quedan afectadas en forma inmediata, cuando se demuestre que el terreno es imprescindible para conservar la diversidad biológica o los recursos hídricos, afectación que queda inscrita en el Registro Público (artículo 2). Para lograr una efectiva participación de la Sociedad Civil dentro de los Consejos Regionales ambientales, se integran las políticas del sector forestal, pues para ello se organiza todo el país en regiones forestales (Administración Forestal del Estado).

d) *Ley de Protección Fitosanitaria*, No. 7664 del 8 de abril de 1997. Tiene como objetivos principales proteger la actividad agraria de

cultivo de vegetales de los perjuicios causados por plaga, evitando que amenacen la seguridad alimentaria; y la actividad económica de producción agrícola. Se busca el manejo integrado de plagas dentro del marco del desarrollo sostenible, incorporando nuevas técnicas agrícolas productivas que permitan un menor control de plagas, sin deterioro del ambiente. También se pretende un mejor uso y manejo de sustancias químicas y biológicas para o proteger la salud humana y el ambiente (artículo 12).

e) *Ley de Biodiversidad*: No. 7788, del 30 de abril de 1998. Su objeto es conservar la biodiversidad y el uso sostenible de los recursos, así como distribuir en forma justa los beneficios y costos derivados. Se atribuye soberanía exclusiva y completa al Estado sobre la biodiversidad.

f) *Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos*. No. 7779 del 30 de abril de 1998. Su fin es proteger, conservar y mejorar los suelos en gestión integrada y sostenible con los demás recursos naturales, mediante el fomento y la planificación ambiental adecuada (art. 1). Entre sus objetivos específicos, la ley pretende lograr el manejo, la conservación y recuperación de suelos en forma sostenida; lograr un aprovechamiento balanceado entre la capacidad de uso y el potencial productivo, mejorando las condiciones de vida de la población; fomentar la participación de las comunidades y los productores agropecuarios en la generación de decisiones; implementar prácticas de actividades productivas mejoradas, en cuanto al sistema de uso para evitar la erosión o degradación del recurso suelo; fomentar la “agroecología” para lograr la convergencia entre la producción agrícola y la conservación de los recursos suelo y agua (Art.2 y el Reglamento).

6. El papel de la Jurisprudencia en el Ordenamiento Territorial Sostenible.

a. **Criterios vinculantes de la Sala Constitucional:** a) En materia de competencia municipal; b) En materia de áreas protegidas; c) En materia de salud humana y actividades productivas.

La Sala Constitucional reconoció el “derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado” como un derecho fundamental antes de haberse operado la reforma constitucional al artículo 50. Estaba dentro de la Constitución Material y con una interpretación sistemática, material y evolutiva de los artículos 6, 11, 69 y 89, comienza a darle distintas respuestas a la contraposición entre intereses privados e intereses difusos dentro de las exigencias de la Sociedad costarricense.

En efecto, la Sala estableció como cánones de orden constitucional la *protección, preservación y explotación racional de los recursos forestales, principios derivados de los artículos 89, 6 y 69 de la Constitución Política* (Sentencia N° 2233 de las 9 horas y 36 minutos del 28 de mayo de 1993).

También reconoció la presencia de *intereses difusos para legitimar la acción en aras de proteger el ambiente*, cuando se deba reaccionar frente a actos u omisiones ilegítimos; ello porque, precisamente, la violación más frecuente al medio ambiente se produce por la inercia de las autoridades públicas en realizar los actos necesarios para protegerlo.⁵

La Sala resaltó la necesidad de una toma de conciencia en el ámbito gubernamental de la *importancia del ambiente para la salud humana*. La vida humana es concebida como el fundamento, la condición necesaria y determinante de la existencia de la persona. Igualmente resaltó la importancia de la salud animal. Todo ello dentro de la economía nacional, regional y mundial, por medio de la conservación de la naturaleza y de la vida misma en su más amplia acepción.⁶

Resulta de suma trascendencia, citar algunos fallos de la Sala Constitucional, reconociendo como modelo de la sociedad costarricense el Desarrollo Sostenible:

En la creación de Áreas Protegidas ha reconocido la importancia de éstas para el Desarrollo Sostenible, estableciendo la vinculación entre “ambiente” y “desarrollo”, limitando la actividad productiva al aprovechamiento sostenible de los recursos:

“El desarrollo sostenible es una de esas políticas generales que el Estado dicta para ampliar las posibilidades de que todos puedan colmar sus aspiraciones a una vida mejor, incrementando la capacidad de producción o bien, ampliando las posibilidades de llegar a un progreso equitativo entre un crecimiento demográfico o entre éste y los sistemas naturales. Es el desarrollo sostenible, el proceso de transformación en la utilización de los recursos, orientación de las inversiones, canalización del desarrollo tecnológico, cambios institucionales y todo aquello que coadyuve para atender las necesidades humanas del presente y del futuro⁷. “Se debe tomar en consideración

5 Sala Constitucional Sentencia N° 3705 de las 15 horas del 30 de julio de 1993 y N° 4422 de las 10 horas y 30 minutos del 7 de setiembre de 1993.

6 Sala Constitucional, Sentencia N° 4423 de las 12 horas del 7 de setiembre de 1993

7 Sala Constitucional. Sentencia No. 1763-94, de las 16:45 horas del 13 de abril de 1994.

que la protección del medio ambiente y la promoción del desarrollo económico no son desafíos independientes –dice la Sala -. El desarrollo no puede subsistir en un ambiente de deterioro de la base de recursos y no se puede proteger cuanto los planes de crecimiento constantemente hacen caso omiso de ello. ***Es preciso optar por el desarrollo sostenible, el cual satisface las necesidades del presente sin comprometer nuestra capacidad para hacer frente a las del futuro...*** Este desarrollo significa reconocer que si deseamos tener acceso continuo a los recursos que posibilitan la vida y si hacemos expandir los beneficios del progreso industrial, tenemos que estar conscientes de las implicaciones y limitaciones que supone tomar ese derrotero”.⁸

Esta nueva *orientación jurisprudencial distinta, sobre el fenómeno agrícola*, reconoce la dependencia del ciclo biológico (propio de la actividad agraria), con la utilización de los recursos naturales, *vinculándolo estrechamente con el concepto de desarrollo sostenible*.

“Nuestro país ha dependido y seguirá dependiendo, al igual que cualquier otra nación, de sus recursos naturales y su medio ambiente para llenar las necesidades básicas de sus habitantes y mantener operando el aparato productivo que sustenta la economía nacional, ***cuya principal fuente la constituye la agricultura*** y, en los últimos años, el turismo, especialmente en su dimensión de ecoturismo. **El suelo, el agua, el aire, los recursos marinos y costeros, los bosques, la diversidad biológica, los recursos minerales y el paisaje conforman el marco ambiental sin el cual las demandas básicas- como espacio vital, alimentación, energía, vivienda, sanidad y recreación- serían imposibles.** De

igual modo, ***nuestra economía también está íntimamente ligada al estado del ambiente y de los recursos naturales***; así, por ejemplo, tanto la generación de divisas por explotación agrícola y turística, como el éxito de importantes inversiones en infraestructura dependen, en última instancia, de la conservación de aquellos. Las ***metas del desarrollo sostenible*** tienen que ver con la supervivencia y el bienestar del ser humano y con el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales, es decir, de la calidad ambiental y de la sobrevivencia de otras especies. Hablar de desarrollo sostenible en términos de satisfacción de las necesidades humanas presentes y futuras y del mejoramiento de la calidad de vida es hablar de la demanda de los recursos naturales en el ámbito individual y de los medios directos o de apoyo necesarios para que la economía funcione generando empleo y creando los bienes de capital, que a su vez hagan posible la transformación de los recursos en productos de consumo, de producción y de exportación”.⁹

En uno de sus últimos, referido a una consulta de Constitucionalidad de la Asamblea Legislativa para modificar el artículo 50 de la Carta Magna se dijo: “No obstante, como se desprende de lo anterior, *esta Sala ha establecido que el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado es un derecho fundamental, como tal ya consagrado y garantizado por el Derecho de la Constitución*, no considera inútil ni mucho menos objetable que se reconozca de manera expresa y claramente individualizado, como se hace en el Proyecto consultado fallos”.¹⁰

De esa forma, la Jurisprudencia Constitucional fue delineando las bases para incorporar

⁸ Sala Constitucional, Sentencia No. 4423-93.

⁹ Sala Constitucional, (Sentencia No.3705 de las 15:00 horas del 30 de julio de 1993).

¹⁰ Sala Constitucional, Sentencia N° 1394 de las 15 horas 1 minutos del 17 de marzo de 1994.

el concepto de Desarrollo Sostenible como modelo, para reorientar en su justo equilibrio todas aquellas actividades productivas, entre la actividad agraria, que atentaban contra el ambiente y ponían en peligro el equilibrio ecológico.

a.1) En materia de competencia municipal;

Desde la resolución No. 2002-01220, del 6 de febrero del 2002, la Sala Constitucional afirmó que: *“...debe ser requisito fundamental que, obviamente, no atenta contra el principio constitucional de la autonomía municipal, el que todo plan regulador del desarrollo urbano deba contar, de previo a ser aprobado y desarrollado, con un examen del impacto ambiental desde la perspectiva que da el artículo 50 constitucional, para que el ordenamiento del suelo y sus diversos regímenes, sean compatibles con los alcances de la norma superior, sobre todo, si se repara en que esta disposición establece el derecho de todos los habitantes a obtener una respuesta ambiental de todas las autoridades públicas y ello incluye, sin duda a las Municipalidades que no están exentas de la aplicación de la norma constitucional y de su legislación de desarrollo”*.

Esta jurisprudencia ha resultado fundamental para el dictado de Decretos y reglamentos que introducen la variable ambiental en los Planes Reguladores, y las Evaluaciones Ambientales Estratégicas (EAE), que están contenidas en las directrices generales del INVU y del MINAE-SETENA, a las cuales hicimos referencia anteriormente.

Ya hemos indicado que, según el criterio de la Sala IV, la limitación a la propiedad impuesta por un plan regulador es constitucionalmente posible, debido a que el derecho de propiedad no es ilimitado, pues existe un marco general

dentro del cual puede actuar el propietario y que debe ser compatible con el contenido de ese derecho, bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Entre muchas, véase la Sentencia No. 3723-02 del 19 de abril del 2002.

Asimismo, resulta inconstitucional que una Municipalidad, pretenda destinar los estaciones orientados a zonas verdes y parques para el disfrute de la comunidad, a otras construcciones de supuesta “facilidad comunal”, como el levantamiento de edificios, porque ello implicaría vaciar el contenido esencial del derecho de los vecinos a disfrutar de una zona verde de esparcimiento, lo que hace parte de la calidad de vida que la Constitución les garantiza (Sentencia No. 2007-15.133, del 19 octubre del 2007, haciendo alusión al precedente 2000-4332).

Se ha dispuesto la obligación de los Ministerios de Ambiente y de Salud, y de las Municipalidades, a realizar esfuerzos efectivos para reducir la contaminación ambiental y recuperar la cuenca del Río grande de Tárcoles, en garantía de la tutela a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado (2007-5894 del 27 de abril).

Frente a un amparo de empresarios comerciales, por haber dispuesto la Municipalidad X, en su Plan Regulador, el destino de dos avenidas a actividades habitacionales, la Sala consideró que es difícil satisfacer todos los intereses (muchas veces contrapuestos) de los munícipes, pero ello no es contrario a la constitución (artículo 45), que en los planes reguladores y reglamentos que se establezcan regulaciones en torno al uso del suelo, no siendo ilegítimo imponer limitaciones al derecho de propiedad, cuyo ejercicio no es ilimitado (5557-2007 del 25 de abril)

En la sentencia No. 17388-07, la No. 13028-2006, 9765-05, entre otras, la Sala Constitucional ha obligado a las Municipalidades a incorporar la variable ambiental, mediante (EIA y EAE), de previo a la aprobación de Planes Reguladores.

“V.- Autonomía municipal y control ambiental.- Asimismo, la Sala ha reconocido reiteradamente la facultad de los gobiernos locales para darse su propia **ordenación territorial** a través de los planes reguladores; pero dicha normativa está subordinada y sometida a la legislación tutelar ambiental. Por ello, estima la Sala que debe ser requisito fundamental que, obviamente no atenta contra el principio constitucional de la autonomía municipal, el que todo plan regulador del desarrollo urbano deba contar, de previo a ser aprobado e implementado, con un examen o evaluación de su impacto ambiental. El contenido precautorio y proteccionista del ambiente recogido en el artículo 50 constitucional irradia la actuación de todos los entes públicos, de manera que también las Corporaciones Municipales en el ejercicio de sus competencias de ordenamiento del suelo y de sus diversas facetas, quedan sometidas a dichos límites. La definición y decisión sobre los usos del suelo debe ser compatible con los alcances de la norma superior, sobre todo, si se repara en que esta disposición establece el derecho de todos los habitantes a obtener una respuesta ambiental de todas las autoridades públicas y ello incluye, sin duda, a las Municipalidades que no están exentas de la aplicación de la norma constitucional y de su legislación de desarrollo. Es evidente que en este caso, es totalmente coincidente el interés nacional y el local, y por ello los gobiernos locales pueden y deben exigir el cumplimiento de requisitos ambientales en su territorio, y en caso de conflicto con las autoridades rectoras

de la materia ambiental, pueden someter las controversias al contralor jurisdiccional, según la naturaleza de la infracción. Es por lo anterior que las normas tutelares del medio ambiente son obligatorias y vinculantes para todos, lo que no va en detrimento de las facultades y competencias de las municipalidades, las que mas bien, deben contribuir con la protección del medio ambiente por mandato constitucional. “ Lo anterior de conformidad con el artículo 50 de la Constitución, 17 de la LOA, y 67 del Reglamento General sobre los Procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental (DE-31849).

También consideró el Derecho de participación ciudadana en doble sentido, el derecho a la información relativa a los proyectos ambientales, y la garantía efectiva de participación en la toma de decisiones, sobre todo señalando las audiencias públicas que establece la ley (En igual sentido No. 2006-12159).

a.2) En materia de áreas protegidas;

En esta materia, la Sala Constitucional ha mantenido el criterio que la afectación, a través de una Reserva Forestal o un Refugio de Vida Silvestre implica una seria limitación al contenido mínimo del Derecho de propiedad, razón por la cual se advierte la necesidad de una indemnización, pues se trata en el fondo de una “expropiación vedada”.

A juicio de algunos juristas (CABRERA), este criterio no favorece en mucho el cumplimiento de la legislación ambiental y el avance que debería tener nuestro país en materia de protección ambiental.

a.3) En materia de salud humana y actividades productivas.

La Sala ha acogido numerosos Recursos de Amparo, sobre todo contra el Estado, pero también contra particulares, por desarrollar actividades, o por conductas “omisivas o permisivas” dañinas a la Salud Humana. En casos de votaderos de basura, de desechos sólidos de empresas agrarias o agroindustriales, ha acogido recursos de amparo, condenando al sujeto contaminante y haciendo respetar las ordenes impartidas por Autoridades de salud o sanidad.

b. Criterios de la Sala Primera de Casación:

a) En materia de zonas Protectoras (caso El Rodeo); b) En materia de Planificación Urbana (GAM); c) La función ambiental de la propiedad y limitaciones a su uso (Usucapión y posesión ecológica); d) En materia de responsabilidad objetiva por quemas.

b.1) En materia de zonas protectoras.

La Sala Primera admitió la existencia del Derecho ecológico y su objeto¹¹: la protección de los recursos naturales. En ella estableció que la propiedad forestal es limitada y en caso de creación de la Zona Protectora El Rodeo, uno de los pulmones de San José, no es necesaria la indemnización, pues el propietario puede continuar con el ejercicio de una actividad agroforestal, conservando y protegiendo el recurso boscoso.

En la sentencia No. 51 de las 15 horas 15 minutos del 25 de mayo de 1995, la Sala desarrolló nuevamente el tema de la propiedad forestal y aplicó al caso concreto del Instituto de la posesión ecológica. Se trató de un conflicto de mejor derecho de posesión, en una área

declarada como Reserva Forestal. Se dijo:

“La falta de entrega de una parcela no es motivo suficiente para pretender el mejor derecho de posesión. Lo más importante hubiera sido la conservación del recurso forestal....se exigió una posesión agraria efectiva e incluso la demostración de actos posesorios encaminados a la conservación del bosque. Este aspecto no fue demostrado por el recurrente, al contrario se convirtieron terrenos de aptitud forestal en potreros.... Es decir, a pesar de la limitación existente con fines de conservación los poseedores siguieron explotando el bosque. Evidentemente, los trabajos realizados no tendían al ejercicio de una posesión forestal conforme a la naturaleza del bien. Al contrario deforestaban para sembrar. Hicieron caso omiso a las limitaciones y siguieron destruyendo el bosque. Sus actos posesorios son, en consecuencia, contrarios a la función ecológica de conservación de los recursos naturales para mantener el equilibrio de los ecosistemas en la Reserva Forestal de la Cordillera Volcánica de Guanacaste”.¹¹

b.2) En materia de responsabilidad por quemas:

En otras sentencias¹², la Sala desarrolló el tema de la responsabilidad objetiva por quemas que afectan las actividades agrarias y los recursos naturales. El problema debe enfrentarse –afirma la Sala– no solo en el ámbito agrario sino también ecológico en cuanto a la protección de los recursos naturales. Los incendios contaminan el medio ambiente, destruyen los hábitats y ecosistemas. El desarrollo de los principios generales del Derecho Agrario y del Derecho ambiental, entonces, deben orientarse hacia la preservación de la naturaleza para permitir el desarrollo sustentable, aún cuando

¹¹ Sala Primera de la Corte, No. 51 de las 15 horas 15 minutos del 25 de mayo de 1995

¹² Sala Primera de la Corte, No. 112 de las quince horas cuarenta minutos del 11 de octubre de 1995 y la No. 113 de las quince horas cincuenta minutos del mismo día.

no exista suficiente legislación encargada de resolver tan grave problema (Ver entre otras, las sentencias No. 112-95 y 113-95, del 11 de octubre de 1995).

b.3) En materia de planificación urbana:

Aunque son muchas las sentencias de la Sala I que se refieren a este tema, podemos citar las que se refieren a la legitimidad de “zonas especiales de protección”, como son las zonas de uso agrícola a los alrededores del Aeropuerto Juan Santamaría, dentro de las cuales los particulares no pueden destinar a otros usos distintos de los previstos en el Plan Regional de Desarrollo Urbano del GAM, en cuyos anexos bienes establecidas esas zonas especiales, para usos agrícolas o recreativos. Incluso, en esas limitaciones se establece también la imposibilidad de segregar lotes menores a dos hectáreas, lo que permite también mantener una unidad mínima de cultivo y evita la pulverización de la propiedad. (Véase, entre otras, la Sentencia No. 420-F-00, del 2 de junio del 2000).

Una de las Sentencias Constitucionales más recientes es la No. 1191-03, del 14 de febrero del 2003, en donde se ratifica que en esas zonas especiales “...nadie puede pretender tener derecho a recibir un permiso de uso de suelo en condiciones antijurídicas,

sea, en abierta violación del Reglamento de Zonificación Subregional Noroeste (GAM-NO)...”, por cuanto la Ley de Planificación Urbana, en su artículo 28.1 prohíbe aprovechar o dedicar terrenos, edificios o estructuras a cualquier uso incompatible con la zonificación implantada.

Estos criterios, muy modernos por cierto, actualmente está siendo replanteados en la mayor parte de los países Europeos, para lograr una mayor competitividad en diversos cambios, especialmente en agricultura. Con reformas a los Códigos Civiles, se está permitiendo la refundición de empresas agrarias y prohibiéndose la división excesiva de la propiedad que constituía una causa de desaparición de empresas agrarias productivas y eficientes.

c. Criterios del Tribunal Agrario:

- a) En Informaciones Posesorias; b) aplicación de la Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos; c) Medidas sanitarias y fitosanitarias.

En fallos más recientes, el Tribunal Superior Agrario ha planteado los nuevos Institutos Agro-ambientales para la solución de casos concretos¹³, vinculando la empresa agro-

¹³ Entre otras, véase los siguientes fallos dictados por el Tribunal Superior Agrario, en su competencia agroambiental:

- No. 12 de las 9:10 horas del 17 de enero de 1997 (Reivindicación en un área protegida, donde los demandados en lugar de proteger el recurso forestal, procedieron a quemar para sembrar).
- No. 77 de las 9:10 horas del 12 de febrero de 1997 (Conflicto de mejor derecho de posesión en una Reserva Forestal, en donde el actor ejerce su posesión con un contrato agro-ambiental para proteger el bosque),
- No. 154 de las 9:20 horas del 4 de abril de 1997 (La actora es una empresa agroambiental, y cumple la función ecológica de la propiedad, a través de un contrato con la Fundecor);
- No. 721 de las 11:40 horas del 7 de noviembre de 1997 (Conflicto de mejor derecho de posesión en una Reserva Forestal de Golfo Dulce, no se demuestra la posesión “ecológica”, calificada antes de la creación del área silvestre protegida, por lo que se niega a ambas partes del derecho);
- No. 113 de las 14:50 horas del 20 de febrero de 1998 (se otorga el Derecho de propiedad en un área protegida, porque se demostró la posesión decenal anterior y la protección del recurso forestal);
- No. 147 de las 15:15 horas del 27 de febrero de 1998 (Se ampara –indirectamente- la posesión “ecológica” ejercida por una Ong, en un terreno adquirido para conformar un corredor biológico, frente a un conjunto de poseedores en precario que pretenden derechos de posesión).

ambiental, con los contratos como forma de ejercer la posesión ecológica y así cumplir la función ambiental de la propiedad forestal:

“Pero el elemento más importante que califica la “función Ecológica” en la propiedad agraria de la actora lo es la existencia de un contrato agroambiental... mediante el cual se busca propiciar un plan de manejo forestal en base a la regeneración natural... Mientras la actora ha demostrado el ejercicio de actos posesorios tendientes a cumplir la función ecológica del fundo en conflicto, el demandado al contrario ha propiciado poner en peligro la actividad de conservación del bosque” (Voto No. 154 de las 9:20 horas del 4 de abril de 1997).

“Una de las formas mediante las cuales puede desplegarse la posesión ecológica es mediante la contratación agroambiental. Se trata de un instituto nuevo, cuyo perfil debe observarse bajo los principios del Derecho Agrario y Ambiental... Entendemos por empresa agroambiental aquella dedicada a la producción agraria sostenible, explotación sustentable del ambiente, protegiendo, conservando y mejorando racionalmente los recursos naturales renovables. Es decir, su fin no solamente está vinculado con el desarrollo sostenible, sino también con la conservación de los ecosistemas y el equilibrio ecológico. Indudablemente, cualquier contratación que realicen dichas empresas con ese fin, será de naturaleza agroambiental.” (Voto No. 77 de las 9:10 horas del 12 de febrero de 1997).

Sin duda alguna, los Tribunales Agrarios en Costa Rica han asumido el reto histórico de salvar la Naturaleza. Han ido estableciendo, en la administración de la justicia agroambiental, criterios jurisprudenciales y principios generales aplicables a casos concretos, para lograr un equilibrio entre la actividad productiva y la

protección del medio ambiente, en el ámbito del desarrollo agrario sostenible.

d. **Criterios del Tribunal de Casación Penal:**

a) Delitos por el cambio de uso del suelo: reparación del daño causado.

También el Tribunal de Casación Penal, en sentencias muy recientes, entre otras la No. 366-03 (del 5 de mayo del 2003), ha fijado algunos criterios para castigar el cambio de uso del suelo, en perjuicio de la biodiversidad. Al respecto señaló:

“En el presente caso, en que el daño es el cambio del uso del suelo del bosque para dedicarlo a agricultura, la reacción estatal tiene su límite en la reparación del daño, que de todas formas no se completará en los tres años de ejecución condicional de la pena, puesto que el bosque es producto de años y años de nacimiento, desarrollo y muerte de muchos seres vegetales y animales; sin embargo, la exclusión de los cultivos y de todo elemento con que se ha sustituido el bosque, así como el restablecimiento de especies vegetales en la medida adecuada para regenerar lo destruido, son un principio para la reparación que en algunos años se alcanzará. Debe quedar claro que la protección del suelo de los bosques consagrada en los ° 2,6, 10.c, 19 y 38 de la Ley Forestal, 52 de la Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos, 53, 54 y 55 de la Ley Orgánica del Ambiente, 53 y 54 de la Ley de Biodiversidad, no termina o se suspende cuando por actos de seres humanos (incendios provocados, talas ilegales, etc.) o por hechos de la naturaleza (inundaciones, terremotos, incendios, etc.) el bosque viene a menos; antes por el contrario, *ante esas situaciones se impone al Estado mayor agresividad en la recuperación y conservación del bosque...*”. De esa manera aplica el “principio de irreductibilidad del bosque”.

7. Consideraciones finales.

Finalizo con una reflexión y un ejemplo.

El Derecho garantiza los instrumentos jurisdiccionales para tutelar todas aquellas actividades basadas en el manejo y aprovechamiento productivo y sostenible de los recursos naturales, que obedezcan a criterios de ordenamiento territorial y, por ende, de planificación urbana.

La legislación, entre ella, la Urbana, garantiza el ejercicio de los derechos fundamentales con las limitaciones que imponga el interés público, social y ambiental. Está llamado a hacer efectivos los derechos humanos al desarrollo y al ambiente sano y ecológicamente equilibrado (Desarrollo Sostenible) donde encuentra su filosofía y razón de ser, con una clara orientación económica, social y ambiental.

En el contexto de dichos principios y normas de orden Constitucional, Costa Rica avanza positivamente en las políticas internacionales con una firme orientación hacia el Desarrollo Sostenible y el Ordenamiento Territorial. A partir de la Cumbre de Río, nuestro legislador ha tomado conciencia al aprobar gran cantidad de Convenios Regionales e Internacionales, cuya política común es lograr ese equilibrio entre ambiente y desarrollo en su triple dimensión (social, económica y ambiental).

En el ámbito del Desarrollo Sostenible, es imprescindible incorporar la participación ciudadana. Debe establecerse una mayor participación de la sociedad civil, a través de las organizaciones de base, en la toma de decisiones de política agro-ambiental y en la ejecución concreta de proyectos de desarrollo agrario sostenible.

Es absolutamente necesario fomentar y consolidar un nuevo tipo de desarrollo urbano y

un nuevo uso del suelo, para que la agricultura se ajuste a las estructuras biológicas diversas, propia de nuestros ecosistemas tropicales. Se deben establecer reglas claras en el manejo y aprovechamiento de biodiversidad, para que la comercialización y distribución de los ingresos sean equitativas. Se deben diversificar sistemas de producción similares a los sistemas naturales, donde se integren los componentes tanto vegetales como animales y así construir sistemas integrados sostenibles económica y ecológicamente. El componente forestal es esencial en la actividad de producción agrícola y pecuaria, en el ámbito de fincas.

Para alcanzar lo anterior, es imprescindible una revisión urgente de la Legislación que afecta el **Ordenamiento Territorial**, para lograr una organización y sistematización adecuada, no solo de las normas, sino de la atribución de competencias a las distintas instancias administrativas y judiciales. Es absolutamente necesario crear criterios uniformes de interpretación y aplicación normativa para todos los operadores del sistema, y así evitar soluciones contradictorias. Ello sería posible con el planteamiento de un programa de capacitación y cooperación interinstitucional, partiendo de un diagnóstico de los problemas actuales de aplicación de la legislación especial, a los cuales deban darse soluciones concretas.

Algunas ideas que tengo, son por ejemplo la creación de zonas peatonales o servidumbres públicas, lo que en España se ha denominado el "**Senderismo**", existen leyes de senderos y caminos "rurales" que promueven el turismo. Y por qué no pensar en hacer esto para San José y sus zonas aledañas (por ejemplo, los Cerros de Escazú o de Aserri). Se podría de ese modo rescatar, al menos en parte, algunos caminos utilizados por nuestros ancestros que desde zonas aledañas venían a pie y en carretas a vender sus productos al Mercado Central.

El ejemplo a seguir: **La Carta Rural Europea de 1986.**

En 1996 los estados parte de la Comunidad Europea aprobaron la llamada “Carta Rural Europea”, con el propósito de establecer los principios para una política de gestión, de desarrollo estable y de tutela a las áreas naturales y rurales (art.1). En ella se define el espacio rural como “el territorio constituido por el espacio agrícola, destinado al cultivo y la crianza, y por el espacio fundiario no agrícola, destinado a usos distintos de la agricultura, en particular a la instalación o a las actividades de los habitantes en el ambiente rural” (art.2).

Por sus características¹⁴, el espacio rural está destinado a cumplir una triple función:

- a) *Económica*: en cuanto asegura la producción y la alimentación, es la sede de pequeñas y medianas empresas, y por tanto, de actividades económicas (agrarias, industriales, artesanales y de servicios) que deben ser mantenidas y desarrolladas (art. 6).
- b) *Social*: en cuanto favorece el desarrollo de las relaciones entre los habitantes del ambiente rural, brinda hospitalidad a los habitantes de zonas urbanas y, en general, constituye para las poblaciones rurales un punto de convergencia de su identidad cultural resultado del vínculo entre tradiciones (folklor) y territorio (art. 8).
- c) *Ambiental o Ecológica*: en cuanto comprende espacios naturales y paisajes. Es la sede de

la biodiversidad, de la flora y del patrimonio forestal. Por su medio se preserva la base natural de la vida: el suelo, el agua, el aire, mediante su utilización racional, además de protegerse los espacios verdes, el paisaje natural y el paisaje transformado por el hombre “paisaje agrícola” (art. 7).

En la Carta se establecen, en su Título IV, una serie de orientaciones y medidas a fin de revitalizar el espacio rural y se da apoyo a la creación de nuevos mecanismos e instrumentos jurídicos relacionados con diversos sectores: la gestión del territorio; la agricultura; la silvicultura; el comercio, la industria y la artesanía; la habitación y la salud; el turismo rural y el agriturismo; la infraestructura, transportes y servicios; la instrucción, la investigación y sensibilización; la cultura, el ambiente; y finalmente, la cooperación científica y tecnológica.

Entre tales aspectos, los más desarrollados se refieren a la gestión del territorio (ordenamiento territorial), la agricultura y el ambiente.

En cuanto a la **gestión del territorio** debe destacarse que: a) la política de gestión territorial en zonas rurales debe permitir un desarrollo estable de las actividades tradicionales, tales como la agricultura, la silvicultura y la artesanía, las cuales pueden garantizar la permanencia de la vida económica en el ambiente rural, incentivando el ejercicio de actividades complementarias y asegurando la tutela del ambiente natural; b)

¹⁴ Entre dichas características se enumeran: a) la preponderancia de la actividad agrícola en la ocupación del territorio, la cual constituye la espina dorsal; b) la prevalencia de los espacios verdes libres, con vocación ecológica; c) una baja densidad de población; d) una repartición difundida de la propiedad; e) comunidades o aglomeramientos habitacionales de pequeñas dimensiones, que permiten una cierta personalización de las relaciones humanas y en la participación directa de los ciudadanos en los quehaceres comunales; f) una importancia relativamente mayor de las actividades del sector primario o bien una relativa preponderancia de las profesiones manuales y prácticas, que implican una polivalencia que favorece la autonomía y la ayuda recíproca entre los sujetos vecinos; g) la existencia de un paisaje natural, transformado del trabajo humano y constituyente por eso patrimonio de la humanidad; h) en fin, una cultura local o regional basada sobre un saber vivir derivada normalmente de la tradición o de las costumbres (folklor), por cuanto este saber vivir se ha puesto en entredicho por las tecnologías modernas y por los medios de comunicación sean físicos que audiovisuales (artículo 3 Carta Europea).

Cualquier política en este sentido se funda en el principio humanístico: el hombre constituye el centro ideal de los proyectos y consiguientes decisiones (art.10).

Respecto a la agricultura, los Estados se comprometen a "...definir y actuar una política agrícola finalizada al mantenimiento de la actividad agrícola, considerada como espina dorsal del espacio rural, además a promover la seguridad alimentaria y la tutela de la naturaleza"(artículo 11). En general, se reconoce a la agricultura un rol prioritario en la ocupación y en la gestión del espacio rural y en el diseño de las políticas agrícolas cada país se compromete a adoptar las disposiciones fiscales y retribuciones que favorezca la "pluriactividad" y la diversificación o multifuncionalidad de la agricultura. En otros términos, se reconoce a la agricultura "el status de persona privada investida de una función de servicio público o interés general".

En cuanto al ambiente, los Estados se obligan a adoptar medidas para la protección y sistematización de los suelos, de las aguas y del aire; desarrollar reservas biogenéticas y protección de biotipos en riesgo de desaparición; incrementar los estudios de impacto ambiental, favorecer los proyectos de desarrollo en las regionales rurales favorables a la tutela ambiental, etc.

Por su contenido, la Carta rural europea puede ser considerada un verdadero "Código Rural", en donde se sientan las bases y los principios necesarios para garantizar un desarrollo rural sostenible. Normas y principios que, posteriormente, son concretados por la misma Comunidad Europea a través de Reglamentos o Directivas, finalmente adoptadas y aplicadas por los Estados miembros mediante Legislación Nacional o Regional.

Pero las más recientes intervenciones (también provenientes de la confluencia entre la política

agraria y otras políticas) *están orientadas al desarrollo rural*, tales como: el fomento de la industrialización agraria, la artesanía alimentaria, el agroturismo o la capacitación de los pobladores rurales, y medidas agroproductivas tales como la concentración parcelaria, los regadíos, las infraestructuras rurales, etc. Todas estas intervenciones son llevadas o actuadas por los ordenamientos nacionales a través de programas operativos regionales. En este tipo de ayudas se destacan particularmente las orientadas a zonas desfavorecidas. La tendencia es consolidar un verdadero Fondo de Desarrollo Rural y propiciar el pago de *ayudas directamente* a los productores mediante la *regionalización crediticia*, especialmente a través de convenios de colaboración o contratos de explotación territorial.

Se deja a cargo de cada uno de los Estados miembros la elaboración de los *planes para el desarrollo rural*, sobre todo a través de planos regionales, tomando en consideración las características geográficas y los cuales deben extenderse por un período de siete años, a partir del 1 de enero del 2000. Estos planes para el desarrollo rural debe contener, entre otras cosas, las medidas agroambientales que se desarrollarán sobre el territorio o zona geográfica, según las exigencias de cada zona.

Una novedad muy importante en éste reglamento es que en el Título III, Capítulo V, establece mecanismos de control y evaluación en los programas para el desarrollo rural, mediante los procedimientos que se establezcan, pero basados en indicadores físicos y financieros. Se establece la posibilidad de establecer, para estos fines, *Comités de Control*. En otros términos, se produce una política de desconcentración y descentralización de la política agrícola comunitaria.

ELEMENTOS CONCEPTUALES PARA LA CONSTRUCCIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE REGÍMENES DE ACCESO A RECURSOS GENÉTICOS Y DISTRIBUCIÓN DE BENEFICIOS EN AMÉRICA LATINA

Jorge Cabrera Medaglia

Acrónimos

ABS: acceso a recursos genéticos y distribución de beneficios (siglas en inglés).

CBD: Convención sobre la Diversidad Biológica.

COP: Conferencia de las Partes del Convenio sobre la Diversidad Biológica.

CT: conocimiento tradicional.

DPI: Derechos de propiedad intelectual.

GTABS: Grupo de Trabajo de Acceso a Recursos Genéticos del Convenio sobre la Diversidad Biológica.

OMC/ADPIC: Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio de la Organización Mundial del Comercio.

OMPI: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

PIC: Consentimiento Informado Previo (por sus siglas en inglés).

RG: Recursos Genéticos

RI: Régimen Internacional de Acceso a Recursos Genéticos y Distribución de Beneficios.

TLC: Tratado de Libre Comercio.

TMA: Términos mutuamente acordados.

TI: Tratado Internacional sobre los Recursos Filogenéticos para la Alimentación y la Agricultura de la FAO.

UPOV: Unión para la Protección de las Nuevas Variedades de Plantas.

I. Nociones conceptuales generales

El tema del acceso a los recursos genéticos y distribución de beneficios ha sido ampliamente debatido a nivel internacional. Igualmente, existen consideraciones generales que deben ser presentadas, previamente al análisis de los marcos legales nacionales, regionales e internacionales, que permean el debate en torno al acceso y distribución de beneficios.

- Se constata una frustración debido a los escasos beneficios económicos y no económicos (monetarios y no monetarios) que se derivan de los diferentes proyectos de bioprospección y en general de la aplicación de los marcos de ABS¹.
- Igualmente, existe una percepción respecto al aumento de los casos de acceso ilegal, apropiación indebida o “biopiratería”,² que han sufrido países y comunidades, especialmente en América Latina, Asia y África y las dificultades

para encontrar soluciones legales costo-efectivas en el marco de las legislaciones nacionales sobre ABS o en el contexto del derecho de propiedad intelectual. Casos emblemáticos como la Maca en Perú o el Neem en la India, entre muchos otros, han sido frecuentemente citados como justificación para emprender modificaciones al texto o funcionamiento de los sistemas de derechos de propiedad intelectual, particularmente las patentes, que a la fecha se han mostrado como uno de los principales causantes de las denuncias sobre apropiación indebida o biopiratería.³

- Igualmente, a pesar de que el CBD establece obligaciones destinadas a que las Partes tomen medidas para compartir de forma justa y equitativa los beneficios (véase particularmente lo que dispone el artículo 15.7), en su mayoría han sido los países en desarrollo quienes han emitido regulaciones sobre ABS⁴, de forma que

1 La implementación de las regulaciones de ABS o inclusive la existencia de iniciativas concretas en materia de bioprospección, no han generado las ingentes cantidades de beneficios que algunos esperaban para los países proveedores y las comunidades o pueblos indígenas. Cfr Cabrera Medaglia, Jorge, A comparative analysis on the legislation and practices on access to genetic resources and benefit sharing: critical aspects for implementation and interpretation, IUCN, ABS Project, Bonn, 2004 y Cabrera Medaglia, Jorge, Biodiversity Prospecting In Practice, IP Strategy Today, No 11, Biodevelopments, New York, 2004.

2 Resulta difícil cuantificar el nivel de estas actividades debido a la ausencia de certeza legal sobre la definición de biopiratería. Para algunos consiste en la adquisición de recursos genéticos y conocimiento tradicional sin el permiso del país o titular del recurso o conocimiento; cuando no se establecen reglas de distribución de beneficios que sean justas y equitativas; cuando se protegen por DPI innovaciones que son copias o modificaciones cosméticas de los primeros; o cuando se protegen por DPI invenciones biotecnológicas basadas en los mismos, independientemente de la existencia de consentimiento fundamentado previo, etc. Sobre el tema de la biopiratería y las dificultades para calificar a determinadas actividades como apropiación indebida, Cfr Dutfield, Graham, What is Biopiracy?, documento presentado a la Reunión de Expertos sobre Acceso a Recursos Genéticos, Cuernavaca, México, octubre del 2004 y Young, Tomme, Análisis of claims of unauthorized access and misappropriation of genetic resources and associated traditional knowledge, Informe preparado para IUCN-Canada y distribuido en la Cuarta Reunión del Grupo de Trabajo sobre ABS, Granada, documento, UNEP/CBD/WG-ABS/4/INF/6, enero del 2006.

3 A ello obedece, en parte, la idea de la revelación del origen que será posteriormente explicada.

4 Cfr. el estudio de Kathryn Garforth et al., Overview of the National and Regional Implementation of Access to Genetic Resources and Benefit-Sharing, 3rd ed. (Centre for International Sustainable Development Law: Montreal, December 2005) que describen las medidas y legislación vigente sobre ABS. Según este estudio aproximadamente unos 30 países tiene algún tipo de legislación específica en materia de ABS, en muchos casos se trata de normas de carácter general, para cuya efectiva aplicación se requiere de reglamentos o normas que desarrollen los preceptos generales.

los países donde tienen su sede las empresas farmacéuticas, biotecnológicas o agrícolas (en su mayoría países desarrollados) no han puesto en vigencia la normativa correspondiente para asegurar la distribución de beneficios y cumplir con sus obligaciones internacionales legalmente vinculantes. La ausencia- o limitada presencia- de las denominadas “medidas de países usuarios”- como se explicará posteriormente- ha sido criticada como una de las razones que explican los altos costos de transacción y el carácter altamente controlador de las legislaciones vigentes de acceso. La necesidad de “medidas en países usuarios”⁵ ha sido destacada por quienes indican la naturaleza transfronteriza de las relaciones comerciales de ABS⁶ y la insuficiencia de las normas locales cuando las muestras o la información sobre RG abandonan el país que las proveyó. En este orden de ideas se afirma que las disposiciones sobre ABS en los países de origen son marcadamente insuficientes para crear un sistema de ABS que sea funcional y consistente.

- Uno de los denominadores comunes en materia de ABS se caracteriza por la falta de confianza entre los diversos actores involucrados en estos temas⁷, lo cual genera un escenario poco conveniente para el desarrollo de negociaciones, sea entre países a nivel internacional o, de forma más limitada, mediante contratos entre proveedores y usuarios de recursos

genéticos y conocimiento tradicional asociado.

II. Análisis de las disposiciones vinculadas a ABS, contenidas en los convenios, instrumentos y organizaciones internacionales pertinentes.

La presente sección pretende realizar una descripción y análisis de las regulaciones contenidas en el marco de regulaciones internacionales vigentes en materia de ABS.

1. Análisis de Acuerdos Internacionales aplicables al tema de acceso a los recursos genéticos.

Existen disposiciones que deben ser obligatoriamente consideradas en materia de acceso a los recursos genéticos. En este sentido se deben destacar: a) la **Convención sobre la Diversidad Biológica** y las implicaciones que podría tener la negociación en curso de un régimen internacional de acceso a recursos genéticos y distribución de beneficios; b) las disposiciones del **Tratado de la Organización de la Agricultura y la Alimentación (FAO) sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura**, particularmente las derivadas del acceso a los recursos genéticos (arts 10 a 14) y la imposibilidad de otorgar derechos de propiedad intelectual a los materiales en “la forma recibida” del Sistema Multilateral de acceso (art 12.1.d).

5 Cfr. Barber, Charles, et al, User Measures: options for developing measures in User Countries to implement the access and benefit sharing provisions of the Convention on Biological Diversity, UNU/IAS, Japan, 2003.

6 Young, Tomme, Gaps and Obstacles, op cit Cfr. Young, Tomme, Genetic Resources and Utilization of Genetic Resources: a legislative view, documento presentado al Taller Internacional de Expertos sobre Acceso a Recursos Genéticos y Distribución de Beneficios, Cuernavaca, México, Octubre del 2004.

7 International Institute for Sustainable Development (IISD), Stratos y Jorge Cabrera, A guide to using the working draft ABS management tool, State Secretariat For Economic Affairs (SECO), Switzerland, Berne, 2005.

1.1 El Convenio sobre la Diversidad Biológica.

Este Acuerdo internacional reafirma la soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales (art. 3). Dicha soberanía conlleva la posibilidad de regular el acceso a esos recursos y el conocimiento asociado, sujetando el Acuerdo a lo que disponga la legislación nacional y a una distribución justa y equitativa de los beneficios entre los diversos actores (arts. 15, 16 y 19). Asimismo, los objetivos del convenio están constituidos por la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante entre otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y esas tecnologías, así como mediante una financiación apropiada.

El artículo 3 establece que de conformidad con la Carta de Naciones Unidas y con los principios del Derecho Internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental. Esta declaración, reiterada en el preámbulo, debe ser complementada por las disposiciones del artículo 15 del Convenio (Acceso a los Recursos Genéticos).

Este artículo regula lo concerniente a la facultad de cada gobierno, de conformidad con su legislación nacional, para controlar el acceso a los recursos genéticos (inciso 1). No obstante, cada parte contratante deberá facilitar el acceso a esos recursos para utilizaciones ambientalmente adecuadas y no imponer restricciones contrarias a los objetivos de la Convención (inciso 2).

El acceso se encuentra sujeto al consentimiento fundamentado previo de la Parte Contratante, salvo que ésta disponga otra cosa y se efectuará en condiciones mutuamente acordadas (incisos 4 y 5).

Por último, cada parte podrá tomar las medidas legislativas, administrativas o de políticas, según proceda, de conformidad con los artículos 16 y 19 para compartir en forma justa y equitativa, los resultados de las actividades de investigación y desarrollo y los beneficios derivados de la utilización comercial y de otra índole con la parte contratante que aporta esos recursos. Esta participación se efectuará en condiciones mutuamente acordadas. La idea de estas disposiciones es clara: si se realizan investigaciones que tienen como fundamento recursos genéticos, tanto los resultados (un nuevo conocimiento) como los beneficios (un porcentaje de eventuales *royalties*) deben de ser compartidos entre quien aportó los mismos y quien obtuvo los resultados o se aprovechará de los beneficios. Por supuesto que esta disposición se encuentra calificada por la existencia de términos mutuamente acordados.

Por su parte, el artículo 8 dispone:

“Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible, y según proceda:

J) Con arreglo a la legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades locales e indígenas, que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes poseen esos conocimientos, innovaciones y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente”

Algunas otras normas relevantes están constituidas por el artículo 10 inciso C (proteger y alentar la utilización consuetudinaria de los recursos biológicos, de conformidad con prácticas culturales tradicionales compatibles con la conservación o la utilización sostenible), 17 inciso 2 (intercambio de información sobre conocimientos tradicionales y autóctonos) y 18 inciso 4 (fomentar y desarrollar métodos de cooperación para el desarrollo de tecnologías, incluidas las tradicionales y autóctonas).

1.1.1. Evolución de las discusiones de ABS en el seno del CBD

A continuación se presentan las principales etapas que ha tenido el tratamiento de las discusiones en materia de acceso a recursos genéticos:

Cuadro 1. Respuesta del CBD al tema del ABS.

- COP I A III: Fase Recopilación Información (estudios de caso y otros).
- COP IV: Panel de Expertos (reuniones I y II)
- COP V :Grupo de Trabajo sobre ABS (reuniones I y II)
- COP VI: Adopción de las Guías de Bonn y otras Decisiones relevantes en DPI y creación de capacidades.
- CUMBRE DE JOHANNESBURGO: Plan Acción parr. 44 (o): “negociar en el marco del CBD y tomando en cuenta las Guías de Bonn un régimen internacional para la justa y equitativa distribución de beneficios derivados de la utilización de RG”.
- COP VII: decide “elaborar y negociar un régimen internacional”, que incluye también el tema del acceso y la protección del conocimiento tradicional.
- Grupo de Trabajo sobre ABS con el mandato de elaborar y negociar un RI (Reuniones 3 y 4).
- COP VIII: Decisión VIII/4: Continuar proceso a través del GT hasta el 2010. Dos Co- Chairs. Grupo de Expertos para analizar el Certificado. Desacuerdo sobre el tratamiento del tema de la revelación del origen en solicitudes de DPI.
- Grupo de Trabajo reuniones 5 y 6 continua con las negociaciones del Régimen.

Inicialmente, las labores se enfocaron en la recopilación de información (entre la COP I y la COP III). El inicio de actividades sustantivas se inicia en la COP IV, cuando se crea el Panel de Expertos de ABS, el cual se reunió en dos oportunidades (1991 y 2001). Posteriormente, se institucionaliza el Grupo de Trabajo sobre ABS en la COP V. En la COP VI se comienza a proveer orientación a los países y otros interesados mediante la adopción de las Guías de Bonn y otras Decisiones relevantes sobre DPI y en la creación de capacidades.

Al Grupo de Trabajo sobre Acceso a Recursos Genéticos se le otorga el mandato de elaborar guías o lineamientos internacionales en la materia. El Grupo finaliza en su Primera Reunión en Bonn en el 2001, las denominadas Guías o Directrices de Bonn, las cuales se adoptan en la COP VI, mediante la decisión VI/24.

Son orientaciones generales para preparar y redactar medidas legislativas, administrativas o de política sobre acceso a los recursos genéticos y la distribución de los beneficios, con particular referencia a las disposiciones en virtud de los artículos 8(j), 10 (c), 15, 16 y 19 del Convenio de Diversidad Biológica; el ámbito de las directrices deberá incluir todos los recursos genéticos y los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociadas a los que se aplica el Convenio, y los beneficios derivados de la utilización comercial y de otro tipo de tales recursos, con exclusión de los recursos genéticos humanos y los regulados por el Tratado de la FAO.

Las Directrices de Bonn representan un mecanismo de facilitación para la adecuada implementación de los procedimientos de acceso a los recursos genéticos, para los

países que están preparando y redactando las medidas políticas y administrativas de acceso a los recursos genéticos. Están dirigidas a las partes, gobiernos, usuarios, proveedores y otros interesados.

Las Guías desarrollan orientaciones útiles y un menú de opciones para los gobiernos al establecer regulaciones de acceso, fundamentalmente de la siguiente manera:

1. Sección Primera: de las Guías describe disposiciones generales que incluyen principios, uso de términos, ámbito de aplicación, relación con otros tratados internacionales y posibles objetivos.
2. Sección Segunda: aborda el tema de las responsabilidades en materia de acceso, tanto de los proveedores como de los usuarios.
3. Sección Tercera: trata sobre la participación de los diferentes actores.
4. Sección Cuarta: propone elementos de procedimiento, incluyendo cómo alcanzar el consentimiento informado previo, cómo concebir la distribución de beneficios, el papel de la autoridad nacional competente, entre otros.
5. Sección Quinta: se enfoca en temas de incentivos, posibilidades de monitoreo y control, responsabilidad por incumplimientos, medios de verificación, etc.
6. Anexos: finalmente los anexos proporcionan información sobre beneficios monetarios y no monetarios; y elementos posibles de un Acuerdo de Transferencia de Materiales.

1.1.2 La negociación de un régimen internacional y sus potenciales implicaciones sobre las regulaciones de acceso a recursos genéticos.

Si bien es cierto estas orientaciones o lineamientos fueron bienvenidos por países desarrollados y empresas usuarios de estos recursos, para algunos países en desarrollo, este esfuerzo resultaba insuficiente fundamentalmente por dos razones: 1) son de naturaleza voluntaria; 2) las guías prestan poca atención a las medidas a ser emprendidas por los países donde se ubican usuarios (países desarrollados con empresas que usan recursos genéticos) para cumplir sus obligaciones en el marco del Convenio, especialmente las relativas a tomar medidas administrativas, de política y legislativas para compartir beneficios.

En la Cumbre de Desarrollo Sostenible de Johannesburgo, se acordó el establecimiento de un régimen internacional que promueva y salvaguarde efectivamente la distribución justa y equitativa de beneficios, de beneficios, el cual quedo recogido en el párrafo 42 inciso O del Plan de Acción de Johannesburgo. La Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 57-260 del 20 de diciembre del 2002 invita a la Conferencia de las Partes para tomar las medidas necesarias con relación al compromiso de la Cumbre para negociar dicho régimen⁸.

La VII Conferencia de las Partes en el 2004, acordó iniciar dichas negociaciones.

⁸ Aunque el lenguaje de la Cumbre se refiere solo a distribución de beneficios, la reunión del Programa de Trabajo del Convenio (Montreal Marzo del 2003), recomendó que el Grupo de Trabajo en su segunda reunión considerar el proceso, naturaleza, ámbito, elementos y modalidades de un régimen internacional de acceso a recursos genéticos y distribución de beneficios.

La Decisión VII/19 acuerda convocar nuevamente al Grupo de Trabajo sobre ABS para que "... en colaboración con el Grupo de Trabajo del artículo 8 inciso J sobre conocimiento tradicional y asegurando la participación de comunidades y pueblos indígenas, organizaciones no gubernamentales, industria e instituciones académicas e intergubernamentales, elabore y negocie un régimen internacional sobre acceso a recursos genéticos y distribución de beneficios con el propósito de adoptar un instrumento o instrumentos para efectivamente implementar las disposiciones del artículo 15 y 8 inciso J y los 3 objetivos de la Convención". El grupo operará de conformidad con los términos de referencia que constituyen el anexo de la resolución.

Finalmente, la Decisión VII-19 menciona, a lo largo de su texto, al denominado certificado de origen-legal procedencia-fuente como un elemento central del régimen.

La Tercera Reunión del GTABS (Tailandia, 2005) permitió a Partes expresar ideas generales sobre los diferentes aspectos del Régimen, pero demostró que aún resultaba necesario avanzar sustancialmente en la definición de posiciones nacionales y regionales y en el entendimiento de cuál debería ser el contenido del RI⁹. Por su parte, en el caso de los países desarrollados, aunque las posturas no son idénticas, han manifestado la imperiosa necesidad de identificar lagunas en los instrumentos existentes y a partir de allí,

proceder a tomar las medidas pertinentes para subsanar las mismas. Los países en desarrollo, a pesar de no contar con una posición completamente clara respecto al contenido del RI, han indicado que el principal propósito del Grupo es precisamente negociar. Igualmente, se plantearon algunas ideas de interés sobre cómo abordar el proceso subsiguiente de negociación.

La Cuarta Reunión (Granada, España, 2006) posibilitó avanzar un poco más en la identificación de los mecanismos e instrumentos concretos a ser potencialmente contemplados en el RI, pero demostró que aún subsisten importantes diferencias entre las Partes respecto a la forma de alcanzar el objetivo del CBD, a la naturaleza de los mecanismos y en general, respecto a la dirección (y rapidez) a seguir.¹⁰

La VIII Conferencia de las Partes del CBD se reunió en Curitiba, Brasil para analizar el tema del RI, el cual ocupó uno de los aspectos centrales del debate. Si bien es cierto fundamentalmente se discutieron aspectos de proceso y no sustantivos, algunos temas de interés fueron acordados.

Por medio de la decisión VIII/4 se decide transmitir el Anexo (los resultados de la reunión de Granada) al Grupo de Trabajo sobre ABS en su quinta reunión para que, de conformidad con la Decisión VII/19, continúe la elaboración de un RI, incluyendo además los siguientes insumos:

9 Si se analiza el documento resultante de la reunión de Tailandia, prácticamente todo lo concebible relacionado con ABS se menciona.

10 Existen desacuerdos en múltiples áreas entre ellos: el tema de la revelación del origen en solicitudes de propiedad intelectual; el tratamiento de los derivados y productos; la naturaleza vinculante o no vinculante del instrumento propuesto; los posibles elementos o componentes del mismo; la aplicación a los Estados no partes, entre otros.

- a) Los resultados del Grupo de Expertos Técnicos sobre el certificado de origen/fuente/legal procedencia
- b) El reporte de progreso del análisis de lagunas y la matriz
- c) Otros aportes sometidos por las Partes relacionados con ABS

Se indica que dicho anexo refleja las perspectivas de las Partes sostenidas en la reunión de Granada.

Se nombran dos Co-Presidentes permanentes, Fernando Casas de Colombia y Timothy Hodges de Canadá y se otorga al GTABS el mandato de continuar con la elaboración y negociación del RI de conformidad con la Decisión VII/19 y completar su trabajo, a la brevedad posible, antes de la Décima Conferencia de las Partes (2010). Dicho GT debería reunirse al menos en dos ocasiones antes de la 9 COP.

Igualmente, se solicita a los diferentes interesados insumos con respecto al análisis de lagunas, considerando que éste análisis debe ser realizado de forma paralela y no retrasará el trabajo relativo a la elaboración y negociación del RI.

Se invita a las Partes a someter a la Secretaría Información sobre el status legal de los recursos genéticos en sus legislaciones nacionales, incluyendo los derechos de propiedad, y solicita al Secretario enviar un reporte a la quinta reunión del GTABS.

Por su parte, el punto C menciona otros enfoques, incluyendo la consideración de un

certificado de origen/fuente/legal procedencia. Se establece un Grupo de Expertos Técnicos para explorar y elaborar posibles opciones de certificado, sin prejuzgar su conveniencia, forma, intención y funcionalidad y analizar su practicabilidad; factibilidad; costos y beneficios, con el propósito de alcanzar los objetivos del artículo 15 y 8 inciso J. El Grupo de Expertos debe proveer apoyo técnico al GTABS 5.

El Grupo estará formado por 25 expertos nominados por las Partes (regionalmente balanceado) y 7 observadores de, entre otros sectores, pueblos indígenas y comunidades locales, industria, instituciones de investigación y la academia, jardines botánicos, otros tenedores de recursos ex situ, representantes de organizaciones y acuerdos relevantes.

Los expertos serán recomendados por el Secretario para la aprobación por parte del Bureau. Dicho Grupo se reunirá al menos 6 meses antes de la 5 reunión del GTABS¹¹.

Igualmente se invita a los interesados a someter al Grupo de Expertos investigaciones y puntos de vista sobre el certificado, incluyendo certificados modelo.

En el Acápito D - Medidas para apoyar el cumplimiento con el PIC y los TMA de las Partes proveyendo recursos genéticos en las Partes con usuarios de tales recursos genéticos en su jurisdicción-, se reafirma que la revelación del origen en solicitudes de DPI constituye un elemento de los términos de referencia del Anexo a la Decisión VII/19 D para la elaboración del RI. Se reconoce que el

11 Dicho Grupo se reunió en Perú del 22 al 25 de enero del 2007. El reporte final del Grupo se encuentra contenido en el documento UNEP/CBD/WG-ABS/5/2 del 20 de febrero del 2007, disponible en www.biodiv.org

tema ha sido tratado en la OMPI y en la OMC y se invita a los foros relevantes a abordar (o continuar) el tema de la revelación del origen en solicitudes de DPI, considerando la necesidad de asegurar que el trabajo apoya y no contraviene los objetivos del CBD. Se urge a las Partes, gobiernos y otros interesados a continuar tomando medidas apropiadas para apoyar el cumplimiento con el PIC y los TMA bajo los cuales el acceso fue otorgado, en los casos de utilización de RG y CT de conformidad con el artículo 15 y la legislación nacional. Igualmente se solicita al GTABS en sus reuniones 5 y 6 considerar tales medidas. Se requiere al Secretario Ejecutivo a renovar su solicitud de acreditación como observador ante el Consejo del ADPIC.

Finalmente, el acápite E se refiere al Plan Estratégico del CBD y a los posibles indicadores en materia de ABS.

La Quinta reunión del Grupo de Trabajo (Octubre del 2007, en Montreal) concluyó con pocos avances, sin que se modificaran los temas sustantivos contenidos en el Anexo (Documento de Granada). Las discusiones provocaron la elaboración de un documento informal por los Co-Presidentes que recoge las diferentes posiciones sobre los temas tratados.¹²

La Sexta Reunión se realizó del 21 al 25 de enero del 2008. Un nuevo texto sustantivo sobre los objetivos; naturaleza, ámbito y principales componentes (acceso, distribución de beneficios, conocimiento tradicional, cumplimiento y construcción de capacidades) fue desarrollado. Muchas de estas propuestas se encuentran igualmente

sujetas a negociaciones posteriores para ser incorporadas en el texto final del Régimen Internacional.

La IX Conferencia de las Partes en Bonn (mayo del 2008), acordó impulsar el proceso, mediante el establecimiento de Tres Grupos de Expertos (cumplimiento; términos y definiciones y enfoques por sectores; y conocimiento tradicional asociado) y convocando al Grupo de Trabajo para tres reuniones futuras con el propósito de preparar la adopción del instrumento en la COP X. en Japón.

En general las principales disposiciones del CBD que pueden tener relevancia para el establecimiento de regulaciones de ABS son las siguientes:

1. El respeto a la soberanía nacional sobre la biodiversidad (recursos genéticos) y consecuentemente el rechazo a la biopiratería o el acceso ilegal.
2. El apoyo a los esfuerzos de los países por establecer (o donde existe el mismo su adecuado cumplimiento) un sistema de acceso a recursos genéticos, que incluya la obligación de obtener el consentimiento informado previo y una distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos (artículo 15 fundamentalmente).
3. La protección del conocimiento tradicional.
4. La conservación y el uso sostenible de la biodiversidad.
5. La obligación de los países con usuarios de tomar medidas para apoyar el cumplimiento

¹² Los resultados se encuentran en el documento UNEP/CBD/WG-ABS/5/8 de fecha 15 de octubre del 2007 y disponible en www.biodiv.org

del PIC y el TMA de los países proveedores (medidas de países usuario)

6. El desarrollo de posibles mecanismos como la revelación del origen en solicitudes de DPI y el certificado de origen/fuente/legal procedencia/cumplimiento para facilitar el monitoreo de las condiciones bajo las cuales se otorgó el acceso.

2. El Tratado Sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura¹³

En el años 1996 en respuesta se inician las negociaciones para adecuar el Compromiso Internacional sobre Recursos Fitogenéticos al Convenio Sobre la Diversidad Biológica, proceso adelantado por la Comisión de Recursos Genéticos de la FAO. Como resultado final se ha finalizado un Tratado sobre los Recursos Fitogenéticos para la para la Alimentación y la Agricultura¹⁴.

Entre los temas más importantes del Tratado cabe destacar los de acceso a los recursos genéticos, los derechos de los agricultores, la posibilidad de conceder derechos de propiedad intelectual sobre los materiales del Sistema Multilateral, las relaciones entre este instrumento y otros acuerdos internacionales especialmente el Acuerdo ADPIC de la OMC y la lista de especies por ser cubiertas.

Con relación al concepto de derechos de los

agricultores las disputas se centraron en la naturaleza de los mismos: sea como un mero concepto abstracto (propuesto por algunos países desarrollados) o bien como un derecho concreto a ser realizado. En definitiva, que pese a las discrepancias sobre los alcances y naturaleza de estos derechos, se ha logrado acordar una solución de compromiso. Las Partes han acordado que la responsabilidad de hacer realidad los derechos de los agricultores incumbe a los gobiernos nacionales. Cada Parte según su legislación nacional deberá adoptar particular las siguientes medidas: la protección de los conocimientos tradicionales de interés para los recursos fitogenéticos; el derecho a participar equitativamente e la distribución de beneficios; el derecho a participar en la adopción de decisiones. Nada de lo anterior se interpretará en el sentido de limitar cualquier derecho que tengan los agricultores a conservar, utilizar, intercambiar y vender material de siembra o propagación conservado en las fincas, con arreglo a la legislación nacional y según proceda (artículo 9)¹⁵

Respecto al acceso a los recursos genéticos y la distribución de beneficios, se crea un Sistema Multilateral para las especies cubiertas por el mismo (unos 35 cultivos y 29 especies forrajeras contenidas en el Anexo I), “ eficaz, efectivo y transparente para facilitar el acceso a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura y compartir de manera justa y equitativa, los beneficios que

13 Véase Mohamed Ali Mekour, A global instrument on agrobiodiversity: the international treaty on plant genetic resources for food and agriculture, Environmental Law and Policy, FAO, 2002 y Cooper, David, The International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture, RECIEL, London, 11(1), 2002. Igualmente el sitio web del Tratado www.planttreaty.org

14 El Tratado entro en vigencia el día 29 de julio del 2004 al recibir la ratificación No 50.

15 El Preámbulo estipula que los derechos reconocidos en el presente Tratado a conservar, utilizar, intercambiar y vender semillas y otro material de propagación conservados en las fincas es fundamental para la aplicación de los derechos de los agricultores.

se deriven de la utilización de tales recursos” (artículo 10). El Sistema Multilateral deberá comprender todos los recursos del Anexo I que se encuentren bajo la Administración y el Control de las Partes Contratantes y son del dominio público (art 11). El acceso se realizará en las condiciones facilitadas indicadas en el artículo 12 y la distribución de los beneficios en el Sistema Multilateral incluye el intercambio de información, el acceso a la tecnología y su transferencia, el fomento de la capacidad y la distribución de beneficios monetarios derivados de la comercialización (artículo 13). En este aspecto, cuando el producto incorpore material al que ha tenido acceso al amparo del Sistema Multilateral deberá pagar un parte “ equitativa” de los beneficios al Fondo o Fideicomiso creado, excepto en los casos en los cuales el producto este a disposición de otras personas sin restricciones, para investigación y mejoramiento ulteriores, en cuyo caso deberá alentarse al receptor a que efectúe dicho pago. En otras palabras, si el producto se encuentra protegido por patentes, en principio, dicho pago resulta obligatorio y en principio si se encuentra protegido por derechos de obtención o carece de algún tipo de derecho, el pago es voluntario. La cuantía, forma y modalidad de pago de acuerdo con la práctica comercial deberán ser definidas luego por el Organo Rector del Tratado (Artículo 13). El Tratado regula el caso de las Colecciones ex situ de recursos filogenéticos para la alimentación y la agricultura mantenidos por los Centros Internacionales.

En lo concerniente al punto de los derechos de propiedad intelectual se plantearon durante la negociación propuestas diversas. Por una lado, se ha indicado que únicamente deberían

prohibirse los DPI sobre los recursos genéticos tal y como son recibidos por el Sistema Multilateral. Tal propuesta no menciona a sus componentes (genes, células, etc) o derivados. Por otra parte, se ha señalado que la exclusión debe comprender a los materiales recibidos, sus partes y componentes, limitándose la protección por esos derechos y por tanto afirmándose las posibilidades de utilizar los recursos fitogenéticos libremente para una conjunto de cultivos importantes.

El texto final establece que los receptores no reclamarán ningún derecho de propiedad intelectual o de otra índole que limite el acceso facilitado a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura o sus partes o componentes genéticos en la forma recibida del sistema multilateral (artículo 12).

Las principales disposiciones del Tratado que pueden ser pertinentes para la elaboración de un sistema de acceso se cuentan:

1. El apego a las disposiciones del Sistema Multilateral de Acceso, incluyendo el uso del Acuerdo de Transferencia de Materiales estandarizado aprobado en la primera reunión del Organo Gubernativo del Tratado (Madrid, 2006), en los supuestos en que proceda según se explicó líneas atrás. Las leyes de acceso debe apegarse a lo dispuesto en este instrumento internacional al regular el acceso a los recursos genéticos contemplados en el Anexo I.
2. Las restricciones al otorgamiento de derechos de propiedad intelectual sobre el material tal cual recibido por el Sistema Multilateral. Esta restricción se encuentra

incorporada en las cláusulas del Acuerdo de Transferencia de Material que autorice el acceso.¹⁶

3. El apoyo a la conservación, el uso sostenible y la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados del acceso, de conformidad con los objetivos del Tratado de la FAO (artículo 1).
4. La distribución de beneficios hacia los agricultores (en función de la realización del Derecho del Agricultor del artículo 9 del Tratado).

3. Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (IGC)¹⁷.

El “Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (IGC)” de la OMPI, fue establecido por la Asamblea General de la OMPI en octubre de 2000 como foro para el debate y el diálogo acerca de la relación entre propiedad intelectual, y los conocimientos tradicionales, recursos genéticos y expresiones culturales

tradicionales. Se consideraba que estos temas no caían dentro del ámbito de otros órganos de la OMPI.¹⁸ Precisamente, uno de los tópicos que el Comité había considerado- y continúa haciéndolo- lo constituye la revelación del origen en aplicaciones de patentes.¹⁹

Fundamentalmente, el trabajo del Grupo en materia de recursos genéticos que acá interesa se desarrolló en dos direcciones básicas: las cláusulas contractuales sobre DPI en acuerdos de acceso a recursos genéticos y la función de los requisitos de divulgación de patentes en relación con las invenciones que se basan o hacen uso de dichos recursos (la revelación del origen). El Comité se ha reunido en once ocasiones.

Implicaciones para el desarrollo de legislación en materia de ABS.

El proceso del OMPI no tiene mayores implicaciones con relación al tema del acceso a los recursos genéticos desde la perspectiva de la elaboración de normativa (dado que este foro las discusiones técnicas se han centrado en la revelación del origen y en cláusulas contractuales modelo u otras en contratos de acceso relativas a los DPI). Eventualmente,

16 Cfr el texto del mismo y las Decisiones de la Primera y Segunda Reunión del Órgano Gubernativo (esta última celebrada en Roma en Octubre del 2007) en www.planttreaty.org. En la segunda Reunión el Órgano Gubernativo decidió sobre temas como: el reglamento financiero del Órgano; la estrategia de financiamiento y su implementación; la relación del Órgano Rector con el Global Crop Diversity Trust; la implementación del sistema multilateral de acceso (mayormente mediante muestras enviadas por Centros Internacionales); la aceptación del Director de la FAO del carácter de Tercera Parte Beneficiaria; el uso sostenible de los recursos filogenéticos; la utilización del Acuerdo de Transferencia de Materiales por parte de los Centros Internacionales para cultivos no incluidos en el Anexo I y colectados antes de la vigencia del Tratado; la realización del derecho del agricultor; la relación con otras organizaciones internacionales; y el tema del presupuesto.

17 Otros aspectos relacionados con este tópico de la revelación del origen también se discuten en otros Comités de la OMPI, como el “Comité Permanente de Derecho de Patentes” en su trabajo de elaboración de un Tratado Sustantivo en Derecho de Patentes y Grupo de Trabajo para la Reforma del Tratado de Cooperación de Patentes.

18 Véanse otros detalles en www.wipo.int/tk/en/igc/.

19 El mandato del Grupo incluye la posibilidad de negociar un instrumento legalmente vinculante en materia de conocimientos tradicionales. Asimismo, la Secretaría presentó un detallado documento en el cual se identifican posibles objetivos y principios fundamentales para la protección del conocimiento tradicional, cfr. WIPO/GRTKF/IC/7/5.

en caso de desarrollarse una negociación internacional en materia de conocimiento tradicional, basada en los borradores de documento existentes, se debería considerar este proceso que puede culminar en un tratado legalmente vinculante. En caso de ser ratificado por los países tendría implicaciones para el caso del acceso a conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos.

III. Experiencias en derecho comparado y lecciones aprendidas.

En la presente sección no se desarrollan en particular sistemas nacionales o regionales de ABS. Se ha preferido establecer algunas consideraciones generales que abarquen a los diferentes sistemas, así como las lecciones aprendidas que son de interés para el desarrollo de un marco normativo. Igualmente, en la sección de propuestas se hace referencia a marcos legales concretos para sustentar las alternativas y opciones de contenidos presentadas.

1. Consideraciones generales. Breves reflexiones sobre la implementación de las leyes de ABS.

Es conveniente presentar el estado de implementación de la legislación de acceso.²⁰ El mismo ha sido considerado bajo e incompleto.²¹

Normand²² ofrece la siguiente descripción:

“...los países están en diferentes niveles de

implementación de legislación de acceso y distribución de beneficios y han adoptado diferentes estrategias para regular el acceso y la distribución de beneficios, reflejando sus estructuras nacionales administrativas, prioridades, especificidades culturales y sociales. Mientras que ciertos países solamente han adoptado una medida, generalmente legislación, otros han adoptado un paquete de medidas, incluyendo por ejemplo, una estrategia nacional, legislación, regulaciones o directrices. Un número de países todavía se encuentra en el proceso de desarrollar sus sistemas nacionales y de esta forma el paquete está a menudo incompleto. Además, los procedimientos y las estructuras nacionales son diversos. Por ejemplo, algunos Países tienen diferentes niveles de responsabilidad gubernamental para regular el ABS, a nivel nacional/federal o a un nivel de provincia/estado.

Una mayoría de Países con medidas nacionales incluidas en la base de datos del CDB puede ser dividida en tres categorías: La primera categoría incluye países que tratan el ABS en su estrategia nacional de biodiversidad o en su legislación ambiental o sobre biodiversidad, pero todsavía no han regulado el ABS en ningún detalle. Estas medidas generalmente brindan regulaciones para el desarrollo de ABS e incluyen algunas especificaciones generales relacionadas con los elementos a ser tratados. La segunda categoría incluye países que tienen leyes

20 Un resumen sobre la implementación de las medidas ABS se encuentra en Gartforth, op cit.

21 En este sentido, un estudio llevado a cabo en el año 2004 (Cabrera Jorge, A Comparative Analysis, op cit) concluyó que existen relativamente pocos casos en que los Tribunales han hecho una interpretación de las regulaciones. La información disponible sobre solicitudes de ABS o contratos de ABS no siempre es pública o accesible fácilmente. Ha habido casos en los que el acceso a los recursos genéticos es otorgado por medio de la legislación general, permitiendo el otorgamiento de permisos de recolecta o investigación (bajo leyes generales sobre conservación de naturaleza, forestales, vida silvestre o del ambiente en general).

22 Normand, V. 2004. “Level of National Implementation of ABS.” Documento presentado en el Taller de Expertos Internacionales sobre Acceso a Recursos Genéticos y Distribución de Beneficios, Cuernavaca, México, octubre de 2004.

ambientales o sobre biodiversidad, con algunas provisiones sobre ABS o acceso a recursos biológicos, las cuales podrían incluir una provisión para el establecimiento de una regulación sobre ABS. La tercera categoría es la de aquellos que han tratado el ABS con gran detalle. Los países han establecido autoridades nacionales competentes, procedimientos para el consentimiento informado previo, procedimientos para el desarrollo de términos mutuamente acordados, incluyendo la distribución de beneficios y medidas de cumplimiento. El tema de DPI también es tratado generalmente en diversas formas y grados de detalle.

En relación con las principales características de sus regímenes de ABS, las provisiones varían de un sistema nacional a otro, aunque se podrían destacar algunos elementos generales subyacentes:

- **Autoridades nacionales competentes:** en algunos casos la autoridad nacional competente es una organización que ya existe, mientras que en otros casos la medida de ABS crea una nueva organización.
- **El consentimiento informado previo:** En cada País se debe hacer algún tipo de solicitud a fin de obtener acceso a los recursos genéticos. Estas provisiones también brindan indicaciones relacionadas con la información específica que debería contener la solicitud y el procedimiento que lleva a la aprobación o al rechazo. La mayoría de las medidas también requieren el CIP de la autoridad relevante/proveedor del recurso en el área geográfica en la cual se van a acceder los RG. Las especificaciones de algunas medidas incluyen diferentes requisitos para el acceso dependiendo del tipo de solicitante y diferentes requisitos dependen de si el acceso es otorgado para propósitos comerciales o no comerciales.
- **Términos mutuamente acordados:** Una mayoría de sistemas nacionales existentes indican que los términos mutuamente acordados deben presentarse en un acuerdo. Algunas medidas también permiten diferentes tipos de acuerdos dependiendo de si los recursos genéticos son accesados para propósitos de investigación o comerciales. Las medidas generalmente estipulan que el acuerdo debe ser aprobado por la autoridad nacional competente. Las medidas generalmente posibilitan la distribución de beneficios con la autoridad competente o con grupos indígenas y comunidades locales o con el proveedor de los recursos, y en la mayoría de los casos para ambos. Las indicaciones relacionadas con los tipos de beneficios a ser distribuidos varía dependiendo de las medidas.
- **Medidas de cumplimiento:** Las medidas examinadas generalmente incluyen provisiones para el cumplimiento. Aunque pocas tratan el monitoreo, generalmente estipulan penalidades, sanciones por infracciones, tales como infracciones a las provisiones de la legislación, regulación o directriz. Estas sanciones incluyen multas, embargo de muestras, revocación y cancelación del permiso para acceso, revocación del acuerdo, una prohibición para futuras bioprospecciones y prisión.”²³

²³ Normand, op cit.

Normand concluye: “Los desarrollos están teniendo lugar constantemente en un número de países, mediante iniciativas nacionales y capacidad para construir proyectos; sin embargo, todavía existe una falta importante de conocimiento y capacidad para tratar el tema de acceso y distribución de beneficios entre actores relevantes, tanto en países desarrollados como en vías de desarrollo”.

Cuadro 2. Enfoques de los países para abordar el ABS:

- Leyes/Lineamientos específicos de acceso (Filipinas; Brasil; Bolivia; Uganda; Kenia; Australia/Federal/estatal; Malawi).
- Leyes de Biodiversidad que contemplan el tema de manera relativamente comprensiva (Costa Rica, Sudáfrica, Bhutan; India; Venezuela, etc).
- Leyes habilitadoras: normas generales no aplicables directamente por falta de desarrollo (El Salvador; Nicaragua, Tanzania, México, etc).
- Reformas/Uso de Leyes sectoriales en aspectos específicos (Camerún; Nigeria, México, Estados Unidos, Guatemala, etc)
- Iniciativas regionales (Decisión 391 del Pacto Andino; Protocolo Centroamericano de Acceso, Ley Modelo de la Unión Africana; Acuerdo Marco sobre Acceso a Recursos Biológicos y Genéticos de la ASEAN.).
- Políticas o estrategias sin contar con un marco jurídico específico (Canadá, Consejo de los Países Nórdicos).

Fuente: elaboración propia.

Diferentes estudios realizados sobre la implementación de leyes nacionales de ABS²⁴ son contestes en indicar las dificultades para poder cumplir adecuadamente con la legislación vigente en los países proveedores. En la práctica el nivel de implementación de estas leyes es relativamente bajo²⁵. Las causas del mismo pueden ser de diversa índole: limitada capacidad de negociación para hacer frente a las solicitudes, particularmente cuando éstas involucran a empresas transnacionales; la oposición de sectores de la sociedad civil que califican de biopiratería a las diferentes iniciativas de bioprospección; la ausencia de regulaciones detalladas en materia de procedimientos que faciliten la toma de decisiones por parte de los funcionarios, etc. Al mismo tiempo se ha señalado como los procedimientos de ABS son altamente burocráticos y basados en la premisa del control²⁶ más que en la de la promoción. Esto se debería, al menos en parte, a la necesidad de controlar el flujo de recursos ante la insuficiencia de las regulaciones nacionales para monitorear el uso de los recursos genéticos y la falta de medidas de países usuarios. Ello se ha generado una situación de poca certidumbre legal sobre el acceso a los recursos genéticos²⁷.

24 Cfr en particular, Cabrera Medaglia, An Análisis, op cit y Gatforth et al op cit, Carrizosa, Santiago et al (eds.) Accessing Biodiversity and sharing the benefits: lessons form implementing the Convention on Biological Diversity, IUCN Environmental Policy and Law Paper No 54, Gland, Cambridge y Bonn, 2004.

25 No obstante, en algunos casos se comienzan a ver mejores resultados en la aplicación de los marcos legales de ABS, como por ejemplo, en Brasil donde el número de permisos ha crecido sostenidamente en los últimos años, en su mayoría tratándose de solicitudes de carácter no comercial. Por ejemplo, en el 2005 se cuenta con casi 100 solicitudes de acceso para investigación básica y 20 para bioprospección y desarrollo tecnológico. Cf. www.mma/port/cgen.

26 Cfr Barber, Charles, Glowka, Lyle y La Vina, Antonio, Developing and implementing national measures for genetic resources access regulation and benefit sharing, en Laird, Sara (ed.) Biodiversity and Traditional Knowledge. Equitable partnership in practice, Earthscan, London, 2002, quienes sugieren que se constatan dos grandes enfoques en la construcción y aplicación de marcos normativos de ABS: aquellos que pretenden mediante disposiciones legales sumamente restrictivas controlar el acceso; y los que buscan, por el contrario, mediante normativa más flexible y coherente con la realidad de la bioprospección, facilitar o promocionar el acceso.

27 Sobre el tema de la certeza legal se sugiere revisar el documento Legal certainty for users of genetic resources under existing access and Benefit sharing (ABS) legislation and Policy, UICN-Canadá, presentado el GTABS en su Tercera Reunión, UNEP/CBD/WG-ABS/3/INF/10, febrero del 2005.

En resumen, como concluye un comentador:²⁸

“A pesar de la aparente claridad de los objetivos, la implementación es muy pobre. Un número creciente, pero todavía limitado de Países ha aprobado la legislación, y aquellos que lo han hecho están encontrando difícil su implementación, sólo un número limitado de contratos ha sido aprobado bajo la nueva legislación... Esta situación se debe a la carencia de reconocimiento de la necesidad

de una estrategia reguladora integrada en la cual tanto el proveedor como el usuario de los recursos genéticos tomen acción para aplicar las provisiones del CDB. Esta situación fue de hecho creada por un reconocimiento limitado de las realidades de la investigación y el desarrollo biotecnológicos, así como la falta de mecanismos de coordinación a través de jurisdicciones. ...”.

La siguiente tabla muestra el estado de adopción de los sistemas de ABS en América:

País / Región	Norma	Autoridades Nacionales	Materia Regulada	Contratos/ solicitudes/ permisos
Comunidad Andina (Bolivia, Colombia, Ecuador²⁹, Perú, Venezuela³⁰)	Régimen Común sobre Acceso a Recursos Genéticos Decisión 391 2.7.1996 (and Resolución 415 de Adopción del Modelo Referencial de Contrato de Acceso a Recursos Genéticos)	Entidad Pública a ser designada por cada Miembro	Recursos genéticos, sus derivados y sus componentes intangible (conocimientos tradicionales); recursos genéticos de especies migratorias en el tanto se encuentren en el territorio de un Miembro	- NA.
Bolivia	Decreto Supremo 24676 que aprueba el Reglamento de la Decisión 391	El Ministerio de Desarrollo Sostenible aplica el reglamento.	Recursos genéticos, sus derivados y sus componentes intangible (conocimientos tradicionales); recursos genéticos de especies migratorias en el tanto se encuentren en el territorio de un Miembro	Un contrato de acceso para fines comerciales ha sido firmado en el 2004 (recursos genéticos de papa) entre el Ministerio y la organización Suiza. Se reportan otras solicitudes por ser aprobadas.

28 Fernández Ugalde, J.C. 2005. "The Feasibility, Practicality and Cost of a Certificate of Origin System for Genetic Resources: Economic Considerations." En: Towards a fair and equitable benefit-sharing instrument for effective implementation of the Bonn Guidelines under the Convention on Biological Diversity. Yokohama, Japón: UNU/IAS y JBA.

29 Ecuador cuenta con una Ley de Diversidad Biológica desde 1996, la cual consta tan solo de dos artículos. Existe un borrador de Ley de Conservación y Uso Sostenible de la Biodiversidad

30 Venezuela posteriormente denunció el Pacto Andino.

País / Región	Norma	Autoridades Nacionales	Materia Regulada	Contratos/ solicitudes/ permisos
Brazil	Medida provisoria N° 2186-16³¹ 23.8.2001 y sus reformas. Regula o inciso II do §1º e o §4º do art. 225 da Constituição o, os arts. 1º, 8º, alínea "j", 10, alínea "c", 15 e 16, alíneas 3 e 4 da Convenção sobre Diversidade Biológica, dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e transferencia de tecnologia para sua conservação e utilização, e dá outras providências Múltiples instrumentos han sido desarrollados para implementar la Medida Provisoria.	Conselho de Gestão do Patrimônio Genético	Patrimonio Genético (Genetic heritage) y conocimiento tradicional asociado	Permisos de acceso fundamentalmente para fines científicos y varios contratos comerciales firmados. Un contrato entre Bioamazonia y Novartis, anterior a la Medida Provisoria, fue subsecuentemente cancelado
Colombia	Decisión 391 citada. Orden 309 del 2000 del Ministerio de Ambiente sobre permisos de investigación en la diversidad biológica del 25-.2-.2000 Resolución 620 de 1997 del Ministerio de Ambiente regulando la Decisión 391 del 7—7- 1997 Orden 1320 de 1998 del Ministerio del Interior sobre Consulta a Pueblos Indígenas, Comunidades Locales y Afrocaribeñas	Ministerio de Medio Ambiente (Punto Focal)	Recursos Genéticos, sus derivados y componentes intangibles	BioAndes ha sido la única aplicación con fines comerciales. El permiso fue denegado. Diversas propuestas para acceso con fines científicos han sido presentadas y una había sido aprobada hasta el 2007. En el 2008 se han aprobado 17 permisos y sus respectivos contratos para acceso con fines de investigación básica.

31 Se han presentado diversas propuestas legislativas para regular el acceso. Algunos estados como Acre y Amapa cuentan con normativas específicas. Otros como Sao Paulo trabajan en su elaboración.

País / Región	Norma	Autoridades Nacio- nales	Materia Regulada	Contratos/ solicitudes/ permisos
Costa Rica	Ley de Biodiversidad No. 7788 30.4.1998 Normas Generales para el acceso a los elementos y recursos genéticos y bioquí- micos de la Biodiversidad, Decreto 30020 2003 MINAE del 15-12-2003. Normas para acceso a recursos genéticos en condiciones ex situ de abril del 2007.	Sistema Nacional de Áreas de Conservación SINAC (Punto Focal) Ministerio del ambiente y Energía (Aut. Compet.) Comisión Nacional para la Gestión de la Biodiversidad (CONAGEBIO) Oficina Técnica de la CONAGEBIO	Recursos genéticos y bioquímicos y conocimiento tradicional asociado.	Diversos permisos otorgados bajo la Ley de Biodiversidad y las Normas de Acceso, tanto con fines bioprospección como de investigación básica. Varias solicitudes pendientes de aprobación.
Cuba	Ley del Medio Ambiente L-81 11.07.1997 Regulaciones sobre la Diver- sidad Biológica R-111-96 CITMA 14.10.1996 ³²	No se han notificado Autoridad Nacional o Punto Focal al CDB Centro de Gestión e Inspección Ambiental (Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente)	Recursos Biológicos	-
El Salvador	Ley de Medio Ambiente Decreto Legislativo 233, 4.5.1998 ³³ Procedimientos Administrativos, 2002	Dirección General de Patrimonio Natural del Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales	Recursos Genéticos y Bioquímicos.	-
Guatemala	Ley de Áreas Protegidas 4-89 7.11.1996 y su reglamento	Consejo Nacional de Áreas Protegidas CONAP	Vida Silvestre.	

³² Existe una propuesta de Ley sobre Acceso a Recursos Genéticos.

³³ Se cuenta con un borrador de procedimientos administrativos para regular el acceso a los recursos genéticos asociados a la vida silvestre.

País / Región	Norma	Autoridades Nacionales	Materia Regulada	Contratos/ solicitudes/ permisos
Nicaragua	Ley General de Medio Ambiente y los Recursos Naturales ³⁴ No 217 2.5.1996 Reglamento de la Ley General de Medio Ambiente y de los Recursos Naturales Decreto 9-96 26.7.1996	Ministerio del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales MARENA	Diversidad biológica, recursos genéticos.	-
Panamá	Ley General del Ambiente No. 41, 1998. Reglamento al artículo 71 de la Ley General del Ambiente del 2006.	Autoridad Nacional del Ambiente ANAM (Punto Focal).	Recursos biogenéticos	-Permisos otorgados al Grupo Internacional Cooperativo en Biodiversidad, que incluye el -Smithsonian Tropical Research Institute; laboratorio de Bioorgánica Tropical de la Universidad de Panamá; US National Institutes of Health

34 Nicaragua cuenta con un anteproyecto de Ley sobre la Diversidad Biológica.

País / Región	Norma	Autoridades Nacio- nales	Materia Regulada	Contratos/ solicitudes/ permisos
Perú	Decisión 391. Ley sobre la Conservación y el Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica No. 26839 8.7.1997 Ley de Protección al acceso a la Diversidad Biológica Peruana y a los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas No 28216 1.5.2004 Ley que establece el Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas Vinculados a los Recursos Biológicos No 27811 10.8.2002	Consejo Nacional de Medio Ambiente CONAM (Punto Focal) Ministerio de Pesquería, Instituto Nacional de Investigación Agraria (INIA) & Instituto Nacional de Recursos Naturales (INRENA) Aut. Competentes	Recursos Genéticos, sus derivados y conocimiento tradicional.	Acuerdo entre Searle Pharmaceuticals y el Pueblo Aguaruna, (Amazonas peruano), Washington University, Universidad Cayetano-Heredia, Perú, Museo de Historia Natural de Perú en el marco de los Grupos Internacionales Cooperativos en Biodiversidad.
Venezuela	Ley de Diversidad Biológica 24.5.2002	Oficina Nacional de Diversidad Biológica (Ministerio del Ambiente)	Recursos de la Diversidad Biológica	Approx unas 30 solicitudes. 10 contratos de acceso aprobados, todos ellos con fines científicos (al 2005).
Estados Unidos	Código de Regulaciones Federales Ley de Parques Nacionales de 1998 (National Parks Omnibus Management Act)	Servicio de Parques Nacionales.	Permisos para desarrollar investigaciones en Parques Nacionales.	Yellowstone & Diversa
México	Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente³⁵ 1.3.1988 Ley General de Vida Silvestre 4.7.2000 Ley General del Desarrollo Forestal Sustentable 26.5.2003	Instituto Nacional de Ecología (Punto Focal) Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad (CONABIO) Aut. Competente.	Recursos biológicos (incluye recursos genéticos)	UNAM-Diversa UZACHI-Sandoz -Grupo Cooperativo Internacional en Biodiversidad Maya.

³⁵ Existe una iniciativa de Ley para regular el tema del acceso a los recursos genéticos.

Países del Caribe, Paraguay, Uruguay, Argentina³⁶ y Belice no reportan marcos regulatorios, aunque en algunos de ellos se realizan procesos para crearlos como Belice o se ha mostrado un interés como en Dominica. Guyana posee un borrador regulaciones para actividades de bioprospección. Chile reporta

un borrador en materia de recursos genéticos agrícolas que ahora se pretenden ampliar a todos los recursos genéticos.

Igualmente en la base de datos del CBD aparecen los siguientes países con algún tipo de regulación o medida:

Cuadro 4. Otros países con alguna tipo de medida legal o política específica en materia de ABS.

Unión Africana: Ley Modelo para la Protección de los Derechos de las Comunidades Locales; Agricultores y Fitomejoradores y para la Regulación del Acceso a los Recursos Biológicos. Afganistán: Ley del Ambiente. Australia: Ley del Ambiente y Conservación de la Biodiversidad de 1999 y las Regulaciones de la Ley del 2000 y sus reformas. También existe la Ley de Biondescubrimiento de Queensland del 2004 y la Ley sobre Recursos Biológicos de los Territorios del Norte del 2006. Bután: Ley de Biodiversidad del 2005. Bulgaria: Ley de Biodiversidad del 2002. Camerún: Ley del Ambiente de 1996 Canadá: Principios Orientadores de Política de ABS. Etiopía: Proclama sobre Acceso a Recursos Genéticos y Conocimiento y Derechos Comunes No 482 del 2006. Gambia: Ley del Ambiente 1994	Malawi: Ley del Ambiente No. 23 de 1996 y Procedimientos y Lineamientos para el Acceso y Colecta de Recursos Genéticos Filipinas: Ley de Conservación de Vida Silvestre No. 9147 y su reglamento; lineamientos para las actividades de bioprospección. Sudáfrica: Ley de Biodiversidad del 2004. Uganda: Ley del Ambiente de 1995 y regulaciones sobre acceso a recursos genéticos y distribución de beneficios del 2005. Vanuatu: Ley del Ambiente No 12 del 2002 Zimbabue: Ley del Ambiente. Kenia: Ley del Ambiente de 1999. Igualmente se cuenta con una regulación detallada sobre acceso a recursos genéticos y distribución de beneficios del 2006. India: Ley de Biodiversidad del 2004
---	---

Fuente: base de datos sobre medidas de ABS del CBD.

36 No obstante en el caso de Argentina existe la Resolución No 22 del 2006 del Instituto Nacional de Semillas y regulaciones de acceso emitidas por algunas Provincias, Ley No. 3337 sobre la Conservación y Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica y sus Componentes (Misiones); Decreto No. 474 (Misiones); Ley No. 2503 (Neuquén).

2. Características del régimen de construcción nacional

El desarrollo de regímenes de ABS ha tenido las siguientes características:

- El desarrollo legislativo ha ocurrido principalmente en países en desarrollo (que pueden ser calificados como proveedores de esos recursos) considerando la experiencia pionera de las Filipinas y de la Comunidad Andina.³⁷
- Los regímenes existentes fueron diseñados sin lineamientos internacionales o consenso sobre cómo construirlos.³⁸
- Se pensó que los instrumentos legales existentes (sistemas de propiedad y sistemas de contratos) eran adecuados para establecer sistemas operativos de ABS. Los instrumentos legales que los países han utilizado para construir sistemas de ABS (tales como contratos, procedimientos para otorgar permisos para utilizar recursos naturales, etc.) son desarrollados y regulados bajo los diferentes sistemas legales nacionales. Sin embargo, algunas dificultades existentes para la aplicación efectiva de las leyes de ABS se deben a la carencia de entendimiento de lo que puede ser llamado “conceptos legales específicos para acceder los recursos genéticos”. El análisis de la

propuesta de contenidos de la Ley contiene algunas sugerencias para superar estos impedimentos.

Como afirma Young,³⁹ sin embargo, “Después de 12 años, los legisladores y las instituciones están intentando aún resolver problemas legales complejos que obstruyen la implementación efectiva del ABS. El ABS es en algunas formas ‘único’, particularmente en su unión de conceptos muy nuevos de ley comercial y ciencia con las metas de conservación, uso sostenible y equidad. Se necesitan nuevos conceptos legales y herramientas, así como nuevos usos de las herramientas existentes. No obstante, la innovación legal no es un proceso fácil.”

A pesar de su importancia, algunas de estas dificultades conceptuales no han sido abordadas sistemáticamente por la doctrina especializada del ABS, por las autoridades nacionales o por las decisiones de la Conferencia de las Partes, con excepciones significativas.⁴⁰ Estos aspectos no han sido reconocidos como obstáculos para la aplicación efectiva de las leyes de acceso, excepto por algunos estudios específicos.⁴¹ Por ejemplo, ciertos estudios explican cómo formular marcos legales que regulan el acceso, que aunque valiosos, con frecuencia no identifican los elementos críticos.⁴² No obstante debe indicarse que si

37 En el proceso legislativo en las Filipinas, Ver Benavidez (en Carrizosa, op cit.), 2004.

38 Más tarde, el CDB adoptó las Directrices de Bonn sobre acceso y distribución de beneficios en el 2002. Ver Decisión VI/24. Sin embargo, las Directrices no brindaron orientación sobre ciertos temas claves (definición práctica de recursos genéticos, qué es utilización, etc.) pero se han enfocado en conceptos bien conocidos como términos mutuamente acordados, ejemplos de la distribución de beneficios, etc.

39 Young, 2004, The International Regime from an Implementation Perspective...

40 Cfr. por ejemplo Decisión V/26 para. 12 adoptada en la V Conferencia de las Partes, la cual identifica la necesidad de más información sobre temas como: medidas de incentivos, aclaración de definiciones, mercado para recursos genéticos, etc. Asimismo, ver Decisión VII/19 adoptada en la VII Conferencia de las Partes relacionada con el Uso de Términos o Definiciones (Sección A) y las Medidas en los Países Usuarios (Sección E). Por último, la Decisión VIII/4 A adoptada en la VIII Conferencia que se refiere a derechos de propiedad en recursos genéticos.

41 Algunos análisis limitados están presentes en Cabrera Medaglia, 2004, A comparative Analysis op cit.

42 Glowka, L. 1998. A Guide to Designing Legal Frameworks to Determine Access to Genetic Resources. Environmental Policy and Law Paper No. 34, IUCNELC; Mugabe, J. et al. “Managing Access to Genetic Resources.” En: Mugabe, John et al. (eds.) 1997. Access to Genetic Resources. Strategies For Sharing Benefits. Kenia: ACTS Press; Seiler, A. y G. Dutfield. 2001. Regulating Access and Benefit Sharing. Basic Issues, Legal Instruments and Policy Proposals. Alemania: BfN; Barber, C., L. Glowka y A. La Vina. 2002. “Developing and implementing national measures for genetic resources regulation and benefit sharing.” En: Laird, S. (ed.) Biodiversity and Traditional Knowledge. Equitable partnerships in practice. Reino Unido: Earthscan.

existen algunos estudios de legislación que han abordado algunos de estos elementos.⁴³

2.1. Principales contenidos característicos de la legislación existente de ABS

Para el desarrollo de este punto así como de las lecciones aprendidas (acápito siguiente) se han estudiado y revisado estudios existentes a la fecha relativos a la implementación de sistemas ADB, tanto metodológicos⁴⁴ como de análisis de casos particulares⁴⁵.

2.2 Algunas lecciones aprendidas de los sistemas legales de acceso existentes. Temas críticos a ser considerados en la redacción de una legislación de acceso.

Entre los aspectos más relevantes que deben ser adecuadamente comprendidos

para el establecimiento de una legislación de acceso-según se desprende del análisis de la implementación de los marcos legales existentes- se encuentran:

• Ambito y cobertura.

Ha habido críticas relacionadas con la carencia de claridad del concepto de “recursos genéticos” y especialmente sus implicaciones en establecer el alcance de las regulaciones para el acceso a los recursos⁴⁶. En particular, se ha debatido la vaguedad de la definición incluida en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, la cual ha sido criticada por su falta de precisión. De igual forma, no siempre ha sido claro el momento en que ocurre acceso a recursos genéticos, en oposición al acceso a recursos biológicos, ni cuando toma lugar la utilización de los recursos genéticos y si esto constituye una fase diferente al acceso.

43 Ver Cabrera Medaglia, 2004, A Comparative Analysis... Ver también el estudio de los Países de la Cuenca del Pacífico llevado a cabo por Carrizosa et al., 2004, el cual identifica como un problema para la implementación de la ABS, entre otros: “el amplio ámbito de las políticas de acceso y distribución de beneficios. La mayoría de ellas cubren recursos genéticos (ADN y ARN), biológicos (especímenes o partes de especímenes) y bioquímicos (moléculas, combinación de moléculas y extractos) encontrados tanto en colecciones in situ como ex situ. Las actividades de monitoreo y bioprospección han demostrado ser una tarea difícil, cara y consumidora de recursos y ningún País de la Cuenca del Pacífico ha establecido un sistema de monitoreo” etc.

44 Por ejemplo, R. Lettington, M. Ruiz, T. Young, K Nadozie, M. Hallwood, and J. Cabrera Medaglia, Methodologies for developing Policies and Laws for access to genetic resources and benefit sharing, IPGRI, Roma, 2006.

45 Por ejemplo, Mugabe, John et al, Managing access to genetic resources: national, policy and legislative framework, in Access to genetic resources. Strategies for Sharing Benefits, Mugabe, John, et al (eds), ACTS Press, Kenya, 1997; Seiler, Achim y Dufield, Graham, Regulating Access and Benefit Sharing. Basic issues, legal instruments and policy proposals, BfN, Germany, 2001; Barber, Charles et al, Developing and Implementing national measures for genetic resources regulation and benefit sharing in Laird, Sara (ed) Biodiversity and Traditional Knowledge. Equitable partnerships in practice, Earthscan, UK, 2002; Glowka, Lyle, A guide to designing legal frameworks to determine access to genetic resources, IUCN Environmental Law Centre, Gland, Cambridge y Bonn, 1998; Cabrera Medaglia, Jorge, A Comparative Analysis of the Legislation and Practices on Access to Genetic Resources and Benefit Sharing: Critical Aspects for Implementation and Interpretation, IUCN, ABS Project, Bonn, 2004; Cabrera Medaglia, Jorge, Biodiversity Prospecting In Practice, IP Strategy Today, No 11, Biodevelopments, New York, 2004; CBD analysis of Existing National, Regional and International Legal Instruments Relating to Access and Benefit-Sharing and Experience Gained in their Implementation, Including Identification of Gaps. Note by the Executive Secretary. UNEP/CBD/WG-ABS/3/2, Convention on Biological Diversity, Montreal, 2005; Normand, Valerie, Level of national Implementation of ABS, paper presented to the International Expert Workshop on Access to Genetic Resources and Benefit Sharing, Cuernavaca, Mexico, October, 2004; Ogolla, Dan, Legislative Regimes on Access and Benefit Sharing: issues in national implementation, in Report International Expert Workshop on access to genetic resources and benefit sharing, Cape Town, Co-Hosted by Norway and South Africa, September, 2005; Carrizosa, Santiago et al (eds.) Accessing Biodiversity and sharing the benefits: lessons form implementing the Convention on Biological Diversity, (eds), IUCN Environmental Policy and Law Paper No 54, Gland, Cambridge y Bonn, 2004; K. Gatforth and Jorge Cabrera Medaglia, Legal Reform for the development and implementation of measures on access to genetic resources and benefit sharing, in Searching for success. Narrative accounts of legal reform in developing countries and transition economies, Thomas McInerney (ed.), IDLO, Rome, 2006.

46 CDB, Primer Informe del Panel de Expertos en ABS, 1999, reportado en COP-5, Documento UNEP/CDB/CDP/5/8; Ten Kate y Laird, 1999; Glowka, 1998.

Predominantemente, en la mayoría de la legislación sobre acceso a recursos genéticos, aun si estos términos son definidos, en la práctica no ha sido siempre fácil establecer cuáles actividades constituyen acceso a recursos genéticos, y cuáles, acceso a recursos biológicos. También es difícil saber cuáles mecanismos están disponibles al Estado para definir si hay acceso y utilización.

• El problema de las definiciones

Los términos “recursos genéticos” y “recursos biológicos” son utilizados como se definió por el Convenio sin aclarar su alcance. Esto ha hecho que sea difícil determinar claramente un aspecto clave de los sistemas de acceso, tales como su alcance y las actividades o recursos cubiertos por la ley y regulaciones ABS.

El Convenio sobre la Diversidad Biológica define a los recursos genéticos como sigue (Art. 2 Uso de Términos): “Material genético de valor actual o potencial.”

Además, el Convenio define recursos y material genético, pero no aclara verdaderamente lo que significa “acceso a recursos genéticos” o “utilización de los recursos genéticos.” Se indica más adelante:

“El material genético” significa cualquier material proveniente de una planta, un animal

o un microbio o de otro origen que contenga unidades funcionales de la herencia.

“Los recursos biológicos” incluyen recursos genéticos, organismos o partes de los mismos, poblaciones o cualquier otro componente biótico de los ecosistemas que posea uso actual o potencial o de valor para la humanidad.”

En algunos casos se ha solicitado acceso para fines taxonómicos, o para el uso comercial tradicional de los recursos biológicos, sin aclarar si se desea acceder a las propiedades genéticas o bioquímicas contenidas en las muestras.⁴⁷ En otros casos, especialmente en las solicitudes relacionadas con el uso de plantas medicinales, nutraceuticos y sustancias vegetales utilizadas como aditivos, la legislación en muchos países excluye estas categorías completas del alcance del acceso, aun cuando son importantes segmentos en crecimiento en el sector privado. En algunas ocasiones están incluidos, pero solamente cuando se presenta un nivel superior de industrialización - otro término que no está definido.

En general, la legislación disponible sobre acceso casi siempre basa la definición de recursos genéticos en el lenguaje citado anteriormente en el Convenio, con algunas modificaciones que no alteran su esencia.

⁴⁷ Barber et al, op cit. 2002. Por ejemplo, de acuerdo con las regulaciones modificadas (2001) del Acceso, Recolección e Investigación de Sarawak, la recolección significa “la remoción o extracción de los recursos biológicos de sus hábitats naturales o de cualquier lugar de donde fueron encontrados, cultivados, propagados, mantenidos o almacenados, pero no incluye (artículo 2): a) inspección o estudio, pero sin remoción de cualquier recurso biológico en el lugar donde los mismos fueron encontrados, cultivados, propagados, mantenidos o almacenados; b) la elaboración de cualquier descripción gráfica o escrita o representación de tales recursos biológicos; o c) la toma de fotografías de un recurso biológico.” Las regulaciones modificadas excluyen un estudio, un experimento, una prueba o un examen, llevado a cabo dentro de Sarawak, sobre los recursos biológicos asociado con cualquier curso educativo o programa de estudio llevado a cabo por una institución aprobada que no conduzca (ni tenga la intención de conducir) al desarrollo ni a la comercialización de las propiedades, los valores y las cualidades indicadas anteriormente.

Adicionalmente, las definiciones como “bioprospección” se utilizan frecuentemente para aclarar el alcance de la legislación ABS.

Los países no brindan una indicación clara sobre la diferencia entre “la adquisición de los recursos biológicos” (el material orgánico) y “la toma del material genético (el cual está contenido en el material biológico).” Se considera típicamente que la diferencia está basada en el uso propuesto o declarado: la búsqueda de material genético o bioquímico contenido en el espécimen biológico para diferentes propósitos (por ejemplo, investigación básica, bioprospección, etc.). Sobre este aspecto se profundiza posteriormente.

- **Definición de los derechos de propiedad de los recursos genéticos**

El Convenio sobre la Diversidad Biológica no define un derecho de propiedad sobre los recursos genéticos o bioquímicos. Se limita a reconocer la soberanía de los Estados sobre sus recursos genéticos.

Sin embargo, hasta ahora, los sistemas de propiedad y las constituciones, con pocas excepciones, no han hecho referencia a los recursos genéticos. El hecho de que los recursos genéticos son incluidos generalmente de forma integral en los recursos biológicos (muestras físicas de un espécimen) presenta dificultades adicionales. No obstante, de la misma manera, algunos sistemas legales diferencian entre derechos de propiedad en los recursos genéticos.

La definición de los derechos de propiedad se reconoce como uno de los temas más complejos relacionados con ABS.⁴⁸ El concepto de soberanía es diferente del de patrimonio y del de propiedad; el último no es tratado por el Convenio mismo, dando a cada Estado la libertad de decidir si los recursos genéticos son propiedad privada o pública. Por ejemplo, en Colombia, de acuerdo con la sentencia dictada por el Consejo del Estado C-977, “el régimen legal de propiedad aplicable a los recursos genéticos con uso real o potencial es aquel establecido para los bienes del dominio público, en términos genéricos en la Decisión 391 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena...” esto significa que los recursos genéticos son patrimonio inalienable, inembargable e imprescriptible de la Nación.” Este aspecto se abordará posteriormente en la propuesta de Ley.

En algunos países, el Estado se considera como el propietario de los recursos genéticos. Por su parte, el propietario de las tierras o el un espécimen que contiene los recursos genéticos se considera el proveedor del recurso *biológico*.

Dependiendo de cómo se definan los “recursos genéticos”, el Convenio sobre la Diversidad Biológica puede ser considerado como el punto de partida para la creación de un nuevo derecho de propiedad (y consecuentemente un derecho de comercialización) sobre esos recursos. Sin embargo, en contraste con otros recursos naturales (madera, petróleo, minerales), el ejercicio de los derechos de

48 Universidad de Columbia, Escuela de Asuntos Internacionales, Taller sobre Estudios de Política Ambiental. 1999. Access to Genetic Resources: an evaluation of the development and implementation of recent regulation on access agreements. Nueva York, Estados Unidos: Universidad de Columbia.

propiedad (incluyendo el control) sobre los recursos genéticos presenta dificultades que no han sido consideradas adecuadamente.

Por ejemplo, en los sistemas Romano-Germánicos, un aspecto esencial del derecho de propiedad es la capacidad de excluir a otros. Con respecto a los recursos genéticos, el control físico sobre la propiedad no previene a otros de la capacidad para extraer recursos genéticos contenidos en otras muestras existentes.

En este orden de ideas, cuando los recursos genéticos han sido considerados de dominio público, se han presentado dudas sobre consecuencias legales de aplicar el régimen de dominio público a los recursos genéticos, como ocurre en algunos sistemas legales, especialmente con respecto a los derechos conferidos al usuario sobre las muestras (extractos, fracciones, etc.).

- **Uso de mecanismos típicamente contractuales**

Otro aspecto que ha presentado dificultades radica en la aplicación de mecanismos contractuales como un medio de garantizar las condiciones de acceso y los términos mutuamente acordados, incluyendo la distribución de beneficios. En este sentido,

el instrumento principal que el CDB ha considerado para la realización de su tercer objetivo ha sido el uso de mecanismos bilaterales (contratos).⁴⁹ No es sorprendente que se haya desarrollado una gran cantidad de literatura que trata sobre “contratos de bioprospección.”⁵⁰ La aplicación de derechos contractuales, especialmente debido al carácter fundamentalmente transnacional de las relaciones ABS y a la facilidad para reproducir la información genética contenida en las muestras, puede presentar limitaciones.

- **Ausencia de incentivos para el cumplimiento.**

El marco regulador y las políticas de ABS no han considerado adecuadamente el diseño de incentivos para estimular el cumplimiento de los usuarios (compañías, universidades, etc.) de las regulaciones del ABS. Las dificultades asociadas a la aplicación de los conceptos tradicionales de propiedad, control y monitoreo a los usos de recursos genéticos no han promovido el establecimiento de incentivos para el cumplimiento de manera que represente “un buen negocio” para los usuarios científicos y comerciales. Como será mencionado más adelante, pareciera que el sistema ABS “penaliza” a aquellos que quieren seguir los procedimientos legales.

49 Un análisis rápido de las medidas ABS, como la Decisión 391 de la Comunidad Andina, la Ley de Biodiversidad de Costa Rica y las Medidas Provisionales de Brasil, entre otras, muestra cómo los contratos son un instrumento esencial para los sistemas de ABS. Ver Gartforth et al., 2004.

50 Downes, D. et al. 1994. “A Biodiversity Prospecting Contract.” En: Reid, W. et al. (eds.). Biodiversity Prospecting. Sustainable Use of Genetic Resources. Estados Unidos: World Resources Institute.; Gollin, M. 2002. “Elements of Commercial Biodiversity Prospecting Contracts.” En: Laird, S. (ed.) Biodiversity and Traditional Knowledge. Equitable partnerships in practice. Reino Unido y Estados Unidos: Earthscan; Cabrera Medaglia, J. 2004e. “Elementos básicos para la negociación de contratos de bioprospección.” Documento inédito; Resources, in International Cooperative Biodiversity Groups (ICBG).” Taller sobre Desarrollo de Acuerdos de Acceso para la Investigación y Distribución de Beneficios. Maryland, Estados Unidos: Fogarty International Center; Convenio sobre la Diversidad Biológica. 1998. “Case Studies on Benefit Sharing Arrangements,” distribuido a la Cuarta Conferencia de las Partes, Bratislava, Eslovaquia, 4-15 mayo de 1998; Laird, S. 1994. “Biodiversity Prospecting Contracts.” En: Reid, W. et al. (eds.). Biodiversity Prospecting. Sustainable Use of Genetic Resources. Estados Unidos: World Resources Institute.

- **Dificultades relacionadas con la obtención del consentimiento informado previo.**

Para la mayoría de los investigadores, el proceso para obtener acceso, especialmente el consentimiento informado previo es engorroso, costoso y considerado como un elemento disuasivo para la investigación y el desarrollo. Se ha verificado una importante oposición de estos sectores a las regulaciones de acceso, las que conciben como un obstáculo a la investigación. Para muchos investigadores, los resultados de su trabajo, ya por sí configuran un beneficio para el resto de la sociedad.

El requisito del CIP es visto por los solicitantes con frecuencia como un proceso lento y complejo. Por ejemplo, en muchos otros países, las responsabilidades del CIP son delegadas a las comunidades individuales. Por lo tanto, si el investigador requiere el uso o recolección de recursos diversos lugares, el recolector tendría que ir todos los sitios para obtener los CIP. Cada comunidad podría imponer diferentes requerimientos, términos y condiciones en ese proceso. Incluso la identificación de cuál comunidad debe dar el consentimiento es problemático con frecuencia, debido al rango de distribución de las especies y al hecho de que muchas poblaciones de especies son pelágicas o migratorias.

Los procedimientos administrativos relacionados con el CIP en el contexto de ABS varían de país en país. Con base en el análisis

de estos, se pueden citar varias dificultades principales:⁵¹

- Falta de claridad en cuanto a la legislación y a los procedimientos aplicables. Cuando la legislación existe, no está claro cuál es la participación de los diferentes departamentos y quién tiene el derecho de autorizar en definitiva la solicitud de acceso.
- Información insuficiente sobre quién debe solicitar el CIP y con respecto a cuándo todas las partes interesadas han sido incluidas en el procedimiento de acceso.⁵²
- Falta de capacidad institucional y técnica para resolver la petición de CIP en los niveles legal, administrativo y técnico. Esta falta de capacidad se traduce ocasionalmente en falta de confianza.
- Un estudio reciente⁵³ indica que “con frecuencia existen preguntas acerca de cómo transmitir la información necesaria para hacer decisiones informadas y sobre cómo, cuándo y desde quién se debe obtener el consentimiento.
- **Complejidad de mecanismos institucionales**

Muchos de los sistemas de ABS involucran el uso de un organismo interinstitucional conformado por representantes de varias agencias del gobierno y otros sectores. Se

51 Perault, A. 2006. “Prior Informed Consent and Access and Benefit Sharing: Recognition and Implementation, Prior Informed Consent from Theory to Practices.” En: Disclosure Requirements: Ensuring Mutual Supportiveness Between the WTO TRIPs Agreement and the CBD. UICN (Gland) e ICTSD.

52 Por ejemplo, Decisión 16/V de la V CDP indicó que el acceso al conocimiento tradicional debe ser sujeto a consentimiento informado previo o a aprobación previa por parte de los poseedores de tal conocimiento.

53 Perault, op cit. 2006.

considera que esta estrategia es ventajosa debido a la naturaleza multidisciplinaria de los temas relacionados a la bioprospección. Sin embargo, puede presentar atrasos al tramitar y resolver las solicitudes.

En el ámbito internacional, estas preocupaciones han promovido que cada país designe un “Punto Focal de ABS”. Sin embargo, a pesar de que la mayoría de los países ha designado puntos focales de ABS, pocos de estos han sido capaces de orientar adecuadamente a los solicitantes respecto a quienes deben ser involucrados en el proceso de acceso (para obtener el CIP) y bajo que términos y requisitos.

- **Monitoreo y seguimiento.**

Dos de los aspectos más relevantes sobre el ABS que presentan grandes dificultades, son aquellos relacionados con el monitoreo de las condiciones de acceso y distribución de beneficios, y los remedios legales existentes contra el no cumplimiento del contrato o permiso. La legislación de ABS siempre será difícil de aplicar debido a la naturaleza de los recursos genéticos, particularmente su amplia variabilidad y la facilidad de su diseminación o replicación. A la fecha, la legislación nacional sobre ABS no incluye sistemas de monitoreo adecuados. El monitoreo y la evaluación de los acuerdos es débil o ausente en la mayoría de los casos.⁵⁴ Ésta parece ser una de las dificultades principales de los regímenes de ABS. A esto, se suman las dificultades derivadas de la característica de los recursos genéticos

como información.⁵⁵ Esta característica ha evidenciado la inconveniencia de aplicar los instrumentos tradicionales de monitoreo. Probablemente, como el Panel de Expertos en ABS recomendó,⁵⁶ el monitoreo podría ser más efectivo con la participación de una institución o contraparte local.⁵⁷ Este sistema ha sido considerado por diversos países (Bután, Bolivia, etc.). A pesar de la utilidad de la participación dentro del país, debe considerarse que la investigación y el desarrollo en sus fases más avanzadas normalmente serán llevados a cabo fuera de las fronteras del país de origen. Por esta razón, se deben explorar mecanismos adicionales para garantizar el seguimiento de los materiales, por ejemplo, sistemas de identificación. En la misma forma, algunas de las soluciones indicadas son mecanismos para obligar a los usuarios a presentar informes periódicos, incluyendo los informes sobre las solicitudes de patentes, junto con la posibilidad de realizar auditorías para verificar que se dé el cumplimiento de la ley. En general, los países no tienen sistemas que les permitan hacer auditorías para verificar el cumplimiento de las cláusulas estipuladas en el contrato mismo.

- **Mecanismos para asegurar el apoyo a la conservación de la biodiversidad en los sistemas de ABS.**

Una de las principales críticas a las leyes de ABS es que existe sólo una relación tenue entre el acceso y la conservación de la diversidad biológica. En muchos casos, esta relación existe sólo de manera indirecta en términos

⁵⁴ Universidad de Columbia, op. cit. 1999.

⁵⁵ Cabrera Medaglia, J. 2004b. “Access and Benefit Sharing in Costa Rica: Lessons Learned from the Monitoring and Tracking of Genetic Resources in Access Contracts.” Documento de investigación preparado para el Centro de Derecho Internacional del Desarrollo Sostenible, Montreal, Canadá.

⁵⁶ Primer Informe del Panel de Expertos en ABS, par. 88.

⁵⁷ Cfr. Directrices de Bonn, par. 56.

de transferencia de tecnología, presentación de datos ecológicos, etc. Las Directrices de Bonn no son lo suficientemente categóricas pero consideran como uno de los principales objetivos “contribuir a la conservación y al uso sostenible de los recursos biológicos.”⁵⁸ En el párrafo 22 (Estrategia global), también se estipula que el sistema de ABS debe estar basado en una estrategia global de acceso y distribución de beneficios a nivel regional o del país. Esta estrategia de acceso y distribución de beneficios debe tener por objetivo la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica y ser parte de una estrategia nacional de biodiversidad y un plan de acción para promover la distribución equitativa de los beneficios.

- **Tratamiento diferente para recursos genéticos agrícolas y colecciones *ex situ***

Otra de los problemas identificados en la implementación de regímenes de ABS se debe a hecho de que intentan tratar a los diferentes sectores y tipos de recursos por igual.⁵⁹ Las leyes nacionales no parecen reconocer las particularidades de los recursos genéticos para la alimentación y agricultura. Ciertamente el Convenio sobre la Diversidad Biológica no distingue entre diferentes categorías de recursos genéticos cuya conservación y uso sostenible varía (dependiendo si son silvestres, domesticados, microbianos, etc.).⁶⁰ Sin embargo, el intercambio y las prácticas de apropiación de recursos agrícolas difieren en términos de su distribución y disponibilidad, el nivel de dificultad para reproducirlos y la

existencia o no de mecanismos de mercado para su intercambio (entre otros factores).⁶¹ De la misma forma, estos recursos pueden ser conservados tanto *in situ* como *ex situ*, con particularidades técnicas, económicas y jurídicas para cada caso. Por ejemplo, en relación con las recolecciones *ex situ*, se han desarrollado procesos como los Principios Comunes del Acceso a los Recursos Genéticos y Distribución de Beneficios para Jardines Botánicos y el Código de Conducta Internacional para la Regulación del Acceso y el Uso Sostenible de Microorganismos (MOSAICC, por sus siglas en inglés).

Con algunas excepciones (como en Brasil y en Bután), no ha habido ninguna legislación que diferencie entre el tratamiento de los recursos genéticos para alimentación y agricultura.

De la misma manera, las regulaciones actuales no siempre responden a las particularidades que pueden presentar las recolecciones *ex situ*. El Convenio es muy poco claro sobre el estado de los recursos genéticos que son utilizados a partir del material biológico recolectado antes de la vigencia del CBD (29 de diciembre, 1993). Esta ambigüedad, aunada a la condición de las colecciones *ex situ* como usuarios y proveedores de recursos genéticos, su naturaleza como entidades intermediarias, la escasa información disponible sobre la mayoría de ellas y las condiciones en las cuales la propiedad o custodia de los recursos genéticos puede ser transferida, ha originado serias preocupaciones en cuanto a la forma en que estas colecciones pueden ser vistas en los regímenes de ABS internacionales

58 Directrices de Bonn, para. 11.a.

59 Correa, C. 2000. “Implications for National Access Legislation for Germplasm Flows.” Documento de antecedentes preparado para el Foro Global sobre Investigación Agrícola, Dresden, Alemania, mayo de 2000.

60 Correa, op cit.

61 Correa, op cit..

y nacionales. Aunque la mayoría de las legislaciones estudiadas de ABS consideran a los recursos genéticos ex situ en su ámbito, en la práctica los procedimientos de acceso no han sido adecuadamente aplicables a las mismas, como ha ocurrido, en el caso del Pacto Andino.

- **Duplicidad de Permisos requeridos.**

Una dificultad adicional detectada se relaciona con la complejidad de las leyes de ABS, particularmente debido a la necesidad de solicitar diferentes permisos para obtener acceso a las muestras y para exportarlas del país. Por ejemplo, puede ser necesario obtener permisos adicionales para obtener recursos biológicos (que contienen los recursos genéticos) sin establecer mecanismos adecuados de coordinación entre entidades gubernamentales con el fin de facilitar el acceso a los recursos genéticos. Aunque esta situación probablemente no fue intencional, es el resultado de adoptar legislación nueva que regula un componente diferente (el genético) contenido en recursos biológicos tradicionalmente regulados por otras leyes.

En el caso de que se necesiten diferentes permisos, es importante determinar si los mecanismos de coordinación han sido establecidos para evitar duplicación con respecto a los permisos y para prevenir que se obstaculice el acceso a los recursos. Un requisito coexistente importante podría ser la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) o instrumentos relacionados.

- **Necesidad de crear capacidades**

Otro factor crítico es la falta de capacidad, conocimiento y habilidades para negociar los términos complejos de los contratos de bioprospección. El autor ha tenido la oportunidad de confirmar que éste es un elemento tan relevante como las dificultades mencionadas previamente.⁶²

- **Expectativas económicas poco realistas (el mito de la “Mina de Oro Verde”)**

Un problema clave deriva de la frustración en los países de origen, debido a los limitados beneficios económicos y no económicos (monetarios y no monetarios) percibidos como derivados de los diferentes proyectos de bioprospección y, en general, de la aplicación del marco de ABS. La riqueza, en términos de biodiversidad, no se traduce necesariamente en productos comerciales como nuevas medicinas, semillas, etc. En este sentido, aquellos que han afirmado que la bioprospección se convertiría en una “mina verde” han tenido que modificar o moderar sus observaciones. Desde esta perspectiva, la bioprospección es un componente de una estrategia más amplia para la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad, más que la solución a las necesidades inmediatas de conservación. En este sentido, en ningún país, la vigencia de marcos legales de acceso ha sido suficiente para garantizar la conservación de la biodiversidad, a menos que estos marcos se integren en políticas más amplias (áreas protegidas, desarrollo de inventarios de biodiversidad, etc).

62 El CDB ha reconocido este problema y ha desarrollado un Plan de Construcción de Capacidades adoptado por la VI Conferencia de las Partes. Para proyectos en progreso sobre construcción de capacidades de ABS, Ver Gartforth et al., op. cit., y el sitio en Internet sobre iniciativas de construcción de capacidades del CDB.

COMERCIO E INNOVACIÓN: REVISIÓN DE LA LITERATURA Y POLÍTICAS INDICATIVAS

M.Sc. Víctor Umaña

World Trade Institute e INCAE Business School

INTRODUCCIÓN

Centroamérica ha escogido el comercio como punta de lanza de su estrategia de desarrollo económico. A través de los últimos años, los países de la región han implementado un conjunto de medidas relacionadas con la liberalización unilateral, la eliminación de controles al comercio exterior, la apertura a las inversiones extranjeras directas y una mayor participación en acuerdos comerciales multilaterales, regionales y bilaterales (Jaramillo et al, 2006). Estas medidas se complementaron con modificaciones en la política monetaria y fiscal, así como con mejoras en infraestructura y modernización de las aduanas.

No obstante, el crecimiento económico observado en algunos de los países de la región no responde necesariamente a las expectativas construidas sobre los efectos de la estrategia. El escepticismo generado por estos resultados ha llevado a algunos sectores de la sociedad a cuestionar las medidas aplicadas por Centroamérica, así como la relación entre comercio y desarrollo. ¿Cómo explicar esta situación? ¿Es un problema de aplicación de la estrategia? ¿Qué se puede hacer al respecto?

Para intentar responder a estas interrogantes, en este trabajo se hace un repaso teórico

de las ganancias esperadas del comercio, su relación con el crecimiento económico, la interacción entre comercio e innovación y se revisan algunas de las sugerencias que se encuentran en la literatura económica reciente para resolver el dilema observado entre la estrategia de desarrollo escogida y sus resultados. La primera sección contiene una revisión de la literatura sobre las ganancias del comercio. La segunda parte especifica las relaciones entre comercio, crecimiento e innovación, mientras que la tercera sección se concentra en los avances de la literatura científica que intentan explicar algunos de los impedimentos para materializar las ganancias del comercio. Finalmente, se revisan algunas de las sugerencias encontradas en la literatura para lidiar con las fallas de mercado observadas en países en desarrollo como los centroamericanos.

¿Por qué comercian los países?

Los países comercian entre sí porque existen ganancias económicas derivadas del intercambio. Algunas de estas ganancias están relacionadas con la especialización que conduce a aumentar la producción y el consumo. Otras se dan por la posibilidad de vender en un mercado ampliado, al generarse economías de escala que permite a las empresas una reducción de sus costos promedios de producción y trasladarla al

consumidor. Asimismo, otros beneficios se derivan de la competencia generada por las importaciones que disciplina el comportamiento de las empresas domésticas. Obviamente, el consumidor y los productores se benefician de una mayor cantidad y variedad de bienes finales e insumos. También, el comercio, gracias a la competencia y su capacidad de transferir conocimiento (tecnología), mejora el desempeño económico al aumentar la productividad, la cual finalmente, es la que define el nivel de desarrollo de los países. Las ganancias económicas son sustanciales y la evidencia empírica es abundante.¹

No obstante, las ganancias económicas no son las únicas que se derivan de las políticas de apertura comercial. Filósofos de la Ilustración y pensadores liberales clásicos expusieron convincentemente varios argumentos sobre las virtudes del comercio y su efecto sobre el comportamiento de la sociedad. Montesquieu en su obra *el Espíritu de las Leyes*, manifestó que el “comercio cura prejuicios destructivos”, haciendo hincapié en que el contacto entre los pueblos promovido por el comercio contribuía a reducir los prejuicios derivados del aislamiento y la ignorancia. El mismo Montesquieu acuñó la frase “el efecto natural del comercio es la paz” infiriendo que dos naciones que comercian entre sí generan interdependencia. El filósofo alemán Kant, padre del liberalismo, sugirió que la paz duradera podría ser construida sobre la base de un trípode conformado por la democracia representativa, organizaciones internacionales y la interdependencia económica. Las ideas de Kant han sido sometidas a prueba empíricas con resultados positivos. (Irwin, 2002).

Explicaciones teóricas sobre las ganancias del comercio

La teoría clásica

La teoría clásica del comercio originada con Smith y Ricardo, reconoce que existen diferencias entre países, quienes, ante la posibilidad de comerciar, se especializan en la producción y exportación de aquellos bienes en que son eficientes y a la importación de aquellos en que no lo son. La especialización conduce a aumentar la producción y las posibilidades de consumo, aumentando el bienestar global. Luego de 200 años, los postulados de esta teoría siguen vigentes.

Las diferencias entre países pueden originarse en las tecnologías de producción, como propone Ricardo, o en la distinta dotación de factores de producción (trabajo y capital) que contempla el modelo Heckscher-Ohlin. No obstante, para beneficiarse del comercio, no hace falta ser el más eficiente en la producción de un bien (ventaja absoluta), sino que es suficiente que dicha eficiencia sea relativa en relación con sus socios comerciales (ventaja comparativa). El aporte principal de la teoría clásica del comercio es precisamente el concepto de la ventaja comparativa. Parafraseando a Deardoff (1995), se tiene ventaja comparativa cuando el costo relativo de producir un bien es bajo comparado con otros países en ausencia de comercio (autarquía). De esta doble comparación, entre bienes y países, se deriva una conclusión fundamental. Cada país tendrá al menos una ventaja comparativa en la producción de algún bien, por lo cual, las

¹ En Irwin (2002) se puede consultar una lista de la literatura sobre las pruebas empíricas de las ganancias derivadas del comercio.

oportunidades de beneficiarse del comercio son mucho más amplias que las ofrecidas por la ventaja absoluta. Así pues, el comercio que predice la teoría clásica basada en la ventaja comparativa tiene lugar entre distintos sectores (comercio *intersectorial*) y usualmente entre países con características diferentes.

La nueva teoría del comercio

Existen otras ganancias derivadas del comercio que no se explican necesariamente por las diferencias de tecnología o dotación de factores. Estas son el aprovechamiento de economías de escala, la diversidad de productos, el aumento de la competencia y el incremento de la productividad (OMC, 2008).

La evidencia empírica indica que una parte importante del comercio internacional se lleva a cabo entre naciones con características similares y en productos pertenecientes al mismo sector (comercio *intrasectorial*). Los países comercian para beneficiarse de las economías de escala y acceder a una mayor variedad de productos. A la luz de este fenómeno, Krugman (1979) derivó el modelo de competencia monopolística, que hoy se conoce como la nueva teoría de comercio internacional (*new trade theory*). En este caso, países con la misma dotación de factores y tecnología, se benefician del comercio ante la presencia de rendimientos crecientes a escala (o economías de escala) y la preferencia de los consumidores por la variedad. Gracias al intercambio comercial, las empresas de dichos países aumentan su producción en un mercado ampliado, lo que les permite reducir sus costos promedio, al tiempo que los consumidores disfrutan de una mayor variedad de productos y se benefician del aumento de la competencia entre las empresas.

Desarrollos recientes de la teoría

Recientemente, los avances generados en la teoría del comercio internacional (*new new trade theory*), permiten explicar los aumentos de la productividad. La competencia generada por el comercio no solo mejora la asignación de recursos entre sectores, sino que dentro de los sectores, aumentando la productividad promedio. Melitz (2003) provee un modelo teórico que explica este fenómeno. El modelo parte del supuesto que las empresas son diferentes (contrario a los supuestos del modelo de competencia monopolística) y que enfrentan costos fijos de entrada en los mercados. Al liberalizar el comercio, las empresas exportadoras, que son más productivas, aprovechan la reducción de las barreras y expanden su producción (efecto intensivo) y otras empresas con capacidad empiezan a exportar (efecto expansivo). Este aumento de la producción fomentado por las exportaciones provoca a su vez un cambio en los precios de los factores que hace que algunas de las empresas menos productivas que atienden el mercado doméstico deban cesar sus operaciones. El proceso de selección, conlleva a un aumento de la productividad media del sector. Asimismo, estas teorías explican cómo tanto las empresas exportadoras, como las que compiten con las importaciones, se ven inducidas a mejorar su tecnología, elemento fundamental para el crecimiento a largo plazo (OMC, 2008).

Ampliaciones de este modelo encontradas en Helpman et al. (2004) permiten explicar la estructura del comercio internacional (relación entre las exportaciones e inversión extranjera directa) y las formas de organización industrial a partir de las diferencias de productividad de las empresas. En otras palabras, estos

modelos explican algunos de los fenómenos actuales de la relocalización e integración de las industrias a nivel internacional. Más recientemente, Melitz y Ottaviano (2008) combinando los efectos de competencia del modelo de competencia monopolística con los beneficios de las diferencias de productividad de las empresas, explican como luego de la apertura comercial, las nuevas condiciones del entorno generan presiones incluso a las empresas más competitivas, que contrarrestan los efectos de selección y les hace reducir sus márgenes promedio, bajando así los precios. Estos enfoques, también permiten, sobre la base de mayor acceso a insumos intermedios y los efectos de la competencia, hacer inferencias sobre los incentivos de las empresas para invertir en investigación y desarrollo.

Comercio y crecimiento

Las ganancias del comercio explicadas hasta ahora: especialización en función de la ventaja comparativa, aprovechamiento de las economías de escala, variabilidad de productos, mayor competencia y selección de empresas más productivas son considerados efectos estáticos. Es decir son aquellos beneficios *ex post* de pasar de la autarquía al libre comercio. Sin embargo, la teoría económica apunta también hacia las ventajas de carácter dinámico originadas en el comercio. La teoría y los principales resultados empíricos de la literatura reciente sugieren importantes beneficios en el mediano y largo plazo, como resultado de la liberalización comercial. (Trejos 2008)

No es de extrañar que los pocos países del mundo que han pasado de la pobreza extrema al desarrollo en pocas décadas sean activos participantes del comercio internacional. En este sentido, Ventura (1997) apunta que el crecimiento prolongado de los países asiáticos² se logró gracias a que la rápida acumulación de capital no fue acompañada de rendimientos decrecientes. Por el contrario, al aumentar el capital nacional, éste se trasladaba hacia actividades vinculadas con la exportación. Ferreira y Trejos (2006) analizan un modelo neoclásico estándar de crecimiento en donde los países comercian con base en las ventajas comparativas de su dotación relativa de factores. En dicho estudio determinan que las barreras al comercio tienen una correlación negativa con la productividad total de los factores y que los países pobres con políticas proteccionistas tendrán menores niveles de capital y producción, y podrían no converger en el largo plazo con el ingreso de los países desarrollados. En otras palabras, los países pobres que escogen políticas de carácter aislacionista podrían estancarse en niveles de bajo ingreso. La evidencia empírica confirma estos resultados³.

Comercio e Innovación

El comercio influye positivamente sobre el crecimiento económico a través de los aumentos de la productividad en el largo plazo. A través del comercio las empresas enfrentan incentivos para innovar. Como señala Trejos (2008: 7), “la tecnología no es algo que se compra; se la adapta, adopta y desarrolla, de las propias acciones, así como

2 Llamado “el milagro de crecimiento”.

3 En Ferreira y Trejos (2006) y Trejos (2008) se listan referencias de la literatura relevante.

de interactuar económicamente con otros". Son varios los mecanismos que se derivan del comercio que incentivan el cambio tecnológico en las empresas. Primero, el comercio en sí mismo es un vehículo para la transmisión de ideas, tecnología y habilidades gerenciales. El mecanismo más obvio es la importación de tecnología (Jaramillo et al, 2006). Segundo, hay un efecto de aprendizaje, a partir de estudiar los estándares de los productos importados. Tercero, la liberalización del comercio genera un efecto de escala al ampliar los mercados, lo cual no solo incrementa las posibilidades de producción sino que favorece la atracción de inversiones, la interacción y la aglomeración de empresas *-clusters-* quienes a su vez son otro medio de generación y difusión de conocimientos. (Rodríguez-Clare, 2005b). Cuarto, la disciplina de la competencia en el mercado doméstico lleva a aumentos de la productividad media de la industria. Por último, para que la tecnología se incorpore satisfactoriamente en un país es necesario disponer de ciertas capacidades, entre ellas capital humano e instituciones adecuadas (OMC, 2008). Lastimosamente, estas capacidades suele ser escasas en algunos países, por lo que los gobiernos buscan aplicar políticas adecuadas para promover el aprovechamiento de dichas tecnologías.

Innovación, descubrimientos y aglomeración

Conscientes del círculo virtuoso entre comercio, innovación y productividad, muchos países en desarrollo, incluidos los centroamericanos, implementaron reformas económicas de mercado, con el objetivo ulterior de crecer sostenidamente. En una visión simplista, estas políticas pueden resumirse en apertura comercial y buen gobierno. Con base en el modelo neoclásico de crecimiento económico,

la difusión de conocimientos a través del comercio y la protección de los derechos de propiedad intelectual, bastarían para alcanzar el crecimiento sostenido.

Sin embargo, el desempeño económico promedio de América Latina, y en particular de Centroamérica, sugiere que estas políticas fueron insuficientes para lograr el objetivo, por lo que deben ser complementadas. (Rodríguez-Clare, 2005; Hausmann y Rodrik, 2003). Maloney y Perry (2005) destacan que casi la mitad de las diferencias de ingreso y crecimiento observadas en la región, corresponden a diferencias en la productividad total de los factores y "las diferencias de productividad total de los factores suelen atribuirse a lo que en términos generales se denomina "progreso tecnológico" y más ampliamente a la "innovación" (incluidos los cambios técnicos, institucionales, orgánicos y administrativos y el desarrollo de actividades, productos y servicios nuevos tanto a nivel de la empresa como de la economía en general)" (Maloney y Perry, 2005:26)

Es una realidad que la rentabilidad social de la innovación es muy superior a la privada, por lo que en el libre mercado, la generación de conocimientos y tecnologías por parte de las empresas es subóptima. En otras palabras, el mercado no genera suficientes incentivos para que las empresas inviertan en innovación. La conclusión obvia es que los gobiernos deberían abocarse a solventar estas fallas con políticas complementarias a las de liberalización y buen gobierno. Sin embargo, antes de apresurarse a intervenir decididamente en los mercados, hay que preguntarse si el costo de las fallas observadas es mayor al costo de las fallas potenciales de los gobiernos en intervenir.

En efecto, los gobiernos han lidiado con estas fallas al menos de dos formas: subsidios a

la innovación en la etapa de investigación científica, donde se supone que los beneficios indirectos de la investigación son mayores, y derechos de protección intelectual para los resultados de la investigación aplicada. En los últimos años, esta lógica ha sido cuestionada por algunos economistas, indicando que los subsidios deberían abarcar también etapas de investigación aplicada, pues es ahí donde se presentan muchas veces los avances científicos más importantes (Maloney y Perry, 2005). Es decir, no basta solo con subsidiar la oferta (la investigación científica básica) sino incentivar la demanda de las empresas por la innovación. Al respecto, Rodrik (2004) sostiene que la innovación en los países desarrollados es deficitaria por la falta de demanda por parte de sus usuarios potenciales. Considera que no es necesariamente falta de científicos, laboratorios de investigación o inadecuada protección de los derechos de propiedad intelectual, sino más bien a que la innovación es percibida como una actividad poco rentable.

Literatura reciente con énfasis en el caso latinoamericano⁴, no descarta a priori la intervención del gobierno, sino más bien sugiere una combinación de medidas de política para resolver específicamente las fallas del mercado que obstaculizan la innovación. Este abordaje teórico se diferencia de los proponentes de políticas de corte proteccionista que utilizan los argumentos de

las externalidades para justificar la protección de la industria. Rodríguez-Clare (2005a, 2005b) describe estas medidas como políticas microeconómicas o de competitividad que incluyen una amplia variedad de instrumentos y de medidas para que permitan a los mercados y empresas puedan aprovechar efectivamente las oportunidades de la liberalización⁵. Esta última categoría que él denomina intervenciones microeconómicas, es equivalente al concepto de política industrial utilizado por otros autores (Rodrik, 2004; Hausmann y Rodrik, 2005).

En un trabajo que ha servido de base para una amplia literatura relacionada con la innovación, Rodrik y Hausmann (2003) hacen hincapié en que sin la colaboración entre el sector público y privado no es posible afrontar las externalidades que se generan del proceso emprendedor al descubrir nuevas oportunidades rentables de inversión. En su criterio, los obstáculos que afronta Latinoamérica para alcanzar el crecimiento sostenido tienen que ver en parte con la incapacidad de descubrir aquellas actividades donde tiene ventaja comparativa. El problema principal radica en que el emprendedor, el que realiza el descubrimiento⁶, solo captura una pequeña parte del valor para la sociedad que éste genera. En otras palabras, una vez hecho el descubrimiento, otros productores lo copiarán, lo que resta incentivos para inversiones futuras en ellos.

4 Ver Hausmann y Rodrik (2003, 2005, 2006); Rodrik (2004, 2005); Rodríguez-Clare (2005a, 2005b, 2007); Klinger y Lederman (2004, 2006a, 2006b).

5 Rodríguez-Clare (2005b) identifica tres tipos de políticas complementarias al Consenso de Washington: políticas macroeconómicas para reducir la vulnerabilidad ante las crisis; reformas institucionales de segunda generación; y las intervenciones microeconómicas. Sobre estas últimas, señala que varias de sus aplicaciones en Latinoamérica carecen de sustento teórico o su implementación ha probado ser inefectiva.

6 Guevara 2008, define un descubrimiento como "... la adaptación local de un producto o actividad que ya existía en algún sitio pero que no se había develado su capacidad de generar beneficios con su producción, algo distinto a una invención. Una invención es un nuevo producto o proceso que resuelve un problema técnico y que no existía con anterioridad en ninguna parte. Esto significa que un descubrimiento se ubica dentro de la frontera de posibilidades de producción de un país mientras que una invención está fuera, en espera de un cambio tecnológico que permita alcanzarlo." Esta definición concuerda con el concepto amplio de innovación de Schumpeter.

La presencia de las fallas de mercado relativas a la difusión de conocimientos es comprobada empíricamente por Klinger y Lederman (2004). Posteriormente, Klinger y Lederman (2006a) prueban la hipótesis Hausmann y Rodrik (2003) sobre la relación empírica entre desarrollo económico y la innovación dentro de la frontera de posibilidades de producción. De acuerdo con este razonamiento, sin descubrimientos las posibilidades de desarrollo estarán comprometidas, pues al fin y al cabo, el crecimiento sostenido requiere de cambios estructurales que se dan al producir nuevos productos con nuevas tecnologías y transfiriendo recursos de actividades tradicionales a las nuevas (Rodrik, 2005). Para Rodrik y Hausmann (2003) el problema que enfrentan los innovadores en países América Latina no es muy diferente al de los emprendedores en países desarrollados. La diferencia fundamental radica en que en el tipo de innovación en el mundo desarrollado suele poder ser protegida confiriendo un monopolio temporal a través de patentes, con el fin de asegurar un retorno a la inversión. En el caso de países en desarrollo, el tipo de descubrimiento (un bien que ya existe) no es necesariamente sujeto de protección, por lo que los retornos a la inversión son en el mejor de los casos inciertos.

Rodrik (2005) indica que el emprendedor enfrenta muchos obstáculos. Primero, la inversión en nuevas industrias se percibe de mayor riesgo al no tener antecedentes, por lo que es más caro el financiamiento. Segundo, los servicios para fomentar y complementar estas inversiones rara vez existen al no haber escala o demanda suficiente. Tercero, el descubrimiento requiere de capacitar y

entrenar al personal, quien puede luego circular libremente y ser contratado por la competencia.

Para resolver este dilema son necesarias acciones que permitan asegurar el retorno sobre la inversión en descubrimientos. En vista de que la adjudicación temporal de monopolios por medio de patentes o mecanismos similares no aplica, es necesario crear nuevos mecanismos de apoyo al proceso innovador que no impliquen distorsiones de carácter comercial del tipo previsto por los impulsores de la protección de industrias infantiles.

En un análisis de El Salvador, Hausmann y Rodrik (2005) destacan que este país es catalogado como un “reformador estrella”, habiendo implementado las políticas del Consenso de Washington convincentemente. Sin embargo, las tasas de crecimiento de la economía en el período estudiado (1999-2004) estuvieron prácticamente estancadas. Buscando el origen del modesto desempeño económico de El Salvador, los autores a partir de un diagnóstico del crecimiento, probando una a una, causas probables,⁷ concluyen que los problemas parecen relacionarse con la habilidad para identificar y generar nuevas actividades no tradicionales o descubrimientos.

Mientras tanto, Rodríguez-Clare (2005a, 2005b y 2007) se concentra en las fallas de coordinación que impiden aprovechar las economías de escala producto de la aglomeración (*clusters*). El concepto de las externalidades asociadas con la aglomeración no es nuevo. Hace casi un siglo, Alfred Marshall,

7 Para mayor detalle sobre la metodología de diagnóstico del crecimiento consultar a Hausmann, Rodrik y Velasco (2006)

definió que la concentración geográfica de industrias se presenta ante externalidades de difusión de conocimientos; especialización y productividad de la mano de obra; y presencia de proveedores de insumos e industrias relacionadas. Estas se conocen ahora como externalidades de Marshall⁸. En Centroamérica la aglomeración como estrategia de desarrollo ha sido impulsada por varios gobiernos de la región, desde la presentación en 1999 de la Agenda de Desarrollo para la Competitividad y el Desarrollo Sostenible compilada por INCAE y HIID⁹.

Políticas indicativas para la innovación¹⁰

Habiendo definido las fallas de información y coordinación relacionadas con la innovación es oportuno revisar cuáles pueden ser un conjunto de medidas indicativas para Centroamérica que tengan por objeto mejorar la productividad y promover el desarrollo económico. Rodríguez-Clare (2005) se aparta del argumento tradicional de algunos economistas del desarrollo para justificar la protección de las industrias nacientes, y especifica que las intervenciones microeconómicas para lidiar con las externalidades de Marshall es promover el desarrollo de *clusters* de innovación basados en sectores donde exista ventaja comparativa. Según su criterio, esto último es mejor que aplicar políticas que promuevan la innovación horizontalmente o el apoyo a sectores de “avanzada” con potencial de aglomeración.

Las fallas de mercado presentes en los países dependen en cierta medida del nivel de desarrollo en que se encuentren y el tipo de productos que exportan. Imbs y Wacziarg (2003) muestran evidencia que el crecimiento está asociado al inicio con la diversificación de la producción y posteriormente con su concentración. Desde esa perspectiva, Rodríguez-Clare (2005a) sugiere que la estrategia de innovación sería depende del nivel de desarrollo e involucraría una combinación de medidas que atiendan la generación de descubrimientos y el aumento de la productividad en *clusters* existentes. Para países menos adelantados habría una preponderancia de las medidas para generar descubrimientos, mientras que aquellos que muestren un mayor nivel de desarrollo, se haría énfasis en las medidas de promoción de la productividad de los *clusters*. Entre otros menciona, políticas para promover las exportaciones en casos en que el *cluster* no genere suficientes inversiones para descubrir nuevos mercados; inversiones complementarias en infraestructura; becas y apoyos para estudios en áreas de importancia para la diversificación y crecimiento del sector; y por supuesto el apoyo directo a la innovación mediante donaciones y concurso de propuestas¹¹.

El mismo autor apunta que no se espera que el Gobierno sea quien resuelva todos los problemas de coordinación. Tampoco se le atribuye toda la responsabilidad al gremio o representante del sector (en caso que

8 Porter (1990) basado en el concepto de las externalidades de Marshall, ha sido quién más éxito ha tenido en promover medidas de política para captar los beneficios de la aglomeración.

9 INCAE y HIID (1998) toman de base para su análisis y recomendaciones las ideas de Porter (1990).

10 Esta sección se basa en las políticas indicativas que se derivan de las investigaciones de Hausmann y Rodrik (2003, 2005, 2006); Rodrik (2004, 2005); Rodríguez- Clare (2005a, 2005b, 2007)

11 Ver Maloney y Perry (2005) para una discusión profunda sobre políticas generales de innovación para América Latina.

exista). Más bien se parte del supuesto que la solución a las fallas de mercado es un proceso cooperativo, donde los gremios y las universidades cumplen un papel muy importante junto al Gobierno. La profesionalización de los gremios y la efectiva inserción de la academia en la solución de estos problemas, una tarea pendiente en la región, contribuiría al aumento de la productividad de los *clusters*. Algunos ejemplos de la aplicación de estas ideas en Brasil, Chile, Colombia y Costa Rica pueden servir de base para discusión y análisis

Rodrik (2005) compila un decálogo de principios básicos para la definición de política industrial que deberían seguir los países

(recuadro 1). Estas políticas están orientadas a aumentar la tasa de descubrimientos de las economías. En su elaboración, Rodrik difiere un poco de lo expuesto por Rodríguez-Clare, aunque claro está, comparten varios puntos. Las recomendaciones de Rodrik son más horizontales y de carácter general, pero al mismo tiempo privilegia solo las actividades nuevas. Prefiere concentrarse en actividades económicas antes que en sectores específicos. Paradójicamente, Rodrik (2004) llama al proceso para la definición de políticas industriales un “proceso de descubrimiento”, en el que se corre el riesgo de fracasar al intentar escoger la política óptima.

Recuadro 1 Principios básicos para la definición de políticas industriales

1. Concesión de incentivos y subsidios solo a las actividades “nuevas”.
2. Establecimiento de puntos de referencia y criterios claros de éxito y fracaso de los proyectos subsidiados.
3. Aplicación de una cláusula de extinción automática de los subsidios.
4. Focalización en actividades económicas (transferencia o adopción de tecnología y capacitación, entre otras) en lugar de sectores industriales.
5. Concesión de subsidios solamente a actividades con evidentes posibilidades de tener efectos secundarios positivos y de servir de ejemplo.
6. Asignación de la facultad de aplicar las políticas industriales a instituciones de probada competencia.
7. Adopción de medidas para garantizar que estas instituciones estén supervisadas por un director con claro interés en los resultados y que tenga autoridad política del más alto nivel.
8. Adopción de medidas para garantizar que las instituciones que aplican las políticas mantengan canales de comunicación con el sector privado.
9. Comprensión de que en el marco de políticas industriales óptimas, a veces se “elige” a proyectos “perdedores”.
10. Respaldo a actividades de fomento capaces de evolucionar para que el ciclo de descubrimiento sea constante.

Uno de los principales razonamientos de Rodríguez-Clare (2005a) es que la política industrial no debe servir para crear ventajas comparativas sino para aumentar la productividad de los sectores donde existe la ventaja comparativa. Por su parte, Rodrik (2005) y Rodrik y Hausmann (2003,2005) promueven políticas industriales que facilitan el descubrimiento de las ventajas comparativas. Nótese que en ambos casos el concepto relevante es el de la ventaja comparativa. En otras, palabras, estos autores reconocen que la prueba de ácido que deben superar las intervenciones microeconómicas, es su compatibilidad con el concepto de la ventaja comparativa.

Conclusión

La teoría económica ha logrado explicar las ganancias derivadas del comercio y la evidencia empírica que las comprueba es abundante. Claro está, para las pequeñas economías en desarrollo como las centroamericanas, el vínculo entre comercio y crecimiento económico es el más atractivo y el motivo para el ajuste estructural observado desde finales de los años ochenta. Sin embargo, el hecho de haber realizado muchas de las reformas económicas necesarias sin que se traduzcan en las tasas de crecimiento esperadas, provoca escepticismo en los gobiernos y el sector privado.

La investigación económica ha logrado determinar dónde pueden residir algunas de los obstáculos para que los países de la región materialicen las ganancias esperadas del comercio. La presencia de fallas de mercado asociadas a las externalidades en la transferencia de conocimientos y las economías de escala, es uno de los obstáculos que impide la aceleración del crecimiento de la región.

Para lidiar con estas externalidades, las medidas de política (política industrial o intervenciones microeconómicas) citadas convergen alrededor de un concepto básico: la ventaja comparativa. Esto es determinante pues rompe con los esquemas propuestos por los economistas del desarrollo que promueven la protección por medio de barreras al comercio de las industrias nacientes. El elemento a destacar es por lo tanto, la escogencia de mecanismos de intervención compatibles con los conceptos fundamentales de la teoría del comercio. Asimismo, el otro tema a destacar es que la responsabilidad para solucionar las externalidades mencionadas, no debe recaer enteramente en el Gobierno, sino que se plantean varios mecanismos que promuevan la cooperación público-privada, incluyendo el papel fundamental que puede jugar la academia.

BIBLIOGRAFÍA

Ferreira, Pedro Cavalcanti, and Alberto Trejos. 2006. "ON THE OUTPUT EFFECTS OF BARRIERS TO TRADE." *International Economic Review* 47, no. 4: 1319-1340.

Guevara, 2008. "Innovación y diversificación de la oferta exportable, el papel de los descubrimientos" en Ricardo Matarrita y Demetrio Polo-Cheva, eds. *Política Comercial en Centroamérica: Perspectivas para el Acuerdo de Asociación entre Centroamérica y la Unión Europea y Retos para las Pequeñas y Medianas Empresas*. INCAE, InWEnt, GTZ: Alajuela, Costa Rica.

Hausmann, Ricardo, and Dani Rodrik. 2003. "Economic development as self-discovery." *Journal of Development Economics* 72, no. 2: 603.

Hausmann, Ricardo, and Dani Rodrik. 2005. "Self-Discovery in a Development Strategy for El Salvador." *Economía* 6, no. 1: 43-101.

Hausmann, Ricardo y Dani Rodrik. 2006. Doomed to choose: Industrial policy as a predicament" John F. Kennedy School of Government. Harvard University.

Hausmann, Ricardo, Dani Rodrik, and Andrés Velasco. 2006. "Getting the Diagnosis Right." *Finance & Development* 43, no. 1: 12-15.

Helpman, Elhanan, Marc J. Melitz, and Stephen R. Yeaple. 2004. "Export Versus FDI with Heterogenous Firms." *American Economic Review* 94, no. 1: 300-316

Imbs, Jean, and Romain Wacziarg. 2003. "Stages of Diversification." *American Economic Review* 93, no. 1: 63-86

INCAE y HIID, 1999. *Centroamérica en el Siglo XXI: Una agenda para la competitividad y el desarrollo sostenible; bases para la discusión sobre el futuro de la región*. INCAE: Alajuela, Costa Rica.

Irwin, Douglas, A. 2002. *Free Trade Under Fire*. Princeton University Press: New Jersey

Jaramillo, Carlos Felipe, Daniel Lederman y Maurizio Buzzolo. 2006. *Challenges of CAFTA: Maximizing the Benefits for Central America*. World Bank: Washington, D.C.

Klinger, Bailey y Daniel Lederman. 2004. "Discovery and Development: An Empirical Exploration of 'New' Products." World Bank Policy Research Working Paper No. 3450

Klinger, Bailey y Daniel Lederman. 2006a. "Diversification, innovation, and imitation inside the Global Technological Frontier." World Bank Policy Research Working Paper No. 3872

Klinger, Bailey, y Daniel Lederman. 2006b. "Innovation and export portfolios." World Bank Policy Research Working Paper No. 3983

Maloney, William, F. y Guillermo Perry. 2005. "Hacia una política de innovación eficiente en América Latina" *Revista de la Cepal* 87, no. 1: 25-43

Melitz, Mark J. 2003. "The Impact of Trade on Intra-Industry Reallocations and Aggregate Industry Productivity." *Econometrica*, Vol. 71, No. 6: 1695–1725

Melitz, Marc J., and Giancarlo I. P. Ottaviano. 2008. "Market Size, Trade, and Productivity." *Review of Economic Studies* 75, no. 1: 295-316.

Porter, Michael. 1990. *The Competitive Advantage of Nations*. The Free Press: New York.

Rodríguez-Clare, Andrés. 2005a. "Coordination Failures, Clusters, and Microeconomic Interventions." *Economía* 6, no. 1: 1-42.

Rodríguez-Clare, Andrés. 2005b. "Microeconomic Interventions after the Washington Consensus". *Interamerican Development Bank*. Research Department Working Papers no. 554

Rodríguez-Clare, Andrés. 2007. "Clusters and Comparative Advantage: Implications for Industrial Policy." *Journal of Development Economics* 82, no. 1: 43-57.

Rodrik, Dani. 2004. "Industrial Policy for the Twenty- First Century". John F. Kennedy School of Government. Harvard University.

Rodrik, Dani. 2005. "Políticas de Diversificación." *Revista de la Cepal* 87, no. 1: 7-23.

Trejos, Alberto. 2008. "Evaluación del impacto de acuerdos comerciales internacionales: Aplicaciones y consideraciones para países pequeños en América Latina". *Mimeo*

World Trade Organization. 2008. *Informe sobre el Comercio Mundial 2008*. World Trade Organization: Ginebra.

DE LAS CONCEPCIONES METAFÍSICAS (LEGITIMADORAS) DE LOS DERECHOS HUMANOS: BREVE ENSAYO DE FUNDAMENTACIÓN

*M.Sc. Alfonso Chacón Mata, Abogado,
Especialista en Derechos Humanos
y Profesor Filosofía del Derecho U.C.R*

SUMARIO

- 1. Introducción**
- 2. ¿Qué es la metafísica?: Algunas nociones preliminares**
- 3. Las concepciones metafísicas de los derechos humanos**
 - 3.1. Posición Jusnaturalista**
 - 3.2. Posición Contractualista**
 - 3.3. Posición Axiológica**
 - 3.4. Posición de Derechos Morales/Fundamentación Ética**
 - 3.5 Posición Judaica Cristiana**
- 4. Consideraciones finales**
- 5. Bibliografía**

“DE LAS CONCEPCIONES METAFÍSICAS (LEGITIMADORAS) DE LOS DERECHOS HUMANOS: BREVE ENSAYO DE FUNDAMENTACIÓN”

*M.Sc. Alfonso Chacón Mata, Abogado, Especialista en Derechos Humanos
y Profesor Filosofía del Derecho U.C.R*

INTRODUCCIÓN

La disciplina metafísica como una rama autónoma del estudio filosófico, a grandes rasgos diremos que supone una posibilidad de análisis y explicación de diferentes fenómenos, a la luz de lo *no dado* sensorialmente. Este artículo tratará de ubicar en forma sistematizada desde el punto de vista metafísico, las diferentes concepciones que desde nuestra perspectiva, congloban los derechos humanos, tanto como categorías conceptuales-explicativas y desde luego, en su fase de concreción empírica. Es decir, a la visión ideal que sirve de paradigma definitorio de tales derechos, le sigue una praxis demostrativa, pues de lo contrario no tendría sentido elucubrar con respecto a una categoría conceptual que tiene su referente concreto y objetivo en la realidad cotidiana.

Hemos denominado a estas clasificaciones como *concepciones metafísicas (legitimadoras) de los derechos humanos*, en el entendido que cada una de ellas tiende a legitimar desde su racionalidad propia, un aspecto aglutinador que explique el surgimiento y desenlace de los mismos derechos. Es así como hablamos de concepciones metafísicas ligadas a la sempiterna fuente de remisión denominada como *jusnaturalismo*; o de dos vertientes derivadas de este enfoque como lo son el *contractualismo* y el *axiologismo*; podemos referirnos a la postura de fundamentación ética y de los derechos morales; para finalmente abordar lo concerniente al cristianismo en su visión judaica.

Deseamos fundamentar y destacar, cuáles son los parámetros básicos de estructuración en cada corriente metafísica de los derechos humanos, para terminar realizando una recapitulación en la parte conclusiva de este trabajo. Así que sin más preámbulos, nos adentramos al desarrollo y pormenores del presente ensayo, en las líneas siguientes.

2. ¿QUÉ ES LA METAFÍSICA?: ALGUNAS NOCIONES PRELIMINARES

Empezamos señalando que se define la **Metafísica** en un sentido indicativo de algo que está más allá de lo físico, dedicando su estudio a lo abstracto del Ser y de Dios (proviene del latín “*metaphysica*”, proveniente del griego *metá* que significa “tras, más allá”, y *phýsis* que significa “naturaleza”, es decir, “lo que viene después de la naturaleza”, “más allá de lo físico”). Es una parte fundamental de la filosofía que trata el estudio del Ser en cuanto tal y de sus propiedades, principios, causas y fundamentos primeros de existencia. La metafísica aborda los problemas centrales y más profundos de la filosofía, tales como los fundamentos (presupuestos, causas y “primeros principios”), las estructuras más generales (leyes y principios), el sentido y la finalidad de la realidad toda y de todo ser. El principio básico de la metafísica se sustenta en la no-contradicción, razonamiento que establece la imposibilidad de que algo sea y no sea, simultáneamente. Desde la perspectiva

de un autor como GRACIA, dentro del tema general <<concepciones de la metafísica>> se pueden incluir diversos tópicos que caen dentro de cuatro grupos fundamentales: lógicos, metafísicos, epistemológicos y semánticos¹.

Independientemente de las primeras aportaciones a la metafísica en los presocráticos, tenemos que remontarnos indudablemente al primer filósofo sistematizador de esta postura, como lo fue ARISTÓTELES en su célebre libro denominado “*Metafísica*”. Este autor propugnó por evidenciar lo que denominó como <<la ciencia de las causas primeras>>, puesto que decimos que se sabe, cuando creemos que se conoce la causa primera. Al respecto distingue cuatro causas: la primera es la esencia, la forma propia de cada cosa, por que lo que hace que una cosa sea, está toda entera en la noción de aquello que ella es; la razón de ser la primera es, por tanto, una causa y un principio. La segunda es la materia, el sujeto; la tercera el principio del movimiento; la cuarta, que corresponde a la precedente, es la causa final de las otras, el bien, porque el bien es el fin de toda producción². Por consiguiente, puede apreciarse que desde tiempos muy remotos, las preocupaciones metafísicas han tenido cabida y desarrollo en los pensadores de la época.

El tomismo o versión más estilizada del pensamiento cristiano medieval pregonada por la filosofía de SANTO TOMÁS DE AQUINO (1224-1274), representa una aspiración de confluir el pensamiento aristotélico con el cristianismo, bajo la versión de la metafísica

cristiana del orden. A diferencia del cosmos griego –configurado, no creado por Dios–, el universo cristiano es producto de la acción creadora de un Dios personal, que lo rige y gobierna; por lo que existe una razón divina. La expresión de este gobierno es la ley eterna, definida por Santo Tomás como “razón de la divina sabiduría en cuanto dirige toda acción, todo movimiento”³. La ley eterna es tanto en Santo Tomás como en San Agustín, el principio ordenador de la universalidad de lo creado, a los cuales se encuentran sometidos tanto los seres inanimados como los irracionales. Sin embargo, el hombre por su carácter racional participa volitivamente en esta ley eterna, adecuándose libremente como producto de una ley natural. Precisamente, esta última ley es a su vez el fundamento de las leyes humanas, las cuales se obligan por su congruencia con la ley natural, hasta tal punto en que si se separan de la ley natural dejan de ser leyes, son una corrupción de la ley.

Para algunos autores, se suscita posteriormente un desplazamiento de la metafísica a un segundo lugar, no tanto desde la aparición del *cogito, ergo sum cartesiano*, sino inmediatamente, por las consecuencias que ese acostumbrarse a filosofar a partir de algo interior iba a tener. Y, por entonces hacia el siglo XVII, prodújose también un acontecimiento de importantes consecuencias para la metafísica: el nacimiento de la ciencia moderna, que comienza a desarrollarse y crecer con gran vigor y rigor. El desplazamiento de la metafísica es, en resumen, doble: desplazada,

1. GRACIA, (Jorge J.E.) “Concepciones de la Metafísica”, Editorial Trotta-Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, Editorial Trotta S.A., 1998, pág 25.

2. ARISTÓTELES, “*Metafísica*”, versión castellana Editorial Porrúa S.A., México D.F., 1976, págs 17-19.

3. TRUYOL Y SERRA, (Antonio) “*Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*: 1. De los orígenes a la Baja Edad Media”, Alianza Editorial, Madrid España, 12ª edición, 1995, pág 366.

de un lado, por la gnoseología y, de otro, por la ciencia⁴.

Volviendo a la esencia de la metafísica, diremos que a pesar que las cosas se tornen diferentes en muchos aspectos, en una cosa son exactamente la misma: en que son, existen. Puesto que el *Ser* es lo que todas las cosas son, y la hace a todas ellas una, estudiamos la *unidad de todos los seres*. Esta es la visión metafísica: por ello es el más alto saber natural. Por consiguiente, esto lo convierte en el más difícil de los conocimientos naturales, no por ser complicados, sino por ser el más comprensivo y el más profundo. Conviene hacer aquí una distinción, que nos será de utilidad, entre el objeto formal y el objeto material de la metafísica. El segundo es un sujeto-materia (todas las cosas), y el primero es el aspecto de este objeto material, considerado por la metafísica; a saber, el aspecto del ser; tal es el punto de vista metafísico, como distinto del de cualquier otra ciencia. La metafísica es la ciencia que estudia la totalidad de las cosas bajo el aspecto y desde el punto de vista del ser: ¿Qué es esto?, ¿De qué está hecho?, ¿Para qué es?, ¿Qué es lo que lo ha hecho llegar a hacer?.

A la metafísica se le ha considerado como la “filosofía primera”: el conjunto de la realidad cae bajo su mira o intencionalidad. La metafísica estudia tanto la totalidad como la unidad de todas las cosas [¿Por qué la totalidad?, porque “el hecho de ser” afecta absolutamente a todas las cosas. ¿Por qué la única cosa que se encuentra fuera del ser? “el no-ser! nada está fuera del alcance de la metafísica. ¿Y por qué la unidad?. Porque todas las cosas tienen en común, lo que hace de todas ellas una, es el ser]. La metafísica ha recibido en el siglo XX severas críticas. Las principales son las que provienen del positivismo lógico⁵, para quien la metafísica es un discurso sin significado porque sus enunciados son afirmaciones acerca de los cuales nunca se podrá tener una experiencia. No obstante, debemos decir que los temas concernientes a la metafísica no fueron dejados a un lado en el siglo XX, sino, por el contrario, las distintas corrientes de pensamiento se ven remitidas a ellos con la necesidad de formular maneras alternativas en su tratamiento.

No vamos a ahondar en torno a los vaivenes o corrientes metafísicas más representativas –HEIDEGGER, el idealismo alemán con FITCHE, SCHELLING y HEGEL-, o sus

4 ÁLVAREZ GONZÁLEZ, (Francisco) “Supuestos metafísicos de las Ciencias”, Universidad Autónoma de Centro América, Costa Rica, Impreso en litografía e Imprenta LIL, S. A., 1996, pág 20.

5 Se denomina Positivismo Lógico a un conjunto de corrientes filosóficas, con ciertos rasgos comunes, que utilizan el Método Inductivo, establecen como son las cosas no como deberían ser, es decir, evita introducir juicios de valor. Los principios originales del positivismo lógico, son los siguientes: 1. El principio del Empirismo; según el cual todo conocimiento (no analítico) depende de la experiencia, y 2. El principio del significado cognoscitivo; de acuerdo con el cual la significación cognitiva de un enunciado es tal, solo si es (a) analítico o auto contradictorio (como en el caso de las ciencias formales como la lógica y las matemáticas) o (b) puede ser verificado experimentalmente. El positivismo lógico estableció como meta alcanzar los siguientes objetivos fundamentales: (1) Dar a la ciencia una base positiva y (2) adoptar el análisis lógico del lenguaje, de los conceptos de la ciencia empírica (y mediante estos recursos demostrar la inutilidad de la metafísica). Este El positivismo lógico pretendía alcanzar sus objetivos mediante su particular método científico que constaba de dos factores: la verificación empírica y el análisis lógico del lenguaje. Referencia tomada de O’ CONNOR, (D.J) “Historia crítica de la filosofía occidental VII: la filosofía contemporánea”, Barcelona: Primera edición, Ediciones Paidós, 1983.

detractores más acérrimos como el mismo KANT (que le atribuye ser un discurso de “palabras huecas”), sino que más bien diremos a intento de glosa que para los autores que se encuadran en este margen de explicación de los fenómenos, es importante acotar que su interés primordial consiste en privilegiar una racionalidad superior, que rige si se quiere mecánica o casuísticamente el devenir de las cosas, siendo trazable igualmente para nuestros efectos, a los derechos humanos tangiblemente entendidos. Es decir, los derechos humanos confortan una suerte de racionalidad superior a la realidad vigente, que es nada más que una prolongación de verdades eternas e inmutables que los sustentan. No son derechos contruidos o en “proceso de”, sino más bien derechos funcionales preestablecidos. Entendemos esta funcionalidad en el contexto que nos ocupa, como aquella constitución apriorística de los derechos en examen, y que no surgen de una praxis impulsada por los seres sociales. Su vitalidad y conveniencia radica en que trata de explicar la unidad de las cosas –en este caso la aparición y fundamentación de los derechos humanos mismos-, a través de una concepción de ser de las cosas, no convencional sino surgida de criterios explicativos metapragmáticos.

3. LAS CONCEPCIONES METAFÍSICAS DE LOS DERECHOS HUMANOS

Hemos preferido hablar de concepciones metafísicas de derechos humanos en esta oportunidad y siendo conscientes que por si misma, esta terminología acarrea problemas interpretativos. A manera de ejemplo, las reglas ético-morales si bien es cierto que tienen su asidero en prácticas cotidianas y vivenciales, y por consiguiente podría pensarse que se acercan todavía más a la postura pragmática

de los derechos humanos, hemos asentido en destacarlas como metafísicas, en función de los imperativos asociados a racionalidades superiores que dictan los patrones del bien y el mal –religión, naturaleza, Dios etc.-. Igualmente puede suscitarse contrariedad con la vertiente contractualista que hemos enlistado dentro del *jusnaturalismo* o la gama de derechos naturales, y que se puede someter a sendos cuestionamientos, debido a que supone a una fase histórica, social y política en que se emerge el Estado Civil como un resultado impulsado y surgido de la clase política liberal burguesa, y no a ninguna otra razón sustancial. Podríamos decir tratándose de la conformación de sociedades políticas, que no hay otra creación artificial más que la razón y la oportunidad humana, para explicar este proceso evolutivo, y por consiguiente, debe apelarse a la historia para encontrar su asidero real. Más no debe olvidarse que estos cambios cualitativos se generan al amparo de las creencias preestablecidas, que inspiraron a los hombres en su momento, a pensar que estaban cumpliendo los designios de Dios encarnado en razón divina. Así las cosas, no es tan válido pensar que se carece totalmente de un referente metafísico en las citadas actividades, y en esta oportunidad vamos a centrarnos en las posturas que pretendemos mostrar para visualizar las diferentes concepciones metafísicas, que se irán perfilando en adelante.

3.1 Posición Jusnaturalista.

Antes de escudriñar los alcances de esta postura, conviene precisar que hablamos semánticamente de *jusnaturalismo*, como una manera de mostrar las principales coordenadas que descansan en la concepción de un derecho natural cuya remisión forzosa y obligatoria, es a la postre la idea eje o central,

que acompaña la posición que nos ocupa. Asimismo, vamos a destacar posteriormente otro par de enfoques sumamente ligados al iusnaturalismo –y que en el fondo podría decirse que son sus ramificaciones más concisas-, en sus vertientes contractualista y axiológica, las cuales presentan elementos que estimamos se tornan vitales para el estudio de los derechos humanos, y por esta razón hemos preferido individualizarlos. Una vez realizada la anterior digresión, tenemos que este derecho natural a pesar de haber desempeñado un papel preeminente en el pensamiento y en la historia de Occidente, es un concepto no unitario, sino más bien compuesto por varias doctrinas, a veces con muy profundas diferencias entre sí⁶. La polémica continúa cuando existen varios autores que distinguen nada menos que once tipos diferentes de sentidos para el término “naturaleza” (LALANDE), -se puede referir a lo adquirido, reflexionado, artificial, afectado, humano, divino-espiritual, revelado, regenerado, sobrenatural, sorpresivo, sospechoso, monstruoso- o que el concepto puede ser referido a toda una serie de características “no necesariamente complementarias entre sí” (WOLF),

-inconmensurable, original, variable, instintivo, causal, final y racional, ideal, creativo, real, material, vital y espontánea-.

Las tesis iusnaturalistas dan al hombre la ilusión de que la misma justicia procede de Dios, la naturaleza o de *logos* -razón-, por lo que no es aplicable ningún otro parámetro de justicia de corte terrenal. En cuanto a la relación de esta posición jushumanista con los derechos humanos, se ha sostenido que estos últimos derechos “son aquellas garantías que requiere un individuo para poder desarrollarse en la vida social como persona, esto es, como un ser dotado de racionalidad y de sentido. En consecuencia, se habla de que ningún hombre puede existir sin libertad, ni sin propiedad, ni sin las condiciones económicas mínimas para la vida (...) Por consiguiente, se ha afirmado que los derechos del hombre son anteriores y superiores a cualquier actuación gubernamental, esto es, que no requiere de una normativa propia para su vigencia, y que tampoco pueden ser derogados válidamente por los gobernantes. Así, se dice que los derechos humanos son “inherentes a la naturaleza humana”, parte principal de la

6 Para DE GENNARO, se pueden distinguir al menos tres grandes modelos, dentro del iusnaturalismo: el cosmológico, el teológico y el mecanicista; otros distinguen cuatro de acuerdo con la referencia a los núcleos donde se contienen los principios últimos del obrar humano, bajo la existencia de un orden universal del ser, de estructura permanente e inmutable: *physis* en los sofistas, *lex universal* en los estoicos, *lex eterna* en el pensamiento cristiano, o naturaleza en los grandes sistemas del racionalismo moderno (GONZALEZ VICEN); o también el iusnaturalismo en sus diferentes dimensiones: iusnaturalismo platónico o aristotélico, iusnaturalismo estoico, iusnaturalismo trascendente, iusnaturalismo racionalista, iusnaturalismo individualista, iusnaturalismo del idealismo alemán, iusnaturalismo metafísico historicista, iusnaturalismo neokantiano y iusnaturalismo axiológico (TRUYOL Y SERRA); citado por PECES-BARBA, (Gregorio). “Introducción a la Filosofía del Derecho”, Editorial Debate-Colección Universitaria, 2da edición, Madrid, 1984, pp 208-209. Para el profesor FERNÁNDEZ, “La justificación iusnaturalista de los derechos fundamentales del hombre se deriva directamente de la creencia en el Derecho natural, y por tanto, de la defensa del iusnaturalismo como teoría que fundamenta y explica la existencia del derecho natural (...) Pues bien, todas las fundamentaciones iusnaturalistas de los derechos humanos se caracterizan básicamente por estos dos rasgos: la distinción entre Derecho natural y Derecho positivo, y la superioridad del Derecho natural sobre el Derecho Positivo”, FERNÁNDEZ, (Eusebio) “Teoría de la Justicia y Derechos Humanos”, Colección Universitaria Editorial Debate, Madrid, 1987, pág 86. Cfr: Véase sobre la teoría iusnaturalista a VERGÉS RAMÍREZ, (Salvador) “Derechos Humanos: Fundamentación”, Editorial Tecnos, Madrid, 1997, págs 23-28.

“dignidad humana”⁷. Estamos hablando en este caso, de la necesaria simbiosis entre ser hombre y una gama de derechos y libertades, que vienen adicionados solamente por esta condición humana; se trata de un derecho natural que podríamos calificarlo de espontáneo e inherente al ser humano.

Desde la óptica de PECES-BARBA, la expresión <<derechos naturales>> supone: unos derechos previos al Poder y al Derecho positivo, que como el Derecho Natural es Derecho, tienen una dimensión jurídica; se descubren por la razón en la naturaleza humana y se imponen a todas las normas del Derecho creado por el Soberano y son un límite a su acción⁸. La idea de un derecho natural, en el marco de un sistema de justicia válido siempre y en todas partes, había sido formulada mucho antes en la célebre disertación de Cicerón, cuando adujo lo siguiente:

“Existe una ley verdadera, una razón derecha conforme con la naturaleza, presente en todos, inmutable y eterna; empuja al hombre al bien por medio de su mandato y lo desvía del mal por medio de sus interdicciones; lo mismo cuando ordena que cuando prohíbe no se dirige en vano a las gentes de bien y ejerce su acción sobre los malvados. No es lícito debilitarla con otras leyes, ni derogar ninguno

de sus preceptos: es imposible abrogarla toda entera. (...) No es diferente en Roma y Atenas y no será diferente en el futuro de lo que es hoy, pues una sola ley eterna e inalterable regirá a la vez a todos los pueblos en todos los tiempos; un solo Dios es, en efecto, el dueño y jefe de todos. El es el autor de esta ley y es quien la ha promulgado y la sanciona. El que no la obedece, huye de sí mismo, reniega de su naturaleza humana y le esperan los mayores castigos, aunque consiga escapar de los otros suplicios (los de los hombres)”⁹.

Esta pieza de oratoria muy característica en este autor, nos debe conducir a las siguientes reflexiones: primero, que el derecho natural es inherente a la grandeza e inmutabilidad de la naturaleza que nos rodea, por lo que de ninguna forma es contra-natura, sino que está integrado a la misma. Segundo, en razón de esta acotación, ninguna ley humana o existente fuera de las leyes naturales, podría debilitarla o desconocer las máximas del derecho natural, ya que la presencia espacial y temporal de este derecho, es *ad perpetuam*. Tercero, existe una deidad o fuerza ininteligible guiadora que trasciende al hombre mismo y que en esta plenitud es la que dicta los cánones del derecho en cuestión, se vuelve en la mente conductora de lo existente y de lo futuro, es decir; es atemporal e inmortal.

7 THOMPSON JIMÉNEZ, (José). “Fundamentos Histórico-Filosóficos de los Derechos Humanos”, pág 10, en “Cuadernos de Estudio, Serie: Educación y Derechos Humanos, Temas Introdutorios”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1986. Cfr: Críticas a la fundamentación iusnaturalista, véase a FERNÁNDEZ, (Eusebio) *Infra Op Cit*, págs 95-100. Para otra autora “Entre los siglos IV Y V a. C en Grecia, se inicia un gran debate acerca del carácter natural o convencional de la justicia, de las leyes y de la obligación ética y política. De estas discusiones, derivan los griegos que en la polis existe un cierto ordenamiento natural y, las leyes que emergen de la iniciativa humana, no presentan conflicto sino acuerdo y complementación recíproca”, REYES ARAYA, (Irma) “Equidad en el currículo universitario” pp 48-49 en Instituto de Estudios Latinoamericanos (IDELA) Libro Temáticas nuestra América, Facultad de Filosofía y Letras Heredia, Costa Rica, Universidad Nacional de Costa Rica, Número 41, 2005, pág 49.

8 PECES-BARBA MARTÍNEZ, (Gregorio) “Curso de derechos fundamentales. Teoría general”, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 1999, págs 25 y 26.

9 Citado por PERELMAN, (CH.) “La lógica jurídica y la nueva retórica”, traducción de Luis Díez-Picazo, Editorial Civitas S.A., Madrid, reimpresión 1988, pág 23.

Es oportuno destacar que hubo pensadores como HUGO GROCIO (1583-1645), quien expuso un concepto básico de derecho natural, independiente de las nociones teológicas, más bien sumido dentro de una ética racional. Este autor concebía al hombre *“...como ser sociable, para quien la vida en comunidad constituía un derecho natural, compartiendo esta idea con Aristóteles, los estoicos y Tomás de Aquino”*¹⁰. Mucho más radical se mostró BARUCH SPINOZA (1632-1677), identificando el derecho con el poder, siendo las leyes naturales el reflejo del derecho de la naturaleza, donde cada hombre no se determina por la razón justa, sino por la avaricia y el poder. Esta concepción si se quiere, *Hobbesiana* del poder, es aminorada por el profesor FRIEDRICH, quien establece desde su óptica, una tesis de relatividad humana al decirnos que *“el hombre al igual que los demás seres vivientes, tiene necesidad de su propia conservación, y cualquier cosa que emprenda para su propia seguridad, se hará de acuerdo con su derecho, es decir, con la suprema ley natural (...) nada hay que deba sorprendernos pues la naturaleza no está limitada por leyes humanas, sino por otras leyes que son importantes y que ordenan la naturaleza toda, de la cual el hombre no es sino una pequeña parte”*¹¹.

En el ámbito de nuestra intelectualidad interna, nos encontramos que para el Prof. MALAVASSI VARGAS, existe una **ley moral natural** reflejada en el orden total de la creación debido a la voluntad divina, y de igual manera existe una **ley jurídica natural**, visualizada en aquellas relaciones esenciales creadas sobre las cuales descansa la vida social y el orden jurídico que las sostiene. Esta última modalidad de ley, es lo que se conoce como derecho natural¹².

Tal como puede colegirse de todo lo dicho hasta este momento, independientemente de la finalidad del Derecho Natural aplicado a las relaciones sociales y jurídicas, todos los autores podrán coincidir en un aspecto: este derecho trasciende lo humano, siendo preconcebido sin mayores reparos por una autoría superior, que provoca según sea la fuente que se invoque, las mayores controversias (unos dicen que es el cosmos y lo que en él existe; otros Dios; otros leyes inmutables y eternas etc.). Por otra parte, es importante reconocer que la historia de la doctrina del derecho natural se mostró llena de obstáculos para su final reconocimiento, en tanto el historicismo y el positivismo, así como otras tendencias combatieron a ultranza la doctrina del derecho natural, de modo tal, que a fines del siglo XIX y principios del

10 FRIEDRICH, (C.J.). “La Filosofía del Derecho”, Fondo de Cultura Económica, 2da edición, México, 1969, pág 164.

11 FRIEDRICH, (C.J.), Op Cit, pp 165-166. En este sentido para CORTS GRAU; “Por mi parte, sigo pensando que los derechos fundamentales del hombre tienen un fundamento teológico, y que su rescate pide hoy un heroico esfuerzo teológico “Las modernas Declaraciones de Derechos y el Derecho Natural” pág 27, en “ Ciclo Académico Conmemorativo del XX Aniversario de la Declaración de los Derechos Humanos”, Publicación del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, Comisión Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, 1969. En la misma obra, LUIS VIVAS MARZAL expresa que “todos los derechos de cualquier clase son humanos, los que corresponden al hombre por el solo hecho de serlo, aquellos inherentes a su naturaleza y a su dignidad, que le corresponden desde su nacimiento como consecuencia de ser un ente privilegiado dotado de inteligencia y de voluntad, es decir, de los atributos del alma inmortal”, pág 204.

12 “Esta ley jurídica natural es, por consiguiente, una parte de la ley moral natural; y el conjunto del orden jurídico, una parte del orden moral total” MALAVASSI VARGAS, (Guillermo) “Derecho natural, ley y corrupción de la ley” en Universidad Autónoma de Centroamérica Revista Acta Académica Bianual (mayo y noviembre), No 39, San José Costa Rica, Noviembre 2006, pág 18.

XX, llegó a predominar la tesis de que los derechos de las personas eran simplemente concedidos por el Estado¹³. Al respecto, el Profesor RICARDO VALVERDE nos sintetiza, diciéndonos que para el iusnaturalismo “...el Derecho está constituido por un conjunto de valores y principios de naturaleza universal, inmutable, irrenunciable e imprescriptible, cuya vigencia superior e inderogable prevalece ante cualquier contenido que hayan asumido las normas jurídicas a través del tiempo; en otras palabras, el Derecho Positivo que cada país dicta para que se aplique dentro de su territorio será legítimo en la medida en que respete las prescripciones del Derecho Natural”¹⁴. Incluso la doctrina ha defendido que el iusnaturalismo renovado como fundamento filosófico de los derechos humanos es válido y útil en la actualidad, y al respecto un autor como BEUCHOT se expresa sobre este particular de la siguiente manera:

“Tal creo que es la fundamentación metafísica de los derechos humanos: son derechos radicados en la naturaleza humana, por eso fueron preconizados como derechos naturales, como señalando que con arreglo a dicha naturaleza se puede encontrar el bien de los hombres y de acuerdo con ella se establece en un despliegue de derechos y deberes. Defiendo, pues, filosóficamente el iusnaturalismo (ciertamente un iusnaturalismo renovado con la pragmática, pero firmemente arraigado en la ontología).

*Tengo la convicción de que no sólo es posible hablar de fundamentación filosófica de los derechos humanos, sino que es algo necesario. Creo, además, que la filosofía tomista, que incesantemente se renueva, puede dar esa fundamentación que se espera en nuestro tiempo actual”*¹⁵

Ahora bien, independientemente de lo antes expuesto nos queda la interrogante en torno a que debe entenderse por la concepción jusnaturalista aplicada a los derechos humanos, que es a la postre el énfasis de este estudio. Al respecto, el tratadista DIEGO URIBE ha dicho lo siguiente: “el criterio jusnaturalista que hace derivar los derechos humanos de la misma esencia individual, fue utilizado en el siglo XVIII como elemento reivindicador de libertades, en oposición al derecho divino de los reyes, sobre el cual descansaba el poder absoluto de la autoridad. En nuestros días, este criterio se renueva y fortalece en la lucha por los fueros del individuo frente al Estado totalitario”¹⁶. Esta posibilidad se refuerza, al invocar preceptos de dignidad humana y respeto a la individualidad en general, como límites concisos que el aparato público debe observar. Y no es una invocación positivista, todo ello que el Derecho Natural como fundamento discursivo de estos planteamientos, ha sido invocado en la jurisdicción internacional tratándose de violación de derechos humanos, al decirse a manera de ejemplo, que los derechos de *lesa humanidad* y *genocidio* son imprescriptibles,

13 MONTECINOS, (Hernán) “Derechos Humanos entre realidades y convencionalismos: a 50 años de la Declaración Universal”, Ediciones Lar-Colección Estado y Sociedad, Concepción, Chile, primera edición noviembre 1998, págs 131-132.

14 VALVERDE GÓMEZ, (Ricardo) “Los derechos humanos: Parte general”, primera reimpresión de la primera edición, San José Costa Rica, EUNED, 1993, pág 45.

15 BEUCHOT, (Mauricio) “Derechos Humanos: Historia y Filosofía”, Distribuciones Fontamara S.A., México, primera edición, 1999, pág 59.

16 URIBE VARGAS, (Diego). “Los Derechos Humanos y el Sistema Interamericano”, Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1972, pág 205.

contrarios a la naturaleza y dignidad humana, a la vez que trascienden las épocas o temporalidad¹⁷.

Atítulo de recuento ilustrativo, caracterizaremos seguidamente tan solo dos vertientes derivadas del iusnaturalismo, en los lineamientos de las teorías contractualista y axiológica, que han tenido igualmente desde nuestra perspectiva enorme influencia sobre los derechos humanos.

3.2 Posición Contractualista

El contractualismo sugiere que para que se diera la condición básica de existencia de los derechos humanos, había que redefinir la idea de *libertad e igualdad*. La teoría del contrato según un autor, en su conjunto tenía una inclinación general hacia el liberalismo político¹⁸. Sin embargo parte de la premisa,

que el verdadero estado de libertad nace en el momento en que se funda el Estado moderno, con la suscripción de un Pacto Social que englobara todas las garantías principalmente de los individuos, direccionando las relaciones entre éstos y quienes detentan el poder representativo.

Con la superación de la época feudal, que no fue sino otro sistema social basado en relaciones de producción determinadas, los derechos de los individuos tenían que ser reconocidos, en principio, como iguales respecto a la propiedad y a la adquisición y disfrute de la misma¹⁹. El iusnaturalismo de corte racionalista, hace privar la idea del derecho sobre el individuo, y esta situación tiene raíces muy hondas: los siglos XVII y XVIII fueron escenario de tal idealización, que será llevada al extremo por HEGEL en el XIX²⁰.

17 A verbigracia, el Tribunal Penal Internacional ad-hoc para juzgar los crímenes en la antigua Yugoslavia, en la interpretación que realiza la Sala de Apelaciones del tribunal, mediante resolución del 2 de octubre de 1995 del artículo tercero de su Estatuto (referente a crímenes de guerra), es un claro ejemplo de cómo estos delitos tienen una base iusnaturalista. Puede consultarse al respecto, nuestro artículo, CHACÓN MATA, (Alfonso) "Protección de los Niños según el Derecho Internacional Humanitario: Un breve recuento de los Convenios de Ginebra hasta el desafío actual de la Corte Penal Internacional", [punto IV – "Necesidad de una instancia jurisdiccional de juzgamiento de las normas del DIH a favor de los grupos vulnerables. La Corte Penal Internacional" pp 99-106], en Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, VII-2007.

18 "La teoría del contrato, tomada en conjunto, no tenía porque ser empleada necesariamente como medio de limitar el poder del gobierno ni de defender la resistencia, aunque desde luego se utilizó con frecuencia para estos fines. Hobbes y Spinoza la adaptaron, o acaso la tergiversaron, para defender el poder absoluto. Altusio y Locke la utilizaron para defender una revolución triunfante. La mayor parte de los escritores, como Grocio y Pufendorf, siguieron un camino intermedio: sin justificar la resistencia, subrayaron las limitaciones morales que debían imponerse a los gobernantes. El punto verdaderamente fundamental de la teoría era el de que el derecho y el gobierno caen dentro del campo general de la moral; no son meras expresiones de fuerza sino que están sometidos a la crítica ética", SABINE (George H.) "Historia de la Teoría Política", Fondo de Cultura Económica, México, décima reimpresión, 1975, pág 319.

19 "...el derecho a la propiedad se había considerado previamente un derecho natural o, en otras palabras, un derecho fundamental e inalienable del hombre, (...) la idea de libertad era la de la libre propiedad, la libre posesión de la propiedad, y de ella surgiría posteriormente la idea de libre empresa, con todos los demás corolarios de la libertad. En cuanto a la idea de igualdad, también debió su origen al menos en parte, a la aparición de un nuevo tipo de propiedad. Significaba igualdad de todos respecto al derecho de adquirir propiedades pero observado con más detalle, su verdadero origen resulta estar relacionado con la idea política del Estado en el sentido moderno del término. (...) En consecuencia la igualdad era, digamos, una idea política y un derecho político, mientras que la libertad poseía un carácter económico, al menos en lo que se refería a sus orígenes".

20 VERGÉS RAMÍREZ, (Salvador), Op Cit, pág 28. Cfr: Al respecto véase el artículo de HORN, (Norbert) "Sobre el Derecho Natural Racionalista y el Derecho Natural Actual" págs 77-94, págs 77-94, en ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS, en ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, No 1, 1985.

La base de surgimiento para las ideas contractualistas, tiene sus sustento en el hecho que el hombre, antes de la aparición de lo que conocemos como el Estado de Derecho Moderno, vivía en lo que los contractualistas llamaban *estado de naturaleza*. En ese estado, el hombre era completamente libre, puesto que ninguna entidad institucional existía con la coercibilidad de poder ordenarle ninguna cosa. Sin embargo, en el fondo ese *estado natural es la guerra de todos contra todos*, y por ello el hombre está siempre preocupado por el temor a su prójimo. Como ha dicho un autor para caracterizar esta coyuntura, y refiriéndose al ser humano en este trance existencial, *“Su único fin en la vida, es conservarla, y este apasionado deseo de vivir, esta obsesiva ansiedad de eludir una muerte violenta, producen una incesante lucha por el poder. Sólo se puede lograr la paz si se elimina el peligro de guerra. De ahí que este estado natural sea detestable, pues no sólo faltan en él todas las ventajas de la civilización y la cultura, sino que existen en todo momento la ansiedad y el peligro de una muerte violenta”*²¹. Siguiendo con el Estado Natural, un autor clásico del liberalismo como lo fue JOHN LOCKE, caracteriza este fenómeno de la manera siguiente:

“Para comprender bien hombre libre en qué consiste el poder político y para remontarnos a su verdadera fuente, será forzoso que

consideremos cuál es el estado en que se encuentran naturalmente los hombres, a saber: un estado de completa libertad para ordenar sus actos y para disponer de sus propiedades y de sus personas como mejor les parezca, dentro de los límites de la ley natural, sin necesidad de pedir permiso y sin depender de la voluntad de otra persona.

*Es también un estado de igualdad, dentro del cual todo poder y toda jurisdicción son recíprocos, en el que nadie tiene más que otro, puesto que no hay cosa más evidente que el que seres de la misma especie y de idéntico rango, nacidos para participar sin distinción de todas las ventajas de la Naturaleza y para servirse de las mismas facultades, sean también iguales entre ellos, sin subordinación ni sometimiento, a menos que el Señor y Dueño de todos ellos haya colocado, por medio de una clara manifestación de su voluntad, a uno de ellos por encima de los demás, y que le haya conferido, mediante un nombramiento evidente y claro, el derecho indiscutible al poder y a la soberanía”*²².

Para este autor, no puede darse la mutación entre el Estado natural a la concepción artificial del Estado civil, sin antes asegurarse la condición elemental que priva entre los seres humanos: el resguardo de su libertad. Sin embargo, se ha criticado que cuando LOCKE habla del estado natural, todavía habla

21 FRIEDRICH, (C.J.), Op Cit, pág 130.

22 LOCKE, (John) “Ensayo sobre el Gobierno Civil” traducción del inglés por Armando Lázaro Ros, Editorial estudiantil, Federación de Estudiantes de la Universidad de Costa Rica, 1985, pág 5. Cfr: “Algunos, como Hobbes, pensaban que el hombre es, por naturaleza, egoísta y que, en ese estado de naturaleza, se imponía, por consiguiente, el que era más fuerte. Hay que suponer que entonces el hombre vivía en perpetuo temor, esperando que cualquier otro hombre más fuerte viniera a arrebatarse aquello que mediante su trabajo y esfuerzo había logrado obtener para satisfacer sus más elementales necesidades. En vista de este continuo miedo e incertidumbre, los hombres deciden un buen día en busca de tranquilidad y paz. Para ello deciden renunciar a su primitiva libertad y eligen un soberano, con poderes ilimitados, para que dicte las normas que al porvenir han de regular sus acciones. Normas morales y normas jurídicas proceden por igual de la voluntad y poder absolutos del soberano. La construcción de su compatriota Locke, el padre del empirismo inglés, es algo diferente. En el estado de naturaleza el hombre es completamente libre, como en Hobbes, pero ya entonces posee ciertos derechos naturales, como el del respeto a la vida y a su integridad por parte de los demás, el derecho a la propiedad de la tierra” ÁLVAREZ GONZÁLEZ, (Francisco) “El Pensamiento Moderno y la Idea del Hombre”, Op Cit, págs 110-111.

de dos derechos fundamentales, el derecho a la integridad corporal del ser humano y el derecho a la propiedad. Sin embargo, un autor ha sostenido que en el curso de su ensayo cambia su perspectiva y sostiene un solo derecho fundamental, que es reducido al de la propiedad²³.

La solución convencional propicia para trascender el Estado de Naturaleza, no podía ser otra más que la de constituir un Estado Civil, por cuanto dentro del primer estado mencionado, el hombre que necesita tutelar sus derechos fundamentales, exige el peso de la autoridad cuando se lesionan sus posesiones o pertenencias o en lo personal, castigando entonces, como deber correlativo al eventual infractor. Ahora bien, no es prudente ni justo ser, a la vez juez y parte; son pues, estas razones las que llevan a los hombres a renunciar al estado de naturaleza y a tratar de instaurar la sociedad civil o política. Mediante el pacto, los hombres renunciaron a su primitiva libertad a cambio de la garantía de que ahora podrán vivir una vida más tranquila, sin el desasosiego de tener que vivir en constante temor. Los derechos que ya antes tenían no los pierden; antes bien, ahora es cuando, gracias al poder del Estado, están en óptimas condiciones de poderlos disfrutar. Por esta razón, es menester indicar que dicho estado naturaleza no era del todo perfecto, ya que la ley natural puede ser transgredida, y se carecía completamente de un poder civil que

pueda controlar las violaciones suscitadas. Es así que se dice por parte de SAMOUR, que la Ley del Estado Naturaleza se presentaba deficiente, básicamente en tres puntos: 1) No es bastante clara. Si todos los hombres se guiaran por la razón, todos describirían y considerarían la misma ley. Pero los hombres se sienten atraídos por sus intereses y anteponen su interés respecto de las normas generales de la ley; 2) No hay un tercero que juzgue. Los hombres que juzgan sus propios asuntos son presa fácil para dejarse llevar por la pasión y la venganza; y 3) En el estado naturaleza la parte perjudicada no es siempre bastante fuerte para ejecutar una sentencia de ley justa²⁴.

Con el surgimiento del Estado organizado se legitima la aparición del contrato social, el cual es caracterizado por ROUSSEAU, así *“Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por lo cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino así mismo y permanezca tan libre como antes. Tal es el problema fundamental que resuelve el Contrato Social”*²⁵. En la intensión del anterior autor, la teoría de la voluntad general disminuía mucho la importancia del gobierno. La soberanía pertenece sólo al pueblo como cuerpo, en tanto que el gobierno es un mero órgano que tiene poderes delegados que se le pueden retirar o modificar según lo quiera la voluntad del pueblo. El único gobierno es, por lo tanto, la democracia directa, en la que

23 HINKELAMERT (Franz J) “El Sujeto y la ley”, Editorial Universidad Nacional, Heredia, Costa Rica, primera edición, 2003, pág 109. Sigue refiriéndose el autor sobre este aspecto, de la siguiente manera: “En Locke todo está bajo la perspectiva de la dominación de esta igualdad contractual sobre las sociedades que se hallan fuera del dominio burgués, y toda la ideología burguesa surge a partir de la libertad e igualdad contractuales entre iguales. Esta libertad o igualdad contractual es básicamente el contrato de compra y venta, pero más aún: todos los intercambios son vistos ahora en términos contractuales, esta idea acompaña a la sociedad burguesa hasta hoy” pág 124.

24 SAMOUR, (Héctor) “Estudios teóricos: democracia, liberalismo y derechos humanos”, Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, Instituto de Derechos Humanos (IDHUCA), San Salvador, marzo de 1987, pág 22

los ciudadanos pueden estar presentes en la asamblea comunal²⁵. Lo paradójico del asunto es que se habla de conceptos de delegación y representación, que permitan implementar las garantías de libertad de opinión, participación y elección individual, sin embargo, dentro de la concepción de la teoría de la voluntad general, los derechos individuales ceden y desaparecen ante el bienestar común.

Siguiendo con el mismo ROUSSEAU, el hombre en estado natural no puede ser agresivo, pues es débil, solo y aislado; es por otra parte asocial y sus necesidades son mínimas, éstas se reducen a la subsistencia y a la reproducción. El hombre aquí es libre e igual a él mismo. De lo anteriormente dicho, se concluye que libertad e igualdad deben ser los componentes inseparables y permanentes de todo derecho del individuo. En este sentido radica su frente de legitimación y por lo tanto deben mantenerse inalterables²⁷.

A través de las diversas teorías contractualistas de la sociedad civil, van adquiriendo carta de naturaleza los derechos que corresponden a los individuos y que la sociedad organizada debe reconocer y respetar, puesto que se han dimensionado en beneficio de la colectividad. Sobre el contractualismo, PEDRO DE VEGA GARCIA hace un interesante relato al respecto:

“Decíamos antes que todos los contractualistas, salvo Hobbes y Rousseau, habían mantenido que la libertad natural no podía, en ningún caso, ser lesionada por el pacto. Hobbes

sacrificó esa libertad al Leviathan, en aras a la seguridad, a la conservatio vitae que el propio Leviathan proporcionaba. Lo que significa en Hobbes no existe propiamente una teoría del contrato social, sino una teoría del contrato político, en la medida en que con el contrato se pasa directamente del status naturae a la societas politica, esto es, al Estado. Por el contrario, en Rousseau, para quien la voluntad individual queda supeditada a los imperativos de la voluntad general, el contrato termina con la creación de la sociedad, o lo que es lo mismo, y a diferencia de lo que ocurría en el caso de Hobbes, en Rousseau existe una teoría del contrato social, pero no una teoría del contrato político. Se podrá o no estar de acuerdo con ellos, pero lo que resulta incontestable es que en ninguno de los dos aparece la mínima ambigüedad.

La ambigüedad se crea desde el momento en que, en el noble intento de salvar los derechos propios del estado de naturaleza, el resto de los teóricos del pactismo convierten a la libertad natural en un a priori indiscutible y exento tanto de las consecuencias del pacto político como de las consecuencias del propio pacto social. De este modo, para evitar las conclusiones extremas a las que conducía el razonamiento de Hobbes, se enarbolará la primacía de la libertad natural frente al pacto político (acto constitucional), dejando reducido el contenido del pacto a la pura dimensión social en la que lo situaba Rousseau, pero sin enfrentarse al dilema subyacente en toda la argumentación rousseauniana..”²⁸.

25 ROUSSEAU, (Juan Jacobo) “El Contrato Social”, Editorial Universitaria Centroamericana, EDUCA, sexta edición, San José, 1987, pág 57.

26 SABINE (George H.) Op Cit, pág 435.

27 SALAZAR LEIVA, (Carlos) “Rousseau y los ideales de la Revolución Francesa” pág 35 en JIMÉNEZ MATARRITA, (Alexander) et al, “Sociedad Moderna y Contemporánea: una visión filosófica,” publicaciones de la Asociación de Profesores de Filosofía de Estudios Generales, U.C.R., Librería La Mini, primera edición, 1991.

Las teorías contractualistas, iban a sentar los cimientos de la idea de poder político y legítimo, tomado aquí en el sentido correcto y justo. No se puede hablar de cualquier poder político como legítimo, sino sólo aquel que es producto de un acuerdo voluntario entre personas libres. Por ello, no es dable hablar de una *autoridad política natural* pues ésta no existe, sino que se tratará en contrapartida, de un producto artificial/convencional de poder²⁹. La importancia que desde nuestra óptica tienen estos postulados, radica en que se gesta una *nueva libertad en sociedad*, la cual consiste en no estar sometido a otro poder legislativo que al que se establece por consentimiento dentro del Estado, ni al dominio de voluntad alguna, ni a las limitaciones de ley alguna, fuera de las que ese poder legislativo dicte de acuerdo con la comisión que se le ha confiado³⁰.

Se ha dicho para concluir, que la aportación de las teorías contractuales a la historia de los derechos humanos es un elemento indispensable de destacar a la hora del estudio de las bases doctrinales que posibilitarán

a finales del siglo XVIII, las declaraciones liberales de derechos, y que *“Junto con las teorías del derecho natural racionalista confirmarán las razones a favor de una teoría de los derechos naturales”*³¹. El contractualismo sienta los postulados del moderno Estado de Derecho, y de la manera en que a través de éste, se genera posteriormente un interés por los derechos y libertades de la ciudadanía. Esta última, lucha dentro de una confrontación dialéctica por una mayor expansión de derechos, siendo una constante actividad que redundará en la vigencia de los derechos humanos a través de las conquistas sociales, como constante inequívoca de la historia de la humanidad.

3.3 Posición Axiológica

Existen diversas teorías que explican el concepto y validez en sí, de lo que denominamos como valores. En la antigüedad con excepción de PLATÓN con su teoría de las Ideas, (donde la idea del bien era la jerárquicamente superior) los filósofos poco meditaban sobre la

28 “Para evitar tener que pronunciarse ante ese dilema, el pensamiento contractualista no se le ofrecía otro remedio que recurrir al entendimiento de la sociedad más que como resultado de un contrato, como un fenómeno natural al que se le colocaba en el mismo plano que los propios derechos y libertades naturales. La sociedad como la libertad acaba siendo así un hecho de naturaleza, una natura y no una natura naturata. Lo que equivaldría a decir que el estado de naturaleza se hace coincidir con el estado social. Con lo cual la teoría contractualista terminaría, como advirtió Battaglia, anulándose a sí misma, y a que ni definió ni precisó el contenido del contrato político, como hizo Hobbes, ni definió ni precisó el contrato social, como hizo Rousseau. La sociedad, en lugar de regirse por las reglas de un contrato, pasaba a funcionar conforme a los dictados de un hipotético y misterioso orden natural que expresaría por sí mismo la racionalidad objetiva del mundo social. El pacto social más que como un ente de razón, según el clásico calificativo de Kant, como habría que entenderlo sería como un ente de ficción.

Pero se trataba de una ficción necesaria a cuyo través se podía colocar al Estado al margen de toda injerencia en la regulación de la libertad privada de los individuos, al tiempo que se permitía a la sociedad (surgida del contrato, y a su vez, ambivalentemente entendida como fenómeno natural) proceder a la ordenación de los derechos fundamentales”, DE VEGA GARCIA, (Pedro), “La Crisis del Concepto Político de Constitución en el Estado Social”, en “Liber Amicorum: Héctor Fix-Zamudio”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Volumen I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, San José, 1998, pp 599-600

29 PECES-BARBA MARTÍNEZ, (Gregorio), y otros, “Historia de los Derechos Fundamentales”, Op Cit, pág 9.

30 Así lo aduce LOCKE, (John) Op Cit, pág 19.

31 FERNÁNDEZ GARCÍA, (Eusebio) Capítulo VI (“La Aportación de las Teorías Contractuales”) en PECES-BARBA MARTÍNEZ, (Gregorio), y otros, “Historia de los Derechos Fundamentales”, Op Cit, pág 7.

naturaleza de los valores. Al respecto, se han establecido posiciones sobre la objetividad u subjetividad de los valores; en el primer caso existen independientemente de los sujetos y cuando hablamos de la percepción subjetiva se deben a reacciones psicológicas o fisiológicas de los sujetos. Esta postura axiológica en relación a los derechos humanos, tiende a denotar que los citados derechos en el fondo corresponden a valores, y es en ese marco que deben partir todos aquellos enfoques que tiendan a analizar su vigencia.

Claro está, llegar a un consenso con respecto a qué tipo de valores cimentan la estructura de los derechos humanos, no es tarea fácil, y nunca ha demostrado serlo a través de las centurias de la historia del pensamiento. La concepción estoica bajo su teoría de un derecho natural (fundado en la razón que rige todo el universo) subraya la dignidad humana y propugna una comunidad de todos los hombres fundada sobre la base de libertad e igualdad como valores universales. A este derecho natural le corresponde la función de inspirar las normas de derecho positivo –como lo hemos visto antes en la posición jusnaturalista-, y la razón va cobrando vigencia frente a la tradición con la *Escuela Clásica del Derecho Natural*, que se nutre con los cimientos de la filosofía moderna³².

El estudio y aplicación del Derecho, no se encuentra exento de las valoraciones que se realizan constantemente, en torno a los principales valores que impregnan este campo. No obstante, tenemos que la misma concepción de “valores jurídicos” encierra en si misma una discrepancia teórica, que MAXIMO PACHECO la describe de la siguiente manera:

“la discrepancia no tiene su origen en las diferencias de precisión de las observaciones, sino en la falta de un criterio apropiado para el descubrimiento. Rara vez se plantean los autores este problema. Hablan de “valores jurídicos” como si fuera obvia lo legítimo de esa especificación, frente a valores de otra clase, por ejemplo, valores éticos, religiosos o estéticos (...) Si no explicitamos criterio diferencial alguno, no se ve por qué hemos de considerar jurídico solo el orden, la paz, la seguridad y la justicia. ¿Por qué no también la solidaridad, el poder y la cooperación como lo hace CASSIO ¿ y por qué no también otros valores como la prudencia, la eficiencia, la prosperidad, la libertad o el pudor? ³³”.

Teóricamente, un diálogo sobre qué es lo bueno, sobre cuáles han de ser los valores y las normas morales a las que ha de adecuar su comportamiento la humanidad entera, en

32 “Con Hugo Grocio empieza a extenderse la escuela del derecho natural, como un intento en gran escala de constituir un sistema de normas universales, fundadas en la naturaleza humana, cognoscibles por la razón y obligatorias, aunque no hubiese Dios y se tornen inevitables que ni el mismo Dios podría alterarlas”. RECASENS SICHES, (Luis). “Tratado General de Filosofía del Derecho”, editorial Porrúa, séptima edición, México, 1981, pág 370. Sobre la influencia de ésta escuela, JOSE LUIS DEL VALLE ITURRIAGA, establece el siguiente comentario; “La reacción ideológica contra el afán de emancipación racional del hombre, la encontramos en la formación de la Escuela del Derecho Natural, que se desarrolla en los siglos XVII y XVIII, y en la que sus valedores especulan libremente en torno a la existencia de un primitivo estado de naturaleza anterior a la formación de la sociedad política, en la cual todos los hombres libres e iguales tenían derechos naturales, inalienables, imprescriptibles y sagrados.

Las enseñanzas de la escuela del Derecho Natural, se refieren a los derechos individuales anteriores y superiores al Estado que no derivan del mero discurrir racional, ni pueden enumerarse taxativamente, ni tienen la fijeza e invariabilidad de un texto uniforme, con vigor idéntico en todas las épocas y lugares, ni son ilimitados, sino sometidos a las justas exigencias del bien común” en “Ciclo Académico Conmemorativo del XX Aniversario de la declaración Universal de Derechos Humanos”, Op Cit, pág 70.

33 PACHECO, (Máximo) “Introducción al Derecho”, Santiago, editorial Universidad de Chile, 1989, pág 473.

el que participaran todos los seres humanos, en condiciones de igualdad, y en el que se llegara a acuerdos racionales, fundamentaría de forma completa esos valores. A manera de ejemplo, en el contenido de la Declaración Universal se encuentran, de acuerdo, hombres de diversas creencias, de mentalidades diferentes, de posiciones sociales y económicas distintas. Esta situación genera que se puedan considerar como valores con plena adherencia o validez universal, pudiéndose considerar en la actualidad como la expresión más fundamentada acerca de qué es lo bueno. No obstante lo anterior, es cierto que esta fundamentación no es absoluta y tiene carácter histórico, puesto que recoge acuerdos actuales y no se puede saber qué es lo que acordarán los hombres en el futuro. Es cierto, también, que en su formulación actual hay posiblemente insuficiencias y tiene que ser completada. Pero, ¿acaso hay algo humano, alguna creación humana, que sea perfecta y que sea para siempre?³⁴.

Si nos circunscribimos a la corriente doctrinaria jurídica, existen posiciones como la de RADBRUCH que reduce la valoración jurídica solamente a la *seguridad y la justicia*.

La escuela Cossista agrega a los valores anteriores el *poder, cooperación y solidaridad* reconociendo que tal enumeración cerrada podría ampliarse con el descubrimiento de nuevos valores³⁵. Para otros como el tratadista español ANGEL LA TORRE, se pone énfasis en determinados valores, como por ejemplo;

el de la seguridad que se subdivide a su vez en “Seguridad en las relaciones jurídicas” y “Seguridad frente al Estado” y la justicia debe relacionarse con la igualdad y legalidad³⁶. Sin duda alguna, toda esta escala de valores, conlleva a plantearse cuales son esenciales o preponderantes, tratándose de una disciplina como los derechos humanos. Es así que al analizar el impacto de determinados valores, vamos a encontrarnos que su incidencia es clara en un sistema jurídico, debido a que la carencia o arbitrariedad en la implementación de los mismos, tiene incidencia directa para los derechos en estudio. Piénsese en valores que son frecuentes de reconocer, a verbigracia el *orden, la paz, la seguridad y la justicia* como los valores comúnmente perseguidos en una comunidad jurídica. En otra oportunidad, hemos escudriñado la posibilidad que una trilogía específica de valores (libertad, bien común y orden público), puedan ser considerados como los fundantes de los derechos humanos; sin éxito alguno³⁷. Por lo tanto la ciencia del derecho tiene una estimativa jurídica que permite considerar que valores jerárquicamente son los necesarios para regular la conducta humana en sus relaciones comunitarias. Estos valores se traducen en normas jurídicas, y según lo establece RECASENS SICHES, “...se deberá determinar desde que punto de vista, en qué y de que manera, dichos valores pueden ser tomados como criterios inspiradores de las normas jurídicas. Se habrán de determinar, además, las leyes

34 BAIGORRI, (José Antonio), CIFUENTES (Luis María), ORTEGA, (Pedro), PICHEL, (Pichel) y TRAPIELLO, (Víctor) “Los derechos humanos. Un proyecto inacabado”, Ediciones del Laberinto, Madrid, 2001, pág 60.

35 PACHECO, (Máximo) Op Cit, pág 474.

36 LA TORRE, (Ángel) “Introducción al Derecho”, Editorial Ariel, Barcelona-Caracas-México, séptima edición, 1976, pág 42. Cfr. CASTAN TOBEÑAS, (José) “Los Derechos del Hombre”, Reus s.a., Madrid, 1969 pp 56-97 (“Los elementos normativos de los Derechos Humanos”).

37 Véase lo expuesto en el punto II del ensayo titulado “Del fundamento axiológico e interpretativo de los derechos humanos”, que es un trabajo inédito próximo a publicar.

*de jerarquía entre las diversas especies de valores, para su combinación e interferencia en la regulación jerárquica: cuándo deberán prevalecer los unos y cuando los otros, y cómo deberán articularse entre sí*³⁸.

La estimativa jurídica elaborada por el autor anteriormente citado, se inspira en la doctrina de los valores y sus tareas principales serán: 1) Determinar los valores supremos que en todo caso deben inspirar el derecho, los valores que dan lugar a normas ideales de carácter general; 2) Averiguar que otros valores pueden y deben normar la elaboración del Derecho en determinados casos y supuestas unas ciertas condiciones, establecer los nexos de esos valores en los primeros; 3) Establecer qué valores, a pesar de serlo y de ocupar un alto rango en la jerarquía axiológica, en ningún caso y de ninguna manera pueden ser transcritos en las normas jurídicas; 4) Investigar las leyes de la relación, combinación e interdependencia de las valoraciones que confluyen en cada uno de los tipos de situaciones sociales; y 5) Estudiar las leyes de realización de los valores jurídicos³⁹. A manera de recuento, diremos que esta ecuación de valores propuesta por el autor se torna importante, debido a que los derechos humanos son en última instancia, un conjunto valores codificados y positivizados. Quizás disentiemos de pensar que entre los valores prevalecientes en los derechos humanos, existan aquellos que no puedan ser plasmados en normas debido a que éstas son las provisiones que nos indican con certeza,

cual es el valor o valores que están inmersos coadyuvando en dimensionar como referente, las diferentes obligaciones de hacer o no hacer, que recaen sobre el sujeto pasivo o infractor, siguiendo con la clasificación de REY CANTOR y RODRÍGUEZ RUIZ⁴⁰.

Más contemporáneamente, ha surgido otra tesitura de análisis axiológica de los derechos humanos, que propugna en términos generales, estudiar la implicación entre *necesidades y valores*. La profesora MARIA JOSE AÑON ROIG nos dice que las necesidades tienen sentido porque están referidas a valores y éstos son inmanentes a la realidad de las necesidades. En la medida en que las necesidades constituyen las raíces de la realidad práctica y contienen implícitamente a los valores, sirven fundamentalmente como criterio de interpretación y valoración de la praxis⁴¹. Otros expositores de tal postura, han enunciado que *los valores no pueden existir con independencia de las necesidades*; “... en opinión de BUNGE, no podemos decir que valoramos cualquier cosa que deseamos, porque no podemos tomar en consideración lo que queremos, sino lo que necesitamos. Sostener que algo es valioso significa establecer que algo tiene capacidad para satisfacer necesidades”⁴². Para G.PONTANA, junto a los deseos, aspiraciones, objetivos o valores particulares, toda persona tiene unas preferencias fundamentales en el sentido de que “Cada uno debe tenerlas razonablemente por cuanto su satisfacción es una condición

38 RECASENS SICHES, (Luis). Op Cit, págs 493-494.

39 Ibid, págs 494-495.

40 Los autores establecen la siguiente clasificación: a) El sujeto activo; b) El sujeto pasivo; c) La demanda del sujeto activo; d) La prestación u obligación del sujeto pasivo y e) La relación jurídica (interacción); REY CANTOR, (Ernesto) y RODRÍGUEZ RUIZ, (Carolina) “Las Generaciones de los Derechos Humanos: Libertad- Igualdad – Fraternidad”, Universidad Libre de Colombia, Rectoría Nacional, Facultad de Derecho, tercera edición, Bogotá Colombia, junio 2005, pág 37-38.

41 AÑON ROIG, (María José). “Necesidades y Derechos: Un Ensayo de Fundamentación”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

42 Ibid, pág 274.

*necesaria para poder perseguir la satisfacción de cualquier otra preferencia*⁴³. Ha sido de interés para la doctrina, explicar el vínculo entre necesidades y valores, y en este sentido el catedrático español PEREZ LUÑO, considera que se debe demostrar el carácter objetivo de las necesidades: *“Las necesidades en cuanto a datos sociales e históricamente vinculadas a la experiencia humana poseen una objetividad y una universalidad que hace posible su generalización a través de la discusión racional y el consenso, para llegar a su concreción en postulados axiológicos”*⁴⁴.

A título de recuento final, la postura axiológica o de estimativa jurídica, tratará de explicar cuál o cuales son los valores fundantes de los derechos humanos, siendo por supuesto, un debate que no se torna nada fácil de resolución. Los valores son provisiones subjetivas de concebir la realidad circundante, y por esta razón, conllevan en su estructura la polémica; la variabilidad; la opción particular; situaciones que dificultan llegar a un consenso válido ante diferentes operadores jurídicos. Asimismo, se discute en esta posición constantemente, aspectos tales como ¿Cuál es la fuente de los valores que irradian los D.H.? ¿Cómo surgen y de donde vienen éstos valores? ¿A qué objetivo responden?, por lo que estimamos que la discusión es por demás, fecunda y disímil en

esta materia por la variedad o contraste entre las opiniones y criterios vertidos.

3.4 Posición de Derechos Morales/ Fundamentación Ética

Algunos autores hablan de un renacimiento de las teorías jusnaturalistas bajo parámetros enfatizadores de corte ético-morales, que en esencia responden a una nueva idea del <<derecho natural>>, aunque sus protagonistas rara vez utilizan este término para referirse a sus doctrinas. Este resurgimiento comienza con RONALD DWORKIN quien lanzó en los años sesenta un ataque a las tesis positivistas de HART. En los últimos años, se ha incrementado notoriamente el número de pensadores que cabe calificar como partidarios del derecho natural: RAWLS y NOZICK en los Estados Unidos; FINNIS en Inglaterra⁴⁵, siendo NINO, PACHECO y FERNÁNDEZ, quizás entre los representantes más connotados con los que se cuenta en Iberoamérica.

Esta corriente de juristas utiliza comúnmente la expresión “derechos morales” que proviene esencialmente de académicos del derecho anglosajón, adoptada por autores de lengua hispana como veremos más adelante, aunque igualmente ha contado doctrinariamente con sus opositores⁴⁶. Hemos creído conveniente

43 Ibid, pág 275.

44 PEREZ LUÑO, (Antonio E.). “Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución”, Tecnos, Madrid, 1984, pág 182.

45 BULYGIN, (Eugenio) “Sobre el estatus ontológico de los derechos humanos”, pág 81 en Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Madrid-España, 1987.

46 La profesora RODRÍGUEZ PALOP, nos dice al respecto lo siguiente: “La tesis de los derechos morales antepone la autonomía privada a la autodeterminación colectiva estableciendo contenidos materiales previos a cualquier dialogo, condiciones materiales excluyentes que coinciden únicamente con las exigencias de la libertad y que no atienden, por razones de escasez (dicen), a las reivindicaciones sociales más fuertes. Este discurso de tintes liberales no encaja en un espacio internacional multicultural donde el dialogo está siempre a punto de empezar, resulta extremadamente cerrado, monolítico y obsoleto y, por supuesto, excluye del discurso de los derechos humanos reivindicaciones que, como las ambientales, se consideran innecesarias, cuando no estafalarias o excéntricas”, RODRÍGUEZ PALOP, (María Eugenia) “De la reivindicación ambiental y los derechos humanos: Venturas y desventuras”, pág 60 en RIECHMANN, (Jorge) editor “Ética Ecológica: Propuestas para una reorientación”, Una ética para la sustentabilidad. Manifiesto por la vida. Aprobado por el sobre el simposio sobre ética ambiental y desarrollo sustentable, reunido a instancias de la XIII Reunión del Foro de Medio Ambiente de América Latina y el Caribe, Bogotá, 2002.

establecer los prolegómenos de esta clasificación, con la finalidad de acentuar la dimensión ética en la visualización de los derechos humanos y para este acometido, desglosaremos algunos postulados en aras de ilustrar más esta posición.

Comenzamos diciendo que el profesor CARLOS SANTIAGO NINO, relaciona la fundamentación del concepto de derechos humanos con “principios morales”, los cuales presentan una serie de características:

- a) Los principios morales a que alude son tales que si existieran, su existencia estaría dada por su validez o aceptabilidad y no por su reconocimiento efectivo o aceptación real por ciertos individuos; no son, en consecuencia, principios de una moral positiva sino de una moral crítica o ideal que puede o no tener vigencia en algún ámbito;
- b) Si estos principios fueran aceptados para justificar ciertas conductas, ellos serían aceptados como justificación final de esas conductas; es decir, no hay principios de otra clase que prevalezcan sobre ellos para valorar una acción que esté comprendida en su dominio;
- c) Los principios morales pueden valorar cualquier conducta (en especial, tanto acciones que solo conciernen al agente como las que interesan a terceros; tanto acciones de funcionarios como de particulares, etcétera)⁴⁷.

Estos principios anteriormente citados, se encarnan a través de lo que él considera como *derechos morales*, que se conceden tomando como única propiedad relevante de sus beneficiarios, “...la de pertenecer a la especie humana, de aquí se infiere que todos los hombres poseen un título igual a esos derechos en la medida en que todos exhiben en el mismo grado esa propiedad relevante”⁴⁸.

Lo expuesto líneas atrás, implica que los principios fundamentales en los que los derechos humanos derivan son categóricos, en el sentido de que ellos no condicionan la titularidad de tales derechos a la posesión de una u otra característica. Estos principios son *erga omnes*, o sea se aplican a todos individuos o entidades, que pueden gozar o ejercitar en cierto grado los derechos generados por estos principios⁴⁹. Esto presupone, naturalmente, la distinción entre ser titular de un derecho y estar capacitado para ejercerlo, lo que supone que estamos hablando de una habilidad o conocimiento específico (p.e. tengo el derecho de comunicarme o de expresarme, pero solo podría hacerlo en la lengua nativa o la que adquiera por conocimiento).

THOMAS NAGEL propone una formulación tajante de este punto de vista: la existencia de derechos morales no depende de su reconocimiento político ni de su observancia sino, más bien, de la cuestión moral de si existe una justificación decisiva que permita incluir estas formas de inviolabilidad en la situación

47 NINO, (Carlos Santiago) “Ética y Derechos Humanos: Un Ensayo de Fundamentación”, Ariel Derecho, Barcelona, 1ª Edición: Noviembre 1989, pág 20. Cfr: Para DONNELLY, “La “naturaleza” humana que fundamenta a los derechos humanos es una afirmación moral, una caracterización moral de las posibilidades humanas”, DONNELLY, (Jack) “Derechos humanos universales en teoría y en la práctica” trad. Ana Isabel Stellino, México, Ediciones Gernika, primera edición, 1994, pág 35.

48 Ibid, pág 43.

49 Ibid, pág 45.

de cada miembro de la comunidad moral. La realidad de los derechos morales entonces, es puramente normativa antes que institucional, aunque, evidentemente, se puedan crear instituciones con el objeto de garantizar su cumplimiento⁵⁰. Sin embargo habría que decir que la distinción entre cuestiones normativas e institucionales no proviene simplemente—como pareciera implicar NAGEL al no establecer diferencia alguna entre los “derechos morales” y los “derechos humanos”—del hecho de que los derechos humanos tienen justificación moral. Para un autor como TASIOULAS, lo que subyace a dicha perspectiva es la idea de que todos tienen el derecho moral de tener derechos humanos simplemente por el hecho de ser seres humanos. Esta caracterización parece implicar que no es necesario tomar en cuenta las relaciones especiales que existen entre personas, grupos e instituciones para determinar cuáles derechos humanos existen. Y esto es así, aunque la capacidad humana para establecer este tipo de relaciones sea una consideración pertinente para la identificación de los derechos humanos⁵¹. En alguna medida, DONNELLY se acerca a las anteriores posturas, no sin antes acotar enfáticamente que al igual que otras prácticas sociales, los derechos humanos surgen de la acción humana; “...el hombre no los recibe de Dios, de la Naturaleza o de los hechos físicos de la vida. Representan una elección social de cierta visión moral particular de la potencialidad humana, la cual descansa en una descripción sustancial particular de los requisitos mínimos para una vida digna”⁵².

Con una tesis confrontativa, la profesora ZIMMERLING manifiesta los peligros que pueden suscitarse con una fundamentación moral de los derechos humanos, en los términos anteriormente repasados. Sugiere que de acuerdo al significado básico de un derecho humano, habría que entender que se trata sobre, *un derecho del que es portador todo ser humano, simplemente por ser tal*. No obstante, esta aseveración hace difícil la argumentación de la existencia de tales derechos morales. Considera que la noción misma de un derecho que por definición, pertenece a todo ser humano, a toda persona individual, cualquiera que sean sus circunstancias de vida particulares, tiene un efecto altamente restrictivo del contenido posible de ese tal derecho, por las siguientes razones:

1º Si se toma en serio la idea moral de un derecho no condicionado por ninguna otra característica como no sea la de pertenecer a la especie humana, se sigue que los derechos humanos tienen que ser los mismos para *todas* las personas. Si pertenecen a todas las personas en sus episodios temporales de pasado, presente, y futuro, significaría que son necesariamente *atemporales*.

2º Por otra parte, si se quiere que tenga algún sentido práctico, el contenido de un derecho humano así entendido no puede ser tal que la posibilidad del cumplimiento de los deberes correspondientes sea contingente (que puede suceder). Son derechos *inherentes a todas* las personas y no dependen entonces, de

50 Citado por TASIOULAS, (John) “La realidad moral de los derechos humanos” pág 41 en Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos “Anuario de Derechos Humanos 2008”, Santiago de Chile, Anuario No 4, 2008.

51 TASIOULAS, (John) Op Cit, pág 42.

52 DONNELLY, (Jack) Op Cit, pág 35.

circunstancias históricas concretas para su realización⁵³.

Para tratar de solventar todo el anterior debate doctrinal sobre el reconocimiento moral de los derechos humanos, sin duda alguna, un autor que ha aportado contemporáneamente al estudio desde esta dimensión en las relaciones sociales y humanas, y lo ha hecho de una manera integrada a variables axiológicas y jurídicas, ha sido el profesor JOHN RAWLS. En una época relativamente reciente, este autor formuló su *Teoría del Constructivismo Ético*, aparecida en 1980 en un artículo denominado "*Kantian Constructivism in Moral Theory*", y que en términos muy generales concibe la posibilidad de establecer una conexión particular de la persona y los primeros principios de justicia, por medio de un procedimiento en construcción. Es una visión grosso modo kantiana, tratando de llegar a una verdad ética, con independencia de los miembros de la colectividad, y la define como:

"la búsqueda de fundamentos razonables para llegar a un acuerdo que hunda sus raíces en la concepción que tenemos de nosotros mismos y de nuestra relación con la sociedad, reemplaza la búsqueda de la verdad moral entendida como fijada por un orden de objetos

*y relaciones previo e independiente, sea natural o divino, un orden aparte o distinto de cómo nos concebimos a nosotros mismos"*⁵⁴

Lo relevante entre otras cosas, de esta postura ética, radica en que esta búsqueda se hará a través del denominado mecanismo de *justicia procedimental pura*, en el que el autor pretende asegurar que no existe justicia independiente; lo justo viene por el resultado del procedimiento mismo. Para lograr este acometido, RAWLS concibe una serie de pasos tales como el de posición original; velo de ignorancia; acuerdo sobre los principios de justicia; contenido de los principios de justicia y acuerdo entre ellos; corrimiento del velo de ignorancia; sociedad ordenada etc. Según este autor, los principios de justicia son, en una sociedad bien ordenada, previos a las pretensiones del bien; ello significa que entre otras cosas, los principios de la justicia y los derechos y libertades definidas, no pueden en tal sociedad ser postergados por consideraciones de eficiencia y un mayor saldo neto de utilidad social⁵⁵.

Esta construcción individual de la ética —el autor concibe de igual manera el individualismo político, económico y metodológico—, se basa en que la moral es un asunto esencialmente individual. El individuo es la fuente de la

53 ZIMMERLING, (Ruth) "Los derechos humanos en un mundo globalizado y unipolar: contra la devaluación conceptual y el cinismo práctico" págs 86-87 en Isonomía : Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, núm. 20, abril 2004.

54 MASSINI CORREAS, (Carlos I.) "Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls", Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2004, pág 24. Cfr: Para CARLOS SANTIAGO NINO, "El discurso moral está dirigido a obtener una convergencia en acciones y actitudes, a través de una aceptación libre por parte de los individuos, de principios para guiar sus acciones y sus actitudes frente acciones de otros. Este es el rasgo de autonomía de la moral, que fue insuperablemente señalado por Kant al sostener que lo que da valor moral a la acción no es el miedo o la inclinación sino el respeto voluntario a la ley, que convierte al agente en su propio legislador", NINO, (Carlos Santiago) Op Cit, pág 109.

55 MASSINI CORREAS, (Carlos I.) Op Cit, pág 25. Cfr: Puede consultarse en esta misma obra sobre el particular, el Capítulo III que se denomina "Valoración del constructivismo rawlsiano" pp 37-48. En igual sentido, la obra de MARTÍNEZ GARCÍA, (J.L), "La teoría de la justicia en John Rawls", Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985. Para una mayor aproximación a la temática, véase al mismo RAWLS, (John) "La Justicia como Equidad", Paidós Editorial, versión traducida al español, Madrid, España, 1997, págs 69-100.

moralidad, es decir, de los valores morales, de los principios éticos y el creador de los criterios de evaluación moral. La persona es el árbitro de los valores morales porque goza de autonomía y dignidad. Esta idea es una consecuencia de la teoría moral Kantiana, ya que sólo cada una de las personas puede juzgar la universalidad de sus acciones⁵⁶. RAWLS deduce tres características relacionadoras entre los ciudadanos y los poderes morales mencionados:

1. Los ciudadanos pueden verse a sí mismos como seres dotados de un poder moral que los capacita para tener una concepción del bien. También son capaces de revisar y cambiar, si es necesario, su concepción de acuerdo con fundamentos racionales y razonables. Los ciudadanos en cuanto personas libres son independientes y no pueden ser identificados con una concepción del bien preestablecida.
2. Los ciudadanos se ven a sí mismos como personas libres, porque son fuentes de las que surgen peticiones válidas. Dichas peticiones tienen un peso que es independiente de los deberes y obligaciones especificadas en la concepción política de la justicia.
3. Los ciudadanos tienen la capacidad de responsabilizarse de los fines que persiguen, así como de la valorización que den a sus peticiones; así, la concepción de la persona como libre, igual, portadora de poderes morales y fuente de peticiones válidas, es la idea básica intuitiva que se encuentra implícita en la cultura pública de una sociedad democrática⁵⁷.

La actitud ética para ejercer los “poderes morales”, supone como podemos apreciar, la

constitución de un ser humano que apela a su racionalidad intrínseca para discernir el bien del mal, y sobre todo, para poder encausar su accionar ante situaciones adversas que le impidan guiarse según dichos postulados. El hombre moral en RAWLS, es concebido en estado de libertad permanente, debido a que en última instancia será esta condición la que le permitirá ser responsable y dueño absoluto de sus actos. Esta concepción no dista mucho de la posición mayoritaria que ha privado en la dogmática filosófica de la ética; el ejercicio de las capacidades éticas es una facultad que solo es posible realizarla en libertad.

En años posteriores, se ha dicho que este célebre exprofesor de Harvard, tuvo un viraje en su concepción inicial al pasar a reformular su teoría de construccionismo ético de carácter integral, a un construccionismo solamente político. En esta nueva etapa, concibe que una teoría ética no es lo suficientemente factible, en sociedades extremadamente pluralistas como lo son las existentes en las democracias avanzadas⁵⁸. Independientemente de este giro en las posturas *rawlsianas*, para efectos de este ensayo, lo que nos interesa destacar es lo concerniente al asocio que realiza este académico, entre el régimen de libertades existentes en una sociedad, que derivan a su vez de un régimen de justicia ponderado y estructurado para la mayor satisfacción de los ciudadanos, y la posibilidad de ser encausados ambos valores únisonamente hacia un fin ético. Es decir, sin ánimo de querer ser determinantes y contundentes en nuestro

56 DIETERLEN, (Paulette) “Ensayos Sobre Justicia Distributiva”, Biblioteca de Ética. Filosofía del Derecho y Política No 51, Colección dirigida por Ernesto Garzón Valdés (UNAM) y Rodolfo Vásquez (ITAM, México), Distribuciones Fontamara S.A., México, setiembre 1996, pág 92.

57 DIETERLEN, (Paulette) Op Cit, pág 97.

58 MASSINI CORREAS, (Carlos I.) Op Cit, pág 30.

análisis –ya que somos conscientes de la ligereza con la que estamos tocando tan solo algunas aristas del pensamiento del autor-, este enfoque es importante para el estudio de los derechos humanos, debido a que encausa de una mejor manera el significado moral racional que debe prevalecer en un sistema constituido, en aras que las instituciones y los referentes axiológicos que ellas encarnan, funcionen adecuadamente en orden a la justicia. La consecución y profundización de la justicia, es en última instancia un deber moral de primer orden dentro de esta corriente.

Como una vertiente conexas a la anterior, tenemos que en una serie de doctrinistas, se habla de la *fundamentación ética* de los derechos humanos. El profesor español EUSEBIO FERNANDEZ, partidario de esta corriente, expone que ni la fundamentación iusnaturalista ni la histórica responden coherentemente a la pregunta sobre el fundamento de los derechos humanos⁵⁹. El cree en cambio, que la fundamentación ética lo hace de forma más satisfactoria y, al respecto nos dice lo siguiente:

“Entiendo por fundamentación ética o axiológica de los derechos humanos la idea de que ese

fundamento no puede ser más un fundamento ético axiológico o valorativo, en torno a exigencias que consideramos imprescindibles como condiciones inexcusables de una vida digna, es decir, de exigencias derivadas de la idea de dignidad humana. (...)

*Para esta fundamentación y consiguiente concepción que defiende, los derechos humanos aparecen como derechos morales, es decir, como exigencias éticas y derechos que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres y, por tanto, con un derecho igual a su reconocimiento, protección y garantía por parte del Poder político y el Derecho; (...)*⁶⁰.

En palabras de MAXIMO PACHECO, este tipo de fundamentación se amolda y es congruente con los derechos morales, en lo siguiente: *“la fundamentación ética de los derechos humanos fundamentales se basa en la consolidación de esos derechos como derechos morales, entendiendo por derechos morales el resultado de la doble vertiente ética y jurídica. Creo que esa fundamentación de los derechos humanos nos permite salir del círculo vicioso de la tradicional polémica entre iusnaturalismo y positivismo...”*⁶¹. Surge entonces de esta intervención a manera de colación del término, los denominados derechos morales

59 Citado por PACHECO GÓMEZ, (Máximo), “El Concepto de Derechos Fundamentales de la Persona Humana”, Op Cit, pág 54.

60 FERNÁNDEZ (Eusebio) “Teoría de la Justicia y Derechos Humanos”, Op Cit, pág 107. Continúa el autor diciéndonos que “la fundamentación ética o axiológica de los derechos humanos fundamentales parte de la tesis de que el origen y fundamento de estos derechos nunca puede ser jurídico, sino previo a lo jurídico. El Derecho (me refiero siempre al Derecho Positivo) no crea los derechos humanos. Su notable labor, sin la cual el concepto de derechos humanos no tendrá plena efectividad, está en reconocerlos, convertirlos en normas jurídicas y garantizarlos también jurídicamente”, pág 105.

61 Ibid., pág 56: “Con el término “derechos morales” pretendo describir la síntesis entre los derechos humanos entendidos como exigencias éticas o valores y los derechos humanos entendidos paralelamente como derechos. El calificativo “morales” aplicado a “derechos” representa tanto la idea de fundamentación ética, como una limitación en el número y contenido de los derechos que podemos comprender dentro del concepto de derechos humanos. Según esto, solamente los derechos morales, o lo que equivale a decir los derechos que tienen que ver más estrechamente con la idea de dignidad humana pueden ser considerados como derechos humanos fundamentales. El sustantivo “derechos” expresa la idea de que los derechos humanos están a caballo entre las exigencias éticas y los derechos positivos, pero también la necesidad y pretensión de que para su “auténtica realización” los derechos humanos estén incorporados en el ordenamiento jurídico, es decir, que a cada derecho humano como derecho moral le corresponde paralelamente un derecho en el sentido estrictamente jurídico del término”.

como una categoría que hemos examinado anteriormente en estas líneas. Al respecto, retomando a FERNÁNDEZ, tenemos que el autor estima que los derechos humanos desde la postura de la fundamentación ética, aparecen como derechos morales, es decir, *“...como exigencias éticas y derechos que los seres humanos tienen por el solo hecho de ser y existir, y por consiguiente; el correlativo derecho a que se les reconozca los derechos en mención, apegados a la protección y garantía por parte del poder político y del Derecho”*⁶². Vuelve a la palestra entonces, el mismo concepto constructivo/informante que se tiene para los conceptualizadores del derecho moral, y nos referimos concretamente a la noción de *existencia precedida a derechos garantizadores*, concedidos solamente cuando se cumple un requisito ineludible: contar con vida humana.

Ahora bien, esta corriente ha tenido adeptos en la doctrina de los derechos humanos y al respecto en ésta se ha enfatizado como presupuesto epistemológico, sobre los bienes espirituales humanos como objeto de debido respeto y protección por el Derecho. AUER distingue entre los derechos biológico-existenciales y los denominados derechos espirituales o morales⁶³, y en España el profesor LEGAZ LACAMBRA nos habla de derechos de la persona en su substrato físico (derecho a la vida, a la integridad, a la subsistencia), en su

señorío sobre el mundo exterior (derecho a la propiedad), en su vida social y en el plano de la vida personal que tiene su eje en la intimidad. Al respecto parafraseando al citado profesor, nos dice que *“un derecho fundamental del hombre es el derecho a su intimidad, a que su intimidad sea respetada —a que el Derecho, pues, se mantenga y se atenga a su condición de forma de la vida social- y allí tienen su fundamento el derecho a la integridad moral (o derecho al honor y los derechos de libertad de conciencia, de pensamiento, de elección de estado de educación, etc.”*⁶⁴.

A manera de recuento final de esta postura, hemos de decir que como cualquier teoría ética, necesariamente conlleva los parámetros y requerimientos de una teoría de la responsabilidad, que al decir de JONAS, debe tener en cuenta lo siguiente: el fundamento racional de la obligación —esto es, el principio legitimador subyacente de la exigencia de un <<deber>> vinculante- y el fundamento psicológico de su capacidad de mover la voluntad, es decir, de convertirse para el sujeto en la causa de dejar determinar su acción por aquél. Prosigue el autor diciéndonos que *“Esto significa que la ética tiene un lado objetivo y un lado subjetivo: el primero tiene que ver con la razón, el segundo, con el sentimiento. Históricamente, unas veces el primero y otras veces el segundo ha estado más en el centro*

62 FERNÁNDEZ (Eusebio), Op Cit, pág 107.

63 CASTÁN TOBEÑAS, Op Cit, pág 28.

64 Ibíd. Véase al respecto los artículos de VELASCO ARROYO, (Juan Carlos) “Aproximación al Concepto de Derechos Humanos” en ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS, Instituto de Derechos Humanos, , Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, No 7 1990. Para el citado autor “los derechos humanos son, en primer lugar, derechos morales y sólo en segundo lugar, derechos legales (...)” pág 282-; a RUIZ MIGUEL, (Alfonso) “Los derechos humanos como derechos morales” pp 149-160 y a ROJO SANZ (José María) “Los derechos morales en el pensamiento angloamericano” pp 231-250, ambos en ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, No 5 1988-1989.

de la teoría ética”⁶⁵. Para el caso concreto de la observancia y explicación valorativa de los derechos humanos, la teoría de los derechos morales y éticos, descansa en la posibilidad racional de entender que tales derechos obedecen a un imperativo coercitivo y aceptado colectivamente –o al menos la gran mayoría-, que persigue compeler a su efectivo cumplimiento. Este imperativo no tiene un asidero extra-vivencial, sino que se ha planteado como objetivo y responde a la manera en que deben actuar y comportarse los seres humanos en sus interrelaciones sociales: básicamente en orden al bien y el respeto a la dignidad de los demás. Esta trazabilidad de conceptos si se quieren de corte indeterminado -¿qué es bien individual o común? ¿qué se entiende por dignidad propia y colectiva?-, son plasmados junto a otros intereses preponderantes en una sociedad, a través de la normatividad, entendida como la juridicidad propia y exógena (esta última representada en los tratados internacionales), que moldean los sistemas jurídicos/políticos contemporáneos. De este imperativo deviene, la fuerza compulsiva que encierran los derechos morales y de fundamentación ética, que no es otra cosa más que en su inobjetable base normativa.

3.5 Posición Judaica-Cristiana.

La doctrina cristiana es una de las fuentes teológicas más importante de la civilización occidental. Esta doctrina data desde el antiguo testamento inserto en la Biblia, -libro de fe del

cristianismo- donde el pueblo judío escogido por Dios, espera su destino privilegiado hacia la tierra prometida, así como la llegada del Mesías.

La salvación de los fieles no es algo que haya que esperar del futuro, por inminente que éste sea, sino que es algo que ya ha ocurrido con el sacrificio de Cristo, cuya expiación opera una transformación sobrenatural en quienes acogen el carisma de la conversión individual. Por un mismo movimiento, San Pablo priva de sentido a la escatología, individualiza e interioriza la salvación y la espiritualiza el Reino de Dios. Rompiendo con la antropología unitaria hebrea, introduce en el cristianismo la dualidad carne-espíritu (Rom. VIII, 5-6), principio de su evangelio se halla implícito en su conversión: “Plugo a Dios revelar a su Hijo en mí” (Gál. I, 16); “para mi vivir es Cristo” (Filip. I, 21); “con Cristo estoy justamente crucificado, y vivo, no ya yo, mas vive Cristo en mí” (Gál.II,20). De él deriva la finalidad de su predicación⁶⁶. La historia tiene un final, una consumación gloriosa: el advenimiento del Reino de Dios. Ya no es eterna tragedia sino “progreso”. El sentido del tiempo está en el futuro; el presente es sólo un medio para llegar a él.

Las enseñanzas del Cristo, hijo de Dios, surgen como revolucionarias respecto a una sociedad judía en espera⁶⁷, como una dimensión teológica y espiritual, en donde la religión significa todo. Se ha dicho, sobre este particular lo siguiente:

65 JONAS, (Hans) “El Principio de Responsabilidad: Ensayo de una ética para la civilización tecnológica”, Barcelona Editorial Herder, 1995, pág 154.

66 SAVATER, (Fernando); SADABA, (Javier); QUINTANILLA, (M.A.); REYES, (Mate); POLLÁN, (Tomás); UGALDE, (J.A); ARANZADI, (Juan) “Historia de la Filosofía”, Editorial Noguer, S. A., Madrid España, 1998, págs 94-95.

67 Cristo anuncia la abolición de la ley (Mateo 23, 1-15); se proclama hijo de Dios (San Juan 3, vers. 16-18), denuncia el formalismo y opresión de los fariseos (Marcos 12, 38-40, Lucas 11, 37-54). Versión Bíblica “Dios Habla Hoy”, Sociedades Bíblicas Unidas, 1984.

“Su enseñanza se resume en una formulación que a través de interpretaciones, dominará el pensamiento cristiano: ‘mi reino no es de este mundo’. Es, por tanto, normal que la enseñanza de Jesús no contenga ninguna doctrina política positiva, ya que en un sentido, la Buena Nueva implica una anulación del pensamiento político. Cristo intenta despertar en cada uno de sus seguidores el sentido de la vida espiritual, así como llamar su atención sobre un universo nuevo que lleva en sí y que es, la imagen del reino de Dios. Para alcanzar este objetivo de destruir todas las falsas ilusiones que las posiciones terrestres, las ambiciones sociales o el orgullo de los fariseos “ “La predicción de Jesús se dirige de manera especial a los desheredados, pero para mostrarles que la verdadera felicidad es de distinto orden que los placeres de la tierra y que hay que soportar las desgracias terrenas, sean físicas o sociales (...) En los evangelios no hay pensamiento político, precisamente porque las cosas de la comunidad terrestre se sienten como radicalmente diferentes de las cosas de la comunidad celeste y se rechazan en bloque, no como males, sino como un dato de la condición humana sobre el que no vale la pena operar distinciones”⁶⁸.

La doctrina de Cristo encierra un profundo e inequívoco contenido social. La igualdad de los hombres, el amor a los semejantes, la caridad misma (en el más sano y positivo sentido de este vocablo), tienen similitud con los postulados de las tendencias colectivistas. Al hacer hincapié en la interpretación del término “caridad” los expositores del cristianismo desprenden de ese concepto el carácter

negativo y superficial que generalmente se le adjudica, para asimilarlo más bien al de “justicia”⁶⁹.

En resumidas cuentas podemos decir que el cristianismo en su posición judaica, derivada de la exégesis bíblica enuncia el advenimiento de una nueva vida, muy diferente a la presentada a la tierra. De allí que en comparación con otros textos teológicos, como el Corán, no se ha establecido relaciones en él concepciones en torno a un sistema político y como deben ser las relaciones entre éste y los ciudadanos. Por lo tanto, los únicos valores humanos reseñados deben enmarcarse hacia una interpretación más afín con el junsnaturalista, en donde las ideas del bien, la virtud, el obedecimiento a valores metaéticos son los que deben guiar al hombre para ser salvo y trascender a otra vida.

Las grandes afirmaciones de la revelación cristiana necesitan ser articuladas en una teología, en una teoría cristiana. Podemos resumir así los rasgos característicos del concepto de persona latente en el antropocentrismo cristiano:

1. Lugar privilegiado del hombre con su relación con el mundo. El hombre no es una pieza del cosmos. El mundo, la realidad no es algo que esté por encima o debajo o al lado o enfrente del hombre. Al contrario, el hombre es parte de esa realidad en el sentido de que esa realidad no es nada sin él.
2. No podemos perder de vista que estamos inmersos dentro de un mundo culturalmente cristiano y que toda esta interpretación antropocéntrica se lleva a cabo en el seno

68 TOUCHARD, (Jean) “Historia de las ideas políticas”, Editorial Tecnos, Madrid, quinta reimpresión, 1977, pág 54.

69 MONTENEGRO, (Walter) “Introducción a las Doctrinas Político Económicas”, Fondo de Cultura Económica, México, octava reimpresión, 1991, pág 101.

de una reflexión teológica. Esto quiere decir que cuando definimos por subjetividad la manera de entender al hombre, sobre todo en relación con la realidad del mundo, no hemos dicho más que una parte. La obra consiste en recordar que esa subjetividad tiene que habérselas necesariamente con Dios. No hay realización del hombre posible al margen de Dios. El hombre puede aceptar la oferta de Dios o rechazarla: la libertad es el atributo de la subjetividad. Pero es indispensable todavía pensar que esa subjetividad se logre al margen de Dios⁷⁰.

De igual manera, en el contexto latinoamericano, ha surgido una teología cristiana con rasgos propios. Nos referimos a la denominada *Teología de la Liberación*, la cual no tiene una forma o estructura única, y según nos relata PABLO RICHARD, *“Nace como una teología espiritual en la práctica de liberación del pueblo pobre y creyente latino-americano. Se desarrolla como teología orgánica en las Comunidades Eclesiales de Base. Madura como teología profesional en diálogo fecundo con la ciencia teológica-universal”*⁷¹. Los acólitos a esta corriente parten de la premisa que el Evangelio de Jesucristo es un mensaje de libertad y una fuerza de liberación, hacia el pecado y los oprimidos. La evangelización hecha por los pobres encuentra en América Latina su lugar privilegiado en una experiencia concreta: las comunidades eclesiales de base, que son lugares de encarnación de

una Iglesia que fiel a su vocación nace constantemente de la fe del pueblo desde los “no invitados al banquete” (Lc,14:15-24). En estas comunidades, se realiza la evaluación de la vida de fe en un compromiso concreto, celebrando la esperanza de los pobres⁷².

El énfasis que realiza esta teología sobre el pobre, tiene su asidero en que su experiencia tiene una dimensión múltiple: económica, política, cultural e ideológica. Es una realidad compleja que incluye a clases y grupos explotados; razas y etnias humilladas; hombres y mujeres marginalizados y descalificados por el sistema; mujeres y niños pobres, doblemente oprimidos. También el mundo del pobre es una realidad dinámica, pues se trata del pueblo pobre en movimiento, es decir, del movimiento popular: el pueblo organizado y consciente de su propia historia. Por ello, volviendo a RICHARD, el autor nos dice que cuando en la Teología *“hablamos de práctica de liberación, nos referimos a la transformación de toda esta realidad múltiple, compleja, dinámica, objetiva, consciente y misteriosa que implica la experiencia del pobre”*⁷³.

Así que como podemos apreciar, la reivindicación de los derechos humanos desde esta postura teológica conlleva a luchar políticamente por menguar y hasta erradicar la explotación y discriminación del ser humano excluido, o que no se beneficia del sistema distributivo y de oportunidades

70 SAVATER, (Fernando) y otros, Op Cit, págs 454-455.

71 RICHARD, (Pablo) “Para entender la Teología de la Liberación”, pág 95 en BOFF, (Leonardo) et al. “Teología de la liberación: documentos sobre una polémica”, Cuadernos DEI No 9, Departamento Ecuménico de Investigaciones, San José, cuarta edición, 1987.

72 DEPARTAMENTO ECUMÉNICO DE INVESTIGACIONES, “Teología desde el Tercer Mundo”, Documentos finales de los cinco congresos internacionales de la Asociación Ecuménica de Teólogos del Tercer Mundo, DEI-San José, 1982, pág 61.

73 RICHARD, (Pablo) Op Cit, pág 96.

sociales. Basados en la ética cristiana cuya traducción más inmediata es el amor al prójimo –amarlo para luchar por su verdadero margen de sobrevivencia equitativa; amarlo ante las inminentes injusticias y desigualdades prevalecientes etc, las teologías de la liberación se constituyen en una lectura próxima y vivencial, que debe dimanar desde las iglesias⁷⁴, los teólogos y formadores eclesiales de base, así como los sujetos que demandan mayor equidad y justicia social.

En definitiva, el cristianismo se constituye en una directiva de amor al prójimo y en ese objetivo, se precia y valora la dignidad humana. De allí la relación intrínseca que esta posición tiene con los derechos humanos, reivindicando el bien; la solidaridad; la hermandad y la caridad entre otros frutos cristianos, que no buscan más que favorecer y respetar los derechos propios y de los demás seres humanos.

4. CONSIDERACIONES FINALES

La primera tendencia del Ser Humano es la de buscar el Ser de las cosas, porque el objeto natural de la inteligencia, es el Ser. Esta es la razón por la cual la metafísica es la ciencia natural del hombre, la ciencia humana, la más congénita a las capacidades intelectivas humanas. También es ésta la razón por la cual, si la metafísica es rechazada, olvidada o despreciada, algo necesariamente debe fallar en alguna parte: en la moral, en las costumbres,

en el acercamiento a la vida. Nuestra religión cristiana nos da la explicación última de cualquier cosa que concierna al propósito de la vida humana, a Dios y a la moralidad. Todo ello se halla exhaustivamente explicado por ella, ya que es eminentemente metafísica. A manera de ejemplo, la simplicidad y profundidad de la fe cristiana (sobrenatural) es acompañada por la simplicidad y profundidad de la metafísica (natural).

Si hablamos de la concepción metafísica en general referida a los derechos humanos, tenemos que llegar a la conclusión que uno de los basamentos fundamentales de este régimen, descansa en lo que no se ha dejado de mencionar como los derechos “naturales”. Si hacemos un recuento más pormenorizado, nos vamos a encontrar que dentro de las concepciones metafísicas, pueden existir igualmente sendas contradicciones. A verbigracia, basta cotejar las desavenencias entre el jusnaturalismo y el contractualismo, en el sentido que esta última posición parte de una reflexión humana que conllevó como efecto plausible, a la firma de un contrato de gobierno, y no necesariamente los autores coinciden si fue una voluntad humana netamente, encaminada a obtener y asegurar márgenes de libertad en defensa de su propiedad (Locke), o en su defecto, el cumplimiento del postulado de Rousseau de una Voluntad General, al que no podía oponerse ninguna fuerza terrenal o humana.

74 Sobre este tema del papel de las iglesias en este proceso, puede verse a manera de referencia, BONNÍN, (Eduardo) “La Iglesia es Noticia”, Colección Testimonios, Departamento Ecuménico de Investigaciones, 1979; Comisión para la Participación de las Iglesias en el Desarrollo (CPID) y Comisión de Ayuda Interclesiástica, Servicio Mundial y Refugiados (CAISMR), “Las Iglesias en la Práctica de la Justicia”, Consulta latinoamericana sobre la “Participación de las Iglesias en Programas y Proyectos de Desarrollo”, Itaicí-Brasil setiembre 1980, Departamento Ecuménico de Investigaciones, San José, Costa Rica, 1981.

Por otra parte, los derechos éticos morales podría pensarse que son otra derivación constreñida, de los postulados jusnaturalistas. Los fundamentos de esta corriente ética, están circunscritos a la condición de respeto a la naturaleza y dignidad humana, en su dimensión referencial para valorar y entender los derechos humanos, y por consiguiente, son éstos principios los que fundamentan cualquier discusión que se desee generar en este sentido con respecto al devenir de los derechos en estudio. Igualmente la doctrina cristiana y la idea de esta cristiandad como una condición identificadora o proyectada hacia sus semejantes, tiene su asidero en la idea teocéntrica. Los mandamientos de cómo actuar con respecto al prójimo, constituyen un catálogo de provisiones, fundadas en una razón más inteligible que la humana. Es un código normativo en orden al bien, puesto que así lo ha dispuesto una inteligencia superior.

Un común denominador a todas estas posturas radica en concebir el fenómeno de los derechos humanos, como un aspecto que tiene su explicación fuera de la razón humana por lo menos en una fase embrionaria –aunque es claro que después debe materializarse su accionar en la realidad misma-, y es así como se pasa del idealismo al ente en concreto, de la inacción reflexiva a la constitución de un acto pleno con valor por si mismo. Los derechos humanos proceden entonces, de la abstracción de una idea originaria multicausal; un contrato volitivo entre los hombres; la concreción de valores jerárquicos para explicar el Derecho; una base ético-moral que se vuelca a la dignidad humana, terminando con la fe en un ser supremo.

Hemos visto a lo largo de estas líneas simplemente, diferentes modos de fundamentar la legitimación del origen y razón práctica

de los derechos humanos. Son solamente argumentaciones dirigidas a generar explicaciones diferentes, con respecto a un fenómeno de interés e introspección común. La ciencia y sus postulados de rigurosidad verificadora, pueden constituirse en la disciplina rival más acérrima al quehacer metafísico: por un lado si hablamos de las ciencias del espíritu o humanas, van a apostar por el quehacer pragmática del hombre y las colectividades en general, como los fundamentos legitimadores de los derechos humanos (p.e. la historia o la sociología) y no una categoría etérea que solo es asimilable en el entendimiento racional. Y si nos referimos a las ciencias duras o exactas, las reflexiones fundadas en ámbitos en los que el ideario conceptual priva sin ningún referente de comprobación empírica; no son aspectos dignos de ser considerados como un privilegiado saber científico.

Finalmente, el aporte valioso del saber metafísico a las diferentes concepciones que se abanderan de los derechos humanos, precisamente va a radicar en la capacidad de desagregar un problema; disolverlo; y pensar en torno a que es y que no pueden ser tales derechos. Este esfuerzo no es neutro, sino que supone una participación activo/racional de primer orden, puesto que es trascender la realidad en menoscabo de la infinidad del ser humano. Aunque se enarbole la tesis de considerar que lo que tiene verdadera importancia jurídicamente hablando, es lo que se encuentra positivizado, no nos cabe la menor duda que la dimensión cognoscitiva que subyace en el espíritu es la que combate lo omnímodo y distorsionante que priva en la letra, deseosa de ser interpretada y dimensionada muy aparte de los clásicos rudimentos normativos.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, (Francisco) “Supuestos metafísicos de las Ciencias”, Universidad Autónoma de Centro América, Costa Rica, Impreso en litografía e Imprenta LIL, S. A, 1996.

ARISTÓTELES, “Metafísica”, versión castellana Editorial Porrúa S.A., México D.F., 1976.

AÑON ROIG, (María José). “Necesidades y Derechos: Un Ensayo de Fundamentación”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

BAIGORRI, (José Antonio), CIFUENTES (Luis María), ORTEGA, (Pedro), PICHEL, (Pichel) y TRAPIELLO, (Víctor) “Los derechos humanos. Un proyecto inacabado”, Ediciones del Laberinto, Madrid, 2001.

BEUCHOT, (Mauricio) “Derechos Humanos: Historia y Filosofía”, Distribuciones Fontamara S.A., México, primera edición, 1999.

BONNÍN, (Eduardo) “La Iglesia es Noticia”, Colección Testimonios, Departamento Ecuménico de Investigaciones, 1979.

BULYGIN, (Eugenio) **“Sobre el estatus ontológico de los derechos humanos”**, en Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Madrid-España, 1987.

CASTAN TOBEÑAS, (José). “Los Derechos del Hombre”, Reus s.a., Madrid, 1969.

CHACÓN MATA, (Alfonso) **“Protección de los Niños según el Derecho Internacional Humanitario: Un breve recuento de los Convenios de Ginebra hasta el desafío actual de la Corte Penal Internacional”**, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, VII-2007.

Comisión para la Participación de las Iglesias en el Desarrollo (CPID) y Comisión de Ayuda Interclesiástica, Servicio Mundial y Refugiados (CAISMR), “Las Iglesias en la Práctica de la Justicia”, Consulta latinoamericana sobre la “Participación de las Iglesias en Programas y Proyectos de Desarrollo”, Itaici-Brasil setiembre 1980, Departamento Ecuménico de Investigaciones, San José, Costa Rica, 1981.

CORTS GRAU, (J.) **“Las modernas Declaraciones de Derechos y el Derecho Natural”** en “Ciclo Académico Conmemorativo del XX Aniversario de la Declaración de los Derechos Humanos”, Publicación del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, Comisión Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, 1969.

DE VEGA GARCIA, (Pedro), **“La Crisis del Concepto Político de Constitución en el Estado Social”**, en “Liber Amicorum: Héctor Fix-Zamudio”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Volumen I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, San José, 1998.

DEPARTAMENTO ECUMÉNICO DE INVESTIGACIONES, “Teología desde el Tercer Mundo”, Documentos finales de los cinco congresos internacionales de la Asociación Ecuménica de Teólogos del Tercer Mundo, DEI-San José, 1982.

DIETERLEN, (Paulette) “Ensayos Sobre Justicia Distributiva”, Biblioteca de Ética. Filosofía del Derecho y Política No 51, Colección dirigida por Ernesto Garzón Valdés (UNAM) y Rodolfo Vásquez (ITAM, México), Distribuciones Fontamara S.A., México, setiembre 1996.

DONNELLY, (Jack) “Derechos humanos universales en teoría y en la práctica” trad. Ana Isabel Stellino, México, Ediciones Gernika, primera edición, 1994.

FERNÁNDEZ, (Eusebio) “Teoría de la Justicia y Derechos Humanos”, Colección Universitaria Editorial Debate, Madrid, 1987.

FRIEDRICH, (C.J.) “La Filosofía del Derecho”, Fondo de Cultura Económica, 2da edición, México, 1969.

GRACIA, (Jorge J.E.) “Concepciones de la Metafísica”, Editorial Trotta-Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, Editorial Trotta S.A., 1998.

HORN, (Norbert) **“Sobre el Derecho Natural Racionalista y el Derecho Natural Actual”** en ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS, en ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, No 1, 1985.

HINKELAMERT (Franz J) “El Sujeto y la ley”, Editorial Universidad Nacional, Heredia, Costa Rica, primera edición, 2003.

JONAS, (Hans) “El Principio de Responsabilidad: Ensayo de una ética para la civilización tecnológica”, Barcelona Editorial Herder, 1995.

LATORRE, (Ángel) “Introducción al Derecho”, Editorial Ariel, Barcelona-Caracas-México, séptima edición, 1976.

LOCKE, (John) “Ensayo sobre el Gobierno Civil” traducción del inglés por Armando Lázaro Ros, Editorial estudiantil, Federación de Estudiantes de la Universidad de Costa Rica, 1985.

MALAVASSI VARGAS, (Guillermo) **“Derecho natural, ley y corrupción de la ley”** en Universidad Autónoma de Centroamérica Revista Acta Académica Bianual (mayo y noviembre), No 39, San José Costa Rica, Noviembre 2006.

MARTÍNEZ GARCÍA, (J.L), "La teoría de la justicia en John Rawls", Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

MASSINI CORREAS, (Carlos I.) "Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls", Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2004.

MONTECINOS, (Hernán) "Derechos Humanos entre realidades y convencionalismos: a 50 años de la Declaración Universal", Ediciones Lar-Colección Estado y Sociedad, Concepción, Chile, primera edición noviembre 1998.

MONTENEGRO, (Walter) "Introducción a las Doctrinas Político Económicas", Fondo de Cultura Económica, México, octava reimpresión, 1991.

NINO, (Carlos Santiago) "Ética y Derechos Humanos: Un Ensayo de Fundamentación", Ariel Derecho, Barcelona, 1º Edición: Noviembre 1989.

O' CONNOR, (D.J) "Historia crítica de la filosofía occidental VII: la filosofía contemporánea", Barcelona: Primera edición, Ediciones Paidós, 1983.

PACHECO, (Máximo) "Introducción al Derecho", Santiago, editorial Universidad de Chile, 1989.
PECES-BARBA, (Gregorio). "Introducción a la Filosofía del Derecho", Editorial Debate-Colección Universitaria, 2da edición, Madrid, 1984.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, (Gregorio) "Curso de derechos fundamentales. Teoría general", Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 1999.

PERELMAN, (CH.) "La lógica jurídica y la nueva retórica", traducción de Luis Díez-Picazo, Editorial Civitas S.A., Madrid, reimpresión 1988.

PEREZ LUÑO, (Antonio E.). "Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución", Tecnos, Madrid, 1984.

RAWLS, (John) "La Justicia como Equidad", Paidós Editorial, versión traducida al español, Madrid, España, 1997.

RECASENS SICHES, (Luis). "Tratado General de Filosofía del Derecho", editorial Porrúa, séptima edición, México, 1981.

REY CANTOR, (Ernesto) y RODRÍGUEZ RUIZ, (Carolina) "Las Generaciones de los Derechos Humanos: Libertad- Igualdad – Fraternidad", Universidad Libre de Colombia, Rectoría Nacional, Facultad de Derecho, tercera edición, Bogotá Colombia, junio 2005.

REYES ARAYA, (Irma) **“Equidad en el currículo universitario”** en Instituto de Estudios Latinoamericanos (IDELA) Libro Temas nuestra América, Facultad de Filosofía y Letras Heredia, Costa Rica, Universidad Nacional de Costa Rica, Número 41, 2005.

RICHARD, (Pablo) **“Para entender la Teología de la Liberación”**, en BOFF, (Leonardo) et al. “Teología de la liberación: documentos sobre una polémica”, Cuadernos DEI No 9, Departamento Ecuménico de Investigaciones, San José, cuarta edición, 1987.

RODRÍGUEZ PALOP, (María Eugenia) **“De la reivindicación ambiental y los derechos humanos: Venturas y desventuras”**, en RIECHMANN, (Jorge) editor “Ética Ecológica: Propuestas para una reorientación”, Una ética para la sustentabilidad. Manifiesto por la vida. Aprobado por el sobre el simposio sobre ética ambiental y desarrollo sustentable, reunido a instancias de la XIII Reunión del Foro de Medio Ambiente de América Latina y el Caribe, Bogotá, 2002.

ROJO SANZ (José María) **“Los derechos morales en el pensamiento angloamericano”** en ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, No 5 1988-1989.

ROUSSEAU, (Juan Jacobo) “El Contrato Social”, Editorial Universitaria Centroamericana, EDUCA, sexta edición, San José, 1987.

RUIZ MIGUEL, (Alfonso) **“Los derechos humanos como derechos morales”** en ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, No 5 1988-1989.

SABINE (George H.) “Historia de la Teoría Política”, Fondo de Cultura Económica, México, décima reimpresión, 1975.

SALAZAR LEIVA, (Carlos) **“Rousseau y los ideales de la Revolución Francesa”** en JIMÉNEZ MATARRITA, (Alexander) et al, “Sociedad Moderna y Contemporánea: una visión filosófica,” publicaciones de la Asociación de Profesores de Filosofía de Estudios Generales, U.C.R., Librería La Mini, primera edición, 1991.

SAMOUR, (Héctor) “Estudios teóricos: democracia, liberalismo y derechos humanos”, Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, Instituto de Derechos Humanos (IDHUCA), San Salvador, marzo de 1987.

SAVATER, (Fernando); SADABA, (Javier); QUINTANILLA, (M.A.); REYES, (Mate); POLLÁN, (Tomás); UGALDE, (J.A); ARANZADI, (Juan) “Historia de la Filosofía”, Editorial Noguer, S. A., Madrid España, 1998.

SZABO, (Imre). “Cultural Rights”, Budapest, Akadémiai, Kiadó, 1974.

TASIOULAS, (John) **“La realidad moral de los derechos humanos”** en Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos “Anuario de Derechos Humanos 2008”, Santiago de Chile, Anuario No 4, 2008.

THOMPSON JIMÉNEZ, (José). **“Fundamentos Histórico-Filosóficos de los Derechos Humanos”**, en “Cuadernos de Estudio, Serie: Educación y Derechos Humanos, Temas Introdutorios”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1986.

TOUCHARD, (Jean) “Historia de las ideas políticas”, Editorial Tecnos, Madrid, quinta reimpresión, 1977.

TRUYOL Y SERRA, (Antonio) “Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado: 1. De los orígenes a la Baja Edad Media”, Alianza Editorial, Madrid España, 12ª edición, 1995.

VALVERDE GÓMEZ, (Ricardo) “Los derechos humanos: Parte general”, primera reimpresión de la primera edición, San José Costa Rica, EUNED, 1993.

VELASCO ARROYO, (Juan Carlos) **“Aproximación al Concepto de Derechos Humanos”** en ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, No 7 1990.

Versión Bíblica “Dios Habla Hoy”, Sociedades Bíblicas Unidas, 1984.

VERGÉS RAMÍREZ, (Salvador) “Derechos Humanos: Fundamentación”, Editorial Tecnos, Madrid, 1997.

URIBE VARGAS, (Diego). “Los Derechos Humanos y el Sistema Interamericano”, Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1972.

ZIMMERLING, (Ruth) **“Los derechos humanos en un mundo globalizado y unipolar: contra la devaluación conceptual y el cinismo práctico”** en Isonomía : Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, núm. 20, abril 2004.

CONTRATOS DE BOLSA CON PREMIO

Ronaldo Hernández H.
Especialista Derecho Mercantil
Magíster Derecho Público
Doctorando Egresado Derecho Administrativo

INTRODUCCION

El Código de Comercio define la figura del comerciante en el artículo 5, según el cual son comerciantes los que teniendo capacidad para contratar hacen del comercio su profesión habitual, así como las sociedades mercantiles y las empresas individuales de responsabilidad limitada.

El comerciante se sirve, para el ejercicio de sus actividades, de otras personas e instituciones que pueden tener facultades amplias o restringidas. Las cámaras de comercio, por ejemplo, son establecimientos constituidos por comerciantes, jefes de establecimientos industriales, corredores, etc.

Las Bolsas de Comercio, subsumidas dentro del mercado secundario de valores, encuentra su normativa en los numerales 398 y siguientes del Código de Comercio, y en la Ley N° 7732 Ley Reguladora del Mercado de Valores, y viene a constituirse como otro de los auxiliares del comerciante, que permiten la realización de diversas operaciones mercantiles, de naturaleza bursátil. Dicho enunciado, igualmente es válido, para entender también, las relaciones jurídicas que surgen dentro de la misma y su relación con terceros adquirentes de títulos valores.

Los mercados de capitales, por su parte, consisten en una serie de mecanismos que autorizan la asignación y distribución de recursos de capital que a mediano y largo plazo serán destinados a financiar las inversiones.

Este se rige por la Ley de Mercado de Valores que regula la oferta pública de valores, las funciones de las bolsas, las obligaciones en general, la representación de los obligacionistas, la protección de los accionistas minoritarios, las sociedades anónimas de capital autorizado, entre otras normas establecidas en su contenido.

Se desarrollará, bajo conceptos de entendimiento práctico los contratos más dominantes en materia bursátil, como el de compraventa y el de comisión, para luego mencionar con mayor cognición a los tipos de contratos bursátiles, y entre estos los contratos con premio, cual viene a ser el negocio jurídico en estudio.

En los contratos a plazo, en donde se subsume el “de premio”, se conviene diferir la ejecución del contrato para un momento posterior. Ambas partes se ponen de acuerdo en diferir el cumplimiento de sus obligaciones para una oportunidad posterior que, lógicamente, tiene una fecha límite.

Jurídicamente, este plazo es un plazo suspensivo que tiene una duración determinada. Este plazo no obsta a que igualmente el contrato sea de ejecución instantánea porque vencido el mismo, las prestaciones del contrato serán ejecutadas en forma instantánea.

No se trata de un contrato de crédito porque en este contrato, ambas prestaciones se difieren en el tiempo.

En el contrato de crédito (por ejemplo la venta a plazos), una de las partes cumple con su obligación (por ejemplo el vendedor entrega la cosa). Quién difiere el cumplimiento de su obligación es sólo una de las partes, en el ejemplo el comprador.

Esta modalidad de contratación está dominada por el elemento riesgo. Atendiendo a este elemento, los mercados bursátiles exigen al comprador, garantía del pago de su obligación.

Estas garantías se constituyen, generalmente, inmediatamente después de concertado el negocio mediante el depósito (en efectivo o en valores) de un porcentaje del total de los valores negociados.

En el contrato de bolsa a plazo existen dos subespecies:

1. Contrato de bolsa a plazo firme (En esta subespecie, el plazo está determinado y las partes no pueden desconocerlo)
2. Contrato de bolsa a plazo disponible (En este caso el plazo, originalmente convenido, puede ser anticipado por una de las partes).

UBICACIÓN DEL TEMA

A.- MERCADO DE VALORES

Desde 1943 se dio el primer intento para establecer en Costa Rica un mercado de valores; y con ello una bolsa de valores, sentándose las bases jurídicas en 1964 con la promulgación del Código de Comercio.-

Pero no es hasta 1998 con la promulgación de la Ley Reguladora del Mercado de Valores que se presentan cambios importantes, entre ellos:

1. Se elimina la estructura monopolista que tenía, y pasa del sector público al sector privado.
2. Se crea la Comisión Nacional de Valores

Así, el mercado financiero y el mercado de valores costarricense toman un nuevo rumbo, presentando características muy particulares, lo que los distingue de otros mercados.

Una definición de los términos bursátiles nos permitirá ahondar en los principales mercados, sus características y funciones; así como conocer los participantes en estos mercados.

B.- SISTEMA FINANCIERO

En la economía existen las unidades para las cuales su ingreso supera el gasto que realizan, denominadas superavitarias, definidas como las que generan ahorro al no consumir todo su ingreso disponible y las unidades deficitarias, que por el contrario, necesitan del ahorro generado por aquellas, especialmente para continuar su proceso de crecimiento.

Las distintas formas de llevar a cabo este proceso de trasladar recursos desde las unidades superavitarias a las deficitarias se conoce como Sistema Financiero¹.

El sistema financiero viene a ser:

“... un conjunto de instituciones encargadas de promover, administrar y dirigir el ahorro hacia la inversión. Es un gran mercado donde se ponen en contacto los inversionistas (que quieren captar ahorro para financiar proyectos) con los ahorristas (que quieren colocar dinero para ganar interés)”.²

De esta manera, podríamos señalar que el Sistema Financiero se puede definir como un conjunto de instituciones que generan, recogen, administran y dirigen tanto el ahorro como la inversión, dentro de una unidad económica-política y cuyo establecimiento se rige por la legislación que regula las transacciones de esos activos, entre ahorrantes e inversionistas o de los usuarios del crédito.

El Sistema Financiero, se rige por las legislaciones que regulan las transacciones de activos financieros y por los mecanismos e instrumentos que permiten la transferencia de esos activos entre ahorrantes e inversionistas, es decir, que el Sistema Financiero está compuesto por los mecanismos e instrumentos que permiten la canalización de recursos de unidades superavitarias, cumpliendo así una función en la economía.

En Costa Rica el Sistema Financiero lo forman, las instituciones públicas y privadas, cuyo establecimiento y operación se rige por

la legislación que trata de los mecanismos e instrumentos que permiten la transferencia de esos activos entre ahorrantes, inversionistas o los usuarios del crédito.

C.- MERCADO DE DINERO Y CAPITALES

Los dos principales componentes del mercado financiero son:

1. el mercado monetario o de dinero y
2. el mercado de capitales.

El primero consiste en la interacción de oferentes y demandantes de fondos a corto plazo, es decir, transacciones de instrumentos de deuda a corto plazo o valores comerciales. Mientras que el segundo corresponde a la interacción de oferentes y demandantes de fondos a largo plazo, que consisten en bonos y acciones. Estos dos segmentos no se encuentran totalmente separados. Las transacciones que se realizan en uno u otro pueden tener objetivos diferentes pero generalmente los diferentes agentes actúan entre ambos. El conjunto de instituciones, participantes y regulaciones que permiten la actuación de los agentes entre estas dos áreas del mercado financiero se le conoce como Mercado de Valores.

D.- MERCADO DE VALORES

El mercado de valores es el eslabón que une al mercado de capitales con el mercado de dinero, y lo podemos definir como el mecanismo que permite la emisión, colocación y distribución de los títulos valores.

1 Matarrita Venegas, Rodrigo. El papel de la Comisión Nacional de Valores en el Sistema Costarricense. Revista Nueva Banca, Costa Rica, XIV, Nº 6, Año III, 1993, p.28.

2 Finansol, Seminario Alternativas de Inversión y Finanzas, 1987, p.I.

Por lo general, este mercado es parte importante del mercado de capitales, ya que de él depende fundamentalmente el ahorro a mediano y largo plazo, que es del que más requieren las economías para su desarrollo.

De esta manera, el mercado de valores es el conjunto de mecanismos que facilitan el intercambio de bienes entre diferentes personas o entidades, los que se pueden denominar oferentes y demandantes.

El mercado de valores opera dentro del Sistema Financiero. Las operaciones que realiza se relacionan con la emisión, colocación y distribución de títulos valores. Quienes ofrecen títulos son las empresas privadas y el Gobierno y quienes los compran son las personas físicas y jurídicas.

El mercado de valores en sentido estricto se ha clasificado tradicionalmente de conformidad con el objeto y con el momento.

Por el objeto:

1. Mercado accionario: es donde se negocia el patrimonio de las empresas que está representado por acciones. En este mercado se realizan transacciones sobre títulos de renta variable, es decir no existe certeza de obtener ganancia o pérdida.
2. Mercado de deuda: llamado también de obligaciones, está conformado por acreedores que mediante títulos de renta fija y de renta variable, garantizan una tasa de interés, un rédito determinado en un plazo que se establece de previo.
3. Mercado de futuros: se compone de acuerdos legales corporativos entre un comprador y un vendedor, donde el

comprador acuerda aceptar la entrega de algo a un precio especificado al final de un período designado. Por su lado, el vendedor acuerda hacer la entrega de algo a un precio especificado en el mismo período descrito para el comprador.

4. Mercado de Opciones: es el mercado donde se negocian los contratos de opciones, que consisten en que el vendedor de la opción otorga al comprador de la acción, el derecho más no la obligación de comprar o vender al comprador algo a una fecha especificada en un período especificado. El vendedor otorga este derecho al comprador a cambio de cierta cantidad de dinero (prima o precio de opción). El precio al cual el sustentante puede ser vendido

Por el momento:

1. mercado primario: El mercado de valores está conformado por el conjunto de operaciones caracterizadas por la colocación de nuevas emisiones de títulos en el mercado. Las ventas se hacen mediante oferta pública, y sólo las puede realizar el Estado, los Bancos del Sistema Bancario Nacional y las empresas inscritas en la Bolsa Nacional de Valores S.A. Debe divulgarse información básica respecto al emisor y las características generales de los títulos valores.

Engloba tres funciones principales:

- Proporcionar nuevos capitales para las empresas que cotizan en bolsa.
- Se negocian títulos nuevos.

Permite comprar y vender los valores existentes, propios del mercado secundario.

El mercado primario constituye la venta inicial de nuevas obligaciones por concepto de deuda o de capital recién creados. El mercado de nuevas emisiones consiste en emisiones iniciales de títulos, de nuevas firmas o nuevas emisiones de firmas existentes. En consecuencia, en el mercado primario se comercia con títulos de reciente creación, por lo que un título sólo puede ser negociado una vez, en el momento mismo de su emisión.

Las nuevas emisiones se distribuyen en el mercado, a través de los intermediarios financieros.

2. Mercado Secundario: comprende un conjunto de transacciones cuyo objetivo es la transferencia de la propiedad de los títulos, previamente colocados a través del Mercado Primario. Su objetivo es dar liquidez a los vendedores de títulos a través de la negociación de los mismos antes de su fecha de vencimiento.

Después del momento en que una nueva emisión sale al mercado, cada venta posterior que se produzca constituye una segunda transacción. Este mercado constituye la negociación de obligaciones pendientes, en concepto de deuda y de capital.

En la medida en que los mercados secundarios elevan las perspectivas de liquidez y seguridad del valor de las emisiones, los compradores se sienten inclinados a mantener mayor número de éstas aunque tengan menores rendimientos. Sin un mercado secundario

es dudoso que un individuo o una institución suscriban grandes cantidades de nuevos capitales a las compañías.

TIPOLOGIA DE LA OPERACIÓN BURSÁTIL. CONTRATO DE BOLSA

Son muchos los autores que tienen diversos criterios de lo que se podría denominar como contrato de bolsa, así también hay que tomar en cuenta las diversas Legislaciones en donde se da la contratación bursátil.

Algunos autores consideran necesario tomar en cuenta las características, criterios y relaciones más relevantes en el mercado bursátil, como el autor Emilio Radresa el cual nos dice:

“Los términos “bolsas” y “mercados de comercio” son utilizados como sinónimos, para designar las instituciones que agrupan a comerciantes y agentes de comercio, que se reúnen en los locales correspondientes para la realización de operaciones mercantiles lícitas, conforme a las leyes y a las normas reglamentarias establecidas por dichas entidades.”³.

Es así, que por medio de esas relaciones, muchos autores tratan de dar una definición de contratos bursátiles, dentro de los cuales podemos mencionar al mismo Emilio Radresa, cual nos dice:

“ En doctrina se acepta uniformemente que las llamadas “operaciones de bolsa” se caracterizan por las siguientes peculiaridades:

- Porque se efectúa en un lugar determinado y en horarios preestablecidos;

3 Radresa (Emilio). Bolsas y Contratos Bursátiles. Ediciones de Palma Buenos Aires Argentina, 1995, pag 33

- Por la operación mediante los agentes de bolsa, que obvia el trato personal entre compradores y vendedores, publicitando de inmediato cada operación;
- Porque, con excepción de las llamadas “operaciones de arbitraje”, el tiempo es un elemento esencial en las operaciones;
- Por las características de los bienes sobre los cuales recaen las operaciones;
- Por las formas de negociación, que deben estar previamente establecidas de manera normativa;
- Por las modalidades de ejecución y la garantía de las transacciones.”⁴

Ahora; también hay otros autores que consideran que no siempre estos elementos, características o relaciones sean necesarias o indispensables para poder llegar a decir que nos encontramos frente a un contrato bursátil; por lo que podríamos decir que no es necesario que dicho contrato se tenga que realizar dentro de la bolsa, pues podría darse fuera de ella, esto con relación al lugar; en cuanto al sujeto no es necesario que se necesite la intermediación de un Agente de Bolsa, pues perfectamente se podría dar entre particulares o con personas diferentes a los intermediarios; y en cuanto al título no necesariamente este debe ser cotizado en bolsa.

Otros ilustres autores como BROSETA PONT, consideran que las operaciones bursátiles son:

“aquellas compraventas de valores cotizadas en bolsa que se realizan en ella o fuera de ella,

pero siempre con la necesaria intervención de un miembro de la Bolsa, bien porque se ha perfeccionado entre comprador y vendedor, debe intervenir uno de estos mediadores para tomar razón de la operación u operaciones realizadas.”⁵.

Por lo que en definitiva se considera que lo esencial en toda actividad bursátil es la compra y venta dentro del mercado, quedando como accesorio las relaciones, características de quienes ejercen esa compra y venta.

Hay otros como Garrigues que lo define como:

“Negocios Jurídicos comunes, generalmente ventas, a los cuales el tráfico bursátil consuetudinario imprime determinadas modalidades de perfección o de ejecución”⁶.

Lo que sí hay que tener claro que aunque existen muchas definiciones de lo que podemos considerar una noción del concepto de los contratos bursátiles, casi la mayoría de estos autores al querer dar una definición mencionan esas relaciones o características, todo esto debido a que nos encontramos frente a un mercado de valores; y es este la clave para poder llegar a una definición clara y precisa.

Es así como los contratos de bolsa son lo que regulan más en detalle todos los aspectos de la actividad bursátil; al contrato de bolsa se le debe entender en un sentido más amplio, no solo al contrato por medio del cual se perfecciona la operación de bolsa; si no se le

4 Radresa (Emilio), op. cit, pp 37-38.

5 Broseta Pont (Manuel). Manual de Derecho Mercantil, Madrid, Décima Edición, Editorial Tecnos S.A. 1994. pag 474

6 Garrigues (Joaquín) Curso de Derecho Mercantil, Vol. II, Séptima Edición, Editorial Porrúa, S.A, 1987, México, pag 28.

debe entender como un conjunto de contratos que regulan, desde diferentes aspectos y ángulo dentro del mercado.

También cabe mencionar que algunos autores consideran que es necesario superar el concepto de contrato bursátil, para ello utilizan dos conceptos nuevos:

A) Negocio jurídico del mercado de valores:

No son categorías doctrinales en sentido estricto, sino más bien categorías didácticas que permiten enfocar un ámbito de la realidad comercial-negocios se le entiende como “Negocios relativos a valores negociables cuyo marco normal de realización es el mercado de valores, con sujeción a la normativa propia de este mercado, a la tipificación y estandarización comercial que le caracteriza y a la intervención de determinados intermediarios específicos. Son por lo tanto, declaraciones de voluntad de dos o más partes que tienden a producir efectos jurídicos vinculados a los derechos y relaciones jurídicas que las mismas tienen en el ámbito del mercado de valores”.⁷ Es decir son las que se refieren a las operaciones propias de mercado primario, es decir a las emisiones.

B) Contrato del mercado de valores:

Es aquel contrato relativo a “valores negociables cuyo marco normal de realización es el mercado de valores, con sujeción a la normativa propia de este mercado, a la tipificación y estandarización comercial que le

caracteriza y a la intervención de determinados intermediarios específicos. El contrato del mercado de valores es, pues un negocio jurídico del mercado de valores, bilateral y oneroso, que despliega sus efectos en dicho ámbito”.⁸ En resumen son aquellos que se verifican en el mercado secundario.

En síntesis, se podría decir que para poder llegar a tener una noción de lo que se debe considerar un contrato de bolsa; es necesario incurrir a todos los principios y características que rigen el mercado y que se exteriorizan en las diversas formas de contratación existentes en los mercados de valores.

En nuestro sistema, el artículo 41 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores establece:

“Son contratos de bolsa los que se celebren en las bolsas de valores por medio de puestos de bolsa y tengan como objeto valores admitidos a negociación en una bolsa de valores”.⁹

De conformidad con dicha definición podemos analizar, que nuestra legislación también le da importancia a las relaciones o características que se puedan dar en el mercado de valores para poder llegar a la definición de un contrato bursátil; ya que dicho artículo nos habla de un lugar (Bolsas de Valores), de sujetos por medio de (Puestos de Bolsas), es decir cualquier funcionario autorizado por este; y en cuanto al objeto (Valores admitidos a negociación en una bolsa de valores).

⁷ CACHON BLANCO (José). Derecho del Mercado de Valores, Madrid, Editorial Dykinson, Tomo II, 1993, pag 15

⁸ CACHON BLANCO (José), op cit pag 15-16

⁹ Ley Reguladora del Mercado de Valores, N° 7732, del 27 de enero de 1998, artículo 41.

También podemos mencionar a algunos autores que realizan una distinción en cuanto a los contratos en bolsa y los contratos fuera de bolsa, según el ilustre autor Francesco Messineo. El contrato en bolsa se forma con la intervención de un agente de cambio o de un sujeto autorizado, independientemente de que se haya estipulado en una bolsa, en estos casos el que invierte goza de las garantías de ejecución que la presencia de la gente asegura en caso de incumplimiento, y el contrato fuera de bolsa es aquel que se realiza en forma directa entre las partes interesadas sin que medie un intermediario. Pero otros autores también mencionan que dichos contratos fuera de bolsa pueden que se realicen dentro de la Bolsa, pero pueden que no se liquiden en el seno de la bolsa y tienen por objeto los títulos individuales, por lo que el perjudicado tendría que acudir a los Tribunales de justicia para hacer valer sus derechos, ya que la Bolsa no puede hacer que se cumpla el contrato.

CARACTERÍSTICAS DE LOS CONTRATOS DE BOLSA

Los contratos de bolsa han sido caracterizados por diversos autores, según una serie de diferentes elementos, entre los que podemos citar:

- Ente a través del cual se realizan,
- Intermediación,
- Títulos valores fungibles como su objeto,
- Ejecución coactiva,
- Formación objetiva de precios,
- Especial valor del tiempo,
- Fin especulativo de las operaciones

A. Lugar donde se realiza

Se dice que una de las características definitorias de los contratos de bolsa, es

que tienen un lugar determinado para su realización, el cual es una bolsa de valores.

El artículo 41 de la Ley Reguladora, establece la necesidad de que los contratos de bolsa sean celebrados y liquidados por medio de una bolsa de valores.

El artículo 41 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores estipula:

“Son contratos de bolsa los que se celebran en las bolsas de valores”.

El único objetivo de la Bolsa de Valores es facilitar las transacciones con valores, además ejercer las funciones de autorización fiscalización y regulación sobre los Puestos y Agentes de Bolsa, como sujetos principales en los contratos de bolsa.

El problema, se da cuando dicho artículo 41 de la Ley Reguladora, estipula que solo son operaciones aquellas que se llevan a cabo en el recinto de bolsa, dejando por fuera las que se realicen fuera de esta, siendo estas operaciones, una parte esencial del mercado costarricense; por lo que se estaría diciendo que dichas operaciones realizadas fuera del recinto de la bolsa, no son considerados contratos de bolsa.

Asimismo si analizamos el artículo 157 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, la cual establece una serie de sanciones que la Ley impone, esta en ningún momento establece alguna nulidad cuando las operaciones se realicen fuera de la bolsa, y menos aún establece sanción alguna a los Puestos de Bolsa o intermediarios que lleven a cabo operaciones fuera del recinto de la Bolsa.

Las nulidades deben establecerse de manera específica y por ende no se pueden presumir,

cuando estas no son establecidas de manera expresa.

Es importante mencionar que en la realidad, los inversionistas pueden contratar tanto dentro como fuera de la bolsa, y si se contrata fuera de esta, es el inversionista quien corre con el riesgo, pues la única garantía que tiene, está en la confianza que tenga en su vendedor, ya que podríamos decir que su actuación es extrabursátil, es decir no estaría amparada por la bolsa; por lo que no se garantiza al inversionista el respaldo de la inscripción de los títulos en el Registro de Valores y por ende se tendría garantizada la legitimidad del transmitente, lo cual se convierte en una garantía colateral de su inversión.

Y esto lo podemos analizar mejor con el artículo 23 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores los cuales estipula:

“Las compraventas y los reportos de valores objeto de oferta pública deberán realizarse por medio de los respectivos miembros de las bolsas de valores. Las transacciones que no sean a título oneroso no se considerarán del mercado secundario, pero deberán ser notificadas a la Superintendencia por los medios que reglamentariamente establezca. El incumplimiento de estas disposiciones producirá la anulabilidad de la respectiva transacción. La Superintendencia reglamentará los casos excepcionales en los cuales las bolsas podrán autorizar operaciones fuera de los mecanismos normales de negociación, siempre que sean realizadas por medio de uno de sus miembros y bajo las normas de la Superintendencia. Estas normas fijarán, al menos, los tipos de operación que podrán

autorizarse y los montos mínimos. En todo caso, estas operaciones se realizarán bajo la responsabilidad de las partes y no podrán fijar precio oficial”.

Ahora si nos preguntamos por que motivos el inversionista prefiere correr con el riesgo de realizar operaciones fuera de la Bolsa, podríamos decir entonces que es por ese atractivo de poder disponer del dinero o valores desde el mismo momentos de perfección del contrato.

Chaves Marín¹⁰ indica que este contrato (el de compraventa bursátil) nace a la vida en un sitio muy particular: La Bolsa.

Por otro lado, Joaquín Garrigues¹¹ nos dice: “En nuestro Código de Comercio el dato diferencial de estos contratos deriva exclusivamente del lugar en que se conciertan o se cumplen. Se trata, en suma, de operaciones de compraventa sobre títulos o mercaderías, que se conciertan o cumplen en una bolsa.”

Ahora bien, sucede que la materia comercial, y en especial la que se refiere a los mercados de valores y a las bolsas, muta y se transforma con sorprendente rapidez. Es precisamente por esta razón que las citas de líneas anteriores, no son completamente vigentes. Por ejemplo, en la Bolsa Electrónica de Valores, la contratación se realiza a través de computadoras, por lo que sería difícil atribuir un lugar o espacio físico específico donde se llevó a cabo la contratación. Será o caso en la computadora del que compra o el que vende, o en la computadora central que registra las ofertas y demandas, o en las tres, o en

10 Chaves Marín, Ana Patricia. La compraventa Bursátil. (Funcionamiento práctico en Costa Rica. Tesis de grado. U.C.R.t. Pág. 2

11 Garrigues, Joaquín. Derecho Mercantil. Tomo IV. Editorial Porrúa S.A., 1984 , pág 369

ninguna?. De hecho, se podría afirmar ni siquiera en una bolsa tradicional como lo es la Bolsa Nacional de Valores la contratación se realiza en el espacio físico de ella, ya que puede haberse dado acertado de palabra en un momento anterior y se acude a la bolsa para darle formalidad.

Bástenos decir, que lo importante es la obligada comparecencia de los sujetos contratantes a una bolsa, no como lugar precisamente físico, sino como ente necesariamente interviniente en la formalización del contrato.

B. Intermediación

Las transacciones efectuadas entre los inversionistas y los emisores de títulos, realizadas a través de una bolsa de valores, no se llevan directamente entre ellos, sino que al tenor del artículo 53 de la Ley Reguladora, las operaciones que los particulares deseen hacer en la bolsa, deben ser propuestas, perfeccionadas y ejecutadas por un concesionario de puesto.

En cuanto a la intermediación, podemos señalar que también el mismo artículo 41 de la Ley Reguladora estipula que dichos contratos de bolsa deben ser celebrados en las Bolsas de Valores por medio de Puestos de Bolsa. El puesto de bolsa realiza la intermediación bursátil, es decir la negociación de títulos valores a través de la bolsa, manteniendo tanto relaciones externas entre el puesto de bolsa y otros similares, incluso la misma bolsa de valores como relaciones internas que se dan entre el puesto de bolsa y sus clientes. Son personas jurídicas, autorizadas por las bolsas de valores, toda operación que se efectúe en las bolsas de valores, deberán ser propuestas, perfeccionadas y ejecutadas por los puestos de bolsa.

Los concesionarios de puesto, son los puestos de bolsa, que por ser personas jurídicas, requieren para su actuar de personas físicas que los representen, llamados en nuestro ordenamiento agentes de bolsa. El meollo del asunto, es por qué para negociar en bolsa se requiere la intervención de los puestos de bolsa a través de sus agentes?. La respuesta a esta pregunta admite diferentes respuestas, pero a nuestro parecer son tres las principales razones. La primera se refiere a la alta complejidad que han alcanzado las transacciones bursátiles, que requieren para su realización, de personas profesionales y especializadas a nivel de decisión sobre la forma, cantidad y momento oportuno de llevarlas a cabo, además de la importante labor de asesoría que sobre estos temas realizan.

La segunda razón deriva de la inmensa cantidad de transacciones o volúmenes de negociación que se realizan a diario en el mercado de valores, que haría imposible la convergencia de todos los posibles interesados en la negociación de títulos valores, por tornarlo lento e inoperante. Así, la presencia de representantes especializados, ayuda al normal desenvolvimiento de las negociaciones.

La tercera razón viene por motivos de seguridad. La actuación de los puestos de bolsa y de los agentes, está regulada por estrictas normas de conducta, de acuerdo a la Ley Reguladora, principalmente por la Comisión Nacional de Valores y por las bolsas a las cuales los puestos de bolsa deben estar ligados. De esta manera, se centraliza el control y fiscalización de su actuar, y se facilita notablemente la recopilación de información de las negociaciones realizadas, factor indispensable del mercado de valores.

Esta intermediación, acarrea otra consecuencia, que se refiere al desconocimiento de las partes contratantes de sus contrapartes. Así, el cliente del puesto de bolsa A, no conoce el puesto con quién su representante realiza la negociación, puesto de bolsa B, y mucho menos, por cuenta de quién B realiza la negociación, ni tampoco A.

De hecho, por tratarse de títulos valores el objeto de la contratación bursátil, no interesa en modo alguno, las características personales ni de los compradores ni de los vendedores, sino el respaldo objetivo que tengan los títulos valores en sí, así como el análisis de la información disponible, que se tenga de ellos y de su emisor. Sin embargo, podría darse el caso de una excepción a esta regla, y es que al otorgarse la facultad a los puestos de bolsa de realizar operaciones por cuenta propia, cuando faciliten la colocación de valores o que coadyuven a dar mayor estabilidad a los precios de estos y a reducir los márgenes entre cotizaciones de compra y de venta de sus propios títulos, se podría estar eventualmente ante una contratación, en la cual los dos puestos estén interviniendo por cuenta propia.

Ahora bien, las operaciones que realicen los puestos por cuenta ajena, se llevan a cabo a través de las llamadas "órdenes de bolsa" que les dan sus clientes. Es así como se configura la relación contractual cliente-puesto, donde el puesto de bolsa resultará personalmente obligado (por cuenta propia) ante el otro puesto de bolsa con quién contrata, de acuerdo a los términos de la orden recibida por su cliente (a nombre ajeno), quién a su vez está obligado a procurar los medios necesarios al puesto de bolsa para la ejecución del contrato (entrega

de títulos o de dinero), con el cual si mantiene una relación personal obligatoria.

Las formalidades aplicables a las órdenes de bolsa, consistentes en la indicación del cliente al puesto, de la realización de una operación en determinadas condiciones, son casi nulas, y atienden más bien a los usos bursátiles que imperen en el mercado de valores.

Coltro Campi nos dice al respecto:

"La disciplina de las órdenes en la Bolsa se encuentra bajo múltiples aspectos ulteriores, en los usos de Bolsa: tanto por la forma de las órdenes, que pueden ser verbales, como son verbales los contratos concluidos en la Bolsa; en cuanto, por ejemplo, a varios tipos de órdenes y sus obligaciones consecuentes inherentes a la ejecución, o ejecución parcial, o no ejecución; en cuanto a la tácita aceptación de las órdenes conferidas a los agentes de cambio, en defecto de su inmediata reinserción; en cuanto a la obligación del intermediario de comunicar inmediatamente al cliente los extremos del contrato por él concluido; cuanto a la tácita aprobación de la ejecución de las órdenes, aunque difiera de la orden recibida, en defecto de inmediata contestación por parte del cliente de la comunicación relativa a la ejecución; cuanto al derecho del agente de cambio de tomar del cliente, en el momento en que se confiere la orden, el pago de una garantía, que eventualmente se tendrá, en dinero o en títulos."¹²

Las ordenes bursátiles, encuentran su regulación en la disciplina general del mandato, que las rigen en lo aplicable, y tomando en cuenta las características especiales de la contratación bursátil y la intermediación que en

12 Coltro Campi, citado por Garriguez J, op. Cit, pág. 376

ella se da, que ha formado una amplia gama de normas consuetudinarias, que especifican los derechos y obligaciones de las partes en consideración a las particulares exigencias del mercado.

C. Objeto

Entendemos como contratos de bolsa, aquellos contratos que se hayan formulado de acuerdo con los principios, características y necesidades generadas en un mercado de valores, para la transmisión de los derechos y obligaciones que incorporan los objetos que en él se comercian.

También mencionamos que el artículo 41 de la Ley Reguladora no, define el objeto de los contratos de bolsa. Por otro lado cabe mencionar que en lo referente a los contratos de bolsa, se da un marco general de las operaciones consideradas como contratos de bolsa, en el cual se establecen un serie de modalidades de contratación, para las cuales es necesario que sus objetos sean títulos valores de carácter serial o en masa.

Cabe destacar, que el requerimiento de la emisión en serie o en masa de los títulos, es una de las características que más contribuye al fortalecimiento de los mercados bursátiles, entre otras razones por la celeridad, ámbito de operaciones que se puede realizar con ellos, estandarización de sistemas, cotización oficial, ejecución forzosa, etc., que deriva de la fungibilidad de estos títulos.

Los títulos valores emitidos individualmente, así como títulos representativos de mercaderías, no presentan las características necesarias para el logro de estos aspectos. Por ejemplo, la ejecución coactiva que se realiza a través de la bolsa ante un eventual incumplimiento

contractual, no es aplicable para estas clases de títulos, por la imposibilidad e inconveniencia que representa encontrar un título disponible, que tenga exactamente las mismas características que el título objeto del incumplimiento.

Como se ha visto, la apertura que presenta el artículo 41, permitiría eventualmente que se le aplicaran las especiales normas de los contratos de bolsa, a otro tipo de bienes no catalogables ni siquiera como títulos valores, por el simple hecho haberse llevado su celebración y liquidación por medio de una bolsa de valores, cosa que resultaría absurda, debido a que dichas leyes están formuladas como respuesta a ciertas necesidades y requerimientos del mercado bursátil exclusivamente.

En otras palabras, si hemos dicho que los contratos de bolsa son formulados de acuerdo a los principios del mercado de valores, como por ejemplo, objeto de contratación fungible, diversificación y tipicidad los contratos de bolsa, intermediarios especializados, vencimientos similares, transparencia, publicidad, igualdad de todos los contratantes, protección al inversionista, relevancia y efectos de los precios fijados en la bolsa, etc., resultaría ilógico la admisión como objeto de estos contratos, de otro tipo de bienes que no respondan a los principios dichos para los cuales no son aplicables.

Por su parte, el artículo 2 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, señala con respecto al Objeto que se entenderá por valores los títulos valores y cualquier otro derecho de contenido económico o patrimonial, incorporado o no en un documento, que por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión pueden ser objeto de negociación en un mercado financiero o bursátil.

Vázquez del Mercado que dice:

“Es importante reafirmar que la característica básica de estos contratos es la de tener por objeto títulos de crédito, pero emitidos en masa, es decir en serie, que por su naturaleza son fungibles, y destinados a su circulación, con finalidad de que se especule con ellos... El término, pues, contratos bursátiles o contratos de bolsa, debe aplicarse a aquellos contratos efectuados en los locales de la bolsa por medio de sociedades especializadas y cuyo objeto son valores que se transfieren de vendedor a adquirente. Por valores debe entenderse, como lo señala el artículo 3° de la ley que hemos citado, las acciones, obligaciones y demás títulos de crédito que se emitan en serie o en masa.”¹³

Por su parte, Rodríguez Rodríguez señala:

“Objeto. Podrán ser objeto de contratación en bolsa, los valores inscritos en la Sección de Valores del Registro Nacional e Intermediarios, entendiendo por valores, las acciones, obligaciones y demás títulos de crédito que se emitan en serie o en masa, así como otros títulos de crédito y documentos que sean objeto de oferta pública o de intermediación en el mercado de valores, y que otorguen a sus titulares derechos de crédito, de propiedad o de participación en el capital de personas morales.”¹⁴

También, González Lara indica lo siguiente:

“... los efectos de comercio sobre los que recaen las operaciones bursátiles, o dicho en otras palabras, las cosas mercantiles que son objeto de contratación bursátil son los títulos

valores o títulos de crédito, seriales o en masa, es decir, aquellos que otorgan los mismos derechos e imponen las mismas obligaciones a toda persona que sea o llegue a ser titular de los mismos.”¹⁵

En cuanto al objeto de la contratación bursátil, se puede decir que el artículo 22 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores establece:

“Los mercados secundarios de valores serán organizados por las bolsas de valores, previa autorización de la Superintendencia. En tales mercados, únicamente podrán negociarse y ser objeto de oferta pública las emisiones de valores inscritas en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios. Sin embargo, las bolsas de valores quedan facultadas para realizar transacciones con títulos valores no inscritos en ese Registro.”¹⁶

Eso sí debe quedar claro que aunque al principio de dicho artículo se dice que los objetos a negociar deben inscribirse en el Registro de Valores, y luego establece que las bolsas de valores quedan facultadas para realizar transacciones con títulos valores no inscritos en el Registro, tales valores no podrán ser objeto de oferta pública.

Es importante mencionar que los títulos valores tienen como función económica primordial facilitar la circulación de los derechos y dotar de seguridad y de facilidad a la transmisión de los derechos, para el autor “Asquini, el título valor es el documento de un derecho literal

13 Vázquez del Mercado, Oscar. Contratos Mercantiles, pág. 526

14 Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Derecho Mercantil. México. Editorial Porrúa S.A., 20ª edición Tomo I y II, 1991, pág. 28

15 González Lara, Alvaro Aspectos Jurídicos de la Bolsa de Valores. Tesis de Grado para optar por doctorado. Universidad del Salvador, 1985, pág. 282

16 Ley Reguladora del Mercado de Valores, Costa Rica. Art. 22.

destinado a la circulación, capaz de atribuir de modo autónomo la titularidad del derecho al propietario del documento”.¹⁷

Es por ello que solo puede invocar o ejercitar el derecho al título o documento, quién tenga posesión de él.

D. Formación objetiva de precios

Otra característica de la contratación bursátil, es que procura una formación objetiva de precios, llamada en el ambiente bursátil cotización. La cotización representa la evolución y fluctuaciones de precio que los títulos valores presentan a través de su negociación en bolsa, y que atienden a variables de diversa índole, como por ejemplo las ganancias de una empresa a través de un período, las expectativas de desarrollo, políticas comerciales, acuerdos internacionales de comercio. etc.

González Lara señala al respecto:

“Formación Objetiva de los Precios: Consecuencia de la contratación en masa, es la formación de un precio objetivo, denominado “Cotización” que se forma a base de la constancia documental de la operación realizada y que se refleja en el listín único publicado por la bolsa, al cierre de las operaciones del día.”¹⁸

Los títulos valores suscritos por la entidad emisora, deben haber sido inscritos en la bolsa para que puedan ser objeto de contratación bursátil, y la entidad contar con la autorización respectiva para su oferta. Esto garantiza, que los títulos que entren a cotización, han sido

objeto de estudio así como su emisor, todo dentro del marco general del principio de protección al inversionista.

Cano Rico indica lo siguiente:

“La determinación de los valores susceptibles de contratación bursátil es una de las funciones de mayor trascendencia tanto desde el punto de vista jurídico como económico y financiero. La condición de “título cotizado”, asegura a quien pretende adquirirlo, que dicho título reúne las condiciones mínimas de regularidad y legitimidad, teniendo tanto los títulos como las sociedades emisoras unos requisitos mínimos...”¹⁹

Ahora bien, dado que para que un título presente una cotización, se requiere que tenga cierta cantidad y regularidad de negociación en la bolsa de valores, parece obvio que dichos títulos deben ser emitidos en serie o en masa, puesto que de otra manera no sería posible cumplir con estos dos requisitos. Por lo tanto los títulos emitidos individualmente, a pesar de que la Ley Reguladora los acepta como objetos de contratación bursátil, no son susceptibles de generar una cotización.

Para que se autorice la oferta pública de títulos valores a una empresa que desea cotizar sus títulos, se ha debido pasar por una serie de trámites, tendientes a asegurar un cierto rango de confianza entre el público inversionista sobre las cualidades de dichos documentos. La misma Ley Reguladora, señala que las bolsas de valores no serán responsables por las negociaciones de títulos que no estén en ella inscritos, y las operaciones se harán bajo la exclusiva responsabilidad de las partes que intervengan en la contratación.

17 Broseta Pont, (Manuel).. Manual de Derecho Mercantil. Madrid. Editorial Tecnos. 3ª edición 1977 pag 621.

18 González Lara. Op.cit pag 50

19 Cano Rico, (José Ramón). Mediación, fe pública mercantil y derecho bursatil, Madrid, 1985. pag 339

La cotización de los títulos valores en una bolsa, permite al público inversionista, tener una visión global de la evolución del título frente a las diferentes variables económicas que sobre él ejercen influencia a través del tiempo, sino también la aceptación que tiene el público del mismo.

E. Especial valor del tiempo

Los contratos de bolsa, se encuentran inmersos dentro del ámbito bursátil, en el cual se transan cantidades impresionantes de dinero y de títulos. De esta manera los importes a que pueden ascender en un solo día, solo por concepto de intereses, la inmovilización de capitales o de títulos es muy alto.

Así, este especializado mercado, requiere que el cumplimiento de las obligaciones se efectúe en el momento exacto que se pactó. Por esta razón, el valor que tiene el tiempo en la contratación bursátil es importantísimo, al grado de que el término es considerado como un elemento esencial de estos contratos.

Messineo opina:

“El plazo señala no solamente el momento, antes del cual no puede nacer obligación de cumplimiento por las partes, y no solamente aquel que venciendo, hace madurar tales obligaciones si no (sic) también el punto no más allá del cual, las partes deben llevar a término las prestaciones pactadas. Lo cual equivale a decir, que en nuestro caso, el plazo es por naturaleza esencial, para ambas partes y que por tanto la simple mora solvendi de una de ellas, se asimila para los efectos jurídicos, al incumplimiento de cuyo hecho la ley se ha preocupado muy especialmente.”²⁰

Otra razón que convierte el término en esencial en estos contratos, es que el día en que este se vence, y por ende, se deben cumplir las prestaciones, puede ser (como frecuentemente ocurre) que el vendedor o el comprador (o el reportado o reportador) ya hayan comprometido los títulos o el dinero a obtener por la negociación, por lo que de no obtenerlo, se convertirían en incumplientes ante un tercero, con todas las implicaciones que esto tiene.

Garrigues agrega:

“El plazo es, en aquella operación, elemento esencial del negocio. Y esto es en un doble sentido: en cuanto las prestaciones se aplazan hasta un día determinado, que se fija de acuerdo al uso bursátil (último de mes), y en cuanto que la liquidación del negocio ha de hacerse precisamente ese día, sin que sea posible un cumplimiento retrasado.”²¹

El permitir la mora en este mercado acarrearía graves consecuencias, que podrían afectar seriamente la confianza del público a la hora de dirigir sus fondos en estas negociaciones. Así vemos, que en los contratos de bolsa se le otorga preponderancia al término, como lo aquel momento que extingue la vigencia del plazo, por las razones de celeridad que tiene impreso el ámbito bursátil.

F. Fin especulativo de los contratos de bolsa

Una de las características que suelen ser atribuidas a los contratos de bolsa, es el fin especulativo que estos comportan, especialmente en lo que se refiere a las

²⁰ Messineo, op. Cit, pág 62 y 63

²¹ Garrigues, op. Cit. pág 372

operaciones donde la perfección y la ejecución del contrato, se hayan diferidas por un plazo prolongado. El concepto de especulación, referido al mercado bursátil, se entiende como aquella actividad comercial que se aprovecha de las diferencias locales y temporales de precios que a diario ocurren tanto en las bolsas de comercio como en las de valores, para así, obtener un beneficio.

Al respecto Rodríguez Sastre nos dice:

“... la especulación trata de hacer negocio a base de las diferencias de precio en el tiempo, esto es, de las oscilaciones de los precios... Por lo que a la Bolsa se refiere, raras serán las operaciones que, en el fondo, no lleven el espíritu especulativo. Comprar en Bolsa valores con el fin de incorporarlos a una cartera individual “sine die”, se contradice con lo que es la esencia de los valores típicos bursátiles.”²²

En este sentido Messineo coincide con la anterior afirmación, y señala:

“ Es de tenerse en cuenta, por otra parte, que en las compras y en las ventas a plazo, va conectado el objetivo de la especulación, que aparece destacada entre los momentos de la conclusión y de la ejecución del contrato, y que consiente, lo mismo la compra que la venta en descubierto, con la perspectiva de revender las cosas, sin estar obligado al pago del precio (o, respectivamente, comprar las mismas cosas, para entregarlas), antes que el plazo haya vencido.”²³

Estos dos apuntes, nos sirven indirectamente, para comprobar una vez más, que el objeto de los contratos de bolsa son títulos emitidos

en serie o en masa y que por ende, al otorgar los mismos derechos y obligaciones a sus poseedores, gozan de fungibilidad entre ellos. Hemos dicho que para que exista especulación, se requiere por objeto títulos susceptibles de variar su precio. La variación del precio se produce a través de sucesivas negociaciones a través del mercado bursátil y esta oscilación del valor, viene como consecuencia de las posibilidades que tenga dicho documento, de ofrecer mayores o menores márgenes de rentabilidad, básicamente por factores extrajurídicos que atañen al campo socio-económico.

En el caso de títulos de emisión individual, esto resulta prácticamente irrelevante, puesto que siempre se sabrá exactamente a cuanto asciende el derecho incorporado al título; por no haber otro título con exactamente las mismas características, no son susceptibles de generar una cotización, y por último, su negociabilidad en bolsa, salvo raras excepciones, es muy limitada.

Claro está, lo dicho con respecto a los títulos seriales se refiere básicamente a las acciones, que componen el ingrediente principal de las negociaciones en las bolsas desarrolladas. Por otro lado, no todo título emitido en masa es de renta variable, pues como vimos anteriormente, también los hay de renta fija, caso de las obligaciones.

Por otro lado, no importa el título de que se trate, no necesariamente su negociación en bolsa conlleva propósitos especulativos, aunque así sea por regla general.

22 Rodríguez Sastre, (Antonio) Operaciones de Bolsa, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Segunda Edición, Vol. II, 1954, pag , 617

23 Messineo, op, cit, pág 31

Así lo expresa Garrigues diciendo:

“Generalmente la operación a término se realiza con fines de especulación. Pero esta finalidad no es su esencia. Algunas veces el contrato a término se utiliza con intención seria de entregar la cosa y pagar el precio en la época fijada, por ser así conveniente a los intereses de los contratantes, ajenos al propósito de especular a base de la oscilación de precios, sino, al contrario deseosos de defenderse contra los efectos de esa oscilación.”²⁴

Ahora bien, si el fenómeno especulativo se presenta en todo mercado bursátil, no es porque el propio mercado así lo quiera, sino porque es una consecuencia natural de su funcionamiento. No se puede negar su presencia, ni se puede esperar una bolsa donde no se de.

En opinión de Olivencia Ruíz²⁵, el problema de la regulación de las operaciones a plazo, por el matiz especulativo, no es un simple problema de técnica legislativa, sino que excede incluso de la órbita del Derecho para situarse en la pura ética.

Ruíz y Ruíz ²⁶nos da su opinión de porque las operaciones a plazo, a pesar de las críticas que han recibido por la actividad especulativa que facilitan al poderse realizar “al descubierto”, poco a poco se han ido oponiendo por una doble razón:

Razones Jurídicas,

- Realista, al practicarse éstas con o sin su prohibición,

- jurídicas, con base en el Derecho Romano, que admite como válida la venta de cosa que en el momento del contrato no existe o pertenece al vendedor,

Razones Económicas,

- Mayor elasticidad en la contratación,
- Equilibrio entre alcistas y bajistas,
- Posibilidad de inversiones a corto plazo.

La especulación en los contratos a plazo, se produce por la previsión que hagan las partes, de la posible variación que sufran los títulos objeto del contrato en su precio, desde el momento en que se perfecciona, hasta el momento de la ejecución. Así el comprador espera que en el momento de la liquidación del contrato, el precio pactado para los títulos objeto del contrato, hayan subido de precio, y se le llama “alcista”. Por otro lado, el vendedor espera que el precio de los títulos haya bajado a ese mismo momento, entregando títulos por un precio superior, al que se podrían adquirir en el mercado en ese momento, y por eso es llamado “bajista”.

Por otro lado, el beneficio se hace palpable, debido a que no es necesario ni tener el dinero ni los títulos, sino hasta la hora de la ejecución. Por ende, el vendedor los podrá adquirir a un precio más bajo y cobrarlos a un precio mas alto (el pactado con el comprador) si se produce el alza por éste deseada. A la inversa sucede lo mismo, el comprador podrá pagar un precio más bajo, del que tienen los títulos en se momento, y al recibirlos los podrá vender y lucrar con la diferencia.

²⁴ Garrigues, op. Cit, pág. 372

²⁵ Olivencia Ruíz, citado por Cano Rico, op, cit, pág. 370

²⁶ Ruíz Ruíz, La compraventa de valores mobiliarios. Derecho Financiero. Madrid, Pág 42

Vemos que en ambos tipos de especulación “al alza” y “a la baja”, se realiza otra operación en sentido contrario, por parte de quién haya acertado en su predicción, para así materializar su ganancia. Este negocio es llamado “de cobertura” o “en sentido inverso”.

B. CONTRATO DE OPERACIONES DE COMPRAVENTA Y CESIÓN BURSÁTIL EN EL MERCADO DE BOLSA: OPERACIONES DE COMPRAVENTA

Las operaciones o Contratos dentro de la Bolsa no requieren de más formalidades que de los requisitos mínimos para hacer de ellos actos ágiles. Se realizan mediante los Puestos de Bolsa, en las personas de los Agentes Autorizados, quienes en última instancia son los que firman; sin embargo existe una representación de sus clientes a cuyo nombre se realizan las transacciones.

Lo que quiere decir que en la Bolsa se compran y venden títulos o mercancías, y estas compraventas no se realizan directamente por los interesados, sino por comisionistas suyos (Agentes de cambio o Bolsa) que obran en su propio nombre y por cuenta de sus comitentes. Lo que tenemos que tener claro es que no hay un concepto unitario y distintivo de las operaciones bursátiles. Se trata de negocios jurídicos comunes, generalmente ventas, a los cuales el tráfico bursátil consuetudinario imprime determinadas modalidades de perfección o ejecución.

Son operaciones de compraventa sobre títulos o mercaderías. La compraventa es, pues, el negocio de realización de la comisión bursátil; Pero la compraventa sigue siendo el

contrato dominante. Todas ellas se agrupan en torno a dos contratos fundamentales: EL DE COMPRAVENTA Y EL DE COMISION.

Es por ello como antes lo mencione que en sentido estricto se entiende por operaciones bursátiles aquellas compraventas de valores cotizados en Bolsa que se realicen en ella o fuera de ella, pero siempre con la necesaria intervención de un miembro de Bolsa.

Como nos dice BROSETA PONT, “Estas operaciones bursátiles se denominan también operaciones de mercados secundarios oficiales de valores a diferencia de los mercados primarios, que son las que se ocupan de la intermediación en la colocación de emisiones de valores, cuya difusión y distribución entre los inversores constituye el objeto del mercado privado. El mercado primario tiene por objeto, pues, la inversión, suscripción y puesta en circulación de los valores que se emiten. El mercado secundario tiene por objeto la transmisión o venta, o sea, la negociación, de los valores ya emitidos. El mercado secundario fundamentalmente es la Bolsa de Valores.”²⁷

El contrato de compraventa de títulos valores a través de la Bolsa se presenta como un contrato bilateral, es decir una compraventa de un título valor, que realizan dos Agentes Autorizados de la Bolsa, a nombre de los clientes de sus respectivos Puestos de Bolsa. A través del contrato una de las partes se obliga a pagar el precio de la operación, más los intereses acumulados al día de la transacción, así como las comisiones de Bolsa y la otra, a realizar la entrega del título, por eso se dice que es un negocio donde intervienen dos partes, lo que podría entenderse que las prestaciones de la

27 Broseta Pont (Manuel), op. cit. Pag 475.

negociación son mutuas y que ambas partes obtienen beneficios, ya que una adquiere liquidez a un costo de mercado y la otra obtiene una rentabilidad por su inversión superior a la del mercado primario y lo más importante es que genera derechos y obligaciones para ambas partes contratantes, por eso se dice que es un Contrato Oneroso, eso sí la prestación debe encontrarse determinada en el texto del contrato, ya que en el se establecen las características generales del título, como son:

- La tasa de interés.
- La última fecha de pago.
- La fecha de vencimiento
- El rendimiento que adquiere el inversionista.
- El número de documentos que se transan.
- El monto de cada uno de ellos.
- y todas las demás que permitan identificar con claridad el objeto y establecer en forma precisa el procedimiento para el pago por parte del comprador, por eso se dice que estamos frente a un contrato Conmutativo, ya que no deja nada a un acontecimiento futuro e incierto.

Se puede identificar también como un contrato consensual, aunque en el contrato exista la obligación del vendedor de entregar la cosa vendida; el contrato de compraventa se perfecciona cuando los Corredores de Bolsa, tienen un acuerdo entre cosa y precio, y esto se produce en lo que se llama el CORRO, en dos situaciones o momentos diferentes, uno cuando los Agentes hacen sus propuestas a viva voz, en donde falta nada más la aceptación de parte del otro Corredor; para que el negocio surta sus efectos, y el otro momento cuando esa misma operación pasa a remate, puede que sé de una mejor oferta de compra o de venta, en cuyo caso se sustituye

al comprador o al vendedor. En ambos casos, la aceptación verbal precede a la firma del contrato, es importante rescatar como lo hace Cachón al decirnos que se perfecciona por el consentimiento de las partes directa o por medios de sus intermediarios, también se le considera al contrato de operación como un contrato principal, pues no supone de la existencia de algún contrato anterior a él.

Es importante resaltar que es un contrato nominado ya que se encuentra regulada la compraventa en los artículos 438 y siguientes del Código de Comercio, en donde se estipulan las características generales de este tipo de negocio, es un contrato también de ejecución instantánea, ya que la compraventa se agota en cada operación, ya que un mismo título puede negociarse muchas veces, pasando de mano en mano; sin embargo, cada vez que esto ocurre, deberá realizarse un nuevo contrato independiente del anterior. Con la firma de cada uno, se consuman todos los efectos que de esa operación deriva, sin que pueda ser posible seguir realizando el mismo acto en forma sucesiva.

Aunque es un contrato que se encuentra predeterminado al punto que los formularios se han impreso con anterioridad a su firma, las partes tienen absoluta libertad para establecer el contenido que tendrá cada uno de los puntos que el contrato debe llenar, ya sea el número de cupones, el precio, la forma de pago, etc. Cualquier persona puede negociar sus valores sin necesidad de recurrir a la Bolsa, los únicos que tienen obligación de hacerlo, son los Agentes de Bolsa y los funcionarios del Puesto.

En cuanto a los sujetos que intervienen en este contrato hay sólo dos partes, pero son varios los sujetos que participan como son:

- vendedor que acude a un Puesto de Bolsa, el cual envía a un Corredor, para que transe con otro, que a su vez trabaja con otro Puesto de Bolsa, al cual ha ido un inversionista para que le compren un título en la Bolsa Nacional de Valores, S.A, en síntesis podemos decir que es el cliente del Puesto quien le encomienda a una persona jurídica (Puesto de Bolsa) que realicen por orden y cuenta de ellos una determinada operación, el Puesto, por su parte, contrata a uno o varios Agentes Corredores, quienes en representación del Puesto realizan todas las transacciones. Es por ellos que a los clientes se le considera las partes de la compraventa; y los Puesto y los Corredores son los representantes del cliente. Todos ellos en distinta medida deben tener capacidad jurídica, titularidad, capacidad de actuar, en el caso del inversionista que es el que vende debe tener capacidad física y jurídica, en el caso del Puesto de Bolsa, debe tener capacidad y legitimación, es por eso que debe de estar autorizada su concesión dentro de la Bolsa; dentro del Puesto de Bolsa, su funcionario el Agente Corredor debe estar debidamente autorizado para operar en la Bolsa y ante el Puesto para comprometerse a conseguir determinadas características en la operación.

En cuanto al objeto debe ser un título existente y lícito, aunque es importante señalar que la operación se realiza teniendo como objeto un documento inexistente al inicio, pero que se emitirá esa misma tarde y esto se debe al tráfico mercantil, hasta podríamos decir que se da un vicio en la compraventa bursátil, ya que en el contrato no se indica que sea un título futuro, por eso es que la buena fe y el prestigio de quienes participan en el mercado sería la única garantía que el cliente que entregó el dinero tendría, ya que al inicio el documento negociado es inexistente.

En cuanto a la voluntad esta la encontramos en el sujeto que está legitimado para realizar la operación, la cual le es expresada a una persona jurídica, a la persona de cualquiera de sus funcionarios, para que esta (Puesto de Bolsa) se encargue de realizar por orden y cuenta suya, determinada operación de Bolsa. También nos encontramos con la voluntad del Puesto y del Corredor; que nos es de comprar y vender; si no más bien de cumplir con un mandato que en este caso es una operación de Bolsa. Y por último el Agente de Bolsa expresa la voluntad del Cliente, mediante la cual se llega a perfeccionar la operación, es por ello que podemos decir que en las operaciones de Bolsa intervienen en cadena tres sujetos.

Sobre los elementos accidentales que intervienen en ellas, podemos mencionar que en las Operaciones de Bolsa no se tienen elementos accidentales de condición, ni de modo; aunque sí de término y este se establece al inicio, es decir marca el momento a partir del cual surten los efectos de los contratos; es así como las operaciones de Bolsa se clasifican en:

“A HOY”: que son aquellas operaciones que se liquidan el mismo día en que se firma el contrato.

“ORDINARIAS”: son aquellas operaciones que se liquidan un día hábil después de la transacción.

“A PLAZO”: son aquellas operaciones que se liquidan en una fecha determinada en el futuro, con un plazo máximo de tres meses.

Es por ello que debemos decir que los efectos de estos tipos de operaciones, comienzan a darse después de que se cumple el plazo, también la entrega del título por parte del vendedor es el efecto del contrato de compraventa y el pago del precio, más comisiones e intereses acumulados; es el efecto de la compraventa

por parte del comprador, se puede mencionar que como efectos secundarios tenemos el depósito del título en la CEVAL.

C. EL CONTRATO DE CESION

Es el contrato mediante el cual el Cedente (Titular de un Documento Nominativo), lo transmite al Comprador en la Bolsa, para que este a su vez, pueda ejercer los derechos en él incorporados, es un contrato bilateral, pues en él, el Cedente (vendedor), le traspasa los derechos de un título valor nominativo a un Cesionario (Inversionista), quien paga el precio correspondiente, hay prestaciones mutuas, en él es necesario la entrega del documento para que puedan darse los efectos deseados. La Cesión del título nominativo se realiza después de efectuada la Operación de Bolsa y a favor de quien actuó como comprador.

Sobre los requisitos subjetivos, se debe tener claro que el Cedente del título debe tener capacidad jurídica, de actuar, titularidad es decir debe ser su legítimo propietario, esto para poder traspasar el título al nuevo comprador y en cuanto al objeto tengo que señalar que es el Título en el cual se encuentran incorporados una serie de derechos, por lo que este debe ser válido y debe de existir, en cuanto a la garantía por parte de Cedente es de que el nuevo propietario del título podrá ejercer sus derechos sin sufrir perturbación alguna que provenga de él.

D. CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DE BOLSA

Antes de entrar a analizar la clasificación y las diferentes clases de contratos de bolsa, conviene a los intereses del presente estudio, ahondar lo que en doctrina se ha distinguido con los nombres de contratos de bolsa y contratos en bolsa.

Corresponden a la primera categoría, el contrato objeto de estudio en esta investigación, considerados como aquellos contratos que se hayan formulado de acuerdo con los principios, características y necesidades generadas en un mercado de valores, para la transmisión de los derechos y obligaciones que incorporan los objetos que en él se comercian.

Este tipo de documentos, son una característica de los contratos de bolsa, y debido a su homogeneidad, tienen la particularidad de ser fungibles entre sí, lo que a su vez faculta para que en caso de un eventual incumplimiento contractual, las bolsas tengan los medios para ejercer una ejecución coactiva.

Por el otro lado tenemos la segunda categoría, sea, los contratos en bolsa, los cuales pueden ser o no liquidados a través de la bolsa, y tienen por objeto títulos individuales. En caso de un incumplimiento contractual, la bolsa no puede encargarse de llevar a cabo la ejecución coactiva del contrato, dada la imposibilidad de encontrar dos títulos que presenten exactamente las mismas características, y que por tanto, puedan ser objeto de este procedimiento.

Los Títulos de bolsa, son los típicamente bursátiles, también llamados títulos de inversión o participación; estos títulos de inversión, en nuestro medio son llamados de participación solamente a los títulos accionarios y no a las obligaciones, estos son generalmente en serie y fungibles.

También tenemos los Títulos de bolsa, que no son típicamente bursátiles, pero si pueden transarse en bolsa, son los llamados títulos cambiarios y representativos, en cuanto a los cambiarios estos se refieren al compromiso de pago de sumas de dinero ya sea a la orden

o al portador, por eso tiene una serie de características como son; su formalismo, su abstracción, plena autonomía y la solidaridad de los firmantes, y en Costa Rica tienen fuerza ejecutiva. Ahora en cuanto a los títulos representativos, estos no son abstractos, sino causales, por ende se refieren a un compromiso de entregar determinados bienes al poseedor del título, su literalidad es indirecta ya que hay que recurrir casi siempre al contrato que le dio vida, es decir al contrato de origen, no son formales y no se les dota de fuerza ejecutiva; eso sí son emitidos individualmente y no en masa al igual que los cambiarios, por eso decimos que no son típicamente bursátiles aunque puedan ser transados en Bolsa, por ser individuales.

En nuestra Legislación, se dice que es un poco confuso en cuanto a la emisión u aceptación de los títulos valores, ya que pareciera que existe la posibilidad legal por parte de los emisores de emitir toda clase de títulos con una gran amplitud y lo podemos observar mejor con el artículo 121 del Código de Comercio, el cual estipula:

“Además de las acciones comunes, la sociedad tendrá amplia facultada para autorizar y para emitir una o más clases de acciones y títulos valores con las designaciones, preferencias, privilegios, restricciones, limitaciones y otras modalidades que se estipulan en la escritura social y que podrán referirse a los beneficios, al activo social, a determinados negocios de la sociedad, a las utilidades, al voto o a cualquier otro aspecto de la actividad social.”²⁸

Es así como hablaremos de los Títulos de inversión en títulos de renta fija, cuando su

tenedor adquirente sabe desde el primer momento que adquiere el título, cual va a ser su ganancia o utilidad que el título le va a generar, como sería el caso de los certificados de depósito a plazo, donde el adquirente conoce el monto de los cupones adheridos al título o certificado, y si no fuese por medio de cupones o intereses, siempre el adquirente va a conocer el monto de su ganancia aunque esta esté incorporada al título, ahora en nuestro sistema no se les considera obligacionista en el sentido técnico, sino acreedores de la sociedad.

También podemos hablar de los Títulos de Renta Variable que son conocidos como el carácter de título de valor, por lo que podemos decir que las acciones son títulos de inversión o participación de renta variable, ya que quien adquiere una acción no sabe en cuanto va a consistir su retribución, ya que la distribución de los dividendos esta sujeta a la decisión anual de la Asamblea Anual de Accionistas. Por eso es importante tener claro que la acción es un título valor importante ya que es el que tiene más movimiento en las bolsas. Y el problema que en Costa Rica, principalmente en la Bolsa de Valores la venta de acciones es mínima. También hay otro tipo de títulos que solamente mencionare como el bono de prenda afianzado, títulos de descuentos que son los que comprenden valores como los CATS, las letras de cambio, las aceptaciones bancarias y los pagaré.

En los contratos de bolsa siempre estamos en presencia de un contrato instantáneo, por lo que el evento debe verificarse en una unidad de tiempo, en el instante el cual el evento se llevo a acabo, es decir tiene que ver

28 Código de Comercio, Número 3284, promulgado el día veinticuatro de abril de mil novecientos sesenta y cuatro, art. 121.

con el momento en que se deben cumplir los comportamientos para permitir las diferentes tipos de transmisiones. Así también hacer hincapié que en los contratos de bolsa siempre se esta en presencia de un término o plazo esencial para ambas partes. Claro que en nuestro país se permite de acuerdo al artículo 42 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores que las bolsas de valores establecieran los plazos de exigibilidad y liquidación de las operaciones bursátiles.

En cuanto a la formación objetiva de los precios, es necesario decir que es la formación de un precio objetivo denominado cotización que se forma por medio de la constancia documental de la operación realizada; lo más importante es que esta cotización de la mayor protección al inversionista para poder observar la evolución del título.

Los contratos de bolsa se pueden dividir, de acuerdo a si las obligaciones que en ellos se pacten son definitivas e invariables, o si por el contrario, queda facultada alguna de las partes, o incluso ambas, para variarlo en alguna forma previamente estipulada.

Así llegamos a la clásica división que se hace de estas dos formas de pactar los contratos de bolsa, a saber:

- Mercado Firme o en firme y;²⁹
- Mercado Libre o con liquidación especial

La primera categoría es definida como aquellas en que el comprador y vendedor quedan definitivamente obligados y, por lo tanto, el plazo fijado para su vencimiento y las condiciones del contrato son inalterables, liquidándose la operación en la fecha convenida.

Estas pueden ser, a su vez, según se utilice el crédito por parte del comprador o del vendedor:

- Al contado, ni no se pacta plazo o crédito.
- “Margin Trading” del mercado norteamericano, con sus variantes de “short selling” y “margin buying”
- A plazo, que consiste en el aplazamiento simultáneo de las respectivas liquidaciones.

La segunda categoría, que se refiere al llamado mercado libre, y que consiste en que la liquidación de las operaciones, tienen alguna particularidad que puede afectar a:

- A la fecha de vencimiento del contrato, llamadas “operaciones a voluntad”.
- La ejecución del contrato, llamados “Contratos Dont”
- Al objeto del contrato, llamados “Contratos Noch”
- Al modo de ejecución del contrato, llamados “Contratos Stellage”.

Si se pacta la libertad de cumplir o no el contrato de compraventa o cumplirlo en formas diversas, previamente admitidas como posibles se tienen las llamadas operaciones “con prima” y “con opción”.

29 MERCADO FIRME. En los contratos a mercado firme la voluntad de las partes se expresa y las obligaciones recíprocas se fijan precisa y definitivamente en el mismo momento de la celebración del contrato. Esta clase se divide a su vez en contratos al contado y contratos a término o plazo, según que su ejecución sea inmediata o con posterioridad... MERCADO LIBRE. Los contratos a mercado libre son los contratos a término cuya característica consiste en que mediante el pago de un premio se permite al contrayente no dar ejecución inmediata al contrato, sino que puede modificarlo y darle una solución definitiva posterior, mediante el pago de una prima. Implican también la facultad de no cumplir las obligaciones asumidas, pero en igual forma, cubriendo el monto de una prima. VASQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Contratos Mercantiles. Op. Cit. págs. 527 y 529

Si no se liquida la operación liquidando los respectivos totales, títulos valores y dinero, y se conviene en entregar sólo las diferencias que resulten entre los precios pactados y los que resulten en el momento del vencimiento de la operación en el mercado, se tienen las operaciones “diferenciales”³⁰

Ahora bien, sin hacer mención específica de la división establecida de mercado firme y mercado libre, pero si presuponiéndola, la Ley Reguladora se refiere a las formas específicas de estos contratos de la siguiente manera:

- Contratos de Contado (Mercado Firme), art. 42, 45, 46, 47 y 48 LRMV
- Contratos a Plazo (Mercado Firme), art. 1049 C. Civil
- Contratos a Futuro (Mercado Libre), art. 43 LRMV
- Contratos Opcionales de Compra y Venta (Mercado Libre), art. 41 LRMV
- Contratos a Premio (Mercado Libre), art. 44 LRMV
- Contrato de Reporto (Mercado Libre), art. 49 LRMV

E. OPERACIONES AL CONTADO

Brevemente enunciaremos los lineamientos generales de las operaciones al contado, dado que en realidad este tipo de negocio jurídico

escapa al interés propio de la investigación, pero dejando advertida su existencia como una de las formas de negociación existentes dentro del sistema del mercado de valores y que por su importancia, no podemos extraernos del mismo.

Concepto:

Según Messineo “El contrato de bolsa “Al Contado” sobre títulos, es el medio jurídico, adoptado generalmente por quien teniendo dinero, quiere darle un empleo durable, mediante su inversión en títulos de crédito y tener al mismo tiempo, la inmediata disponibilidad, o sea adquirir efectivamente los mismo títulos; o bien quien teniendo necesidad urgente de hacer pagos en países extranjeros no quiere enviar dinero constante y quiere procurarse cheque o cámbiales sobre el extranjero.”³¹ Pero también se podría dar una especulación sea que teniendo capitales disponibles, compra al contado, consigue el resultado de poder esperar el momento de vender más caro y sustraerse la diferencia. Con respecto al vendedor, el contrato sirve para la colocación de títulos de crédito, y es por tanto preferidos en los Bancos, lo que significa que la compraventa al contado puede tener lugar dentro como fuera de la Bolsa directamente entre las partes, sin intervención de Agentes de Cambio.

30 CANO RICO, José Ramón . Mediación, Fe Pública Mercantil y Derecho Bursátil. Op. Cit. pág. 277. En el mismo sentido, indica Rodríguez Sastre: “La clasificación base considera dos grupos de operaciones a plazo: las en firme y las condicionales o con prima... Son operaciones en firme aquellas en las que el comprador y vendedor quedan definitivamente obligados y, por tanto, el plazo fijado para el vencimiento y las condiciones del contrato son inalterables, liquidándose la operación en la fecha convenida. Las operaciones a voluntad son aquellas en las que el comprador o el vendedor, según convenio previo, se reservan el derecho de liquidar en cualquier día de los que median hasta el plazo convenido, pero debiendo avisar con veinticuatro horas de anticipación. Son, por tanto, las operaciones en firme, las forma más simple de las operaciones a plazo, cuyo desenvolvimiento puede tomarse como norma general de todas las operaciones a plazo, dejando para las formas específicas lo que es propio de cada una de ellas o constituye excepción de aquella norma general.” RODRÍGUEZ SASTRE, Antonio. Operaciones de Bolsa. Op. Cit. pág. 640

31 Messineo (Francesco) Operaciones de Bolsa y Banca, Barcelona, Editorial Urgel, 2da Edición, págs 11-12

“Es la forma más usual de operar en bolsa. En las operaciones al contado, la liquidación se hace el mismo día o pocos días después, según el tipo de título que se ha contratado. Por tanto, en las operaciones al contado, la entrega de los títulos por parte del vendedor y el pago de los mismos por parte del comprador se hace inmediatamente después de la contratación”³².

“Las operaciones al Contado no suponen más que los plazos necesarios para que los títulos vendidos lleguen a manos del Agentes de Cambio y pasen a poder del cliente comprador. No hay entrega inmediata, por así decirlo, a realizar en el tiempo preciso para la ejecución material de las transmisiones, una vez efectuada la negociación.”³³

Según Chazal Palomo son operaciones al contado cuando “ las obligaciones recíprocas de los contratos deben consumarse el mismo día de la celebración del contrato, efectuándose la entrega material de los títulos.”³⁴

Otro autor muy distinguido como Rodríguez Sastre nos dice que “ las operaciones al contado consisten en el cambio inmediato del valor o título por el metálico representativo de su precio o cotización. No extrañan ningún plazo o término ni para la entrega de los títulos vendidos ni para el pago de los títulos comprados. Se concluyen o consuman al mismo tiempo, bajo la sola reserva de los plazos necesarios, previstos reglamentariamente para la materialidad de la entrega por parte del

Agente vendedor al Agente comprador de los títulos destinados al cliente comprador.”³⁵

F. OPERACIONES A PLAZO

Por la importancia que encierra este tema, dado que el contrato de bolsa con prima deriva de este tipo genérico, expondremos algunas líneas en cuanto a su noción, ello con la finalidad de entender mejor el contrato objeto de este estudio.

Definición

Según Cachón Blanco; “Las operaciones a plazo, permiten la realización de operaciones de mercado de valores sin disponer de dinero o de valores (o al menos, sin disponer del importe total correspondientes a la operación)”.³⁶

El autor Messineo dice que este tipo de contrato a diferencia del de contado, ocupa el primer puesto, en orden de importancia entre las operaciones de bolsa; en cuanto a su naturaleza jurídica se puede decir que deriva de las circunstancias de que el objeto de aquél, consiste en cosas desprovistas de individualización en el momento en que se formaliza el contrato, o sea se trata de cosas genéricas o de cantidad, que permanecen siendo tales, hasta la ejecución de tal contrato.

Para Cano Rico lo define diciendo que “Son aquellas en las que las obligaciones recíprocas de los contratantes no deban quedar satisfechas en el día del contrato, sino al vencimiento del plazo convenido”³⁷.

32 Amat (Oriol), La Bolsa, Funcionamiento y Técnica para investigar, Madrid, Ediciones Deuso S..A, Segunda Edición, 1990 pag 67.

33 Rodríguez Sastre (Antonio). Op, cit pag 517

34 Cano Rico (Ramón), op.cit pág. 312.

35 Rodríguez Sastre (Antonio), op. cit. Pag 519.

36 Cachón Blanco (José Enrique), op. cit. Pag. 259.

37 Cano Rico (Ramón), Mediación, Fe Pública Mercantil y Derecho Bursátil, Madrid, Editorial Tecnos p 312

Garriguez Joaquín las define como “Las operaciones a plazo son la base de la contratación bursátil, y la cual consiste en que la prestación contractual de cada parte no se realiza inmediatamente, como en las operaciones al contado, sino en un plazo máximo que los contratantes señalan unitariamente. Pero no se trata de compraventas a crédito en el sentido de venta con entrega inmediata de la mercancía y aplazamiento del precio. En las operaciones bursátiles a plazo, ambas prestaciones son simultáneas; por esto, más que la concesión recíproca de crédito, lo que hay es un aplazamiento voluntario de la total ejecución del contrato.”³⁸

Es importante tener en cuenta que estas operaciones bursátiles se pacta un plazo para que el comprador pague el precio y el vendedor entrega la cosa, o también podemos decir que en el momento de concertarse la operación tanto se deben fijar las condiciones de naturaleza de la mercancía, cantidad, precio, época de la entrega, aplazamiento de la ejecución hasta que se de la liquidación, por eso se dice que las obligaciones recíprocas de los contratantes no deben quedar satisfechas en el día del contrato, sino al vencimiento de un plazo convenido.

“Este aplazamiento, permite que se concreten operaciones sin disponer de liquidez en términos de dinero, estableciendo plazos, que constituyen el elemento esencial del negocio bursátil. El comprador espera que la cotización suba, con la que recibirá en el momento de liquidar la operación unos valores que valdrán más del precio a pagar por ellos. El vendedor espera lo contrario: entregar unos

valores que, por haber bajado la cotización, valgan menos que el precio que por ellos ha de recibir. Ambos especulan con la diferencia de precio entre el momento de la perfección y el de la consumación del contrato. Por eso la especulación encierra evidentes riesgos para ambas partes, en razón al alza inherente a las oscilaciones de los cambios. De ahí la dicción corriente de jugar a la Bolsa.”³⁹

Se dice también que presupone que las partes convienen expresamente que sus obligaciones recíprocas (entrega del título y pago del precio), serán cumplidas el día en que se agota el plazo determinado.

Estas operaciones se caracterizan, porque se fija el precio en el momento de perfeccionarse el contrato, por haberse aplazado el cumplimiento de las obligaciones de comprador y vendedor hasta el término esencial convenido; y por que el vendedor no posee los títulos en el momento de la conclusión del contrato; es por eso que se dice que son operaciones especulativas para ambas partes, ya que el vendedor espera la baja de los títulos y el comprador espera en el alza de los títulos.

Son operaciones a plazo aquellas en donde las obligaciones que se adquieren son distribuidas a través de un tiempo que es determinado al momento de convenir en la operación, son de naturaleza meramente especulativa, es decir vender caro para comprar barato.

Mediante las operaciones a plazo, es posible realizar operaciones tanto al alza (comprando) como a la baja (ventas a plazo o en descubierto).

³⁸ Garriguez (Joaquín), op cit p 339

³⁹ Chazal Palomo (José Antonio). Mercado de Valores, Banca y Comercio Internacional, Editorial Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 1996. p 32

Los compradores a plazo esperan un alza de precios. Compran hoy a plazo, esperando vender al contado cuando llegue dicho plazo. Los vendedores a plazo venden hoy valores a plazo (que normalmente no tienen, luego son operaciones en descubierto), esperando que los precios bajen y puedan recobrar tales valores a menos precio y entregárselos al comprador de la primera operación.⁴⁰

En estas operaciones a plazo, el plazo es esencial, ni la operación puede consumarse antes de dicha fecha, ni es posible un cumplimiento posterior a dicho plazo, es decir. En las operaciones a plazo no hay mora: hay cumplimiento o incumplimiento.

Se puede decir que son contratos de bolsa a plazo, pues su objeto lo constituyen títulos valores emitidos en serie y cuya transmisión se realiza de conformidad con las características de un mercado de valores en una bolsa autorizada y el cual pertenece aun mercado firme o en firme que comprende tanto contratos a plazo como al contado según sea su liquidación, es decir “aquellas en que comprador y vendedor quedan definitivamente obligados y, por lo tanto el plazo fijado para su vencimiento y las condiciones del contrato son inalterables, liquidándose la operación en la fecha convenida, el momento señalado para la prestación es inherente para la esencia del contrato, ninguna de las partes pueden anticiparlo y también pueden pertenecer a un mercado libre o condicional, en donde se engloban las operaciones con opción, con prima y a voluntad y son aquellos que le dan importancia a la liquidación la cual puede afectarse sea en la fecha de vencimiento, en la ejecución del contrato, en el objeto o en el

modo de ejecución, es decir aquellas en que una de las partes se reserve el derecho a modificar alguna de las condiciones, mediante el pago de una compensación de acuerdo con su naturaleza.

MERCADO LIBRE Y CONTRATO A PREMIO

A.- CONTRATOS A PLAZO CON OBLIGACIONES NO DEFINITIVAS (MERCADO LIBRE)

Habíamos dicho, que en las operaciones a plazo en el mercado firme, por el acatamiento obligatorio de las partes de los términos pactados en el momento de la perfección del contrato, se corría un riesgo por parte del comprador y del vendedor, de acuerdo con las fluctuaciones que experimentarían los títulos objeto del contrato, en el lapso que media hasta el momento de la ejecución. Frente a esta situación, Messineo nos dice:

“Frente a esta situación antieconómica, se ofrecen al comprador, dos términos de una alternativa (uno y otro desventajosos): o retirar igualmente las cosas, abonando por ellas un precio desproporcionado al valor que tengan en aquel momento; o bien abstenerse del cumplimiento (porque, por ejemplo él ha comprado “al descubierto”, o sea sin contar con la suma correspondiente y no ha conseguido en el entretanto vender a precio remunerador), pero sufriendo en este caso, la consecuencia de la liquidación forzosa, o sea, la venta coactiva de las cosas (en su daño como comprador), en el mercado público, a un precio que será la mayoría de las veces, inferior al corriente en la fecha de vencimiento, y con mayor razón, a aquel que está debiendo; de lo que resulta

40 Cachón Blanco (José), op cit pág 259

una diferencia entre los dos precios, que debe pagar igualmente, no obstante el voluntario incumplimiento de la prestación (precio integral de las cosas adquiridas).⁴¹

Es precisamente por lo explicado, aplicable a modo inverso también al vendedor, que el mercado libre adquiere relevancia en las negociaciones bursátiles, al permitir a las partes no someterse a términos tan rigurosos, ya sea como medida para evitar el riesgo explicado, o como para obtener un mejor provecho de su patrimonio.

Así, las operaciones a plazo con obligaciones no definitivas, se refieren básicamente a aquellos contratos, donde el contenido exacto de las obligaciones recíprocas, no se define en el momento de perfeccionarse el contrato, sino en un momento posterior.

Estos contratos, necesariamente estipulados a plazo, permiten a las partes, no quedar definitiva e irrevocablemente obligados en los términos pactados a la hora de la perfección del contrato (como en el mercado firme), sino que el contenido de las prestaciones, podrá variar de acuerdo a los intereses de quién o quienes se reservan el derecho de modificar o darle contenido esas obligaciones, con vista en el comportamiento que tengan los títulos objeto del contrato en la bolsa de valores,

durante el plazo pactado, y hasta antes del vencimiento del mismo.

Es precisamente por la flexibilidad que este tipo de contratos le imprimen a la negociación bursátil, que en todas las bolsas desarrolladas gozan de gran aceptación. Su gran cantidad de variantes, como veremos más adelante, ha hecho que se de una confusión a nivel doctrinario y normativo, de las diferentes implicaciones que tiene cada uno de ellos. Por otro lado, han recibido una serie de diferentes denominaciones dependiendo del idioma en que se los trate, tornándose dificultosa su correcta delimitación conceptual, así como sus alcances.

La clasificación que utilizaremos para el estudio de estas figuras será:

- Contratos a Premio
- Contratos a Voluntad

B.- CONTRATOS A PREMIO

Los contratos a premio, son llamados también contratos condicionales, u opcionales. Sin embargo diversos autores, dependiendo de la clasificación propia que hagan de estos contratos, han hecho grandes diferencias entre los contratos con estos nombres.⁴² Son bastante novedosas, incluso en las bolsas más desarrolladas del mundo.⁴³

41 Messineo, Francesco . op. cit. pág. 95

42 Podemos citar como ejemplo de la diversidad de nombres que reciben los contratos a premio, algunos párrafos separados del libro de Antonio Rodríguez Sastre: “ ... caracterizadas por el hecho de que la obligación de una de las partes es condicional... En las operaciones condicionales ...”; “Operaciones con prima son aquellas en que el tomador...”; “...Tales operaciones son conocidas indistintamente por “opciones” o “a prima””. Se hace la aclaración, de que en todos los casos se estaba hablando de la misma operación. RODRÍGUEZ SASTRE, Antonio. op. cit. págs 727 y siguientes.

43 “Las opciones sobre mercancías se vienen realizando desde hace más de un siglo, pero las opciones sobre títulos-valores son mucho más recientes. En Chicago, donde existe una bolsa especializada en opciones financieras que es la más importante del mundo, este tipo de operaciones se hace desde 1973. Otros mercados importantes de opciones son los de Filadelfia, Amsterdam y Londres.” ORIOL, Amat . op. cit. pág. 79

En lo que respecta a este estudio, el factor esencial y distintivo que usaremos para su ubicación y análisis, se refiere al hecho del pago de un premio (prima o bonificación, como también se le conoce) por cualquiera de las dos partes, que las faculte, bien para el no cumplimiento de la obligación asumida, o para modificarla de acuerdo a sus intereses.

Joaquín Garrigues indica que las operaciones a premio es muy amplio, y abarca todos los contratos bursátiles a plazo, en los cuales un contratante, mediante el pago de una prima, se reserva el derecho de apartarse de la ejecución del contrato, sea no ejecutándolo por su parte, o sea una ejecución distinta de la pactada. La prima puede ser fijada de un modo especial e independiente, bien como aumento o como descuento del precio de la venta.⁴⁴

Según Rodríguez Sastre, están caracterizadas por el hecho de que la obligación de una de las partes es condicional. Esta parte se reserva la facultad de elegir, al llegar el vencimiento, entre diversas soluciones: ejecutar la operación, modificarla o incluso anularla.⁴⁵

“ El comprador y el vendedor se reservan una facultad que puede ser sobre el derecho de abandonar o resolver el contrato cuando desista o no quiera ejecutarlo, o bien, para modificar sus condiciones o modo de ejecución, ya sobre su objeto o sobre su vencimiento, mediante ciertas ventajas concedidas a la contraparte pago de un premio, prima o bonificación” .⁴⁶

Ahora bien, esa facultad que se reserva una de las partes para el no cumplimiento de las obligaciones pactadas, o bien su modificación tiene un precio. Ese precio es precisamente el que representa el premio.

Otros autores como Gómez Moreno dice que”: Consiste la compraventa a prima o con prima en la fijación de un precio superior al corriente, reservándose el comprador el derecho de opción para recoger o para abandonar los efectos comprados, pagando al vendedor en este último caso el precio o indemnización que se estipula, y se denomina prima. Se dice que la ventaja que se concede a la contraparte para que pueda hacer uso de la facultad de abandonar el contrato, se le denomina bursátilmente “prima”. Es el beneficio que

44 GARRIGUES, Joaquín . op. cit. pág. 385 y 386. En este sentido: “Los contratos a mercado libre son los contratos a término cuya característica consiste en que mediante pago de un premio se permite al contrayente no dar ejecución inmediata al contrato, sino que puede modificarlo y darle una solución definitiva posterior, mediante pago de una prima. Implican también la facultad de no cumplir las obligaciones asumidas, pero en igual forma, cubriendo el monto de una prima.

VASQUEZ DEL MERCADO, Oscar . op. cit. pág. 529. De igual forma: “Contratos con prima. Bajo esta nominación general comprendemos todos los casos en que “una de las partes generalmente el comprador) se reserva el derecho de rescindir sin más el contrato, cuando no le convenga ejecutarlo, o bien (si el comprador es quién se ha reservado tal derecho) cuando el precio a que ha comprado los títulos según el curso de cotización en el momento de ejecución del contrato, en relación a aquel que debería pagarse según convenio, signifique una pérdida en su perjuicio superior a la entidad de la prima pagada. De manera que pagando aquella suma puede pedir la ejecución del contrato bien retirarse del mismo, según le convenga. Otras veces quien paga adquiere en orden a la ejecución facultades particulares que puede ejercitar a su elección.”

RODRIGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, op. cit. pág. 30 y 31. También: “La opción consiste en aceptación por parte del comprador o del vendedor de una diferencia en contra suya en el precio, denominada prima o premium, a cambio de tener el derecho de poder exigir a la contrapartida la liquidación de los títulos contratados a un precio denominado “precio de ejercicio”.

45 Rodríguez Sastre, Antonio. op. cit. pág. 727.

46 Rodríguez Sastre, op. cit. Pag 727.

percibe el contratante que consiste el ejercicio de aquella facultad que, en los medios bursátiles, se le denominan facultad de opción, algunos las llaman “opciones y otros las llaman “a prima”.

Messineo dice que el premio consiste en una suma de dinero, que una de las partes contratantes se obliga a entregar o entrega contemporáneamente a la contraparte. Este se estipula como prestación secundaria, que queda unida a la prestación principal (pago del precio, si el premio es debido al comprador; entrega de la cosa si el premio es debido al vendedor.”⁴⁷

Se ha dicho que el premio sirve como mecanismo de limitación del riesgo de la operación, dado que si al momento de la liquidación del contrato, el comprador había sido el dador del premio, y la cotización de los títulos a bajado mucho, éste podrá hacer abandono de sus obligaciones, perdiendo únicamente el importe de la prima, pero no pudiendo ir más allá de eso.

De igual forma, si fue el vendedor el dador del premio, y a la hora de ejecutar el contrato, el precio de los títulos ha aumentado excesivamente, podrá abandonar el premio, con tal de no tener que comprar los títulos vendidos al precio de cotización del día señalado para el cumplimiento de sus obligaciones.

Garrigues comparte esta opinión al decir:

“Los especuladores en Bolsa tienden a limitar el riesgo de pérdida, que es proporcional a las oscilaciones de los precios. La pérdida se reduce si cada contratante tiene derecho de separarse del contrato mediante una prestación en dinero, ya que, en el caso más desfavorable, no podrá perder más que la prima pactada.”⁴⁸

Sin embargo, la ventaja que implica la aludida limitación del riesgo, importa también un factor negativo para el dador del premio, consistente en una ganancia inferior en la negociación, en caso de que se ejecute por así beneficiar a éste, dado el precio que implica en la operación, el pago de esa prima.

Oriol Amat ⁴⁹ nos dice que, con la opción, el inversionista puede reducir el riesgo de pérdida de una operación, a cambio de reducir también sus expectativas de beneficio.

Por otro lado, según Rodríguez Sastre, el premio puede tener diferentes naturalezas jurídicas, dependiendo del punto de vista que se adopte:

“Para unos representa el contravalor exacto de la facultad de opción. Se compra en firme esta opción y su precio es debido, cualquiera que sea la suerte que en definitiva corra la opción. Para otros la prima tiene el carácter

⁴⁷ Messineo, Francesco . op. cit. pág. 98

⁴⁸ Garrigues, Joaquín . op. cit. pág. 385. Messineo dice: “A tal fin, los economistas y los técnicos dicen - y los juristas suelen repetirlo al pie de la letra - que, en los contratos a premio, queda limitado el riesgo , de uno, y en algunos casos, menos frecuentes, de ambos contratantes... es concepto es exactísimo con referencia al contratante que asume la carga del premio (el cual consiste en el pago de una suma de dinero), que no queda expuesto o mayor riesgo que el del pago del premio, en el caso en que la ley económica de la ganancia le aconseje no respetar el contrato; y además, es de advertir, que los contratos a premio son especialmente adoptados en momentos en que el mercado se halla sometido a fuertes oscilaciones de precios, al alza o a la baja.” MESSINEO, Francesco . op. cit. pág. 99

⁴⁹ Amat, Oriol. Op. Cit, pág 79

de indemnización; el comprador de la opción no tiene por qué pagar la prima si confirma y ejecuta la operación; por contra, abonará a su contraparte el montante de la prima estipulada si al vencimiento opta por abandonar la operación.”⁵⁰

Sin embargo, lo dicho hasta el momento sobre la función limitadora del riesgo del premio, es incorrecto, en tanto se limita a una sola de las figuras del contrato a premio, que es el contrato a premio simple.

Como veremos más adelante, existen otras figuras como el contrato “Noch” y el “Stellage”, en que el pago del premio, no tiene de manera alguna, una función limitadora del riesgo, sino que sirve facultar a su dador, a obtener un rendimiento mayor de la operación, de acuerdo al giro que tengan los títulos en la bolsa.

En el caso del Noch, facultará al dador paga comprar o vender, según sea el caso, una cantidad mayor de títulos, que la pactada originalmente. En el caso del Stellage, para variar la posición de su dador, en concordancia a sus intereses, a comprador o vendedor de los títulos.

Por estas razones, la función del premio para Messineo, varía de acuerdo al tipo específico de contrato, sin que se le pueda asignar una

función constante,⁵¹ pero que atribuye a quien lo promete (y lo corresponde), o concede contemporáneamente a la estipulación del contrato, un derecho potestativo, o sea la facultad de determinar los efectos jurídicos en el círculo jurídico ajeno.⁵²

La limitación del riesgo, no es la consecuencia directa del premio, sino que esta se refiere a la no ejecución forzosa, incluso si existe una negativa del dador de la prima, de cumplir con los términos del contrato.

Tomando en cuenta la especialidad sobre la materia y la novedad (criterios a tomar en cuenta para la aplicación de leyes) que tiene la Ley Reguladora, se puede observar como la regulación del contrato a premio, podría considerarse como una desaplicación Interpartes de lo establecido por los artículos 681 y 1023, punto 2), inciso a) del Código Civil.

En las citadas normas se establece la nulidad de las condiciones que hacen depender la eficacia de la obligación, únicamente de la mera voluntad del promitente, y que además, a solicitud de parte, los tribunales declararán la nulidad absoluta de las cláusulas contractuales de conformidad con las cuales, el vendedor u oferente, se reserva el derecho de modificar unilateralmente el contrato.

50 Rodríguez Sastre, Antonio. Op. Cit, pág 730

51 Messineo opina que la función del premio, no puede considerarse como una función constante, y puede tener, según se trate el caso, tres diferentes. En la primera, funciona como medio para sustraerse a la liquidación coactiva, y en este sentido, la promesa de premio se aproxima por su alcance jurídico, a la multa penitencial. En un segundo caso, el premio es pagado contemporáneamente, en el momento de la conclusión del contrato, y se considera perdido, si quién lo satisface, se vale de la facultad de rescisión. Aquí, el premio puede ser asimilado a las arras penitenciales. Finalmente, existe el caso en que el premio es debido (y pagado contemporáneamente), independientemente del ejercicio de la facultad de rescisión, o sea que el premio es atribuido a la contraparte, también en el caso de que el dador del premio opte por el cumplimiento de la prestación (principal). En esta caso, el premio es el precio de la facultad, atribuida a quien lo paga, y la compensación de la incertidumbre en que se halla la otra parte, respecto de la obligación principal. MESSINEO, Francesco . op. cit. págs 100 y siguientes.

52 MESSINEO, Francesco. Op. Cit, pág 108

De lo dicho hasta el momento, el premio puede implicar, dependiendo del contrato que se trate, una modificación del contenido de la obligación, ya sea en la forma del no cumplimiento total de la posición contractual que tome su dador, comprador o vendedor; etc. o también la ampliación del objeto de la contratación. Los anteriores aspectos los dilucidaremos cuando tratemos individualmente las diferentes clases de contratos a premio.

Dado que la facultad del dador del premio, acarrea una correlativa situación de inseguridad jurídica a su contraparte, con respecto a cuál será el contenido exacto de la obligación que deberá cumplir, es necesario que esa circunstancia quede esclarecida, antes del vencimiento del término. Así, el dador del premio, está obligado a hacer saber a su contraparte cual es este contenido de la obligación.

Esta indicación, es conocida por la doctrina como “riposta premi” o “respuesta de premio”, la cual no requiere de ninguna formalidad específica, como es lo normal en materia bursátil. Por ende, debe entenderse que si hubiera cualquier reclamo con respecto a cual fue el contenido de la riposta premi, o si ésta nunca llegó a conocimiento de la contraparte, deberá admitirse como medio de prueba, cualquiera que exista, incluso testimonial.

La respuesta de premio es una declaración unilateral de voluntad emanada del dador del premio, que es recepticia e irrevocable. Es recepticia, porque para que opere debe llegar a conocimiento de la contraparte. Su irrevocabilidad se establecerá, una vez que el contenido de la misma llegue a conocimiento

de la otra parte, aunque nada impide que varíe, si tal situación no ha ocurrido aún.

Sin embargo, el término señalado para su emisión, sea, antes del vencimiento del plazo, es una situación extrema, más allá de la cuál no se puede ir, por lo que nada impide que sea dada anticipadamente. Una vez que la contraparte la haya recibido, el contenido del contrato a premio quedará esclarecido por completo, y ambas partes sabrán, el alcance exacto de sus respectivas obligaciones.

En caso de que dicho evento, por cualquier razón no se de, sea, la no recepción de la riposta premi por parte del tomador del premio, se supone que éste, deberá liquidar el contrato de acuerdo con las prestaciones que más beneficien al dador del premio. Así Messineo nos explica:

“Caso de que el Agente de cambio no reciba las instrucciones de su cliente, acerca del sentido en que debe ser dada la “respuesta del premio” a la contraparte, se regulará según el interés del mismo cliente, dando conocimiento al Comité de Bolsa. Es claro que el interés del cliente consistirá en levantar el premio, si las cotizaciones de la jornada son tales, que aconsejen el cumplimiento del contrato y por contra, consistirá en abandonar el premio, si las cotizaciones de la jornada serán tales que aconsejen el deje de cuenta.”⁵³

Por último diremos que para efectos prácticos, una vez que la respuesta de premio ha llegado a conocimiento de la contraparte, las obligaciones de las partes se asimilarían a las del contrato a plazo del mercado firme, puesto que luego de ese momento, ya nada las podrá variar hasta el momento de la liquidación.

53 Messineo, Francesco. Op. Cit, pág 113

Finalmente nuestra Legislación en su artículo 44 de la Ley Reguladora, establece que estas operaciones son:

”Los contratos a plazo en los cuales una de las partes se reserva la facultad de no cumplir la obligación asumida, o bien, de variarla en la forma prevista, mediante el pago del precio pactado, cuyos montos mínimos fijará el respectivo reglamento. Esta facultad deberá ejercerse dentro del término anterior al vencimiento que se establezca en el reglamento”⁵⁴

Por lo general es el tomador o comprador de títulos quien hace más uso de este tipo de operación, ya que ante la evidencia de una baja en los títulos que contrató opte por pagar el importe de la prima, antes de asumir la pérdida que implicaría la adquisición definitiva de ellos, pero también se puede dar el caso contrario que es cuando el vendedor o tenedor de los títulos, ante la expectativa de una alza, prefiere pagar la prima y obtener una ganancia mediante la venta a otra persona de los títulos que tenía comprometidos.

El Reglamento de la Bolsa Nacional de Valores, tiene estos dos aspectos resumidos en uno solo, al que le llama “operaciones opcionales de compra o de venta”, asimismo el artículo 29 nos dice que son:

”Las operaciones serán opcionales de compra, cuando el comprador, o de venta, cuando el vendedor, pueda cumplir o abandonar la operación dentro del plazo pactado, el cual no deberá ser mayor de noventa días. En todo caso, la comisión deberá pagarse al contado.”⁵⁵

También el artículo 30 del mismo cuerpo de leyes, estipula:

“Las operaciones opcionales serán siempre con prima. Prima es la cantidad fija de dinero que el beneficiario de la opción debe pagar al que se le ha concedido, para tener derecho de abandonar la operación en el plazo comprendido entre la fecha en que se concertó, y la fecha en que debiera consumarse. La prima no podrá ser inferior a la tercera parte de la cantidad pactada en la operación”.⁵⁶

Es importante mencionar que las Operaciones nominales son aquellas en las que ninguna de las partes contratantes están en posesión de los bienes que se comprometen a entregar en el momento de la ejecución del contrato, y en algunos casos puede ser que no haya la intención de concretar la operación a plenitud, es decir lo que hay es una expectativa, estas operaciones nominales una vez sobrevenido el plazo de ejecución pueden cerrarse de diversas maneras, según se haya convenido en el momento de perfección, y entre una de esas maneras tenemos “Con premio”.

Es el beneficio que percibe el contratante que consiente en el ejercicio de aquella facultad que, en los medios bursátiles, se le denomina facultad de “opción”; es decir son operaciones indistintamente conocidas por “opciones” o “a prima”.

C.- CARACTERISTICAS DE LOS CONTRATOS A PLAZO “CON PREMIO” O “A PREMIO”.

Son contratos nominados, ya que estos tienen nombre por su importancia y su uso, son definidos y reglamentados por la ley tanto en

⁵⁴ Ley Reguladora del Mercado de Valores, op cit art. 44

⁵⁵ Reglamento de Bolsa Nacional de Valores, op cit art. 29

⁵⁶ Reglamento de Bolsa Nacional de Valores, op cit art. 30

la Ley Reguladora del Mercado de Valores, como en la de la Bolsa Nacional y Electrónica de Valores.

Son contratos no solemnes, pues no están sujetos a formalidades esenciales; son contratos conmutativos y no aleatorios, por lo que las obligaciones de cada uno de los contratantes están determinadas o pueden determinarse, desde el momento de la conclusión del contrato y además por que no tiene la función de transferir el riesgo a cargo de un tercero, salvo el *stellaggio* que sí son aleatorios, son también contratos de prestación correlativa, porque aunque en la hipótesis de que una de las partes se limite a satisfacer el premio, está cumple con una prestación secundaria y la contraparte concediendo la facultad correspondiente al premio, o sea una contraprestación.

D.- ELEMENTOS DEL CONTRATO A PREMIO

En aplicación de la teoría del contrato, el contrato bajo estudio, igualmente contiene:

1. Elementos personales
2. Elementos reales
3. Elementos formales

1.- Elemento Subjetivo: los sujetos que en estos tipos de contrato corresponden a aquel que promete o se obliga según los casos, a dar el premio, por lo que se puede denominar a este sujeto como dador del premio o comprador del premio y la persona a quien lo dirige, la cual espera que sea prometido o pagado se denomina tomador del premio o vendedor del premio.-

2.- Elemento real: el objeto del contrato a premio son valores que puedan ser susceptibles de transacción dentro del sistema bursátil, amén de la opción que es adquirida por un precio denominado prima o premio. El riesgo que se somete una de las partes es compensado por el premio debido por la contraparte.

3.- Elemento formal: Este tipo de contrato no escapa a la generalidad de los contratos bursátiles, a saber: partes contratantes, cantidad y tipo de instrumento o el objeto del contrato de opción, precio del ejercicio de la opción, fecha de expiración del derecho y del contrato, el precio de la prima por la concesión del derecho y el elemento causal del contrato a premio. (la causa obedece a que el contrato obliga a la entrega futura de títulos valores, contra el pago de una suma de dinero que es mayor al del valor de los bienes cotizados a futuro para la fecha de su vencimiento, esa diferencia es el pago del riesgo que requiere quien acepta que la contraparte se libere de cumplir con la entrega de los títulos, pagando el premio)⁵⁷

E.- CLASIFICACION O TIPOS DE CONTRATOS A PLAZO "CON PRIMA":

En el medio bursátil se puede distinguir varios tipos de operaciones con prima según Rodríguez Sastre en:

- Primas que afectan a la ejecución del contrato, la cual confiere el derecho de renuncia que confiere al comprador la facultad de recibir o no recibir los títulos y para el vendedor de entregarlos o no, y pueden ser primas para

⁵⁷ Hernández Aguilar, Alvaro. Derecho Bursátil. Tomo II. Investigaciones Jurídicas S.A., 2002.CR. pág. 200

poder retirar o no los títulos o primas para poder entregar o no los títulos

- Primas que afectan al modo de ejecutar el contrato, la cual en este caso mediante el pago de la prima, la parte beneficiada puede optar al vencimiento del contrato entre comprador y vendedor, según los más ventajoso.

- Primas que afectan a lo que es objeto del contrato, y dan derecho a retirar o entregar al vencimiento una cantidad doble o triple de la que se había convenido.

- Primas que afectan el vencimiento de la operación, permite a quien beneficia la prima entregar los títulos antes del término fijado. También contamos con otra clasificación que según Garrigues es:

- Prima para poder pagar o no: Cuando afecta la ejecución del contrato, da derecho a no cumplir si se paga la prima, es el caso de nuestra legislación, como antes lo indique la cual esta estipulada en su artículo 44 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores.

- Prima para poder entregar o no los títulos, confiere la misma facultad pero al vendedor.

- Operaciones de doble en alza o de doble en baja. En el primer caso el vendedor se compromete a que, si el comprador se lo exige, le entregará doble cantidad de títulos al cambio pactado, en el que se habría incluido el correspondiente sobreprecio. En el segundo caso el comprador se obliga, si al vendedor le conviene, a recibir una cantidad de títulos doble que la convenida y al mismo precio.

- Operaciones Stellage, es cuando afecta el modo de ejecutarlo, si paga la prima puede

invertirse los papeles del contrato; es decir, si uno es vendedor y paga el premio será considerado como comprador y viceversa, es decir se puede ser, a elección, comprador o vendedor.

Ahora es importante mencionar que existen dos tipos de sistemas utilizados en relación a los tipos de contratos:

- El sistema Europeo, en donde la opción solo puede ser ejercida en un momento determinado

- El sistema norteamericano, en donde se puede ejercer en cualquier momento hasta el término anterior al vencimiento conforme al respectivo reglamento; esto por cuanto este sistema es el utilizado en nuestro país.

F.- REGULACION EN NUESTRO ORDENAMIENTO COSTARRICENSE

Los contratos a premio, si bien tienen características que los diferencian de otros contratos de bolsa, se enmarcan dentro de la categoría general de los contratos a plazo, porque existe en ellos un diferimiento en el cumplimiento de las prestaciones, a partir del momento de su perfección.

El artículo 44 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores estipula que:

“Son operaciones a premio los contratos a plazo en los cuales una de las partes se reserva la facultad de no cumplir la obligación asumida, o bien, de variarla en la forma prevista, mediante el pago del premio pactado, cuyos montos mínimos fijará el respectivo reglamento. Esta facultad deberá ejercerse dentro del término anterior al vencimiento que se determine en el reglamento.”⁵⁸

58 Ley Reguladora del Mercado de Valores, op. cit. Art. 44.

En cuanto a lo mencionado anteriormente sobre el sistema que se utiliza en Costa Rica, es necesario decir que el sistema adoptado en nuestro país es el sistema norteamericano, en donde se puede ejercer en cualquier momento hasta el término anterior al vencimiento conforme al respectivo reglamento, ya que permite ejecutar la opción en cualquier momento durante el tiempo de vigencia y se dice además que este sistema norteamericano es el más aceptado, esto por cuanto guarda mayor concordancia con la informalidad que rige a este tipo de contrato.

También se puede notar que dicho artículo está redactado en forma amplia, por lo que acepta los tipos de contratos a premio anteriormente citados, pues no limita a las partes a utilizar uno en específico. Asimismo permite dar cabida tanto a los que afectan la ejecución del contrato, como el modo de ejecución y el objeto del mismo contrato.

Podemos decir también que dicho contrato con prima tiene plena validez y eficacia como negocio jurídico, ya que no está sujeto a una condición potestativa esto en relación con el artículo 681 del Código Civil el cual nos dice: “Es nula la condición que hace depender la eficacia de la obligación únicamente de la mera voluntad del promitente.”⁵⁹

Ya que el deudor en última instancia tiene dos opciones:

- Cumplir con la obligación inicialmente contraída.
- Entregar el premio estipulado.

También se puede notar que la regulación del contrato a premio, podría considerarse

como una derogación de lo establecido en los artículos 681 y 1023, punto 2), inciso a) del Código Civil.

A este tipo de contrato se le debe tener como un contrato nominado y no como innominado ya que se encuentra regulado tanto en la Ley, como en los Reglamentos de la Bolsa Nacional y en la Bolsa Electrónica.

Por último considero necesario hacer mención a que dicha operación a plazo con prima, no se efectúa en nuestro país, esto no quiere decir que no sea necesario su previsión legal, pues al contrario el hecho de que no sé de en nuestro país, no significa que tenga que ser desconocida en nuestro Ordenamiento Jurídico.

El tipo de contrato a premio a que se refiere la norma contenida en el numeral 44 citado, es el llamado contrato “dont”, en el cual la parte dadora de la prima o premio, se reserva la facultad de abandonar el cumplimiento de sus prestaciones, dependiendo de su posición contractual. Así, si es el comprador, podrá sustraerse del cumplimiento de su obligación de pago del precio, o si es el vendedor, de la entrega de títulos.

En caso de que se decida hacer uso de esta facultad, entendemos, pues la norma es omisa, que el premio podrá conservarlo la contraparte por concepto de indemnización de daños y perjuicios, quedando de esta manera, disuelto el vínculo contractual que unía a las partes.

Por el contrario, si el contrato llegare a su fase de ejecución, por así interesarle al dador de la prima, el monto en que esta haya consistido, se reputará como parte del precio, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 447 del Código de Comercio.

⁵⁹ Código Civil, Op. Cit. art. 681.

Los contratos a premio, al igual que los contratos a plazo I (exceptuando el reporto) son contratos consensuales, por lo que su perfección se logra, cuando las partes se ponen de acuerdo en cosa y precio. Por otro lado el artículo 447 del Código de Comercio, dispone: “Las arras, anticipos y cantidades entregadas en señal de trato se entenderán recibidas a cuenta del precio...”. Dado que la esencia misma del contrato “dont”, que es el que regula esta norma de la Ley Reguladora, implica la posibilidad del no cumplimiento de las obligaciones por parte del dador del premio, no es posible darle al premio la característica de ser parte del precio, hasta tanto, no se sepa con certeza, que su dador facultativamente eligió concretar el contrato. De hecho, se desprende implícitamente del artículo 44 LRMV, que en caso de no concretarse el contrato, el premio quedará a favor de la parte que cumpla como indemnización de daños y perjuicios.

Por la anterior razón, sería más conveniente que el artículo citado señalara que en caso de que el dador del premio, optara por llevar al contrato hasta su fase de ejecución, será aplicable al premio lo dispuesto por el artículo 447 del Código de Comercio.

En la aplicación del artículo 44 de LRMV, también es utilizable las figuras “Noch” y “Stellage”, al decir “...o bien, variarlos en la forma prevista,...”, puesto que no limita el contenido de la variación del contrato, al simple no cumplimiento de las obligaciones por parte de uno de los contratantes, sino que deja sin definir el ámbito sobre el que tal variación puede recaer, pudiendo tomar la forma del números de objetos contratados o incluso sobre la posición contractual del dador de la prima.

Como habíamos dicho anteriormente, la facultad que se reserva el dador del premio,

deberá ser comunicada a su tomador, en un momento anterior al vencimiento del plazo, con el objeto de tenga conocimiento al momento de cumplir con su prestación, de en que consiste ésta exactamente.

Por último diremos que, dado que la Ley Reguladora exige en todo caso el pago de un premio, cuando se desee variar de alguna manera la forma de cumplimiento de la obligación asumida, los contratos a voluntad quedan fuera de nuestro ordenamiento, pues en ellos, el comprador se ha reservado la facultad de poder anticipar el cumplimiento de las prestaciones contractuales, sin tener que pagar ninguna prima. Así, si se desea ostentar dicha facultad, tendrá que ser a través del pago de un premio, y convertiría al contrato a voluntad, en una variante del contrato a premio, pero dentro de ese género tal y como lo veremos a continuación solo a modo de comprensión de este trabajo.

G.- PRINCIPALES VARIANTES DE LOS CONTRATOS A PREMIO

1. Dont
2. Noch
3. Stellage.

G.1- EL CONTRATO DONT

El contrato “dont” también es llamado contrato “call”, dependiendo si se usa terminología francesa o inglesa respectivamente. Es también llamado contrato a premio simple, y confiere al dador del premio, la facultad de escoger en el momento del vencimiento del plazo, si llevar a cabo la ejecución del contrato de acuerdo a los términos originalmente, o por el contrario, abandonar la operación, con la consecuente pérdida de la prima dada.

Dependiendo de cual de las partes sea quien otorgue el premio, así el contrato puede dividirse también en dos categorías. Así, si el dador de la prima es el comprador, el contrato se denomina “call”. Si es al revés, y es el vendedor el dador del premio, entonces se denomina “put”.

Joaquín Rodríguez nos da la siguiente definición:

“Contratos dont, llamados también call o di cui o con Vorpraemie. En este contrato “el comprador mediante el pago de una prima fijada, adquiere el derecho de retirar o no los títulos contratados, en un día convenido, avisando previamente y en momento oportuno al vendedor. Si en este día el comprador declara que retira los títulos, se dice que se levanta la prima (y en este caso el contrato se convierte en firme); si se declara que no los retira, se dice que abandona la prima. El precio por el cual los títulos se compran se llama precio base o base de la prima; la diferencia entre el precio de base y el precio corriente a fin de mes se llama écart.”⁶⁰

Vemos como en la anterior definición, se toma el contrato a premio simple, únicamente desde

la óptica del comprador, dejando de lado la del vendedor. Lo anterior se debe a que esta última operación es mucho menos frecuente que la primera.

En opinión de Rodríguez Sastre, este tipo de contratos se pueden distinguir de otros contratos a premio, en el sentido de que la facultad propuesta, afecta solamente a la esfera de la ejecución del contrato. Así nos dice:

“primas que afectan a la ejecución del contrato.- Suponen derecho de renuncia que significa para el comprador la facultad de recibir o de no recibir los títulos y para el vendedor de entregarlos o no, según a favor de quien se estipule dicha facultad.”⁶¹

En uno y otro caso, la ejecución del contrato de acuerdo a los términos originales, dependerá de las variaciones en la cotización bursátil de los títulos objeto del contrato, que será el elemento esencial, para determinar que es más ventajoso, o menos desventajoso para el dador de la prima.

Consideramos, que incluso en el caso de un abandono de la prima, se estaría dando

60 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. op. cit. pág. 31. Otras definiciones son: “En los contratos a premio simple consiste en el ejercicio de la facultad del comprador a premio para determinar unilateralmente acerca de las obligaciones en relación al contrato, es decir, hay una acuerdo entre las partes para adquirir y vender los títulos al precio pactado, pero el que se compromete al pago, del premio en su caso, puede decidir si quiere cumplir o no con la prestación a su cargo, esto es, obtener los títulos o pagar el premio.” Vázquez del Mercado, Osear, op. cit. pág. 529 y 530. “Prima para poder pagar o no. El comprador, mediante el pago de la prima, adquiere el derecho de no retirar los títulos. Compra un recargo sobre el cambio del día (écart) y tiene derecho a desistir del contrato perdiendo el importe de la prima, que suele ser igual al del recargo sobre el precio. Prima para poder entregar o no los títulos. Confiere la misma facultad para apartarse del contrato, pero al vendedor.” GARRIGUES, Joaquín . op. cit. pág. 353 y 354. “Operaciones con opción para rescindir el contrato. La opción entre ejecutar la operación al cambio estipulado o anularla por rescisión del contrato debe ejercerse y comunicarse a lo otra parte contratante hasta una fecha determinada llamada día de la contestación o de respuesta de prima, que generalmente es la víspera o dos días antes de la fecha de liquidación. En la jerga bursátil, la decisión de realizar la transacción recibe el nombre de levantar la prima, y la de rescindir el contrato se denomina abandonar la prima. Cuando la facultad de optar corresponde al comprador se llama opción para comprar (retirar los valores), y si corresponde al vendedor es denominada opción para vender (consignar los títulos)” GIL PELAEZ, Lorenzo . Análisis económico-financiero de las operaciones bursátiles, op. cit. pág. 377.

61 RODRÍGUEZ SASTRE, Antonio . op. cit. 732

una ejecución al contrato, solamente que en términos diferentes a los pactados en el momento de la perfección del contrato, dado que sí se dieron determinadas prestaciones y contraprestaciones por parte de ambos contratantes. En un caso, el pago de un precio, en otro, el haber estado sometido a una liquidación contractual dependiente en su contenido, de una voluntad ajena, precisamente por el cobro de ese precio.

G.2- CONTRATO NOCH

El contrato “noch”, es denominado en el habla inglesa como “Call of more” si se refiere al comprador y “Put of more” si se refiere al vendedor, o como “Nochgeschaefte”, “Schiuss auf noch und mit noch”, o “Schiuss mit Ankündigung”, en alemán. En lengua castellana se les ha calificado como operaciones de doble en alza o doble en baja, dependiendo si se refieren al comprador o el vendedor respectivamente.

En este caso, la prima otorga a su dador, la facultad de comprar o vender el doble de los títulos pactados originalmente, o por el contrario, venderlos. Sin embargo, se encuentran contratos noch en que la variación en el número de títulos objeto del contrato, puede no solo doblarse, sino hasta triplicarse, de acuerdo a las estipulaciones de las partes. En este último caso la prima también sería mayor.

Dependiendo de si la facultad corresponde al comprador o vendedor, el contrato noch a sido definido de la siguiente manera:

“En el primer caso el vendedor se compromete a que, si el comprador se lo exige, le entregará

doble cantidad de títulos al cambio pactado, en el que se habrá incluido el correspondiente sobreprecio. En el segundo caso el comprador se obliga, si al vendedor le conviene, a recibir una cantidad de títulos doble que la convenida y al mismo precio.”⁶²

En opinión de Rodríguez Sastre, en estos contratos las primas afectan a lo que es objeto del contrato, dando derecho al comprador de una de esas opciones a retirar o entregar al vencimiento, si los cambios le son favorables, como comprador en el primer caso, como vendedor en el segundo, una cantidad doble, triple de la que la que estaba inicialmente convenida.

Inversamente, el comprador de la opción, puede no retirar o no entregar más que una cantidad de títulos dos veces, tres veces, etc. menor que la inicialmente convenida, si los cambios le son desfavorables o bien mantenerla íntegramente si le son desfavorables.⁶³

Un ejemplo de como funciona este contrato es el siguiente: “A” realiza un contrato noch con “B” sobre 1000 títulos de determinada categoría a un precio de 500.000.00 en total, a un mes plazo. Al finalizar el término, los títulos han aumentado de valor 502.000.00. Entonces A decide comprar el doble de títulos a B, por lo que pagará 1.000.000,00. Si los títulos, por el contrario, bajan de precio, entonces solamente comprará los 1000 títulos valores pactados originalmente. Igual sucede a la inversa cuando se trata del vendedor.

Nótese que en el ejemplo propuesto, si A no hubiera concertado el contrato noch, solo habría podido comprar 1000 títulos, teniendo

62 GARRIGUES, Joaquín. Op. Cit, pág 354

63 RODRIGUEZ SASTRE, Antonio. Op.cit, pág 734

una ganancia de 2.000.00, correspondiente a su fluctuación. Pero con el ejercicio del derecho conferido por este tipo de contratos, compró el doble de títulos, y por ende, su ganancia también se dobló a 4.000.00.

Se observa en este contrato, como el concepto de limitación del riesgo, es aún más inadecuado para delimitar la función que cumple la prima, porque actúa como un instrumento para sacar el máximo beneficio de la operación pactada, de acuerdo con las variaciones que operen las cotizaciones, hasta el momento de la ejecución del contrato.

Messineo, comentando las características del contrato stellage y el noch comenta:

“... lejos de una limitación de riesgo, la estipulación a premio, asegura, a quien corresponde el premio, la posibilidad de pagar en beneficio propio, la situación contractual originaria, o bien aumentar el beneficio, que el contrato, caso de no haber sido estipulado a premio, habría podido proporcionarle. La “limitación del riesgo”, por consiguiente, no aparece en relación a tal figura, ni tan sólo como consecuencia indirecta de la estipulación a premio.”⁶⁴

Al igual que en el contrato stellage, este contrato no exonera al dador de la prima del cumplimiento de sus obligaciones, porque en el momento de la liquidación, deberá comprar o vender, al menos la cantidad de títulos valores

pactada en el momento de la perfección del contrato.

G.3- EL CONTRATO STELLAGE

El contrato “stellage” es una figura jurídica menos usada que el contrato a premio simple, y también más compleja, puesto que sus efectos pueden ser completamente diversos, de acuerdo a los intereses del dador de la prima.

Básicamente, el promitente de la prima, ostenta la facultad de en el momento del vencimiento del término, de elegir según su conveniencia, ser comprador o vendedor de los títulos objeto del contrato. Es por esta razón que estos contratos han sido calificados también de contratos con doble facultad.⁶⁵

Esta facultad, ha sido considerada por Rodríguez Sastre, como una prima que afecta el modo de ejecutar el contrato. Mediante el pago de un premio, se adquiere el derecho de comprar a un cambio o vender a otro cierto número de títulos. Opta al vencimiento entre la venta o la compra, es decir, por la solución más ventajosa. Adquirir un “stellage” en términos bursátiles significa pagar una prima (“stellage”) para tener facultad de retirar o entregar, mientras que vender un “stellage” supone recibir una prima para dejar a otros aquella facultad.⁶⁶

64 MESSINEO, Francesco. Op. Cit. pág 105 y 106

65 “El otro contrato con prima bastante difundido en las Bolsas Italianas es en cambio el “stellage”, o con prima con doble facultad. Con este, una parte (la compradora de la prima) adquiere la facultad de decidir, en el momento siguiente de la “respuesta con premio”, si se constituye como comprador más que como vendedor, de la cantidad de títulos pactados al precio convenido, respectivamente mayor que el importe de la prima convenida (si adquiere los títulos) o descontando del mismo importe de la prima (si vendiera los títulos); la otra parte permanece obligada, sin estipularse en el contrato, a vender los títulos a precio mayor que la prima o comprar los títulos al precio base disminuyéndole la prima, según sea la elección del propio contratante facultado. Será por lo tanto, en cada caso, un compra-venta, en la cual lo posición del comprador o vendedor será escogida por la parte que paga tal facultad a través de la prima pactada.” MESSINEO, Francesco. Op. Cit. pág 107

66 Rodríguez Sastre, Antonio. Op. Cit. pág. 733 y 734

Se ha dicho por algunos autores, que en el contrato *stellige*, lo que existe es una reserva por parte del dador de la prima, para cambiarse de posición jurídica, de comprador a vendedor, o de vendedor a comprador, según su conveniencia. Sin embargo nosotros consideramos esta apreciación como incorrecta, dado que para cambiar una posición jurídica, debe tenerse otra previamente. Sin embargo en este contrato, el dador no ostenta ninguna de las dos posiciones, hasta el momento de la *riposta premi*, momento en el cual la escoge.

Un ejemplo de la operativa de este contrato, es la siguiente:

-- dándose una cotización de determinado título del 100%, se celebra un contrato *stellige*. El contratante dador de la prima, si decide comprar en el día de liquidación, pagará por esos títulos, por ejemplo un 102%, pero si elige vender, lo hará a 98%. Así, si en el momento de notificar la "*riposta premi*", a la contraparte, si la cotización de los títulos ha subido a más de 102% escogerá comprar, porque todo el margen de la cotización que sobrepase el 102%, se reputará como ganancia. Pero si la cotización desciende por debajo del 98%, entonces decidirá vender. Si la variación de la cotización se hallara entre el margen de la prima, que en este caso es del 2%, se escogerá lo menos desfavorable. Los márgenes de cobertura varían de legislación en legislación.

De acuerdo a lo dicho originalmente, en este tipo de contratos, el concepto de la prima como elemento limitador del riesgo, no es adecuado a su verdadera función, porque en realidad, lo que procura es otorgar a su dador, la posibilidad de beneficiarse de un modo más acentuado, que con relación a un contrato en que tal premio no hubiera sido ofrecido.

Por otro lado, a diferencia de los contratos con premio simple, en el *stellige*, nunca se permite al contrayente la posibilidad de liberarse de sus obligaciones abandonando la operación, pues siempre deberá, ya sea como comprador o vendedor, realizar su ejecución.

H.- RESPUESTA DEL PREMIO

La respuesta de prima es la manifestación de voluntad del dador de la misma, sea el vendedor o comprador, respecto a la circunstancia si va ser uso de ella o no. Veamos las variantes:

1. Si se hace uso de ella bajo la modalidad "*dont*" se entiende que el dador no tiene intención de llevar a cabo la contratación, debido a que prefiere perder el monto de la prima y hacer abandono de la contratación y a contrario senso, si no hace alusión a ella, se entiende que pretende realizar la prestación y el monto de dinero considerado como parte del pago final.
2. En la modalidad "*noch*", esta declaración se producirá si levanta la prima dentro del convenio, ante la solicitud de un número mayor de títulos o menos al que haya comprometido a cumplir.
3. En el contrato "*stellige*", se presentará mediante la información que se acordara respecto a la posición jurídica que va a ocupar el dador del premio.

La manifestación de la respuesta a la prima no está sujeta a formalidad alguna, es flexible, puede ser verbal, escrita, pero necesariamente debe hacerse a través de una agente de bolsa. Es un acto de voluntad unilateral y de declaración recepticia y una vez conocida por la otra parte es irrevocable.

Aspecto muy importante de la respuesta en su forma positiva es que el ámbito de acción del contrato sujeto a esta declaración cambia de forma radical, debido a que el contrato pasa de un plano de mercado libre a un acuerdo de mercado firme, con las consecuencias y bondades de este tipo de mercado.⁶⁷

I.- OTRO CONTRATO DE IMPORTANCIA.

I.1- CONTRATO A VOLUNTAD

Los contratos a voluntad se ubican dentro de la categoría general de los contratos a plazo, pero en ellos a pesar de no existir el pago de ningún premio, si puede existir una variación, que se refiere a la época de su ejecución. Así, los contratantes en cualquier momento del plazo, y hasta antes de su vencimiento, podrán pedir una liquidación anticipada de mismo. De esta manera, en plazo estipulado se convierte simplemente, en el límite máximo para su cumplimiento.

Garrigues define estas operaciones de la siguiente manera:

“... en esta clase de operaciones el comprador o vendedor, según convenio previo, se reservan el derecho de liquidar en cualquier día de los que median hasta el plazo convenido. A voluntad de los interesados se deja la liquidación anticipada del negocio, con la única condición de que el contratante que haga uso de esa facultad avise al otro contratante con veinticuatro horas de anticipación. El comprador obtiene la posesión de los títulos antes del plazo estipulado sin necesidad de pagar más que lo estipulado; a cambio de

esta ventaja ha de desprenderse del precio anticipadamente también.”⁶⁸

Como queda claro, para que tal derecho pueda ser ejercido por cualquiera de las partes, el contrato debe haberse pactado expresamente de esta manera. Por otra parte, cabe señalar que aquí las partes en ningún momento se están arrojando la facultad de incumplimiento, sino por el contrario, el anticipo de su cumplimiento.

Dichas facultades han sido criticadas en el siguiente sentido:

“No se comprende, sin embargo, porque razón el derecho de exigir la anticipada ejecución del contrato es concedido al comprador, y no es, por razones de justa igualdad, otorgado también al vendedor, a no ser que obedezca al temor de que el ejercicio de este derecho de descuento pueda favorecer la especulación a la baja, perjudicando el crédito público.”⁶⁹

Sobre esto, puede decirse simplemente, que las condiciones de ejercicio de este derecho, están amparadas a un acuerdo previo de las partes, por lo cual, si así se hizo no existiendo ninguna obligación para ello, es porque significa que aún en caso de ejercicio, la operación les reportará algún beneficio, o al menos eso es lo que se espera. Se entraría en este caso, en una típica expresión de la libertad contractual.

CONCLUSION

Los contratos bursátiles, son aquellos contratos que están en constante evolución y cambio, esto por cuanto se encuentran generados en

⁶⁷ Hernández Aguilar, op cit, pág 204

⁶⁸ Garrigues, Joaquín. Op. Cit, pág 385

⁶⁹ Rodríguez Sastre, Antonio. Op. Cit. pág 669

un determinado mercado de valores; en donde sus principios, características y necesidades son de suma importancia, para la ejecución de los derechos y deberes que se deben reflejar e incorporar en cada una de las transacciones que se realizan.

Se podría decir que para poder llegar a tener una noción de lo que se debe considerar contrato de bolsa; es necesario incurrir a todos los principios y características que rigen el mercado de valores y que se exteriorizan en las diversas formas de contratación existentes en los mercados bursátiles.

Es importante mencionar que en nuestro sistema, el artículo 41 de la Ley Reguladora del Mercado de valores establece:

“Son contratos de bolsa los que se celebran en las bolsas de valores por medio de un Puesto de Bolsa y tengan como objeto valores admitidos a negociación en una Bolsa de Valores”

De conformidad con dicha definición podemos analizar, que en nuestra legislación, también se le da importancia a las relaciones o características que se puedan dar en el mercado de valores, para poder llegar a la definición de lo que se puede entender como contratos bursátiles; ya que en dicho artículo se menciona un lugar determinado (Bolsa Nacional de Valores), sujetos por medio de (Puestos de Bolsa), es decir cualquier funcionario autorizado por este; y en cuanto al objeto (Valores admitidos a negociación en una bolsa de valores).

También, algunos autores hacen una distinción en cuanto a los contratos en bolsa y los contratos fuera de bolsa, según Francesco Messineo, el contrato en bolsa se forma con

la intervención de un agente de cambio o de un sujeto autorizado, independiente de que se haya estipulado en una bolsa, en estos casos el que invierte goza de las garantías de ejecución que la presencia del agente asegura en caso de incumplimiento, y el contrato fuera de bolsa es aquel que se realiza en forma directa entre las partes interesadas sin que medie un intermediario. Pero también considero necesario mencionar a otros autores que indican que dichos contratos fuera de bolsa puede que se realicen dentro de la Bolsa, pero pueden que no se liquiden en el seno de la bolsa y tienen por objeto los títulos individuales, por lo que el perjudicado tendría que acudir a los Tribunales de Justicia, para hacer valer sus derechos, ya que la Bolsa no puede hacer que se cumpla el contrato.

Podemos decir también que en la Bolsa se compran y venden títulos o mercancías, y estas compraventas no se realizan directamente por los interesados, sino por comisionistas suyos (Agentes de cambio o bolsa) que obran en su propio nombre y por cuenta de sus comitentes. Lo que tenemos que tener claro es que no hay un concepto unitario y distintivo de las operaciones bursátiles. Se trata de negocios jurídicos comunes, generalmente ventas, a los cuales el tráfico bursátil consuetudinario imprimen determinadas modalidades de perfección o ejecución. Es pues la compraventa el negocio de realización de la comisión bursátil, sigue siendo la compraventa el contrato dominante y este a su vez se manifiesta también con sus dos figuras tradicionales las de al Contado y las de a Plazo; según la voluntad de los contratantes y según el momento de perfección.

La naturaleza jurídica de los contratos al contado es la de ser una compraventa mobiliaria bursátil, en cuanto a su formalización esta no es diferente a los demás contratos

de compraventa bursátil ya que se inicia con la orden por parte del inversionista y se perfecciona con el acuerdo entre los agentes de bolsa; y su ejecución no es simultánea con el perfeccionamiento y en nuestro país el artículo 42 de la Ley Reguladora estipula que el lapso para su liquidación es de 7 días desde su perfeccionamiento, lo que significa que suprimió la posibilidad de realizar el contrato al contado en un plazo de siete días. Ahora el Reglamento de la Bolsa y el Reglamento de la Bolsa Electrónica establece otros plazos para su liquidación.

En cuanto a los contratos bursátiles a plazo el artículo 42 de la Ley Reguladora los formula de una manera muy somera por exclusión y en los demás artículos según la modalidad de contrato a plazo de que se trate.

También considero importante mencionar que cuando se habla de que muchas veces se considera a las operaciones bursátiles a plazo como especulativas, es por que se fija el precio en el momento de perfeccionarse el contrato, por aplazarse el cumplimiento de las obligaciones de comprador y de vendedor hasta un término esencial convenido y, además por el hecho de que el vendedor generalmente, no posee los títulos en el momento de la conclusión del contrato

De ahí que se dice que son especulativas para ambas partes, para el vendedor por que este espera y confía en la baja de los títulos, para adquirir títulos más baratos percibiendo al entregarlos un precio al pactado superior al corriente en el momento de la entrega y el comprador espera y confía en el alza del valor de los títulos de forma que los recibirá en el momento pactado por un precio al pactado inferior al de su cotización en el momento de la entrega, es decir que se puede realizar al

momento de su celebración el contrato, sin que se cuente con el título (s) o sin el dinero. Lo importante aquí es sí en Costa Rica se dan o no este tipo de operaciones, si hablamos de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, esta es indiferente, omite ya que se habla poco, pero se habla de las operaciones a plazo, pero no de las operaciones en descubierto. En cuanto al Código de Comercio, este en su artículo 440 nos dice que la “La compraventa de cosa ajena es válida siempre que el comprador ignore las circunstancias” y como en la contratación bursátil se lleva a cabo por medio de intermediarios de bolsa las partes no tienen ni idea de quien es la propiedad de los títulos vendidos.

El plazo máximo para realizar una operación en Costa Rica es de noventa días, esto de conformidad con el Reglamento de la Bolsa Nacional de Valores, el cual estipula en su artículo 28 “ Las operaciones serán a plazo cuando la entrega del dinero o de los títulos deba de consumarse un tiempo después de contratadas. El plazo para formalizar dichas operaciones no podrá ser mayor de noventa días naturales.”

En cuanto a las operaciones a plazo con prima, podemos mencionar que se derivan de los contratos a plazo y son operaciones condicionales, si bien esta figura no tiene aplicación en nuestro sistema, dan seguridad por estar reglamentada en nuestro Ordenamiento, aunque de una manera muy escasa.

Corresponden a operaciones a plazo en las que se reconoce a una de las partes una facultad o derecho potestativo sobre el contenido del contrato. Existen diversas modalidades de cumplimiento condicional de la entrega de un precio, prima o premio. De igual forma es válido destacar, que entre los más ilustres autores no

corre concordancia sobre la condicionalidad de la operación, pues mientras algunos apuntan a señalarla como un acontecimiento futuro e incierto del cual depende el cumplimiento de la obligación, otros la señalan como la mera facultad atribuida contractualmente a una de las partes, pues como lo vimos, las operaciones con prima facultan a una de las partes a rescindir la operación mediante el pago de un premio

preestablecido y ello limita la pérdida de quien opta por pagarlo, residenciándose acá la causa del negocio jurídico en cuestión y por ende, este tipo de contratación es mucho más onerosa que la contratación en firme, constituyéndose esta circunstancia en el elemento disuasivo más notorio para la concertación de este tipo de contratos.

BIBLIOGRAFÍA

AUTORES

AMAT (Oriol). La Bolsa, Funcionamiento y técnicas para invertir, Madrid, Ediciones Deusto S.A, 1989.

BAUDRIT CARRILLO (Diego). Derecho Civil IV, Teoría General del Contrato, San José, Editorial Juricentro, 2da Edición, 1990.

BRENES CORDOBA (Alberto). Tratado de las Obligaciones, Sexta Edición, San José, Editorial Juricentro, 1990.

BROSETA PONT (Manuel), Manual de Derecho Mercantil, Madrid, Décima Edición, Editorial Tecnos S.A., 1994.

BOLLINI SHAW (Carlos) y GOFFAN (Mario). Operaciones de Bursátiles y Extrabursátiles. Buenos Aires. Abeledo Perrot. 1995

CACHON BLANCO (José Enrique). Derecho del Mercado de Valores, Madrid, Editorial Dykinson, S.L. Tomo II, 1993.

CANO RICO (Ramón). Mediación, Fe Pública Mercantil y Derecho Bursátil, Editorial Tecnos S.A, Madrid, 1982.

KOZOLCHYK (Boris) y TORREALBA (Octavio). Curso de Derecho Mercantil. San José, Editorial Lehmann. 1974

CHAZAL PALOMO (José Antonio). Mercado de Valores, Banca y Comercio Internacional, Editorial Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 1996.

FINANSOL, Seminario Alternativas de Inversión y Finanzas, 1987

GARIBOTO, (Juan Carlos). La causa Final del Negocio Jurídico. Buenos Aires. Editorial Abeledo-Perrot. 1ª Edición, 1985

GARRIGUES (Joaquín) Curso de Derecho Mercantil, Tomo II, revisado por Fernando Sánchez Calero, 7ma Edición, Madrid, 1979.

HERNÁNDEZ AGUILAR, Alvaro. Derecho Bursátil. Tomo II. Investigaciones Jurídicas S.A., 2002.CR.
LINARES BRETON (Samuel). Operaciones de Bolsa, Bolsas de Comercio y Mercado de Valores. Buenos Aires. Ediciones Desalma

MATARRITA VENEGAS, (Rodrigo). El papel de la Comisión Nacional de Valores en el Sistema Costarricense. Revista Nueva Banca, Costa Rica, XIV, N° 6, Año III, 1993

MESSINEO (Francesco) Manual de Derecho Civil y Comercial, Buenos Aires, Tomo V, Ediciones Jurídicas Europa- América, 1979.

MESSINEO (Francesco) Operaciones de Bolsa y de Banca, Tomo I, Editorial Bosch, 1957.

RADRESA (Emilio). Bolsas y Contratos Bursátiles. Buenos Aires. Ediciones Depalma. 1995.

RODRÍGUEZ SASTRE (Antonio). Operaciones de Bolsa, Volumen II, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 2da Edición, 1954.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. Derecho Mercantil. México. Editorial Porrúa S.A., 20ª edición Tomo I y II, 1991

SANCHEZ CALERO (Fernando). Instituciones de Derecho Mercantil, T. II. Madrid. Mc Graw Hill. 21ª edición. 1998

SANCHO REBULLIDA, (Francisco de Asís). Derecho de Obligaciones. Editorial Marcial Pons. Edic. Jurídicas 1981

ZUNZUNEGUI (Fernando). Derecho del Mercado Financiero, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales S.A, Madrid, 1997.

CÓDIGOS Y LEYES

Ley Reguladora del Mercado de Valores, #7732, del veintisiete de enero de 1998.

Bolsa Electrónica de Valores, Reglamento General, 1992.

Bolsa Nacional de Valores, Reglamento General de la Bolsa Nacional de Valores S.A, para la negociación de títulos valores, 1992.

Código de Comercio, #3284, Promulgado el veinticuatro de abril de 1964.

Código Civil, San José, Editorial investigaciones jurídicas, 2da Edición, 1994.

TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN

Tesis, SANCHO JUAREZ (José Rafael) La Bolsa de Valores en Costa Rica. Aspectos Jurídicos, Tesis de grado para optar por el Título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1999.

Tesis, GOMEZ MASIS (Marcela). Nulidad, Resolución, Rescisión y Ejecución Coactiva de los Contratos de Bolsa, Tesis de grado para optar por el Título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1999.

Tesis, CHAVES MARIN, (Ana Patricia). La compraventa Bursátil. (Funcionamiento práctico en Costa Rica. Tesis de grado. U.C.R

OBJETO Y MÉTODO DEL DERECHO A LA LUZ DEL ARTÍCULO 10 DEL CÓDIGO CIVIL

Román A. Navarro Fallas¹

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

I. CIENCIA, OBJETO Y METODO.

1. El objeto de estudio del Derecho a la luz del artículo 10 del Código Civil.
2. El método en el Derecho, a la luz de lo dispuesto en el artículo 10 CC.

II. LAS REGLAS QUE INTEGRAN EL MÉTODO JURÍDICO DE INTERPRETACIÓN, SOBRE LA BASE DEL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 10 DEL CÓDIGO CIVIL.

1. El aspecto lingüístico del Derecho y la interpretación literal.
2. El Derecho como sistema y la interpretación sistemática.
3. La continuidad del Derecho y la interpretación histórica
4. El Derecho como creación humana y la interpretación subjetiva o voluntad del legislador.
5. El Derecho como respuesta y expresión de la realidad social; el principio de adecuación del efecto al hecho y la jurisprudencia de intereses.
6. El Derecho como expresión de principios y valores; la jurisprudencia de valores y la interpretación a partir de principios.
7. El carácter finalista del derecho y la interpretación teleológica.

III. EL PAPEL DEL INTÉRPRETE EN EL MARCO DE UNA CONCEPCIÓN SUSTANCIAL DEL DERECHO.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: LAS LIMITACIONES DEL MÉTODO DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA.

¹ El autor es licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica, doctorando del Programa de doctorado en Derecho Público de la Universidad Carlos III de Madrid, profesor universitario.

INTRODUCCIÓN

Existe una relación estrecha entre método y objeto de estudio en cualquier ciencia y por ende, en la Ciencia jurídica. El grado de rigurosidad científica del conocimiento de cualquier ciencia está determinado y no podría no estarlo, por la rigurosidad del método, por una clara identificación del objeto de estudio al cual se le aplica aquel método y por el control intersubjetivo tanto del procedimiento, como de los resultados obtenidos con su aplicación.

Hasta hace algún tiempo, se creyó que la tarea de delimitar el objeto de estudio del Derecho como ciencia y el método de ésta, era una tarea abstracta, externa, lejana al Derecho positivo y a la teoría del Derecho. Hoy, se sabe que cualquier teoría sobre la interpretación jurídica (como método jurídico que es) implica una teoría del Derecho en general, y por tanto, sobre el objeto y sobre el tipo de conocimiento jurídico al que se aspira.

Pues bien, nosotros hemos tratado de desarrollar algunas ideas, tanto sobre el objeto como sobre el método jurídico de interpretación, a partir del Derecho Positivo, concretamente, a partir del artículo 10 del Código Civil. Vamos a sostener que esa norma revela una visión integral del objeto y del método (interpretación jurídica) aplicable en nuestra ciencia.

Por otro lado, nos oponemos a la corriente de la teoría metodológica del Derecho que considera que cada una de las reglas interpretativas constituye un método individual por sí mismo; de manera que, para esta teoría, existen tantos métodos como reglas interpretativas. Aquí vamos a sostener –siguiendo alguna parte de la doctrina– que el método es uno, las reglas

son sólo eso, reglas que integran un único método. Esa tesis trae aparejada la obligación de probar si existe algún orden o sistema entre ellas. Aunque la respuesta es negativa, a lo largo del trabajo se formulan sugerencias que tienden a conseguir el tan esperado sistema.

Tratar el tema de la interpretación jurídica, nos obliga ineludiblemente a tratar el tema del papel y los poderes del juez en el Estado de Derecho y en el Estado democrático de Derecho. Según nuestro entender, el mismo artículo 10 del Código Civil nos arroja luz sobre la objetividad y racionalidad de la actividad judicial, como eje principal, sobre el que gira la labor interpretativa en el Derecho.

Finalmente, aportamos algunos comentarios sobre las limitaciones del método jurídico. Ese apartado, resume las conclusiones a las que llegamos después del desarrollo de los apartados anteriores. No podemos dejar de admitir que la propuesta que aquí se ofrece es inacabada, pero es lo posible, ya vendrán tiempos para profundizar en estas ideas.

I CIENCIA, OBJETO Y MÉTODO

El conocimiento científico es el resultado de la aplicación de un método a un objeto de estudio. La ciencia, así entendida, reúne ciertas características, por eso es definida como un *“conjunto de conocimientos y de investigaciones que tienen un grado suficiente de unidad, de generalidad y capaces de conducir a los hombres que se consagran a ellas a conclusiones concordantes, que no resultan de convenciones arbitrarias, ni de los gustos o los intereses individuales que les son comunes, sino de relaciones objetivas que son descubiertas gradualmente, y las cuales*

se confirman por métodos de verificación definidos”²

Ese grado de unidad, generalidad y concordancia en las conclusiones se debe a que se trata de un conocimiento metódico,³ objetivo,⁴ intersubjetivo⁵ y racional.⁶ En efecto, todo conocimiento que se precie de científico debe reunir estas cuatro cualidades. Por tanto, las diversas ramas del conocimiento (entre ellas, el Derecho) que tengan pretensiones de rigurosidad científica tiene que tener resueltas tres cuestiones, que a la vez deben cumplir los requisitos recién expuestos, nos referimos a: un objeto de estudio bien delimitado, independencia metodológica y unos principios

objetivos (relaciones objetivas) debidamente identificados que constituyan el centro de su teoría.

Lamentablemente, el conocimiento jurídico no parece ajustarse al tipo de conocimiento científico descrito aquí. En efecto, el Derecho no tiene un lenguaje unívoco. Carece de métodos de verificación en sentido estricto. En nuestra rama de conocimiento es tan convencional el resultado, que no es posible “predecirlo”. La ciencia jurídica, como veremos, carece de un método riguroso, uno en sentido estricto y por eso, en nuestra ciencia, sólo podemos hablar a lo sumo, de argumentación racional o mejor aún razonable (plausible, probable), a la

-
- 2 La definición es de LALANDE, citado por HABA Enrique Pedro, *Racionalidad y método para el Derecho ¿Es eso posible?*, en *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 66, mayo-junio 1990, San José, Costa Rica, página 91. “Ciencia –afirma HABA- es el saber teórico sistemático, intersubjetivamente comunicable e intersubjetivamente controlable” HABA Enrique Pedro; *ibid*, p. 90. El mismo autor dirá que “El conocimiento científico es, en primer lugar el contenido y solo el contenido, que puede ser comunicado literalmente a otros mediante palabras entendidas literalmente, es decir, sin metáforas, analogías, etcétera, usadas en la transmisión del pensamiento. En segundo lugar, solo pueden pretender ser reconocidas como conocimiento científico las afirmaciones acerca de las que cualquier persona que se encuentre en condiciones externas apropiadas pueda decidir sobre su corrección o incorrección”. *Ibid*, p. 79
 - 3 “Método es un conjunto de procedimientos intelectuales y eventualmente materiales, ordenados de acuerdo con un plan racional –sistema de reglas- preestablecido, que en un campo de conocimientos dado se aplican como medio para alcanzar cierto fin, de conocimiento puro o de realizaciones prácticas, procedimientos que en su ejercicio y resultados,... logran acreditar intersubjetivamente su efectividad en relación con dicho fin, para los ojos ...de un determinado círculo de conocedores (en nuestro caso, el círculo de los profesionales en Derecho) que se guían por el saber teórico-sistemático disponible en ese campo”. *Ibid*, p.
 - 4 La objetividad implica cuatro aspectos: el primero que el conocimiento responde a unas leyes (en sentido científico no jurídico) objetivas descubiertas en el objeto que se estudia; que ese conocimiento concuerda aproximadamente con su objeto de estudio (adecuación); que dicho conocimiento es verificable, esto es, susceptible de control intersubjetivo (por otros sujetos) y, finalmente, que está excluida la arbitrariedad.
 - 5 La intersubjetividad consiste en un acuerdo entre sujetos distintos del conocimiento, para el caso que nos ocupa, del conocimiento jurídico. Se trata eso sí, de una intersubjetividad subordinada a métodos. El acuerdo entre especialistas deviene en tal porque todos ellos, en virtud del conocimiento teórico-sistemático de que disponen y con la ayuda de métodos pueden comprobar o verificar la veracidad (adecuación) de la teoría al objeto. La intersubjetividad es la mayor garantía científica del conocimiento contemporáneo. No es, como se observa una garantía absoluta, es relativa. Pero, dicha garantía es necesaria aún en las ciencias empíricas y no sólo en las del espíritu. La diferencia, como veremos, es que en las ciencias naturales o empíricas es posible un mayor grado de acuerdo, toda vez, que el objeto, el método y los resultados lo permiten. Un conocimiento intersubjetivo se revela por la existencia de un lenguaje riguroso (inequívoco), los procedimientos y los resultados son expresados en ese lenguaje y, todo ese proceso es controlable intersubjetivamente.
 - 6 “Llamamos racional a un razonamiento cuando el se asienta sobre a) cadenas ilativas intersubjetivamente controlables; b) orientadas hacia un fin de conocimiento compartido –de modo igualmente intersubjetivo- por los encargados de medir esa racionalidad, y en donde; c) las conclusiones respectivas alcanzan –por lo menos en cierta medida; pero siempre intersubjetivamente- aquel fin”. HABA Enrique Pedro, *op cit*. 85.

luz de ciertas reglas, que al menos, alejen de nuestra práctica y estudio la arbitrariedad. Si pretendemos una mayor rigurosidad científica, debemos ponernos de acuerdo sobre el objeto de estudio y sobre el método.

El método se caracteriza en primer lugar, por tener un sistema de reglas preestablecidas. En efecto, se trata de un conjunto de reglas, es decir de criterios o principios que componen dicho método. En el método jurídico, sin duda, existen reglas (que en términos generales se indican en el artículo 10 del Código Civil). Sin embargo, dichas reglas deben conformar un sistema, deben estar ordenadas racionalmente, según ciertos principios, por ejemplo, de precedencia en su aplicación, de relación entre ellas, de subordinación o complementariedad, en fin, un sistema, que de no aplicarse alguna de ellas el resultado final no sea el mismo que si se aplicase. Finalmente, el sistema de reglas debe existir con anterioridad a la investigación. No se trata de las ocurrencias del investigador en el momento en que investiga. El método es producto de una reflexión previa, que desde luego, se va depurando con el uso, es decir, con la aplicación constante al objeto.

En el Derecho, creemos que no podemos negar la existencia de dichas reglas y su cualidad de preestablecidas, lo que es imposible afirmar es que dichas reglas consistan un sistema racional. En efecto, los juristas no nos hemos puesto de acuerdo ni en la cantidad de las reglas, mucho menos en algún sistema que las integre. Por eso, un autor sugiere unas reglas y otro otras. Unos prefieren la interpretación subjetiva, otros la objetiva, aquellos la interpretación literal y éstos la interpretación a partir de principios, al final, es común que

un juez superior utilice una regla distinta de la del juez de instancia, que a la vez será distinta de la que utiliza el Tribunal Supremo, llegando todos a resultados discordantes.

Esa escasa racionalidad metodológica es consecuencia de la falta de determinación precisa del objeto de estudio y viceversa. Se dijo anteriormente que el conocimiento científico es objetivo, pues bien ¿cuál es el objeto de estudio de la ciencia jurídica?: Para SAVIGNY eran los institutos jurídicos; para IHERING son los intereses, el conflicto de intereses subyacente a las normas jurídicas; para EHRLICH la ciencia del Derecho debía estudiar los hechos originarios del Derecho; para Kelsen el objeto de estudio son las normas jurídicas privadas de contenido axiológico y de toda conexión con la realidad; para LARENZ es el texto, lleno de sentido inmanente; para otros, es la voluntad del autor de la norma (EZQUIGA GANUZAS). En fin, ni los juristas, ni los filósofos del Derecho se han puesto de acuerdo sobre cuál es el objeto de estudio de la Ciencia Jurídica.⁷

En vista de lo anterior, podemos comprender por qué no hay acuerdo sobre el método. En efecto, el método debe ser adecuado al objeto que se estudia. Si no se tiene claro el objeto, no se puede tener claro el método. Precisamente por eso, todos los autores mencionados en el párrafo precedente sugerían métodos distintos. No es lo mismo estudiar hechos que normas. El principio que informa la relación entre método y objeto de estudio es el principio de adecuación. El método debe ser adecuado al objeto, de manera que no nos emita, al final de su aplicación, verdades parciales, a medias,

7 “...no es de extrañar que tampoco reine acuerdo sobre cuál es el objeto de la metodología jurídica, sobre qué aspectos del Derecho o del trabajo con el mismo caen bajo sus puntos de mira, Aquí podemos encontrar un amplio abanico de posturas.” GARCIA AMADO Juan Antonio, *Teorías de la tónica jurídica, Madrid, CIVITAS, 1988, p. 97.*

que suelen ser las mayores falsedades. La verdad científica consiste en la adecuación del conocimiento a la cosa. Esa adecuación sólo es posible si el método es el idóneo para conocer el objeto que investiga.⁸

La necesidad de esa idoneidad y adecuación del método al objeto, es lo que pone de manifiesto LARENZ en su Parte Histórica-Crítica de su obra (Metodología de la Ciencia del Derecho). En efecto, los que creyeron que el Derecho era sólo norma fallaron porque no consideraron el elemento de realidad (sociológico) y espiritual (axiológico) que había en él. Los que consideraron que se trataba de una ciencia de hechos, fallaron en su intento, porque olvidaron que se trata de normas con fuerza vinculante, un deber ser más que un ser; los que lo redujeron a una creación humana y por tanto, lo relevante es la voluntad de su autor, obviaron su contenido histórico y el cambio de la realidad a la que responde. En fin, LARENZ pone de manifiesto muchas visiones parciales, insuficientes, de lo que se considera es el objeto de estudio del Derecho y de la falta de adecuación y de idoneidad de los métodos para llegar a descubrir lo que verdaderamente es el fenómeno que llamamos Derecho.

A raíz de lo anterior, creemos que se requiere una visión integral sobre el objeto y sobre el método y que es posible encontrarla y construirla a partir del mismo ordenamiento jurídico. Con este enfoque estudiaremos el artículo 10 del Código Civil.

1. El objeto de estudio del Derecho a la luz del artículo 10 del Código Civil.

El artículo 10 del Código Civil costarricense establece: *“Las normas se interpretan según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas”*.

De este artículo se infiere el objeto de estudio de la ciencia jurídica. Por consiguiente, el primer elemento del objeto son las normas, pero ¿qué son las normas jurídicas?. Si entendemos por ellas la letra del artículo, el objeto de estudio del Derecho quedaría reducido a su literalidad y el método, a la interpretación literal. Por el contrario, la norma jurídica tiene una estructura proposicional, donde se encuentra un supuesto de hecho y un efecto o consecuencia jurídica.⁹ En el supuesto de hecho encontramos

8 En este sentido son apropiadas las palabras de FRIEDRICH MULLER citadas por GARCÍA Amado en el sentido de que una “doctrina del método jurídico ha de basarse en una teoría jurídica. ...en una teoría del Derecho, es decir, una teoría de las normas jurídicas, la cual ha de abarcar la propiedad fundamental de la estructura normativa, formando así el trasfondo sobre el que ha de operar el trabajo práctico de la doctrina metodológica en el Derecho.” GARCÍA AMADO Antonio, *Teorías de la tónica jurídica*, op cit. p. 99.

9 Sobre la estructura de la norma jurídica hay acuerdo en la doctrina. Entre otros, PAREJO ALFONSO Luciano expresa: “... disposición jurídica es la que define en forma general y abstracta un supuesto de hecho y se determina la consecuencia o consecuencias jurídicas que se derivan de la realización del mismo; una disposición, pues, derechamente construida para regular u ordenar de forma directa la vida humana y la realidad social”. PAREJO ALFONSO Luciano. *Constitución y Valores del Ordenamiento; Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, Tomo I, Madrid, CIVITAS, 1991, p. 123*. En Costa Rica –siguiendo la doctrina italiana Angelo Falsea- PEREZ VARGAS Víctor expresa: “En la estructura hipotética de la norma vemos: una proposición condicionante, una proposición condicionada y una relación de condicionalidad. A cada proposición corresponde una situación; en cada proposición hay un esquema de fenómeno temporal limitado y circunscrito por un índice de tiempo”: PEREZ VARGAS Víctor, *Falsea Angelo, Efficacia Giuridica, voci di teoria generale del diritto. Principios de Derecho Privado*, Antología, San Pedro de Montes de Oca, 1984, p. 17.

tipificado el hecho o fenómeno social al que el Derecho condiciona un efecto, consecuencia o solución jurídica. En el supuesto de hecho se encuentra generalmente (no siempre) el sujeto o sujetos productores, realizadores o soportadores de las conductas o hechos que allí se tipifican. Ese hecho puede ser una conducta humana, un hecho de la naturaleza, la existencia de alguna cosa (fáctica o jurídica) e incluso una creación o ficción jurídica. En el efecto jurídico encontramos valores, derechos, garantías jurídicas, límites, principios, deberes, competencias, cargas, modos, condiciones, sanciones, prohibiciones, permisiones, fines, entre otras figuras jurídicas y desde luego, personas (físicas o jurídicas) obligados a cumplir las prescripciones, o beneficiarios de las permisiones que él otorga. Por tanto, el efecto jurídico siempre contempla una conducta orientada a respetar, garantizar, cumplir, y en general satisfacer los derechos, fines, principios, garantías y valores que el ordenamiento jurídico contempla expresa o implícitamente. El efecto jurídico desarrolla su potencial una vez que acontece en la realidad (tiempo y espacio) el hecho tipificado por la norma. El acontecimiento del hecho no es garantía de que suceda el efecto. Se trata de una causalidad jurídica no física.

Pues bien, la norma, por lo visto, supera en mucho la literalidad con que usualmente se le mira. Su contenido es amplísimo, tanto, que es imposible conocerlo mediante la aplicación de la interpretación literal o de la voluntad del

legislador. El mismo artículo 10 del Código Civil nos da testimonio de ello cuando afirma que las normas se interpretarán “*atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas*”, con lo cual da a entender que hay un contenido inmanente en las normas que debe ser descubierto mediante la interpretación. Ese contenido se puede estructurar teóricamente en tres niveles. En el primer nivel encontramos los valores, los fines, los principios y hechos (entendido en sentido amplio como realidad social). En el segundo nivel, encontramos un grupo de figuras jurídicas que están construidas sobre la base de las cuatro categorías primeras, como son los derechos, deberes, garantías, límites, prohibiciones, sanciones, etcétera. En el tercer nivel encontramos los institutos jurídicos, formados por conjuntos de figuras jurídicas secundarias, que buscan satisfacer las figuras o categorías primarias. En los institutos jurídicos, los derechos, deberes, garantías, fines, valores, etcétera tienen una unidad interna. Su hilo conductor es precisamente el principio jurídico.¹⁰

Ahora bien, el artículo 10 del Código Civil no se refiere a las normas sólo como portadoras de un contenido “espiritual y teleológico” que como hemos dicho, no es otra cosa que los valores, hechos, principios, derechos, garantías, deberes, límites, etcétera, contenidos en ellas; si no que además, reconoce que esas normas, con ese contenido que les es propio, responden a una realidad social. En primer lugar, a la realidad social del tiempo en que

10 Las instituciones jurídicas se peculiarizan por una idea organizadora en servicio a la cual se especifica una técnica determinada con una interior unidad. Esa idea organizadora, que es la que ordena el sentido orgánico del conjunto, al ser a la vez una corporeización de contenidos valorativos, una pretensión de regulación social sobre un ámbito determinado de relaciones y la clave funcional de todo mecanismo técnico en que la institución consiste, se eleva a la categoría de principio general, que no sólo tiene valor normativo propio, sino que además es también el que ordena y mide el alcance de los demás elementos normativos presentes en el seno de la propia institución. GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo; *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*, Madrid, CIVITAS, 1ª edición, 1986, p. 66-67

se aplica la norma. La norma se crea para regular conductas futuras, por ello, aunque es producto de épocas pretéritas, debe adaptarse para que responda a las exigencias del tiempo de su aplicación. Sin embargo, también deben considerarse los antecedentes históricos que la informan. Con ello, el artículo 10 del Código Civil reconoce que no existen rupturas absolutas en la historia de los pueblos y las sociedades, no existen normas desligadas de su pasado. Reconoce que el avance social de nuestro tiempo es un devenir histórico, que responde, a pesar de los cambios, a elementos que le dan continuidad. La norma así vista, es una norma llena de contenido jurídico, teleológico, axiológico, fáctico, entre otros, pero también, una norma que responde a una circunstancia social y a una historia.

El concepto de norma del Código Civil no se queda allí, reconoce que las normas están constituidas por enunciados lingüísticos, que se exteriorizan mediante un lenguaje que solemos llamar artículos. Reconoce además, que existe una estructura formal y material que llama “contexto”. No todo el fenómeno jurídico se expresa en normas, pero éstas, son consustanciales a su existencia.

En conclusión, de lo establecido por el artículo 10 del Código Civil podemos extraer:

- 1) El artículo 10 del CC, no reduce el objeto del Derecho, no tiene visiones parciales del fenómeno jurídico, todo lo contrario, tiene una visión integral del objeto, que se refleja en el momento de regular el método. Lo describe como una creación humana y por tanto impregnado de las valoraciones de su autor, como una expresión lingüística, como un fenómeno histórico, como una respuesta a la realidad de la que parte y a la que se dirige, respondiendo a fines, a principios y

a valores. El objeto del Derecho a la luz del artículo 10 del CC no es un fenómeno compuesto de hecho, valor y norma, sino también de principios, valores, derechos, garantías, intereses, límites, responde a una cultura, una sociedad, una época y sería un error, reducirlo, circunscribirlo a solo uno de esos aspectos.

- 2) En consecuencia, el objeto de estudio de la ciencia jurídica es el contenido o esencia de las normas jurídicas; contenido o esencia que el artículo 10 CC llama “*espíritu y finalidad*” y que no es otro que los hechos, valores, principios, derechos, obligaciones, garantías, institutos, limitaciones, prohibiciones, fines y demás figuras jurídicas contenidas en él. El legislador tiene una visión sustancial y no formal del Derecho. Lo formal es el continente, lo sustancial el contenido.
- 3) Se desprende del artículo 10 que el objeto de estudio de la ciencia jurídica contiene tanto elementos formales (literalidad del texto) como sustanciales (valores, hechos, principios, etc.). Hay, sin embargo, una primacía de lo sustancial sobre lo formal. Primacía que se pone de manifiesto cuando expresa “...*fundamentalmente al espíritu...*”, con esa fundamentalidad, claramente da a entender que el sentido inmanente de las normas prevalece sobre el sentido literal de éstas.

Ahora bien, como se dijo antes, para conocer el objeto es necesario un método. Ese método debe ser adecuado al objeto, de tal manera que nos permita conocer esa esencia y hacerlo de manera integral. El artículo 10 del Código Civil nos revela el método del Derecho y como tendremos ocasión de exponer, también su problemática.

2. El método en el Derecho, a la luz de lo dispuesto por el artículo 10 CC.

Los métodos de la ciencia jurídica son la interpretación y la integración jurídica. El artículo 10 del CC sólo se refiere al primero de ellos (independientemente, de que algunas de sus reglas sirvan a los propósitos de la integración jurídica). Por esa razón, nosotros nos limitaremos al estudio y análisis de ese método, dejando de lado la integración jurídica.¹¹

La teoría de la interpretación es hoy el núcleo central de la Teoría del Derecho. La interpretación es una garantía del Estado de Derecho, con ella se busca eliminar, o al menos reducir, la arbitrariedad del intérprete, en especial la del juez. Ella *“consiste en afirmar que algo tiene un sentido determinado”*.¹² *“La finalidad básica de la interpretación es la comprensión de lo interpretado. Interpretar se identifica con comprender, convirtiéndose interpretación y comprensión en un mismo hecho”*.¹³

Esa afirmación de sentido que realiza la interpretación como método jurídico, no es ni mucho menos, una interpretación literal

de sentido. Los autores que afirman que la interpretación se reduce a conocer el sentido de la norma mediante la literalidad¹⁴ o la indagación de la voluntad de su autor, ignoran el fenómeno del Derecho. El mismo artículo 10 desmiente esas concepciones del método jurídico.

En efecto, el numeral 10 del CC establece un conjunto de reglas, todas ellas orientadas a afirmar el *“espíritu”* el sentido de la norma, y de su literalidad, persigue descubrir su sentido inmanente, esencial; su finalidad, o bien, afirmar el sentido que tiene frente a los nuevos hechos (realidad del tiempo de aplicación) o, a la luz de los antecedentes históricos o legislativos. El legislador no sólo tenía una visión integral del fenómeno jurídico (objeto de estudio), sino también del método orientado a descubrir ese objeto.

Ahora bien, la interpretación debe privilegiar aquellas reglas o criterios (no olvidemos que el método es un conjunto sistemático de reglas preestablecidas) que están dirigidas a descubrir y afirmar el sentido material de la norma.¹⁵ El juez, principal intérprete de la norma, debe acudir a la interpretación armado de un conjunto

11 El proceso mediante el cual el intérprete crea o elabora una norma para cubrir el orden jurídico lagunoso se denomina integración. Como siempre es posible integrar el orden normativo, se dice que el ordenamiento jurídico es pleno, completo y cerrado. Decimos que es pleno por cuanto de él, mediante interpretaciones orientadas al sentido, podemos extraer la respuesta para el caso que no contiene una norma que lo precise y por tanto que no se puede subsumir. Hay lagunas normativas pero el ordenamiento como un todo carece de ellas. Es cerrado, por cuanto no se requiere para resolver los conflictos jurídicos acudir a objetos, métodos y principios de otras ciencias para resolverlos. Cuando esto sucede, aquellos fenómenos resultan juridificados y no a la inversa. Para crear normas y colmar las lagunas se requiere interpretar el orden jurídico. Es aquí donde está la conexión y complementariedad entre interpretación e integración jurídica.

12 HERNANDEZ MARIN, Rafael, *Interpretación subsunción y aplicación del Derecho*, Barcelona, Marcial Pons, 1999, p. 30

13 PERALTA Ramón, *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*, Madrid, Universidad Complutense, 1994, p.4

14 “El objeto de la interpretación es el texto legal como portador del sentido en él depositado, de cuya comprensión se trata en la interpretación. Interpretación es, si nos atenemos al sentido de las palabras, la separación difusión y exposición del sentido dispuesto en el texto, pero en cierto modo, todavía oculto” LARENZ Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona 1994, p. 309

15 “La interpretación debe ser un resultado de un análisis de intereses en el hecho y en la norma” PEREZ VARGAS Víctor, *La Jurisprudencia de Intereses*, 2ª edición, LIL S.A, 1991, p. 61

de reglas metodológicas que le permitan superar la literalidad del texto y descubrir sus profundidades que a simple vista parecen ocultas.¹⁶ Por eso la actividad del juez es una actividad creadora. Interpretar es reconducir las normas a ese sentido material que le es inmanente,¹⁷ sin que con ello se esté saliendo de la ley. Cuando el juez declara los principios, los valores, los derechos fundamentales, las garantías y límites contenidos en las normas no está haciendo otra cosa que afirmar el sentido objetivo del ordenamiento jurídico¹⁸ según la escala jerárquica de sus fuentes.

Del artículo 10 podemos extraer las siguientes conclusiones metodológicas:

- 1) Existe una correspondencia entre método y objeto. El método (interpretación) debe ser adecuado al objeto de estudio (Derecho).
- 2) El método jurídico de la interpretación está compuesto por un conjunto de reglas que tienden a afirmar el sentido objetivo, subjetivo, formal y material del Derecho. Este conjunto de reglas se desprenden del

artículo 10 CC: “*Las normas se interpretan según el sentido propio de sus palabras (interpretación literal), en relación con el contexto (interpretación sistemática formal y material), los antecedentes históricos (interpretación histórica) y legislativos (voluntad del legislador o interpretación subjetiva) y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (interpretación material y evolutiva y jurisprudencia de intereses), atendiendo fundamentalmente al espíritu (jurisprudencia de valores o interpretación axiológica, interpretación principalista), y finalidad de ellas (interpretación teleológica)*” (Lo que está entre paréntesis no corresponde al original).

- 3) El artículo 10 nos ofrece un conjunto de reglas no necesariamente un sistema de reglas (no están ordenadas según principios de precedencia, jerarquía, etc), se limita a suministrarnos una lista de reglas o procedimientos interpretativos. Sin embargo, al menos no suministra un

16 “Sin acudir a los principios generales que son los únicos instrumentos disponibles para dar sentido a las instituciones y para articular ésta en el sistema general del ordenamiento. Desde esta base, hasta las últimas operaciones mentales de la interpretación, ésta está entera, y no puede no estar, dominada por los principios generales; tal es la diferencia, como observa certeramente ESSER, entre una interpretación jurídica y una comprensión filológica de un texto, y la justificación del hecho elemental de que la interpretación de la ley escrita sea un menester técnico y no gramatical, para el cual hay que acudir armados con categorías y principios jurídicos. De ahí que la interpretación sea una actividad creadora” GARCIA DE ENTERRIA, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, op. cit. pp. 22-26.

17 “ Interpretar es reconducir las normas a esos principios, los cuales son hoy para los juristas españoles de dos clases; los “superiores” contenidos en la Constitución (y aquí, por la amplitud de estos principios -Justicia, dignidad humana, libertad, igualdad, etc.- entran virtualmente todos los tradicionalmente tenidos por Derecho Natural), y los institucionales, que articulan alrededor de un núcleo institucional dado, a la vez, una idea material de la justicia referida a una concreta relación social con el funcionamiento interno de todos los elementos técnicos que la institución organiza.” GARCIA DE ENTERRIA, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho* op. cit. pp 133-134

18 “Es, por tanto, un cometido importante de la Jurisprudencia poner en manos del juez métodos con cuya ayuda pueda éste cumplir esta tarea de modo objetivo y definitivo. Pero, de vez en cuando, al desarrollar judicialmente el Derecho no se trata sólo de colmar lagunas legales, sino de adoptar y conformar ulteriormente nuevas ideas jurídicas que, en todo caso, han sido insinuadas en la propia ley, cuya realización por parte de la jurisprudencia de los tribunales rebasa, por ello, el plan original de la ley y lo modifica más o menos. Se comprende que también esta clase de desarrollo del Derecho, si ha de estar justificada sólo debe tener lugar en consonancia con los principios directivos de todo el orden jurídico; es más, muchas veces será motivada precisamente por la aspiración a hacer valer estos principios en mayor medida de lo que en la ley ha ocurrido.” LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op cit, p. 359.

criterio válido para la ordenación de las mismas, que debe ser tomado en cuenta por el intérprete, en efecto, establece que las reglas que están orientadas a descubrir el sentido material, espiritual y teleológico de la norma prevalecen sobre aquellas que se orientan a descubrir el sentido formal del Derecho, es lo que estableció con la frase “*fundamentalmente al espíritu y finalidad...*”, ese carácter de fundamental le otorga primacía y superioridad a esas reglas o cánones hermenéuticos respecto de aquellos que no descubran esa esencia del ordenamiento jurídico.

Finalmente, sobre la particularidad de que el método jurídico se encuentre expresamente regulado y contenido en un Código o cuerpo normativo, diremos, que nos parece que el método es especialmente una construcción científica, sin embargo, nada obsta para que se encuentren establecidas por el legislador ordinario en algún texto jurídico. Que los textos jurídicos normativos hagan referencia a las reglas interpretativas responde, en primer lugar, a la sencilla razón de que el método no es una materia excluida a la competencia del legislador o del constituyente; y en segundo, que con la introducción de dichas reglas en el Derecho positivo, el legislador sujeta la tarea del intérprete a las normas jurídicas, garantiza la objetividad de sus decisiones y por ende, el Estado de Derecho.

Estas mismas reglas las aplica el juez constitucional, no porque esté sujeto al Código Civil, sino porque son las propias de la Ciencia

Jurídica para conocer el Derecho (objeto), a lo sumo, tendrán una aplicación específica ajustada al especial objeto del Derecho Constitucional.

Pasamos ahora al estudio de las distintas reglas que según el 10 del CC integran el método jurídico.

II LAS REGLAS QUE INTEGRAN EL MÉTODO JURÍDICO DE INTERPRETACIÓN, SOBRE LA BASE DEL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 10 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 10 del Código Civil establece una serie de criterios interpretativos o reglas metodológicas que van orientadas a descubrir el sentido inmanente del Derecho. Cada regla está destinada a afirmar el sentido jurídico de algún aspecto del Derecho. El Derecho es un fenómeno complejo como se infiere del mismo artículo y el intérprete sólo puede acercarse a él armado con un conjunto de herramientas (reglas metodológicas, cánones hermenéuticos o criterios de interpretación) que faciliten su tarea interpretativa.

El método debe ser adecuado al objeto, por ello, para cada aspecto del objeto existe una regla del método que se orienta a su conocimiento. El Derecho tiene un aspecto lingüístico, para descubrir su sentido se destina la interpretación literal. El Derecho es un sistema y para descubrir esas conexiones objetivas de sentido existe la interpretación sistemática. El Derecho responde a una historia, de allí la interpretación histórica. El

19 HERNÁNDEZ MARÍN Rafael, *Interpretación, Subsunción y aplicación del Derecho*; Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 35. En este mismo sentido, se expresa HABA, para quien “...el método literal-gramatical consiste simplemente en valerse del juego objetivo de reglas lingüísticas, mediante cuya aplicación –consciente o inconsciente– es comúnmente inteligida una lengua determinada (sea la lengua corriente sea una lengua especializada). HABA Enrique Pedro; *Esquemas metodológicos en la aplicación del Derecho escrito*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1972, p. 30.

Derecho es una creación humana y su creador deja su impronta en él, a descubrir esa impronta se orienta el procedimiento de la interpretación subjetiva o voluntad del legislador. El Derecho es un fenómeno social, surge por las demandas sociales y responde a sus intereses, circunstancias y valores; pero sobre todo, tiene que hacerle frente al permanente cambio de la sociedad y de las circunstancias de hecho subyacentes a la norma jurídica; para responder a ese cambio y descubrir su sentido y adaptación existe la interpretación sociológica o según la realidad del tiempo en que a de ser aplicada. El Derecho responde y está impregnado de valores y sus conexiones materiales de sentido son un resultado de ese entramado de valores y principios jurídicos que lo informan; la interpretación a partir de principios o interpretación principialista y la jurisprudencia de valores o interpretación axiológica, tienen por objetivo descubrirnos ese sentido profundo, “espiritual” del Derecho. Finalmente, el Derecho en general y la norma en particular se orientan a la satisfacción de un fin, el Derecho es finalista. El Derecho es un medio para satisfacer fines que le son immanentes expresa o implícitamente; a descubrir esa finalidad y a atribuir, a partir de ella, sentido a la norma jurídica, se orienta la interpretación teleológica. Al análisis breve de cada regla dedicaremos este apartado.

1. El aspecto lingüístico del Derecho y la interpretación literal.

Las normas jurídicas se encuentran constituidas por enunciados lingüísticos, más aún, las normas se exteriorizan mediante un lenguaje. La forma lingüística es, por tanto, un elemento del Derecho y un aspecto del objeto de estudio de la Ciencia jurídica. El

método jurídico debe contar con una regla (criterio, canon) para revelar su sentido. Por consiguiente, cuando el artículo 10 del Código Civil dice que *“las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras...”*, presupone, por un lado, que lo lingüístico es un elemento que integra el fenómeno que llaman Derecho Positivo, y el objeto de estudio de la Ciencia jurídica, por ello, establece una regla para su conocimiento: la interpretación literal.

El artículo 10 CC insinúa el objetivo de la interpretación literal: *El sentido propio de las palabras*. En efecto, *“El sentido literal de un enunciado es el que tiene un enunciado en sí mismo, y al margen de cualquier circunstancia que rodee la formulación del enunciado. El sentido literal de un enunciado depende exclusivamente de factores de dos tipos: el sentido de las palabras que componen el enunciado (no es lo mismo que en el enunciado aparezca la palabra padre que aparezca la palabra madre) y de la forma en que dichas palabras se relacionan entre sí (no es lo mismo que en el enunciado aparezca la expresión “la madre de mi hermana” que aparezca la expresión “la hermana de mi madre”).*¹⁹ Aquí sólo estaríamos hablando del sentido del enunciado individualmente considerado. Sin embargo, los enunciados jurídicos suelen tener relación o conexión con otros enunciados, bien por razones de proximidad, por pertenecer a un mismo artículo, sección, capítulo, título, o cuerpo normativo, o por versar sobre la misma materia. En ese sentido y siempre que estemos hablando del sentido de las palabras y la forma en que se relacionan, nos parece que dentro de este criterio interpretativo debe considerarse el contexto (en sentido literal) según lo dispone el artículo 10 del Código Civil: *“las normas se interpretarán según el*

sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto..."²⁰

El contexto nos acercaría al sentido total de un enunciado. *"El sentido total de un enunciado es el que tiene un enunciado en sí mismo, pero atendiendo además al conjunto de circunstancias que rodean la formulación del enunciado."*²¹ El sentido total está constituido por aspectos lingüísticos y no lingüísticos. Sin embargo, en la interpretación literal sólo estarían considerados los aspectos lingüísticos del sentido total. La interpretación literal de un enunciado trataría tanto del sentido del enunciado propiamente dicho, como de aquel sentido lingüístico que se infiere del contexto literal con el que guarda relación. Queda fuera de toda interpretación literal (de la norma o del contexto) los aspectos materiales (valores, principios, hechos, derechos, etcétera) que se encuentran en el contexto material del enunciado y que determinan su sentido o significado y que se conocen acudiendo a otras reglas o cánones del método jurídico, a los que más adelante se hará referencia. Esta interpretación literal, acudiendo al contexto lingüístico, que según el caso concreto le es

propio, es lo que LARENZ llama "la conexión de significado de la ley".²²

La interpretación literal es un criterio interpretativo que goza de mucha reputación. La mayoría de la doctrina, como alguna parte de la jurisprudencia lo considera el punto de partida y el límite de toda labor hermenéutica. En ese sentido, LARENZ –siguiendo a MEIR HAYOZ– afirma que la interpretación literal *"es tanto el punto de partida para la averiguación judicial del sentido y traza, al mismo tiempo, los límites de su actividad interpretativa"*. De allí que LARENZ insista que una interpretación que desborde el sentido literal ya no es interpretación sino modificación del sentido.²³ El tenor literal deviene en límite, incluso, para una interpretación conforme con el texto Constitucional.²⁴

Nosotros no le atribuimos esa importancia. Coincidimos con la doctrina anterior en orden a considerar el criterio de interpretación literal como un criterio ineludible en toda labor interpretativa. Pero, al contrario, discrepamos radicalmente sobre el peso o importancia que se le asigna a lo interno del conjunto de

20 "...la conexión de significado de la ley juega todavía un amplio papel en orden a su interpretación, con tal que pueda admitirse una concordancia objetiva entre los preceptos legales singulares. Entre varias interpretaciones posibles según el sentido literal, obtiene por ello preferencia aquella que posibilita la percepción de concordancia objetiva con otra disposición". LARENZ Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op cit, p. 321.

21 HERNANDEZ MARIN Rafael, op. cit., p. 35.

22 "Cuál de las múltiples variantes de significado que pueden corresponder a un término según el uso del lenguaje hace al caso cada vez, resulta, por regla general, aunque no siempre con toda exactitud, del contexto en que es usado. La conexión de significado de la ley determina, en primer lugar, que se comprendan de la misma manera las frases y palabras individuales; como también, al contrario, la comprensión de un pasaje del texto es codeterminado por su contenido. Hasta aquí no se trata de otra cosa que de la forma más simple del antes mencionado círculo hermenéutico". LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op. cit. p. 321.

23 "Mas no es posible hallar otro límite entre interpretación y desarrollo del Derecho complementador o modificador de la ley que el del sentido literal lingüísticamente posible. Pues tal límite es reconocido también predominantemente en la literatura y, ahora, también en la jurisprudencia de los tribunales". LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op cit. p. 319.

24 "La interpretación conforme a la Constitución, si quiere seguir siendo interpretación, no debe traspasar los límites que resultan del posible sentido literal y de la conexión de significado de la ley". LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op. cit. p. 338.

criterios interpretativos. Si nuestra concepción del objeto es sustancialista o esencialista (al igual que la del legislador), tal y como ha quedado claro en páginas anteriores, con tal concepción, no es compatible la primacía de un criterio estrictamente formal como el criterio literal. Privilegiar la interpretación literal es una consecuencia de creer que el Derecho se resume en una cuestión de lenguaje. Si el objeto de estudio de la Ciencia jurídica es el contenido o esencia de las normas jurídicas, los criterios interpretativos o metodológicos que priman son aquellos que contribuyan a develarnos ese contenido y esencia del orden jurídico. Como se diría en la teología, “la letra mata pero el espíritu vivifica”. La interpretación jurídica supera con creces la comprensión filológica del texto. Mediante los criterios interpretativos orientados a la sustancia, no solo es posible completar, delimitar y ampliar el sentido literal de un enunciado jurídico, sino también corregirlo. La sustancia prevalece sobre la forma como luego quedará demostrado. Esta posición, desde hace varios años, empieza a calar hondo en la doctrina²⁵ y la jurisprudencia.²⁶

Ahora bien, tanto la literalidad como cualidad del objeto (Derecho), como el criterio interpretativo de la literalidad, no están exentas de problemas. Respecto al objeto, es bien conocido, que el ordenamiento jurídico está repleto de un lenguaje vago (impreciso, confuso, indeciso, falto de nitidez), entre los que abundan los denominados “conceptos jurídicos indeterminados”; las antinomias (contradicciones); las lagunas (temas y hechos sobre los que calla) y las deficientes redacciones. Todos estos problemas del lenguaje del Derecho influyen en el método. La interpretación jurídica literal procura solventarlos. En efecto, mediante el criterio de interpretación literal se procura un lenguaje unívoco, libre de vaguedad y antinomias, y superar las deficiencias de la redacción; lamentablemente, hay que reconocerlo, lejos está la Ciencia jurídica de proporcionar un lenguaje unívoco e intersubjetivo.

A los problemas del objeto, debemos sumarle los problemas del método. El criterio de interpretación literal no está libre de problemas. En primer lugar, según una parte de la doctrina, la interpretación literal se debe

25 En la doctrina española, entre otros, GARCIA DE ENTERRIA y GONZALEZ GARCIA. El primero, con ocasión del estudio de uno de los elementos que llamamos sustancial del Derecho, los principios jurídicos, afirma sobre la interpretación en general y de la literal en particular, lo siguiente: “Sin acudir a los principios generales que son los únicos instrumentos disponibles para dar sentido a las instituciones y para articular ésta en el sistema general del ordenamiento. Desde esta base, hasta las últimas operaciones mentales de la interpretación, ésta está entera, y no puede no estar, dominada por los principios generales; tal es la diferencia, como observa certeramente ESSER, entre una interpretación jurídica y una comprensión filológica de un texto, y la justificación del hecho elemental de que la interpretación de la ley escrita sea un menester técnico y no gramatical, para el cual hay que acudir armados con categorías y principios jurídicos. De ahí que la interpretación sea una actividad creadora” GARCIA DE ENTERRIA Eduardo, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, op cit, p 22-26. En igual sentido, GONZALEZ GARCIA y Otros dicen: “...la interpretación de toda norma jurídica se inicia con su interpretación literal. Pero no es menos cierto que la interpretación no puede agotarse en el análisis gramatical porque, de ser así, la interpretación quedaría reducida, como señala Vernengo, a una cuestión idiomática o de lenguaje”. GONZALEZ GARCIA Susana y otros, *Interpretación literal, Interpretación y argumentación jurídica, trabajos del seminario de Metodología Jurídica; Volumen I, Zaragoza, Pressas Universitarias, I edición, 1995, p. 21.*

26 La Sala tercera del Tribunal Supremo español, en sentencia de 22 de diciembre de 1990, señaló: “La interpretación literal es siempre un mero punto de partida que podrá ser corroborado o corregido por otros criterios de mayor entidad”.

aplicar únicamente cuando el texto es dudoso y oscuro, y no cuando es claro. En segundo, no está claro si debemos recurrir al contexto lingüístico siempre o sólo en alguna ocasión; en este último supuesto, qué criterios determinan la participación de dicho contexto. Tercero, con qué criterios seleccionamos el enunciado y el contexto lingüístico. Los enunciados existen, pero, debemos utilizarlos todos o sólo unos, o, con qué jerarquía. Cuarto, con cuál lenguaje trabajamos, con el lenguaje común, con el técnico (jurídico o de otras ramas) y en todo caso, cuál tiene primacía entre ellos.²⁷ No se ignora, que todas estas preguntas tienen respuesta, tampoco se ignora que ninguna de las respuestas que se ofrecen se impone en términos absolutos; razón por la que podemos afirmar que la seguridad jurídica, que según sus partidarios, ofrece la interpretación literal, está en entredicho.

En definitiva, nos parece que el criterio de interpretación literal es ineludible, el Derecho y su sentido se expresa por medio del lenguaje, por eso, debemos de recurrir siempre a él. Sin embargo, el resultado obtenido mediante la aplicación del criterio de la interpretación literal, queda subordinado al resultado que arrojen aquellos criterios interpretativos orientados a descubrir el sentido, esencia o contenido material de la norma y del ordenamiento

jurídico como un todo. Esta primacía de lo material sobre lo formal se desprende del mismo artículo 10 del CC, cuando literalmente expresa que “*fundamentalmente*” las normas deben ser interpretadas atendiendo al “*espíritu y finalidad de ellas*”.

2. El Derecho como sistema y la interpretación sistemática

El Derecho es un sistema. En efecto, el ordenamiento jurídico se encuentra informado por los principios de sistematicidad, unidad y coherencia normativa (vertical y horizontal, formal y material). La sistematicidad se da entre normas jurídicas, entre figuras jurídicas (situaciones jurídicas) o entre institutos jurídicos. Esa sistematicidad viene dada por razones formales, pero especialmente materiales. La formal viene dada por la pertenencia y ubicación en un mismo cuerpo normativo, o en general, en el ordenamiento jurídico. La material se infiere de la conexión objetiva de sentido que tienen las normas, las figuras y los institutos entre sí. Esa conexión material está dada por los valores, principios, derechos fundamentales y hechos que son los que forman la trabazón del ordenamiento jurídico. Una ley tiene una conexión material porque regula un mismo fenómeno (ejemplo, ambiente, salud, tributos, etc.) y puede guardar conexión con

27 Sobre este punto, LARENZ, opina lo siguiente: “. El enlace con el uso del lenguaje es el más evidente, porque se puede aceptar que aquél, que quiere decir algo, usa las palabras en el sentido en que comúnmente son entendidas. El legislador se sirve del lenguaje general porque y en tanto se dirige a los ciudadanos y desea ser entendido por ellos. Además de ello, se sirve ampliamente de un especial lenguaje técnico-jurídico, en el que se puede expresar más precisamente, cuyo uso le ahorra múltiples aclaraciones circunstanciales. También este lenguaje técnico se apoya, sin embargo, todavía en el lenguaje general, ya que el Derecho, que se dirige a todos y a todos atañe, no puede renunciar a un mínimo de comprensibilidad general. ...Por ese motivo, el lenguaje de las leyes no puede alejarse tanto del uso general del lenguaje como ocurre con el lenguaje de algunas ciencias....Esto tiene como consecuencia, como hemos subrayado reiteradamente, que no es capaz de alcanzar la exactitud de un tal lenguaje de signos, que sus términos siguen necesitando interpretación”. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op. cit. p. 316-317. Como se observa, la flexibilidad, la riqueza de matices y la capacidad de adaptación del lenguaje es, a la vez, su punto fuerte y su punto débil. Por eso, encontramos diversos significados, por eso el significado se obtiene no sólo de él, sino de la conexión del discurso, de la cosa de que se trate y del contexto extralingüístico. Finalmente, podría inferirse, que el uso del lenguaje técnico prevalece sobre el sentido común de los términos, pero el lenguaje común es el marco dentro del cual se mueve aquél.

otras leyes, porque todas se complementan en la regulación del mismo fenómeno, tratan de la misma materia. El ordenamiento jurídico ambiental forma una unidad, un sistema por cuanto los principios, hechos y valores que lo informan, se constituyen en la estructura que amarra todas las normas, figuras e institutos jurídicos. Todo el ordenamiento jurídico ambiental se deriva y está informado por el derecho fundamental a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Lo mismo se puede predicar de la unidad. El Derecho es unitario no porque responde a la voluntad del legislador, formalmente lo es porque existe una jerarquía entre las fuentes del ordenamiento jurídico, pero la unidad deviene material por los principios, hechos, valores, derechos, garantías que le son consustanciales. La coherencia, no es una coherencia formal, siempre hay contradicciones entre normas, es más bien una coherencia material, tampoco perfecta, pero perfectible.

Pues bien, para conocer ese aspecto del objeto de estudio, tiene que haber una regla o canon metodológico apropiado para llevar a buen término la tarea. Esa regla es la interpretación sistemática. Como la sistematicidad del ordenamiento jurídico es compleja, la regla de la interpretación sistemática es igualmente compleja. En efecto, la interpretación sistemática cuenta con una serie de subprincipios que sumados realizan una tarea interpretativa sistemática en profundidad. Entre los *subprincipios de la interpretación sistemática* se encuentran el *principio de interpretación de coherencia* (argumento a coherencia), la *interpretación conforme a la sede material* (argumento en sedes materiae),

la *interpretación a rúbrica*; la *interpretación de toda norma infraconstitucional conforme con la ley fundamental* del ordenamiento (la Constitución) y, la *interpretación sistemática en sentido estricto*. Hay otros principios que también están dirigidos a indagar de una u otra manera la conexión sistemática del ordenamiento, pero que, por su importancia individual, no se incluyen en esta área, son el principio de interpretación conforme a los principios jurídicos, la jurisprudencia de valores y la interpretación teleológica.

El *argumento a coherencia* como regla interpretativa es consecuencia de la existencia del *principio de coherencia* que informa el ordenamiento jurídico. No se presume aquí de que el ordenamiento es plenamente coherente, sólo se constata que el ordenamiento está informado por este principio. En consecuencia, cuando se encuentra una incoherencia en el Derecho debe ser erradicada del ordenamiento jurídico. El argumento a coherencia tiene por objetivo tanto, descubrir la coherencia formal y material existente en el sistema jurídico (se admite su coherencia intrínseca, aquí la coherencia es un presupuesto de la interpretación y parte del objeto de estudio o Derecho positivo), como para superar las incoherencias que se presenten (la coherencia opera aquí como una finalidad de la interpretación).

El argumento a coherencia se puede definir de la siguiente manera:

“...el argumento a coherencia es aquel por el que dos enunciados normativos no pueden expresar sentidos incompatibles entre ellos”²⁸

²⁸ EZQUIAGA GANUZAS Francisco Javier, *La Argumentación en la Justicia Constitucional Española*; Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, 1987, p. 99.

Desde una perspectiva formal (aunque también con elementos materiales) la coherencia pretende que no existan antinomias en el ordenamiento jurídico. Siempre desde la perspectiva formal, esas antinomias se resuelven recurriendo a los criterios clásicos para resolver conflictos entre normas, el criterio cronológico, el jerárquico y el criterio material o de especialidad. El primero establece que *ley posterior deroga la ley anterior*, el segundo, fija que la *ley superior deroga la ley inferior*, y el tercero determina que la *ley especial prevalece sobre la ley general*. Sin embargo, creemos que estos criterios no deben ser los primeros a los que ha de acudir el intérprete para resolver las antinomias entre normas que se detecten en el ordenamiento jurídico. A nuestro juicio, se debe recurrir primero al argumento a coherencia, toda vez, que mediante este argumento se descubre la compatibilidad o incompatibilidad material de las normas entre sí. Teóricamente dos enunciados jurídicos pueden regular una misma situación de manera opuesta y ser ambos coherentes a la luz de su contexto material en el que se ubican. Ahora bien, si la incompatibilidad formal es insalvable debe aplicarse sin demora cualquiera de los criterios “formales” antes dichos.

El argumento a coherencia cumple tres funciones: una negativa (sirve para desacreditar o privar de justificación las atribuciones de significado que produzcan incompatibilidad de normas); otro auxiliar (una vez que desacredita significados es necesario otro argumento para atribuir significado); otra positiva (justifica o determina la compatibilidad del significado con otros enunciados del ordenamiento jurídico, ejemplo: constitucionales). En principio, el enunciado no ofrece compatibilidad,

sólo certifica que existe o que no existe. La coherencia ofrece interpretaciones abrogativas (del sentido incoherente), y correctivas (sugiere la solución compatible).

El principio de coherencia del ordenamiento trae aparejado otro principio que le es consustancial, es el *principio de conservación de las normas*. En virtud de él, se exige una interpretación que busque volver coherentes dos enunciados opuestos en el orden jurídico de manera que ambos puedan continuar existiendo. Es precisamente, por esta razón, que primero se debe aplicar el argumento a coherencia y luego, subsidiariamente, los criterios formales de exclusión de normas. El principio de conservación de normas se infiere tanto del principio de coherencia del ordenamiento como del principio democrático, en virtud del cual se procura respetar la voluntad popular emitida por sus representantes en los cuerpos normativos, salvo que la contradicción resulte insalvable.

El *principio de interpretación conforme con la Constitución* es un principio de la hermenéutica que tiende a la conservación de las normas infraconstitucionales, volviéndolas constitucionales mediante la atribución de un nuevo sentido, coherente con la norma fundamental. Este principio es tanto una derivación de los principios de coherencia, sistematicidad y unidad del orden jurídico, como del principio de conservación de las normas, supremacía de la constitución y del principio democrático que lo informa. A su vez, el principio de interpretación conforme con la Constitución responde al principio de jerarquía de las fuentes que informa el ordenamiento jurídico. La conformidad de sentido de la norma infraconstitucional se logra mediante

las llamadas sentencias interpretativas.²⁹ Este principio interpretativo no es ni lejanamente formal. Se trata de un principio material de interpretación, donde la Constitución, con todos sus valores, hechos, derechos, deberes, garantías, principios, etcétera, se convierte en parámetro interpretativo y de valoración o juicio de las normas inferiores, que en cuanto inferiores deben guardar conformidad con ella. Toda interpretación, sin excepción, debe hacerse usando a la Constitución como primer parámetro interpretativo. Esta regla no sólo es una exigencia del carácter sistemático del ordenamiento sino también de la jerarquía normativa y del carácter normativo de la Constitución.

El principio de interpretación conforme con la constitución cumple una función negativa y otra positiva. Mediante la primera descalifica o rechaza, por entenderlo incoherente con alguna norma, valor, principio, derecho fundamental, etcétera, consagrado en la Constitución, otra norma del ordenamiento. Mediante el segundo, justifica la atribución de significado más coherente con el sentido de la Constitución.

Si se repara bien en los conceptos dados, nos percatamos de que una interpretación inconstitucional no es otra cosa que una incoherencia o inconformidad de la teoría con el objeto.

En síntesis, el argumento a coherencia, en su sentido positivo, es un instrumento para mantener la compatibilidad del ordenamiento, para profundizar en su sistematicidad y para buscar la armonía axiológica –valores, principios, fines– con la Constitución.

En otro orden de ideas, el *argumento en sedes materiae* consiste en atribuir sentido a una norma jurídica con fundamento, en primer lugar, de la ubicación que ocupa en el contexto normativo (sección, capítulo, título, ley, Constitución o reglamento), pero sobre todo, porque las normas independientemente de su ubicación (pueden incluso estar en textos normativos distintos) tratan o regulan la misma materia (pertenencia material).³⁰

El fundamento lo encontramos en que el Derecho regula hechos que juntos forman un fenómeno de la realidad social. Aunque

29 “Son sentencias interpretativas aquellas que rechazan una demanda de inconstitucionalidad o, lo que es lo mismo, declaran la constitucionalidad de un precepto impugnado en la medida en que se interprete en el sentido que el Tribunal Constitucional considera como adecuado a la Constitución, o no se interprete en el sentido (o sentidos) que considera inadecuados”. EZQUIAGA GANUZAS Francisco Javier; *La argumentación en la justicia constitucional española*, op. cit. p. 111. En síntesis se trata de una sentencia en la que el Tribunal Constitucional resuelve cuestiones meramente interpretativas entre normas infraconstitucionales y la Constitución. Con ella no se modifica el texto de ninguna norma, solo su sentido. El juicio de constitucionalidad no recae sobre el texto de la norma sino sobre su interpretación.

30 Algunos autores ofrecen un concepto reducido, formalista y voluntarista de este argumento, es el caso de Ezquiaga Ganuzas, que dice: “...es aquel por el que la atribución de significado a un enunciado dudoso se realiza a partir del lugar que ocupa en el contexto normativo del que forma parte. La localización topográfica informa sobre su contenido”. ESQUIAGA GANUZAS Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional española*, op. cit. p. 117. Como se puede comprender, para este autor el argumento en sedes materiae está condicionado a dos aspectos: que el enunciado sea dudoso y que el significado le viene dado por el lugar que ocupa en el texto normativo al que pertenece. Con ambos estamos en desacuerdo. En primer lugar se interpreta siempre, no sólo cuando hay duda. Los únicos aspectos del Derecho que no se interpretan son las fechas y los nombres propios, todo lo demás requiere interpretación. Segundo la ubicación topográfica (como la llama él) no puede condicionar la materia, si bien es común que los enunciados de una misma ubicación traten de la misma materia, esto no siempre es así, de manera que si es un argumento formal estará preso de la estructura formal del texto y si es material, lo que importará es que regulan un mismo hecho indistintamente del lugar donde esté, aunque la proximidad y pertenencia sea una guía válida.

se trata de una realidad compleja aparece dividida en diversos subsistemas normativos generalmente en forma descendente o ascendente. El fundamento está en la realidad a la que responde, regula e influye el Derecho. Sin embargo, no falta quién considere que el fundamento es el dogma de un legislador racional, que según ese dogma, ordena racionalmente los contenidos y donde la estructura de la ley, traduce la voluntad del legislador.³¹ Esta teoría sobre el fundamento del argumento en sedes materiae es subjetiva frente a la que proponemos aquí que es objetiva. En efecto, la primera no atribuye al legislador ninguna cualidad especial (omnisciente), más de la que tiene la generalidad de los individuos en una sociedad dada. Los legisladores, en este sentido, suelen ser una representación de la sociedad. La primera tesis sólo considera que la clave para la existencia de una interpretación fundada en la sede material del enunciado, reposa en una exigencia de la realidad, que el legislador observa, comprende y regula, pero que no obedece sólo a sus buenos deseos, sino a condiciones objetivas de la realidad. Esta visión de las cosas nos permite integrar en la interpretación normas de otro texto normativo si se trata de la misma materia, aunque responda a una incorrecta ubicación formal. La sede así entendida no es formal (ubicación en un texto) sino material (pertenencia a un mismo fenómeno o hecho, por tanto, a un sector normativo material). El segundo fundamento, centra su atención en el elemento formal de su ubicación en el texto

y echa mano de dogmas que están muy lejos de la realidad.

El problema principal de este argumento estriba en la dificultad para determinar la sede material, es decir el contexto material aplicable.

Son directivas de este argumento las siguientes: (1) A una norma se le debe de atribuir el significado sugerido por el lugar que ocupa en el texto legal; (2) Siempre que tal significado no sea incompatible con el sugerido por el sector material al que pertenece o por una norma superior expresa.

El argumento a coherencia cumple igualmente una función negativa, como positiva. Es negativa cuando se rechaza una interpretación por no coincidir con la que sugiere su ubicación en el texto o con la que se extrae del sector normativo material al que pertenece. Es positiva, cuando se justifica el significado que se le atribuye o asigna según su contexto o sector normativo.

La interpretación a rúbrica, tiene como propósito no desestimar la utilidad interpretativa de los títulos de los artículos, secciones, capítulos, títulos y partes del cuerpo normativo de que se trate. Es requisito que tal rúbrica haya sido votada por el autor competente de la norma. Es un subprincipio del de sedes materiae. El fundamento lo encontramos en que el título suele responder al contenido del texto o enunciado. Nuevamente es a nuestro parecer irrelevante si responde a la voluntad del legislador o no, o si es racional o no lo es.³² Si

31 Sobre el particular véase por todos EZQUIAGA GANUZAS Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional española*, op. cit. P. 117-118.

32 En tesis de principio la voluntad del legislador no es otra que el texto mismo, de manera que si ha sido aprobado el texto con títulos es porque éstos constituyen también su voluntad. Es irrelevante si esta voluntad es una voluntad consciente o simplemente se aprobó sin percatarse de lo que aprobaba. Ahora bien, si el texto es la voluntad del legislador, para que buscarla más atrás. Lo que procede es interpretarla, es decir el contenido de esa voluntad en adelante no será subjetivo si no objetivo.

el contenido del enunciado no es descrito en su totalidad o en ninguna medida por el título debe prevalecer el sentido del enunciado. El título solo juega en la interpretación un carácter subsidiario, es el título el que tiene la obligación de ajustarse a la norma, no la norma al título. La norma es una proposición directamente dirigida a regular la conducta humana, el título no tiene éstos atributos. En virtud de lo anterior debe prevalecer la norma sobre el título en caso de conflicto.

Finalmente, nos encontramos con el principio, regla o canon de *interpretación sistemática en sentido estricto*. Este principio es aquel que para la atribución de significado a una norma o disposición se tiene en cuenta el contenido de otras normas o su contexto jurídico³³. Se trata de un argumento eminentemente material. Busca desentrañar las conexiones materiales de sentido (valores, principios, hechos, derechos, garantías, etcétera) que unen el entramado normativo. Estas conexiones materiales y objetivas de sentido se encuentran, tanto, vertical como horizontalmente. En efecto, las conexiones materiales o relaciones objetivas entre normas se encuentran porque todo el Derecho forma una unidad, un orden, un sistema, que tiene el contenido de la Constitución como base y como cúspide, de tal manera que su contenido informa todo el ordenamiento jurídico dotándolo de unidad, tanto desde la base (la Constitución es el fundamento de todo el orden jurídico) como desde la cúspide (la constitución impone y vincula con su contenido todo el orden jurídico). Asimismo, el argumento desentraña las relaciones objetivas (principios) que informan las normas de igual rango y fuerza (unidad horizontal del ordenamiento jurídico).

Los problemas principales de este argumento consisten en la indeterminación del contexto material y en la ausencia de parámetros para determinarlo. Sobre el primero, debemos empezar haciendo una distinción entre contexto lingüístico (que estaría incluido dentro de la interpretación literal, pero que algunos con fundamento, lo incluyen en la sistemática) y el contexto no lingüístico (material) que sí pertenece a la interpretación sistemática. Por otro lado, es difícil determinar con precisión el contexto, para ello, llegan en ayuda algunos criterios como el de identidad material o conexión material (valores, principios, fines, derechos, hechos, institutos jurídicos), razones históricas, igual procedencia subjetiva (el mismo autor), formales como la proximidad o la ubicación. Si bien, la selección no es del todo arbitraria y es una tarea también susceptible de control racional, no ha podido arrojar luces claras que le permitan al jurista determinar con seguridad el contexto a considerar a efectos de la interpretación sistemática de un enunciado. En general, los juristas se debaten entre criterios estáticos (donde encontramos los de índole formal) y los criterios dinámicos (donde encontramos los de índole material).

El principio de interpretación sistemática en sentido amplio o argumento sistemático incluye todos los otros criterios antes descritos. Es además, un principio esencial en toda interpretación jurídica. Es inconcebible la interpretación de una norma sin considerar el sentido que esta tiene en su contexto (lingüístico y no lingüístico). Lamentablemente a la jurisprudencia suele bastarle que exista una norma aplicable, sin arriesgar en interpretaciones sistemáticas. La razón de este fenómeno me parece sencilla: la

33 EZQUIAGA GANUZAS Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional española*, op. cit. p. 127.

interpretación sistemática es quizá el principio interpretativo más difícil. Requiere un basto conocimiento del orden jurídico y una habilidad en el descubrimiento del contenido objetivo y material del sistema; requiere la presencia de juristas, no de simples abogados, pero sobre todo de profesionales del Derecho dispuestos a investigar, a pensar y a teorizar. La ciencia jurídica va de la mano de la interpretación sistemática.

La interpretación sistemática cumple una función interpretativa y una función integradora. Desde la primera función sirve para afirmar e identificar los principios jurídicos y para fijarles el límite de su ámbito o espacio de influencia; así como para atribuir el significado con sus alcances más amplios o más restrictivos (según el caso) a los enunciados jurídicos. Desde el segundo, el criterio sirve para colmar las lagunas del ordenamiento jurídico. A falta de norma expresa que regule un hecho o un conflicto de intereses que se discute en sede judicial, el juez acude al sentido material del orden jurídico en busca de los elementos que le permitan resolver el caso apegado a Derecho y a la justicia. La interpretación sistemática es una de las herramientas metodológicas más importantes e ineludibles en toda labor interpretativa y prevalece sobre la interpretación literal cuando surjan conflictos o contradicciones entre uno y otro resultado.

3. La continuidad del Derecho y la interpretación histórica.

El Derecho es un fenómeno histórico, responde a coordenadas de tiempo y lugar. El Derecho surge en una sociedad en un período de su historia y responde a ella. No solo regula los fenómenos de la realidad que a esa sociedad le inquietan, si no que además, lo hace según los

valores propios de esa sociedad. El Derecho es un producto cultural de un pueblo según unas coordenadas de espacio y tiempo.

Ahora bien, que debemos entender por “*antecedente histórico...*” según la feliz frase del artículo 10 del CC. Al respecto hay dos concepciones que procuran explicar lo que debemos entender por antecedente histórico. La primera es la tesis que sostiene que es antecedente todo aquel cuerpo normativo que ha dejado de tener vigencia jurídica, pero que guarda una conexión material con el vigente, de tal manera que éste puede ser interpretado con fundamento en el anterior en virtud del principio de continuidad material del ordenamiento jurídico. La segunda tesis, sostendría, que es antecedente histórico toda norma aún vigente por el solo hecho de que ha sido aprobada y promulgada en otra época. Para esta segunda tesis, la interpretación histórica es tanto recurrir al pasado para comprender el presente, como interpretar la norma vigente a la luz de la realidad del tiempo de su aplicación para ajustar el Derecho a su historia. Esta última posición se confunde, con el principio de interpretación de la norma a la luz de la realidad del tiempo de su aplicación o interpretación histórica-evolutiva, también llamado principio de interpretación material evolutivo. En realidad esta segunda tesis, nos parece que confunde la interpretación histórica con la interpretación material y evolutiva o de adecuación a la realidad. Toda interpretación que toma en cuenta los valores, hechos y sujetos del tiempo en que se aplica la norma, realiza una interpretación material y evolutiva, se sirve de elementos actuales no de elementos pasados.

En virtud de lo anterior, para los efectos de este trabajo, consideramos interpretación histórica la primera tesis. Siguiendo a PEREZ ALGAR

diremos que un antecedente histórico debe reunir dos condiciones: precedencia temporal y conexión material.

“...dos son los criterios fundamentales que sirven para caracterizar el antecedente histórico. La primera idea que aparece es la de la precedencia temporal. Difícilmente un dato puede ser histórico con respecto a otro si entre ambos no existe una relación cronológica que permita contemplar al primero como anterior al segundo. Esta dimensión temporal opera en nuestro caso, como es lógico, entre normas.”³⁴

El segundo criterio que determina que estamos frente a un antecedente histórico en sentido jurídico y por tanto, acorde con lo dispuesto por el artículo 10 del CC, es la conexión material entre la norma derogada y la vigente.

“...al lado de la idea de la precedencia se va a colocar un segundo criterio fundamental en la caracterización del antecedente histórico, cual es el de la conexión. Como veremos no toda norma que precede temporalmente a otra es un antecedente histórico, de ese hecho surge la necesidad de un segundo criterio que permita perfilar en concreto las relaciones que pueda establecerse entre normas presentes y pasadas. Este segundo criterio –la conexión– es de donde se derivarán los aspectos más importantes en la descripción del funcionamiento concreto del elemento interpretativo analizado.”³⁵

Respecto del primer requisito para considerar si una norma constituye o no un antecedente histórico (precedencia temporal) conviene indicar que es distinto el criterio de lo histórico en el Derecho de aquel que sostiene la Historia como ciencia. Sólo constituye antecedente histórico, jurídicamente hablando, una norma que ha sido derogada siguiendo los procedimientos ordinarios que el ordenamiento establece para ello.³⁶

“Más inmediatamente es de advertir que aparece aquí una diferencia sustantiva entre la historia en general y el antecedente histórico como elemento de interpretación. Para la primera, el dato temporal es suficiente para determinar la presencia: el ayer ya forma parte del pasado. El momento que no es cronológico actual basta para definir su objeto. Diferente es la cuestión en el mundo del Derecho. Su concepto de tiempo no se reduce a fechas: normas promulgadas hace decenas o centenares de años, pueden tener un significado presente un interés inmediato. El momento de la génesis, podríamos decir, no determina por sí mismo la adscripción a lo pretérito. Y así, el juicio acerca de qué es lo histórico varía. Mientras que la Historia considera como tal aquello que desde el punto de vista del tiempo físico ya ha pasado, a efectos de interpretación jurídica esa cualidad no se puede definir automáticamente por la simple apelación al calendario”.³⁷

34 PEREZ ALGAR Félix. *La interpretación histórica de las normas jurídicas. Análisis del art. 3.1 del Código Civil*, Barcelona, BOSCH EDITORES, 1 edición, 1995, p. 135.

35 PEREZ ALGAR Félix; *La interpretación histórica de las normas jurídicas. Análisis del art. 3.1 del Código Civil*, op. cit. p. 136.

36 “Desde este punto de vista, son los propios instrumentos de producción y extinción normativos los que nos dicen cuándo una norma nace y cuándo deja de actuar. De lo que consecuentemente se deduce el hecho de que la cualidad de histórico se adquiere, en el caso de los documentos legales, desde los parámetros que suministran las reglas determinantes de su validez. El no ser de la norma se define mediante la apelación a este factor: en una palabra, a través de los criterios por los que sabemos que una norma es válida sabemos también cuáles son históricos y cuáles no.” PEREZ ALGAR Félix; op. cit. p. 138

37 PEREZ ALGAR Félix, *La interpretación histórica de las normas jurídicas. Análisis del art. 3.1 del Código Civil*, op. cit. p. 137

Existen ciertos caminos atípicos mediante los cuales una norma jurídica pierde su vigencia, legitimidad y validez. Uno de ellos, es la declaratoria de inconstitucionalidad que emite la Sala Constitucional por encontrar una oposición insalvable entre la norma infraconstitucional vigente con el texto y sentido de la Constitución. En este supuesto, sin embargo, la norma anulada desaparece del orden jurídico por ser contraria al orden constitucional vigente, por tanto, no puede ser tenida como antecedente histórico, por cuanto, cualquier interpretación que procure revivir el sentido de aquella norma, para con él atribuir sentido a normas vigentes, sería igualmente inconstitucional.

Un problema distinto, pero que tampoco tiene relevancia a efectos de la interpretación histórica, es aquel mediante el cual una norma derogada vuelve a tener vigencia y a desplegar sus efectos jurídicos. Este es el supuesto, cuando la Sala Constitucional anula una norma actual y vigente y a la hora de modular los efectos de su sentencia, para colmar la laguna que se puede presentar en el orden jurídico deja en vigencia (resucita) la norma derogada. Aquí tampoco estamos ante un antecedente histórico, toda vez que la norma derogada ya no es un precedente, es una norma actual y vigente.

La determinación de cuando una norma se constituye en precedente histórico encuentra dos problemas. El primero, derivado de la tendencia general del legislador de utilizar derogaciones generales y no específicas. Este proceder trae como consecuencia una incertidumbre sobre que normas están derogadas y cuales no, problema que tiene

que ser resuelto mediante interpretación. El segundo, derivado de la pérdida de eficacia de las normas por desuso, porque la norma no responde a la realidad actual sino a situaciones pretéritas que ya han sido superadas. En el primer supuesto si estamos ante un precedente temporal, el único problema es su determinación. Mientras que en el segundo supuesto, la norma se encuentra todavía formalmente vigente, su aplicación no comportaría la utilización de un precedente sino de una norma válida y vigente. En síntesis, sólo la derogación (expresa o tácita) convierte a una norma en antecedente histórico.

“Desde esta perspectiva, parece surgir de inmediato la idea de derogación como el instrumento típico por el cual se determina lo que podríamos llamar pérdida de validez de la norma. Y, realmente, no parece haber mucha dificultad en admitir esta idea. El concepto mismo de derogación –privar de eficacia a una norma válida por medio de otra posterior- supone, como rasgo esencial, el trasladar fuera de la órbita de un sistema jurídico algo que ya no se desea que esté en él. (Las leyes sólo se derogan por otras posteriores- ver Constitución y Código Civil-). Queda concedido, por tanto, el monopolio de la función de eliminar las leyes de forma exclusiva y excluyente aun instrumento dotado del mismo rango de aquel cuya eliminación se va a producir. De lo que claramente se deduce que la extinción de la validez, la inexistencia de la norma como algo incardinado en el ordenamiento jurídico, es un problema de derogación. Por esto mismo, la cualidad de estar derogada sería la nota que nos define el hecho de que la norma ya no lo es, la que nos indica que, en último extremo, es ya un objeto de la Historia.”³⁸

38 PEREZ ALGAR Félix; *La interpretación histórica de las normas jurídicas. Análisis del art. 3.1 del Código Civil*, op. cit., p. 144-145.

El segundo requisito que debe reunir una norma para ser considerada un antecedente histórico en el sentido estipulado por el artículo 10 CC, consiste en que entre la norma derogada y la vigente exista una conexión material. Esa conexión material es la que decimos que está informada por el principio de continuidad histórica del Derecho. En efecto, todo cambio o reforma jurídica implica una especificidad del nuevo texto, ya se trate de nuevos hechos, a una concepción axiológica distinta con la que se lee la realidad o se buscan metas diversas a las que el legislador histórico pretendió con la legislación reformada y derogada.

“...lo sustantivo es que el elemento histórico pueda ayudarnos a entender una norma actual. Este hecho es el que justifica su capacidad interpretativa y su inclusión en el artículo 3.1 del Código. Determinar cuál es el antecedente histórico concreto de una norma concreta es algo relevante en la medida en que el primero puede contribuir a la comprensión de la realidad del segundo. Y así, la perspectiva desde la que abordar la cuestión planteada —cómo se seleccionan de entre varias normas cronológicamente anteriores las específicamente útiles para la tarea interpretativa— arranca de una idea que no por obvia, e incluso tautológica, ha de ser olvidada: la que nos define quién es un antecedente histórico en un supuesto concreto es, aparte del dato de la temporalidad, la capacidad de aclarar el sentido de la norma actual. En caso contrario lo que hay son preceptos que están antes de lo que está ahora en vigor, pero no pueden constituirse estrictamente en sus elementos interpretativos puesto que no contribuyen a explicarlo. Siempre, en consecuencia, ha de ser posible afirmar algo sobre el presente desde la perspectiva de lo

pasado, aunque el simple hecho de que por ejemplo, lo moderno prescindió de los criterios hasta entonces aceptados.”³⁹

Es precisamente, el principio de continuidad del ordenamiento jurídico el fundamento de la interpretación histórica. En efecto, el argumento encuentra su justificación en que al igual que no es posible ninguna existencia humana completamente individual y con una identidad totalmente distinta a la del medio social al que pertenece, así tampoco es posible un cambio histórico radical sin relación alguna con el pasado. Por el contrario, cada período de la historia de un pueblo es continuación y desarrollo de las edades pasadas, al que se le suman elementos nuevos.

El objetivo de este argumento interpretativo es aprovechar los elementos pasados (derogados) que constituyen la línea de continuación o el hilo conductor con las normas presentes para su mejor comprensión y aplicación. El principio de continuidad del ordenamiento jurídico y la interpretación histórica facultan por ejemplo a utilizar una rica jurisprudencia desarrollada al amparo de normas derogadas para comprender la norma presente, en virtud de existir entre ambas una conexión de sentido.

Sin embargo, no debemos olvidar que este criterio interpretativo introduce vía interpretación Derecho derogado, es decir, normas que los órganos representativos de la sociedad han considerado que debían desaparecer del orden jurídico. En virtud de ello, su utilización debe ser excepcional, complementaria y subsidiaria. En efecto, la interpretación histórica debe ser utilizada cuando de la norma vigente no es posible, mediante los otros cánones metodológicos,

39 PEREZ ALGAR Félix; *La interpretación histórica de las normas jurídicas. Análisis del art. 3.1 del Código Civil*, op. cit. p. 163-164.

afirmar el sentido del enunciado que se interpreta. Por tanto, no estamos en presencia de un criterio principal del método jurídico.

4. El Derecho como creación humana y la interpretación subjetiva o voluntad del legislador

La interpretación subjetiva busca conocer la voluntad del creador de la norma, como medio de intelección de las normas. La interpretación subjetiva trata de descubrir el sentido de las normas apelando a lo “querido” por el autor del precepto, lo que se propusieron las personas que promulgaron la norma. El intérprete trata de saber lo que alguien (persona o asamblea) ha pensado –real o presuntamente- en un punto preciso del tiempo y del espacio, es decir en unas coordenadas espaciales y temporales dadas. Este principio interpretativo obedece a la sencilla razón de que el Derecho es una creación humana y de que su creador (persona o asamblea) deja su impronta en él.

“La interpretación subjetiva trata de descubrir –y es ése, para ella el sentido de las leyes- lo que ha “querido” decir el autor del precepto o sea, lo que con ese texto se propusieron una o varias personas. El intérprete trata de saber lo que alguien ha pensado –real o presuntivamente- en un punto preciso del tiempo y del espacio. Se trata, pues, de un pensamiento (el del autor) que no se haya ubicado sobre un plano ideal, sino que es de naturaleza propiamente síquica: se busca reconstruir contenidos intelectuales que han podido presentarse en la mente de uno o varios autores. El autor –una persona individual o colectiva- aparece reconocido como la Autoridad llamada a determinar el sentido

jurídicamente válido para el texto en cuestión. Tales ideas constituyen precisamente la llamada “voluntad del legislador”. Por lo tanto, aquí el término “voluntad” implica también la referencia a contenidos propiamente intelectivos (ideas); no se trata pues de una voluntad ciega, sino que está dirigida a poner en vigencia determinadas nociones de sentido normativo. Empero vale la pena repetirlo, se trata de una voluntad de carácter empírico. Por eso, la determinación de la misma puede efectuarse mediante procedimientos de orientación histórica.”⁴⁰

Nótese que en la voluntad del legislador encontramos sus intenciones (psique) y sus ideas (razón), su concepción del hecho (valoraciones). Para ello el intérprete puede seguir dos procedimientos:

“La interpretación busca desentrañar el sentido de la descripción efectuada por el autor de la norma, ello supone dos cosas: a) que el intérprete retrocede mentalmente al momento de creación de la norma, y a la voluntad creadora en igual momento, b) que el intérprete confronta el sentido que a la norma le asigna la comunidad actual con el sentido que le atribuyó el autor.”⁴¹

En la interpretación subjetiva como toda interpretación tiene la pretensión de ser declarativa no constitutiva. Se declara la voluntad del legislador. Sin embargo, el problema viene cuando procuramos determinar que queda comprendido en la expresión: voluntad del legislador.

En efecto, en ese sentido encontramos posturas muy divergentes. Por una lado

40 HABA Enrique Pedro; *La voluntad del legislador ¿Ficción o realidad?*, Revista de Ciencias Jurídicas, número 32, pp. 75-76.

41 BIDART CAMPOS German; *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Depalma, 1989, p. 121

HABA sostiene que “...cuando se habla de la “voluntad” del legislador, este término, comprende generalmente tres cosas: la letra que dicha voluntad ha querido establecer como texto legal; el contenido preceptivo, las reglas mismas, que aquella ha querido prever; pero también los fines perseguidos por tal reglamentación.”⁴² Por otra parte, LARENZ considera que la voluntad del legislador sólo incluye lo que él llama la intención reguladora, porque el legislador actual no está, por la complejidad de su trabajo, en posición de formarse una idea completa de lo que aprueba.⁴³ Ambos coinciden en que quedan comprendidos en la voluntad del legislador los fines de la regulación. Para HABA también estaría incluido el texto en sí mismo considerado y el contenido preceptivo de éste. Para LARENZ las repercusiones sociales y políticas que con la normativa se quiere.

En general podemos decir, que la voluntad del legislador es el texto normativo mismo, con sus fines (intención), valoraciones (mediante las cuales refleja los efectos que quiso dar en la vida social: reforma o conservar ciertas tradiciones, costumbres o valores), derechos, etcétera. Pero que el legislador (entendido como Asamblea), no está consciente de todo el contenido que aprueba, sólo de parte de él.

En definitiva, si la voluntad del legislador es el texto con sus fines y consecuencias sociales, escasa importancia tiene ir a buscar

los antecedentes legislativos, su voluntad está objetivada. En adelante, lo verdaderamente valioso es trabajar y operar con esa voluntad objetiva. Por ejemplo, ¿cuál es la diferencia entre los fines del legislador y los fines de la legislación?. Nos parece que ninguna, toda vez que los fines de la legislación no son otra cosa, que los fines del legislador objetivados. Si eso es así, prefiero la interpretación teleológica que es objetiva a la voluntad del legislador que es subjetiva y que, nos llevará a resultados más inciertos y difíciles de probar.

En efecto, llegar al conocimiento de la voluntad del legislador entraña una multitud de dificultades. En primer lugar, sólo debe tomarse en cuenta aquellos aspectos que fueron aprobados por todos o por la mayoría. No cuenta a los efectos de ésta las valoraciones y decisiones de algunos congresistas aisladamente considerados. De nada sirve la documentación de las ideas (proyectos, protocolos, exposiciones de motivos, actas de las sesiones parlamentarias, etc.) si éstas sólo reflejan la posición de un congresista o de un grupo minoritario de éste y no sirven a los propósitos de conocer las razones, intenciones y valoraciones de la mayoría que en definitiva aprobó el texto vigente. Indagar la voluntad del legislador trae aparejada una incerteza y una inseguridad jurídica, cuando no una imposibilidad material de llegar a un resultado satisfactorio. Por esa razón, preferimos la interpretación objetiva a la subjetiva. Ésta interpretación subjetiva (se le denomina así

42 HABA Enrique Pedro; *La Voluntad del Legislador. ¿Ficción o realidad?*; op cit, p. 83

43 “Ellos mismos, ante la extensión de la extensión de la legislación actual, en modo alguno están en situación de formarse una opinión propia acerca de los pormenores de la ley. Lo único sobre lo que se forman una opinión, y lo único que en verdad aprueban, es la intención reguladora y los fines de la ley, las repercusiones socio-políticas (en especial, en caso de leyes dispositivas), la “tendencia” total de la ley. Además de ello, toman quizá posición aun sobre ciertas cuestiones particulares antes controvertidas. En lo demás se contentan con dar su consentimiento a la ley en su totalidad, confiando al respecto que el texto esté de acuerdo con los fines por ellos aprobados y con los puntos de vista que, en su opinión, se han de tener en cuenta, y que serán interpretados en este sentido por los órganos llamados a aplicar la ley, por las autoridades administrativas y por los tribunales. Su aprobación vale, por tanto, sólo para el texto como tal, no para una determinada interpretación del texto.” LARENZ Karl; *Metodología de la ciencia del Derecho*, op. cit., p. 326.

porque busca indagar los aspectos subjetivos del autor de la norma) puede tener lugar en el Derecho, siempre que se entienda su papel subsidiario y complementario, subordinado a la interpretación objetiva (en caso de conflicto prevalece la interpretación objetiva).

El fundamento del criterio de interpretación denominado “voluntad del legislador” (también llamado interpretación subjetiva, originalismo, interpretación voluntarista o psicológica), lo encontramos según la mayoría de la doctrina en el principio de división de poderes por un lado (porque el juez no puede pretender crear Derecho, realizar labor legislativa) y en la vinculación del juez a la ley. Según sus defensores, la interpretación subjetiva encuentra la legitimación democrática, en el respeto estricto de la voluntad de los representantes del pueblo.

Sin embargo, tales argumentos no son suficientes. La sujeción del juez a la ley y al Derecho tiene fundamento en el principio democrático y tales principios son pilares fundamentales del Estado de Derecho. Sin embargo, la mayor garantía de estos principios no es acudir a la psique del legislador, sino a su obra objetiva (la ley misma) que es la verdadera voluntad objetivada. La labor creadora del juez, encuentra sustento en el principio constitucional de cooperación entre poderes. Es por esa razón que el artículo 10 del CC (esto es el legislador mismo) reconoce una jurisprudencia racional (sujetas a reglas

en su razonamiento y a resultados objetivos, apegados a Derecho), pero creadora y creativa. El Código Civil establece criterios para colmar las lagunas del ordenamiento, con lo que el juez tiene una tarea complementaria, de cooperación con el legislador, que el mismo legislador, desea, reconoce y faculta. Así, el juez resuelve las deficiencias del legislador (colmando lagunas), su ineficacia y negligencia (adaptando las normas a la realidad del tiempo en que se aplique), su falta de claridad a la hora de aprobarlo (recurriendo al espíritu de ellas), actualizando sus intenciones (interpretando la norma a la luz de sus fines, corrigiendo el sentido de la norma vigente a la luz de dichos fines). Por tanto, el único fundamento de la interpretación subjetiva o voluntad del legislador es que el Derecho es una creación humana y como tal, importa, en algunos casos, conocer sus ideas o visión de la realidad, pero teniendo presente, que su verdadera voluntad, como órgano colegiado, no es otra que la ley aprobada, por tanto, la interpretación objetiva debe ser la regla, la interpretación subjetiva la excepción.

Ninguna utilidad tiene los argumentos de sus partidarios en el sentido de que debe respetarse la voluntad del legislador autor de la norma, Ahora bien, si la norma sigue vigente, es por decirlo así, expresión de la voluntad del legislador actual, que pudiendo reformarla o derogarla no lo ha hecho. La voluntad del legislador se sustenta de una serie de falacias y presunciones distantes de la realidad.⁴⁴ En

44 HABA afirma que la voluntad del legislador como criterio interpretativo presupone que el legislador es “un único individuo” que tiene un acuerdo unívoco sobre el orden jurídico; considera que el legislador es “...imperecedero, que mantiene con su voluntad la validez de las normas, incluso las dictadas mucho tiempo atrás...”, “siempre consciente de las normas que sanciona...omnisciente, atribuyéndole el conocimiento de todas las circunstancias fácticas, a veces infinitas, comprendidas dentro de las normas que dicta...siempre operativo, no dictando normas que carezcan de aplicación alguna... justo, imputando a sus propósitos las soluciones interpretativas axiológicamente más adecuadas... coherente, puesto que su voluntad no puede contradecirse consigo misma...omnicomprensivo, pues no deja ninguna situación jurídica sin regular...siempre preciso, en el sentido de que su voluntad posee siempre una dirección unívoca, con independencia de las imperfecciones del lenguaje...” HABA *Enrique Pedro*, *Voluntad del Legislador ¿Ficción o realidad?*; *op cit*, p. 80

virtud de lo anterior, esta regla interpretativa debe ser de aplicación excepcional y a sus resultados se les debe atribuir un valor complementario, subsidiario, absolutamente subordinado a cualquier resultado obtenido mediante reglas o cánones de interpretación objetiva.

5. El Derecho como respuesta y expresión de la realidad social; el principio de adecuación del efecto al hecho y la jurisprudencia de intereses.

La jurisprudencia de intereses es un método mediante el cual se procura que el intérprete obtenga la respuesta jurídica al problema o hipótesis de hecho planteada recurriendo al análisis de los intereses en la realidad o hecho traído a examen y en la norma. En efecto, la jurisprudencia de intereses parte de que las normas jurídicas responden a los intereses que se mueven en la realidad (teoría genética de los intereses). En la sociedad hay un conflicto permanente de intereses donde algunos buscan como desplazar a otros de su sitio de privilegio en el orden jurídico. El legislador, cuando promulga las normas, regula ese conflicto de intereses, tomando partido (valoraciones, políticas) en favor de unos intereses sobre otros, por lo que en el orden jurídico los intereses devienen jerarquizados algunas veces y, en otras, armonizados entre sí. La clave de toda interpretación es descubrir y analizar esos intereses, tanto en el hecho o realidad, como en el Derecho.

El Derecho es una respuesta a la realidad. El efecto jurídico debe su existencia al hecho tipificado en la norma y a la satisfacción de esa realidad se dirige. Por eso, se puede establecer un principio interpretativo derivado por un lado, de la jurisprudencia de intereses y de otro de la necesidad de una interpretación del Derecho conforme al tiempo de aplicación de la norma, ese principio es el de adecuación del efecto jurídico al hecho (realidad). Mediante este principio, el Derecho se actualiza permanentemente. En todo momento la solución propuesta por la norma debe ser la adecuada a la realidad y al conflicto de intereses que se mueve en ella. Este principio metodológico reconoce la mutación cultural que ocurre en el tiempo y con ella, de los valores e intereses en la sociedad. Así por ejemplo, hace un siglo se consideraba la tierra como el bien de mayor valor, hoy, la edificación que pesa sobre ella, por su función social y por su valor monetario es considerada de mayor valor (económico y social), ese hecho cambia las soluciones jurídicas en caso de conflictos (v. gr. la accesión invertida). La jurisprudencia debe responder a esos cambios.

Mediante la jurisprudencia de intereses y el principio de interpretación de adecuación del efecto al hecho (también llamado criterio de interpretación material y evolutivo), el Derecho se adapta a los cambios de los tiempos y recoge la legitimidad que depara la sociedad del tiempo de aplicación del Derecho.⁴⁵

45 "La característica general de esta dirección (método histórico evolutivo y no ya solo petrificado) sería de concebir la interpretación como un trabajo de adaptación de los preceptos positivos a las variaciones históricas de la vida. El método histórico evolutivo es, por tanto, un método elástico y dinámico que pretende adaptar la legislación y los conceptos jurídicos a las necesidades actuales de la vida, basándose en que una ley una vez dictada se objetiva. Por ello la labor del intérprete no consiste en indagar la voluntad del legislador en el momento de elaborar la ley, sino en analizar históricamente la evolución jurídica y armonizarla con la evolución social." *EZQUIAGA GANUZAS Francisco Javier; op. cit., p. 334*

La jurisprudencia de intereses es un método que cumple también una función integradora. Es aquí donde se observa el apego por un lado y la superación por el otro del positivismo jurídico por parte de la jurisprudencia de intereses. Podríamos decir que la jurisprudencia de intereses supera el positivismo jurídico, pero que como regla respeta el Derecho positivo, sólo que condicionado a que se entienda que este Derecho Positivo esta lleno de contenido y sentido material.

“De especial importancia son las consecuencias de la teoría respecto al problema de las lagunas: al enfrentarse a una laguna el juez debe, en primer termino, considerar el conflicto de intereses subyacente. Luego, debe examinar si se presenta en forma análoga tal conflicto en otras situaciones expresamente reguladas y en tal caso debe transferir la valoración contenida en la ley al caso concreto. La distinción radica, pues, en que la jurisprudencia de Conceptos se otorgaba al juez una función cognoscitiva, limitada a la formulación positiva de las normas, mientras que en la Jurisprudencia de Intereses se admite que el juez complete según criterios teleológicos las lagunas del Derecho; se considera que el juez puede crear Derecho, vinculado, sin embargo, a las valoraciones de intereses ya realizadas por el legislador. Ahora bien, en el caso de que no puedan ser identificados, pueden ser formulados por el juez con una valoración autónoma, como hipótesis excepcional”.⁴⁶

En la jurisprudencia de intereses la interpretación tiene una finalidad práctica: la satisfacción de necesidades humanas. Y el método como un todo, tiene también una finalidad práctica:

ayudar al juez a tomar las decisiones en los casos sometidos a su conocimiento. Es un proceso orientado a observar y evaluar las relaciones jurídicas sustanciales.

Sobre la influencia de la jurisprudencia de intereses en la práctica jurídica alemana, LARENZ afirma lo siguiente:

“A la jurisprudencia de intereses estuvo reservado un éxito desacostumbrado en la praxis jurídica alemana. Con el tiempo revolucionó en efecto la aplicación del Derecho, al haber sustituido cada vez más el método de una subsunción bajo rígidos conceptos legales –fundamentada sólo lógica-formalmente–, por el enjuiciamiento ponderativo de un hecho complejo y de una evaluación de los intereses que al respecto entren en juego según pautas de valoración propias del orden jurídico”.⁴⁷

Esta opinión de LARENZ seguro que puede trasladarse a la jurisprudencia de nuestros países. El juez comprendió en primer lugar, que la norma tenía una función social, que el centro del Derecho no es el legislador y su voluntad, sino la sociedad misma, sus conflictos y necesidades a las que el Derecho debe responder; en segundo lugar, que se podía razonar, más que sobre la base de rígidos conceptos jurídicos (que también tienen su utilidad innegable), sobre la base de pautas propias del orden jurídico, un contenido inherente a él, con el que el juez juzga los hechos y a los cuales el intérprete en general y el juez en particular está vinculado y del que sólo excepcionalmente (cuando del orden jurídico como un todo no se puede extraer respuesta) el juez puede autónomamente

46 PEREZ VARGAS Víctor; *La Jurisprudencia de Intereses*, op cit, 199,. p. 51.

47 LARENZ Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, op. cit. p. 80.

crear la respuesta (Derecho). Este principio interpretativo es esencial y principal en el método jurídico.

6. El Derecho como expresión de principios y valores; la jurisprudencia de valores y la interpretación a partir de principios.

Los principios⁴⁸ según los diccionarios de nuestra lengua, son la esencia de una cosa, aquello que por permanente e invariable define su naturaleza, elemento fundamental de la composición de un cuerpo, el primer instante del ser de una cosa, causa primitiva o idea fundamental de ella. Desde esa perspectiva, los principios jurídicos son esencias contenidas en las normas jurídicas (escritas o no escritas, como la costumbre y la jurisprudencia). Son las ideas fundamentales o básicas del Derecho, que lo definen y explican ontológicamente. Los principios son la causa del Derecho Positivo. Están en el origen del sistema normativo. Son las relaciones objetivas, el “hilo conductor” del ordenamiento jurídico. Son los que sistematizan el ordenamiento. Los principios jurídicos (con los valores fines y hechos) determinan la

unidad de sentido, la conexión sistemática y material del orden jurídico. Son las “columnas” que sostienen el edificio jurídico, el *espíritu* (art. 10 CC) del ordenamiento. Con esta definición concuerda la doctrina.⁴⁹

Los principios permiten adaptar el Derecho positivo a la realidad. En efecto, por no encontrarse sujetos a formas (ej. lingüísticas) por no responder a hechos concretos, por responder a las instituciones y convicciones de una sociedad, los principios a diferencia de las normas trascienden el tiempo y los fenómenos sociales. Por el contrario, las normas, más concretas que los principios, regulan hechos que pronto son superados por nuevas realidades, generalmente más complejas, para los que las normas jurídicas aprobadas en otro tiempo, respondiendo a necesidades de otra época, resultan inadecuadas. Los principios por tener mayor permanencia que las normas sirven para superar el casuismo y temporalidad de éstas. Los principios otorgan mayor estabilidad y seguridad al orden jurídico como lo descubrieron los romanos al elaborar el Derecho Civil o el Consejo de Estado francés al crear el Derecho Administrativo.⁵⁰

48 Sobre este tema, puede verse NAVARRO FALLAS Román, *Los principios jurídicos: estructura, caracteres y aplicación en el Derecho costarricense*, Revista IVSTITIA No. 138, junio, 1998, p. 4-19.

49 En España BELADIEZ ROJO Margarita expresa: “...si por principio se entiende el elemento fundamental de una cosa, los principios jurídicos sólo pueden ser los fundamentos del Derecho”. “...son las ideas esenciales sobre las que se construye un ordenamiento...”. BELADIEZ ROJO Margarita. *Los principios Jurídicos*, Tecnos, primera edición, Madrid, 1994. P. 17. Siguiendo este mismo orden de ideas, en Argentina CASSAGNE: “...siendo los principios generales del derecho el origen o fundamento de las normas y en definitiva, la causa del derecho positivo, ellos participan de la idea básica de principalidad en sentido ontológico, de la que se desprende la primacía de los principios sobre las normas”. CASSAGNE Juan Carlos. *Los principios Generales del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1 edición, 1992., p. 29-30.

50 “la superioridad del Derecho Romano sobre otros sistemas jurídicos históricos anteriores o posteriores estuvo justamente, no ya en la mayor perfección de sus leyes...sino en que sus juristas fueron los primeros que se adentraron en una jurisprudencia según principios, la cual ha acreditado su fecundidad, e incluso, paradójicamente, su perennidad, u hasta su superior certeza, frente a cualquier código perfecto y cerrado de todos los que la historia nos presenta”. GARCIA DE ENTERRIA Eduardo. *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*, op cit, p. 34-35. En este mismo sentido, en Francia y sobre la obra del Consejo de Estado francés Jean RIVERO expresa: “ha tenido (el consejo de Estado Francés) que ir a buscarla fuera (la seguridad) de la ley para mantenerla pese a los cambios políticos y a sus repercusiones legislativas: afirmando enérgicamente la estabilidad de los principios pudo limitar y corregir los efectos de la inestabilidad de las leyes”. RIVERO Jean, *los Principios Generales del Derecho en el Derecho francés contemporáneo*. Revista de Administración Pública, No. 6, p. 293.

Los principios jurídicos se caracterizan por las siguientes cualidades:

1. Estructura: A diferencia de la norma que se compone de una estructura proposicional, donde se encuentra un supuesto de hecho y un efecto o consecuencia jurídica; los principios se caracterizan por contar con uno o varios valores, más un ámbito o espacio jurídico de protección o influencia, mediante el cual se satisface el valor o valores en él protegidos. En el espacio jurídico protegido o de influencia se encuentra un ámbito subjetivo (sujetos que resultan genéricamente obligados a respetarlo y otros que resultan jurídicamente protegidos en sus situaciones jurídicas positivas) y un ámbito material, es decir, un conjunto de actos, normas, institutos jurídicos, competencias, etc, que resultan a veces explicados pero en general permeados y legitimados por la influencia y existencia del principio.

Los principios se erigen como garantías en favor de las situaciones jurídicas positivas o de ventaja de los sujetos protegidos y como un límite a la acción de los sujetos obligados a su respeto. Los principios no determinan conductas precisas como si lo hacen las normas. Tampoco imponen una única solución aunque no son neutros en la resolución de conflictos jurídicos. Los principios como las normas son generales, pero una norma por amplia que sea se establece para un determinado número de hechos y actos, mientras que los principios comportan una serie indefinida de aplicaciones. Los principios no son una proposición jurídica, es decir no tienen supuesto de hecho y consecuencia jurídica, por eso no puede formularse aplicaciones concretas de antemano. Los principios se

encuentran contenidos en normas, pero no en una norma sino en un conjunto de ellas.

2. Los principios jurídicos tienen una eficacia general y directa al igual que las normas. Sin embargo, tienen un valor igual o mayor al de las normas. Sí las normas derivan de los principios resulta lógico suponer que éstas son inferiores en rango y fuerza que los principios de los cuales reciben su legitimidad y justificación de existencia. Además, los principios tienen una eficacia cuantitativa y cualitativa mayor que la de las normas. Cuantitativa, dado que resulta aplicable a mayores casos o supuestos que la norma. Cualitativa, por su mayor rango y fuerza.
3. Los principios difieren respecto de los valores y normas en lo tocante al grado de abstracción. Las normas, por su estructura tienen una mayor concreción que los valores y principios, facilitando el proceso de subsunción. Mientras que los valores son las figuras jurídicas más abstractas, por su naturaleza no predeterminan contenido alguno, el ámbito de influencia del valor es de difícil o imposible determinación. Los valores son la fuente primaria de donde derivan los principios y las normas. Los principios tienen un ámbito indeterminado pero determinable de influencia. Tanto los valores como los principios son normas de normas, es decir, fuentes de normas jurídicas. La eficacia de los principios es directa, la de los valores es indirecta, requieren de principios, normas y derechos que los desarrollen. Bien lo dice ARAGON:

“En ella los valores lucen como normas que precisan fines, cuyo enunciado jurídico

se agota en la simple declaración de tales fines, careciendo de estructura jurídica interna, es decir, no albergando en su seno elementos jurídicamente significantes. Los principios por el contrario están más precisados “tienen estructura jurídica interna la que consiste en albergar en germen, un cierto número determinable de reglas (por ello se dice que son fórmulas de Derecho fuertemente condensadas). Los valores posibilitan una amplísima gama de concreciones normativas dejan un amplísimo margen a la libertad de configuración normativa del legislador (primer desarrollador de la Constitución), lo que significa que su proyección normativa se rige por criterios subjetivos que la oportunidad política suministra. Los principios sin embargo, acotan el ámbito de disponibilidad en orden a las concreciones normativas, predicen o predeterminan las reglas en que pueden traducirse, de suerte que en su proyección normativa sólo juega la discrecionalidad jurídica (y no la política) a través de la cual se descubren, pero no se inventan las correspondientes reglas en que se traducen”.⁵¹

Cuando el juez acude a un principio para colmar las lagunas existentes en el ordenamiento jurídico, no suplanta al legislador, sino que declara y aplica la sustancia y esencia del Derecho, aplica el Derecho condensado en esos principios. La interpretación a partir de principios es objetiva.

La interpretación a partir de principios es una regla del método de interpretación e

integración jurídica, que se puede dividir en dos fases. La primera fase consiste en la identificación del principio jurídico. La segunda –una vez identificado– utilizarlo para atribuir sentido a la norma o instituto jurídico en cuestión. En la primera fase, el principio es el objetivo, el propósito de la interpretación. En la segunda, los principios son un presupuesto de la interpretación.

Por consiguiente, la primera fase de esta regla interpretativa procurará descubrir los principios en el ordenamiento jurídico. La clave para descubrirlos consiste en identificar dentro de la estructura de las normas jurídicas cuáles son los valores que éstas contienen o que las informan. En efecto, si varias normas jurídicas se encuentran impregnadas del mismo valor, éste ha cobrado un rango de principio, de conexión material, es pues, lo que atribuye unidad de sentido a esas normas. Los principios son relaciones objetivas o conexiones materiales entre normas; se caracterizan por la existencia en su estructura mínima, de un valor más un espacio jurídico de protección (todos son garantías de derechos o situaciones jurídicas de ventaja) que constituye un ámbito de aplicación o influencia normativa. Los valores siempre se localizan en el efecto jurídico de la norma y allí deben buscarse, para descubrir esa conexión objetiva.⁵²

Sin embargo, si los principios no se encuentran aún positivados, deben encontrarse en las instituciones sociales mediante la costumbre y declararse así jurídicamente mediante la jurisprudencia. Estos son los casos, de los principios en ausencia de normas jurídicas o

⁵¹ Citado por PAREJO ALFONSO Luciano, *Constitución y Valores del Ordenamiento*, op cit, p. 125.

⁵² Cosa distinta es el nombre que se le asigne. En efecto, visto desde el administrado, el principio de legalidad protege la libertad del administrado frente a los poderes públicos, visto desde la Administración consiste en una barrera que exige (sujeta) el apego al Derecho (sujeción). El nombre que recibe más describe más el proceso de sujeción que el efecto de libertad que logra.

conjuntos normativos completos aplicables a esa naturaleza de hechos o fenómenos sociales. Así surgió el Derecho Privado y Civil de la aguda observación de los Pretores romanos, el Derecho Administrativo del agudo sentido de los jueces del Consejo de Estado francés, el Derecho Constitucional por la Suprema Corte norteamericana, y así está perfeccionándose el Derecho Internacional. Una vez que existen normas escritas (aunque sean confusas, obsoletas, etc.) los principios deben descubrirse y “construirse” a partir del ordenamiento jurídico.

En este segundo supuesto (principios no positivados), el problema viene cuando el intérprete debe operar los principios. En efecto, en esa segunda tesis, los principios no serían detectables mediante la aplicación de un método jurídico, sino mediante el sentido común o un método propio de otra rama científica: la sociología, la estadística, la psicología. En primer lugar ya no sería Derecho, en segundo, el grado de discrecionalidad que se le otorga al juez para decir lo que le parece que son los valores y convicciones ético sociales es mucho mayor, con los consiguientes peligros que eso encierra.

En virtud de lo anterior, sostenemos que prioritariamente los principios deben identificarse o detectarse a partir de las normas jurídicas. Los principios se extraen de la regulación jurídica misma, aunque su existencia pueda ser anterior a las normas jurídicas. Con ésta regla elimina el riesgo que entraña la Escuela del Derecho Libre y en general el ejercicio discrecional del juez sin sujeción a parámetros objetivos de verificación y control. La actividad del juez es una actividad creadora pero vinculada.

En la segunda fase del criterio, los principios son el presupuesto de la interpretación, en el sentido de que una vez identificado el principio jurídico que informa la norma o normas a interpretar y cuál su ámbito de aplicación, el intérprete procederá a delimitar o, a atribuir el significado preciso a la norma o normas jurídicas objeto de interpretación o aplicación. Decimos que en esta fase el principio es un presupuesto por cuanto el principio ya se tiene identificado, su función en esta segunda fase es instrumental, consiste en servir de instrumento para atribuir significado a la norma, superar los estrechos límites de la literalidad y acercarse con mayor éxito a la justicia resolviendo con él el caso concreto.

La interpretación principialista o a partir de principios sustantivos es una interpretación antiformalista. En efecto, permite al intérprete saltar los estrechos horizontes que le fija el texto y adentrarse en la inmanencia de la norma. La interpretación a partir de principios permite superar la literalidad y el sentido literal del texto.

Por otra parte, los valores también forman parte del Derecho. Un valor es —siguiendo la teoría de ORTEGA Y GASSET⁵³— una cualidad intrínseca a la cosa, cuyas propiedades son tener una cualidad (positivos o negativos), un rango (superiores, inferiores y equivalente) y una materia (irreales, pero objetivos). El valor se nos impone desde el objeto. En efecto, los valores se encuentran inmersos en el Derecho (normas, principios, derechos, etc.), se le imponen al intérprete desde el texto o desde, las diversas figuras jurídicas.

Los valores son preexistentes al Derecho. No son exclusivos de éste. Originariamente son

53 Sobre el particular ORTEGA Y GASSET. *Introducción a una estimativa. ¿qué son los valores?*, Obras completas, Tomo VI, AIDUS S.A. Revista de Occidente, Madrid, I edición, 1947.

externos a éste, pero por obra humana (el Derecho es una creación humana) resultan incorporados al Derecho, juridificados. Los valores se encuentran especialmente pero no exclusivamente en los principios, las normas y derechos. Los valores son los elementos más importantes de dichas figuras jurídicas. Todo el Derecho tiene una fundamentación axiológica. Los valores son la fuente de los principios y del orden jurídico. Tanto el principio como el valor son fundamentales para el Derecho, pero el valor lo es también para el principio. La incorporación de los valores en el Derecho implica la vinculación o sometimiento del poder y de toda actuación humana a la ética. Dicha actuación axiológica es susceptible de control judicial, operando los valores con parámetros jurídicos. El poder y el Derecho encuentran su justificación y legitimación en los valores. Los valores cumplen en primer lugar una función interpretativa, en segundo, una función integradora del orden jurídico.

Para conocerlos y operar con ellos técnicamente la jurisprudencia constitucional y la doctrina alemana (también la jurisprudencia constitucional norteamericana) construyeron la jurisprudencia de valores o interpretación axiológica como regla o método para ponderar los bienes jurídicos o valores objetivados en el sistema jurídico. Doctrina que ha sido acogida en España.

“La Constitución es una norma, pero una norma cualitativamente distinta a las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que a de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico”.⁵⁴

En Estados Unidos desde el siglo pasado, en Europa y en prácticamente todo occidente

a partir de la última mitad del siglo XX, han reconocido la jurisprudencia de valores. En la década del sesenta ADOLF GERMANN escribía que era mejor partir de los valores sociales a los que correspondía la ley. Advertía además que no se trataba de una interpretación independiente, sino que el juez debe atender a los valores y valoraciones que sirven de base a la ley y que son inmanentes a ella. La interpretación debe penetrar –según ese autor- en la mayor conexión de las normas legales.⁵⁵ Es importante destacar que la jurisprudencia de valores no es una técnica interpretativa exclusivamente constitucional. Si bien, es en el Derecho Constitucional y en los Tribunales constitucionales de occidente donde ha encontrado mayor predicado, de ninguna manera se limita a ese campo. Por el contrario, la jurisprudencia de valores es una regla metodológica que puede ser utilizada por la jurisprudencia ordinaria, hoy más que nunca; en primer lugar, porque toda norma, aún la legal, y las figuras jurídicas en ella contenidas están informadas por valores y tienen un contenido de valor, y en segundo lugar, porque toda interpretación ordinaria debe partir de la Constitución, tanto para revisar la conformidad del sentido de la norma con la Constitución, como para aplicarla en el plano concreto. Se trata de una ponderación de los bienes jurídicos contenidos en normas o figuras jurídicas, que debe estar fundamentada objetivamente en el propio ordenamiento jurídico, y hasta donde esto sea posible, en la jerarquía que de él se revele.

Reconocemos, sin embargo, que se trata de una de las reglas, que, aunque de valor incalculable, de una discrecionalidad amplísima, que roza con la subjetividad del juez, tanto en la selección de lo que él considera es el valor

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de marzo de 1981.

⁵⁵ Véase al respecto LARENZ Karl; *Metodología de la ciencia del Derecho*, op. cit. p. 143 y siguientes.

implícito en la norma o figura jurídica, como en la interpretación que de él haga y mucha más del resultado de la ponderación. Por su utilidad innegable, nos parece que la ciencia jurídica debe continuar trabajando sobre este criterio, en busca de mayores grados de certeza y control intersubjetivo en su aplicación.

En definitiva, el artículo 10 del CC, claramente hace prevalecer el contenido sustantivo o material sobre el formal, el contenido sobre el continente, por tanto, las reglas o cánones que conducen a esclarecer o comprender la esencia o contenido del ordenamiento jurídico, sobre aquellos que privilegian la forma lingüística. Desde esa perspectiva, al interpretación principalista y la interpretación axiológica son de aplicación obligatoria y sus resultados concordantes con el ordenamiento jurídico, prevalecen sobre los que puedan arrojar la voluntad del legislador o la interpretación literal.

7. El carácter finalista del Derecho y la interpretación teleológica.

Como el fin es parte del objeto (Derecho positivo), debe de haber una regla metodológica

idónea para conocerlo: la interpretación teleológica. Esta regla podemos definirla como aquel procedimiento intelectual mediante el cual comprendemos o extraemos el significado o sentido de una norma, un conjunto de ellos o un instituto, o delimitamos ese sentido y contenido, de acuerdo con la finalidad de la norma y los fines superiores a ella, según la jerarquía de sus fuentes. La interpretación teleológica tiene como fundamento el carácter finalista del Derecho.⁵⁶

El argumento teleológico, es un método antiformalista, por tanto, de carácter sustancial, cuyo fundamento deriva del carácter finalista del Derecho, y tiene por función delimitar o precisar el correcto sentido de las normas o institutos jurídicos. Con ayuda de otros “test” como el de proporcionalidad, razonabilidad y la interpretación sistemática logra determinar las desigualdades irrazonables, fijar el límite a los límites de los derechos fundamentales y colmar los vacíos (lagunas) del ordenamiento jurídico. Es un criterio interpretativo de enorme trascendencia para el Derecho. Encuentra su regulación específica en el numeral 10 del CC.⁵⁷

Los principales problemas del argumento estriban en los juicios valorativos (subjetivos)

56 Discrepamos de aquellas posiciones que ven en el fundamento la voluntad del legislador. Se trata de tesis subjetivistas del fin y del fundamento de la interpretación teleológica. Por ejemplo EZQUIAGA GANUZAS dice del fundamento “... la idea de que el legislador está provisto de unos fines de los que la norma es un medio, por lo que ésta debe ser interpretada teniendo en cuenta esos fines”. EZQUIAGA GANUZAS Francisco Javier; *La argumentación en la justicia constitucional española*, op. cit., p. 367.

57 “las normas se interpretarán (...) en relación con (...) la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”. Esta redacción refleja perfectamente dos circunstancias que se aprecian con claridad cuando se afronta el estudio del argumento teleológico. En primer lugar, se considera que el elemento finalista en la interpretación no es un elemento más, alternativo o sucesivo a los otros, sino el más importante, ya que se predica su utilización en todo caso y no sólo cuando la redacción es ambigua y es considerado como el criterio dominante que debe modular la aplicación de todos los demás; es por tanto, como se ha dicho, el método de la última palabra. En segundo lugar, da base legal para todas las concepciones del argumento que inmediatamente vamos a exponer: al hablar el art. 3.1. de realidad social, de espíritu y de finalidad, se propicia la comprensión del instrumento teleológico de diversas formas, desde su identificación con la voluntad del autor del texto, hasta entendiéndolo como una herramienta de la interpretación evolutiva.” EZQUIAGA GANUZAS Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional española*, op. cit. p. 366.

acerca del fin (cuál es) y de su ámbito (cuáles fines).⁵⁸

El procedimiento se divide en dos etapas o pasos. La primera de ellos es la determinación o identificación del fin o fines. La segunda, consiste en utilizar el fin identificado, como instrumento para la determinación o delimitación del sentido de la norma o normas o bien, para crear la norma jurídica inexistente. En la primera etapa el fin es el resultado de la interpretación y por tanto su meta. En la segunda el fin es un presupuesto y por tanto, un instrumento al servicio de la interpretación.

En efecto, la primera etapa tiene por objetivo la identificación del fin en el ordenamiento jurídico. Los fines se encuentran objetivados en el ordenamiento. Suelen encontrarse en el efecto jurídico de la norma. Para su identificación se requiere la utilización de otros métodos, como la interpretación sistemática, la interpretación literal, el argumento a contrario, la interpretación subjetiva, entre otros. El problema principal en esta etapa es la confusión en la doctrina sobre lo que debemos entender por fin. En efecto, para algunos es lo mismo hablar de fin que de la voluntad del autor de la norma, el espíritu de la ley, los intereses de la realidad social. El segundo problema es la indeterminación del ámbito donde se debe buscar y al que se le debe aplicar. Se considera a esos efectos, sólo el ámbito del precepto?, el del cuerpo normativo?, el del instituto jurídico?, los fines generales de todo el ordenamiento?, los de la sociedad en el momento de su aplicación? (cuál, cuáles, todos, o, sólo unos). La función del fin en esta primera etapa es servir de instrumento en la aplicación interpretativa que llevará a cabo la segunda etapa.

En la segunda etapa, el fin es un instrumento de la interpretación. Es decir, aquí el fin es un presupuesto del proceso de investigación (parte de su existencia e identificación previa). El fin en esta segunda etapa tiene varias funciones: en primer lugar, una función antiformalista. En efecto, por tratarse de un contenido sustancial del Derecho, el fin, privilegia lo sustancial frente a lo formal. Es un medio para superar la letra de la ley. Esta función antiformalista también se podría denominar función sustantiva. La segunda función, es una función integradora del orden jurídico. Por consiguiente, colma las lagunas del Derecho positivo (sobre efectos jurídicos) definiendo una solución al caso concreto acorde con el fin o fines del ordenamiento (se ayuda para ese efecto de la interpretación sistemática). En tercero, cumple una función limitadora. En aplicación conjunta con los principios de razonabilidad y de proporcionalidad le pone límite a los límites que el Derecho Positivo fija a los derechos humanos fundamentales u otros derechos de orden legal. La cuarta función consiste en una función justificadora, en este caso, de las desigualdades razonables, en concurrencia con el “test” de la proporcionalidad y de la razonabilidad. Cumple finalmente, una función selectiva, identificando dentro de una pluralidad de sentidos asignados a la norma cuál es el más acorde a sus fines (en concurrencia con proporcionalidad y razonabilidad). El fin es un catalizador y seleccionador (zaranda) de la mejor (acorde) interpretación de una norma. El fin se satisface con la conducta jurídica contenida en el efecto (límite, garantía, derechos, deberes, prohibiciones, etc.) aplicada a una realidad concreta. El Derecho persigue satisfacer necesidades humanas. El

58 “...se constata inmediatamente que el problema central en el argumento teleológico es el determinar cuál es el fin del precepto”. EZQUIGA GANUZAS Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional española*, op. cit. p. 367.

efecto jurídico de la norma se encamina a ello. Debe considerarse, sin embargo, la visión de la realidad del legislador, pero no como un elemento subjetivo que se deba investigar, si no como un elemento objetivo que se descubre en las valoraciones, en los fines y en el juego de las restantes figuras jurídicas a lo interno del ordenamiento jurídico. La meta de esa consideración objetiva de la visión axiológica de la realidad por parte del legislador se centra en la posibilidad de que los fines propuestos sean irrazonables (contrarios a valores y principios superiores); o bien, ante una desproporción porque el fin propuesto, siendo lícito, no se satisface con los medios (todo el Derecho es un medio para satisfacer los fines que le son inmanentes) propuestos por el Derecho.

La interpretación teleológica es esencial al Derecho de la Constitución, en particular, porque la Constitución regula y organiza la vida del Estado hacia ciertos objetivos (fines). Cada norma constitucional contiene fines que por tratarse de normas superiores, cada uno explica toda una materia infraconstitucional, además determina los fines concretos a los que están sujetos los órganos públicos y como si fuera poco, son parámetro de interpretación para todo el orden jurídico.

En síntesis, de la interpretación teleológica podemos extraer algunas reglas o directivas interpretativas. (1) *“A una regla legal se le debería atribuir un significado acorde con la finalidad perseguida por la institución a la que pertenece”*. (2) *“A una regla legal se le debería atribuir un significado acorde con la finalidad que con ella se persigue, de tal manera que se convierta en el medio idóneo para alcanzarla”*. (3) *“En una interpretación teleológica el telos*

no puede extraerse o deducirse de una regla externa a la institución de la que la interpretada forma parte”.⁵⁹

Finalmente, conviene señalar la utilidad de la regla de interpretación teleológica para, junto con los test de proporcionalidad y razonabilidad, apreciar las desigualdades irrazonables o para constatar su proporcionalidad y razonabilidad. El procedimiento a seguir es el siguiente: (1) verificar la existencia de la consagración legal de la desigualdad (especialmente mediante una interpretación literal, en cuanto la desigualdad es la excepción a la regla y requiere norma expresa); (2) luego, determinar la finalidad perseguida por la norma que contiene la desigualdad (determinación del fin). (3) Establecer si existe relación o concordancia idónea entre medios empleados (desigualdad) y fines perseguidos (discriminación). (4) Establecer si esa desigualdad es acorde con los valores y principios constitucionales (razonabilidad). (5) La constitucionalidad se revisa punto por punto, así puede determinarse que no hay desigualdad en la norma, o que existiendo, es proporcional al fin, o bien irrazonable (puede ser proporcional e irrazonable, o bien, desproporcionado e irrazonable a la vez).

La interpretación teleológica es, a nuestro juicio, junto con la interpretación sistemática (incluida la interpretación conforme y a partir de la Constitución), la interpretación a partir de principios y la jurisprudencia de intereses, los principales criterios de interpretación del método jurídico, que por ser tales, deberían de tener una aplicación ineludible en toda labor interpretativa. Son además los criterios interpretativos dirigidos a descubrir el sentido

59 EZQUIAGA GANUZAS Francisco Javier, *La Argumentación en la Justicia Constitucional Española*, op cit, p.390-391.

“*espiritual*” (para usar la expresión del art. 10 del CC), razón por la cual prevalecen sobre aquellos que están dirigidos a descubrir el sentido de aspectos formales del Derecho (interpretación literal), o que por la imposibilidad de su objeto, conviene tenerlos como criterios supletorios, subsidiarios o complementarios (la interpretación subjetiva o voluntad del legislador). En definitiva, la interpretación teleológica debe estar presente en toda labor hermenéutica.

III EL PAPEL DEL INTÉRPRETE EN EL MARCO DE UNA CONCEPCIÓN SUSTANCIAL DEL DERECHO

El análisis de la metodología jurídica en general y de la interpretación en particular nos revela el crecimiento de los poderes del juez en la interpretación, desarrollo y “creación” del Derecho.

En efecto, estudiar la interpretación jurídica nos obliga a revisar los poderes del juez. En el estado actual de la Ciencia Jurídica, el juez puede escoger el tipo de regla o reglas con las que desea acercarse al sentido del Derecho. Agregado a ello, el lenguaje jurídico se presta para múltiples interpretaciones, lo que le da un margen amplio de discrecionalidad en la definición del significado de la norma interpretada. El sistema jurídico está lleno de los denominados conceptos jurídicos indeterminados, siendo el juez el llamado a

determinar su contenido. El ordenamiento jurídico contiene múltiples lagunas, que el juez debe colmar mediante interpretación de todo el sistema jurídico, de previo a resolver los asuntos sometidos a su conocimiento. Finalmente, debe destacarse la superación del formalismo, del literalismo, de los métodos lógicos y de la subsunción. El art. 10 CC privilegia la interpretación sustantiva a la formalista, con lo que le otorga al juez amplios poderes, para definir los fines, los principios, los valores, la realidad, etcétera. Hoy, nos parece, que la tendencia se orienta a fijarle al juez y en general al intérprete del Derecho, los grandes límites, más que hacer de él “la boca que pronuncia la ley”.

“...parece existir acuerdo casi unánime en los intentos metodológicos más modernos en que el objetivo final de la metodología jurídica consiste en eliminar la arbitrariedad de la práctica jurídica y conseguir el mayor grado posible de racionalidad de la misma.”⁶⁰

En efecto, se busca una argumentación racional, con fundamento en el orden o sistema jurídico, éste orden jurídico, si cumple ciertas exigencias mínimas, propias de un verdadero Estado de Derecho, se convierte en parámetro de racionalidad (FERRAJOLI).⁶¹ Cualquier decisión del juez, por innovadora que sea debe tener sustento y fundamento en el ordenamiento jurídico que interpreta y aplica.

60 GARCIA AMADO Juan Antonio, *Teorías de la tópic jurídica*, op cit, p. 291.

61 “...más allá de la heterogeneidad y de la ambivalencia de sus presupuestos teóricos y filosóficos, es cierto que los principios mencionados, tal y como se han consolidado en las constituciones y las codificaciones modernas, forman en su conjunto un sistema coherente y unitario. La unitariedad del sistema, ...depende a mi modo de ver del hecho de que los distintos principios garantistas se configuran, antes que nada, como un esquema epistemológico de identificación de la desviación penal encaminado a asegurar, respecto de otros modelos de derecho penal históricamente concebidos y realizados, el máximo grado de racionalidad y fiabilidad del juicio y por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad.” FERRAJOLI Luigi; *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Valladolid, TROTTA, tercera edición, 1998, p. 34.

El juez está obligado a la objetividad y a la abdicación valorativa,⁶² es decir, no puede anteponer sus propios valores (política jurídica) a los contenidos en el sistema, debe, por tanto, sujeción a la ley y al Derecho; su razonamiento debe fundarse en el contenido y esencia del orden jurídico. De la racionalidad y objetividad de su razonamiento deriva su legitimidad, incluso su legitimidad democrática. Lo importante, es que sus decisiones resistan el control de los juristas una vez que han sido cotejadas con el sistema jurídico y la realidad que aquel resuelve y este regula.⁶³ En virtud de los principios de objetividad, imparcialidad

y neutralidad axiológica, el juez se abstiene de aplicar sus propios valores (salvo cuando coinciden con los del ordenamiento) para aplicar los del sistema jurídico. No se trata entonces de una creación jurisprudencial libre, sino vinculada (GARCIA DE ENTERRIA), sujeta a parámetros jurídicos y susceptible de comprobación positiva.⁶⁴ El juez tiene una obligación de neutralidad, o dicho de otra forma de objetividad.

Esa exigencia de objetividad y de racionalidad en sus decisiones se desprende del mismo artículo 10 del CC. En efecto, la objetividad

62 Sobre el particular se puede consultar a: CALSAMIGLIA Alberto, *Introducción a la Ciencia Jurídica*, Barcelona, ARIEL, tercera edición, 1990, páginas de la 93 a la 126. Críticas al ideal de imparcialidad del juez y de abdicación valorativa la encontramos en FERRAJOLI Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, op cit., pág. 56.

63 "Una serie de doctrinas comparten, a partir de los años cincuenta, la pretensión de rescatar la práctica jurídica de los riesgos de la arbitrariedad, intentando ofrecer para las valoraciones presentes en la decisión jurídica un fundamento que pueda tenerse por intersubjetivamente válido y plausible. A partir de estos momentos, una serie de teorías diversas participarán de un presupuesto común: allí donde no es posible la obtención de verdades o certezas como resultado de meras operaciones lógicas, de la aplicación del método científico-natural, de intuiciones valorativas o de la pura emotividad, se impone partir de la necesidad de construir permanentemente los criterios prácticos de lo justo, en un proceso social de participación y diálogo, de constante intercambio de razones y justificaciones, de argumentación. De esta manera se ha de abrir la posibilidad de que las valoraciones se legitimen por su sintonía con el sentir general en cada momento, con los criterios de una racionalidad práctica en continuo fluir en el seno del grupo social. Previa y simultáneamente, otras teorías, principalmente la Jurisprudencia de Intereses y la Jurisprudencia de valoraciones, muestran cómo el juez está siempre abocado a sopesar en su decisión algo más que los puros términos normativos, y que es este prius de intereses y valores sociales, a que el Derecho sirve, lo que justifica tanto las normas positivas como la necesidad de su continua actualización por el juez. Lo que las teorías de la argumentación y afines pretenderán será ir aún más allá y ofrecer pautas justificativas de la racionalidad para los criterios rectores de esa ponderación judicial, de esa opción entre intereses y valores enfrentados que se pueden acoger a la protección de un mismo sistema normativo. Heck trataba de salvar el hiato entre ley y decisión judicial mediante referencia a la "obediencia pensante" del juez. Las teorías a que aludimos no tratarán tanto de negar esa obediencia como de partir de su insuficiencia. Los términos legales señalan sólo un marco, más o menos amplia, dentro del que la decisión ha de recaer, es la suya una función meramente limitativa. Aun cuando se respete la ley, ésta deja siempre un margen de libre decisión, por la necesidad de que sea interpretada, por la existencia de las lagunas, por la selección y calificación de los hechos que se enjuician, etc. Lo que se quiere evitar es la presencia de la arbitrariedad en esos momentos en que las valoraciones de las que decide son dirimientes. Como explican AARNIO, ALEX Y PECZENIK, se parte del entendimiento de que no es de hecho posible ningún procedimiento de producción estatal del Derecho que pueda brindar en todo momento a los sometidos al Derecho y a los encargados de aplicarlo reglas capaces de resolver cada cuestión jurídica, de modo que a partir de tales reglas se pueda fundamentar como irrefutable una decisión. La existencia de casos en los que, conforme a un mismo material normativo, cabe distintas decisiones, justificaría la necesidad de una teoría de la argumentación jurídica, apta para colmar esta laguna en la racionalidad de la práctica jurídica. Como dice HASSEMER, con la teoría de la argumentación jurídica se trata de lograr "una teoría que fundamente, justifique y limite el proceder argumentativo de la praxis." GARCIA AMADO Juan Antonio, *Teorías de la tópic jurídica*, op cit, p. 313-315.

64 "...toda la polémica actual sobre la base de los fundamentos y el alcance de la judicial review sobre las leyes es, justamente, la polémica sobre los límites del poder del juez y es uniforme la aceptación de su poder creador, aunque siempre sobre el punto de partida del texto constitucional o de sus valores fundamentales, naturalmente y no en su contra." GARCIA DE ENTERRIA. Eduardo, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, op cit, p. 97.

se infiere en la medida que la norma obliga al juez a buscar el sentido o “*espíritu*” del orden jurídico no fuera de él, en otras palabras, la objetividad consiste en que sus decisiones sean conformes con el objeto del Derecho y eso objeto, como ya vimos es el contenido o esencia del ordenamiento jurídico. La racionalidad, por el contrario, surge de la aplicación de un método, de seguir en el razonamiento unas reglas previamente establecidas. Esas reglas son las que el propio legislador establece en el artículo 10 CC. Como ya se dijo, que el legislador haya introducido esas reglas en el Derecho positivo no tiene otro propósito que la disciplinar la mente y razonamiento del intérprete. El legislador le ordena (es una norma jurídica vinculante y aplicable) fundar sus decisiones en el ordenamiento (objetividad) y le muestra el camino (método) para comprender el objeto (racionalidad). La construcción teórica del juez debe soportar la comprobación de su adecuación a ese orden jurídico (control intersubjetivo).

Se desprende del numeral 10 del Código Civil que el legislador reconoce al juez una tarea creadora. El juez, a la luz de lo dispuesto por la norma coopera con el legislador en la creación y adaptación del Derecho al tiempo de su aplicación. Pero, el juez no es el legislador, ni la norma en mención le asigna esas funciones indelegables por mandato constitucional, entonces, cuál es el alcance de su labor creadora.

Resulta innegable, que el mismo legislador reconoce y fomenta el papel creador del juez y del intérprete jurídico en general. Ese papel creador, a nuestro modo de ver, es consecuencia del reconocimiento por la teoría jurídica y por el ordenamiento jurídico de lo sustancial del Derecho, de la superación de la forma en beneficio de la sustancia,

de la materia, del espíritu de la norma. Que se reconozca la necesidad de que el juez pondere bienes jurídicos, descubra principios y opere con ellos, identifique fines y se oriente a satisfacerlos, juzgue la concordancia del efecto jurídico de la norma con la realidad tipificada en el supuesto de hecho de ésta, en fin, todos estos aspectos, sustanciales del Derecho, traen aparejada una mayor discrecionalidad, pero también, una mayor obligación de objetividad, de racionalidad y de control de la actividad judicial.

Un buen ejemplo del papel creador del que venimos hablando, lo encontramos en la interpretación a partir de principios. En efecto, aquí el juez asume un papel creador. El juez delimita el contenido y alcance material del Derecho. Con su interpretación, supera la apariencia de las normas jurídicas, traspasa el velo que oculta su contenido y esencia. Mediante la interpretación a partir de principios el juez devela el lado oculto de la norma y del sistema, lo que no aparece a simple vista, lo que no se deduce de la literalidad del artículo. Descubrir un principio jurídico no es únicamente producto de la aplicación de un método. No es posible escarbar las profundidades del orden jurídico sin ingenio. En consecuencia, esa tarea creadora es posible, gracias en primer lugar al ingenio humano y en segundo, al uso o aplicación correcta de un método. Esa labor creadora trae aparejado un mayor margen de discrecionalidad judicial, en parte porque la labor de identificar los principios alcanza cierto grado de dificultad y exige en no pocas veces un agudo sentido jurídico (sentido hiperlógico o sentido común aplicado al Derecho), aunado al manejo de una exquisita técnica, y donde además, tanto el proceso de “construcción” o descubrimiento del principio, como el principio mismo, son tan solo susceptibles de discusión racional. El juez tiene pues, una tarea creadora

pero dicha tarea se encuentra vinculada al texto, entiéndase al sistema, no debemos olvidar que el juez legitima sus decisiones en la racionalidad de la argumentación jurídica expresada en sus sentencias y en la conformidad de éstas con el Derecho mismo.

En virtud de lo anterior, acudimos a la maduración de una corriente de pensamiento jurídico, en virtud de la cual se abre paso una nueva concepción del método y del objeto de estudio del Derecho. Por consiguiente, el objeto de estudio del Derecho no es más un sistema cerrado de normas con pretensión de autosuficiencia, sino más bien, lo que ese orden normativo contiene, lo que en apariencia ese orden jurídico no expresa pero que está allí, esperando ser descubierto, con “herramientas” metodológicas cada vez más depuradas. El juez ya no es un ser inanimado frente a la norma, sino el develador de su riqueza. La búsqueda de la verdad científica (adecuación de la idea a la cosa), ha llevado a la interpretación jurídica a superar los viejos moldes del formalismo, del positivismo y del literalismo, para residenciarse en reglas sustantivas tendientes a conocer el contenido del Derecho, como bien lo decía ESSER hay una gran diferencia entre una interpretación jurídica y la comprensión filológica de un texto.⁶⁵ Sin duda, todo este cambio ha generado una transformación en los poderes del juez, principal intérprete del Derecho, pero también mayor responsabilidad, y también de racionalidad, esto es de justificar sus decisiones en el ordenamiento jurídico (objetividad), de seguir un método (racionalidad) y de someter sus decisiones a control ulterior (institucional, de la comunidad de juristas, de la sociedad).

IV. LAS LIMITACIONES DEL MÉTODO DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Finalmente, tenemos que hablar de las limitaciones de la metodología jurídica en general y de la interpretación en especial. La ciencia jurídica no posee un método en sentido estricto. La interpretación (para centrar las conclusiones en este método) está compuesta por un conjunto de reglas, preestablecidas, pero que no responden a un sistema interno. El artículo 10 del CC lo refleja, se limita a enunciar los criterios, pero no establece un orden entre ellos (salvo porque asigna mayor valor a los criterios sustantivos frente a los formales). En este sentido son elocuentes las palabras de ALEXY.

“Así Savigny diferencia entre el elemento gramatical, lógico, histórico y sistemático de la interpretación. Según Larenz, hay cinco criterios; el sentido literal; el significado de la ley según su contexto; las intenciones, metas e ideas normativas del legislador histórico; los criterios telológico-objetivos; y el mandato de interpretación conforme a la constitución. Wolff, por mencionar otro ejemplo, conoce la interpretación filológica, lógica, sistemática, histórica, comparativa, genética y teleológica. Más importante que el problema del número de los cánones, es el problema de su ordenación jerárquica. Diversos cánones pueden conducir a resultados diferentes. Atendiendo a este hecho, sólo se pueden considerar adecuados para fundamentar con seguridad un resultado, si es posible establecer criterios estrictos para su ordenación jerárquica. Esto no se ha logrado, sin embargo, hasta hoy.

65 Citado por GARCIA DE ENTERRIA *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*, op cit, p. 24-25.

Otro problema es su indeterminación. Una regla como interpreta cada norma de manera que cumpla su objetivo puede conducir a resultados contrapuestos si dos intérpretes tienen diferentes concepciones sobre el objeto de la norma en cuestión.

Esta debilidad de los cánones de la interpretación no significa que carezcan de valor, pero impide considerarlos como reglas suficientes para la fundamentación de las decisiones jurídicas”.⁶⁶

LARENZ ha hecho un buen intento de integrar las distintas reglas o criterios de interpretación jurídica.⁶⁷ Del mismo modo, sólo que del lado del objeto de estudio, REALE⁶⁸ entre otros, lo ha hecho al afirmar que el Derecho es tridimensional (hecho, valor y norma). Ambos, han procurado construir una teoría integral del método y del Derecho. Sin embargo, me parece que hasta la fecha, seguimos con visiones insuficientes del objeto de estudio y fraccionadas del método jurídico. No posee la Ciencia jurídica un método en sentido estricto (sistema de reglas) que tienda a su comprensión plena, entre otras, razones porque no ha identificado plenamente su objeto de estudio, porque no existe acuerdo entre los

juristas sobre las dimensiones del objeto que investiga.

El artículo 10 CC, reconoce las diversas dimensiones del fenómeno denominado Derecho, que supera en mucho la teoría de REALE. En efecto, se reconoce que el Derecho Positivo tiene un componente lingüístico, toda vez que las normas jurídicas se expresan en un idioma. El Derecho tiene a su vez un componente fáctico, definido por la realidad a la que regula, de la que parte y a la sirve, y que para efectos de interpretación, es posible identificar especialmente aunque no exclusivamente en el supuesto de hecho de la norma. Tiene –el Derecho- un componente axiológico, que son todos aquellos valores inmersos en el sistema de normas, valores y valoraciones, es decir tomas de partido que a hecho su autor, privilegiando ciertos valores sobre otros en el complejo entramado de normas. El Derecho tiene un elemento teleológico, caracterizado por los fines de la norma, de la ley o del sistema a los que se orienta todo el Derecho en su conjunto, tanto, que el entramado normativo se constituye así mismo en medio para alcanzar ese fin. Al Derecho lo caracteriza un aspecto sistemático, determinado por las conexiones materiales y

66 ALEXY Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, primera edición. 1989. pp. 24-25.

67 En efecto, para este autor los principios no son métodos individualmente considerados, sino que cada criterio constituye una regla de un método, sólo un eslabón más en la cadena de cánones que integran el método jurídico de la interpretación. Para LARENZ existe además, una relación entre todos los criterios, los que según él, están integrados entre sí de una manera interdependiente. LARENZ Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, op. cit. p. 341.

68 Sobre el tema, REALE expresa: “a) Dondequiera que haya un fenómeno jurídico hay siempre necesariamente un hecho subyacente (hecho económico, geográfico, demográfico, de carácter técnico, etc.); un valor que confiere determinada significación a ese hecho, inclinándolo o determinando la acción de los hombres en el sentido de alcanzar o preservar cierta finalidad u objetivo; y, finalmente, una regla o norma que representa la relación o medida que integra uno de aquellos elementos en el otro; el hecho en el valor. B) Tales elementos o factores (hecho, valor y norma) no existen separados unos de otros, sino que coexisten en una unidad concreta. C) Más aún, esos elementos no sólo se exigen recíprocamente, sino que actúan como los elementos de un proceso (ya vimos que el Derecho es una realidad histórico cultural) de tal modo que la vida del Derecho resulta de la interacción dinámica y dialéctica de los tres elementos que la integran”. REALE Miguel; *Introducción al Derecho*, Ediciones Pirámide, Madrid, novena edición, 1989, pág. 69.

formales que le dan unidad a todo el conjunto de normas, a tal punto, que lo llamamos orden o sistema jurídico; son estas, conexiones objetivas, a las que se pueden denominar principios jurídicos, son el hilo conductor de todo el sistema, su basamento y los pilares arquitecturales de su estructura. El Derecho es una creación humana, fruto de un autor (individual o colegiado), que deja su impronta en él, como el artista en su obra. Es el Derecho una creación sí, pero además, una creación en un tiempo y espacio determinado, esto es, tiene una historia y aunque “ve” pasar el tiempo y se adapte a él, su contenido está bastante determinado por su origen. El Derecho se encuentra jerarquizado. En él se pueden encontrar elementos lógicos, aunque tengo por cierto, que el Derecho es más axiológico que lógico. A todo ello, debe agregarse, que se trata de un deber ser, normativo, no descriptivo (sin perjuicio que sobre él se puedan hacer descripciones) y que tiene fuerza para obligar.

Frente a ese fenómeno está el método, el que –según dijimos- debe ser adecuado al objeto de estudio. Pues bien, si el Derecho tiene un componente lingüístico, el método debe tener una regla o criterio para conocer ese aspecto del Derecho; en efecto, se trata de la interpretación literal. La interpretación literal no puede ser nunca el único criterio de interpretación, es insuficiente, por cuanto la realidad llamada Derecho es mucho más rica, más grande, la excede. Si el Derecho responde, regula y se dirige a una realidad, tienen que haber reglas dirigidas a conocer ese aspecto; entre ellas, la jurisprudencia de intereses, la interpretación sociológica, la interpretación material y evolutiva, entre otras. Si el Derecho es una creación humana y tiene la impronta de su autor, la interpretación subjetiva o voluntad del legislador puede ayudarnos a conocer esa voluntad. Si el

Derecho tiene unas conexiones inmanentes de sentido, existe entonces, la interpretación sistemática, la interpretación a partir de principios, el argumento de coherencia, entre otros argumentos que nos permiten descubrir sus conexiones de sentido y a partir de ellas, atribuir sentido o entender el existente en las normas jurídicas. Si el Derecho está orientado a fines, la interpretación teleológica es la regla o criterio idóneo para conocer esos fines. Si el Derecho tiene contenidos de valor, la jurisprudencia de valores o la ponderación de bienes pueden ayudar en esa dirección. En fin, lo mismo se puede decir de la interpretación histórica, de la analogía, del argumento a contrario o a fortiori, o de la interpretación conforme con la Constitución, del principio de jerarquía normativa y de tantas otras directivas del método jurídico.

Todas esas reglas (bien lo dice LARENZ) no son diversos métodos, sino que son reglas de un único método. Cada regla se orienta a descubrir una porción del objeto de estudio llamado Derecho. Si sólo utilizamos una de ellas, estamos al parecer, produciendo información parcial, incongruente, falsa sobre el objeto estudiado. De aquí la necesidad de que exista un verdadero sistema de reglas, un método en sentido estricto, de tal manera, que si se deja de aplicar alguna de sus reglas, el resultado sea distinto, donde esas reglas encuentren una precedencia o un orden racional. Lamentablemente, los juristas todavía no nos hemos puesto de acuerdo sobre las reglas, mucho menos sobre un orden entre ellas. Tampoco, hemos definido con claridad cuál es nuestro objeto de estudio.

Se infiere, que la reciprocidad entre el desarrollo del método y la claridad del objeto es evidente para el progreso de la ciencia. Lo mismo se puede decir de la relación entre la rigurosidad

del método y la calidad del conocimiento que se extrae con su aplicación. No en vano muchos afirman que el conocimiento jurídico es una técnica pero no una ciencia.

Ese desacuerdo trae como consecuencia un diverso lenguaje metodológico, y una pluralidad de resultados. Un juez de instancia puede resolver el caso a él sometido siguiendo una interpretación literal, el Tribunal Superior lograr resultados diversos aplicando una interpretación sistemática y Casación resolver siguiendo la regla de la voluntad del legislador. Las preferencias metodológicas son posibles dada la pluralidad metodológica (y la falta de un sistema entre ellas). Esa pluralidad y la consecuente discrecionalidad, suponen una primera razón que explica las discrepancias interpretativas entre jueces integrantes de un mismo órgano jurisdiccional, “pensando bien” sería una de las principales razones de la fluctuante, inconstante y cambiante jurisprudencia judicial.

Sí nos parece que en el intento por desarrollar un método, tenemos que poner el énfasis más en la sustancia que en la forma del Derecho, sin descuidar, ni excluir esta última. Se debe partir afirmando la primacía del contenido sobre la forma y del espíritu sobre la letra, a pesar de las dificultades que se presenten para determinar ese contenido y ese espíritu, en todo caso, se trata de una tarea susceptible de discusión racional, que no por difícil, queda

al arbitrio de los hombres. Después de todo, toda labor interpretativa se debate entre dos polos axiológicos: la seguridad y la justicia. En efecto, cuanto más se privilegia la justicia mayor se arriesga en seguridad y cuanto más se privilegia la seguridad mayores riesgos se corre en la satisfacción del valor justicia. Una interpretación literal y positivista trae mayor seguridad pero descuida la justicia. La interpretación a partir de principios tiene por objetivo buscar mayores grados de justicia, ciertamente a costa de alguna pérdida de seguridad. Sin embargo la interpretación debe ser vinculada al contenido del ordenamiento jurídico, no se trata de una interpretación libre. El juez debe acudir a la labor interpretativa armado de categorías jurídicas (principios o reglas), para desarrollar con acierto una labor inevitablemente creadora,⁶⁹ aunque vinculada como regla general al sistema (hay excepciones).

En definitiva, los juristas y los filósofos del Derecho deben continuar trabajando en busca de una visión integral del Derecho, de una identificación plena, clara e intersubjetiva del objeto de estudio. Paralelamente, debe trabajarse en la consolidación de un método, en la línea que sugiere LARENZ, es decir, en la confección de un sistema de reglas, que nos proporcione información completa y veraz (adecuada al objeto) sobre el Derecho. Este debe ser nuestro reto.

69 “...las últimas operaciones de la interpretación, ésta está entera, y no puede no estar, dominada por los principios generales, tal es la diferencia, como observa certeramente Esser, entre una interpretación jurídica y una comprensión filológica de un texto, y la justificación del hecho elemental de que la interpretación de la ley escrita sea un menester técnico y no gramatical, para el cual hay que acudir armados con categorías y principios jurídicos. De ahí que la interpretación sea una actividad creadora...” GARCÍA DE ENTERRÍA. *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*. Op cit, p. 24-25.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, primera edición. 1989.

BELADIEZ ROJO Margarita. *Los principios Jurídicos*, Tecnos, primera edición, Madrid, 1994.

BIDART CAMPOS German; *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Depalma, 1989.

CALSAMIGLIA Alberto, *Introducción a la Ciencia Jurídica*, Barcelona, ARIEL, tercera edición, 1990.

CASSAGNE Juan Carlos. *Los principios Generales del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, I edición, 1992.

EZQUIAGA GANUZAS Francisco Javier, *La Argumentación en la Justicia Constitucional Española*; Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, 1987.

FERRAJOLI Luigi; *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Valladolid, TROTТА, tercera edición, 1998.

FERRAJOLI Luigi; *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, TROTТА, Madrid, I edición, 1999.

GARCÍA AMADO Juan Antonio, *Teorías de la tónica jurídica*, Madrid, CIVITAS, 1988.

GARCÍA DE ENTERRIA Eduardo; *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*, Madrid, CIVITAS, I edición, 1986.

GONZÁLEZ GARCÍA Susana y otros, *Interpretación literal, en Interpretación y argumentación jurídica, trabajos del seminario de Metodología Jurídica; Volumen I, Zaragoza, Prensas Universitarias, I edición, 1995. .*

HABA Enrique Pedro. Racionalidad y método para el Derecho ¿Es eso posible?, en *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, Costa Rica, No. 66, mayo-junio 1990.

HABA Enrique Pedro; *Esquemas metodológicos en la aplicación del Derecho escrito*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1972. HABA Enrique Pedro; *La voluntad del legislador ¿Ficción o realidad?*, *Revista de Ciencias Jurídicas*, número 32.

HERNANDEZ MARIN, Rafael, *Interpretación subsunción y aplicación del Derecho*, Barcelona, Marcial Pons, 1999. LARENZ Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona 1994.

NAVARRO FALLAS Román, *Los principios jurídicos: estructura, caracteres y aplicación en el Derecho costarricense*, Revista IVSTITIA No. 138, junio, 1998.

ORTEGA Y GASSET. *Introducción a una estimativa. ¿Qué son los valores?*, Obras completas, Tomo VI, AIDUS S.A. Revista de Occidente, Madrid, I edición, 1947.

PAREJO ALFONSO Luciano. *Constitución y Valores del Ordenamiento; Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo I, Madrid, CIVITAS, 1991.

PERALTA Ramón, *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*, Madrid, Universidad Complutense, 1994.

PÉREZ ALGAR Félix. *La interpretación histórica de las normas jurídicas. Análisis del art. 3.1 del Código Civil*, Barcelona, BOSCH EDITORES, I edición, 1995.

PÉREZ VARGAS Víctor, Falzea Angelo, *Efficacia Giurídica, voci di teoria generale del diritto. Principios de Derecho Privado*, Antología, San Pedro de Montes de Oca, 1984.

PÉREZ VARGAS Víctor, *La Jurisprudencia de Intereses*, 2ª edición, LIL S.A, 1991.

REALE Miguel; *Introducción al Derecho*, Ediciones Pirámide, Madrid, novena edición, 1989.

RIVERO Jean, *los Principios Generales del Derecho en el Derecho francés contemporáneo*. Revista de Administración Pública, No. 6, Madrid, España, 1962.

LA AUTONOMIA MUNICIPAL COSTARRICENSE: ¿PARTICIPATIVA Y REPRESENTATIVA?

***Prof. Frank Álvarez Hernández
Universidad de Costa Rica***

Sumario

- 1. Elementos introductorios.**
- 2. Autonomía municipal participativa.**
- 3. Autonomía municipal representativa.**
- 4. Notas finales.**
- 5. Bibliografía.**

1. Elementos introductorios

El municipio y la municipalidad se formulan como conceptos diferenciados. El primero determinable en el conjunto de personas-intereses. El segundo, en la organización política de administración de recursos y satisfacción de los intereses.

El municipio se manifiesta como una *comunidad local autosuficiente*. La *comunidad* se identifica –según la tesis naturalista o institucional– con el conjunto humano y tiene su origen *per se* y/o en una estrategia común para la satisfacción de intereses comunes.

La *localidad* admite tres perfiles: el área poblada –normalmente ciudad–, ésta y la periferia destinada a la futura expansión, y ambas y una superficie aún mayor con tal que no haya áreas sin jurisdicción municipal.

La *autosuficiencia* se desplaza del autoabastecimiento económico a la prestación de los servicios primarios. Para ROSATTI (2006:13) la idea del vecinalismo muta “desde aquella “solidaridad” fundada en la contigüidad del domicilio hasta esta “comunicación”, basada en una interacción no necesariamente geográfica o locativa.”

Sin embargo, la determinación de la naturaleza del municipio nos obliga a partir de dos puntos de vista: naturalista y voluntarista. Por el primero nótese la expuesto por ARISTÓTELES (La Política, Libro I, Capítulo I): “La asociación de muchos pueblos forma un Estado completo, que llega, si puede decirse así, a bastarse absolutamente a sí mismo, teniendo por origen las necesidades de la vida, y debiendo su subsistencia al hecho de ser éstas satisfechas. Así el Estado procede siempre de la naturaleza, lo mismo que las primeras asociaciones, cuyo

fin último es aquél; porque la naturaleza de una cosa es precisamente su fin, y lo que es cada uno de los seres cuando ha alcanzado su completo desenvolvimiento se dice que es su naturaleza propia, ya se trate de un hombre, de un caballo o de una familia. Puede añadirse que este destino y este fin de los seres es para los mismos el primero de los bienes, y bastarse a sí mismo es, a la vez, un fin y una felicidad. De donde se concluye evidentemente que el Estado es un hecho natural, que el hombre es un ser naturalmente sociable, y que el que vive fuera de la sociedad por organización y no por efecto del azar es, ciertamente, o un ser degradado, o un ser superior a la especie humana.”.

El punto de vista voluntarista tiene fundamento en palabras de ROUSSEAU (El contrato social, Libro I, Capítulos V y VI): “Un pueblo, dice Grocio, puede darse a un rey. Según Grocio, un pueblo ya es, pues, un pueblo antes de darse a un rey. Esta misma donación es un acto civil, supone una deliberación pública. Antes, pues, de examinar el acto por el cual un pueblo elige a un rey, convendría examinar el acto por el cual un pueblo es un pueblo. Pues siendo este acto necesariamente anterior al otro, es el verdadero fundamento de la sociedad... Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común a la persona y los bienes de cada asociado, y por lo cual, uniéndose cada uno a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo y permanezca tan libre como antes. Tal es el problema fundamental, cuya solución da el contrato social.”.

El naturalismo y el voluntarismo afectan de diversas formas la relación de una comunidad local con su *territorio*. En primer término, si se parte de un esquema distributivo institucional, la norma determina un ámbito jurídico de cumplimiento obligatorio que no corresponde

con el área geográfica de verdadera influencia comunitaria. En segundo lugar, si se da prioridad al carácter gregario del hombre, el sistema normativo extiende el municipio hasta la proyección de las relaciones sociales del conjunto vecinal. Y en último, si el ámbito municipal parte de la proyección de los servicios públicos, se considera la satisfacción de necesidades individuales.

ROSATTI (2006:24) propone la tesis de que “La realidad municipal debe mandar, pero también ser regulada: en esta dialéctica es donde se hallarán las nuevas pautas de convivencia local. Importa la sociabilidad humana, pero también importa la satisfacción de las necesidades materiales (y no materiales, porque hoy se admite que la cultura y la justicia –por ejemplo– deben entenderse como “servicios”) y la obligación de prever –desde un nivel de decisión de mayor escala– el desarrollo de las comunidades existentes, coordinando sus futuros crecimientos. Retomando el ejemplo de la relación comunidad-territorio, diremos que la base geográfica debe seguir condicionada primeramente por la “relaciones de vecindad”, porque si no hay *affectio municipalis* no puede haber municipio. Pero habrá que tener en cuenta “la prestación de los servicios públicos”, atento a las perentorias necesidades que urgen la vida de hoy y que pueden mantener o malograr la convivencia, fortaleciendo o debilitando la *affectio municipalis*. Y también habrá que tener en cuenta –cada vez más, conforme aumenta la población y la complejidad de la vida moderna– la inserción territorial del municipio en un contexto convivencial mayor, o en órdenes convivenciales similares, para que la “vida propia” que caracteriza a cada municipio se perpetúe en el tiempo sin frustrar la (si se nos permite la expresión) “vida propia” ajena.”.

Estas formas de afectación obligan a considerar necesario que la normativa

municipal se oriente a territorios intermedios que comprendan –según José Héctor MEEHAN (cit. Rosatti, 2006:25)– “...las áreas urbanas o urbanizables, alcanzando las zonas semirurales o rurales que en su entorno se consideran especialmente aptas para su crecimiento futuro, puedan optar como espacios de protección o, en definitiva, constituyan su ámbito de influencia económico-social que, como tal, conjuntamente con el centro urbano, deben ser objeto de un adecuado ordenamiento territorial, íntegramente planificado con visión de futuro.”

La Municipalidad implica una organización institucional para la prestación de los servicios que satisfagan las necesidades de la *comunidad*; la llamamos entonces Administración Local. La Municipalidad actual es resultado de un proceso histórico cuyo primer estadio es la herencia de las comunidades rurales; éstas reconocidas como asociaciones o sociedades agrarias basadas en el ejercicio de la propiedad colectiva de fundos. El segundo escenario se da con los privilegios alcanzados en los municipios medievales por excepción del régimen feudal, surge la idea de “liberación” del Poder establecido.

El tercer escalafón se encuentra en la nueva visión aportada por las ideas revolucionarias *francesas*: las instancias locales son ahora elementos de la nación y de las “sociedades de ciudadanos”, el poder político y el individuo son uno sólo. La concesión del Poder medieval pasa a ser una libertad pública natural. Sin embargo, a pesar de que la personalización independiente de la Nación y el pueblo lleva a la propia construcción personificada de los Entes locales, éstos son subordinados a la persona jurídica estatal.

En la *cultura francesa* se impone una idea de Estado con centralización política y

administrativa. El Estado es la Administración y ésta es el centro jerárquico. Los Entes locales se conciben extensiones del Estado. Se interioriza la organización de la Administración local como apéndice del Poder ejecutivo nacional. El clímax de esta organización jerárquica se produce en el régimen napoleónico, hasta llegar al exceso.

La respuesta al centralismo napoleónico es la doctrina de la descentralización. A finales del siglo XIX, Maurice HOURIOU desarrolla con acierto las ideas descentralizadoras en la organización administrativa, las cuales se complementan con el individualismo y trasladan la atribución de los derechos de la libertad a las personas físicas –por ficción de la personalidad jurídica– a favor de las personas de base corporativa, entre ellas, las Municipalidades.¹ Se parte inicialmente de la libertad de asociación, y se desliza la actividad de la Administración local entre el enfrentamiento y la colaboración respecto de la Administración central.²

La responsabilidad asumida por el Ente local para la atención de los asuntos de la comunidad en la unidad territorial se asume y cumple a partir del reconocimiento i) de aquélla a su gestión –por representación, participación o ambas– y ii) de la Administración central, a la atribución de “elementos autonómicos”.

El primer reconocimiento lleva a dos tesis diferenciales: una autonomía cuya titularidad corresponde a la Municipalidad –por representación– y otra, a la comunidad –por participación –.

2. Autonomía municipal *participativa*

Respecto de la autonomía de la comunidad, PAREJO (1988:67) señala: “La autonomía ha de ser entendida como un derecho de la comunidad local a participar, a través de órganos propios, en el gobierno y la administración de cuantos asuntos le atañan, graduándose esa participación en función de la relación entre intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias. Hay, pues, una desvinculación de la autonomía local de la idea de asuntos locales traducidos en ámbito de competencias exclusivas y un acercamiento a la concepción del “interés” como criterio rector de la atribución de competencias. El ejercicio de esa participación en el gobierno y la administración en cuanto les ataña requiere que los órganos representativos de la comunidad local estén dotados de las potestades sin las que ninguna actuación autonómica es posible.”

En el sistema jurídico costarricense la idea de una autonomía municipal cuyo titular es la comunidad se puede derivar inicialmente del artículo 9° de la Constitución Política de 1949. Esto porque se incluye mediante la Ley 8365 de 01 de julio de 2003 (publicada en el Diario Oficial La Gaceta 146 de 31 de julio de 2003) el término “participativo” para calificar el Gobierno de la República.

A nivel legal, el artículo 1° del Código Municipal³ identifica la comunidad como el “conjunto de vecinos residentes en un mismo

-
1. El sistema constitucional costarricense establece una forma de gobierno representativo, por una parte, y participativo, por otra.
 2. La autonomía municipal participativa se materializa en la participación de la sociedad civil en instituciones como las juntas de educación y juntas administrativas, los comités cantonales de deportes, las juntas viales cantonales y los consejos locales de seguridad vial.
 3. La autonomía municipal representativa no se materializa, pues el Gobierno Central mantiene un alto nivel de intervención con instituciones en las que mantiene representantes con voz y voto, decidiendo en asuntos competenciales de la Municipalidad.

cantón” y le otorga la posibilidad de promover y administrar sus propios intereses. Esa posibilidad la ejercen por medio del gobierno municipal e incluso a éste se le obliga favorecer tal ejercicio.⁴ Sin embargo, el legislador le da mayores opciones para tal ejercicio: véase, verbigracia, la participación en las juntas de educación y juntas administrativas, los comités cantonales de deportes, las juntas viales cantonales y/o los consejos locales de seguridad vial.

Cada Comité Cantonal de Deportes es integrado por cinco personas residentes del cantón respectivo.⁵ Dos son nombrados por el Concejo Municipal⁶; dos, por las organizaciones deportivas y recreativas del cantón; y una, por las organizaciones comunales restantes. El cargo es bianual, sujeto a reelección y gratuito (no se otorgan dietas ni remuneración alguna)⁷. El procedimiento de elección de estos cinco miembros debe ser reglamentado por la Municipalidad.⁸

El Concejo Municipal regula reglamentariamente el funcionamiento del Consejo Cantonal de Deportes.⁹ Sin embargo, debemos considerar que estos órganos cuentan con personería jurídica instrumental.¹⁰ Conviene precisar que

esta última se otorga para construir, administrar y mantener las instalaciones deportivas de su propiedad y otorgadas en administración.¹¹

La Junta Vial Cantonal la integran ocho miembros: 1) el Alcalde –quién la preside–, 2) un miembro del Concejo Municipal, 3) el ingeniero director o ingeniero subdirector de la Sede Regional del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, 4) un representante de los Concejos de Distrito –nombrado en Asamblea por éstos–, 5) un representante de las asociaciones de desarrollo integral del cantón –seleccionado por el Concejo Municipal de una terna remitida por la Asamblea de la Unión Cantonal de Asociaciones de Desarrollo Comunal–, 6) un representante de las cámaras del sector privado con sede en el cantón –nombrado por el Concejo Municipal de una terna remitida por Asamblea convocada por las cámaras–, 7) un representante de la comunidad de usuarios –elegido en Asamblea pública y abierta convocada al efecto por el Concejo Municipal– y 8) el Director de Gestión Vial Municipal de la Municipalidad –que integra con voz pero sin voto–. Todos los miembros indicados ejercen el cargo en forma gratuita, por cuatro años y con derecho a reelección.¹²

4. En tal sentido dispone el artículo 5° del Código Municipal: “Las municipalidades fomentarán la participación activa, consciente y democrática del pueblo en las decisiones del gobierno local. Las instituciones públicas estarán obligadas a colaborar para que estas decisiones se cumplan debidamente.”.

5. El Consejo Cantonal de Deportes es un órgano colegiado y se le aplican supletoriamente los artículos 49° a 58° de la Ley General de la Administración Pública.

6. Código Municipal, artículo 13 inciso g: “Son atribuciones del Concejo:... g) Nombrar directamente, por mayoría simple, a los miembros de las Juntas Administrativas de los centros oficiales de enseñanza y de las Juntas de Educación, quienes solo podrán ser removidos por justa causa. Además, por igual mayoría, nombrar a los representantes de las municipalidades ante cualquier órgano o ente que los requiera.”.

7. Código Municipal, artículo 168°.

8. Código Municipal, artículos 165° y 166°.

9. Código Municipal, artículo 169°.

10. Código Municipal, artículo 164°.

11. La responsabilidad de sus actos y de sus integrantes se rige por los artículos 190° y siguientes de la Ley General de la Administración Pública.

12. Decreto Ejecutivo 30263-MOPT, artículo 11° inciso a.

La Junta Vial Cantonal es colegiada y sus acuerdos se aprueban por mayoría simple. En caso de empate, el presidente ejerce el voto de desempate, el quórum se valida con la presencia de la mayoría absoluta, sea la mitad más uno del total de sus miembros.¹³

La Junta Vial Cantonal tiene como competencia: 1) proponer al Concejo Municipal el destino de los recursos provenientes de la Ley de Simplificación y Eficiencia Tributarias –por medio de planes anuales y quinquenales de conservación y desarrollo vial del cantón¹⁴– y formular los planes reguladores de emergencia vial (todos se remiten al mismo Concejo para la aprobación o improbación respectiva); 2) conocer y avalar los proyectos de presupuesto anual de la gestión de la Red Vial Cantonal que existe en el cantón; 3) velar por el cumplimiento de las políticas, normativa y reglamentación aplicable en gestión vial, emitida por el Concejo Municipal, el Ministerio de Obras Públicas Transportes y otros entes competentes; 4) conocer los informes de la evaluación de la Gestión Vial Municipal, que prepare el personal responsable de esta labor; 5) las que expresamente le fueren conferidas por el Consejo y aceptadas por la Junta Vial Cantonal; 6) presentar, mediante mecanismos apropiados, un informe anual de rendición de cuentas ante el Concejo Municipal y la sociedad civil; 7) solicitar al Concejo Municipal la realización de auditorías financieras y técnicas, cuando lo considere conveniente.¹⁵

El Consejo Local de Seguridad Vial lo integran: 1) el Alcalde Municipal del Cantón,

2) el Jefe de la Delegación Cantonal de la Policía de Tránsito, 3) el Presidente de la Junta de Desarrollo Integral del Cantón, 4) el Presidente o un representante de las cámaras privadas del cantón, 5) un representante de la clínica u hospital del cantón de la Caja Costarricense de Seguro Social, 6) un representante de la Dirección Regional del Ministerio de Educación Pública del cantón, 7) un representante del Instituto Nacional de Seguros, 8) un representante de la Cruz Roja, 9) un representante del Ministerio de Salud y 10) un representante nombrado por el Concejo Municipal que tenga amplia experiencia en materia de seguridad vial o desempeño en la consecución de los programas de tal temática. Este último a discrecionalidad del Concejo Municipal de nombrarlo o no.¹⁶

Al Consejo Local de Seguridad Vial le compete: 1) incorporarse al proceso de formulación de los proyectos y programas en materia de seguridad vial en la Municipalidad, 2) incluir sus actividades en materia de demarcaciones, semaforización, proyectos de escuelas y empresas seguras, parques infantiles para instrucción vial, patrullas escolares, mantenimiento de señales de tránsito, campañas y ferias de seguridad vial, para incentivar a nivel local hábitos seguros, identificación de zonas de alto riesgo, para prevenir accidentes de tránsito, diagnóstico de cambio de vías y paradas, entre otros, 3) ser garantes de la ejecución de proyectos evaluando periódicamente el avance y los resultados de los programas viales ejecutados y en ejecución.

13. Decreto Ejecutivo 30263-MOPT, artículo 11° inciso b y c.

14. Decreto Ejecutivo 30263-MOPT, artículo 6°.

15. Decreto Ejecutivo 30263-MOPT, artículo 12°.

16. Decreto Ejecutivo 29390-MOPT-S, artículo 6°.

La Junta de Educación y la Junta Administrativa son integradas por cinco miembros propietarios que requieren: a) ser costarricenses o extranjeros con cédula de residencia, b) ser mayores de edad, c) saber leer y escribir, d) ser de conducta irreproachable. La Junta de Educación la nombra el Concejo Municipal respectivo. El procedimiento es el siguiente: el Asesor Supervisor de Educación propone al Concejo Municipal cinco temas que, a su vez, proponen los respectivos directores de su jurisdicción, y de cada una de ellas se elige un miembro para integrar la Junta de Educación. En ningún caso la misma persona podrá ir en dos o más ternas simultáneamente, salvo que por razones de población o manifiesto desinterés de los padres de familia y vecinos de la comunidad, se imposibilite la integración de las ternas, en cuyo caso, se remitirá la nómina y se darán las explicaciones correspondientes. La Junta Administrativa la nombra el Concejo Municipal y cada integrante es elegido de cada una de cinco nóminas de no menos de cinco candidatos que propone el Director del Colegio, previa consulta con el Consejo de Profesores y con el Comité Ejecutivo del Gobierno Estudiantil.

La Junta de Educación y la Junta Administrativa tienen como competencia: "a) Velar porque las instituciones educativas no carezcan del material didáctico necesario. b) Velar por el buen estado, construcción y mejora de la planta física de las instituciones a su cargo, así como por la conservación y protección de los bienes muebles. c) Administrar los recursos económicos provenientes del Fondo de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares, asignados a la institución educativa por medio de la División de Alimentación y Nutrición del Escolar y del Adolescente, para el funcionamiento de los comedores

escolares. d) Promover la participación activa y responsable de los miembros de la comunidad, en el funcionamiento adecuado del comedor escolar e impulsar políticas de integración comunal para financiar y desarrollar dichos programas en el ámbito institucional. e) Llevar, en coordinación con el Director de la institución, un inventario de los bienes bajo su administración. f) Autorizar el uso de la planta física para actividades comunales y culturales, cuando se realicen fuera de la jornada de la institución o durante el período de vacaciones del Director. g) Promover actividades y crear mecanismos de participación e integración entre la comunidad y los centros educativos. h) Denunciar ante las autoridades correspondientes las irregularidades y faltas que se cometan dentro de la institución. i) Desarrollar, de común acuerdo con el personal docente, proyectos agrícolas y económicos tendientes a aumentar sus recursos, utilizando los bienes e infraestructura de la institución, para lo cual quedan autorizadas. j) Contratar al personal docente y estudiantes de la institución para el desarrollo de los proyectos a que se refiere el inciso anterior. En estos contratos no podrán establecerse cláusulas que afecten el proceso de enseñanza y aprendizaje. k) Procurar la satisfacción de necesidades económicas, de equipo y de mobiliario de la institución o las instituciones a su cargo, para lo cual podrán gestionar donaciones de instituciones públicas y privadas. l) Cooperar en las actividades oficiales que lleve a cabo la institución, el Patronato Escolar, la Asociación de Padres de Familia y, en general, organismos de la comunidad, cuando medien intereses educativos. m) Coordinar con las diferentes instituciones públicas y privadas los proyectos, actividades y servicios en beneficio de la institución, siempre y cuando no se interfiera con el proceso de enseñanza y aprendizaje. n)

Desarrollar proyectos y acciones en beneficio de la comunidad estudiantil tales como la donación de útiles y artículos escolares y el otorgamiento de becas y ayudas económicas a estudiantes de escasos recursos y de alto rendimiento académico. o) Asociarse, si lo estima conveniente, con las cooperativas escolares y estudiantiles que funcionen en el ámbito de su competencia territorial. p) Participar con otras Juntas en proyectos y actividades de interés común. q) Mantener estrecho contacto, coordinación y comunicación con el Director y el personal de la institución, con el Concejo Municipal, autoridades del municipio y gubernamentales en general. r) Poner en conocimiento los informes, documentos, observaciones e información en general que le sea solicitada por autoridad competente del Ministerio de Educación Pública. s) Destituir al tesorero-contador y sancionar alguno de los servidores contratados por la junta.”¹⁷

Estos casos de participación de la comunidad –y que puede ser reputada como “impuesta”

a la Municipalidad– son ejemplos del ejercicio de la autonomía para la defensa de sus intereses.

3. Autonomía municipal *representativa*

La segunda autonomía –cuya titularidad se reputa a la Municipalidad– se plantea seccionada pues en la búsqueda de “equilibrios” se divide en sus perfiles. Así vemos, en lo conducente, el artículo 4° del Código Municipal: “La municipalidad posee la autonomía política,¹⁸ administrativa y financiera que le confiere la Constitución Política...”. Este numeral se funda en el artículo 170° constitucional: “Las corporaciones municipales son autónomas...”.¹⁹ Y para dar una imagen de autonomía municipal efectiva se ordena en los numerales 6° y 7° del Código Municipal una actividad coordinada entre la Municipalidad y la Administración Central.²⁰

En función de tal actividad coordinada debemos notar la tesis de CLIMENT (1988:279-318) al

17. Decreto 31024-MEP, artículo 8°.

18. Señala ORTIZ (1987:86-87) respecto del perfil político: “...Se trata entonces de una verdadera descentralización de la función política en materia local, si aquella se entiende como actividad del ente público que define los fines y límites de la misma ante los otros entes públicos y ante la iniciativa privada, para regir los recursos de la municipalidad según un orden de prioridades, como unidad de poder local. La autonomía política o programática de que hablamos implica necesariamente la normativa, entendida como la capacidad de dictar normas con valor reglamentario en el ordenamiento estatal y superiores a cualquier otra norma de ese ordenamiento dentro del campo material (“local”) reservado, salvedad hecha de la Constitución y de la ley...”.

19. MURILLO (2008:285) indica acerca de este numeral 170° constitucional: “...Como ha sido harto aclarado, por doctrina y jurisprudencia, los entes territoriales menores tienen autonomía política y administrativa, que son las que aquí pueden interesar. La autonomía en general alude a la posición del ente frente a los órganos del Estado-sujeto. Alude concretamente al grado de “soltura” con que actuará el ente. La política o de gobierno va referida al campo de actuación genérica del ente (definición de políticas, programas, proyectos, reglamentos) y supone “libre” capacidad para autodefinirse en este campo. La administrativa concierne a las actuaciones concretas y supone entonces capacidad para “libremente” emanar los respectivos actos. Esto, grosso modo, pues todo es relativo y sujeto a precisiones. La autonomía sencillamente da respuesta a la cuestión de hasta donde terceros actores de la gestión pública pueden condicionar o interferir en la dirección y gestión local. Por supuesto que el fundamento de la autonomía local no está simplemente en el 170 citado. Nace de la condición misma de ente territorial y especialmente de la elección popular de los titulares del órgano colegiado jerarca de estos entes.”.

20. Código Municipal art. 6°: “La municipalidad y los demás órganos y entes de la Administración Pública deberán coordinar sus acciones. Para tal efecto deberán comunicar, con la debida anticipación, las obras que proyecten ejecutar.”. Y el art. 7°: “Mediante convenio con el ente u órgano público competente, la municipalidad podrá llevar a cabo, conjuntamente o individualmente, servicios u obras en su cantón.”.

plantearla en tres aspectos: la *cooperación*, la *coordinación* y la *colaboración*. Éstas “...son fórmulas que flexibilizan el rigor del sistema de distribución competencial sin alterar, en principio, la titularidad y el ejercicio de las competencias propias de los Entes territoriales; se trata de técnicas relacionadas que tienen en común este dato de no alteración del sistema general de distribución de competencias y que buscan la flexibilización del sistema mediante la articulación del ejercicio de las competencias propias de cada Ente territorial.”²¹

La *cooperación* se traduce en la concreción del fin que se busca lograr y que corresponde a la prestación de servicios municipales. Estos últimos son referenciados al ámbito competencial específico de la Municipalidad respecto de otros Entes y Órganos. Para CLIMENT (1988:281) la cooperación exige que los sujetos “...laboren en común para la obtención de su objeto. La cooperación autonómica y estatal a los servicios municipales condiciona los sujetos posibles de la cooperación cuando ésta tiene por objeto los servicios municipales. Los sujetos de esta cooperación son así los Entes en que se organiza territorialmente el Estado en los términos constitucionales... Así se puede llegar, en una primera aproximación, a la configuración de la noción de cooperación estatal y autonómica en los servicios municipales considerándola como las actuaciones de los Entes territoriales estatales autonómicos y locales que tienen

por objeto la prestación de los servicios de competencia municipal.”

La *coordinación* implica ordenar de común una o varias específicas actividades que corresponden a varios Entes y que deben realizar cada uno de ellos; así, cada Ente realiza las acciones que competencialmente le corresponden, aceptando incluso la dirección de uno de ellos. Se logra evitar distorsiones al ejercer las competencias de cada uno de los Entes, sin violentar el sistema de distribución competencial y el principio de autonomía municipal. Se busca racionalizar el ejercicio de tal principio dadas las limitaciones en los recursos disponibles. La *colaboración* entre las Administraciones central y local “... responde a la idea de contribución de unos sujetos a la realización de actividades que son propias de ambos. La idea de colaboración es, pues, claramente diferenciable de la de la coordinación, pero en cambio resulta muy próxima a la de cooperación.” (CLIMENT. 1988:283).

Así, la *cooperación* se diferencia de las otras dos “...en que sustancialmente consiste en la realización de actividades insertas en el ámbito competencial municipal, mientras que la coordinación no permite la realización de actividades propias de la competencia de una Administración pública por otra diferente, aunque pueda llevar a la ordenación de las actividades de aquéllas... Sin embargo, las fórmulas de

21. CLIMENT (1988:280) refiere –además de la cooperación, la coordinación y la colaboración– la existencia de otras fórmulas que hacen viable la articulación de las acciones de los Entes territoriales en los espacios municipales, verbigracia la transferencia y delegación competenciales. Sobre éstas señala que “...parten de un marco definido de competencias propias de cada uno de los Entes territoriales y son figuras que suponen una alteración singular del sistema de distribución competencial general; son, pues, excepciones singulares del sistema general de atribución de competencias al conjunto de los Entes territoriales, que en mayor o menor grado alteran el orden general competencial, y por ello permiten una singular adecuación del mismo a las necesidades de cada momento y cada lugar; se trata de fórmulas que flexibilizan el sistema competencial desde dentro del mismo sin romperlo, pero que en todo caso alteran la titularidad de una determinada competencia o la titularidad de su ejercicio respecto del marco general de distribución competencial.”

cooperación se manifiestan en nuestra realidad jurídica y en su proyección material de forma diferente según se trate, de una parte, de realizar el ejercicio de competencias estatales, autonómicas o estrictamente locales y, de otra parte, según quien sea el sujeto titular de la competencia objeto de cooperación y quién el sujeto, o sujetos, cooperantes. La acción de cooperación, contemplada desde el punto de vista del ámbito local, comprendería así toda actividad cooperadora entre las distintas Administraciones públicas en la que interviniera una Administración local, bien como titular de la competencia objeto de la cooperación, bien como sujeto cooperador al ejercicio de una competencia estatal...”(CLIMENT. 1988:285,297).

Sin embargo, en la práctica no hay autonomía de la Municipalidad a pesar de las “actividades coordinadas” y ejemplo de ello son las intervenciones del Gobierno Central en competencias municipales por medio de las juntas de educación y juntas administrativas, los comités cantonales de deportes, las juntas viales cantonales y/o los consejos locales de seguridad vial.

Si bien aquéllos se reconocen como ejemplos del ejercicio de la autonomía municipal de la comunidad desde el punto de vista participativo, no se pueden reconocer como casos de autonomía municipal de la Municipalidad desde el punto de vista representativo.

Véase que el legislador le otorga competencias a las juntas de educación y juntas administrativas, los comités cantonales de deportes, las juntas viales cantonales y/o los consejos locales de seguridad vial, que son propias del ente

territorial local Municipalidad. Y aún más son ejemplo de una violación a la potestad de la Municipalidad de darse su organización para la prestación de los servicios, son “órganos” impuestos y algunos con “personalidad jurídica instrumental”.

El sistema jurídico costarricense establece, por ende, una declaración de principios en la Constitución Política y en el Código Municipal, mas una ausencia de contenido eficaz debida al dictado de leyes y decretos que crean –en algunos casos– entes y –en otros– órganos que asumen competencias propias de la Municipalidad. Con este panorama no es defendible la tesis de una autonomía municipal en la práctica.

4. Notas finales

Primera. El sistema constitucional costarricense establece una forma de gobierno representativo, por una parte, y participativo, por otra.

Segunda. La autonomía municipal participativa se materializa en la participación de la sociedad civil en instituciones como las juntas de educación y juntas administrativas, los comités cantonales de deportes, las juntas viales cantonales y los consejos locales de seguridad vial.

Tercera. La autonomía municipal representativa no se materializa, pues el Gobierno Central mantiene un alto nivel de intervención con instituciones en las que mantiene representantes con voz y voto, decidiendo en asuntos competenciales de la Municipalidad.

BIBLIOGRAFÍA

CLIMENT BARBERÁ (Juan). 1988. "La cooperación estatal y autonómica en los servicios municipales". En: *Tratado de Derecho Municipal*. Madrid, Editorial Civitas S.A., tomo I, pp. 279-318.

MURILLO ARIAS (Mauro). 2008. *Ensayos de Derecho Público*. San José, Editorial Juricentro, volumen IV, 295 pp.

ORTIZ ORTIZ (Eduardo). 1987. *La Municipalidad en Costa Rica*. Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 448 pp.

PAREJO ALFONSO (Luciano). 1988. "La autonomía local en la Constitución". En: *Tratado de Derecho Municipal*. Madrid, Editorial Civitas S.A., tomo I, pp. 19-100.

ROSATTI (Horacio). 2006. *Tratado de Derecho Municipal*. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, tomo I, 449 pp.

SOSA WAGNER (Francisco). 1988. "Los principios del nuevo régimen local". En: *Tratado de Derecho Municipal*. Madrid, Editorial Civitas S.A., tomo I, pp. 101-126.

LAS DISTINTAS FORMAS DE EXPROPIACIÓN ANTIJURÍDICA DE INVERSIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL: UN ANÁLISIS PARA COSTA RICA

Licda. Andrea Marín Odio

1. Introducción:

El tema de la expropiación antijurídica de inversión y su tratamiento por los tribunales arbitrales internacionales es considerado uno de los de mayor relevancia en la coyuntura actual internacional y también para Costa Rica.

Nuestro país se encuentra en un momento de apertura al mercado internacional como nunca antes en su historia, mientras lucha por regular las prácticas comerciales del país y los actos de sus inversionistas extranjeros. Es de especial relevancia para Costa Rica el estudiar las experiencias vividas por los países que forman parte del Tratado de Libre Comercio entre México, Canadá y Estados Unidos (en adelante NAFTA por sus siglas en inglés) en este tema, ya que sentaron un precedente para la posterior aplicación de las regulaciones en materia de medidas equivalentes a expropiación y expropiación antijurídica de inversión en el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos, del cual Costa Rica es parte (en adelante DR-CAFTA por sus siglas en inglés). El país deberá prestar especial atención a las obligaciones adquiridas bajo este Tratado y las consecuencias que podrían derivarse de su aplicación en su diario actuar, tanto en sus actuaciones lícitas como ilícitas.

El presente es un tema sumamente amplio y cuyo tratamiento puede abarcar para realizar sendos tomos al respecto, sin embargo, el

presente artículo se centrará específicamente en las obligaciones contraídas por el Estado en relación con la expropiación antijurídica de inversión extranjera y las repercusiones que esto puede acarrear para Costa Rica.

Es importante iniciar recalcando que los distintos instrumentos de derecho internacional suscritos por Costa Rica lo convierten en sujeto de responsabilidad en caso de incurrir en cualquiera de las manifestaciones de la expropiación antijurídica de inversión. Estas obligaciones, y sus consecuencias, deberán ser recordadas de manera constante por parte de las instituciones gubernamentales. Tanto en sus actuaciones lícitas como ilícitas, el Estado deberá regirse por un marco regulatorio por medio del cual, al regular la inversión extranjera, los inversionistas que consideren que sus derechos son menoscabados, pueden demandar al país y buscar compensación por estos actos.

2. Expropiación antijurídica de Inversión:

No es posible brindar un concepto de expropiación antijurídica sin primero definir el concepto de una expropiación conforme a derecho:

a. Expropiación conforme a derecho:

La expropiación conforme a derecho se puede definir como un instituto de derecho público mediante el cual el Estado priva

de la propiedad privada a su titular para el cumplimiento de un fin de utilidad pública, siguiendo un determinado proceso y pagando una debida compensación, la cual deberá ser pronta, adecuada y efectiva. Ésta deberá contar con todos los elementos mínimos necesarios para su configuración legal, los cuales son: debido proceso, interés público debidamente motivado, no discriminación, privación del derecho de propiedad privada y debida compensación.

i. Debido proceso:

En el Derecho Internacional se acepta que, para que una expropiación sea considerada como conforme a derecho, debe contar con una actuación formal del Estado¹ que la legitime. Usualmente este requisito hace referencia al cumplimiento del proceso interno de expropiación, el cual es propio de cada país. Sin embargo, los fundamentos detrás de este elemento de la expropiación legal sí pueden unificarse en garantizar a la persona física o jurídica sujeta a dicha expropiación el cumplimiento de dos principios básicos: el acceso a la justicia y el derecho de defensa². Se ha aceptado de manera prácticamente generalizada que éste debe permitir al inversionista cuestionar el monto y base de la compensación que recibirá por dicha expropiación.³

Es importante mencionar que el mayor impulso al desarrollo de lo que debe ser considerado como debido proceso en la expropiación, en la comunidad internacional, se está desarrollando a través de los Tratados Bilaterales de Inversión, creando requerimientos especiales para cada Estado a través de contratos específicos.

ii. Interés público debidamente motivado.

Con el fin de que una medida privativa de la propiedad privada (derecho humano de primera generación) sea válida en el derecho internacional, es necesaria que ésta sea realizada debido a un interés público superior debidamente motivado, por medio del cual el interés individual cede al interés colectivo de manera fundamentada.⁴ La existencia de un interés público en la expropiación no es un factor eximente para el Estado, sino una condición necesaria para su configuración.⁵

La razón de ser de este elemento en la expropiación es justificar la actuación del Estado en contra de la persona física o jurídica propietaria de la inversión, ya que “el fin de la expropiación no es la mera “privación” en que ésta consiste, sino el destino posterior a que tras la privación expropiatoria ha de afectarse el bien que se expropia.”⁶ Es decir, la causa principal por la cual se expropia.

1 GUDOFISKY (Jason L.). Shedding light on article 1110 of the North American Free Trade Agreement (NAFTA) concerning expropriations: An environmental case study. *Northwestern Journal of International Law and Business*. Estados Unidos de América, N° 21, 2000, p. 243

2 En nuestro país la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia se refirió a estos dos elementos en su resolución N° 1739 de las 11:45 del 01 de julio de 1992.

3 Documento número A/51/394 de la Sesión número 51 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (1996): <http://www.un.org/documents/ga/docs/51/plenary/a51-394.htm> (Consulta: 11 de junio de 2008)

4 RIVERA VALVERDE (Olman). *La Retrocesión en la Expropiación Pública*, San José, Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1991, p. 35.

5 GUDOFISKY (Jason L.). Op. Cit. p. 252.

6 GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo) y FERNÁNDEZ (Tomás-Ramón). *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo 2, Madrid, Editorial Civitas, Segunda Edición, 1988, p. 212.

iii. No discriminación

El requisito de que la actuación del Estado al expropiar no sea realizada por razones discriminatorias contra los extranjeros, ha sido plasmado de manera prácticamente unificada en todas las estipulaciones concernientes a expropiación contenidas en los Tratados de Libre Comercio y los más de 2000 Tratados de Inversión Bilateral vigentes al día de hoy.⁷ Este elemento de la expropiación legal se ha convertido en uno de tal trascendencia que es prácticamente imposible imaginarse una cláusula de protección a la propiedad privada en el derecho internacional que no contenga este requisito.

La importancia de este elemento en la expropiación responde a una realidad histórica en la comunidad internacional, en donde al extranjero, por su condición de foráneo, le son irrespetados sus derechos fundamentales de manera sistemática. Por esta razón, se ha requerido la necesidad de un elemento en la expropiación que garantice que ésta no se realizará basada en razones discriminatorias. Se afirma que un Estado anfitrión está obligado por el derecho internacional a observar un estándar mínimo internacional en el tratamiento de los extranjeros y la propiedad extranjera.⁸

Aún los tribunales arbitrales internacionales aseguran que la “discriminación es ampliamente prohibida por la costumbre en el derecho internacional en el área de expropiaciones”.⁹ Los laudos arbitrales sobre expropiaciones son extensos en contra de los actos discriminatorios de los Estados y, todos han coincidido que los Estados que realizan expropiaciones basados en una discriminación *de iure* o *de facto* contra el extranjero, incurrir en responsabilidad internacional.¹⁰

iv. Privación de la propiedad privada.

Gracias a la dinámica mundial y comercial actual, el concepto de propiedad ha debido ser ampliado para abarcar ésta no solo en su concepto físico-material, sino también como aquella propiedad incorporal, cuyo objeto son bienes inmateriales.¹¹ Esto significa que comprende una amplia variedad de derechos económicamente importantes para el inversionista con el fin de llevar con éxito su negocio.¹² Por esta razón, se hace mención al término general de “inversión”, ya que éste comprende no solamente los bienes físicos que son susceptibles de expropiación (como las fincas), sino también los bienes inmateriales directamente relacionados con el negocio del inversionista (como las patentes, marcas,

7 Es posible encontrar todos los Tratados de Inversión Bilateral suscritos al día de hoy y el texto de la mayoría de ellos en la página oficial de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo: http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch___779.aspx.

8 ASANTE (Samuel). *International Law and Foreign Investment: a Reappraisal*. International and Comparative Law Quarterly. Cambridge, Inglaterra, Volumen 37, 1988, p. 590.

9 IRÁN-US CLAIMS TRIBUNAL. *Amoco International Finance Corp. v. Irán*. Laudo N° 1803 (1987). El original en inglés cita: “discrimination is widely prohibited by customary international law in the field of expropriation”.

10 Ver a manera de ejemplo: TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC NAFTA. *Pope & Talbot v. Canadá*. Final Award, Phase II (2001). para. 70.

11 Para más desarrollo sobre los bienes inmateriales ver: PÉREZ VARGAS (Víctor). *Derecho Privado*. San José, editorial LIL, S.A., tercera edición, 1994. pp. 134-135

12 CHRISTIE (G.C). *What Constitutes a Taking Under International Law?* British Yearbook of International Law. N° 38, 1962, p. 307.

derechos de autor, el peculio invertido en una empresa, entre otros).

Debido a lo anterior, se ha reconocido ampliamente en el derecho internacional que la expropiación se extiende también a “cualquier derecho que pueda ser objeto de una transacción comercial, es decir, libremente comprado y vendido y por lo tanto, con un valor monetario”.¹³ Esto incluye derechos contractuales¹⁴, derechos derivados de patentes, propiedad intelectual y derechos de administración en general¹⁵. Es decir, en general: Inversión.

Este desarrollo del concepto de “Inversión” puede observarse con mayor claridad en el laudo arbitral internacional de Tokios Tokelès v. Ucrania, donde, en un conflicto sobre protección de inversión extranjera lituana en Ucrania, el tribunal arbitral estipuló expresamente que la obligación del Estado con respecto a “Inversión” se relacionaba “no solo con la propiedad física de los inversionistas lituanos, sino también con las operaciones comerciales asociadas con esa propiedad física.”¹⁶

Aún la Corte Interamericana de Derechos Humanos desarrolló este tema en el caso Ivcher Bronstein v. Perú cuando, al referirse a los bienes susceptibles a expropiación mencionó: “Los bienes pueden ser definidos

como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor”.¹⁷

Ahora bien, la privación de la propiedad privada en una expropiación no tiene que consistir necesariamente en una apropiación física de la propiedad, sino que puede consistir en una pérdida sustancial del control o del valor económico de la misma, sin que necesariamente esta propiedad sea sacada del ámbito de protección de su dueño. Esto fue detallado en laudo arbitral del caso Tippetts donde se explicó: “Una privación o toma de propiedad privada puede ocurrir en el derecho internacional a través de una interferencia por parte del Estado en el uso de esa propiedad o en el goce de sus beneficios, aún cuando el título legal de la propiedad no sea afectado.”¹⁸

Es por esta razón que en casos como CME v. República Checa, el tribunal arbitral resolvió que este Estado había incurrido en responsabilidad al expropiar a CME ya que las medidas impuestas por su administración destruyeron “el valor comercial de la inversión”¹⁹ al hacer que ésta perdiera seguridad jurídica

13 IRÁN-US CLAIMS TRIBUNAL. Amoco International Finance Corp. v. Irán. Laudo N° 1803 (1987) p.108

14 CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Egipto. Caso N° ARB/84/3 (1992). Par. 164

15 PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. Case Concerning the Factory at Chórzow (Alemania v. Polonia). Serie A N° 17 (1928).

16 CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. Tokios Tokelès v. Ucrania. Caso N° ARB/02/18 (2004). para. 92.

17 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Ivcher-Bronstein v. Perú. 2001. para. 122.

18 IRÁN-US CLAIMS TRIBUNAL. Tippetts, Abbott, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran. Laudo N° 141-7-2 (1984). p. 219

19 TRIBUNAL ARBITRAL UNCITRAL. CME Czech Republic B.V. v. República Checa. Final Award (2003). para 591. El original en inglés cita: “the commercial value of the investment”.

por las medidas establecidas por la autoridad reguladora estatal, aún cuando la propiedad continuaba a nombre de la empresa CME.

En conclusión, la privación de la propiedad privada puede presentarse como un efectivo desapoderamiento de la propiedad a su dueño, o a través de medidas que, aunque mantienen la propiedad en manos de su dueño, la convierten en vacía y sin valor comercial alguno.

v. Debida compensación.

La compensación es considerada uno de los elementos más importantes de la expropiación. Su importancia es tal que muchos autores aseguran que este elemento es el que define si existió una expropiación legal o no en primer lugar; ya que, en caso de no existir una expropiación, es el inversionista extranjero quien deberá soportar las consecuencias económicas de la acción estatal y no el Estado.²⁰

Mediante el desarrollo del concepto de expropiación, se ha definido que una expropiación legal deberá requerir una compensación adecuada, normalmente equivalente al valor de mercado.²¹ Hoy en

día, se acepta que la compensación por expropiación debe ser pronta, adecuada y efectiva²², entendiendo cada uno de estos términos como:

- **Pronta:** significa que la compensación debe ser pagada con una prontitud razonable, esto es, tan pronto como sea razonable bajo las circunstancias específicas y bajo los estándares internacionales de justicia.²³
- **Adecuada:** este término hace referencia a que la compensación sea conforme al precio justo de mercado, el cual ha sido definido como el monto que se espera obtener de la venta de la inversión en el mercado abierto realizada por un vendedor dispuesto a un comprador dispuesto.²⁴ Cabe resaltar que debe incluirse en este cálculo el pago de los intereses, los cuales se considera que comienzan a correr desde el momento efectivo de la privación de la propiedad privada.²⁵
- **Efectiva:** se define como el hecho de que la compensación se entregue en una forma en que pueda ser efectivamente disfrutable. Para satisfacer este criterio, la compensación debe entregada ser en la forma de dinero en efectivo o en otro tipo de pago fácilmente convertible en su forma líquida.²⁶

20 SCHREUER (Christoph). The concept of Expropriation under the ETC and other Investment Protection Treaties. Transnational Dispute Management. Estados Unidos de América, N° 2, 2005, p 3.

21 PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. Case Concerning the Factory at Chorzow (Alemania v. Polonia) Serie A N° 17 (1928). p. 46-48; IRÁN-US CLAIMS TRIBUNAL. Amoco International Finance Corp. v. Irán. Laudo N° 1803 (1987). p. 108.

22 AUTOR CORPORATIVO. Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States. American Law Institute. Estados Unidos de América, Volume 2, 1986

23 ASANTE (Samuel). Op. Cit. p. 596.

24 BORCHERDING (Thomas) y KNETSCH (Jack). Expropriation of Private Property and the Basis for Compensation. University of Toronto Law Journal. N°29, 1979, p. 237.

25 CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republica de Costa Rica. Caso N° ARB/96/1 (2000).

26 ASANTE (Samuel). Op. Cit. p. 596.

Asimismo, nuevos desarrollos en el tema de la compensación reconocen dentro del monto debido al inversionista las expectativas razonables de ganancia que una inversión podría llegar a tener. Esto corresponde al cálculo de la fórmula Hull. Dicha teoría matemática no es aplicada en todos los casos de compensación por expropiación debido a la dificultad de lograr consenso sobre lo que significa una “expectativa razonable de ganancia”.

b. Expropiación antijurídica de Inversión:

Habiendo analizado la información anterior, es posible comprender de una mejor manera la figura de la expropiación antijurídica. Hoy en día no existe consenso en la comunidad internacional sobre una definición unívoca de expropiación antijurídica, sin embargo, es posible concluir que ésta es una actuación estatal que priva a un propietario del efectivo uso y/o disfrute de su propiedad privada, sin que medien todos los elementos de la expropiación conforme a derecho mencionados supra.

Algunos autores han asegurado que la aparente apatía de los Estados por definir correctamente el concepto de expropiación antijurídica puede ser explicada por el hecho de que el Estado anfitrión de la inversión extranjera puede realizar un sinnúmero de medidas que poseen un efecto similar a la expropiación (o expropiaciones indirectas).²⁷

Tradicionalmente, los doctrinarios han asegurado que la manera de identificar una expropiación antijurídica es tomando

una expropiación conforme a derecho y observando si ésta adolece o no de utilidad pública, una compensación apropiada²⁸ y/o debido proceso. Sin embargo, Será necesario realizar un análisis casuístico con el fin de determinar su efectiva configuración.

3. Protección de la inversión extranjera en el Derecho Internacional:

A través de la historia, los extranjeros han sido sujetos de abuso por parte de los gobiernos de turno de los Estados donde se encuentran. Debido en gran parte al creciente fenómeno globalizador que nuestra sociedad experimentó a partir de la segunda mitad del siglo XX y al importante rol de la inversión extranjera, la comunidad internacional desarrolló, con el fin de proteger a la inversión extranjera en contra de las expropiaciones antijurídicas, los siguientes principios e instrumentos:

a. Principio de Trato Nacional:

Este principio del derecho internacional garantiza que a las inversiones extranjeras, una vez dentro del Estado receptor, se les brindará el mismo trato que a los nacionales en su territorio.

La razón de ser de la aplicación de este principio hasta después de que la inversión haya ingresado al país se debe a que el principio de Trato Nacional para los inversionistas puede ser invocado, siempre y cuando se respete un derecho anterior de los Estados en el cual éstos, en el ejercicio de sus poderes soberanos,

27 DOLZER (Rudolf) y STEVENS (Margrete). *Bilateral Investment Treaties*. Estados Unidos de América, Kluwer Academic Publishers Group, 1995. p. 99.

28 SALAS VILLALOBOS (Mauricio) y SCHROEDER LEIVA (José A.). *La Responsabilidad Internacional del Estado por Daños Ocasionados al Inversionista Extranjero*, San José, Tesis para optar por el título de Licenciados en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1994. p. 21.

poseen el derecho de regular la entrada de capital o inversión extranjera en su territorio. Esto implica el derecho de prohibir la inversión extranjera en su totalidad, ciertos tipos de ésta, imponer condiciones a la entrada de inversión extranjera, a la adquisición de propiedad por parte de capital extranjero, así como el ejercicio de jurisdicción en general sobre la inversión en su territorio.²⁹ Sin embargo, luego de que la inversión extranjera pasa este primer filtro y se encuentra efectivamente dentro del territorio, es cuando comienza la protección bajo el principio de Trato Nacional.

Ahora bien, cabe recalcar que únicamente existirá una violación al principio de trato nacional cuando exista una discriminación entre nacionales y extranjeros “en circunstancias similares”. Esto implica que la aplicación e invocación de este principio requiere necesariamente de la comprobación previa de que tanto el extranjero como el nacional se encuentran en circunstancias objetivamente similares.³⁰

b. Principio de Nación Más Favorecida:

Con este principio, los Estados se obligan entre ellos a no establecer discriminaciones ya no entre nacionales y extranjeros, sino ahora entre sus diversos interlocutores comerciales. Esto permite que los Estados se obliguen con otros a que, en caso de aumentar el primero los beneficios que concede a uno de sus interlocutores comerciales, tiene que dar ese mismo “mejor” trato al segundo Estado,

de modo que todos sigan siendo los “más favorecidos”. De esta manera, si se concede a un Estado una ventaja especial, se tendrá que hacer de la misma manera con todos sus demás homólogos comerciales.³¹

c. Convenios internacionales tales como Tratados de Inversión Bilateral y Tratados de Libre Comercio:

Además de los principios anteriores, la comunidad internacional ha encontrado que la mejor solución a la situación de inseguridad, en cuanto a su propiedad, que viven diariamente los inversionistas extranjeros, se puede paliar a través de la inclusión de cláusulas detalladas prohibiendo las expropiaciones antijurídicas en los Tratados de Inversión Bilateral entre los Estados y en menor cantidad, con Tratados de Libre Comercio.

Muchos doctrinarios opinan que la adopción de estas cláusulas en los acuerdos suscritos en las últimas décadas del siglo XX, ha llevado al mejoramiento sustancial en el trato que reciben las inversiones extranjeras, lo cual ha aparejado un incremento en el porcentaje de las disputas a favor de los derechos del inversionista extranjero por medio de arbitrajes internacionales, en contraposición a las disputas resueltas por medio de protección diplomática o en foros nacionales. Se considera que la razón de ser de este cambio se deriva directamente de la proliferación de Tratados Bilaterales de Inversión entre Estados, ya que reflejan el acuerdo de dos Estados sobre

29 ASANTE (Samuel). Op. Cit. p. 616.

30 ANGULO RUIZ (Carlos Darío). The investment rules under the U.S.-Central America Free Trade Agreement: A Comparative Overview. Suiza, Tesis para optar por el título de Master en Derecho, Universidad de Loussane, 2004.

31 Entender la OMC: Los principios del sistema de comercio. Página oficial de la OMC: http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact2_s.htm (Consulta: 14 de octubre de 2007).

el trato a las inversiones realizadas en sus respectivos territorios por personas físicas y jurídicas del otro Estado.³²

Asimismo, este incremento acelerado en la suscripción de Tratados Bilaterales de Inversión, conllevó a que el Banco Mundial, en el año 1992 publicara un complemento para éstos, llamado “Lineamientos para el Tratamiento a la Inversión Extranjera Directa”³³, los cuales son aplicables a los Estados miembros del Banco Mundial y sus instituciones hermanas, con el fin de que el Estado parte encuentre una guía para complementar su Tratado de Inversión específico, brindando mayor desarrollo y explicación sobre el mismo, en el tanto lo estipulado por los lineamientos no riña con dichos tratados.

La proliferación de estas protecciones y derechos amparados en los Tratados Bilaterales de Inversión por medio de arbitrajes Inversionista-Estado conllevó, gracias a un análisis casuístico, al desarrollo de lo que sería considerado en el Derecho Internacional como una expropiación conforme a derecho, y una expropiación velada antijurídica, lo cual será analizado a continuación.

4. Las distintas formas de expropiación antijurídica de inversión en el Derecho Internacional:

Tal y como fue explicado anteriormente, aún y cuando no existe una definición unívoca

de expropiación antijurídica, para efectos didácticos, se esbozarán las principales definiciones e interpretaciones de las distintas maneras en que un Estado puede expropiar la inversión de extranjeros en el Derecho Internacional. Cada una de estas figuras “son sujetas a demandas por expropiación. Esto es algo no controvertido en el derecho internacional...”³⁴

a. Expropiación indirecta:

La expropiación indirecta consiste en una actuación estatal que vacía de contenido el derecho de propiedad de un particular, haciendo que pierda el dominio sobre ella, sin respetar ninguna o cualquiera de las características mínimas necesarias para la configuración legal de la expropiación.³⁵ Esta figura requiere de una toma efectiva o privación de los derechos fundamentales de la propiedad de una manera significativa, es decir, no efímera³⁶, sin cumplir con los elementos básicos de la expropiación explicados anteriormente.

El problema que surge en torno a la definición de esta figura, es que ha sido normalmente confundida de manera indistinta con los otros tipos de expropiación antijurídica en el derecho internacional. Siendo utilizada por los doctrinarios, árbitros, redactores de tratados y jueces internacionales como el nombre genérico para todos los tipos de expropiación antijurídica, sin embargo, esto no es preciso, se trata tan solo de una manifestación de la misma.

32 WONG (Jarrod). Umbrella clauses in Bilateral Investment Treaties: of breaches of contract, treaty violations, and the divide between developing and developed countries in Foreign Investment Disputes. *George Mason Law Review*. Virginia, Volumen 14:1, 2006, p. 135.

33 Lineamientos para el Tratamiento a la Inversión Extranjera Directa del Banco Mundial (1992) <http://www.ita.law.uvic.ca/documents/WorldBank.pdf> (Consulta: 02 de julio de 2008).

34 TRIBUNAL ARBITRAL UNCITRAL. CME Czech Republic B.V. v. República Checa. Final Award (2003). para. 604.

35 SCHREUER (Christoph). Op. Cit. p. 1.

36 IRÁN-US CLAIMS TRIBUNAL. Tippetts, Abbott, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA. Laudo N° 141-7-2 (1984). para. 225

Cabe resaltar que la antijuridicidad de esta figura radica en que el procedimiento para privar al propietario de su inversión no cumple con los elementos necesarios para la configuración de una expropiación legal de inversión, creando indefensión e inequidades; normalmente este elemento faltante en la expropiación indirecta es la compensación. Esto significa que este tipo de expropiaciones son fácilmente identificables, ya que implican la pérdida efectiva de la inversión del extranjero y, sin embargo, éste no recibe una compensación debida por este hecho.

b. Medidas equivalentes a expropiación:

A diferencia de la expropiación indirecta, este tipo de expropiación antijurídica no se configura a través de un proceso expropiatorio, ni de una disposición administrativa de privación de la propiedad privada; sino que la misma se compone de actos estatales que, aunque perfectamente lícitos, vacían de contenido la propiedad del inversionista. Es de suma importancia entonces analizar cada caso con especial cuidado.

Correctamente apuntó el Tribunal Arbitral constituido bajo NAFTA sobre las medidas equivalentes a expropiación: “Aunque estas formas de expropiación no tienen una clara o inequívoca definición, es generalmente entendido que éstas se materializan a través de acciones o conductas, las cuales no

expresan de manera explícita el propósito de la privación de derechos o bienes, pero que en la realidad poseen este efecto”³⁷

Aún cuando la existencia de la figura “medidas equivalentes a expropiación” ha sido de gran ayuda a los inversionistas para invocar sus derechos de propiedad ante actos velados de un Estado, existen muchos autores que critican la existencia de una figura tan amplia en el derecho internacional, ya que consideran que aquí podrían incluirse todas las medidas regulatorias, las políticas de Estado y leyes que impongan límites a la propiedad privada, convirtiendo cualquier regulación de la propiedad en expropiación.³⁸ Estos temores han sido confirmados a través de laudos arbitrales que, debido a un análisis poco profundo de la situación y realidad de los gobiernos actuales y las políticas económicas, toman con ligereza lo que podría ser considerado una medida equivalente a expropiación, causando en muchas ocasiones que los foros en los cuales estos laudos son otorgados pierdan legitimidad ante los ojos de la comunidad internacional.³⁹

La posición de la mayoría de los doctrinarios coincide en que todavía no han sido identificadas de una manera comprehensiva y definitiva las medidas y regulaciones consideradas “permitidas” dentro de los poderes de regulatorios del Estado, en contraposición con las medidas equivalentes a

37 CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Estados Unidos Mexicanos. Caso N° ARB (AF)/00/2 (2004).

38 CHIEN YEN (GOH). The Sharp Edge of International Investment Agreements: Expropriation and Dispute Settlement. Third World Network. Revista periódica electrónica, 2006: <http://209.85.215.104/search?q=cache:C4GQv2ZGDh0J:www.twinside.org.sg/title2/FTAs/Singapore%2520Issues/Investment/The%2520Sharp%2520Edge%2520of%2520International%2520Investment%2520Agreements%2520GohChienYen.doc+the+sharp+edge+yen+site:www.twinside.org.sg&hl=es&ct=clnk&cd=1>.

39 BURKE-WHITE (William). The Argentine Financial Crisis: State Liability Under BITs and the Legitimacy of the ICSID System. University of Pennsylvania Law School. Pennsylvania, Paper 202, 2008, 1-31.

expropiación. Tal y como Tribunales Arbitrales han mencionado anteriormente, el Derecho Internacional todavía tiene un gran trabajo por delante con el fin de trazar una línea clara e identificable entre los límites, limitaciones y regulaciones no compensables (debido a no ser expropiatorias) por un lado, y las medidas que tienen un efecto privativo de la inversión del extranjero y, por ende, expropiatoria.⁴⁰

En general, ha sido establecido en el Derecho Internacional que los Estados no son responsables ni deben pagar la compensación al inversionista extranjero cuando, en el ejercicio normal de sus poderes regulatorios de Estado, adoptan una regulación no discriminatoria, de buena fe y dirigida a servir una utilidad pública.⁴¹ El Estado solamente debería dar una adecuada compensación en caso de que el inversionista extranjero haya arribado al país debido a un compromiso expreso del Estado de no hacer valer esta regulación o límite a su propiedad.⁴²

c. Expropiación gradual:

La expropiación gradual es una forma de expropiación antijurídica que se lleva a cabo de manera paulatina. Es fácilmente comparable con la figura anteriormente explicada sobre medidas equivalentes a expropiación, sin embargo ésta, a diferencia de la anterior, no se configura a través de una sola acción, omisión u orden que lleve a cabo la privación de la propiedad privada, sino que la misma se da paso a paso. Ninguna de estas acciones,

omisiones, órdenes o medidas pueden ser calificadas como expropiatorias por sí mismas, sino que es la suma de cada una de estas acciones concatenadas las cuales llevan a la destrucción del valor de la inversión.⁴³

Con el fin de que un inversionista pueda alegar que es víctima de una expropiación gradual, debe demostrar que su inversión existió en un momento específico y que, debido a una serie de actos atribuibles al Estado, esta inversión fue erosionada a tal punto que la convirtió en inexistente. Es importante comprobar que el Estado, aún a través de actos lícitos, pisoteó los derechos que este inversionista poseía en el país de una manera que pueda ser violatoria del estándar internacional de protección al inversionista contra las distintas formas de expropiación antijurídica.⁴⁴

d. Violación de un contrato internacional por parte del Estado:

Es claro que no toda violación a un contrato internacional por parte de un Estado puede ser considerada como equivalente a una expropiación. Entendiendo este tipo de contratos como los suscritos entre un Estado (y sus instituciones) y un inversionista extranjero. Existen únicamente ciertas circunstancias especiales que pueden llevar a asegurar que el Estado comete expropiaciones antijurídicas al incumplir un contrato. El elemento clave para discernir esta situación se encuentra en analizar cuál es la posición del Estado al realizar este incumplimiento. Cuando un Estado

40 TRIBUNAL ARBITRAL UNCITRAL. *Saluka Investments BV v. República Checa*. Partial Award (2006). para. 263

41 Ibid. para. 255.

42 TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC NAFTA. *Methanex Corporation v. Estados Unidos de América*. Final Award (2005). para. 7.

43 SCHREUER (Christoph). Op. Cit. p. 14

44 CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. *Generation Ukraine Inc. v. Ucrania*. Caso N° ARB/00/9 (2003). para. 20.

se aparta de su papel como parte contractual y utiliza sus poderes soberanos en forma abusiva con el fin de evadir obligaciones vitales dentro de la relación contractual, es cuando se considera que se encuentra en presencia de una expropiación antijurídica de inversión y por lo tanto, el Estado es responsable bajo el derecho internacional.⁴⁵

Los Tribunales Arbitrales internacionales han sido muy cuidadosos al aplicar esta figura, ya que no se desea que el inversionista abuse de la misma y alegue (como lo ha hecho reiteradamente) que cualquier violación a un contrato internacional conlleva a una expropiación, y por ende a una compensación en este respecto. Esta figura está reservada para acciones mucho más agresivas de abuso de autoridad estatal. A manera de ejemplo, es posible mencionar las situaciones que se han dado en Latinoamérica (que, a la fecha, se encuentran en disputa), las cuales se adecuan perfectamente a una expropiación por violación a un contrato internacional:

- i. El 1 de mayo de 2006 el presidente de Bolivia, Evo Morales, envió sus soldados alrededor de todo el país a aproximadamente cincuenta y seis empresas privadas que comercializaban petróleo y gas natural en ese momento, amenazando a estas empresas con que, si no renegociaban sus contratos con el Estado y entregaban todo el control de la cadena de producción al Estado, sus empresas serían desahuciadas y el Estado tomaría el control de las mismas por la fuerza.⁴⁶
- ii. En marzo de ese mismo año, el Congreso Nacional Ecuatoriano realizó una reforma a sus leyes con el fin de autorizar al gobierno para modificar unilateralmente los contratos ya suscritos con empresas privadas que comercializaran petróleo y sus derivados. Estas reformas unilaterales de los contratos, le darían al gobierno una mayor proporción de dividendos sobre las ganancias ya que, en vez de contemplar una repartición de los ingresos por la venta de petróleo por partes iguales con las compañías, decretó una nueva repartición de esas ganancias extras, del 99% para el Estado y el 1% para las empresas.⁴⁷
- iii. La terminación del contrato de concesión para la exploración y explotación de hidrocarburos en la zona de Limón por parte del Estado a la empresa estadounidense Harken Costa Rica Holdings LLC en el año 2005. La resolución unilateral del contrato por parte del Estado ha sido ampliamente cuestionada por la empresa inversionista, alegando que la oposición de la población, la Sala Constitucional y SETENA a la exploración y explotación de hidrocarburos, llevó al Estado de Costa Rica a terminar el contrato por vías irregulares, abusando de sus poderes como soberano.⁴⁸ La empresa inversionista decidió impugnar lo que alegan una violación del contrato internacional por parte de Costa Rica mediante la vía interna (proceso ordinario contencioso administrativo) en contraposición a un arbitraje, el proceso continúa a la fecha pendiente de resolución.

45 SCHREUER (Christoph). Op. Cit p. 25.

46 Ver al respecto, entre otras noticias y publicaciones: PRADA (Paulo). Bolivian Nationalizes the Oil and Gas Sector. Periódico New York Times. Nueva York, publicación del día 2 de mayo de 2006, p. A9.

47 Ver al respecto, entre otras noticias y publicaciones: BRADLEY (Theresa). Oil companies struggle to react to Ecuador's decree slashing profits. Periódico Associated Press. Quito, Ecuador, publicación del día 8 de octubre de 2007.

48 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA, SECCIÓN II. Proceso pendiente con expediente número 05-000323-163-CA.

5. La expropiación antijurídica de inversión en NAFTA y en DR-CAFTA:

Con el fin de comprender de una mejor manera las obligaciones para nuestro país y la región bajo DR-CAFTA, es importante analizar primero a su antecesor, el NAFTA. Cabe comparar ambos artículos entre sí para entender su similitud:

1110.1 NAFTA:

“Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea:

- (a) por causa de utilidad pública;
- (b) sobre bases no discriminatorias;
- (c) con apego al principio de legalidad y al Artículo 1105(1); y
- (d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6.”

10.7 DR-CAFTA:

“Ninguna Parte expropiará ni nacionalizará una inversión cubierta, sea directa o indirectamente, mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (“expropiación”), salvo que sea:

- (a) por causa de un propósito público;
- (b) de una manera no discriminatoria;
- (c) mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de una indemnización de conformidad con los párrafos 2 al 4; y
- (d) con apego al principio del debido proceso y al Artículo 10.5.”

El texto de este artículo del DR-CAFTA es considerado como una derivación inmediata del anteriormente consignado en el NAFTA. Sin embargo, el lenguaje ambiguo que se utilizó en el NAFTA en torno a las medidas equivalentes a expropiación conllevó a que los laudos arbitrales que aplicaron esta disposición fuesen muchas veces contradictorios y crearan un ambiente de inseguridad jurídica al saber qué acciones estatales podían ser o no consideradas como expropiación antijurídica de inversión. Esta situación motivó a los redactores del DR-CAFTA a cambiar de manera significativa el lenguaje y hasta crear un anexo (Anexo 10-C) donde estas medidas se definieran con mayor precisión, con el fin de brindar más claridad sobre qué acciones estatales podían ser consideradas como medidas equivalentes a expropiación⁴⁹

Cabe resaltar que, como se explicó anteriormente, ha sido una práctica común para los Tribunales Arbitrales y algunos doctrinarios el llamar todo tipo de expropiación antijurídica como “expropiación indirecta”; es por esto que en el Anexo 10-C, cuando se desea hablar de expropiación antijurídica, se hace referencia a la “expropiación indirecta”. El Anexo 10-C establece que las situaciones en las cuales se estaría en presencia de una expropiación antijurídica deberán ser analizadas “caso por caso”, sin embargo, deberán tenerse en consideración los siguientes elementos:

- i. “El impacto económico del acto gubernamental, aunque el hecho de que un acto o una serie de actos de una Parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no

⁴⁹ EDSALL (Rachel). Indirect Expropriation under NAFTA and DR-CAFTA: Potential inconsistencies in the treatment of State public welfare regulations. Boston University Law Review. Massachusetts, Volumen 86, 2007, p. 937.

- establece que una expropiación indirecta haya ocurrido;
- ii. La medida en la cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables en la inversión; y
 - iii. El carácter de la acción gubernamental.”⁵⁰

Finalmente, dicho Anexo aclara de manera explícita de aquellos actos regulatorios no discriminatorios que se encuentran “diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente” no serán considerados como expropiatorios.

Tal vez el elemento que más controversia ha causado en la discusión sobre la conveniencia o no de este anexo, se encuentra en la determinación de lo que significa “expectativas inequívocas y razonables en la inversión”. Esta frase hace referencia a la expectativa que tiene el inversionista de que los contratos suscritos con el Estado, las licencias que le han sido otorgadas o los derechos expresamente prometidos le sean respetados y cumplidos a cabalidad. Asimismo, también podrían ser tomadas en consideración en este aspecto las políticas estatales que se encuentran vigentes a la hora de llevar a cabo la inversión, las cuales pueden haber creado una expectativa legítima de una naturaleza tanto sustantiva como procesal.⁵¹

Ahora bien, es importante no confundir estas expectativas legítimas con suposiciones irrealistas o expectativas optimistas en exceso. En otro caso analizado bajo el NAFTA, un inversionista alegó que su propiedad había sido expropiada por el gobierno mexicano debido a que no obtuvo las ganancias esperadas gracias a la adopción de varias políticas estatales; el Tribunal Arbitral consideró que las expectativas optimistas del inversionista no podían ser equiparadas a las expectativas legítimas: “Según el punto del vista del Tribunal, una empresa no es expropiada solo porque sus deudas no fueron pagadas u otras obligaciones contractuales hacia ella son violadas.”⁵²

Asimismo, estas expectativas de la inversión no deben tampoco ser confundidas con las expectativas de ganancias del inversionista. Este ítem no fue incorporado con el fin de que los inversionistas a los cuales se les expropie su inversión obtengan indemnizaciones mayores a las estipuladas en el artículo 10.7. Donde se indica que los Estados Partes deberán indemnizar el valor justo de mercado que tuviera la inversión expropiada en la fecha antes de que la medida expropiatoria se hubiese realizado, no las expectativas de ganancias posteriores. El mismo negociador del Capítulo 10 del DR-CAFTA de Costa Rica, Roberto Echandi, ha reiterado que: “No existe fundamento alguno para sostener que el TLC obliga a indemnizar meras expectativas de ganancias.”⁵³

50 Tratado de Libre Comercio República Dominicana - Centroamérica - Estados Unidos (Ley 8622, publicada en la Gaceta 246 del veintiuno de noviembre de 2007). Anexo 10-C, artículo 4.(a).

51 Conferencia: Indirect expropriation: is the right to regulate at risk? Jan Paulsson, Presidente de la Corte Internacional de Arbitraje en Londres (2005): <http://www.oecd.org/dataoecd/5/52/36055332.pdf> (Consulta: 04 de junio de 2008)

52 CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. *Waste Management, Inc. v. Estados Unidos Mexicanos*. Caso N° ARB(AF)/00/3 (2004). Para. 160. El original en inglés cita: “In the Tribunal’s view, an enterprise is not expropriated just because its debts are not paid or other contractual obligations towards it are breached.”

53 Sobre el TLC y la Expropiación: Cuatro Aclaraciones Fundamentales. Roberto Echandi www.hacienda.go.cr/centro/datos/Articulo/SOBRE%20EL%20TLC%20Y%20LA%20EXPROPIACION.doc (Consulta: 04 de junio de 2008)

Dado que el DR-CAFTA es de reciente implementación en el área, y aún los casos pendientes en este tema no han sido resueltos, se analizará el desarrollo logrado en la interpretación de estas disposiciones en el NAFTA, con el fin de determinar cuáles podrían ser eventuales interpretaciones del DR-CAFTA en relación con la expropiación antijurídica de inversión y las posibles repercusiones para Costa Rica.

a. Caso Metalclad:

El caso Metalclad ha sido considerado uno de los más famosos en cuanto a la delimitación de una expropiación antijurídica de inversión en el derecho internacional, por cuanto condenó a un Estado por realizar una expropiación antijurídica a una empresa extranjera bajo NAFTA debido a sus actuaciones contradictorias e irregulares entre el gobierno local (municipal) y el gobierno central. Este caso de expropiación antijurídica de inversión fue llevado por la empresa Metalclad Corporation (empresa estadounidense) en contra de los Estados Unidos Mexicanos en el año 1997.⁵⁴

En los primeros años de la década de 1990, el Gobierno central y la autoridad ambiental Instituto Nacional de Ecología (INE) autorizaron a la empresa COTERIN el desarrollo y operación de un confinamiento de residuos peligrosos en el Municipio mexicano de Guadalcázar, localizado en el Estado mexicano de San Luis Potosí.⁵⁵ Gracias al otorgamiento de este permiso federal, Metalclad suscribió a finales del año 1993 (luego de entrada en vigencia el

NAFTA) un acuerdo de compra de la totalidad de la propiedad de COTERIN y sus permisos,⁵⁶ con el fin de desarrollar ellos mismos el negocio. Cabe resaltar que la razón por la cual Metalclad realizó esta compra fue “el apoyo aparente para el proyecto por parte de los funcionarios federales y estatales”⁵⁷, los cuales entregaron sendas notas asegurando el cumplimiento con todos los requisitos necesarios.

Sin embargo, el Municipio donde estaría localizado el confinamiento de residuos se opuso de manera férrea al establecimiento de esta industria, negándole en reiteradas ocasiones el permiso de construcción y operación local y contradiciendo lo estipulado por la Autoridad Central. La oposición del Municipio frustró totalmente la puesta en operación del confinamiento de residuos y privó a Metalclad del efectivo disfrute de su inversión. Este caso reflejó errores mayores de comunicación y coordinación entre las autoridades locales y federales en México, causando confusión en cuanto a quién era el encargado de otorgar los permisos necesarios para el desarrollo y operación de la planta.

El Tribunal Arbitral condenó a México por llevar a cabo una expropiación antijurídica de inversión de conformidad con el artículo 1110.1 del NAFTA. Específicamente, dicha condenatoria se basó en que el Estado mexicano realizó acciones relevantes para frustrar la inversión luego de que se le había asegurado a la empresa que contaba con los permisos necesarios y por ende podía llevar a cabo las operaciones en el país, además del hecho de

54 CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. *Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos*. Caso No. ARB(AF)/97/1 (2001).

55 Metalclad par. 28.

56 Metalclad par. 30.

57 Metalclad par. 36.

que Metalclad obtuvo suficiente evidencia de su actuar conforme a derecho de conformidad con el NAFTA.⁵⁸ Asimismo, el Tribunal tomó en consideración para su condenatoria el que el gobierno local negó la puesta en operación de la planta hasta después de que la empresa ya había realizado una importante inversión económica en la construcción y obtención de los permisos federales para la planta.⁵⁹

El Tribunal Arbitral de Metalclad fue uno de los pioneros en identificar situaciones de expropiación antijurídica aún sin una efectiva confiscación de la propiedad ni un beneficio por parte del Estado receptor⁶⁰, abriendo paso a los inversionistas extranjeros para defender sus derechos ante actuaciones irregulares de los Estados que antes no eran protegidas.

b. Caso Pope & Talbot:

Otro de los casos más relevantes en materia de expropiación antijurídica analizados bajo NAFTA es el caso de la empresa estadounidense Pope & Talbot, quien interpuso un arbitraje contra Canadá debido a la implementación del Acuerdo de Madera Blanda (SLA por sus siglas en inglés) entre Canadá y Estados Unidos, alegando que dicho Acuerdo contravenía las estipulaciones del Capítulo 11 del NAFTA.⁶¹ El Tribunal Arbitral del presente caso no consideró que el Estado de Canadá se encontrara cometiendo una expropiación

antijurídica de inversión, sin embargo, las consideraciones y puntos analizados para llegar a esta conclusión son esenciales en el análisis de la expropiación antijurídica en el derecho internacional.

La empresa estadounidense Pope & Talbot tenía tres aserraderos importantes en British Columbia en Canadá, desde donde exportaba, hasta el año 1996, el 90% de la totalidad de su producción de madera blanda a los Estados Unidos.⁶² Este mismo año, se aprobó el Acuerdo SLA entre los Estados Unidos y Canadá, en el cual Canadá se obligaba a “colocar la madera blanda en la Lista de Control de Exportaciones... y a requerir un permiso Federal de exportación por cada exportación hacia los Estados Unidos”.⁶³ Asimismo, en el SLA Canadá se obligaba a cobrar aranceles de conformidad con la cantidad de madera blanda producida por cada compañía, siendo que, a mayor producción, mayores aranceles.⁶⁴ Como resultado de estas medidas, Pope & Talbot presentó un arbitraje amparado bajo el Capítulo 11 del NAFTA alegando, entre otros, que el Régimen de Control de Exportaciones de Canadá “privaba a la Inversión de su habilidad ordinaria para alienar su producto a su mercado tradicional y natural”.⁶⁵

El Tribunal Arbitral concluyó que las medidas regulatorias implementadas por el Estado de Canadá no “constituían una interferencia con

58 Metalclad par. 71

59 Metalclad par. 107.

60 Metalclad par. 103.

61 TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC NAFTA. Pope & Talbot v. Canadá. (2001).

62 TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC NAFTA. Pope & Talbot v. Canadá. Interim Award (2000). Par. 29

63 Pope & Talbot. Par. 30. El original en inglés del SLA cita: “to place softwood lumber on the Export Control List . . . and to require a Federal export permit for each exportation to the U.S.”

64 Pope & Talbot. par. 30.

65 Pope & Talbot par. 81. El original en inglés cita: “deprived the Investment of its ordinary ability to alienate its product to its traditional and natural market.”

las actividades comerciales de la Inversión lo suficientemente sustancial como para ser catalogado como una expropiación bajo el derecho internacional.”⁶⁶

Este laudo concluyó que el grado de interferencia que sufra el derecho de propiedad es el elemento diferenciador entre una regulación conforme a derecho y una expropiación antijurídica. Este último elemento es la característica clave del caso Pope & Talbot. Cabe resaltar que el Tribunal Arbitral que conoció este caso no tomó en consideración ni entró a analizar los elementos que más pesaron en Metalclad, tal y como la confianza del inversionista extranjero en que su negocio no iba a ser posteriormente entorpecido, sino que su análisis se centró en el disfrute efectivo del derecho de propiedad.

c. Caso S.D. Myers:

El tercer caso a analizar es el de la empresa estadounidense S.D. Myers contra el Estado de Canadá.⁶⁷ En el presente caso, aunque a la empresa sí se le otorgó una compensación económica significativa por parte del gobierno canadiense, su reclamo por expropiación antijurídica de conformidad con el artículo 110.1 del NAFTA fue denegado.⁶⁸

S.D. Myers es una empresa especializada, entre otras cosas, en el tratamiento de Bifenilos Policlorados (PCB), los cuales fueron reconocidos de manera internacional como

potencialmente dañinos a la salud pública desde principios de la década de 1970.⁶⁹ S.D. Myers acostumbraba, como parte de su giro normal de negocios, importar PCB desde Canadá hasta su centro de operaciones en Ohio y ahí procesarlo.⁷⁰

En el año 1995, Canadá emitió un orden temporal impidiendo la exportación de PCB mientras investigaba si la importación y/o exportación de este material violaba o no los compromisos ambientales anteriormente adquiridos a nivel internacional, específicamente la Convención Basel. A su vez, en los Estados Unidos se encontraba en pugna en los altos mandos del Gobierno el permitir o no la importación de este producto al país. En este mismo año, y por un período de dieciséis meses, el Gobierno de los Estados Unidos permitió la importación del producto para procesamiento, sin embargo Canadá continuaba con su prohibición a la exportación.⁷¹

La empresa S.D. Myers presentó un arbitraje contra Canadá alegando que la orden que impedía la exportación del producto equivalía a una expropiación antijurídica de conformidad con el artículo 110.1 del NAFTA, específicamente por el período de dieciséis meses en el cual los Estados Unidos permitió la importación de PCB. Asimismo, que los múltiples cambios en la regulación del comercio de PCB eran contrarios a las obligaciones contempladas en el Capítulo 11 del NAFTA.⁷²

66 Pope & Talbot par. 96. El original en inglés cita: “constitute an interference with the Investment’s business activities substantial enough to be characterized as an expropriation under international law.”

67 TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC NAFTA. S.D. Myers Inc. v. Canadá. Partial Award (2000).

68 S.D. Myers par. 288.

69 S.D. Myers par. 98.

70 S.D. Myers par. 102.

71 S.D. Myers par. 118-119.

72 S.D. Myers par. 142-143.

La razón por la cual este período fue tan corto se debe a que, luego de este plazo, la ley que permitía la importación a los Estados Unidos fue revocada.

Tal y como en el caso *Pope & Talbot*, el Tribunal Arbitral rechazó el reclamo de S.D. Myers alegando que la diferencia entre expropiación antijurídica de inversión y regulación estatal conforme a derecho radicaba principalmente en la gravedad de la medida impuesta.⁷³ Debido a que la orden canadiense que impedía las exportaciones de PCB fue únicamente temporal, el Tribunal Arbitral consideró que ésta no llegó a constituir una expropiación.⁷⁴ Los árbitros no tomaron en consideración al analizar el presente caso los elementos claves en el caso *Metalclad*, como la confianza razonable del inversionista de que había realizado todos los procedimientos legítimos para poder llevar a cabo su inversión y que ésta no le sería rechazada con base en criterios externos.

El Gobierno de Canadá fue obligado a pagar a la empresa S.D. Myers más de ocho millones de dólares en compensación debido a que se determinó que la medida impuesta, aún cuando no fuese constitutiva de expropiación antijurídica, sí violentaba los principios de Trato Nacional y Nación Más Favorecida contemplados en NAFTA; el Tribunal Arbitral consideró que esta prohibición de exportación de PCB favorecía a las empresas procesadoras canadienses en detrimento de las estadounidenses.⁷⁵

d. Caso Methanex.

En este último caso presentado por una compañía Canadiense debido a una supuesta violación de los Estados Unidos del artículo 110.1 del NAFTA, el Tribunal Arbitral no encontró que existiera una expropiación antijurídica de inversión, sin embargo, los elementos que se tomaron en consideración y los criterios fácticos que desestimaron para llegar a esta conclusión dan una nueva luz al análisis de las medidas regulatorias válidas en contraposición las medidas equivalentes a expropiación, las cuales acarrear grandes responsabilidades para los Estados. Aún cuando los laudos arbitrales bajo NAFTA no son erga omnes vinculantes ni pueden ser tomados como un precedente obligatorio para futuros casos, la decisión llegada en *Methanex* demostró una tendencia en los Tribunales Arbitrales a favor de permitir mayor ámbito de movimiento a los Estados a la hora de aplicar sus regulaciones estatales, las cuales pueden ser tomadas en consideración al analizar futuros casos.

El reclamo de la empresa *Methanex* se basó en la Orden Ejecutiva emitida por el Gobernador de California y las consiguientes regulaciones al uso del éter metil ter-butílico (MTBE), elemento que incrementa el octanaje de la gasolina sin plomo, llamado comúnmente oxigenante.⁷⁶ *Methanex* era a la fecha, y se mantenía hasta el año 2005 como el mayor productor del mundo de metanol, materia prima del MTBE.⁷⁷

73 S.D. Myers par. 282.

74 S.D. Myers par. 283-284.

75 TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC NAFTA. S.D. Myers Inc. v. Canadá. Damages Award (2002).

76 TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC NAFTA. *Methanex Corporation v. Estados Unidos de América*. Final Award (2005). Part II-Chapter D The Dispute: *Methanex's* claim, the US measures, and the USA's Defences. Par. 19.

77 TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC NAFTA. *Methanex Corporation v. Estados Unidos de América*. Final Award (2005). Part I-Preface, par. 1.

El MTBE fue ampliamente utilizado en la década de los años 80, sin embargo, nuevos avances en la industria de los aditivos de la gasolina fueron convirtiendo poco a poco al MTBE en obsoleto.⁷⁸ Asimismo, varios estudios de la Universidad de California de finales de la década de los 90 concluyeron que el MTBE poseía contaminantes que se encontraban en los mantos acuíferos de la zona, poniendo en serio riesgo el suministro de agua potable de California.⁷⁹ Como resultado de estos estudios, el gobernador de California impulsó un proyecto mediante el cual se buscaba prohibir de manera definitiva el uso de MTBE como un aditivo de la gasolina y, mientras esto sucedía, se identificara de manera visible a las gasolineras que distribuían gasolina con MTBE, con el fin de que los consumidores tomaran una decisión informada.⁸⁰

Debido a que en California no existían plantas productoras de metanol y la mayoría de su metanol era importado desde Canadá, la empresa Methanex alegó que las regulaciones en contra del metanol eran en realidad intentos solapados de proteccionismo económico, lo cual se encontraba en violación directa de los compromisos de los Estados Unidos bajo NAFTA; a su vez, alegó que éstas constituían una expropiación antijurídica de inversión bajo la modalidad de medidas equivalentes a expropiación, ya que dichas regulaciones constituían una toma efectiva de las inversiones de Methanex en California, su mayor mercado de MTBE, sin la debida

compensación.⁸¹ Asimismo, Methanex alegó que dichas regulaciones provocaron un efecto dramático en la caída del precio de sus acciones en la Bolsa de Valores de Toronto, principal mercado de las acciones de la compañía, causando pérdidas de hasta 180 millones de dólares canadienses y llevando la totalidad de sus pérdidas a 970 millones de dólares canadienses.⁸²

La anterior información refleja que Methanex pudo demostrar que sufrió pérdidas monetarias de consideración, que la medida regulatoria del Estado de California tuvo un efecto sustancial y definitivo en la inversión y que la situación fáctica de seguridad jurídica cambió de manera repentina, aún cuando la empresa había realizado los procedimientos legales necesarios para poder llevar a cabo su inversión; todos los elementos que los Tribunales Arbitrales de los tres casos anteriores tomaron en consideración para condenar una medida estatal como expropiatoria. Sin embargo, a pesar de contar con todos estos elementos, el Tribunal Arbitral falló a favor de los Estados Unidos y en contra del inversionista en todos los extremos de la demanda arbitral.

Su razonamiento se basó en que dichas medidas regulatorias no equivalían a una expropiación antijurídica, ya que tenían una naturaleza no discriminatoria a favor de la protección del medio ambiente⁸³; asimismo, determinaron que en ningún momento de su relación comercial se le habían otorgado a Methanex promesas específicas de que

78 Op. Cit. 224. par. 2.

79 Idem par. 13.

80 Idem. par. 17.

81 Idem. par. 25 y 28

82 TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC NAFTA. Methanex Corporation v. Estados Unidos de América. Final Award (2005). Part I-Preface, par. 1.

83 TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC NAFTA. Methanex Corporation v. Estados Unidos de América. Final Award (2005). Part IV-Chapter D Article 1110 NAFTA, par. 15.

el metanol no sería regulado en los Estados Unidos y, siendo que este producto es de una naturaleza tan sensible debido al daño ambiental que puede causar, dicha regulación no fue del todo inesperada.⁸⁴ Por último, y contrario a todo los anteriores fallos de NAFTA, la decisión del Tribunal en Methanex prácticamente no se refiere sobre la gravedad de la interferencia estatal y el detrimento económico de la regulación en el patrimonio del inversionista, dejando de lado esta cuestión como una consecuencia natural del negocio.

e. Síntesis de los casos analizados.

El análisis de los cuatro casos más relevantes en cuanto a expropiación antijurídica de inversión en NAFTA demuestra que no existió uniformidad en los elementos que los distintos Tribunales Arbitrales tomaron en consideración al determinar si una medida o acción estatal constituía o no una medida equivalente a expropiación. Sin embargo, éstos sí resultan útiles para identificar ciertas características necesarias de los actos regulatorios estatales, con el fin de que los Estados Parte no incurran en responsabilidad internacional. Estos laudos han llevado a varios estudiosos del tema a concluir sobre una teoría de lo que debería

ser considerado una medida equivalente a expropiación de conformidad con la experiencia en NAFTA y, posteriormente, aplicarla al Anexo 10-C del DR-CAFTA.

La candidata a graduación en derecho de la Universidad de Boston, Rachel D. Edsall, resumió los cinco factores claves señalados por los distintos Tribunales Arbitrales con el fin de determinar cuándo se está en presencia de una expropiación antijurídica y cuándo ante una medida regulatoria válida y necesaria para todo Estado. Aunque ninguno de los siguientes factores por sí mismo es determinante para establecer esta diferencia, ella menciona que cada uno de ellos juega un rol importante a la hora de establecer un marco general en la expropiación antijurídica de inversión. Dichos factores son⁸⁵:

1. Los efectos de la acción gubernamental.⁸⁶
2. La expectativa de derecho razonable del inversionista.⁸⁷
3. El grado de interferencia a los derechos de propiedad o la gravedad del daño económico sufrido.⁸⁸
4. La duración del daño económico.⁸⁹
5. El tipo de acción gubernamental.⁹⁰

84 Idem, par. 9.

85 EDSALL (Rachel). Op. Cit. p. 340.

86 Metalclad. Par. 103: "...una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad..."

87 Metalclad par. 107: "Estas medidas, consideradas conjuntamente con las afirmaciones del gobierno federal mexicano, en las cuales Metalclad se basó, y en la ausencia de una negativa del Municipio emitida a tiempo, en orden o con alguna base sustantiva respecto al permiso local de construcción, equivalen a una expropiación indirecta."

88 Pope & Talbot. Par. 102: "La prueba para determinar la expropiación antijurídica es si la interferencia es lo suficientemente restrictiva para apoyar la conclusión de que la propiedad le ha sido "tomada" al propietario". El original en inglés cita: "[T]he test [for indirect expropriation] is whether . . . interference is sufficiently restrictive to support a conclusion that the property has been 'taken' from the owner."

89 S.D. Myers. Par. 283: "Una expropiación usualmente equivale a una inhabilitación duradera de la habilidad del propietario de hacer uso de sus derechos económicos..." El original en inglés cita: "An expropriation usually amounts to a lasting removal of the ability of an owner to make use of its economic rights..."

90 S.D. Myers Inc. Par. 281: "Es improbable que la conducta regulatoria de las autoridades públicas sea sujeta a reclamos bajo el artículo 1110..." El original en inglés cita: "Regulatory conduct by public authorities is unlikely to be the subject of legitimate complaint under Article 1110..."

Los anteriores elementos permiten crear un marco en el cual los Estados pueden aplicar de manera válida sus regulaciones gubernamentales para mantener un adecuado manejo de sus recursos y asegurar la estabilidad del ejercicio económico, sin correr el riesgo de que todas sus actuaciones sean calificadas como expropiatorias.

Sin embargo, sí es importante recordar que los anteriores cuatro casos también reflejan que aquellos Estados que incumplieron sus obligaciones bajo el derecho internacional, tales como Trato Nacional y expropiaciones antijurídicas, pagaron un alto precio por sus acciones. A manera de ejemplo, en el caso *Metalclad*, el Estado de México fue condenado a pagar un monto de más de \$15 millones de dólares por su violación al artículo 1110 del NAFTA.⁹¹ Este es un punto importante a tomar en consideración por los Estados Parte del CAFTA, los cuales deberán ser cautelosos en sus actuaciones estatales con respecto a los inversionistas de otra Parte, ya que una omisión a sus obligaciones bajo el Tratado puede resultar en responsabilidad para el Estado y fuertes sanciones económicas.

6. Conclusión:

Como analizó, ha sido ampliamente reconocido en el derecho internacional que el principio de inviolabilidad de los contratos no prevalece sobre el derecho soberano de expropiar de un Estado,⁹² esto significa que la suscripción de dichos acuerdos no hace que

los Estados pierdan su derecho a expropiar ni a emitir regulaciones a la propiedad privada y las inversiones en general, sin embargo, sí deberá seguir el debido proceso y los elementos a los cuales se ha obligado en los instrumentos internacionales. Es por esta razón que se recuerda que, aún cuando Costa Rica debe cumplir con las estipulaciones acordadas previamente en los instrumentos internacionales, esto no significa que pierde su derecho a expropiar la propiedad o inversión de extranjeros, sino tan solo que, al hacerlo, debe apegarse a lo acordado previamente entre las partes.

Los distintos instrumentos de derecho internacional suscritos por Costa Rica convierten al país en sujeto de responsabilidad en caso de incurrir en cualquiera de las manifestaciones de la expropiación antijurídica de inversión. Estas obligaciones y sus consecuencias deberán ser recordadas de manera constante por parte de las instituciones gubernamentales, tanto en sus actuaciones lícitas como ilícitas, ya que existe un marco regulatorio por medio del cual, los inversionistas extranjeros que consideren que sus derechos son menoscabados, pueden demandar al país y buscar compensación por estos actos. Las consecuencias de no tomar en consideración estas obligaciones pueden causar contingencias en demasía onerosas para nuestro país, ya que le acarrearían condenas por parte de los Tribunales Arbitrales similares a las recibidas por sus homólogos en los laudos y sentencias estudiados.

91 STONE (Madeline). NAFTA Article 1110: Environmental friend or foe? *Georgetown International Environmental Law Review*. Washington D.C., N° 15, Summer 2003, p.789.

92 TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC. *Kuwait v. American Independent Oil Company (AMINOIL)*. Final Award (1982). Párrafo. 976.