

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ISSN: 2215-2377

REVISTA JUDICIAL N° 107

Marzo 2013

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

SUMARIO

PRESENTACIÓN	
Dr. Víctor Pérez Vargas	5
 A 10 AÑOS DE LA ENTRADA EN VIGOR DEL ESTATUTO DE ROMA: BREVES REFLEXIONES DESDE UNA PERSPECTIVA LATINOAMERICANA.	
Dr. Nicolás Boeglin	13
 PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA ERA QUE VIENE	
Dr. Fernando Zamora Castellanos	23
 DERECHO PENAL JUVENIL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	
Prof. Alonso Salazar Rodríguez	33
 UN NUEVO PRINCIPIO JURIDICO: TUTELA CAUTELAR INSPECTIVA	
M.Sc. Eric Briones Briones	57
 ARBITRAJES MÁS EFECTIVOS Y EFICIENTES	
M.Sc. Alberto Pauly Sáenz	89
 PROBLEMAS NORMATIVO-OPERATIVOS EN LA PRESTACIÓN EFECTIVA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES COMO DERECHOS HUMANOS BÁSICOS	
M.Sc. Alfonso Chacón Mata	99
 LA REIVINDICACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA “CORPORATIVA”: UNA BREVE REFERENCIA A LA EVOLUCIÓN EN EL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES	
M.Sc. Carlos E. Valenciano Góngora	151
 CONOCIMIENTOS TRADICIONALES, FOLCLORE O EXPRESIONES CULTURALES	
Licda. Gabriela Miranda Urbina.....	189
 EL FACTOR	
Lic. Octavio Pérez Baires	207

PRESENTACIÓN

Dr. Víctor Pérez Vargas

Ofrecemos, esta vez, colaboraciones sobre Derecho Penal Internacional, Derecho Constitucional, Derecho Penal Juvenil, Derecho del Trabajo, Arbitraje, Derechos Humanos, Derecho de Sociedades, Propiedad Intelectual y Factoring.

A 10 AÑOS DE LA ENTRADA EN VIGOR DEL ESTATUTO DE ROMA: BREVES REFLEXIONES DESDE UNA PERSPECTIVA LATINOAMERICANA se denomina el aporte del Profesor Nicolás Boeglin, Doctor en Derecho (Universidad de París II), LLM (Instituto Universitario Europeo de Florencia, Italia), Diplomado del Institut des Hautes Études Internationales (Universidad de París II). Actualmente es Profesor de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica (UCR). El autor se refiere al Estatuto de Roma, adoptado en julio del 1998, instrumento que instituye por vez primera en la historia una Corte Penal Internacional (CPI). En su opinión, se trata de un logro importante obtenido por la comunidad internacional, tendiente a establecer de manera permanente y con competencia general, un tribunal internacional encargado de juzgar penalmente a individuos que hayan instigado, cometido, o permitido, en el ejercicio de sus funciones oficiales, la perpetración de graves violaciones a los derechos humanos, entre ellos el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. Nos informa que hoy, al cumplir sus 10 primeros años de entrada en vigor, el Estatuto de Roma ha sido ratificado por 121 Estados de los 193 Estados Miembros de las Naciones Unidas. Con respecto a USA, nos informa que, mediante una notificación enviada el 6 de mayo del 2002 al depositario del Estatuto de Roma (el Secretario General de las Naciones Unidas), la firma de Estados Unidos fue declarada no tener ninguna implicación legal por parte de la Administración Bush y nos relata que la estrategia norteamericana buscó entonces, mediante presiones diplomáticas y económicas, concluir con Estados, sean estos Partes o no de la CPI, “acuerdos bilaterales de no entrega” (más conocidos como ABI: Acuerdo Bilateral de Inmunidad) en clara violación al Art. 98 del Estatuto de Roma. Costa Rica fue uno de los Estados Partes de la CPI que públicamente rechazaron firmar estos acuerdos bilaterales. En América Latina, esta posición de rechazo público a los ABI fue compartida con Argentina, Brasil, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. El Profesor Boeglin nos cuenta cuál fue el costo para Costa Rica de mantener su estricto apego a los principios que establece el Estatuto de Roma: las sanciones contra Costa Rica se extendieron durante tres años hasta el 2 de octubre de 2006, día en que, consciente de los efectos contraproducentes de esta estrategia, el Presidente Bush suspendió la prohibición de otorgar financiamientos a los Estados Parte de la CPI opuestos a la firma

de un ABI. Costa Rica demostró, una vez más, que el peso de una larga tradición de respeto y apego al derecho internacional y a la defensa de los derechos humanos pudo más ante la arremetida de la administración Bush y el abanico de presiones diplomáticas y económicas de toda clase ejercidas por el aparato diplomático norteamericano.

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA ERA QUE VIENE se titula el trabajo del Dr. Fernando Zamora Castellanos, Doctor en Derecho Constitucional (Programa Latinoamericano de Doctorado en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y ULACIT) y Máster en Teología de la California Latin University of Theology. Ha sido profesor de diversas instituciones universitarias, entre ellas, la Universidad Interamericana de Costa Rica y es autor de varias obras jurídicas. El Dr. Zamora Castellanos opina que esta era del conocimiento digital ha provocado el nacimiento de una nueva sociedad, formas exponencialmente novedosas en que los actores del proceso jurídico interactúan e interactuarán en el futuro inmediato. Augura que a mediano plazo, la democracia digital permitirá auditar la actividad pública de forma tan eficaz y que institutos constitucionales como el de la revocatoria censitaria o el referéndum cibernético irrumpirán obligatoriamente en la realidad democrática occidental. Son cambios constitucionales en los que ya debemos estar pensando, asevera. Nos habla de una nueva cultura constitucional y democrática, donde el reto jurídico en materia de digitalización de la actividad gubernamental radica en la necesidad de una ley marco y de un régimen marco del gobierno digital, que permita una mayor sistematización de dicha actividad. Sabemos que en Costa Rica un esfuerzo importante ha sido la ley de Certificados, firmas digitales y documentos electrónicos. Sin embargo, el autor cree que esta es una iniciativa insuficiente para las dimensiones del reto y del cambio. En el campo estricto de la contratación electrónica administrativa plantea algunas preguntas y respuestas para comprender cuál es el marco de constitucionalidad dentro del que se debe operar. Concluye afirmando que seis son los principios rectores de la función pública electrónica: El principio de igualdad, el principio de transparencia: o sea, todo a la vista de todos, el principio de eficacia, el principio de economía que implica además cooperación tecnológica interinstitucional, el principio de celeridad, el principio de imparcialidad, el principio de protección y custodia de la información y el principio de preferencia de la tecnología amigable y adaptación a las nuevas técnicas.

El Profesor Alonso Salazar Rodríguez, especialista en Derecho Penal, participa con **DERECHO PENAL JUVENIL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**. El autor llama la atención sobre algunas de las particularidades procesales del Derecho Penal Juvenil a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y destaca las particularidades que ha señalado la Corte. Se trata de

una valiosa guía a nivel procesal penal juvenil. Primeramente, considera el surgimiento del sistema de protección hacia los niños, niñas y adolescentes y el paso de un sistema tutelar de menores en el que éstos eran considerados únicamente objetos, apéndices de sus padres a nuevas perspectivas. Explica que, bajo esta tesitura, se contemplaba una jurisdicción altamente discriminante y excluyente, sin las garantías del debido proceso, en la que los jueces tenían amplias facultades discrecionales sobre cómo proceder en relación con la situación general de los niños. Se dio, entonces, la transición de dicho sistema “tutelar represivo” a uno de responsabilidad y garantista en relación con los niños, en el cual la jurisdicción especial se enmarca en el principio de legalidad, siguiendo las debidas garantías y se adoptan medidas “orientadas al reparo a la víctima y reeducación del menor de edad infractor a la ley, relegando a casos absolutamente necesarios el internamiento”. Analiza algunos principios que rigen el derecho penal juvenil (Principio de intervención mínima, Principio de proporcionalidad, Principio del interés superior del niño, Principio de flexibilización, diversificación y desjudicialización y Principio de Justicia especializada) así como algunas de las garantías que la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS ha determinado que debe cumplir el Estado, ante la restricción del derecho de libertad de un niño, niña o adolescente en un centro penitenciario.

UN NUEVO PRINCIPIO JURIDICO: TUTELA CAUTELAR INSPECTIVA, lleva por título el artículo del M.Sc. Eric Briones Briones, Doctorando en Derecho. Se refiere a la globalización de mercados y a la necesidad de buscar alternativas que complementen el sistema legal y que más que consolidar principios de derecho en general, lo hace dentro del ámbito administrativo laboral y no solo judicial, por ser la administración la que, en primera instancia, interviene en la protección de los derechos de la clase trabajadora (tutela cautelar) y bajo la premisa de la armonía obrero patronal, dentro de un ámbito de democracia alterna. Indica que la Administración no podrá dictar actos administrativos discrecionales contrarios a los principios elementales de justicia, lógica o conveniencia. Sostiene que debe existir una relación de proporcionalidad, máxime cuando se trata del derecho administrativo sancionador, en donde los principios de proporcionalidad y razonabilidad son determinantes para evitar sanciones exorbitantes. Especifica los principios jurídicos que rigen la materia laboral; en particular, se refiere a los siguientes: Principio Protector, que se puede expresar en 3 formas distintas: 1) In dubio pro operario, 2) Regla de la norma más favorable, 3) Regla de la condición más beneficiosa; Principio de Irrenunciabilidad, sobre el cual el ordinal 74 de la Constitución Política establece: “Los derechos y beneficios a que este Capítulo se refiere son irrenunciables y, por su lado, el artículo 11 del Código de Trabajo dispone: “Serán absolutamente nulas, y se tendrán por no puestas, las renunciaciones que hagan los trabajadores de las disposiciones de este Código y de sus leyes conexas que los favorezcan”; Principio de continuidad; Principio de

Primacía de la realidad; Principio de Progresividad y Principio de Buena Fe. La contribución tiene un apartado histórico y, en cuanto a la situación actual, tiene amplia referencias a las medidas cautelares. Considera necesario un nuevo principio de tutela cautelar en el amparo de las prestaciones legales, comprendiendo incluso los derechos irrenunciables como lo son el salario, las vacaciones y el aguinaldo. El principio que propone es el de tutela cautelar a nivel administrativo y ejecutado por la administración del trabajo, específicamente por parte de la Inspección del Trabajo, como ente encargado en primera instancia de velar por los derechos de los trabajadores.

El M.Sc. Alfonso Chacón Mata, Abogado, Especialista en Derechos Humanos y Profesor de Filosofía del Derecho U.C.R., nos brinda PROBLEMAS NORMATIVO-OPERATIVOS EN LA PRESTACIÓN EFECTIVA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES COMO DERECHOS HUMANOS BÁSICOS. El autor establece al menos, cuatro problemáticas que inciden o afectan la plenitud de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos humanos de disfrute general. Las problemáticas analizadas consisten en la implementación de lo siguiente; derecho mínimo exigible; justiciabilidad y decisiones políticas de los Estados. En cada una de estas variables examina en qué medida inciden en el desarrollo pleno de los citados derechos. Se establece como idea central del ensayo, que tales derechos presentan problemas que empiezan desde su limitada concepción normativa (art. 2, Pacto Internacional Derechos Económicos, Sociales y Culturales) hasta los factores cotidianos que imitan su alcance extensivo.

El M.Sc. Alberto Pauly Sáenz nos ofrece ARBITRAJES MÁS EFECTIVOS Y EFICIENTES. En su opinión, para simplificar los procedimientos y evitar incurrir en costos mayores de los necesarios, se requiere una participación colaborativa de todas las partes involucradas. Nos relata que la Cámara de Comercio Internacional conformó un grupo de trabajo liderado por Yves Derains y Christopher Newmark, cuya tarea consistió en sugerir técnicas que pudieran ser utilizadas para controlar el tiempo y los costos en el arbitraje, cuyo informe sirvió de base para el trabajo de una comisión de la ICC que a partir de 2008 se conformó con la tarea de: “a) estudiar todas las sugerencias recibidas de los Comités Nacionales, miembros de la CCI, usuarios del reglamento, miembros de la Corte de Arbitraje y miembros del Secretariado; b) determinar si una reforma del reglamento era útil y necesaria; y c) hacer todas las recomendaciones que considerara necesaria para la reforma del reglamento”. Como resultado de esos esfuerzos, la CCI promulgó un nuevo Reglamento de Arbitraje que entró a regir el 1° de enero de 2012 y contiene sustanciales mejoras encaminadas a reducir el tiempo y los costos de los procesos. Se refiere propiamente al Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica (CCA). Considera que éste

debe ser revisado para corregir las siguientes cuestiones: 1. Tecnología: la posibilidad de utilizar medios no presenciales, como la videoconferencia, en general, el tema de la tecnología está ausente en el Reglamento; 2. Resoluciones sobre cuestiones de procedimiento: Si se faculta al presidente del tribunal arbitral a decidir con respecto a cuestiones de procedimiento, se asume que se relacionan únicamente con aspectos de mero trámite que no inciden en temas de fondo y, por ello, no deben ser motivo de mayor controversia. 3. Costas impuestas: a la parte cuyas tácticas sean meramente dilatorias, incluyendo el diligenciamiento de medios de prueba excesivos o que no tengan una importancia decisiva en el resultado del proceso y 4. Sanciones a los árbitros por irrespetar el plazo para laudo. Seguidamente, realiza importantes recomendaciones sobre algunas de las medidas que han de tenerse en cuenta para lograr arbitrajes más eficientes y menos costosos, dirigidas a los árbitros, a las partes en conflicto, a los abogados, a las instituciones de arbitraje, a las autoridades judiciales y administrativas y a los centros de enseñanza.

El M.Sc. Carlos E. Valenciano Góngora, en LA REIVINDICACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA CORPORATIVA: UNA BREVE REFERENCIA A LA EVOLUCIÓN EN EL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES, parte de un análisis indiferenciado del desarrollo del concepto de personalidad jurídica “corporativa” en Derecho Societario Anglosajón y en nuestras sociedades mercantiles. Indica que el reconocimiento legal de las sociedades como titulares de personalidad jurídica y por tanto, de derechos y obligaciones, es hoy una doctrina consolidada, pero hay diversas teorías. Se refiere a los derechos fundamentales de las personas jurídicas privadas y a sus diversos ámbitos de protección. Nos da cuenta de que la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América comenzó progresivamente a aceptar el fenómeno, no propiamente a través del reconocimiento de la existencia legal autónoma y diferenciada de las entidades corporativas sino, curiosamente, mediante su asimilación a propósito de un enfoque económico que las concebía como esenciales para el negocio y el comercio. Hoy, en su opinión, es necesaria la reivindicación de la personalidad jurídica de las corporaciones con base, en primera instancia, en un re-enfoque de su perspectiva: la comprensión de la ontología de las corporaciones y de su interacción en la economía de mercado es esencial para el reconocimiento de su esfera positiva de protección. Y es que, como atinadamente lo sugiere GASTÓN CERTAD MAROTO, citando a GALGANO, el problema de las personas jurídicas es, en realidad, el problema de la determinación de las condiciones de uso de la personalidad jurídica” y, particularmente, del abuso de dicha personalidad jurídica.

La Licda. Gabriela Miranda Urbina colabora con CONOCIMIENTOS TRADICIONALES, FOLCLORE O EXPRESIONES CULTURALES. Este trabajo trata acerca de la protección de

los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales de los pueblos y sus tradiciones. La autora define el folclore o expresiones culturales y los conocimientos tradicionales, en conjunto, como la creación intelectual originaria de un grupo específico, la cual se encuentra sustentada en las tradiciones y costumbres de dicho pueblo, donde su exteriorización la realiza el grupo mismo o por medio de los individuos que lo conforman. Nos habla de la necesidad de protección a nivel político y legal de dichos elementos culturales, a fin de brindarles una tutela efectiva frente a las vicisitudes e infracciones de las que son objeto, siendo por ello que en los recientes foros internacionales sobre conocimientos tradicionales y expresiones culturales o folclore, se han manifestado de forma enfática la necesidad de una protección de dichas manifestaciones culturales por medios legales tales como la propiedad intelectual, cuya tutela en el caso concreto de Costa Rica, es otorgada por medio de la Ley de Biodiversidad, ley número 7788, la cual protege los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales relacionadas con la diversidad biológica y conocimientos agrícolas y su relación con los recursos para la alimentación y la agricultura. Afirma que el folclore, los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales son de acceso público, más no de dominio público en el sentido que pueden ser accesadas por cualquier persona, más no modificadas, ni utilizadas sin restricción, por cuanto ellas pertenecen a los pueblos y comunidades que las crearon. Comenta, seguidamente, la protección de los derechos emanados de los conocimientos tradicionales, expresiones culturales o folclore, a nivel internacional por medio de la adopción de tratados internacionales y se reconoce el interés de la OMPI en tutelar los derechos de propiedad intelectual de los autores, interpretes, ejecutantes, y creadores de cultura, siguiendo las recomendaciones del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. Concluye expresando que, actualmente, tanto en el ámbito internacional como nacional, existe un gran interés en proteger las expresiones culturales y conocimientos tradicionales de las comunidades culturales por medio de la tutela de los derechos de éstas, sea por medio de la propiedad intelectual o por medios alternos como los establecidos en la Ley de Biodiversidad para el caso de Costa Rica.

El Lic. Octavio Pérez Baires participa con EL FACTOR. Después de indicarnos las raíces históricas del factoring y sus modernas manifestaciones, se refiere a la etimología: afirma que la noción de factoring se deriva del término factor que en español significa factoría y no factura, recordemos simplemente que factura en inglés es invoice, por lo que cualquier referencia a la palabra factura, es errónea. En Costa Rica, tenemos numerosas referencias a este servicio que se ha desarrollado bajo el nombre de factoreo, tanto así que existe una Cámara Costarricense de Empresas de Factoreo. El autor analiza algunas de las definiciones de la doctrina internacional. Opina que es un contrato en el que nace una relación jurídica en la que una empresa especializada la totalidad o bien una parte de las cuentas por cobrar que

la empresa tiene frente a su clientela, a un precio en el que al menos se computa la prestación de dos servicios, uno que siempre será el de financiamiento y el otro que puede ser la gestión ya sea de cobro o de la cartera de deudores o bien la cobertura del riesgo por el no pago. Comenta, seguidamente, sus ventajas y desventajas. Estudia los elementos del contrato y las distintas modalidades que puede tener, así como su relación con otros contratos. Finalmente, comenta el proyecto de ley número 14687, que adiciona el código de comercio y regula el contrato de factoring, bajo la denominación de contrato de factoreo.

A 10 AÑOS DE LA ENTRADA EN VIGOR DEL ESTATUTO DE ROMA: BREVES REFLEXIONES DESDE UNA PERSPECTIVA LATINOAMERICANA.

Dr. Nicolás Boeglin ()*

Este 1ero de julio del 2012 la comunidad internacional celebró los 10 años de la entrada en vigor del Estatuto de Roma adoptado en julio del 1998, instrumento que instituye por vez primera en la historia una Corte Penal Internacional (CPI). Se trata de un logro importante obtenido por la comunidad internacional tendiente a establecer de manera permanente, y con competencia general, a un tribunal internacional encargado de juzgar penalmente a individuos que hayan instigado, cometido, o permitido, en el ejercicio de sus funciones oficiales, la perpetración de graves violaciones a los derechos humanos, entre ellos el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra.

La adopción del Estatuto de Roma el 17 julio de 1998 se logró con una votación de 120 votos a favor, 21 abstenciones (entre las cuales la de México⁽¹⁾) y el notable voto en contra de China, Estados Unidos, Irak, Israel, Libia, Qatar y Yemen.

Como habíamos tenido la oportunidad de señalarlo en el año 2000, pese a esta abrumadora mayoría de firmas obtenidas en Roma, la campaña de ratificación inicial tropezó con ciertas reservas de muchos, la cifra de 60 ratificaciones necesarias para su entrada en vigor constituyéndose en un enorme desafío (al 31 de diciembre de 1999 se contaba con tan solo 6 ratificaciones del Estatuto de Roma). De alguna manera, la ratificación de Francia en el mes de junio del 2000 (ratificación número 12 del Estatuto de Roma) vino a reactivar el proceso de apoyo a la CPI, tratándose del primer miembro Permanente del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en hacerlo y precediendo este gesto de un mes la Presidencia de la Unión Europea por parte de Francia⁽²⁾: al 31 de diciembre del 2000, ya eran 27 las ratificaciones obtenidas.

Estado actual y ausencias

Hoy, al cumplir sus 10 primeros años de entrada en vigor, el Estatuto de Roma ha

1 Véase GARCIA RAMIREZ S., Cuestiones constitucionales a propósito de la Corte Penal Internacional, Número 6, enero-junio del 2002, Ejournal, pp 175-189, p. 175. Artículo. disponible en: <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst06/CUC00608.pdf>

2 Ver nuestro artículo de opinión: Boeglin N. Corte Penal Internacional: buenas noticias, La Nación (Costa Rica), 12 de agosto del 2000. Disponible en: http://www.nacion.com/l_n_ee/2000/agosto/12/opinion6.html

sido ratificado por 121 Estados de los 193 Estados Miembros de las Naciones Unidas. En América Latina, el primer país en ratificar el Estatuto de Roma fue Venezuela (7 de junio del 2000, ratificación número 9), precedido, a nivel hemisférico únicamente por Trinidad y Tobago (6 de abril de 1999, segunda ratificación) y por Belice (5 de abril del 2000, octava ratificación). A la fecha únicamente Cuba, El Salvador y Nicaragua se mantienen en América Latina sin ratificar el Estatuto de Roma. Guatemala acaba de ratificarlo el pasado 2 de abril del 2012, convirtiéndose en el Estado Parte número 121⁽³⁾. Por su parte, Costa Rica firmó el Estatuto de Roma el 7 de octubre de 1998, y lo ratificó el 7 de junio del 2001, mediante depósito de ratificación de la ley 8083 del 7 de febrero del 2001⁽⁴⁾, convirtiéndose en el Estado Parte 33, después que lo hicieran, a nivel hemisférico, Trinidad y Tobago, Belice,

Venezuela, Canadá, Argentina, Dominica y Paraguay. El año pasado, ratificó el APIC (Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades con la CPI) el 28 de abril del 2011.

El caso atípico de Estados Unidos

Pocas veces en la historia del derecho internacional, una superpotencia habrá desplegado tanto esfuerzos, en el marco de una estrategia tendiente a minar y a torpedear sistemáticamente toda forma de apoyo a la CPI que pudiese limitar o entrabar su libertad de acción. De manera insólita, la firma del Estatuto de Roma por parte de la administración Clinton fue depositada el 31 de diciembre del 2000, último día para hacerlo (según el Artículo 125 del Estatuto de Roma), conjuntamente con Israel y con Irán⁽⁵⁾. El anuncio de la obtención de la 60ª ratificación (República Democrática del Congo) el 11

de abril del 2002 constituyó para algunos observadores el inicio de las hostilidades. Mediante una notificación enviada el 6 de mayo del 2002 al depositario del Estatuto de Roma (el Secretario General de las Naciones Unidas), la firma de Estados Unidos fue declarada no tener ninguna implicación legal por parte de la Administración Bush. La nota diplomática indica que: *“This is to inform you, in connection with the Rome Statute of the International Criminal Court adopted on July 17, 1998, that the United States does not intend to become a party to the treaty. Accordingly, the United States has no legal obligations arising from its signature on December 31, 2000. The United States requests that its intention not to become a party, as expressed in this letter, be reflected in the depositary’s status lists relating to this treaty”* ⁽⁶⁾. Se trata sin lugar a dudas de un acto que no cuenta con precedente alguno en

la historia del derecho internacional público, y que fue denunciado como equivalente al retiro de una firma por parte de expertos y de ONG⁽⁷⁾. Esta verdadera innovación desde el punto de vista del derecho de los tratados fue seguida por Israel (28 de agosto del 2002⁽⁸⁾) y varios años después por Sudán (26 de agosto del 2008⁽⁹⁾) en relación a precisar ambos Estados de forma unilateral el alcance jurídico de su firma al Estatuto de Roma. Esta práctica de “un-sign” un tratado internacional - analizada desde el punto de vista constitucional y considerada contraria incluso a la misma Constitución de los Estados Unidos⁽¹⁰⁾ - fue denominada por expertos como “dé-signature” o “non-signature”⁽¹¹⁾. El 24 de julio del 2002, la adopción de la ley ASPA por el Congreso americano (American Servicemembers Protection Act o Ley de Protección de los Militares de EEUU) abrió incluso la posibilidad para usar todos los

3 Ver discurso del Embajador de Guatemala en La Haya, Julio Roberto Palomo Silva, con ocasión de una ceremonia oficial con ocasión de la ratificación de Guatemala, celebrada en la Corte Penal Internacional el 13 de julio del 2012: Texto disponible en: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/DF01C910-C3DF-44EC-BD72-85546FB6BB24/0/130712StatementGT.pdf>

4 La ley 8083 incluye varias declaraciones interpretativas, a saber: “Artículo 2°.- Las autoridades de policía administrativa y judicial, el Ministerio Público y la Procuraduría, deberán prestar toda la colaboración necesaria para atender las gestiones que se formulen respecto de la aplicación del presente Estatuto. Los jueces penales de la ciudad de San José tendrán la competencia para conocer de los actos que, por su naturaleza, deban ser del conocimiento de un órgano jurisdiccional. Contra las resoluciones que ordenen la privación de libertad y la entrega de una persona, cabrá recurso de apelación para ante el tribunal de juicio correspondiente. Para la tramitación, el diligenciamiento y la resolución de asuntos que deban tramitarse en el territorio nacional y requieran la cooperación internacional o cualquier otro acto en el cual deba aplicarse el presente Estatuto, las autoridades participantes tendrán, en cuanto sean aplicables, las mismas facultades que les confieren la Constitución Política, el derecho internacional vigente en Costa Rica y la ley. Artículo 3°.- El Gobierno de la República de Costa Rica interpreta que lo preceptuado en el segundo párrafo del numeral 27 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, no se aplicará en perjuicio de lo dispuesto en la Constitución Política costarricense, en los artículos 101, 110 y 151, así como en el inciso 9) de su artículo 121. Ver texto en: Ley 8083. Disponible en: http://www.pgr.go.cr/scij/scripts/TextoCompleto.dll?Texto&nNorma=46014&nVersion=48536&nTamanoLetra=10&strWebNormativa=http://www.pgr.go.cr/scij/&strODBC=DSN=SCIJ_NRM;UID=sa;PWD=scij;DATABASE=SCIJ_NRM;&strServidor=\\pgr04&strUnidad=D:&strJavaScript=NO

5 Notemos que días antes, lo hicieron Cabo Verde, Filipinas, Guyana, Mozambique, Sao Tome y Principe, Islas Seychelles, Yemen (el 28 de diciembre del 2000), así como Mongolia, Tanzania y Uzbekistán (29 de diciembre del 2000)

6 El texto oficial de la nota del 6 de mayo del 2002 al Secretario General de las Naciones Unidas está disponible en el siguiente sitio: <http://web.archive.org/web/20061122035340/http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2002/9968.htm>

7 Recordemos a este respecto que la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 es muy clara en cuanto a las obligaciones de conducta de un Estado al firmar un tratado internacional. Su artículo 18 se lee así: “18. Obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor. Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado: a) si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado”.

8 La nota de Israel del 28 de agosto del 2002 se lee así: “.....in connection with the Rome Statute of the International Criminal Court adopted on 17 July 1998, [...] Israel does not intend to become a party to the treaty. Accordingly, Israel has no legal obligations arising from its signature on 31 December 2000. Israel requests that its intention not to become a party, as expressed in this letter, be reflected in the depositary’s status lists relating to this treaty”. Texto disponible en la página oficial de las Naciones Unidas: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&lang=en

9 La nota oficial de Sudán del 26 de agosto del 2008 se lee así: “Sudan does not intend to become a party to the Rome Statute. Accordingly, Sudan has no legal obligation arising from its signature on 8 September 2000.” Ibidem.

10 Véase por ejemplo, McLaurin L. A. « Can the President “unsign” a treaty? A constitutionnal inquiry », Washington University Law Review, Vol 84 (2006), pp. 1941-1982, Disponible en: <http://lawreview.wustl.edu/inprint/84-7/Mclaurin.pdf>

11 Véase sobre el empleo del término de “dé-signature”, Fernandez J., La politique juridique extérieure des Etats-Unis à l’égard de la Cour Pénale Internationale, París, Pedone, p. 402. Y sobre el de « non-signature », véase Détails J., Les Etats Unis et la Cour Pénale Internationale, Collection Droits Fondamentaux, Numero 3, janvier décembre 2003, p. 20. Disponible en el sitio: <http://www.droits-fondamentaux.org/IMG/pdf/df3jdeucpi.pdf>

medios, incluyendo los militares, para liberar a ciudadanos de EEUU bajo custodia de la CPI.

Adicionalmente, una vez que República Democrática del Congo depositó la 60ª ratificación en abril del 2002, la ofensiva diplomática en el plano bilateral por parte de Estados Unidos inició a nivel de todo el planeta: « *le gouvernement américain a pris contact avec près de 180 Etats dans le but de conclure des accords bilatéraux garantissant le non transfert à la CPI de leurs ressortissants* »⁽¹²⁾. La estrategia norteamericana buscó entonces, mediante presiones diplomáticas y económicas, concluir con Estados, sean estos Partes a la CPI o no Parte, un “acuerdo bilateral de no entrega” (más conocidos como ABI: Acuerdo Bilateral de Inmunidad) en clara violación a Art. 98 del Estatuto de Roma⁽¹³⁾. No importara que fuesen o no parte al Estatuto de Roma: la orden recibida por los altos funcionarios del Departamento de Estado era clara: “*if you find a rock with a flag on it, we'll negotiate an agreement*”⁽¹⁴⁾. Mediante estos acuerdos, basados en una interpretación muy propia de dicho artículo – y denominado oficialmente bajo la fórmula mas neutra de “acuerdo sobre el artículo 98” por el Departamento

de Estado de los Estados Unidos - se buscaba excluir de la jurisdicción de la CPI a nacionales norteamericanos y a personal militar de EEUU, prohibiendo su entrega a la Corte. Para algunos autores, las razones oficiales dadas por Estados Unidos no son de recibo: “Los Estados Unidos de América argumentan que los acuerdos bilaterales de inmunidad encontrarían fundamento en el artículo 98, numeral 2 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Ello resulta absolutamente falso y no es más que una interpretación conveniente que viene a desvirtuar dicha disposición, que se refiere más bien a la existencia de compromisos o convenios anteriores a la suscripción del Estatuto en 1998, nunca a acuerdos futuros que tuvieran por finalidad proteger a criminales internacionales ni de Estados Unidos de América ni de ningún otro Estado, por lo que en aras de resguardar la integridad de este instrumento una tal disposición sólo puede ser interpretada restrictivamente, particularmente porque así lo impone un método sistemático y teleológico”⁽¹⁵⁾. Leemos por parte de otro autor que “de esta manera se esta protegiendo al personal estadounidense de cualquier solicitud judicial, ya sea por delitos que prevé el Estatuto de la CPI como hasta por delitos

tipificados en los códigos penales de los países firmantes de un ABI”⁽¹⁶⁾. El primer ABI suscrito por Estados Unidos lo fue con Israel (el 4 de agosto del 2002). El primer ABI suscrito con un país de América Latina lo fue con El Salvador (firmado el 25 de octubre del 2002, y ratificado el 29 de abril del 2004). En América Latina, seguirían los ABI firmados con República Dominicana (suscrito el 13 de septiembre del 2002), Honduras (firmado el 19 de septiembre del 2002, ratificado el 30 de mayo del 2003), Bolivia (suscrito el 19 de mayo del 2003), Nicaragua (suscrito el 4 de junio del 2003 y ratificado el 9 de julio del 2003), Panamá (firmado el 24 de junio del 2003), y Colombia (firmado el 18 de septiembre del 2003).

De unos 100 acuerdos ABIs que llegaron a firmarse en todo el mundo⁽¹⁷⁾ ya sea con Estados Partes a la CPI (en total unos 43) o ya sea con Estados que no lo fueran, tan solo 21 llegaron a ser ratificados. Costa Rica fue uno de los Estados Partes a la CPI que públicamente rechazaron firmar estos acuerdos bilaterales. En América Latina, esta posición de rechazo público a los ABI fue compartida con Argentina, Brasil, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

Al día de hoy ninguno de los ABI firmado por Estados Unidos entre el 2002 y el 2004 ha sido objeto de alguna denuncia o de algún retiro, figuras que si son claramente previstas en el derecho de los tratados tal como quedó plasmado en la Convención de Viena de 1969 (artículo 56).

El costo de no firmar un acuerdo de no entrega (ABI):

Las recientes infidencias de los cables Wikileaks permiten conocer con mucho mayor detalle el costo para Costa Rica de mantener su estricto apego a los principios que establece el Estatuto de Roma. Sobre decir que un estudio mucho más sistemático de cada uno de los países firmantes de un ABI y las revelaciones de Wikileaks permitirían conocer con mucho mayor detalle la estrategia norteamericana y el tipo de presiones ejercidas, caso por caso. En el caso de Costa Rica, leímos en la edición de La Nación del 13 de agosto del 2011⁽¹⁸⁾ que EEUU suspendió, entre el 2004 y el 2006, la ayuda militar a Costa Rica y Costa Rica dejó de percibir unos 400.000 US\$ anuales en entrenamiento policial entre 2004 y 2006. Asimismo, Costa Rica quedó excluida, en el 2005 y el 2006, de los beneficios de un

12 Véase Details J., op. cit., p. 41.

13 De manera muy conveniente, estos proyectos de tratados bilaterales fueron presentados oficialmente por el Departamento de Estado de los Estados Unidos como proyectos de “Acuerdo sobre el Artículo 98”.

14 Véase artículo de The Washington Times, del 8 de octubre del 2003. Disponible en el siguiente sitio: <http://www.washingtontimes.com/news/2003/oct/8/20031008-113708-1189r/?page=all>

15 Véase Rodríguez Morales A. J., “Los denominados acuerdos bilaterales de inmunidad”, artículo electrónico, p. 3. Artículo disponible en : http://www.geocities.ws/cienciaspenales/acuerdos_bilaterales.pdf

16 Véase Sommer C.G., “Los acuerdos bilaterales de inmunidad y el Artículo 98 de la Corte Penal Internacional”, p. 15. Texto disponible en: revistas.unc.edu.ar/index.php/recordip/article/download/33/23

17 Véase uno de los pocos estudios en español sobre los ABIs suscritos por Estados Unidos, elaborado por la ONG denominada ICCnow. Disponible en: http://www.iccnw.org/documents/CICCFs_BIAstatus_Current_sp.pdf. Un interesante trabajo de sistematización de la Universidad de Georgetown permite acceder al texto de unos 96 ABIs suscritos por los EEUU y se encuentra en la siguiente dirección electrónica: http://www.ll.georgetown.edu/guides/article_98.cfm

18 Ver nota de prensa La Nación (Costa Rica), Estados Unidos quitó ayuda al país por no firmar acuerdo de inmunidad. Disponible en <http://www.nacion.com/2011-03-14/Investigacion/NotasDestacadas/Investigacion2711020.aspx>

fondo de \$40 millones anuales que Estados Unidos creó para la implementación del TLC (Tratado de Libre Comercio con América Central y República Dominicana también conocido por sus siglas en inglés CAFTA-DR). Los cables Wikileaks citados indican que incluso el embajador estadounidense en San José presionó para buscar una “alternativa jurídica” que permitiera a Costa Rica aprobar un ABI sin que el texto del acuerdo tuviese que pasar por la Asamblea Legislativa. Se lee en el cable citado con fecha de noviembre del 2005 que

“President Pacheco is not opposed to an Article 98 agreement per se, but he and his foreign minister, Roberto Tovar, recognize that such an agreement would not be ratified by the Legislative Assembly. This is because of widespread support for the International Criminal Court (ICC), one of whose magistrates is Costa Rican, and the belief that an Article 98 agreement somehow undermines the ICC and weakens Costa Rica's commitment to multilateralism and international law. Consequently, the GOCR's position for the last two and a half years has been that it would consider only an Article

98 agreement that would not have to be submitted to the Legislative Assembly for approval⁽¹⁹⁾. En el mismo cable citado, el embajador norteamericano en San José precisa adicionalmente que está en busca de algun “trick” y que adicionalmente, la Embajada deberá de convencer a los magistrados de la Sala Constitucional: “The Costa Rican constitution requires that international agreements negotiated by the executive branch be approved by the Assembly before they can be deemed valid. There is an exception, however, for lesser-rank “protocols” derived from an existing international agreement and expressly authorized by that agreement. Such a protocol can be promulgated by the executive without legislative approval. The trick is to identify an existing international agreement that can serve as a legal foundation for the scope of protections contained in an Article 98 agreement. We must not only persuade President Pacheco, but ultimately the Constitutional Chamber of the Supreme Court”.

19 Cable confidencial de la Embajada de Estados Unidos en San José, reproducido en La Nación (Costa Rica), 14 de marzo del 2011: <http://www.nacion.com/2011-03-14/Investigacion/Archivo/N14-ARTI3/WIKILEAK46028.aspx>

El canciller de Costa Rica de la época, Roberto Tovar, según el cable citado, *“dijo al Embajador /de Estados Unidos/ que estaba trabajando en una ‘alternativa’ para el Artículo 98 fundamentada en acuerdos existentes entre los Estados Unidos y Costa Rica y en el derecho costarricense existente. Esperaba tener una propuesta escrita en dos semanas”* y justificó su retraso debido a la preparación por parte de su equipo de la memoria de Costa Rica contra Nicaragua a ser presentada ante la Corte Internacional de Justicia ⁽²⁰⁾. El cable citado es del 21 de noviembre del 2005 y efectivamente, Costa Rica presentó una demanda formal contra Nicaragua ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya por el asunto de los derechos de navegación y derechos conexos en el Río San Juan el día 29 de noviembre del 2005. No obstante, las aseveraciones del entonces canciller de Costa Rica han sido descartadas por el interesado indicando “No, no, no. Imposible. Uno no puede comprometerse a lo imposible.” ⁽²¹⁾. Finalmente, la “alternativa jurídica” ideada por el Embajador de Estados Unidos en San José nunca prosperó.

Las sanciones contra Costa Rica se extendieron durante tres años hasta el 2 de octubre de 2006, día en que, consciente de los efectos contraproducentes de esta estrategia, el Presidente Bush suspendió la prohibición de otorgar financiamientos a los Estados Partes de la CPI opuestos a la firma de un ABI. “Entendemos (la decisión del Presidente Bush) como un reconocimiento a la decisión de Costa Rica de pertenecer a la Corte Penal Internacional, institución llamada a tutelar los principios jurídicos para combatir la impunidad por los crímenes más atroces que lesionan los derechos humanos” declaró en su momento el Canciller Bruno Stagno ⁽²²⁾.

La CPI y la negociaciones con la Unión Europea (UE)

Al iniciar las negociaciones de la UE con América Central en relación a un Acuerdo de Asociación a partir del 2005, apareció la exigencia europea en el marco del componente denominado “Diálogo Político” que los Estados centroamericanos apoyaran y ratificaran el Estatuto de Roma, lo cual

20 Véase cable de noviembre del 2005, reproducido in extenso en La Nación, 14 de marzo del 2011, el cual precisa: “Ambassador followed up by phoning Tovar the morning of November 21 and asking him, in light of his comment to the press and his earlier suggestion to Ambassador to do “something” about Article 98, whether the time might be right for renewed discussions. Tovar replied that at the moment he is completely consumed with preparing a brief for Costa Rica’s border dispute case against Nicaragua in the International Court of Justice (ICJ). After that, he will think about how to craft an Article 98 solution and committed to get back with Ambassador on this issue after the holidays. U.S. Military Assistance Comes To An End “. Disponible aquí: <http://www.nacion.com/2011-03-14/Investigacion/NotasSecundarias/Investigacion2711111.aspx>

21 Véase entrevista con el ex canciller de Costa Rica Roberto Tovar, La Nación, 14 de marzo del 2011. Disponible aquí: <http://www.nacion.com/2011-03-14/Investigacion/NotasSecundarias/Investigacion2712229.aspx>

22 Véase entrevista con el canciller de Costa Rica Bruno Stagno en La Nación, 5 de octubre del 2006. Disponible en : http://www.nacion.com/ln_ee/2006/octubre/05/ultima-sr850882.html

encontró objeciones de varios países, en particular de El Salvador, Nicaragua y Guatemala, que no son Estados partes a la CPI (los dos primeros siguen sin serlo a la fecha de hoy). Adicionalmente, El Salvador, Honduras, Nicaragua⁽²³⁾, Panamá y República Dominicana han firmado un ABI con EEUU. El Salvador, Honduras, Nicaragua y Panamá lo han incluso ratificado y se convierten en los únicos 4 Estados de América Latina en haberlo hecho. A nivel hemisférico, habría que añadir a Guyana y precisar que tanto Colombia⁽²⁴⁾ como Antigua y Barbuda lo han hecho vía “opción alternativa” sin pasar por un trámite de ratificación ante su respectivo Congreso).

Reflexiones conclusivas

Las breves conclusiones a las que podemos llegar no son muy halagadoras en relación a los países centroamericanos, con excepción de Costa Rica. El caso de este último demuestra que el peso de una larga tradición

de respeto y apego al derecho internacional y a la defensa de los derechos humanos pudo más ante la arremetida de la administración Bush y el abanico de presiones diplomáticas y económicas de toda clase ejercidas por el aparato diplomático norteamericano. Recordemos a este respecto que el entonces Embajador de Costa Rica en Nueva York, Bruno Stagno, fue designado en septiembre del 2004 como Presidente de la Asamblea de Estados Partes a la CPI (cargo que ocuparía del 2005 hasta el 2008, siendo Ministro de Relaciones Exteriores de Costa Rica); y que, gracias a Panamá, quién la presentó como su candidata, la jurista costarricense Elizabeth Odio (quién fungiera como Vicepresidente del Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia entre 1993 y 1995) integró la CPI en el 2003 con una abrumadora victoria de 60 votos a favor – de 83 – en febrero del 2003⁽²⁵⁾. Sin lugar a dudas se trata de notables victorias diplomáticas de Costa Rica ante la arremetida sin precedentes de la administración del Presidente G.W. Bush.

Una lección, para muchos de que, pese a la tormenta y a las presiones, es la defensa de los principios la que prima y la que, en última instancia, siempre debiera imponerse. Ojalá estas celebraciones para estos 10 años de entrada en vigor del Estatuto de Roma incidan para que los tres Estados de la región que aún no lo han hecho, revisen su posición y ratifiquen el Estatuto de la CPI, de manera a confortar a América Latina como región

comprometida con los derechos humanos y con la justicia penal internacional

(*) Doctor en Derecho (Universidad de París II), LLM (Instituto Universitario Europeo de Florencia, Italia). Diplomado del Institut des Hautes Études Internationales (Universidad de París II). Actualmente, Nicolás Boeglin es Profesor de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica (UCR)

23 El caso de Nicaragua es atípico en la región, ya que es el único país latinoamericano que, en las resoluciones que adopta años tras año la Asamblea General de la OEA sobre la necesidad de apoyar y ratificar el Estatuto de Roma, incluye una declaración oficial que se lee así: “En lo que respecta a la renovación del llamado a considerar la ratificación o adhesión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el Gobierno de Nicaragua no puede acompañar el presente texto de resolución debido a que en Nicaragua no existen aun las condiciones propicias para adherirse a la Corte Penal Internacional”. Ver por ejemplo la Resolución AG-RES_2777_XL-O-10 del 2010, Disponible en este sitio: http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2577_XL-O-10_esp.pdf

24 El texto del acuerdo bilateral suscrito por Estados Unidos y Colombia el 17 de septiembre del 2003 esta disponible en el siguiente sitio de la Universidad de Georgetown: http://www.ll.georgetown.edu/guides/documents/Colombia03-128_000.pdf Es de notar que además, Colombia emitió al momento de depositar su instrumento de su ratificación del Estatuto de Roma en el mes de agosto del 2002, de una larga declaración que descarta la competencia de la CPI para crímenes de guerra cometidos en territorio colombiano o por nacionales de este país. Ver texto completo de esta declaración en el siguiente sitio: http://www.iccnw.org/documents/Colombia_DeclarationRatificationAug2002_sp.pdf

25 Nota de prensa, La Nación (Costa Rica), 5 de febrero del 2003. Disponible en: http://www.nacion.com/ln_ee/2003/febrero/05/pais2.html

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA ERA QUE VIENE

*Dr. Fernando Zamora Castellanos**
Abogado constitucionalista.

La cultura constitucional que viene. La transformación de ésta en la era digital:

Ante la realidad de la irrupción de los mecanismos digitales de contratación, la aspiración jurídica de los siempre proactivos europeos se resumen en la solicitud contenida en la directiva 2000/31/ CE de su Parlamento y Consejo continental, -de fecha 8 de junio del 2000-, el cual establece en su artículo 9.1: *“Los estados miembro velarán porque su legislación permita la celebración de contratos por vía electrónica. Los Estados miembros garantizarán en particular que el régimen jurídico aplicable al proceso contractual no entorpezca la utilización real de los contratos por vía electrónica, ni conduzca a privar de efecto y de validez jurídica a este tipo de contratos en razón de su celebración por vía electrónica.”*¹ Lo anterior significa que, -desde hace más

de diez años-, ya era un objetivo esencial para la Comunidad Europea el consolidar la administración pública electrónica como una aspiración en pro de perfeccionar su funcionamiento gubernamental a través de la tecnología.

Desde la modesta perspectiva de este servidor, -constitucionalista de formación-, debo reconocer que frente a la realidad de las características que implican el gobierno digital, la reacción instintiva de quien esté formado en la defensa y promoción de los caros ideales de la constitucionalidad, debe ser la de celebrar gozoso la irrupción y la llegada de la realidad digital en el sistema jurídico y gubernamental iberoamericano.

Hija de la revolución industrial, la revolución digital de los últimos cincuenta años ha sido paridora de la era del conocimiento que hoy vemos irrumpir. Esta era del conocimiento

* Doctor en derecho constitucional Summa Cum Laude por el Programa Latinoamericano de Doctorado en derecho de la Universidad Complutense de Madrid y ULACIT. Master en Teología de la California Latin University of Theology. Ha sido profesor de diversas instituciones universitarias dentro de las que destaca ser docente de la Maestría en derecho constitucional de la Universidad Interamericana de Costa Rica. Autor de diversas obras jurídicas entre las que se encuentran: Militarismo y Estado Constitucional en Costa Rica (Editorial Investigaciones Jurídicas 1997) Principios de interpretación procesal legislativa costarricense (Editorial Juricentro 1998) y Los ideales constitucionales costarricenses (Editorial Juricentro 2002 y Editorial Univ.SJ. 2da edición 2009) El origen del ideal constitucional (actualmente en prensa).

¹ Perez, Melba Rocío, en El contrato por medios electrónicos. Universidad Externado de Colombia. 2003

digital ha provocado el nacimiento de una nueva sociedad, formas exponencialmente novedosas en que los actores del proceso jurídico interactúan e interactuarán en el futuro inmediato.

En el plano estrictamente político, a este fenómeno se le llama el de la democracia interactiva o participativa, en sustitución de la democracia representativa. Un sistema en donde el ciudadano ya deja de ser un convidado de piedra, y pasa a interactuar casi protagónicamente en la ejecución directa del proceso democrático. La materialización, -ante nuestros propios ojos-, del vaticinio orteguiano contenido en la Rebelión de las Masas. Pues bien, yo vengo a congratularme y a reconocer en mis amigos administrativistas organizadores de este congreso su aspiración manifiesta que nos anuncia que el derecho administrativo toca la puerta de entrada para subir al vagón de la democracia interactiva que el gobierno digital hoy nos ofrece. Es un escenario que nos permite multiplicidad de mecanismos para enriquecer las posibilidades de protección y estímulo de las garantías e ideales contenidas en el derecho de la Constitución. Representa una revolución de tales dimensiones, que se permite soñar la posibilidad del retorno del ideal democrático de la Grecia antigua, pero dimensionado en la realidad de sociedades cuyas poblaciones implican millones de habitantes.

Al respecto, y siguiendo a Abelló Silva², podemos afirmar que cuatro son los elementos de la nueva versión de la democracia en la era digital. Por una parte tiene un carácter informativo, lo que no es novedoso en relación a los medios tradicionales como la televisión, la radio o la prensa, pero que aporta la ventaja de que su información es permanente sin restricciones horarias ni de espacio, pues los requerimientos de traslado se reducen drásticamente. Desde la perspectiva pública revitaliza la participación pues permite una información permanente del ciudadano sobre la actividad estatal permitiéndole acceder a la información referida a proyectos de ley o ejecución de presupuestos públicos. Además tiene un carácter interactivo. De inmenso valor es que esa capacidad informativa sea bidireccional instantánea entre ambos intervinientes del proceso comunicativo, receptor y emisor, lo que le permite al Estado y sus representantes una mayor y mejor interacción con su ciudadanía especialmente en función de resolver sus peticiones e inquietudes. Esta nueva interactividad facilita así mismo el control del ciudadano sobre el Estado mas fácilmente, como sucede, por ejemplo, en aspectos como materia de contratación administrativa o de control de los recursos fiscales, en la que el administrado no solo tiene un mayor acceso y cercanía a la información, sino que además puede accionar en relación a ella. A manera

de ilustración, sabemos que, a mediano plazo, la democracia digital permitirá auditar la actividad pública de forma tan eficaz, que institutos constitucionales como el de la revocatoria censitaria o el referéndum cibernético irrumpirán obligatoriamente en la realidad democrática occidental. Son cambios constitucionales de los que ya debemos estar pensando. Los latinoamericanos debemos prepararnos desde ya para esa nueva cultura constitucional que nos está trayendo la era de la información. De hecho en materia de participación, sabemos que instituciones y empresas de la Unión europea desarrollan desde algún tiempo atrás proyectos como el Cybervote donde realizan ensayos y diseños prototipo en materia de encriptación y seguridad de los sufragios y los datos dentro del contexto de propuestas para determinar los eventuales requerimientos en cambios legislativos que permitan la emisión de sufragios desde computadoras base o móviles. Democracias sustentadas en la red informática mundial generaría además una minimización tan brutal de los costos económicos y un ahorro de los recursos materiales durante el desarrollo general de los procesos políticos y de administración pública que las consecuencias de ello son inimaginables. Eso alentará aún más la consecución de la igualdad de condiciones para los actores de los procesos democráticos y en los diferentes procesos promovidos por el Estado, como lo son por ejemplo los procesos licitatorios. Amén de que en aspectos como el electoral, solo para mencionar una de sus consecuencias,

las tendencias abstencionistas, usualmente sustentadas en las dificultades y en la apatía ante los desplazamientos físicos, se verán disminuidas de forma igualmente sustancial. Aunado a lo anterior, la capacidad asociativa de los ciudadanos igualmente aumentará en razón de las facilidades que permiten las redes sociales informáticas como motores de la participación ciudadana. Sin duda los grandes obstáculos a vencer para determinar cuánto tardará en implementarse esta nueva cultura constitucional y democrática radican, por una parte, en el tiempo que tomará para que el acceso a la actividad digital se masifique aún más entre la población, pues como ocurrió al inicio con la televisión, estos instrumentos tecnológicos implican algún lapso en que sean accesibles a todos, en segundo término en lograr desarrollar los medios tecnológicos para que la comunicación del participante sea segura y honesta. Ya la democracia se ha visto golpeada por las dudas respecto del conteo electrónico. Fallas en el sistema pueden permitir la alteración de los resultados, los votos dobles, cambio de los votos por el de otros participantes del proceso, o hacer finalizar el proceso antes de lo acordado. Dichos elementos son los que aún hacen desconfiar de su implementación hasta que no se conquisten mejores avances en materia de seguridad y acceso. Dependerá del tiempo que tome al Estado entender que es su responsabilidad educar a la población y habituarla a la actividad digital. De la disposición de este y del mercado para facilitarle a la población el acceso masivo a

2 Harún Abelló Silva. Ciudadanía y Gobierno electrónico, en Gobierno Digital. Tendencias y Desafíos. Universidad Externado de Colombia. 2003

los medios tecnológicos básicos. También depende del apoyo que se dé a las entidades que buscan concretar la implementación de mecanismos tecnológicos que garanticen la seguridad de la participación electrónica del ciudadano. El último obstáculo es la resistencia de los estamentos políticos para promover los cambios. Pero creo que esto es cuestión de un plazo mediano. Solo nos resta dimensionar la transformación de la cultura constitucional a la que nos está llevando la era digital. Es una metamorfosis radical, -en contenidos y formas-, de la interacción entre ciudadanos y empresas con sus gobiernos tanto nacionales como locales. El ideal tan anhelado de la descentralización, en proceso de venida. Y la necesaria transformación, de ese estado burocratizado, vertical, distante y costoso, en uno más cercano y dinámico obligado a ello por las ineludibles circunstancias que conllevan la digitalización.

Retos de la digitalización de la actividad gubernamental

Creo que el reto jurídico en materia de digitalización de la actividad gubernamental radica en la necesidad de una ley marco y de un régimen marco del gobierno digital, que permita una mayor sistematización de dicha actividad. Sabemos que en Costa Rica un esfuerzo importante ha sido la ley de *Certificados, firmas digitales y documentos electrónicos*. Sin embargo creo que esta es una iniciativa insuficiente

para las dimensiones del reto y del cambio. Una ley marco deberá incluir al menos elementos tales como regulación en materia de métodos cibernéticos de comunicación, mecanismos cibernéticos de identidad y su protección, mecanismos de certificación y autenticación, regulación en materia de páginas cibernéticas gubernamentales, manejo de archivos y registros electrónicos, y expedientes y documentos cibernéticos, remedios que prevea la administración ante las consecuencias de ataques de influenciales informáticos contra las páginas electrónicas de la administración, todo lo cual permitirá la consolidación de la Administración Pública electrónica indispensable ante la llegada de la era digital y como necesidad de eficiencia y eficacia de esa misma administración, ahorro de costos, desplazamiento, y libertad de restricciones horarias.

El mundo que tenemos por ganar debe convencernos que para el Estado no debe ser discrecional la elección de la aplicación de la e-administración, sino un imperativo categórico.

Ahora bien, en el marco estricto de la contratación electrónica administrativa ensayemos algunas preguntas y respuestas que nos permitan comprender cuál es el marco de constitucionalidad dentro del que se debe operar.

En primer término, ¿Porqué ser tan insistente respecto de la mayor democratización de los medios de participación en la contratación

administrativa? Esencialmente por el fin público prevalente en la contratación administrativa. Rasgos de preeminencia de fin público que son característicos de la contratación administrativa, se extraen con claridad de la jurisprudencia constitucional, como por ejemplo se concluye del voto 6432 del año 1998 y de la doctrina del Derecho administrativo, de cuya lectura extraemos siete fundamentos. Que su naturaleza responde a la concepción de ser un acto de colaboración voluntaria con la Administración, destinado a satisfacer las exigencias de funciones públicas esenciales del Estado, razón por la que lo esencial del contrato se desplaza de la armonía de intereses entre las partes involucradas, a la consecución del fin de interés público que se persigue; que la Administración goza de prerrogativas que se concretan en facultades que se fundan en el interés público; del concepto mismo de contrato se deriva la idea de equilibrio de los intereses contrapuestos, debiendo existir reciprocidad de intereses; por ello, y como regla general, el contrato administrativo responde al tipo de los contratos que son onerosos (concepto de financiamiento por medio del gasto público), pero a la vez conmutativos (contraprestaciones equivalentes); la doctrina reconoce que las prestaciones deben ser equilibradas porque la Administración financia el contrato con gasto público, que tiene un orden de origen constitucional como lo son los principios de la Hacienda Pública, de manera que la obligación debe ser respaldada, necesariamente, con la existencia

de fondos suficientes para enfrentarla; y porque la formalización del contrato reconoce un valor de contraprestación que debe ser íntegramente respetado, sin que sean posibles alteraciones futuras, a menos que medie un nuevo acuerdo entre las partes; el contrato está sujeto a riesgos y a circunstancias imprevistas que afectan el nivel económico originalmente establecido por las partes al acordar las prestaciones, dependiendo el grado de incidencia, usualmente, de la complejidad de la relación y de su permanencia en el tiempo; igualmente es vital examinar el origen de las alteraciones que modifiquen la economía del contrato, para definir el tipo de respuesta administrativa para restituir ese nivel. Siendo que si las modificaciones corresponden a la acción unilateral de la Administración o responde a un acto contractual derivado de su facultad modificadora de la relación, es la Administración la que deberá asumir, integral y plenamente, los efectos de sus propias decisiones; y finalmente, el contratante al celebrar el contrato persigue un beneficio, una utilidad, que se calcula, normalmente, no solo sobre la prestación que deberá realizar (suministro, obra o transportes, por ejemplo), sino también sobre el capital que ha de invertir en ello, de manera que al formalizarse la relación, este acto le asegura la obtención del beneficio proyectado y si por razones sobrevinientes o imprevisibles, ese beneficio sufre un menoscabo, el contratista tiene el derecho a que el beneficio previsto sea restablecido, para que pueda lograr las ganancias razonables que habría obtenido de

cumplirse con el contrato en las condiciones originarias.

Y en estricta conformidad con el derecho de la constitución ¿cuáles son los ejes constitucionales que debe respetar la contratación administrativa, incluida la electrónica, según los ha delineado nuestro Tribunal constitucional?

Nuestra jurisdicción constitucional se ha manifestado respecto de la contratación administrativa, el contenido del artículo 182 de la Constitución Política y los principios constitucionales que de esta norma se derivan. En este sentido, son las sentencias número 2101-91, de las ocho horas cuarenta minutos del dieciocho de octubre de mil novecientos noventa y uno, 2341-91, de las nueve horas del ocho de noviembre de mil novecientos noventa y uno, 1490-92, de las dieciséis horas nueve minutos del tres de junio de mil novecientos noventa y dos, 2864-92, de las quince horas del nueve de setiembre de mil novecientos noventa y dos, 2202-93, de las quince horas treinta y nueve del veintiuno de mayo de mil novecientos noventa y tres, 2633-93, de las dieciséis horas tres minutos del nueve de junio de mil novecientos noventa y tres, 078-7-94, de las quince veintiuno de ocho de febrero de mil novecientos noventa y cuatro, 3348-95, de las ocho horas treinta minutos del veintiocho de junio de mil novecientos noventa y cinco, y 1205-96, de las nueve horas del quince de marzo de mil novecientos noventa y seis, entre otras.

Como el artículo 182 de la Constitución Política establece en la figura de la licitación, el concepto dentro del cual podemos hallar inmersos todos los principios propios de la Contratación Administrativa, debemos interpretar que de aquel artículo podemos derivar los diez grandes parámetros constitucionales que deben regir la actividad digital o electrónica del Estado en materia contractual. Sabemos que la Sala Constitucional ha determinado que estos diez principios, -sin duda, aún plenamente vigentes-, son:

1) el de libre concurrencia, que tiene por objeto afianzar la posibilidad de oposición y competencia entre los oferentes dentro de las prerrogativas de la libertad de empresa regulado en el artículo 46 de la Constitución Política, destinado a promover y estimular el mercado competitivo, con el fin de que participen el mayor número de oferentes, para que la Administración pueda contar con una amplia y variada gama de ofertas, de modo que pueda seleccionar la que mejores condiciones le ofrece;

2) de igualdad de trato entre todos los posibles oferentes, principio complementario del anterior y que dentro de la licitación tiene una doble finalidad, la de ser garantía para los administrados en la protección de sus intereses y derechos como contratistas, oferentes y como particulares, que se traduce en la

prohibición para el Estado de imponer condiciones restrictivas para el acceso del concurso, sea mediante la promulgación de **disposiciones legales o reglamentarias** con ese objeto, como en su actuación concreta; y la de constituir garantía para la administración, en tanto acrece la posibilidad de una mejor selección del contratista; todo lo anterior, dentro del marco constitucional dado por el artículo 33 de la Carta Fundamental;

3) de publicidad, que constituye el presupuesto y garantía de los principios comentados, ya que busca asegurar a los administrados la más amplia certeza de la libre concurrencia en condiciones de absoluta igualdad en los procedimientos de la contratación administrativa, y que consiste en que la invitación al concurso licitatorio se haga en forma general, abierta y lo más amplia posible a todos los oferentes posibles, dándosele al cartel la más amplia divulgación, así como el más amplio acceso al expediente, informes, resoluciones y en general a todo el proceso de que se trate;

4) de legalidad o transparencia de los procedimientos, en tanto los procedimientos de selección del contratista deben estar definidos a priori en forma precisa, cierta y concreta, de modo que la

administración no pueda obviar las reglas predefinidas en la norma jurídica que determina el marco de acción, como desarrollo de lo dispuesto al efecto en la Constitución Política;

5) de seguridad jurídica, que es derivado del anterior, puesto que al sujetarse los procedimientos de la contratación administrativa a las reglas contenidas en las disposiciones normativas, se da seguridad y garantía a los oferentes de su participación;

6) formalismo de los procedimientos licitatorios, en cuanto se exijan formalidades, éstas actúan a modo de controles endógenos y de autofiscalización de la acción administrativa; de manera que no se tengan como obstáculo para la libre concurrencia;

7) equilibrio de intereses, en tanto es necesario que en estos procedimientos exista una equivalencia entre los derechos y obligaciones que se derivan para el contratante y la administración, de manera que se tenga al contratista como colaborador del Estado en la realización de los fines públicos de éste;

8) principio de buena fe, en cuanto en los trámites de las licitaciones y en general, en todo lo concerniente a la contratación administrativa, se considera como un principio

moral básico que la administración y oferentes actúen de buena fe, en donde las actuaciones de ambas partes estén caracterizadas por normas éticas claras, donde prevalezca el interés público sobre cualquier otro;

8) de la mutabilidad del contrato, puesto que la administración cuenta con los poderes y prerrogativas necesarias para introducir modificaciones a los contratos, con el objeto de que cumplan con el fin público asignado que debe proteger y realizar;

9) de intangibilidad patrimonial, en virtud del cual la administración está siempre obligada a mantener el equilibrio financiero del contrato, sea indemnizando al cocontratante de todos los efectos negativos que se originen en sus propias decisiones, sea como efecto del principio de mutabilidad, sea por razones de conveniencia o de interés público o por cualesquiera otras razones generales o especiales que lleguen a afectar el nivel económico inicial, reajustando siempre las variaciones ocurridas en todos y cada uno de los costos que conforman los precios del contrato para mantener incólme el nivel económico originalmente pactado (reajustes de precios que pueden originarse en las teorías jurídicas de la imprevisión, rebus sic stantibus, hecho del príncipe y sobre

todo, en la llamada equilibrio de la ecuación financiera del contrato); y **10) del control de los procedimientos**, principio por el cual todas las tareas de la contratación administrativa son objeto de control y fiscalización en aras de la verificación, al menos, de la correcta utilización de los fondos públicos. De manera que es necesaria, en todo el procedimiento de la contratación administrativa, cuando menos, la verificación de los siguientes controles: **el jurídico**, para comprobar que ninguna entidad o funcionario realice acto alguno o asuma conductas que transgredan la Ley, realizado mediante la verificación de la existencia previa de recursos económicos; **el contable**, que es el examen o juzgamiento de las cuentas de las dependencias y de los funcionarios que tienen a su cargo de la administración de fondos y bienes del Estado, que deriva de la revisión constante y sistemática de todas las operaciones que afectan los créditos presupuestarios aprobados por la Asamblea Legislativa o la Contraloría, a fin de que los gastos tengan su respaldo financiero y se ajusten a la clasificación establecida, realizado por las oficinas de control de presupuesto y contabilidad de cada ente o institución contratante; **el financiero**, que consiste en la fiscalización de la correcta percepción

de ingresos y de la legalidad del gasto público, de competencia de las propias oficinas financieras de las instituciones, la Tesorería Nacional, la Oficina de Presupuesto, y la Contraloría General de la República; y **el control económico o de resultados**, que se realiza sobre la eficiencia y eficacia de la gestión financiera, es decir, sobre los resultados de dicha gestión, la determinación del cumplimiento de las metas establecidas y el aprovechamiento óptimo de los recursos, control que se lleva a cabo muy parcialmente por parte de las instituciones y no se ha concebido como un efectivo instrumento para el desarrollo gerencial e institucional.

En aras de promover los objetivos constitucionales en la materia de contratación específicamente por medios electrónicos, seis son los principios básicos que la doctrina reconoce con mayor celo: Autonomía de la voluntad, buena fe, libertad de forma, autenticidad, equivalencia funcional e integridad.

Ahora bien, ¿Cuáles son los ideales esenciales de la administración electrónica gubernamental?

Antes una definición conceptual básica: entendemos que en la contratación electrónica, el contrato es celebrado sin la presencia simultánea de las partes, prestando éstas su consentimiento en origen y en destino por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenaje de datos, conectados por medio de cable, radio o medios ópticos o electromagnéticos³ y por administración pública electrónica entendemos la ejecución de las actividades públicas administrativas a través de flujos de información por medio de datos codificados en dígitos binarios, en sustitución del procedimiento manual que permite el papel y la presencia física.

Sancho Royo⁴ tres son los objetivos fundamentales de la actividad electrónica estatal: el mejoramiento del servicio a la ciudadanía, el aumento de la eficacia y la eficiencia de la gestión interna del Estado, y la superación de la gobernabilidad democrática. De ahí que, tal y como lo ha sostenido Peres Useche⁵ una estrategia de

3 Paloma Llana Gonzalez. Internet y comunicaciones digitales. Régimen legal de las tecnologías de la información y la comunicación, Madrid, Bosch, 1999.

4 Sancho Royo David. Gobierno electrónico y participación. VII Congreso Internacional del CLAD sobre reforma del estado y la administración pública, Lisboa 2002.

5 Peres Useche Marco. Función Pública y Seguridad en el gobierno digital. Universidad Externado de Colombia. 2003

gobierno electrónico debe asegurarse con medidas y sistemas de seguridad informática que enfrenten los riesgos y las amenazas propias de este nuevo entorno. Las ventajas que pueda generar el gobierno digital para la ciudadanía serán tangibles si se optimiza el uso de la tecnología garantizando la integridad de los derechos de los usuarios.

Con ellos, finalmente podemos afirmar que seis son los principios rectores de la función pública electrónica:

El principio de igualdad, el principio de transparencia: o sea, todo a la vista de todos, el principio de eficacia, el principio de economía que implica además cooperación tecnológica interinstitucional, el principio de celeridad, el principio de imparcialidad, el principio de protección y custodia de la información, el principio de preferencia de la tecnología amigable y adaptación a las nuevas técnicas.

DERECHO PENAL JUVENIL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Prof. Alonso Salazar

Resumen

Con la presente contribución, pretendo llamar la atención sobre algunas de las particularidades procesales del Derecho Penal Juvenil a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No se trata de un análisis completo de todas las garantías y principios del derecho procesal de adultos en comparación con el derecho procesal penal de menores. Se intenta más bien, de destacar las particularidades que en el mismo sentido ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos al respecto. Por su naturaleza y extensión, dicho análisis pretende ser una guía y no un texto de consulta a nivel procesal penal. Por otra parte, la escasez de pronunciamientos de parte de esta Corte específicamente sobre este tema, tampoco lo permite.

Abstract

With this contribution, I pretend to catch attention about some procedural particularities, regarding the juvenile criminal law in the context of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. This is not a complete analysis of all guarantees and procedural principles adult's compared with juvenile criminal procedural law. It is intended to highlight the particularities of the procedure according with the pronouncements of the American Court of Human Rights in this regard. By its nature and extent, this analysis is a guide, not a reference text at criminal proceedings. Moreover, is the shortage of pronouncements from this Court specifically on this issue, that not permitting it.

Palabras Clave

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Derecho Penal Juvenil. Garantías procesales. Principios Procesales. Medidas Socio-Educativas. Prisión Preventiva.

Keywords

American Court of Human Rights. Juvenile Criminal Law. Procedural safeguards. Procedural principles. Social and educational measures. Preventive detention.

Sumario

- Determinación del nacimiento de las políticas de protección de los niños, niñas y adolescentes (del sistema de protección tutelar al sistema de protección integral).
- Determinación del derecho penal juvenil.
- Algunos principios que rigen el derecho penal juvenil.
- Algunas garantías de ejecución tratándose específicamente de niñas, niños y adolescentes.

Summary

- Determination of the birth of the policies for the protection of children and adolescents
- Determination of juvenile criminal law.
- Some principles governing juvenile criminal law.
- Some guarantees in the execution part, regarding specific case of children and adolescents.

Introducción

Antes de precisar las interpretaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte”, “Corte IDH”, “Tribunal”) en cuestiones relacionadas con el derecho penal juvenil, se hace menester exponer someramente el surgimiento del sistema de protección hacia los niños, niñas y adolescentes, del cual forma parte esta rama del derecho.

“Después de la segunda guerra mundial, para superar los conceptos meramente formales de democracia, la mayoría de sus teóricos han aceptado la existencia de un vínculo indisoluble entre la forma de gobierno democrático y la ciudadanía. La ciudadanía se define en un sentido amplio y se la puede caracterizar como civil, política y social. A partir de entonces, se observa un proceso creciente de reconocimiento de la ciudadanía a sujetos que, hasta ahora, se encontraban excluidos de los mecanismos de participación propios de la ciudadanía civil, política y social. Esta evolución política es acompañada de un desarrollo sostenido de instrumentos jurídicos destinados a garantizar para tod[a]s las personas un conjunto universal de derechos, es decir, un reconocimiento jurídico de su ciudadanía [...]. La Convención sobre los Derechos del Niño es, precisamente, el instrumento

internacional que permitió expandir la ciudadanía a la infancia, ya que reconoce que todos los niños, niñas y adolescentes tienen derechos ante el Estado y la comunidad, y que los Estados Partes deben adoptar todas las medidas “administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención”.¹

Con anterioridad a la aprobación por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en 1989, de la Convención sobre los Derechos del Niño, la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes se caracterizaba por seguir “la llamada doctrina de la situación irregular [la cual consideraba que] son “niños” quienes tengan sus necesidades básicas satisfechas, y “menores”, quienes se encuentren marginados socialmente y no puedan satisfacer sus necesidades básicas. [De manera que para el tratamiento de estos últimos] se desarrollan legislaciones que consideran a los niños como “objetos de protección y control”, y se establecen jurisdicciones especiales, las cuales resultan excluyentes y discriminatorias, niegan a los niños la condición de sujetos de derecho y vulneran sus garantías fundamentales. Asimismo, “judicializan” los problemas psicosociales de la niñez y crean la figura del juez de niños, quien, con amplias facultades discrecionales, tiene la función de resolver

1 Cillero Bruñol, M., “Los derechos del niño: de la proclamación a la protección efectiva”, Revista Justicia y Derechos del Niño, N° 3, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Oficina de Área para Argentina, Chile y Uruguay, Buenos Aires, diciembre 2001, pp. 49,50.

los problemas de este grupo social, ante la falta de políticas sociales de protección por parte del Estado.²

Esta época se caracterizó por la existencia de un sistema tutelar de menores en el que éstos eran considerados únicamente objetos, apéndices de sus padres.³ Bajo esta tesitura se contemplaba “una jurisdicción altamente discriminante y excluyente, sin las garantías del debido proceso, en la que los jueces [tenían] amplias facultades discrecionales sobre cómo proceder en relación con la situación general de los niños.⁴ Es “[a] partir de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, [que] los Estados del continente iniciaron un proceso de adecuación de su legislación a la luz de la doctrina de la protección integral, en la cual se considera al niño como sujeto pleno de derechos, dejando atrás la concepción de que es sujeto pasivo de medidas de

protección [...] Se dio así la transición de un sistema “tutelar represivo” a uno de responsabilidad y garantista en relación con los niños, en el cual la jurisdicción especial se enmarca en el principio de legalidad, siguiendo las debidas garantías y se adoptan medidas “orientadas al reparo a la víctima y reeducación del menor de edad infractor a la ley, relegando a casos absolutamente necesarios el internamiento”.⁵

Claramente esta evolución del sistema de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes dentro del marco de los derechos humanos tuvo repercusión en el nacimiento del derecho penal juvenil, CILLERO BRUÑOL, lo relata de manera concisa pero acertada:

“Las sociedades filantrópicas, que en un comienzo se habían hecho cargo de los niños y niñas abandonados, no podían

2 Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 15 (Observaciones del Instituto Interamericano del Niño).

3 Cillero Bruñol señala 3 principios esenciales presentes en este sistema, a saber:

1. Las leyes de menores, a diferencia de lo que aparentan, no se estructuran a partir de la legítima diferenciación jurídica entre adultos y no-adultos, sino en una radical separación de dos tipos de infancia: la que tiene sus derechos satisfechos debido a la protección familiar, y aquella que no los tiene. A los primeros no se les aplicarán las nuevas leyes, a los segundos, en cambio, se los protegerá y controlará su conducta a través de los mecanismos judiciales y administrativos creados por la Ley, que vienen a compensar las debilidades del sistema social y familiar.

2. El segundo principio del sistema tutelar de menores es la idea de que el Estado debía asumir una especie de “patria potestad estatal” respecto de los abandonados, irregulares o delincuentes, terminología que las leyes usan indistintamente para referirse a los denominados menores, es decir, la infancia pobre y marginal. Las leyes de menores tienen por objetivo constituir un poder de los adultos sobre los niños que reemplace el poder que las leyes civiles entregan a los padres y que éstos no ejercen por encontrarse inhabilitados “moral o socialmente”.

3. Un tercer principio que destacaré de las legislaciones de menores es el de la confusión, e igual tratamiento, entre la infancia que se ve amenazada o dañada en su desarrollo y los niños, niñas y adolescentes que infringen las leyes penales y, más aún, entre estos últimos y aquellos que estaban en riesgo de hacerlo. Con este principio surgen necesidades nuevas como las de detectar y controlar al menor predelincente. Para realizar estas funciones ya no solo hay que hacerse cargo de los niños y niñas abandonados, sino también detectar a los que estén en peligro o sean “peligrosos”. Así, Cillero Bruñol, M., óp. cit., n.p. [1], pp. 51,52.

4 Corte IDH. óp. cit., n. p. [2]

5 Ibíd.

dar cumplimiento a tan amplios objetivos, especialmente porque muchas veces se enfrentaban a la oposición de los padres que se negaban a entregar a sus niños a los reformatorios. Ante esto se hizo necesario constituir un complejo institucional conformado por la Justicia y las leyes de menores y un conjunto de establecimientos correccionales y organizaciones filantrópicas.

De este modo el llamado “complejo tutelar” se organizó como un sistema interconectado de intervenciones públicas y privadas, de control/represión (menores peligrosos) y asistencia (menores en peligro), con un marcado predominio de las competencias judiciales.

El sistema tutelar [...] “gobernó” sin contrapesos a la infancia pobre y sus familias durante gran parte del siglo XX en América y Europa. Sin embargo, su poder fue disminuyendo en Europa con el surgimiento del derecho penal juvenil que, si bien mantuvo en sus comienzos un énfasis peligrosista y resocializador, al menos contribuyó a separar las competencias asistenciales de las penales.⁶

Ahora bien, este derecho penal juvenil ampliamente influenciado por la aparición del sistema de protección integral, también ha evolucionado y aún sigue en constante construcción hacia alcanzar la eficaz

aplicación de un “[...] nuevo sistema [caracterizado] por:

- i. reconocer a los niños como sujetos de derechos y la necesidad de brindarles medidas especiales de protección, las cuales deben impedir intervenciones ilegítimas del Estado que vulneren sus derechos, y prever prestaciones positivas que les permitan disfrutar efectivamente sus derechos;
- ii. haber surgido con base en “los aspectos críticos” del modelo de la “situación irregular” que imperó en nuestra región por más de ochenta años;
- iii. dejar atrás la “judicialización” de asuntos exclusivamente sociales y el internamiento de los niños o jóvenes cuyos derechos económicos, sociales y culturales se encuentran vulnerados;
- iv. evitar la utilización de “eufemismos justificados por el argumento de la protección”, lo cual impida emplear los mecanismos de protección de derechos fundamentales propios del debido proceso;
- v. brindar un trato diferenciado entre los niños cuyos derechos se encuentran vulnerados, y aquellos otros a quienes se les imputa la comisión de un hecho delictivo;
- vi. adoptar las medidas de protección que promuevan los derechos del niño y que de ninguna manera los vulneren, considerando el consentimiento del niño y de su grupo familiar;
- vii. desarrollar políticas públicas universales, así como “focalizadas y

6 Cillero Bruño, M., óp. cit., n.p. [1], pp. 52, 53.

descentralizadas”, tendientes a hacer efectivos los derechos de los niños; y viii. establecer un sistema de responsabilidad especial para adolescentes, respetuoso de todas las garantías materiales y procesales”.⁷

Por último cabe señalar que “[l]a Convención sobre los Derechos del Niño establece dos ámbitos de protección: a) de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes en general, y b) el de los niños que han cometido un delito. En este último campo, los niños no sólo deben recibir las mismas garantías que los adultos, sino, además, una protección especial”⁸. Precisamente este último espectro de garantías y principios que rigen el sistema penal juvenil, que se encarga de la protección de los niños, niñas y adolescentes vinculados con la comisión de un delito, procesados con o sin condena en un centro penitenciario; es el que se pretende enunciar en los apartados siguientes de este artículo, prestando especial atención a las consideraciones jurisprudenciales que la Corte IDH ha realizado respecto a cada tema.

Principios del Derecho Penal Juvenil

Es claro que al sistema penal juvenil lo rigen todos los principios del derecho penal

general⁹, pero también lo adicionan principios específicos, algunos de ellos son los que se expondrán a continuación.

Principio de Intervención Mínima y ÚLTIMA Ratio de la Sanción Penal Juvenil

“Uno de los principios más modernos del derecho penal y que tiene una importancia fundamental en nuestra época, es la intervención mínima, que en la justicia juvenil debería ser “re-mínima”. Esto significa que el control formal penal debe dejarse únicamente para los casos y las conductas graves que así lo ameritan, a fin de mantener el equilibrio social que procura el sistema de justicia penal”.¹⁰

Al respecto señalan TIFFER y LLOBET citando a Kaiser, que “la necesidad de limitar la justicia penal y en especial la privativa de libertad se extrae, además de su cualidad de ultima ratio de las sanciones jurídico penales, que los motivos de seguridad no justifican una privación de libertad sino en pocos casos, y una seguridad así obtenida es de naturaleza transitoria”.¹¹

Este principio se encuentra recogido en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para

la Administración de la Justicia de Menores (1985) (en adelante “Reglas de Beijing”) en el principio 19 el cual estipula:

“19. Carácter excepcional del confinamiento en establecimientos penitenciarios. 19.1 El confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible”.

Así como en la Convención de Derechos del Niño (1989) en su artículo 37, inciso b:

“Artículo 37. Los Estados Partes velarán por que:

b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda [...]”

Y finalmente en las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (1990), en su acápite I sobre “Perspectivas Generales” incisos 1 y 2 donde se expresa:

“[...] 1. El sistema de justicia de menores deberá respetar los

derechos y la seguridad de los menores y fomentar su bienestar físico y mental. El encarcelamiento deberá usarse como último recurso.

2. Sólo se podrá privar de libertad a los menores de conformidad con los principios y procedimientos establecidos en las presentes Reglas, así como en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing). La privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo [...]”

Al respecto ante la Opinión Consultiva, OC-17/2002: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño (en adelante “OC-17”), el 7 de agosto de 2001 el Instituto Interamericano del Niño presentó sus observaciones en las cuales expresa que “en consideración a que la sanción en esta jurisdicción especial busca rehabilitar¹² y no reprimir, el internamiento debe ser la última medida. Antes deben valorarse otras medidas de carácter socio-educativo como: orientación familiar, imposición de reglas de conducta, prestación de servicios a la comunidad, obligación de reparar el daño y libertad

7 Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 15 (Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos).
8 Ibid.
9 Entre ellos: principio de legalidad, debido proceso, presunción de inocencia, onus probandi, in dubio pro reo, nos bis in ídem, privacidad y confidencialidad, entre muchos.
10 Tiffer, C., Llobet, J., “La Sanción Penal Juvenil y sus Alternativas en Costa Rica”, UNICEF-COSTA RICA, San José, 1999, p. 181.
11 Ibid.

12 De si el encierro como tal rehabilita o no, no es un tema que discutiré aquí, sin embargo, la experiencia nos enseña que el encierro en cuanto a su función rehabilitadora ha fracasado de manera rotunda.

asistida. Las medidas deben ser siempre proporcionales y estar fundamentadas en el interés superior del niño y su reintegración familiar y comunitaria”.¹³

Siempre debe tenerse claro que “[l]as motivaciones que llevan a los [niños, niñas y adolescentes] a delinquir son, muy diferentes a las de los adultos. El menor, muchas veces, tiene comportamientos que no son aceptables o tolerables socialmente, pero en los mismos no concurre especial ánimo malicioso, sino que más bien son producto de la irreflexión (recordemos que estamos ante un ser en evolución, en permanente aprendizaje, cuya limitada experiencia vital no le permite conocer aún todo lo que está permitido o todo lo que está prohibido) o de ese tan particular espíritu lúdico que caracteriza a las etapas previas a la madurez”. Precisamente de esta consideración se desprende la necesidad de establecer un sistema diferente de sanciones a los niños, niñas y adolescente infractores, pues su conducta reprochable no puede ser igualada a la de un adulto.¹⁴

Sobre el tema LLOBET RODRÍGUEZ, ha determinado que “en los casos en que

no es posible la aplicación de un criterio de oportunidad reglado ni de otra forma anticipada de conclusión del proceso, como la conciliación y la suspensión del proceso a prueba, llegándose al dictado de una sentencia condenatoria y a la imposición de una sanción propiamente dicha, principio fundamental del Derecho Penal Juvenil es que el confinamiento de menores de edad en establecimientos penitenciarios debe ser utilizado como último recurso[...]. Antes debe dársele prioridad a las sanciones socio-educativas,¹⁵ posteriormente vienen las de órdenes de orientación y supervisión, imponiéndose como última alternativa las sanciones privativas de libertad, y dentro de éstas, prefiriéndose por su orden el internamiento domiciliario y el internamiento durante el tiempo libre, y por último el internamiento en centros especializados”.¹⁶

Finalmente para este autor la estructuración de dicha escala de sanciones teniendo como última opción la privación de libertad en centros penitenciarios es consecuencia del principio de necesidad que se deriva del principio de proporcionalidad, el cual se expone de seguido.

13 Corte IDH. óp. cit., n. p. [2].
14 Cfr. Salazar, A., “Las Medidas Socio-Educativas en el procedimiento Penal Juvenil”, Editorial ISOLMA, San José, 2010.
15 Dentro de estas medidas se pueden citar en el caso de Costa Rica: amonestación y advertencia, libertad asistida, prestación de servicios a la comunidad y reparación de los daños a la víctima. En el caso de España, la gama de alternativas es más extensa, se tiene: asistencia a un centro de día, permanencia de fin de semana, libertad vigilada, convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, prestación en beneficio de la comunidad, privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos a motor. Así, Ibíd.
16 Llobet Rodríguez, J., “La Sanción Penal Juvenil” en “De la Arbitrariedad a la Justicia Adolescente y Responsabilidad Penal en Costa Rica”, UNICEF-COSTA RICA, San José, 2000, pp. 243 y 245.

Principio de Proporcionalidad

Se encuentra previsto en el principio 5 de las Reglas de Beijing en donde se estipula:

“5.1 El sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito” (subrayado es suplido)

“El principio de proporcionalidad se ha convertido en el eje de la administración de los derechos fundamentales de los ciudadanos, y si bien nació dentro del derecho administrativo policial, después ha pasado al derecho procesal penal y es indudable su aplicación en el derecho penal sustantivo”.¹⁷ Así, “el principio de proporcionalidad en sentido estricto es el juicio de ponderación de intereses, que trata de lograr un equilibrio”¹⁸ entre el poder punitivo del Estado y los derechos de los ciudadanos. En esencia se trata de “un poder discrecional del juzgador para rechazar o limitar la realización de una acto que podría significar un deterioro inaceptable para los derechos ciudadanos, o la exclusión de un acto ya realizado por se abusivo”.¹⁹

Directamente tratándose de justicia penal juvenil la aplicación de este principio se centra en un análisis de ponderación de la pena a imponer sin descuidar la protección especial a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, evitando en la mayor medida que sufran un daño irreparable que les imposibilite su reinserción en la sociedad.

“La proporcionalidad procura, en general, mantener un equilibrio entre la sanción impuesta a un joven y el grado de su participación y culpabilidad. En forma práctica el principio de proporcionalidad significa que, dentro de una pluralidad de medidas posibles y adecuadas, se deben escoger aquellas que menos perjudiquen al joven sujeto del proceso [...]. Por medio de él se puede llegar realmente a una efectiva vigencia del principio, establecido en la mayoría de las legislaciones juveniles, del interés superior del niño”.²⁰

Principio del Interés Superior del Niño

“Es un principio que se deriva del principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño (1959) en donde se estipula que “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para

17 Dall’Anese, F., “El Proceso Penal Juvenil Costarricense: Principios y Alternativas a la Justicia” en “De la Arbitrariedad a la Justicia Adolescente y Responsabilidad Penal en Costa Rica”, UNICEF-COSTA RICA, San José, 2000, p. 269.
18 Tiffer, C., Llobet, J., óp. cit., n.p. [10], p. 71.
19 Dall’Anese, F., óp.cit., n.p. [17] p. 270.
20 Tiffer, C., Llobet, J., óp. cit., n.p. [10], p. 182.

que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño” y del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” [...]. Dicho principio lo que busca es que al momento de analizar un caso en el que es parte un niño, niña o adolescente, no solo se debe tener presente el requerimiento de un procedimiento especial, sino que dentro de éste deben ponderarse las características particulares de la situación en la que se halla el niño, niña o adolescente”.²¹

Ha agregado además la Corte IDH que “la expresión “interés superior del niño”, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de

normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”.²²

“El interés del menor implica la individualización de éste, con una clara determinación de sus características y necesidades personales, de manera que, tanto los actos procesales (incluidas desde luego las medidas cautelares) como la pena aplicada en sentencia, sean ajustados a la medida del imputado. Surge con ello el subprincipio de adecuación, en virtud del cual la valoración del hecho delictivo debe hacerse en el contexto de la personalidad del menor, de modo que el trato que reciba debe minimizar los efectos aflictivos del proceso y de la pena”.²³

Precisamente en atención a este principio es que se ha instaurado un sistema de protección penal juvenil flexible que pueda lidiar en cada caso específico con las características especiales de los niños, niñas y adolescentes, procurando siempre el mayor rescate de sus derechos.

Principio de Flexibilización, Diversificación y Desjudicialización

La Convención sobre los Derechos del Niño en su 40.3.b. previene:

21 Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 137.
22 Ibid. Cabe acotar que este principio no puede servir “para restringir las garantías del derecho penal y procesal penal del niño más allá de las establecidas con respecto a los mayores. Así, en el derecho penal juvenil el principio de interés superior del niño no debe llevar a caer en la “trampa” a la que conduce la doctrina de la situación irregular [(la protección tutelar anteriormente expuesta)], de modo que no debe funcionar para limitar las garantías penales y procesales del niño”. Así Tiffer, C., Llobet, J., óp. cit., n. p. [10], p. 8.
23 Ibid., p. 267.

“3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

[...] b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales”.

Este imperativo claramente concuerda con el principio de intervención mínima y última ratio al amparo del cual se limita la aplicación del Estado del derecho penal y se buscan soluciones alternas antes de recluir un niño, niña o adolescentes en un centro penal.

En relación, la Corte IDH en su opinión consultiva OC-17 ha señalado que “las normas internacionales procuran excluir o reducir la “judicialización” de los problemas sociales que afectan a los niños, que pueden y deben ser resueltos, en muchos casos, con medidas de diverso carácter, al amparo del artículo 19 de la Convención Americana, pero sin alterar o disminuir los derechos de las

personas. En este sentido, son plenamente admisibles los medios alternativos de solución de las controversias, que permitan la adopción de decisiones equitativas, siempre sin menoscabo de los derechos de las personas. Por ello, es preciso que se regule con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos en los casos en que se hallan en juego los intereses de los menores de edad.”²⁴

“La filosofía subyacente a la labor de promover alternativas consiste en reducir en la mayor medida posible el número de niños y adolescentes privados de libertad, y no ampliar el número de individuos sujetos a diversas normas de control penal”.²⁵

Por último, me parece pertinente señalar ciertos argumentos relevantes que exponen TIFFER y LLOBET, en apoyo a la idea de la desjudicialización a favor de los procesos penales juveniles:

- “La socialización se produce en la comunidad, y no por medios formales de control como lo son las instancias judiciales.
- La justicia penal juvenil es cara, selectiva, estigmatizante e inconveniente para jóvenes que se encuentran en proceso de formación.

24 Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 135.
25 Así, Elías Carranza citado en Tiffer, C., Llobet, J., óp. cit., n.p. [10], p. 168.

- La judicialización produce un efecto distorsionado en la comunidad, al pensar esta que el delito se elimina por dicho medio, lo cual sabemos que no es cierto.
- Un argumento ético: ¿Por qué responder al delito en forma drástica y violenta, si es posible y conveniente utilizar otras formas?

Principio de justicia especializada

A la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño el Instituto Interamericano del Niño señala que “los niños son inimputables penalmente, aunque a los sujetos de 12 a 18 años que infringen la ley se les somete a una jurisdicción especial [...]. El Estado debe adoptar sobre estas personas una política rehabilitatoria, de manera que los adolescentes que infrinjan la ley “se hacen merecedores de una intervención jurídica” distinta de la prevista por el código penal para los adultos. En particular, deberán establecerse jurisdicciones especializadas para conocer de las infracciones a la ley por parte de niños, que además de satisfacer los rasgos comunes de cualquier jurisdicción (imparcialidad, independencia, apego al principio de legalidad), resguarde

los derechos subjetivos de los niños, función que no compete a las autoridades administrativas”.²⁶

La Corte IDH, ha sostenido “que una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquéllos y un procedimiento especial por el cual se conozcan estas infracciones a la ley penal. En el mismo sentido la Convención sobre los Derechos del Niño contempla el “establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes” ²⁷(el subrayado es suplido).

Al respecto este mismo Tribunal en el caso “Instituto de Reeducción del Menor” ha establecido una serie de elementos que debe reunir la jurisdicción especial que cobija a los niños, niñas y adolescentes reclusos en un centro penitenciario con el fin de reconocer el estado general de vulnerabilidad del niño

ante los procedimientos judiciales y disminuir el impacto mayor que genera al niño el ser sometido a un juicio penal. A saber:

- “1) en primer lugar, la posibilidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales;
- 2) en el caso de que un proceso judicial sea necesario, este Tribunal dispondrá de diversas medidas, tales como asesoramiento psicológico para el niño durante el procedimiento, control respecto de la manera de tomar el testimonio del niño y regulación de la publicidad del proceso;
- 3) dispondrá también de un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en las distintas fases de la administración de justicia de niños; y
- 4) los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente preparados y capacitados en los derechos humanos del niño y la psicología infantil para evitar cualquier abuso de la discrecionalidad y para asegurar que las medidas ordenadas en cada caso sean idóneas y proporcionales”.²⁸

Este principio también se extiende a la necesidad de especialización de los funcionarios que tratan cuestiones de justicia penal juvenil, específicamente en cuanto a agentes policiales el principio 12 de las Reglas de Beijing determina:

“12.1 Para el mejor desempeño de sus funciones, los agentes de policía que traten a menudo o de manera exclusiva con menores o que se dediquen fundamentalmente a la prevención de la delincuencia de menores, recibirán instrucción y capacitación especial. En las grandes ciudades habrá contingentes especiales de policía con esa finalidad” (subrayado es suplido)

En cuanto a los otros funcionarios el principio 22 del mismo cuerpo normativo dicta:

“22. Necesidad de personal especializado y capacitado

22.1 Para garantizar la adquisición y el mantenimiento de la competencia profesional necesaria a todo el personal que se ocupa de casos de menores, se impartirá enseñanza profesional, cursos de capacitación durante el servicio y cursos de repaso, y se emplearán otros sistemas adecuados de instrucción.

22.2 El personal encargado de administrar la justicia de menores responderá a las diversas características de los menores que entran en contacto con dicho sistema.

26 Corte IDH. óp. cit., n.p. [2].
27 Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 210.

28 Ibíd., párr. 211.

Se procurará garantizar una representación equitativa de mujeres y de minorías en los organismos de justicia de menores”

Garantías en la Aplicación del Derecho Penal Juvenil

Como ha sido expuesto es directriz básica del derecho penal juvenil que la aplicación de una pena privativa de libertad sea la última opción, sin embargo, no puede pasarse por alto que esta pena es impuesta. Partiendo de esta realidad es que este apartado se enfocará en delimitar algunas de las garantías que la Corte IDH ha determinado que debe cumplir el Estado ante la restricción del derecho de libertad de un niño, niña o adolescente en un centro penitenciario.

Referentes al tema el Instituto Interamericano del Niño ha dispuesto que “las garantías englobadas dentro del debido proceso deben respetarse en tres momentos:

- i. al momento de la detención, la cual debe sustentarse en una orden judicial, salvo casos de infracciones in fraganti, y debe ser ejecutada por personal policial capacitado en el tratamiento de adolescentes infractores, es decir, personal especial;
- ii. en el desarrollo de los procedimientos judiciales, tanto los de carácter sustantivo

(principios de culpabilidad, legalidad y humanidad), como los de carácter procesal (principios de jurisdiccionalidad, contradicción, inviolabilidad de la defensa, presunción de inocencia, impugnación, legalidad del procedimiento y publicidad del proceso); y

- iii. en el cumplimiento de una medida reeducativa o de internamiento. Esta debe ser supervisada por el órgano competente. En caso de privación de libertad, se debe acatar la prohibición de recluir a niños en establecimientos para adultos, y en general, respetar los derechos del niño a conocer el régimen al cual está sujeto, recibir asesoría jurídica eficaz, continuar el desarrollo educativo o profesional, realizar actividades recreativas, conocer el procedimiento para presentar quejas, estar en un ambiente físico adecuado e higiénico, contar con atención médica suficiente, recibir visitas de sus familiares, mantener contacto con la comunidad local y ser reintegrado gradualmente a la normalidad social”.²⁹

Por su parte en la OC-17 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión” o “CIDH”) estipuló una serie de garantías que con apego a los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en concordancia con el artículo 40 de la

29 Corte IDH. óp. cit., n.p. [2]

Convención sobre los Derechos del Niño, deben observarse en cualquier proceso en el que se determinen derechos de un niño. Entre ellas se citan:

- Juez Natural
- Presunción de inocencia
- Derecho de defensa
- Doble instancia
- Non bis in idem
- Publicidad³⁰

La Corte en su jurisprudencia ha determinado que los “niños [...] al igual que los adultos, “poseen los derechos humanos que corresponden a todos los seres humanos [...] y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado”. Así lo establece, por lo demás, el artículo 19 de la Convención Americana que dispone que “[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. Esta disposición debe entenderse como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo

físico y emocional necesitan de protección especial”.³¹

La Corte IDH ha reconocido que las obligaciones que se derivan del artículo 19 de la CADH³² no se limitan a derechos políticos y civiles, sino que “[l]as acciones que el Estado debe emprender, particularmente a la luz de las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, abarcan aspectos económicos, sociales y culturales que forman parte principalmente del derecho a la vida y del derecho a la integridad personal de niños [...]”³³. De ahí que en la mayoría de los casos la Corte no se ha determinado de manera aislada la violación de dicha norma, sino que lo ha hecho en conjunto con los demás derechos quebrantados.

A nivel internacional, es importante destacar que “los Estados Partes en la Convención sobre los Derechos del Niño han asumido la obligación de adoptar una serie de medidas que resguarden el debido proceso legal y la protección judicial, bajo parámetros parecidos a los establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”³⁴. Se precisa a continuación una lista que

30 Corte IDH óp. cit., n.p. [7]
31 Corte IDH. óp. cit., n.p. [27], párr. 147.
32 Artículo 19. Derechos del Niño. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.
33 Corte IDH. óp. cit., n.p. [27], párr. 149.
34 Corte IDH. óp. cit., n.p. [7].

pretenden enunciar algunas garantías que derivan en obligaciones que los Estados deben cumplir al para garantizar el bienestar de los niños, niñas y adolescentes privados de libertad.³⁵

Garantías procesales

“Esta Corte ha señalado que las garantías consagradas en el artículo 8 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19 de dicho tratado, de tal forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño. Si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los niños, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías”³⁶ (el subrayado es suplido).

Prisión Preventiva

La Corte IDH ha determinado que “prisión preventiva debe ceñirse estrictamente a lo

dispuesto en el artículo 7.5 de la Convención Americana, en el sentido de que no puede durar más allá de un plazo razonable, ni más allá de la persistencia de la causal que se invocó para justificarla. No cumplir con estos requisitos equivale a anticipar una pena sin sentencia, lo cual contradice principios generales del derecho universalmente reconocidos”.³⁷

“En el caso de privación de libertad de niños, la regla de la prisión preventiva se debe aplicar con mayor rigurosidad, ya que la norma debe ser la aplicación de medidas sustitutorias de la prisión preventiva. Dichas medidas pueden ser, inter alia, la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia, el traslado a un hogar o a una institución educativa, así como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, los programas de enseñanza y formación profesional, y otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones. La aplicación de estas medidas sustitutorias tiene la finalidad de asegurar que los niños sean tratados de manera adecuada y proporcional a sus circunstancias y a la infracción. Este precepto está regulado

en diversos instrumentos y reglas internacionales”. Además, cuando se estime que la prisión preventiva es procedente en el caso de niños, ésta debe aplicarse siempre durante el plazo más breve posible, tal como lo establece el artículo 37.b) de la Convención sobre los Derechos del Niño que dispone que los Estados Partes velarán porque: Ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda [...].³⁸

Garantías dentro de los Centros Penitenciarios³⁹

En general la Corte IDH ha determinado que “[...] quien sea detenido tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal”⁴⁰. De ahí que ante la privación por parte del Estado nace una obligación colateral de proteger que los otros

derechos de la persona detenida no sean violentados. El Estado “[...] debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible”.⁴¹

“La restricción de otros derechos, por el contrario – como la vida, la integridad personal, la libertad religiosa y el debido proceso – no sólo no tiene justificación fundada en la privación de libertad, sino que también está prohibida por el derecho internacional. Dichos derechos deben ser efectivamente respetados y garantizados como los de cualquier persona no sometida a privación de libertad”.⁴²

“Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición

35 Sobre este punto desea realizar una advertencia el autor, respecto a que no se pretende en este apartado agotar la exposición de todas las garantías que cubre el derecho penal juvenil, sino que por el contrario se limitará a la citación de aquellas que han sido posibles de sustraer del caso “Instituto de Reeducción del Menor” dado que éste prácticamente el único caso (a excepción del Caso Centro Penitenciario Mendoza Vs Argentina que se encuentra pendiente de sentencia) en que la Corte IDH ha tratado temas de garantías de los niños, niñas y adolescentes reclusos en centros penales. Además percibe el autor el hecho de que muchas estas garantías, principalmente las procesales, han sido tratadas por la Corte IDH, pero de manera indiscriminada sin señalar características específicas que deriven de su aplicación en casos que protege el derecho penal juvenil.

36 Corte IDH. óp. cit., n.p. [27], párr. 209.

37 Ibíd., párr. 229.

38 Ibíd., párr. 230.

39 Es importante poner en conocimiento del lector que el Corpus Juris de Protección Internacional existente sobre la especial protección a los niños en los centros penitenciarios, “Lo comprenden “la disposición del artículo 5.5 de la Convención Americana que obliga a los Estados a mantener a los niños privados de libertad separados de los adultos y, [...] la especial supervisión periódica en el ámbito de la salud y la implementación de programas de educación, derivadas de una correcta interpretación del artículo 4 de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos], a la luz de las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 13 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, [...]. Estas medidas adquieren fundamental importancia debido a que los niños se encuentran en una etapa crucial de su desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social que impactará de una u otra forma su proyecto de vida. Así, Ibíd., párr. 151.

40 Ibíd., párr. 151.

41 Ibíd., párr. 153.

42 Ibíd., párr. 155.

de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal de las personas privadas de libertad, es la de procurarle a éstas las condiciones mínimas compatibles con su dignidad mientras permanecen en los centros de detención, como ya lo ha indicado la Corte [...]. En igual sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos ha indicado que:

según [el artículo 3 de la Convención], el Estado debe asegurar que una persona esté detenida en condiciones que sean compatibles con el respeto a su dignidad humana, que la manera y el método de ejercer la medida no le someta a angustia o dificultad que exceda el nivel inevitable de sufrimiento intrínseco a la detención, y que, dadas las exigencias prácticas del encarcelamiento, su salud y bienestar estén asegurados adecuadamente, brindándole, entre otras cosas, la asistencia médica requerida”.⁴³

Obligaciones concordantes con el respeto al derecho a la vida

“En materia de derecho a la vida, cuando el Estado se encuentra en presencia de niños privados de libertad, como ocurre mayormente en el presente caso, tiene, además de las obligaciones señaladas

para toda persona, una obligación adicional establecida en el artículo 19 de la Convención Americana. Por una parte, debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño. Por otra, la protección de la vida del niño requiere que el Estado se preocupe particularmente de las circunstancias de la vida que llevará mientras se mantenga privado de libertad, puesto que ese derecho no se ha extinguido ni restringido por su situación de detención o prisión”.⁴⁴

“En este sentido, los artículos 6 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño incluyen en el derecho a la vida la obligación del Estado de garantizar “en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”. El Comité de Derechos del Niño ha interpretado la palabra “desarrollo” de una manera amplia, holística, que abarca lo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social. Mirado así, un Estado tiene, respecto de niños privados de libertad y, por lo tanto, bajo su custodia, la obligación de, inter alia, proveerlos de asistencia de salud y de educación, para así asegurarse de que la detención a la que los niños están sujetos no destruirá sus proyectos de vida. En este sentido, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad establecen que:

43 Ibid., párr. 159.
44 Ibid., párr. 160.

13. No se deberá negar a los menores privados de libertad, por razón de su condición, los derechos civiles, económicos, sociales o culturales que les correspondan de conformidad con la legislación nacional o el derecho internacional y que sean compatibles con la privación de la libertad”.⁴⁵

Obligaciones concordantes con el respeto al Derecho a la Integridad Personal

“En íntima relación con la calidad de vida, están las obligaciones del Estado en materia de integridad personal de niños privados de libertad. La calificación de penas o tratos como crueles, inhumanos o degradantes debe considerar necesariamente la calidad de niños de los afectados por ellos”.⁴⁶

“En consonancia con lo dicho anteriormente, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) disponen que:

Los menores confinados en establecimientos penitenciarios recibirán los cuidados, la protección y toda la asistencia necesaria – social, educacional, profesional, psicológica, médica y física – que puedan requerir debido a su edad,

sexo y personalidad y en interés de su desarrollo sano”.⁴⁷

En el caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay la Corte IDH determinó que “situaciones como la sobrepoblación carcelaria y la carencia de una infraestructura adecuada para albergar a los internos, las cuales producen situaciones de hacinamiento permanente, donde los internos están reclusos en celdas insalubres, con escasas instalaciones recreativas e higiénicas, donde muchos deben dormir sobre el suelo o compartir camas por turnos, sin cobijas y donde reciben mala alimentación y no cuentan con atención médica, dental y psicológica adecuada y oportuna; constituyen “condiciones de detención inhumanas y degradantes las cuales necesariamente desencadenan una afectación en la salud mental de los internos, repercutiendo desfavorablemente en el desarrollo psíquico de su vida e integridad personal”⁴⁸. A su vez, este Tribunal ha considerado que este mismo derecho puede verse violentado mediante la utilización del método de castigo relativo al aislamiento, maltratos e incomunicaciones. Así, “[u]na de las razones por las cuales la incomunicación es concebida como un instrumento excepcional es por los graves efectos que tiene sobre el detenido. En efecto, el aislamiento del mundo exterior

45 Ibid., párr. 161.
46 Ibid., párr. 162.
47 Ibid., párr. 163.
48 Ibid., párrs. 165, 166 y 168.

produce en cualquier persona sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas, la coloca en una situación de particular vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en las cárceles.⁴⁹

Debe destacarse además que de las obligaciones comprendidas en el numeral 5 de la CADH se encuentra la responsabilidad del Estado de ubicar a los niños, niñas y adolescentes condenados en un recinto separado a los adultos reclusos. Esto dado que de lo contrario se expone a “los niños a circunstanciasquesonaltamenteperjudiciales para su desarrollo y los hace vulnerables ante terceros que, por su calidad de adultos, pueden abusar de su superioridad”.⁵⁰ Esta obligación de separación también exige una separación entre los internos procesados sin sentencias y los ya condenados.

Por último cabe señalar que aunque no se sufran directamente este tipo de castigo, la Corte IDH ha ampliado su ámbito de protección e interpretación concluyendo

que “la mera amenaza de una conducta prohibida por el artículo 5 de la Convención Americana, cuando sea suficientemente real e inminente, puede en sí misma estar en conflicto con la norma de que se trata. En otras palabras, crear una situación amenazadora o amenazar a un individuo con torturarlo puede constituir, al menos en algunas circunstancias, un tratamiento inhumano”.⁵¹

OBLIGACIÓN RESPECTO A LA EDUCACIÓN (derivado del derecho a la vida)

Respecto a la obligación de brindar una educación adecuada a los niños, niñas y adolescentes reclusos en centros penitenciarios, si bien es sabido que el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (mejor conocido como Protocolo de San Salvador) no puede ser única base para una condena de la Corte IDH y que es en su numeral

49 Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares. Sentencia de 11 de Septiembre de 1997. Serie C No. párr.. 164.
50 Corte IDH. óp. cit., n.p. [27], párr. 175.
51 Ibíd., párr. 167.

13⁵² que principalmente se resguarda el derecho a la educación en cualquier condición, pareciera que la interpretación de la Corte IDH ha sido encaminada a tratar su derivación del derecho a la vida. Esto al determinar la educación como un factor predominante para alcanzar la reinserción del niño, niña o adolescente en la sociedad y que así pueda lograr el desarrollo de su vida. Esta línea de interpretación se abstrae de lo indicado por este Tribunal en el caso “Instituto de Reeducción del Menor” en donde se indica: “Está también probado que el Estado no brindó a los niños internos la educación que éstos requerían y a la cual aquél estaba obligado, tanto en razón de la protección del derecho a la vida [...], como por la disposición del artículo 13 del Protocolo

Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El programa educativo que se ofrecía en el Instituto era deficiente, ya que carecía de maestros y recursos adecuados [...]. Este incumplimiento del Estado causa consecuencias todavía más serias cuando los niños privados de libertad provienen de sectores marginales de la sociedad, como ocurre en el presente caso, pues ello les limita sus posibilidades de reinserción efectiva en la sociedad y el desarrollo de sus proyectos de vida⁵³ (el subrayado es suplido)”.

Conclusión

Resulta más que claro, que sobre la base de las garantías procesales del derecho penal

52 Artículo 13. Derecho a la Educación
1. Toda persona tiene derecho a la educación.
2. Los Estados partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz.
3. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación:
a. la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;
b. la enseñanza secundaria en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
c. la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
d. se deberá fomentar o intensificar, en la medida de lo posible, la educación básica para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;
e. se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales.
4. Conforme con la legislación interna de los Estados partes, los padres tendrán derecho a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, siempre que ella se adecue a los principios enunciados precedentemente.
5. Nada de lo dispuesto en este Protocolo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, de acuerdo con la legislación interna de los Estados partes.
53 Ibíd., párr. 174.

moderno de adulto, se ha estructurado en la doctrina y la jurisprudencia, una serie de garantías y principios “especiales” del derecho procesal penal de menores.

Si bien, el grado de especialización y avance que en esta materia se ha logrado en la doctrina es reconocible fácilmente, pues los distintos autores lo apuntan con toda precisión, se echa de menos en la Jurisprudencia de la Corte, mayor cantidad de pronunciamientos al respecto, pues aparte del caso ya indicado [“Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay] y con las limitaciones expuestas, no existen a nivel de la Corte IDH pronunciamientos al respecto, que permitan perfilar lo que técnicamente se denominaría una línea jurisprudencial.

Quisiera [diría yo con exceso de optimismo], pensar que lo anteriormente expuesto obedece a que la situación de los menores no es tan grave en América Latina, que no ha sido necesaria la intervención de la Corte, mas sin embargo, me temo que tal candidez de pensamiento aun en ausencia de datos empíricos que me permitan demostrarlo, no obedecen precisamente a tal supuesto, lo cual verdaderamente es un pena, pues me temo que se asocia a otros factores a saber, acceso a la justicia internacional, costos, representación técnica especializada, etc. Solo con el tiempo, podremos valorar, si la Corte IDH, alentrara conocer nuevos asuntos, vgr Caso Centro Penitenciario Mendoza Vs Argentina, continuará con la línea y trazada

en el caso ut supra indicado, y así en casos futuros, pero si por la víspera se saca el día, el estado actual de la situación nos permite con cierto grado de certeza afirmar que ese será el derrotero a seguir.

Bibliografía

- Cillero Bruñol, M., “Los derechos del niño: de la proclamación a la protección efectiva”, Revista Justicia y Derechos del Niño, N° 3, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Oficina de Área para Argentina, Chile y Uruguay, Buenos Aires, diciembre 2001, pp. 49,50.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.
- Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.
- Dall’Anese, F., “El Proceso Penal Juvenil Costarricense: Principios y Alternativas a la Justicia” en “De la Arbitrariedad a la Justicia Adolescente y Responsabilidad Penal en Costa Rica”, UNICEF-COSTA RICA, San José, 2000.
- Llobet Rodríguez, J., “La Sanción Penal Juvenil” en “De la Arbitrariedad a la

Justicia Adolescente y Responsabilidad Penal en Costa Rica”, UNICEF-COSTA RICA, San José, 2000.

- Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores.

- Tiffer, C., Llobet, J., “La Sanción Penal Juvenil y sus Alternativas en Costa Rica”, UNICEF-COSTA RICA, San José, 1999.
- Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad.
- Salazar, A., “Las Medidas Socio-Educativas en el procedimiento Penal Juvenil”, Editorial ISOLMA, San José, 2010.

UN NUEVO PRINCIPIO JURÍDICO: TUTELA CAUTELAR INSPECTIVA.

M. Sc. Eric Briones Briones ().*

SUMARIO:

Introducción.

1. Sobre los principios.
 - 1.1. Aparte Histórico.
 - 1.2. Conceptualización.
 - 1.3. Marco legal.
 - 1.4. Sala de lo constitucional.
 - 1.5. Su aplicabilidad.
 - 1.6. Los principios laborales.
 2. Aparte histórico laboral.
 - 2.1. Situación actual.
 - 2.2. Una realidad.
 3. Medidas cautelares.
 - 3.1. Administrativo laboral.
 - 3.2. Nuevo principio de tutela cautelar.
- Conclusión.

Introducción.

En algunas épocas con más fuerza que otras, sobre todo con ocasión de las crisis mundiales en el ámbito comercial (1), a nivel laboral ha habido fracturas a los derechos laborales, se han puesto en tela de juicio, si los principios generales del derecho laboral y constitucional que lo informan, son eficaces ante momentos de intranquilidad y necesidad que se quieren anteponer a la vigencia de

la normatividad en general, dentro de un Estado Social de Derecho (2). Sin obviar que la mundialización o globalización ha conllevado -como lo dice el profesor Franck Moderne- a erosionar el principio mayor, sea el de soberanía del Estado. Provocando un debilitamiento en beneficio de instituciones pluriestatales o supraestatales, que muchas veces tienen intereses muy particulares distintos a los de la nación a la que van dirigidos (2005: p. 57). Y es que como lo explica muy bien, el profesor nacional, Dr. Francisco Antonio Pacheco, esta desmedida globalización de mercados, ha generado un cambio de concepción social:

La empresa moderna tiene una divisa única: la eficiencia, entiéndase el crecimiento continuo de la riqueza, es decir, máximas ganancias, en beneficio de la empresa misma. Esta ley del comportamiento de los tecnócratas que dirigen los negocios es decisiva y de importancia extrema, porque se desenvuelven en un mundo altamente competitivo en el que

* Doctorando en Derecho

todo error se paga. El desperdicio, la ineficiencia, la ociosidad son intolerables. Contrasta esta actitud con la de la vida pública en la que –muy a nuestro pesar, hemos de reconocerlo- la actitud complaciente y las utilidades mínimas, son regla. En las grandes compañías, las consideraciones ideológicas, el sentimiento nacional y los deseos de justicia sólo interesan, si repercuten en la eficiencia de la empresa (2007: p. 217).

El Estado del siglo XXI o neomodernismo (3) se está haciendo cómplice con las grandes empresas, perdiéndose así la soberanía y permitiendo que se provoque la desregulación, la flexibilización legal (4) dentro de los mercados nacionales y proporcionando mediante políticas sociales destinadas a la educación, mano de obra calificada dentro de la competitividad comercial. La empresa pareciera que ya no está subordinada al Estado, en cuanto al cumplimiento de los fines del mismo, sino todo lo contrario, se invierten los papeles y mediante políticas internacionales pro hijadas por las grandes transnacionales, el Estado pasa a ser el principal cliente y proveedor de recursos humanos. Se viven tiempos de contradicción hasta lo que ahora se había estilado. Si bien se ha avanzado en cuanto a materia de comunicaciones, tecnología, de investigación y desarrollo del pensamiento, pareciera que la civilización está sumergida

en un autismo; pues, siguen violándose los derechos más fundamentales como la vida, la protección de los desvalidos y los menos favorecidos, junto con el de la dignidad de la persona trabajadora, como consecuencia de las grandes inmigraciones. Es decir, se está perdiendo la naturaleza por el que fue concebido el funcionamiento Estatal, sea el de provocar armonía entre sus habitantes. Con respecto a este debilitamiento que se acusa, sostiene María Eugenia Gayo:

Por lo que se refiere al ámbito jurídico-político, es indudable que uno de los rasgos más destacados de la nueva situación es el debilitamiento del concepto de Estado-nación (ámbito político) y la correlativa transformación del concepto de soberanía (ámbito jurídico) en un intento por construir una democracia cosmopolita. Indudablemente en el nuevo escenario jurídico-político que la globalización nos plantea, los Estados han perdido el papel protagonista que desempeñaron durante los últimos siglos y se han convertido en actores secundarios imprescindibles. En un mundo en el que las decisiones son adoptadas por y desde instancias supraestatales, en que día a día aumentan los ámbitos de “soberanía compartida” con otros poderes y otras entidades, se hace necesario redefinir el

propio concepto de Estado y las funciones atribuidas a los poderes estatales, y parece que estas transformaciones en las funciones que el Estado cumple van en la línea de convertirlos en eficaces gestores de las políticas adoptadas en los formas supraestatales...los individuos son los que se encuentran más desprotegidos frente al sistema (Varios autores, homenaje a Gregorio Peces-Barba Gregorio Peces-Barba, 2008: pp. 655-656).

Esto dentro del terreno laboral, ha provocado un desmejoramiento de los mismos, pues se ha pensado que a costa de los derechos laborales, se puede obtener mejores ganancias, optando muchos por contratar de manera verbal, incluso vía telefónica, para que nunca se sepa quién fue el patrono o por el contrario, bajo un poder de dirección torticero o ilegal, pretendiendo que el mismo trabajador, sea quien provea de sustituto en caso de una eventual ausencia temporal, cuando no es que optan por contratos de servicios profesionales o sociedades de hecho, contratos a plazo fijo o sustraerse del pago de las prestaciones, mediante maniobras fraudulentas o creando fuentes de trabajo de tipo golondrina, con el fin de birlar los derechos de la clase trabajadora.

Todo esto, pone al Estado en una encrucijada en donde con los instrumentos que tiene

a nivel legal y formal, no dan abasto en procura de la armonía y equilibrio que debe proveer al ciudadano. Lo cual incluso lo pone en entredicho en cuanto a su subsistencia y legitimidad, para cumplir con los fines. De allí la necesidad de buscar alternativas que complementen el sistema legal y que más que consolidar principios de derecho en general dentro del ámbito administrativo laboral y no solo judicial; por ser la administración la que en primera instancia interviene en la protección de los derechos de la clase trabajadora (tutela cautelar) y bajo la premisa de la armonía obrero patronal, dentro de un ámbito de democracia alterna.

Sobre esto es que versará la exposición sin que la misma llegue a agotar el tema o pretenda convertirse en auctoritas, sino en el comienzo de incitación y promoción de estudios más completos, que permitan avanzar la disciplina laboral en pro de la protección de la paz social y laboral, como Estado Democrático que caracteriza al país.

Finalmente se advierte que para evitarse la sobrecarga gráfica que supondría utilizar o/a, en muchos de los textos, se ha optado por emplear el masculino genérico clásico, sin que signifique discriminación o desconocimiento de las políticas de género existentes.

1. Sobre los principios.

Escribir sobre los principios generales dentro del ámbito legal es un tema muy escabroso, señalan los maestros Españoles, Eduardo García de Enterría y Margarita Beladiez Rojo, en vista de que tiene que ver con valores sociales históricos, siendo una tarea más sencilla, para el sociólogo o filósofo que para el jurista (García de Enterría, 1986: p. 15 y Beladiez, 1994: p. 17). No obstante, vale la pena hacer un esfuerzo, pues la trascendencia que cada vez más adquieren éstos en la resolución de los conflictos por medio de la doctrina y jurisprudencia, sin menospreciar el desarrollo y reconocimiento internacional, así lo señala la realidad (5).

1.1. Aparte histórico.

Dentro de la doctrina Española, la formación de los principios es explicada por el transcurso de 3 facetas: **a-) Ius Natural:** El fundamento después del nacimiento de Cristo por el que se ha regido toda la época Medioeval, ha sido el del derecho divino, sea el que se le manifiesta a las personas para una convivencia pacífica por mandato de Dios. Se generaban ideas eternas e inmutables hacia los príncipes terrenales para que las hicieran valer por la fuerza a sus súbditos; **b-) Positivismo:** Período de las luces, todo se cuestiona, se da un giro Copérnico en la civilización, en todos los ámbitos de su existencia, religioso, artístico,

musical, político y exploratorio. Es un proceso intelectual de racionalización. En este momento histórico nada está al margen de la ley, todo debe ser considerado jurídico y positivizado dentro de la norma del código, solo el legislador dice qué es la ley y el juez la aplica, o en palabras de Franck Moderne, la judicatura solo era la “boca de la ley” (2005: p. 52). Concepción ésta influida por las ideas de Juan Jacobo Rousseau, John Locke y Charles Montesquieu. En el pensamiento de Eduardo García de Enterría, la concepción vigente en esta etapa, heredada también por las ideas de los revolucionarios franceses, trajo como consecuencia:

La pretensión nueva de reducir el Derecho a un conjunto sistemático y cerrado de normas positivas y la exclusión en él de toda referencia al valor material de la justicia, que únicamente al legislador y no al aplicador del Derecho, correspondía atender (1986: p. 17).

c-) Iusfilosófica: No obstante la anterior etapa demostró la insuficiencia normativa de la ley para resolver todos los casos; por ello, se acudió a los principios generales del derecho. Las pretensiones de Ihering y Kelsen de mediados del siglo pasado, en el sentido de sustraer del escenario jurídico, toda proposición suprapositiva, vino en detrimento del desarrollo de la realidad social. Señala Margarita Beladiez, que está posición hoy está totalmente superada:

Esta concepción del Derecho fue abandonada cuando los juristas se dieron cuenta de que el método aplicable a las ciencias naturales no permitía un conocimiento completo de las ciencias espirituales, ciencias entre las que, obviamente, se encontraba el Derecho (1994: p. 26).

Hoy está claro, que los valores, constituyen el fundamento del Derecho, por estar enraizados dentro de la colectividad, por estar resolviendo problemas de la humanidad, la cual es perfectible y cada vez demanda intereses distintos de acuerdo a cada época en que se viva. En donde como se dijo, se está ante un escenario neomodernista en donde las ideas no son fijas sino dinámicas. De allí que la ley no se pueda pensar que sea perfecta, ya que como lo refirió el jurista Italiano, Luigi Ferrajoli: **la justicia no es de este mundo, y cualquier pretensión de haberla realizado no sólo es ilusoria sino signo de la más peligrosa de las imperfecciones: la vocación totalitaria** ((Revista Iustitia, 2011: p. 42).

1.2. Conceptualización.

Principios Generales del Derecho (6) son los valores éticos y morales que se encuentran dentro de la conciencia social en un determinado momento histórico, los cuales si son positivizados, llegan a convertirse en normas que surgieron de principios básicos o bien si no se llegan a convertir en norma,

continúan siendo principios que informan en cualquier momento al ordenamiento jurídico, en procura de resolver cualquier necesidad que demande la sociedad. Es decir, son aquéllos que se encuentran fuera del derecho mismo, se llegan a suscitar dentro de las mismas relaciones humanas, nacen y sirven dentro de la misma colectividad social, adhiriéndose y adquiriendo legitimidad por medio del derecho. Así, si una situación está descrita o presupuestada, se está ante una norma, si es algo abierto, indeterminado, es un principio (Moderne, 2005: p. 31). No obstante dentro de la doctrina, se han suscitado distintos conceptos, por ejemplo: El tratadista Costarricense, Dr. Ernesto Jinesta Lobo señala que, al conceptualizar los principios generales del derecho, se debe tomar en cuenta que son una categoría abierta y flexible, puesto que, su contenido es mutable y pueden crearse nuevos. Siendo aquellos que la opinión común de los operadores del derecho de un ordenamiento jurídico determinado estima, en un momento histórico específico, como reglas, convicciones o ideas ético-jurídicas para condicionar y orientar la creación, aplicación o interpretación del Derecho. Los principios generales del derecho son los valores fundamentales sobre los que se construye un ordenamiento jurídico. Tomando en cuenta que en muchas ocasiones, es la jurisprudencia la que desarrolla su contenido, alcance y límites de los principios generales del derecho (2002: p. 172-173). Por su parte, De Castro, son las ideas fundamentales e informadoras de

la organización jurídica de una determinada comunidad; García de Enterría y Fernández Rodríguez, sostienen que son los que expresan los valores materiales básicos de un orden jurídico, aquellas sobre las cuales se constituyen como tal las convicciones ético-jurídicas de una comunidad; el Alemán Esser, los considera como postulados éticos que se abren paso en la conciencia jurídica en general y encuentran su expresión en la ley y en la jurisprudencia; y finalmente, Betti, sostiene que son valores éticos que se encuentran en la conciencia social de un determinado momento histórico (Beladiez, 1994: p. 31). Sin embargo, todos señalan una idea en común y que estriba precisamente en la tendencia espiritual, más allá de lo meramente positivo, con la función de informar, integrar, interpretar, forjar coherencia, legitimidad funcional, llenar las lagunas del derecho, servir de mandato imperativo y fundamento (7).

1.3 Marco legal.

La Constitución Política del país, hace alusión en forma general a principios democráticos (art. 95), de derecho internacional (arts. 6 y 105), de alternabilidad (art. 149) y cristianos de justicia social (74), esto de manera expresa, por cuanto la Sala Constitucional, ha extraído del mismo cuerpo otros que son base medular dentro del sistema costarricense.

Si se analiza el Código Civil que data de 1888, se encuentra una serie de artículos

referidos a la temática de los principios, en primera instancia se señala que los principios generales de Derecho son fuentes no escritas del ordenamiento jurídico privado y sirven para interpretar, delimitar e integrar las fuentes escritas del ordenamiento jurídico. Asimismo el artículo 4 de dicho cuerpo, señala que dichos principios se aplicarán en defecto de norma escrita, uso o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico y que la jurisprudencia contribuirá a informar el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezcan las salas de casación de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Plena al aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. Sea que se le encomienda a lo judicial la aplicabilidad de los principios en primera instancia. En igual sentido, se señala dentro de los institutos civilistas de la accesión y de los contratos innominados, la sujeción a los principios de la equidad natural y a los generales.

En igual sentido señala el artículo 22 del Código Procesal Contencioso Administrativo, que para la aplicación de una medida cautelar, se debe aplicar el principio de proporcionalidad; el artículo 138 ibídem, estipula como motivo del recurso de casación por lo sustantivo, la violación de los principios constitucionales y como disposición general en lo no previsto por la normativa del Código Procesal, se aplicarán los principios del Derecho público y procesal, en general del ordenamiento. Dentro de la misma ley que

regula a la Administración Pública, se señala dentro de la jerarquía de las fuentes a los Principios como subsidiarios de la normativa positiva, debiendo sujetarse a éstos el orden jurídico, solo cuando no exista expresamente algo dispuesto expresamente:

Artículo 6.- 1. La jerarquía de las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo se sujetará al siguiente orden: a) La Constitución Política; b) Los tratados internacionales y las normas de la Comunidad Centroamericana; c) Las leyes y los demás actos con valor de ley; d) Los decretos del Poder Ejecutivo que reglamentan las leyes, los de los otros Supremos Poderes en la materia de su competencia; e) Los demás reglamentos del Poder Ejecutivo, los estatutos y los reglamentos de los entes descentralizados; y f) Las demás normas subordinadas a los reglamentos, centrales y descentralizadas. 2. Los reglamentos autónomos del Poder Ejecutivo y los de los entes descentralizados están subordinados entre sí dentro de sus respectivos campos de vigencia. 3. En lo no dispuesto expresamente, los reglamentos estarán sujetos a las reglas y principios que regulan los actos administrativos (subrayado no es del original).

A su vez, se señala en el ordinal 4 de la Ley General de la Administración Pública, claramente el deber de los entes públicos la sujeción en su conjunto a los principios fundamentales del servicio público, para asegurar la continuidad, eficiencia y adaptación a todo cambio en el régimen legal.

Finalmente en lo que interesa el Código de Trabajo, al respecto señala en su artículo 1 que el mismo se encuentra basado en los principios cristianos de justicia social, estipulando el artículo 15, en cuanto a la omisión de normativa expresa:

Los casos no previstos en este Código, en sus Reglamentos o en sus leyes supletorias o conexas, se resolverán de acuerdo con los principios generales de Derecho de Trabajo, la equidad, la costumbre o el uso locales; y en defecto de éstos se aplicarán, por su orden, las disposiciones contenidas en los Convenios y Recomendaciones adoptados por la Organización Internacional de Trabajo en cuanto no se opongan a las leyes del país, y los principios y leyes de derecho común (subrayado no es del original).

Con lo que eleva ésta disposición, incluso a los principios generales del derecho del trabajo, por encima de la misma normativa internacional (8). Asimismo a la normativa

colectiva le confiere la obligación de regirse por los principios democráticos (art. 334) y a la fase de la valoración de la prueba, le endilga el principio de la equidad (art. 493).

Sala de lo constitucional.

Al señalar la Ley de Jurisdicción Constitucional, que la jurisprudencia y los precedentes de su jurisdicción son vinculantes erga omnes, o sea para todos, salvo para sí misma; se ha convertido a nivel nacional en una obligación su tratamiento.

Así y bajo el anterior presupuesto, es que se debe pasar a estudiar lo que ha entendido la sala con respecto al tema de los principios generales del derecho. Mediante voto no. 16.001 del año 2006, se ha considerado que los principios adquieren el rango jerárquico de acuerdo con la norma que están interpretando o integrando:

No debe perderse de perspectiva que los Principios Generales del Derecho, tienen el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan, con lo que pueden asumir un rango constitucional si el precepto respecto del cual cumplen tales funciones tiene también esa jerarquía.

El examen sobre la inconstitucionalidad de las normas –ha dicho la Sala - requiere de la aplicación de principios lógicos jurídicos que garanticen la objetividad y precisión

técnica científica necesaria para determinar la incongruencia de la norma respecto del Derecho de la Constitución (Voto no. 9874-99)). Lo cual refleja la dependencia e importancia, que le ha brindado a los principios jurídicos en la determinación de la constitucionalidad normativa.

También ha entendido la trascendencia de los mismos, al considerar que son parte medular del ordenamiento jurídico nacional, encomendándole a la administración, la aplicación de los mismos, bajo pena de anular sus resoluciones, cuando así lo amerite. En este sentido el voto no. 10.967-2010, analizó los principios medulares del debido proceso y la proporcionalidad que deben regir dentro de la administración y máxime tratándose de derechos fundamentales, como lo es el rebajo salarial como consecuencia de incapacidades:

Del informe se acredita que los rebajos al salario de la recurrente han sido practicados en forma automática. Esta Sala ha conocido numerosos asuntos similares al aquí planteado dentro de los cuales ha indicado que cuando la Administración quiera recuperar montos pagados de más tiene la obligación de comunicar al empleado, con anterioridad a su aplicación, el rebajo salarial que va a efectuar, así como las razones que lo motivan, en respeto del derecho al debido proceso.

El rebajo que se va a practicar debe realizarse acorde con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, establecidos por esta Sala como parámetros que deben ser observados en los supuestos en que se pretenda limitar un derecho fundamental, para permitir al empleado satisfacer sus necesidades más elementales....Por tanto: Se declara con lugar el recurso.

Con respecto al principio de proporcionalidad en relación con el de razonabilidad en un caso de sanción disciplinaria, el Magistrado Jinesta Lobo, ha explicado:

Esta Sala en reiterados pronunciamientos ha indicado que este principio constituye, incluso, un parámetro de constitucionalidad de los actos sujetos al derecho público (leyes, reglamentos y actos administrativos en general), razón por la cual se ha preocupado de su análisis y desarrollo. Esta Sala Constitucional ha considerado que los componentes básicos de la proporcionalidad lo son la legitimidad, la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. Así, en el Voto No. 3933-98 de las 09:50 hrs. del 12 de junio de 1998, indicó lo siguiente: “(...) La legitimidad se

refiere a que el objetivo pretendido con el acto o disposición impugnado, no debe estar al menos legalmente prohibido. La idoneidad indica que la medida estatal cuestionada debe ser apta para alcanzar efectivamente el objetivo pretendido. La necesidad significa que entre varias medidas igualmente aptas para alcanzar tal objetivo, debe la autoridad competente elegir aquella que afecte lo menos posible la esfera jurídica de la persona. La proporcionalidad en sentido estricto dispone que aparte del requisito de que la norma sea apta y necesaria, lo ordenado por ella no debe estar fuera de proporción con respecto al objetivo pretendido, es decir, no le sea "inexigible" al individuo.(...).” En el Voto No. 8858-98 de las 16:33 hrs. del 15 de diciembre de 1998, este Tribunal volvió a mencionar los componentes referidos, al indicar lo siguiente: “(...) Un acto limitativo de derechos es razonable cuando cumple con una triple condición: debe ser necesario, idóneo y proporcional. La necesidad de una medida hace directa referencia a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad - o de un determinado grupo - mediante

la adopción de una medida de diferenciación. Es decir, que si dicha actuación no es realizada, importantes intereses públicos van a ser lesionados. Si la limitación no es necesaria, tampoco podrá ser considerada como razonable, y por ende constitucionalmente válida. La idoneidad, por su parte, importa un juicio referente a si el tipo de restricción a ser adoptado cumple o no con la finalidad de satisfacer la necesidad detectada. La inidoneidad de la medida nos indicaría que pueden existir otros mecanismos que en mejor manera solucionen la necesidad existente, pudiendo algunos de ellos cumplir con la finalidad propuesta sin restringir el disfrute del derecho en cuestión. Por su parte, la proporcionalidad nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende obtener en beneficio de la colectividad. De los dos últimos elementos, podría decirse que el primero se basa en un juicio cualitativo, en cuanto que el segundo parte de una comparación cuantitativa de los dos objetos analizados. (...).” En

el Voto No. 1739-92 de las 11:45 hrs. del 1° de julio de 1992, esta Sala estimó que debe distinguirse entre “(...) razonabilidad técnica, que es, como se dijo, la proporcionalidad entre medios y fines; razonabilidad jurídica, o la adecuación a la Constitución en general, y en especial, a los derechos y libertades reconocidos o supuestos por ella; y finalmente, razonabilidad de los efectos sobre los derechos personales, en el sentido de no imponer a esos derechos otras limitaciones o cargas que las razonablemente derivadas de la naturaleza y régimen de los derechos mismos, ni mayores que las indispensables para que funcionen razonablemente en la vida de la sociedad.(...)” Conviene indicar, que el principio de razonabilidad y proporcionalidad cumple un rol de primer orden en el Derecho Administrativo, al proyectarse en diversos ámbitos (Voto constitucional no. 5924-2007).

Así, deja claro la Sala que la Administración no podrá dictar actos administrativos discrecionales contrarios a los principios elementales de justicia, lógica o conveniencia. Debiendo existir una relación de proporcionalidad máxime cuando se trata del derecho administrativo sancionador, en

donde los principios de proporcionalidad y razonabilidad son determinantes para evitar sanciones exorbitantes.

En cuanto a la implementación de excepciones y limitaciones a los principios, ha ventilado el caso de los extranjeros, refiriendo que para que ocurran deben prevalecer criterios de razonabilidad y que no se esté ante derechos fundamentales:

La Constitución Política, en el artículo 19, contempla la posibilidad de que la propia Constitución o a ley ordinaria establezcan excepciones y limitaciones al principio general de que los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos individuales y sociales que los costarricenses. Pero, por supuesto, para que la distinción que, en relación con un determinado derecho, se haga entre extranjeros y nacionales no violente el contenido del artículo 19, en relación con el 33, ambos de la Constitución Política, es necesario que aquélla sea razonable y que, como ya se dijo, no se trate de derechos fundamentales, en los cuales cualquier distinción resultaría odiosa e implicaría una discriminación contraria al Derecho Constitucional. Por otra parte, el principio de igualdad no significa igualitarismo, ya que, como bien lo ha dicho esta Sala

reiteradamente, ello implicaría dar un trato igual a circunstancias desiguales, lo que redundaría en una desigualdad aún mayor y en una abierta injusticia. El principio de igualdad obliga a tratar iguales a los iguales y desiguales a los desiguales, lo que resulta completamente razonable. Ahora bien, el legislador puede distinguir entre nacionales y extranjeros y, con base en ello, dar un trato diverso a unos y otros, siempre y cuando el fundamento de tal distinción resulte razonable. De allí que sea admisible un trato desigual entre extranjeros y costarricenses, en la medida en que no se lesione un derecho fundamental. Así, por ejemplo, no es contrario a los artículos 19 y 33 constitucionales el hecho de que se cobren tarifas diferentes a extranjeros y nacionales para el ingreso a Parques Nacionales o cualquier otro tipo de zonas protegidas, así como el hecho de que para los estudiantes extranjeros el costo de los créditos en las universidades estatales sea muy superior al de los costarricenses. Ello tiene su razón de ser en el legítimo interés de facilitar que los nacionales puedan conocer nuestras riquezas naturales, como en el fortalecimiento del sistema educativo a favor de nuestros

ciudadanos (ver sentencia N° 6618-94), trato diferenciado a favor de los costarricenses que no resulta contrario a la Constitución Política, en particular, al contenido de los artículos 19 y 33 constitucionales. De manera que sí puede el legislador, dar un trato diferente a nacionales y extranjeros, siempre y cuando se sujete a las consideraciones anteriores (Voto no. 1415-99).

Ha desarrollado también el principio protector de confianza legítima (Voto no. 010685-2010), entendido según el Magistrado Jinesta, como la protección que encuentra el administrado ante la credulidad de un acto incorrecto de la Administración Pública, que en apariencia es correcto:

El principio de la confianza legítima, junto con el de la buena fe en las relaciones jurídico-administrativas, dimana del principio de igualdad jurídica, esto es, la certidumbre de las relaciones con los poderes públicos, saber, el administrado, a qué atenerse con éstos, quienes deben evitar las situaciones objetivamente confusas y mantener las situaciones jurídicas aunque no sean absolutamente conformes con el ordenamiento jurídico. Este principio, se concreta, entre otros supuestos,

con la teoría de la intangibilidad de los actos propios declarativos de derechos para el administrado, la limitación de los actos de gravamen y la irretroactividad. Encuentra aplicación, también, cuando una administración pública dicta y realiza una serie de actos y de actuaciones, que aunque jurídicamente incorrectas, generan una serie de expectativas en el administrado creyendo que ostenta una situación jurídica conforme con el ordenamiento jurídico (2002: p. 182).

Todo lo visto, es un reflejo de que los Principios Generales del Derecho, dentro del sistema nacional son considerados de gran relevancia y pareciera que a nivel constitucional cumplen no solo el papel de meros informadores o interpretadores en caso de omisiones legislativas, sino que resultan fundamentales y de primer orden en el tratamiento de la resolución de los casos. O sea, son el fundamento del derecho y en ellos ha de inspirarse todo el ordenamiento nacional.

No obstante lo anterior, tanto en Costa Rica, como en la mayoría de los sistemas jurídicos, los principios vienen a ser subsidiarios, pues justamente se constituyen en fuentes informadoras en caso de omisión de la ley, como se ha dejado entrever, y esto en razón de otro valor jurídico: la seguridad jurídica. Es que los principios, en cuanto valores

jurídicos se caracterizan por ser peculiares ya que en cuanto a su manera de probarlos, son indeterminados (9). De allí que Beladiez Rojo, considere al respecto:

Por ello, al tener la ley la misma legitimidad que el principio, y presentar además la ventaja de constituir una prueba inequívoca de ser expresión de la voluntad de la comunidad, parece lógico que en los supuestos en que exista un conflicto entre una ley y un principio sea la ley la que resulte de preferente aplicación 1994: p. 117)

Dada la imprecisión que caracteriza a los principios, bajo el principio de seguridad jurídica se exige el reconocimiento expreso de la norma y secundariamente la de los principios, como se analizó durante la exposición del marco legal a nivel nacional. El hecho –entonces- que la ley se tenga que interpretar con base en los principios en caso de ser omisa, no conlleva considerar a los mismos como superpuestos, sino como fuentes del derecho, función encomendada por la misma ley.

1.5 Su aplicabilidad

Otro tópico a dilucidar es quién o quiénes son los competentes para la formulación y aplicabilidad de los principios generales del derecho laboral. Bajo la concepción originaria surgida como consecuencia

del período del iluminismo y desarrollada políticamente por la burguesía, no quedaba duda que los mismos eran normados solo por el legislador, así Von Kirchmann, llegó a sostener la máxima, de **que tres palabras rectificadoras del legislador convertían bibliotecas enteras en basura**; restando importancia tanto a la doctrina como a la jurisprudencia basada en los principios. Sin embargo, explica Franck Moderne, que lo anterior, ha sido superado y se le ha posibilitado con el transcurrir de las etapas dicha tarea al Juez, el cual permanece apto para elaborar los principios, a la escala del sistema donde él opera, en el marco de su poder jurisdiccional y /o jurisprudencial (2005: p. 64).

Pese a ello, hoy la realidad enseña también que existen acuerdos tanto nacionales como internacionales que trasladan competencias antes soberanas y monopólicas de la judicatura, a otro tipo de actores, como las autoridades supranacionales (Comunidad Europea) y administrativas (procesos administrativos), que empiezan a evocar los principios desde diferentes escenarios. En este sentido, señala Moderne, lo siguiente:

Pareciera que si el juez permanece investido, en la aproximación postmoderna o neomoderna del derecho, de un poder normativo, él notendrá la posibilidad de ejercerlo de la misma manera. Algunos de estos principios, que constituían inicialmente principios generales

del derecho jurisprudencial, han sido transcritos en los textos de valor superior en las leyes (esto es así para numerosos principios directores de políticas públicas nacionales), en los textos constitucionales (por ejemplo, para los principios relativos a la protección de los derechos del hombre), o en los tratados internacionales (por ejemplo, distintos a los derechos fundamentales, los principios comunes, anunciados en las intenciones de los Estados de la Unión Europea para el Tratado de Amsterdam) (2005: p. 65).

En efecto dentro de la neomodernidad, el Estado ha venido habilitando a las autoridades para decir el derecho a su nombre y a sancionarlo como tal.

Partiendo de esta realidad, es fácil de entender que los principios directores del derecho, entonces no solo surgen y son aplicados por la autoridad del juez, sino que dentro del anterior escenario señalado, le son posibles a otras autoridades habilitadas. Pero cómo éstos pueden contribuir a provocar justicia social, en situaciones en que existe una omisión de protección estatal efectiva e inmediata?. Esto es lo que se pretende resolver, no sin antes hacer alusión a una realidad conocida por todos, pero no solucionada hasta ahora, sea por falta de interés u omisión legal.

1.6 Los principios laborales

Señala el maestro Américo Plá -en su condición de máximo expositor latinoamericano de los principios jurídicos que rigen la materia laboral- que hablar de éstos es pensar en la armazón misma de la disciplina laboral, con el fin de mantenerla firme y sólida, pese a la variación, fugacidad y profusión de las normas (1990: p. 8).

El Maestro, por un lado apunta en cierta medida a la supremacía de éstos sobre la normativa, no obstante, llega a la conclusión que también éstos, están sometidos a la norma, o sea, es un juego constante interrelacionado entre sí:

Los principios del derecho del trabajo constituyen el fundamento del ordenamiento jurídico del trabajo, por lo que no puede haber contradicción entre ellos y los preceptos legales. Están por encima del derecho positivo, en cuanto le sirven de inspiración; pero no pueden independizarse de él. Hay una mutua influencia entre las normas vigentes y los principios informadores, ya que la repercusión es recíproca. En efecto, si bien los principios inspiran, informan, gestan el contenido del derecho positivo, están, en cierto modo, condicionados por éste (Plá Rodríguez, 1990: p. 13).

Dentro de los principios más relevantes que se pueden reseñar, están: **a-) Principio Protector:** Se parte de que en las relaciones laborales, per se o por esencia, existe un desequilibrio entre las partes, el patrono dueño por un lado del capital y las herramientas y el trabajador, por otro dueño de su fuerza de trabajo. Así el principio protector se refiere al amparo preferente a una de las partes: el trabajador. El mismo se puede expresar en 3 formas distintas: **a.1) Indubio pro operario:** En caso de que una norma pueda entenderse de varias maneras, debe preferirse aquélla interpretación más favorable al trabajador. La Sala Segunda, ha referido en igual sentido con respecto al ámbito probatorio, que en caso de duda con respecto a la procedencia de un reclamo del trabajador, porque éstas resultan dudosas, contradictorias o ayunas, la duda debe ser resuelta también en beneficio del trabajador y nunca del patrono.

No obstante, su aplicación ha sido extendida a la valoración de las pruebas, indicándose que cabe aplicar la regla dentro de este ámbito en casos de auténtica duda para valorar el alcance o el significado de una prueba. No para suplir omisiones; pero sí para apreciar adecuadamente el conjunto de los elementos probatorios, teniendo en cuenta las diversas circunstancias del caso (Subrayado no es del original. Voto no. 0013-2004).

a.2) Regla de la norma más favorable: Al señalar la ley ordinaria (Código de Trabajo y sus leyes conexas) los mínimos establecidos, nada obsta para considerar que mediante otras leyes (Convenciones Colectivas al tener fuerza de ley profesional) se puedan mejorar las ordinarias. En caso de conflicto, perdura la que ostente mayores beneficios con independencia de su rango. El único límite como lo señala Plá, sería la normativa de las exigencias del orden público, o sea aquellas dirigidas al bien común de la colectividad; **a.3) Regla de la condición más beneficiosa:** Esta presupone una condición previa, debidamente reconocida y por ello bajo esta regla se determina que en la medida en que sea más favorable para el trabajador prevalece por encima de la nueva a aplicarse o lo que es lo mismo, la novedosa no puede conceder menos derechos que los ya existentes por la condición anterior; **b-) Principio de Irrenunciabilidad:** Encontrado en la doctrina también como de Imperatividad. De conformidad con la jurisprudencia de la Sala de lo laboral, significa, que existen derechos mínimos reales para todo trabajador, impidiendo que circunstancias de necesidad, los hagan negociarlos o bien renunciarlos, por ser derechos fundamentales, que constituyen una protección y un mecanismo de equilibrio en las relaciones de poder que surgen como producto del capital y el trabajo en los contratos laborales (Voto no. 0639-2004). El ordinal 74 de la Constitución Política establece: **“Los derechos y beneficios a que este Capítulo se refiere son irrenunciables.**

Su enumeración no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y que indique la ley; serán aplicables por igual a todos los factores concurrentes al proceso de producción, y reglamentados en una legislación social y de trabajo, a fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional". Por su lado el numeral 11 del Código de Trabajo dispone: **"Serán absolutamente nulas, y se tendrán por no puestas, las renunciaciones que hagan los trabajadores de las disposiciones de este Código y de sus leyes conexas que los favorezcan"**. Estas normas contienen así el principio base de irrenunciabilidad de los derechos laborales, cuya finalidad última, es garantizar un mínimo de derechos a los trabajadores; **c-) Principio de continuidad:** En el país el artículo 56 constitucional dispone el derecho de todos los habitantes a trabajar; asimismo el código de lo laboral, dispone excepcionalmente los contratos determinados, partiendo de esta base, se sobreentiende que lo óptimo que aplaude el Estado Costarricense es que exista trabajo continuamente, con lo cual el ser humano, se ennoblece y engrandece. Lo anterior, conlleva en pensar en atribuir la más larga duración a la relación laboral; **ch-) Principio de Primacía de la realidad:** En caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos formales, debe prevalecer lo primero, es decir lo que sucede en el terreno de los hechos. Es precisamente en los hechos reales, lo que prevalece por debajo de las apariencias o simulaciones, muchas veces con ánimo de

de defraudar a la ley (10). Bajo este principio señaló, el Dr. Mario de la Cueva: **" Así se inició la transformación del derecho del trabajo, IUS DISPOSITIVUM en el Código de Napoleón, al derecho del trabajo como IUS COGENS"** (p.8), integrado por las normas que deben cumplirse, cualquiera que sea la voluntad de las partes. La Sala Segunda ha entendido este principio de la siguiente manera:

En tesis de principio, importa más lo que ocurre en la práctica, que aquello que las partes hayan pactado y hasta lo que aparezca en documentos (sobre el punto se pueden consultar , los votos números 151, de las 9:10 horas del 28 de marzo; 428, de las 10:10 horas; 439, de las 15:30 horas, ambas del 13 de agosto, todas del 2003; y, 279, de las 9:35 horas del 28 de abril del 2004). Ese principio informa el citado artículo 18, en el cual, precisamente, se indicó que el contrato de trabajo, es tal si se cumple con los presupuestos que ese numeral señala y "sea cual fuere su denominación". Es decir, no interesa el nombre que los contratantes le hayan dado verbalmente o por escrito, no influyendo para ese propósito si se está en presencia de los llamados contratos de adhesión o de aquellos en los cuales las partes han discutido los términos

de la negociación (Subrayado no es del original, Voto 0135-2006).

d-) Principio de Progresividad: Conlleva no regresividad, se debe abstener de adoptar políticas y medidas que empeoren la situación de los derechos económicos, laborales, sociales y culturales vigentes. La admisión de esta línea evolutiva ascendente, se presenta actualmente como una constante en la doctrina de los derechos humanos y se erige en guía inestimable para la interpretación y aplicación del Derecho en todos sus ámbitos. Tratado éste con propiedad por el voto constitucional no. 10.553-2009, con ocasión de considerar la propina como parte del salario; **e-) Principio de Buena Fe:** Comprende dentro de toda relación laboral, la lealtad, obediencia, rendimiento, comunicación oportuna de algún problema para que el patrono tome las medidas pertinentes dentro del rubro normal de su Empresa. Es reconocido expresamente en el artículo 19 del Código de Trabajo. Al respecto la Sala Segunda, ha referido en su voto no. 0572-2003:

La buena fe en las relaciones contractuales exige el cumplimiento de las obligaciones sin engaños, abusos ni desvirtuaciones, es decir, implica que las partes deben mantener una conducta transparente en las diferentes fases de la contratación y ajustar el ejercicio de sus derechos a criterios justos, sin excesos.

Este listado, no significa numerus clausus; sino por el contrario, cada vez más se desarrollan nuevos principios que informan la disciplina, ejemplo de esto, lo constituye el presente esfuerzo.

2. Aparte histórico laboral.

En el año 2008, con ocasión de la celebración del 80 aniversario de la creación del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el historiador, Vladimir de la Cruz, hacía alusión a que realmente la protección de los trabajadores en el país empieza formalmente a gestionarse por medio del Decreto-Ley N. 33, donde se expresa la voluntad política de crear una "Secretaría de Estado en el Despacho de Trabajo y Previsión Social", asignándosele las siguientes competencias:

I.- La preparación del proyecto de Código de Trabajo.

II.- La organización de los departamentos de Inspección de Minas e Industrias, del Trabajo en General, de la Enseñanza Industrial y Profesional y del Seguro y Previsión Social.

III.- La suprema inspección de todas las leyes relativas al Trabajo y Previsión Social.

IV.- La fundación y organización de un Instituto para Estudios Sociales (Conferencia, De la Cruz, 2008).

Si acaso, la misma constaba en sus inicios con 3 funcionarios públicos y limitaba su adscripción a la Secretaría de Gobernación, esto no solo por razones presupuestarias sino que también históricas, por cuanto antes de su creación el órgano competente para ver la materia con ocasión del trabajo, lo era dicha Secretaría. Realmente la Secretaría de Trabajo fue una medida previsoras frente a la crisis económica de inicios de los años 30s que se avecinaba. Si bien se aumenta la intervención dentro de la función estatal en cuanto a la regulación del trabajo, no es sino hasta el año 1942, que se empieza a consolidar el sistema de seguridad laboral, con la creación de la Caja Costarricense del Seguro Social, promulgación de reformas a la Constitución Política de 1871 (referidas al salario mínimo, capacitación obrera, sindicalización, huelga y horas de descanso, entre otros) y de la Ley No. 2 que da origen al CT y en donde se regula tímidamente a una Inspección de Trabajo, incipiente.

Nótese que la propuesta de la Secretaría del Trabajo, fue realizada por el Diputado Carlos María Jiménez Ortiz, quien pertenecía al Partido Republicano de ese entonces, y a pesar que fue instituida desde 1928, el mismo promotor reconoció que lo más importante era un desarrollo en sí de las relaciones laborales en el país, para lo cual lógicamente iba a necesitar del impulso político, del cual careció durante la siguiente década:

La emisión de las leyes del trabajo y de la previsión social,

es lo principal, y la creación del Ministerio respectivo es lo accesorio; pero en realidad, el conjunto forma un mecanismo tan completo que en ciertos países la nomenclatura de leyes obreras de legislación industrial ha venido a tomar la propia designación del Ministerio correspondiente y se las llama Leyes del Trabajo y de la Previsión Social (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1988, p. 16).

Lo anterior, explica el posterior desarrollo del derecho laboral a nivel nacional, con la promulgación del C.T. por medio de un partidario republicano, como lo fue, el Dr. Rafael Angel Calderón Guardia.

Ahora bien, mediante Ley No.1860 de 20 de abril de 1955, se promulga como complemento del anterior, la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (LOMTSS), la cual dispone la creación estructurada de la “Inspección General de Trabajo” como dependencia de la Dirección General de Relaciones Laborales (art. 7 LOMTSS) y con el deber de velar “porque se cumplan y respeten las leyes, convenios colectivos y reglamentos concernientes a las condiciones de trabajo y a previsión social” (art.88 Ibídem). A partir del Decreto Ejecutivo No. 1508-TBS del 16 de febrero de 1971, que es el Reglamento de Reorganización y Racionalización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, la Inspección General de Trabajo pasa a

llamarse Dirección Nacional de Inspección de Trabajo (DNI) formando parte de la Dirección General Técnica. Siendo ésta por excelencia el órgano administrativo fiscalizador en primera instancia del cumplimiento de la legislación laboral. convirtiéndose en realidad la famosa frase del ex Ministro de Trabajo, Francés Viviani: “ **Una ley de trabajo, es lo que son los inspectores encargados de aplicarla**” (Diccionario Cabanellas).

En la actualidad –la inspección nacional– cuenta con un cuerpo aproximado de 105 funcionarios realizando labores exclusivas de inspección y personal de apoyo de aproximadamente 50 funcionarios (asesores legales, de gestión, secretarías, notificadores, conserjes, etc.), haciéndose un esfuerzo por deslindar de dicha función la conciliación de conformidad con la recomendación 81 de la OIT, la cual estipula en su artículo 8: “ Las funciones de los inspectores del trabajo no deberían incluir las de conciliador o árbitro en conflictos del trabajo”, para lo cual recientemente se crearon 22 plazas exclusivas de conciliación, las cuales han sido distribuidas en las 32 oficinas con que cuenta la Inspección dentro de las 7 provincias del país (Briones, 2010, Real Card, p: 18).

Situación actual.

El país cuenta con un Código de Trabajo promulgado desde 1943, el cual reúne tanto el contenido sustantivo como formal del Derecho al Trabajo, elevado a partir de 1949 a rango Constitucional. A través de los años

se ha sentido la necesidad Social y Cristiana, de ir introduciéndole al cuerpo normativo nuevos institutos jurídicos y otras reformas que han venido a llevar algunos vacíos que se han convertido en una insuficiencia para seguir por el derrotero de la Paz Social. En dichos intentos se han tenido que crear normas relativas a la protección sindical; de la mujer en estado de embarazo; de lo no discriminación en el empleo por razón de edad, sexo, etc; actualización de los montos a pagar por concepto de multas por infracciones; derogatoria de la prisión por deudas laborales; el reconocimiento de cierto porcentaje del auxilio de cesantía como un derecho indiscutible del trabajador. Y aunado a todo ello, leyes conexas como las de aguinaldo, asociación solidarista, sociedades anónimas laborales, hostigamiento sexual, ley de riesgos en el trabajo, que han venido a enriquecer todo el bagaje jurídico que el derecho laboral nacional ha adquirido a través de 2 siglos de independencia como país. Sin embargo, a pesar de ello, esto apenas ha venido a hacer un simple paliativo que ha pospuesto una reforma integral de cara a los cambios sociales y las nuevas tendencias mundiales en las diversas formas del Mercado Globalizado. Ante esta situación conciudadanos eruditos en la materia, han pensado en un primer momento y bajo la vanguardia del ex magistrado, Dr. Ricardo Zeledón, en la unificación de algunos de los procesos del derecho nacional, en 3 libros y como primicia general en un entorno impregnado por lo oral y ya no por lo escrito como sucede actualmente, con el único fin

de aligerar todo el procedimiento hasta su conclusión, el cual es conocido como “Código General de Proceso”. Empero, esta propuesta no ha tenido mucho eco, pues requiere de mucho contenido económico y de infraestructura judicial, así como de un cambio de mentalidad en los Jueces, Abogados y Partes y además de ello, no todos los procesos se pueden equiparar debido a diversos principios generales que ostentan y que en muchos casos se contraponen entre ellos. Por ello el año 2005, surgió del seno del Poder Judicial, una comisión que redactó el proyecto “Reforma Procesal Laboral” adoptando a la materia estructuras del anteproyecto mencionado. No obstante más allá de lo meramente procesal, es necesario constituir un cuerpo que se adapte al siglo presente introduciendo dentro del marco sustantivo, medidas cautelares para los trabajadores, pero en sede administrativa, con el fin de no hacer nugatorio su declaratoria posterior del derecho conculcado; idear nuevos institutos como el teletrabajo, las regulaciones pertinentes con respecto a la subcontratación y otros más, que hoy por hoy, se echan de menos (Briones, 2011: p. 56).

2.2. Una realidad.

Se puede observar dentro del mercado laboral, que cada vez con más acentuación, surge la demanda de mano de obra calificada o profesional joven y con conocimientos en idiomas y a cambio se ofrecen lo que en doctrina se conoce como “salario emocional”,

sea condiciones de buen ambiente laboral y de oportunidades de superación dentro de la escala empresarial y lógicamente salarios jugosos en moneda extranjera, que muy pocos patronos estatales o privados nacionales van a poder ofrecer o competir con los consorcios internacionales. Pero esto, también ha dado cuenta del desenlace infeliz para estos trabajadores, que muchas veces sus puestos de trabajo, de la noche a la mañana, se vuelven volátiles o espejismos; sea golondrinas de paso, que se esfuman dejando al trabajador nacional, sin prestaciones y con las manos arriba; sin poder afrontar las deudas y con interrupciones de su vida normal que degeneran en estrés y estados desesperantes no solo para el trabajador sino para su núcleo familiar en general.

Ejemplo, de lo anterior, se vive cuando una Empresa Transnacional cierra de un día para otro, operaciones en el mercado nacional y opta por irse, sin pagar prestaciones legales y hasta los salarios de la semana o quincena laborada. O cuando un empresario nacional se da por quebrado o aduce falta de materia prima y consecuente cierre del centro de trabajo (11).

La legislación actual, no viene a resolver dicha situación, pues lo único que se puede hallar en el artículo 33 del Código de Trabajo, es que se le otorga a la deuda laboral un privilegio especialísimo sobre todas las demás, excepto la alimentaria. Al no dársele una solución administrativa, esto provoca

que los trabajadores tengan que acudir a los tribunales de justicia nacionales, donde la causa en promedio dura 2 años y en muchos casos es difícil de que se logren medidas cautelares tales como el arraigo y embargos preventivos, pues durante el traslado de la demanda, ya no hay nada que hacer, el patrono se ha escondido o huido del país y los bienes se han sustraído maliciosamente de la esfera del centro de trabajo. Si no hay bienes o han sido desviados —como sucede con los inversionistas golondrinas— o sacados del país subrepticamente, por más sentencia condenatoria, se hace ilusorio la ejecución y por ende los derechos laborales se quedan en una mera sentencia de papel o ahora electrónica, ya que en el país mediante Ley N. 7135 se eliminó la prisión por deudas laborales. El derecho constitucional no pasa de ser programático, pues la práctica dicta lo contrario. Entonces la interrogante, está en cómo hacer qué se baje y surta efectos dentro de la realidad social, esos principios de justicia cristiana y seguridad jurídica?.

Es por ello necesario que Costa Rica - por medio de los Poderes Legislativo y Ejecutivo- defina políticas estatales laborales claras, en cuanto a producción e inversión extranjeras (12); principios generales cautelares del derecho que puedan ser dispuestos por orden de las autoridades administrativas en pro de una mejor protección de los derechos laborales, los cuales conllevan reconocimiento de Derechos Humanos. Pero cuáles pueden ser éstos principios que conlleven seguridad jurídica al trabajador de que el Estado, le va

a hacer dable el derecho a sus prestaciones reconocidas a nivel constitucional en caso de terminar una relación laboral?. Podría ser la sede administrativa, la que dicte alguna medida, sin necesidad de acudir a la ya alicaída sede judicial laboral?. Esto es lo que a continuación hay que dilucidar.

3. Medidas cautelares.

De la misma constitución se desprende que en el país debe existir seguridad jurídica, es decir, que recurriendo al sistema legal, se va a encontrar solución a los diferendos, con la presunción de la obtención de una justicia pronta y cumplida. Lo anterior, conlleva así en pensar en una estabilidad razonable de las situaciones jurídicas y un acceso correcto al derecho. A nivel doctrinario, a este principio se le ha ligado o relacionado a su vez con otros, entre los que destacan:

El principio del respeto de los derechos adquiridos; el principio de legalidad, acceso y claridad de las reglas aplicables; el principio de protección de la confianza legítima; el principio de buena fe; el principio de publicidad de los actos; el principio de irretroactividad (Moderne, 2005: p. 227)

Y sin duda el más importante es el que tiene que ver con las medidas cautelares; es decir, que al no ser posible una respuesta de forma inmediata jurisdiccional, estando de por

medio el elemento temporal e implicando un grave riesgo para la tutela real del derecho que el actor pretende sea declarado, se aplica un mecanismo que asegure que las medidas judiciales ordinarias aunque lleguen tarde, sean efectivas. En referencia a ésto, señala Angel Blasco:

La efectividad que se predica de la tutela judicial respecto de cualesquiera derechos o intereses legítimos reclama la posibilidad de acordar las adecuadas medidas cautelares que aseguren la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso (1996: p. 24)

En igual sentido ha sido destacado por la jurisprudencia de la Sala Constitucional, específicamente con ocasión de los procesos disciplinarios:

La Sala ha establecido que las medidas cautelares en el procedimiento administrativo no tienen una naturaleza sancionadora siempre que se respeten los límites de razonabilidad y de instrumentalidad que las define. Es decir, la Administración Pública al iniciar un procedimiento que tiene como fin investigar la verdad real de los hechos que se denuncian, puede de oficio imponer una serie de medidas de carácter temporal y precautorio, para que durante la

tramitación del proceso no se sigan vulnerando las disposiciones legales que eventualmente podrían estar siendo quebrantadas, o bien, no se siga presentando la situación conflictiva que se haya denunciado. La naturaleza de este tipo de medidas obedece a una razón de carácter práctico, la cual es el aseguramiento y garantía de cumplimiento de la decisión final que se adopte. De allí su carácter temporal, ya que se impone mientras se desarrolla un procedimiento ordinario, es decir, sólo sobrevive hasta que se tome una decisión definitiva; y por otro lado, su naturaleza instrumental, porque pretenden garantizar provisionalmente la eficacia del acto final que se dicte (Voto constitucional no. 1505 del 2008) (13).

Al respecto el Dr. Jinesta ha referido:

Conviene indicar que la tutela judicial efectiva, debe ser satisfactoria y no meramente resarcitoria, y para lograr eso debe ser igualmente preventiva, en efecto “solo la posibilidad de obtener una medida cautelar permite distinguir una tutela meramente resarcitoria de una tutela satisfactoria”, lo que tiene razón tanto en relación con las

controversias patrimoniales como extrapatrimoniales (1996: p. 88).

Cuestión que va ligada al cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 41 constitucional, en el sentido que ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Mediante una justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.

3.1. Administrativo laboral.

En materia laboral se hallan como medidas cautelares específicamente las destinadas a embargo preventivo, confesión prejudicial, así como el arraigo, por lo que dispone el artículo 453 del Código de Trabajo, que el arraigo y el embargo preventivo serán procedentes, sin necesidad de fianza o garantía, si el actor se compromete a presentar su demanda dentro de las veinticuatro horas siguientes y si dos testigos declaran, a satisfacción del Tribunal de Trabajo, sobre la veracidad del hecho o hechos en que el pedimento se apoya. E incluso oficiosamente señalan los artículos 457 y 458 del mismo cuerpo legal, que en cualquier estado del juicio, los tribunales de trabajo, podrán acodar tales medidas, de acuerdo con el mérito de los autos. Lógicamente se ha señalado doctrinariamente que para el dictado de una medida cautelar deben existir 2 fundamentos básicos, en vista que se está dando un paso para interferir en los derechos de quien

todavía no ha sido sentenciado o incluso ni demandado en caso de ser una medida acordada previa a entablar el proceso: **a-) Fumus boni iuris:** Es decir, prima facie, existe una apariencia de buen derecho, que posiblemente la gestión para el actor puede prosperar en su beneficio. Debe existir una probabilidad cualificada, según Blasco Pellicer (2005: p. 2072); **b-) Periculum in mora:** El peligro que puede significar el retraso inevitable, es lo que hace o provoca que proceda la medida cautelar y se conjure así la ineffectividad futura de la sentencia.

Aparte son las medidas autosatisfactivas o de satisfacción inmediata, desarrolladas profusamente por la doctrina procesal de América del Sur, que consisten en requerimientos urgentes formulados al órgano judicial por los ciudadanos y que se agota –de ahí lo de autosatisfactivas- con su despacho favorable, sin tener que acudir a una ulterior acción principal para evitar su decaimiento:

En lugar de desfigurar a la teoría cautelar clásica se ha preferido preservarla y generar un nuevo instituto pensando por y para dar respuestas eficaces y expeditas a ciertas situaciones de urgencia que no reclaman (por sí mismas o porque no les interesa a los afectados) la promoción de acciones principales posteriores (Peyrano y otros, 1997: p. 20).

De allí que considere, Jorge Peyrano, que realmente éstas, no constituyen en sí medidas cautelares (14).

Ejemplo, de éstas dentro del ámbito nacional y específicamente en el plano laboral, sería el presupuesto jurídico del artículo 94 bis, el cual dispone que la trabajadora embarazada o en período de lactancia que fuere despedida en contravención del fuero o el pedimento de la respectiva autorización ante la Inspección de Trabajo, podrá gestionar ante el juez de Trabajo, su reinstalación inmediata en pleno goce de todos sus derechos.

Presentada la solicitud, el juez le dará audiencia al empleador en los siguientes tres días. Vencido este término, dentro de los cinco días siguientes, ordenará la reinstalación, si fuere procedente, y, además, le impondrá al empleador el pago de los salarios dejados de percibir.

Lo anterior, al margen de la discusión que se presentara en la vía ordinaria, sobre la procedencia o no de la ruptura contractual.

A nivel Procesal, le señala -el artículo 22 del Código de lo Contencioso- al juez, la necesidad de considerar, especialmente, el principio de proporcionalidad, ponderando la eventual lesión al interés público, los daños y los perjuicios provocados con la medida a terceros, así como los caracteres de instrumentalidad y provisionalidad, de

modo que no se afecte la gestión sustantiva de la entidad, ni se afecte en forma grave la situación jurídica de terceros.

No obstante, posterior a la legislación laboral se han venido desarrollando potestades para la administración –dentro de otros campos- permitiéndole a la misma su aplicación dentro de su sede, sin tener que recurrir a la judicial. Se parte en un comienzo de la ejecutoriedad que ostenta la Administración Pública, en resguardo del orden jurídico, siendo posible de ejecutar por sí, sin recurrir a los Tribunales, los actos administrativos eficaces, válidos o anulables, aún contra la voluntad o resistencia del obligado, sujeta –claro está- a la responsabilidad que pudiera resultar. Acepta el artículo 109 de la Ley General de la Administración Pública, la suspensión de una orden cuestionable, dentro del ámbito de jerarquía cuando la misma pueda producir daños graves de imposible o difícil reparación. En igual sentido, tanto la ley de Promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor, posibilita a la Comisión Nacional del Consumidor, la potestad de acordar una medida cautelar - según el artículo 53- de acuerdo con la gravedad de los hechos, tales como: el congelamiento o el decomiso de bienes, la suspensión de servicios o el cese temporal de los hechos denunciados que violen lo dispuesto en su legislación, mientras se dicta resolución en el asunto; En la misma tónica la Ley General de Salud, le permite al Ministerio de tal ramo, a partir de su artículo 355, tomar medidas especiales en pro de la salud general, bajo pena de

incurrir en delitos. A nivel laboral por medio de los 81 y 129 Convenios Internacionales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), con su carácter de jerarquía superior a la ley ordinaria, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 7 constitucional, se le faculta al Inspector de Trabajo, tanto en la Industria, Comercio como Agricultura, a tomar las medidas de aplicación inmediata, en caso de peligro inminente para la salud o seguridad de los trabajadores y finalmente las reglamentaciones de riesgos de trabajo, facultan a la administración del trabajo a la paralización de un centro de trabajo u obra, siempre que se ponga en peligro la vida de los trabajadores. Así el artículo 203 del Código de Trabajo, indica que sin ningún trámite especial y previa constatación –por parte de los inspectores competentes- de que un trabajo se realiza sin la existencia del seguro contra riesgos del trabajo, puede ordenar su paralización y cierre (15).

Como se determina ya no solo el juez es el que aplica la medida cautelar, sino que se le ha conferido dicha titularidad a la Administración Pública, bajo la premisa de la eficacia y efectividad, en vista de que para nadie es un secreto que el Poder Judicial, ha colapsado y sus remedios no son tan eficaces en cuanto oportunidad en el tiempo. La realidad enseña a reconocer un ámbito de actividad cautelar administrativa, ante la falta de coordinación, eficacia, agilidad y rapidez que ha caracterizado al Poder Judicial; actualmente la cuestión no debe plantearse como una alternativa, sino como acciones paralelas con

un decidido predominio de la administrativa, no tanto por razones de confianza como de eficacia y rapidez, al disponer el Estado de más funcionarios que la judicatura. Así la justicia provisional que proporciona la medida cautelar en sede jurisdiccional puede resultar, en consecuencia, muy insuficiente.

3.2. Nuevo principio de tutela cautelar

Bajo la realidad tratada en su aparte correspondiente, con respecto a los trabajadores, los cuales viven un calvario en el cobro de sus prestaciones, en caso de que el patrono opte por irse del país o se disponga a distraer maliciosamente los bienes, es que se presenta la oportunidad de pensar en nuevos paradigmas, en este caso de la aplicación de un nuevo principio de tutela cautelar en el amparo de las prestaciones legales, comprendiendo incluso los derechos irrenunciables como lo son el salario, las vacaciones y el aguinaldo.

Para ello, es de obligatoriedad transcendental conceder a la Inspección de Trabajo (por ser por antonomasia el órgano administrativo que vela de primera entrada, por la protección de los derechos laborales), dentro del sistema neomodernista o postmodernista, de procedimientos expeditos y efectivos para prevenir (medidas cautelares) y asimismo para sancionar (aplicación del régimen sancionatorio dentro de su propia sede), dentro de un fuerte contenido ético profesional por parte de sus funcionarios y de responsabilidad de conformidad con la Ley General de la Administración Pública.

Siguiendo con la vigencia de este principio, se ha de pensar que la realidad hoy lo demanda, sea es un requerimiento de hecho y no de derecho. La sociedad costarricense, ya exige un cambio, un nuevo valor jurídico, para resolver el problema planteado, tarea ésta que desde luego no es fácil, dada la poca tendencia al cambio (lógica exigencia del principio de seguridad, como se analizó) propia del Derecho.

Entonces el principio que se propone es el de tutela cautelar a nivel administrativo y ejecutado por la administración del trabajo, específicamente por parte de la Inspección del Trabajo, como ente encargado en primera instancia de velar por los derechos de los trabajadores. Si los derechos laborales están elevados a nivel internacional a Derechos Humanos y a nivel nacional con rango constitucional, entonces el argumento para considerar que el principio que garantiza los mismos, debe ser el derecho a la tutela cautelar en primera instancia y como necesidad sentida a nivel social. Siendo que hoy –como se ha identificado- se siente la necesidad en sede administrativa, de una protección cautelar, con el fin de asegurar la eficacia de las sentencias judiciales referidas a los derechos laborales; pues pareciera dentro del marco normativo administrativo laboral, que la Inspección como buen vaquero, cabalga sin montadura, sin sombrero y sin revólver, utilizando -si se permite- la jerga equina.

Hoy se entiende la necesidad de no privar a la Administración Pública de eficacia en pro

del supuesto respeto a la división de poderes últimamente tan cuestionado, por atentar contra la eficacia del derecho mismo. No es el momento en este mundo tan cambiante, en donde se han roto las barreras de tiempo y espacio, como para esperar una reparación de los daños y perjuicios, si se puede evitar más bien el perjuicio a los afectados. De allí, la necesidad del nuevo principio jurídico, que se denominará “Tutela Cautelar Inspectiva”, la cual en un primer momento y a petición de los trabajadores o bien de oficio, resguarde los bienes que quieran ser sustraídos de la esfera normal del centro de trabajo, en pro de asegurar la eficacia de los derechos laborales.

Conclusión.

En este mundo global, liberal y de una tendencia marcada dentro de la vida cotidiana por la desregulación de los usos y costumbres, es que se hace necesario idear mecanismos para las clases más vulnerables- dentro de la vorágine de lucha por la supervivencia social- mediante nuevos paradigmas que lleven protección administrativa cautelar y eficiencia en la tutela de sus derechos, para adquirir finalmente la eficacia misma del derecho, bajo el resguardo de los principios de seguridad jurídica y de justicia pronta y cumplida. El derecho ante las imprecisiones, confusiones y ambivalencias, en donde desaparece un criterio único de verdad, es que le resulta obligatorio interrelacionarse como sistema normativo (formal), con lo real (social) y lo axiológico (valores), so pena de perderse en

aproximaciones parciales e incompletas que no permiten su adaptación a lo global.

Ante la utilización de mano de obra nacional se deben comprometer las compañías transnacionales a generar un desarrollo económico no ficticio, sino estable, sostenible y de respeto por los derechos laborales, que en caso de irrumpir el mismo, el Estado debe estar preparado, mediante la aplicación de principios que tutelen cautelarmente los derechos que se pongan en entredicho y ser además aplicados por la administración de trabajo (Inspección de Trabajo), al relacionarse en primera instancia con la actividad laboral. Que mayor protección van a encontrar los trabajadores, constatando que el ente al que acuden en primera instancia, está facultado en la aplicación de medidas cautelares perentorias, tales como la retención de los bienes que se pretenden distraer o distraer con el fin de hacer nugatorio sus derechos.

Si bien se podría pensar que la tutela cautelar se constituye o deriva de los principios de acceso a la justicia y seguridad jurídica, lo que lo convierte realmente en un principio, si bien derivado, es su aplicabilidad y necesidad como cuestión propia de la comunidad laboral, para que sea aprovechado por parte de la administración del trabajo y no solo por la autoridad jurisdiccional.

Este principio que se propone, sea el de tutela administrativa laboral cautelar, pareciera que pasa por el primer momento de las fases de vigencia (16) y espera su consolidación,

pudiendo contribuir el presente con el arranque a nivel nacional, al ser no propio del autor, sino del sentir de toda la comunidad en su conjunto. Como muestra de lo referido, la cotidianidad de aproximadamente 20 años, mediante el método inductivo, que se ha adquirido dentro del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

NOTAS

(1) En la última crisis mundial, del año 2009, se suscitó un desempleo entre 15 y 20 millones de personas. Los expertos de la economía internacional contabilizaron grandes pérdidas de mercado, acrecentamiento de la pobreza mundial (30% de la población mundial carece de alimentos y agua), despidos masivos, es decir, un retroceso o recesión económica de los siete mil millones de habitantes que hay en el planeta tierra. Asimismo las últimas cifras registraron una tasa de desempleo mundial de hasta en un 6,5%, lo que representó 30 millones más de personas sin empleo en el mundo (Briones, 2009 p. 18.).

(2) Entendido el Estado de derecho, no dentro de la concepción clásica Weberiana y Kelseniana de racionalización, dentro de un marco estatal que conduce a una obediencia racional, caracterizada por una neutralidad axiológica, en donde prevalece la legalidad formal y solo en la norma se encuentra la razón de ser del mismo y sus consecuentes potestades y deberes; sino desde la concepción propuesta por la Española, Margarita Beladiez, en donde prevalezcan

valores que le informan; valores éstos que, si bien pueden ser identificados en la ley, también dentro de la realidad social que se pretende regular (1994: p.27).

(3) Este concepto junto con el de postmodernismo es acuñado por Franck Moderne, para explicar, lo que se ha suscitado después del modernismo, apegado a conceptos legalistas, sin inclusión de valoraciones. Hoy a raíz de la globalización se hace necesario la introducción de valores que desencadenen en principios que puedan resolver las situaciones que generan los tiempos neomodernos (2005: p.54).

(4) Dentro de esta corriente dúctil o de flexibilidad, se están perdiendo a nivel procesal principios tradicionales tales como el del “onus probandi”, sea que quien acusa o alega, prueba; suscitándose la teoría de la “carga dinámica de la prueba”, la cual propone que la carga recaiga en quien esté en mejores condiciones de producirla, bajo la premisa de que el juez debe llegar a la verdad, por lo que puede discrecionalmente revertirla en contra del principio seguridad jurídica (Revista Ivstitia, 2011: p. 42).

(5) Señala Moderne, que en el caso de la Comunidad Europea, se está produciendo un desarrollo profuso de los principios generales, que están calando en todos los Estados miembros, principios tales como el de la subsidiariedad funcional (2005:p. 177) .

(6) La doctrina también los denomina: principios jurídicos (Beladiez, 1994: p. 17) y principios directores (Moderne, 2005: p. 60). Para efectos del presente, entendido el término principio (del latín *princiipium*), no como algo que inicia o que empieza, sino como consecuencia o resultado de algo, sea de la realidad social.

(7) El Dr. Jinesta Lobo, señala en general, 4 funciones: a-) directiva: la creación del derecho es moldeado en su contenido; b-) interpretativa: sirven para precisar el sentido y significado de una norma; c-) integradora: le permite al órgano jurisdiccional, resolver en ausencia de una norma escrita; d-) constructiva: sistematizan la ciencia jurídica dentro del ámbito doctrinal o dogmático (2002: p. 174)

(8) Recordándose que en los últimos tiempos, la Sala de lo constitucional ha referido que ésta (normativa internacional), posee no solamente un valor similar a la Constitución Política; sino, que en la medida en que otorgue mayores derechos o garantías a las personas, prima por sobre la constitución y que aún los instrumentos internacionales no ratificados pueden ser utilizados por los operadores del derecho como guías (votos 1319-97, 9685-00 Y 6446-06); sin olvidar, que tanto los pronunciamientos, como las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, también no sólo son aplicables en el país, en cuanto forman parte del Derecho de la Constitución, sino que en la medida en que brindan mayor cobertura o

protección de los derechos aludidos, priman por sobre la Norma Fundamental (votos 2313-95, 3220-00, 1682-07, 4276-07). Todo lo cual viene a reflejar el sentido democrático y progresista del sistema no solo jurídico, sino también social de Costa Rica.

(9) La autora Beladiez, considera que a pesar de esto, cuando los principios se encuentren expresamente recogidos en una ley, la incertidumbre sobre su existencia desaparece, con lo cual, no existiría motivo alguno que justifique un menor rango normativo del principio frente a la ley (1994: p. 122).

(10) Para un mayor ahondamiento de la temática se puede ver el artículo: Las Fronteras del Derecho del Trabajo. ¿Cuándo existe o no relación laboral?. Ivstitia 275-276.

(11) Al respecto, sobre esta realidad se pueden acceder a las direcciones por internet <http://es.internationalism.org/book/export/html/2516> y http://www.nacion.com/ln_ee/2006/agosto/11/pais1.html.

(12) Un instrumento que posibilitaría el control preventivo de la inversión extranjera ante la anterior realidad, sería la ratificación del convenio 173 - celebrado en Ginebra por el Consejo de Administración de la OIT el día 3 de Junio de 1992, en su septuagésima novena reunión- sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia patronal; pues ello, implicaría que ante la posibilidad de inversión extranjera y la puesta

consecuente de generación de fuentes de empleo, se le deba garantizar al Estado, el pago de los posibles créditos adeudados a los trabajadores por su empleadores en caso de insolvencia, ante una institución aseguradora de garantía que se crearía. Claro está, que aparejado a esta garantía internacional y con el ánimo de atraer la inversión sana, debe venir aparejada la estimulación mediante políticas económicas, fiscales y sociales; beneficios éstos que deben ser atractivos y también sostenibles (Briones, 2011: p. 94).

(13) Para mayor abundamiento del tema puede consultarse también, la sentencia constitucional antecesora, no. 7190-94.

(14) Hay quienes han encontrado similitud con respecto de los institutos constitucionales del amparo, del hábeas corpus así como el del hábeas data, con las medidas autosatisfactivas (Peyrano y otros, 1998: p.586).

(15) En el mismo sentido, lo señala la Directriz 023-2008 de la Inspección de Trabajo, dentro de su capítulo 11, aparte 3.2.2.7.

(16) Beladiez Rojo, explica que los principios pasan durante su vigencia por varias fases: en la primera de ellas su vigencia estaría discutida; luego pasaría a otra etapa en la que el principio estaría plenamente consolidado; y, una vez aquí, puede, o bien mantenerse en su posición, o bien pasar de nuevo a una fase de vigencia discutida, fase ésta que será un mero tránsito, ya sea para consolidarse de nuevo, o para perder su vigencia (1994: p. 66).

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

LIBROS

Beladiez Rojo, M (1994). Los principios jurídicos. Editorial Tecnos. Madrid, España. Pp.152.

Blasco Pellicer, A (1996). Las medidas cautelares en el proceso laboral. Editorial Civitas, S.A. 1 edición, Madrid, España. Pp.168.

Blasco Pellicer y otros (2005). El proceso laboral. Editorial Tirant Lo Blanch, volumen 2, Valencia, España. Pp.2094.

Briones Briones, E. (2011). Comentarios de Derecho Laboral, Editorial Ivstitia, 1 edición, San José, Costa Rica. Pp.116.

Cabanellas, G (2001) Diccionario de Derecho Laboral. Editorial Heliasta S.R.L. Segunda edición, Buenos Aires, Argentina. Pp. 739.

De la Cueva, M. (1975). El nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. Editorial Porrúa, 3 ed. pp.633.

García de Enterría, E (1986). Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho. Madrid, España. Editorial Civitas, S.A. 1 reimpresión. Pp. 182.

Jinesta Lobo, J (1996).La tutela cautelar atípica. En el Proceso Contencioso Administrativo. Ediciones Colegio de Abogados de Costa Rica . Primera Edición. San José, Costa Rica. Pp. 385.

Jinesta Lobo, J (2002).Tratado de Derecho Administrativo. Parte General. Tomo 1. Primera Edición, Biblioteca Jurídica Dike. San José, Costa Rica. Pp. 471.

Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Dirección de Relaciones Públicas. (1988). Seis décadas de Historia Laboral. Departamento de Reproducciones INA. San José, Costa Rica. mayo, pp. 94.

Moderne, F (2005). Principios Generales del Derecho Público. Traducción de Alejandro Vérgara Blanco. 1 ed. Editorial Jurídica de Chile. Pp. 301.

Kelsen, H (2009). Teoría Pura del Derecho. 4 ed, 8 reimpresión. Buenos Aires, Eudeba. Pp.224.

Ossorio M (1984).Diccionario de Ciencias Jurídicas y Políticas y Sociales. Editorial Claridad, S.A. Argentina. Pp. 797.

Pacheco Fernández, F (2007). Introducción a la Teoría del Estado. 8 reimpresión de la 2 ed. San José, Costa Rica, EUNED. Pp. 232.

Plá Rodríguez, A. (1990). Los principios del Derecho del Trabajo. 2 edición actualizada. Editorial Depalma. Buenos Aires. Pp. 331.

Varios autores (2008). Teoría de la Justicia y Derechos Fundamentales. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba, 3 volumen. Jacaryan, S.A. Madrid. 2008.

ANTOLOGÍA

Varios autores (2011). Antología del Curso Estado Social de Derecho. Doctorado en Derecho de la Uned. Recopilado por el Dr. Miguel Mondol Velásquez. pp.212.

REVISTAS

Revista Ivstitia (2009). Medidas Alternas a la flexibilidad laboral. Briones Briones, E. No. 267-268, p.18-22.

Revista Ivstitia (2009). Las fronteras del Derecho del Trabajo. ¿Cuándo existe o no relación laboral?. Briones Briones, E. No. 275-276, p.29-33.

Revista Real Card (2010). La Inspección de Trabajo Costarricense: El Deber de Tutelar Imparcialmente. Briones Briones, E. 3 edición, editorial Proyecto Real Card, ASIES, Guatemala, p. 9-28.

Revista Ivstitia (2011). Toería de la carga dinámica de la prueba y activismo judicial. Castro Loría, JC. No. 291-292, p.38-50.

CONFERENCIAS:

Conferencia de fecha 2 de julio del año 2008, del Lic. Vladimir de la Cruz, dictada en el Teatro Mélico Salazar, en el acto inaugural del 80 aniversario del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. San José, Costa Rica.

RESOLUCIONES NACIONALES

Sala Constitucional. Voto 7190 de las 15:24 hrs del 6 de diciembre del año 1994.

Sala Constitucional. Voto 2313 de las 16:16 hrs del 9 de marzo del año 1995.

Sala Constitucional. Voto 1319 de las 14:51 hrs del 4 de marzo del año 1997

Sala Constitucional.Voto 1415 de las 9:00 hrs del 26 de febrero del año 1999.

Sala Constitucional.Voto 9874 de las15:45 hrs del 15 de diciembre del año 1999.

Sala Constitucional. Voto 3220 de las 10:30 hrs del 18 de abril del año 2000.

Sala Constitucional. Voto 9685 de las 14:56 hrs del 1 de noviembre del año 2000.

Sala Constitucional. Voto 6446 de las 10:05 hrs del 12 de mayo del año 2006.

Sala Constitucional. Voto 16.001 de las 9:04 hrs del 3 de noviembre del año 2006.

Sala Constitucional. Voto 1682 de las 10:34 hrs del 9 de febrero del año 2007.

Sala Constitucional. Voto 5924 de las 12:28 hrs del 27 de abril del año 2007.

Sala Constitucional. Voto 4276 de las 14:49 hrs del 27 de marzo del año 2007.

Sala Constitucional. Voto 1505 de las 18:14 hrs del 29 de enero del año 2008.

Sala Constitucional. Voto 10.553 de las 14:54 hrs del 1 de julio del año 2009.

Sala Constitucional. Voto 10685 de las 9:29 hrs del 18 de junio del año 2010.

Sala Constitucional. Voto 10967 de las 14:42 hrs del 22 de junio del año 2010.

ARBITRAJES MÁS EFECTIVOS Y EFICIENTES

M.Sc. Alberto Pauly
Socio
Gutiérrez, Hernández & Pauly

Durante las últimas décadas, el arbitraje se ha consolidado en una manera cada vez más utilizada de resolver conflictos de carácter comercial, tanto a nivel doméstico como internacional. El fenómeno de la globalización no ha sido ajeno a esa tendencia sino que, más bien, la ha estimulado, habida cuenta de la mayor internacionalización de los negocios, no solo relacionados con el intercambio de bienes y servicios, sino también con inversiones cuantiosas y de alto riesgo, que hacen que las partes involucradas busquen formas más efectivas y ágiles de solucionar los conflictos que surgen de tales relaciones.

Esa internacionalización de los negocios y de los medios de solución de conflictos, como el arbitraje, también ha ocasionado una mayor sofisticación de los procedimientos, tanto por las distintas corrientes jurídicas que procuran trasladar sus usos procesales al arbitraje internacional, como por el hecho de haberse generado alrededor de esa demanda una verdadera industria de servicios,¹ generando a través de los años un paulatino y constante aumento del tiempo que tardan los procesos

y los costos a ellos aparejados, lo que ha sido visto con preocupación por los expertos y sectores interesados en el arbitraje.

Ambos problemas (duración y costo) están íntimamente ligados, en el tanto un procedimiento más complejo toma más tiempo en desarrollarse y ocasiona mayores erogaciones que deben ser sufragadas por las partes en conflicto.

Así las cosas, para simplificar los procedimientos y evitar incurrir en costos mayores de los necesarios, se requiere una participación colaborativa de todas las partes involucradas: instituciones que administran los procesos, árbitros, partes en conflicto, abogados, autoridades judiciales y administrativas competentes y hasta centros de enseñanza que forman a los abogados que actúan como árbitros o como consejeros de parte.

Trataremos de compilar en este ensayo la forma en que cada uno de esos actores puede contribuir a ese propósito.

1 En tal sentido, Lord Mustill, citado por A. López de Argumedo Piñeiro y J.C. González Arango en "El Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CCI: Hacia un Arbitraje más Eficiente y Menos Costoso". SPAIN ARBITRATION REVIEW N° 13/2012, Pág. 23.

Sala Segunda. Voto 0572 de las 10:20 hrs del 15 de octubre del año 2003.
Sala Segunda. Voto 0013 de las 09:50 hrs del 21 de enero del año 2004.
Sala Segunda. Voto 0347 de las 09:40 hrs del 6 de mayo del año 2004.
Sala Segunda. Voto 0135 de las 09:30 hrs del 8 de marzo del año 2006.

LEYES

Constitución Política de Costa Rica, 1949 (versión electrónica). Recuperado el día 5 de julio de 2011, desde <http://www.tramites.go.cr/manual/espanol/legislacion/ConstitucionPolitica.pdf>.

Convenio 81 sobre la inspección del trabajo, 1947 (versión digital). Recuperado el día 17 de octubre de 2010, desde <http://www.cesdepu.com/instint/oit81.htm>.

Convenio 129 sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (versión digital). Recuperado el día 17 de octubre de 2010, desde <http://www.cesdepu.com/instint/oit129.htm>.

Código de Trabajo de Costa Rica (versión electrónica). Recuperado el día 5 de julio de 2011, desde <http://admsjoarc19.ccss.sa.cr:82/rhumanos/normativa/C%C3%93DIGO%20DE%20TRABAJO.pdf>.

Código Civil de Costa Rica (versión electrónica). Recuperado el día 21 de julio de 2011, desde <http://www.cendeisss.sa.cr/etica/codcivil.pdf>.

Código Procesal Contencioso Administrativo. Recuperado el día 21 de julio de 2011, desde http://196.40.56.12/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=57436&nValor3=63015&strTipM=TC.

Ley No. 7135. De la Jurisdicción Constitucional (versión electrónica). Recuperada el día 16 de abril de 2011, desde <http://www.cesdepu.com/nbdp/ljc.htm>.

Ley No. No. 7472. Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. (versión electrónica) .Recuperado el día 21 de junio de 2011, desde <http://www.reglatec.go.cr/decretos/7472.pdf>

Directriz N. 23-2008. Manual de Procedimientos de la Inspección de Trabajo, publicada en la gaceta No. 166 de 28 agosto del año 2008. Manual del Procedimiento de Inspección Laboral. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Instituciones que administran procesos

La Cámara de Comercio Internacional (CCI) ha sido consciente del problema y proactiva en la búsqueda de soluciones al respecto. Estadísticas de la CCI con referencia a procesos cuyo laudo se dictó entre 2003 y 2004 muestran la siguiente distribución de costos en un arbitraje:²

Costos incurridos por las partes en presentar su caso (comprende honorarios y gastos de abogados, gastos relativos a pruebas testimoniales y periciales, otros costos incurridos a excepción de los que se indican a continuación)	82%
Honorarios Y gastos de los árbitros	16%
Gastos administrativos de la CCI	2%

No conozco un estudio similar en Costa Rica y dada la poca cantidad de arbitrajes comerciales internacionales celebrados en el país, seguramente la totalidad de ellos ad-hoc, no me parece posible tener por ahora información al respecto, aunque uno podría asumir que no habría mucha diferencia.

A mediados de la primera década de este siglo, la CCI conformó un grupo de trabajo liderado por Yves Derains y Christopher Newmark, cuya tarea consistió en sugerir técnicas que pudieran ser utilizadas para controlar el tiempo y los costos en el arbitraje, produciendo un informe que identifica distintas medidas que pueden ser adoptadas en cada etapa del proceso para lograr ese propósito.³ El informe sirvió de base, a su vez, para el trabajo de una comisión de la ICC que a partir de 2008 se conformó con la tarea de: “a) estudiar todas las sugerencias recibidas de los Comités Nacionales, miembros de la CCI, usuarios del reglamento⁴, miembros de la Corte de Arbitraje y miembros del Secretariado; b) determinar si una reforma del reglamento era útil y necesaria; y c) hacer todas las recomendaciones que considerara necesaria para la reforma del reglamento”. Producto de esos esfuerzos, la CCI promulgó un nuevo Reglamento de Arbitraje que entró a regir el 1° de enero de 2012 y contiene sustanciales mejoras encaminadas a reducir el tiempo y los costos de los procesos.

No voy a reproducir aquí, porque sería ocioso, todas las recomendaciones que contiene el informe denominado Técnicas para Controlar el Tiempo y los Costos en el Arbitraje, pero sí mencionaré algunas de ellas que considero de gran utilidad para tener en

2 CCI, Técnicas para Controlar el Tiempo y los Costos en el Arbitraje, 2008. Pág 11.
3 Idem
4 A. López de Argumedo Piñeiro y J.C. González Arango en “El Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CCI: Hacia un Arbitraje más Eficiente y Menos Costoso”. SPAIN ARBITRATION REVIEW N° 13/2012, Pág. 23.

cuenta en los arbitrajes internacionales que se tramiten en cualquier otra institución que presta el servicio de administrarlos.

En Costa Rica, el arbitraje internacional ha sido muy escaso hasta ahora, posiblemente por la carencia de una legislación procesal apropiada que generara confianza para tenerlo en cuenta como sede. Sin embargo, a raíz de la aprobación de la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional (la Ley)⁵ en abril de 2011, las condiciones empiezan a cambiar para que, si el Gobierno de la República y los centros de arbitraje establecidos asumen el reto que implica implementar una estrategia de atracción de arbitrajes –al menos– en la región centroamericana, el Caribe y parte de Sur América, Costa Rica pueda desarrollarse como una sede atractiva para arbitrajes comerciales internacionales.⁶

La Ley está basada en la Ley Modelo de UNCITRAL, de manera que el procedimiento que propone no es ajeno a las prácticas más conocidas en el mundo moderno. Aún así, la Ley no contiene muchas de las técnicas sugeridas por la CCI. Esto no necesariamente es un gran obstáculo, habida cuenta de que en la mayoría de los casos, las partes adoptan el Reglamento de Arbitraje de la institución que administra el proceso, de modo que es

principalmente en estos cuerpos normativos, mucho más fáciles de modificar que la Ley, que se pueden implementar esas mejoras.

El único Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional que conozco hasta ahora en Costa Rica es el del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica (CCA), publicado en abril de 2012, de modo tal que será al único que me refiera en estos comentarios (el Reglamento).

El Reglamento del CCA se inspira también principalmente en la última revisión (2010) del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL, así que tiene características similares a la Ley. Ya incorpora, directa o indirectamente, algunas de las técnicas sugeridas por la CCI, pero, en mi opinión, el Reglamento debe ser revisado para corregir las siguientes cuestiones:

1. Tecnología

Si bien en algunas normas atinentes a la recepción de prueba testimonial o pericial se menciona expresamente la posibilidad de utilizar medios no presenciales, como la videoconferencia,⁷ en general, el tema de la tecnología está ausente en el Reglamento. Es claro que los arbitrajes internacionales,

5 Ley N° 8937 de 27 de abril de 2011, publicada el 25 de mayo de 2011
6 Ya se ha hablado y escrito algo sobre el tema, pero se requiere más que eso. No basta la aprobación de la Ley, sino que deben mejorarse muchas otras cosas e involucrar a muchas instituciones, públicas y privadas, para lograr un resultado exitoso. La cuestión radica en saber quién tomara la iniciativa.
7 Vid Arts. 25(4) y 27(2)

cuyos participantes (árbitros, partes, abogados) normalmente residen en ciudades y países diferentes, pueden beneficiarse mucho del uso de medios electrónicos y digitales para la comunicación de escritos, gestiones y resoluciones, aunque para ello se requiere que los centros de arbitraje tengan una plataforma tecnológica capaz de recibir, procesar, almacenar y trasladar los documentos. Esa plataforma tecnología requiere principalmente de un software que de manera segura reciba, ordene y envíe las comunicaciones, ya que para su almacenamiento “en la nube” existen en el mundo múltiples opciones relativamente baratas y con alto grado de seguridad, mucho mayor que el que cualquier centro de arbitraje por sí solo podría pretender.

A estas alturas del desarrollo tecnológico, es innecesario un expediente físico, salvo tal vez para algunas diligencias menores. Tanto los escritos de las partes como las resoluciones del tribunal arbitral pueden ser elaborados y firmados digitalmente. Los documentos que aporten las partes como prueba serían escaneados y agregados al expediente digital y solo sería necesario cotejarlos cuando exista solicitud de una parte, que deberá correr con los costos que ello conlleve, a menos que del cotejo resulte falsedad total o parcial del documento digital y se trate de un documento que incida en el resultado del proceso, caso en el cual el tribunal arbitral deberá condenar a la parte que lo aportó el pago de las costas ocasionadas con el cotejo.

En caso de ejercer un recurso de nulidad o de apelar alguna de las resoluciones en cuya decisión deba intervenir la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, nada impide, en mi criterio, que el recurso como tal se sustancie en un expediente físico y que se otorgue acceso a los magistrados al expediente digital o bien se les entregue una copia digital.

Sin duda alguna, el uso preferente de recursos tecnológicos en el desarrollo del proceso arbitral reduciría sustancialmente los costos, haciendo innecesarias (salvo casos excepcionales) las audiencias con presencia física (costos de viaje, alojamiento y alimentación de árbitros, abogados, testigos y personal de apoyo), y reduciendo notablemente el costo de papel y otros materiales de impresión, así como el courier para envío de documentos al Centro, a los árbitros y a los abogados. Incluso los videos de las audiencias deben poder consultarse en el expediente digital, eliminando la necesidad de costosas transcripciones, salvo que una parte lo pida y corra con el gasto.

2. Uso de papel en exceso

El artículo 2(1) del reglamento del CCA obliga a presentar los escritos, los documentos y las copias de estos en papel y un soporte digital. Deben aportarse copias para cada parte, para cada árbitro y para el CCA.

Esta ha sido, hasta ahora, la constante en el arbitraje comercial internacional. Se habla de

camiones completos con cajas de documentos que forman un expediente inmanejable, que obliga a las partes a incurrir en enormes gastos de fotocopiado, compaginación y traslado de la documentación. Debe ponerse fin a este despilfarro, no solo por el costo que ello implica para el arbitraje comercial internacional, sino también para la sociedad como un todo, porque ya sabemos el costo ambiental que tiene cada hoja de papel que imprimimos. Esto vale igualmente para los arbitrajes domésticos.

Este aspecto tiene que ver con el uso de tecnología a que me referí en el aparte anterior, pero lo menciono porque es una norma expresa del Reglamento que debe ser reformada, una vez que el CCA cuente con una plataforma capaz de administrar los expedientes digitales con seguridad y eficiencia.

3. Decisión sobre cuestiones de procedimiento

Al igual que el reglamento de UNCITRAL, el Reglamento de la CCA faculta al presidente del tribunal arbitral a decidir sobre cuestiones de procedimiento, pero –agrega–, “a reserva de una eventual revisión por el tribunal arbitral”. Esta reserva, que no está en la Ley, me parece innecesaria y conflictiva, en el tanto puede producir discusiones innecesarias entre los árbitros y puede inducir a las partes a ejercer presiones indebidas sobre los otros dos árbitros para que cuestionen las decisiones del árbitro presidente, causando demoras innecesarias

en el proceso. Si se faculta al presidente del tribunal arbitral a decidir con respecto a cuestiones de procedimiento, se asume que se relacionan únicamente con aspectos de mero trámite que no inciden en temas de fondo y, por ello, no deben ser motivo de mayor controversia.

Opino, por eso, que debe eliminarse esa reserva.

4. Sanciones a las partes

Entre las técnicas recomendadas por la CCI para evitar demoras y gastos innecesarios, está la carga imperativa de las costas procesales y personales de las actuaciones de una parte que, a juicio del tribunal arbitral, sean meramente dilatorias, incluyendo el diligenciamiento de medios de prueba excesivos o que no tengan una importancia decisiva en el resultado del proceso.

“La distribución de la carga de los costos puede ser un medio útil para propiciar un comportamiento eficaz y desalentar una conducta procesal poco razonable. El tribunal arbitral es libre de asignar los costos de la manera que le parezca más apropiada. Puede ser útil precisar al inicio del procedimiento que el tribunal arbitral en el ejercicio de su libre apreciación en cuanto a la distribución de la carga de los costos tomará en cuenta las actitudes poco razonables de las partes”.⁸

8 CCI, Técnicas para Controlar el Tiempo y los Costos en el Arbitraje, 2008. Pág 44.

Para que sean efectivas, estas sanciones deben estar expresamente previstas en el Reglamento, dando pautas a los árbitros para decidir con respecto a la distribución de las cargas del proceso. Por eso considero necesario incluirlas en el Reglamento del CCA.

5. Plazo para laudar. Sanciones a los árbitros

Conviene establecer en el Reglamento, sin perjuicio de lo convenido por las partes, un plazo razonable para laudar contado a partir de la finalización de la etapa instructiva del proceso, susceptible de ser ampliado en casos excepcionales debidamente justificados. El incumplimiento del plazo para laudar debe aparejar sanciones para el árbitro o árbitros responsables de la demora, tales como una reducción de sus honorarios proporcionalmente al tiempo en exceso que tomaron para emitir el laudo.

Árbitros

De los árbitros depende en gran medida el que un arbitraje tarde más tiempo y sea más costoso. La ponderación de la naturaleza del proceso, el estudio temprano del caso, la elaboración de un calendario realista y el compromiso de cumplirlo, así como el rigor en la aplicación de las técnicas que se sugieren para controlar el tiempo y los costos, son aspectos que dependen principalmente de la actitud y las decisiones de los árbitros. El Reglamento los faculta para dirigir el proceso

con criterios amplios de discrecionalidad y en su artículo 14(1) dispone que “[e]n el ejercicio de su discrecionalidad, el tribunal arbitral dirigirá las actuaciones con miras a evitar demoras y gastos innecesarios y a llegar a una solución justa y eficaz de la controversia entre las partes”. Conviene que el Centro recuerde con frecuencia esta norma a los árbitros y puede que convenga verificar si es necesario reforzar esta conducta con la inclusión de otras normas reglamentarias.

También es un aspecto relevante, al momento de su nombramiento, la disponibilidad del árbitro para atender con prontitud las obligaciones de su cargo, como bien lo señala el Reglamento en su artículo 7(1).

Tanto el Centro como las partes deben esforzarse por nombrar árbitros competentes, comprometidos con su función y conocedores de la materia del conflicto y de las normas procesales que rigen el arbitraje comercial internacional. Y deben los árbitros ponderar su idoneidad con franqueza a la hora de decidir si aceptan el nombramiento.

Partes en conflicto

Las partes deben preocuparse por contratar abogados experimentados en el manejo del procedimiento arbitral, para evitar que los costos del aprendizaje influyan en el costo del arbitraje. Para ello pueden acudir a las listas de los centros de arbitraje autorizados y pueden también recurrir a la copiosa información sobre los profesionales exitosos

que normalmente está disponible en la Internet.

Es común en los abogados pensar que por el hecho de desempeñarse bien en los procesos judiciales están debidamente capacitados para atender un proceso arbitral. Esto frecuentemente termina en una judicialización del procedimiento arbitral y en demoras ocasionadas por la necesidad de que el tribunal arbitral atienda más gestiones de las necesarias, principalmente si ese mismo tribunal no toma medidas apropiadas para evitarlo.

Como no es posible para el Centro, ni para el tribunal arbitral, ni para la parte contraria cuestionar la escogencia de sus asesores legales por una de las partes, es conveniente que en la divulgación del servicio se insista en estos factores, motivando a la vez a los abogados litigantes a estudiar las técnicas del arbitraje comercial internacional antes de comprometerse a asumir la responsabilidad de representar a su cliente en un proceso de esta naturaleza.

De igual modo, cuando la parte tiene derecho a nombrar un árbitro o a participar en el nombramiento de un árbitro único, debe tener en cuenta las recomendaciones mencionadas en el apartado anterior, relativas a la competencia, sentido de responsabilidad, preparación profesional y disponibilidad del árbitro. Como es común que estos nombramientos sean hechos

con la recomendación de su abogado, es aconsejable que la parte se asegure de que éste se ha basado en esos criterios a la hora de recomendar.

Abogados de parte

Es en los abogados de parte, quizás, sobre quienes recae principalmente la responsabilidad de que el desarrollo del proceso se lleve a cabo sin dilaciones y sin exceder los costos razonables. Para ese efecto, deben los abogados tener presentes los siguientes aspectos:

1. Buena preparación profesional

Como ya se mencionó en el apartado anterior, el abogado debe estar preparado profesionalmente para participar en un arbitraje comercial internacional, no siendo normalmente suficiente el haber obtenido su título profesional, ni aún en los casos en que hubiese cursado lecciones teóricas sobre la materia. El arbitraje comercial internacional es una disciplina en constante cambio y evolución, que exige del abogado estudio permanente y experiencia, la que se puede obtener apoyando el trabajo de otros abogados más experimentados, antes de hacerse cargo personalmente de un arbitraje. El abogado debe ser sincero con respecto a su propia idoneidad a la hora de asumir una tarea.

2. Discernir entre el arbitraje comercial y el proceso civil

El abogado debe comprender que no siempre puede aplicar en el arbitraje comercial las técnicas propias del proceso civil. Debe evitar la judicialización de los procesos mediante el uso (o abuso) de gestiones de impugnación, el sometimiento de peticiones innecesarias, el exceso de medios de prueba y otras prácticas comunes al proceso civil.

Debe ser conciso y directo en sus escritos, mencionando solo los hechos que tengan relevancia en la explicación de su caso, tanto a la hora de demandar como de responder.

Debe comprender que cada gestión de su parte obliga a una respuesta del tribunal arbitral y, usualmente, de la otra parte, por lo que debe procurar incluir en un solo memorial todas las gestiones útiles y necesarias que le corresponda hacer en defensa del interés de su cliente.

3. Cuestiones formales

El abogado debe ser minucioso en la forma de presentar sus escritos y documentos que los acompañan, identificándolos apropiadamente y en forma ordenada, ya que de esa forma hará más fácil la comprensión de sus argumentos y la relación de los hechos con los documentos aportados, por parte del tribunal arbitral y del abogado de la contraparte. Además de una cuestión

de propia conveniencia es, por ello, una cuestión de cortesía.

Este aspecto cobra especial relevancia en el caso de expedientes digitales, en los que el abogado deberá ajustarse a las instrucciones y recomendaciones del Centro en relación con la forma de organizar la documentación, para acomodarla a las exigencias del sistema informático respectivo.

4. Familiaridad con el uso de la tecnología

Por las razones expresadas más arriba, el abogado debe familiarizarse con el uso correcto y provechoso de los medios tecnológicos que serán utilizados en el proceso. Esto facilitará la comunicación con su cliente, con el tribunal arbitral y con el abogado de la contraparte, y evitará que cometa errores inconvenientes en sus comunicaciones de toda índole.

Autoridades judiciales competentes

Las autoridades judiciales competentes para conocer de ciertas cuestiones relativas al arbitraje comercial internacional (desde medidas cautelares hasta el recurso de nulidad), deben cooperar para que el arbitraje comercial internacional no pierda sus características de agilidad y eficiencia, resolviendo con prontitud y con base en los principios que lo rigen.

En el caso de Costa Rica, los magistrados de la Sala Primera de la Corte Suprema de

Justicia han sabido valorar esta necesidad y sus decisiones generalmente han propendido al favorecimiento del arbitraje y a la conservación del laudo.

Uno de los mecanismos que han utilizado para la conservación del laudo en los arbitrajes domésticos ha sido la figura del reenvío del laudo al tribunal arbitral, para que subsane errores o vicios del laudo que podrían producir su nulidad, pero que no son de tal envergadura que amerite desperdiciar todo el tiempo y los recursos invertidos en el proceso.

Ha dicho la Sala:⁹

“... resulta explicable la aplicación supletoria de las normas del Código Procesal Civil, en cuanto normativa costarricense (Artículo 22). Dentro de este principio la Sala (sic) no deja de preocuparle el resultado del proceso arbitral cuando, por razones procesales, deba declararse la nulidad de un laudo. Esto es así porque en algunas de las causales si los vicios resultan evidentes, (sic) e insalvables se declaran por la Sala, podrían las partes eventualmente recurrir a la vía ordinaria a dirimir sus diferencias porque el proceso arbitral fue inoperante o no cumplió el cometido previsto por las partes. En otros casos la nulidad decretada podría tener

valor de cosa juzgada. Pero también puede ocurrir que el vicio detectado sea subsanable y en consecuencia en este caso debe evitarse el mayor perjuicio a las partes y al instituto mismo del arbitraje obligando al Tribunal Arbitral a corregir los vicios u omisiones para dictar un nuevo laudo ajustado a derecho. Esto significaría integrar la normativa procesal del arbitraje con la figura del reenvío prevista en el Código Procesal Civil (Artículo 610 inciso 1), de tal suerte que aún considerando procedente la nulidad por infracción de alguna de las causales previstas, la Sala lo declare así y ordene devolver el expediente al Tribunal Arbitral para que, verificadas las reposiciones del caso, proceda a subsanar los errores y dictar nuevamente el laudo ajustado a derecho”.

Considero que no existe impedimento para aplicar el procedimiento de reenvío al arbitraje comercial internacional, tanto en aplicación de las mismas normas mencionadas en la resolución citada, como con fundamento en lo que dispone el artículo 34 inciso 4) de la Ley, a saber: *“El tribunal, cuando se le solicite la anulación de un laudo, podrá suspender las actuaciones de nulidad, cuando corresponda y cuando así lo solicite una de las partes, por un plazo que determine, a fin de dar al tribunal arbitral*

9 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 594-F00 de las 11:40 horas del 18 de agosto de 2000.

“PROBLEMAS NORMATIVO-OPERATIVOS EN LA PRESTACIÓN EFECTIVA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES COMO DERECHOS HUMANOS BÁSICOS”

M.Sc. Alfonso Chacón Mata
Abogado, Especialista Derechos Humanos y Profesor Filosofía del Derecho U.C.R

2010.
INDICE TEMÁTICO ARTÍCULO
“PROBLEMAS NORMATIVO-OPERATIVOS EN LA PRESTACIÓN EFECTIVA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES COMO DERECHOS HUMANOS BÁSICOS”

I.	Introducción	101
II.	Problemática de la Implementación: Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como derechos humanos	102
	2.1 El derecho a la Igualdad y su Relación Subjetivo/Grupal	104
	A. Noción de Igualitarismo	104
	B. La Igualdad y su aplicación Social.	107
	2.2 Libertad y Prestación Social: Apreciaciones sobre esta relación.....	109
	A. La Libertad Aplicada a un Ordenamiento Social	109
	i) Concepción Utilitarista/Materialista.....	110
	ii) Concepción Idealista.....	110
	iii) Concepción de Isiah Berlin.....	111
	B. El carácter de prestación social en los DESC.....	112
	2.3 La función del Estado y su relación operativa con los DESC	113
	A. El Estado como realizador de los DESC.....	113
	B. El Estado y el ámbito de la Libertad en los DESC.	114
III.	Problemática de un derecho mínimo exigible: Garantización y Reconocimiento de los Derechos Económicos Sociales y Culturales	117
	3.1 Distinción entre Derechos y Garantías	119
	3.2 El Contenido Mínimo de los DESC	120
IV.	Problemática del avance en la justiciabilidad de estos derechos: Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Carácter de Progresividad de los mismos	123
	4.1 El Artículo 2 del PIDESC.....	124
	4.2 Los Recursos para Satisfacción de las Necesidades.....	126
	A. El Recurso dentro del Contexto del Artículo 2 del PIDESC.....	127

oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de nulidad”.

Autoridades administrativas competentes

No es poco lo que debe hacer el Estado costarricense para promover al país como sede de arbitrajes internacionales. Cuanto mayor sea la seguridad jurídica de los participantes, mayor será la eficiencia y eficacia del proceso arbitral y ello redundará en la buena fama que pudiese llegar a tener el país ante la comunidad arbitral internacional.

El arbitraje comercial internacional requiere de reglas claras, así como de su aplicación transparente y ágil, en materias tales como la importación de documentos y otros medios de prueba; permisos migratorios para los abogados, partes, testigos, peritos y otros participantes; tarifas de impuestos y medios de pago; cuestiones todas en las cuales no siempre se tiene certeza o, cuando se tiene, no falta un funcionario que busque sobresalir por su incompetencia o deseo de aprovecharse de la ocasión.

El gobierno de la República debe decidir si ve en el arbitraje comercial internacional un “proyecto-país” y coordinar las acciones interinstitucionales que sean requeridas para despejar el camino y generar la necesaria confianza por parte de la comunidad internacional.

Instituciones de enseñanza

Deben fortalecerse los programas y cursos que contemplan materias para el estudio del arbitraje como un todo y del arbitraje comercial internacional en particular. De la adecuada formación de los abogados depende que un país pueda contar con buenos árbitros y procesos eficientes. Costa Rica está en un momento propicio para incorporar en los programas de estudio de las facultades de derecho las materias que contribuyan a formar abogados capaces de asumir esas funciones y también para especializar abogados en programas de maestría y doctorado, haciendo del arbitraje comercial una especialidad.

Estas son solo algunas de las medidas que han de tenerse en cuenta para lograr arbitrajes más eficientes y menos costosos. Es necesario insistir en su importancia y promover la generación de otras ideas que, sin afectar la eficacia del arbitraje comercial internacional, ayuden a eliminar los vicios que se han ido creando a su alrededor. De este modo, se irá formando con el tiempo una verdadera cultura arbitral que lleve implícita la idea de eficiencia y bajo costo como uno de sus principios primordiales.

San José, 4 de octubre de 2012

B. La Carencia de Recursos como Justificación de Incumplimiento.128

4.3 El Carácter Programático de los DESC.129

A. Tesis de la Contradicción Fáctica de los DESC.130

V. Problemática por las decisiones que incidan en los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Responsabilidad por la Política Económica y Social a Nivel Estatal136

5.1 Los Programas de Ajuste Estructural: ¿Ayuda o Retroceso Social?138

5.2 El Ajuste Estructural y el Disfrute de los DESC.141

VI. Consideraciones Finales.....143

VII. Bibliografía Utilizada145

Palabras clave

Libertad -Igualdad- Derechos económicos, sociales y culturales –Prestaciones sociales- Problemáticas de los derechos- Recursos materiales -Ajuste estructural -Estado- Contenido mínimo de los derechos- Concepciones de libertad aplicadas- Responsabilidad Estatal –Progresividad de los derechos- Garantía y reconocimiento de los derechos.

Resumen:

El presente artículo pretende establecer al menos, cuatro problemáticas que inciden o afectan la plenitud de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos humanos de disfrute general. Las problemáticas a analizar consisten en la implementación; derecho mínimo exigible; justiciabilidad y decisiones políticas de los Estados, y en consecuencia en cada una de estas variables se examinará en que medida inciden en el desarrollo pleno de los citados derechos. Se establece como idea central del ensayo, que tales derechos presentan problemas que empiezan desde

su limitada concepción normativa (art. 2 Pacto Internacional Derechos Económicos, Sociales y Culturales), hasta los factores cotidianos que igualmente, limitan su alcance extensivo.

Key Words

Freedom –Equality -Economic, social and cultural rights -Social-benefits rights issues- Structural Adjustment –State –Minimum rights -conceptions of freedom applied -State Responsibility -Escalation of rights and recognition -Guarantee rights.

Abstract:

This article seeks to establish at least four issues that impact or affect the fulfillment of economic, social and cultural human rights of general enjoyment. The issues to be analyzed consist of implementation; minimum rights, justiciability and political decisions of states, and therefore each of these variables will be examined to what extent affect the full development of those rights. Is established as the central idea of the trial, that these rights have problems starting from its conception

limited legislation (art. 2 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), to the everyday factors that also limit their scope extended.

“PROBLEMAS NORMATIVO- OPERATIVOS EN LA PRESTACIÓN EFECTIVA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES COMO DERECHOS HUMANOS BÁSICOS”

Msc. Alfonso Chacón Mata (*)

I. Introducción

La finalidad que perseguimos al escribir estas líneas, consiste en destacar las limitaciones inherentes al ejercicio y disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales al interior de los Estados, como derechos humanos incondicionales. Consideramos que existen una serie de variables que atentan contra la implementación de tales derechos, a la vez que la progresividad y tratamiento escalonado que pregonan la normativa internacional, es otro factor que menoscaba la realización de los mismos. La prestación efectiva de los derechos en cuestión, parte para algunos sectores académicos y activistas en protección de los derechos humanos, de las verdaderas

o reales probabilidades de justiciabilidad inmediata de los mismos, que penden en la normativa preconizada en instrumentos internacionales.

Podría pensarse que la anterior situación, redundaría en una desventaja de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), con respecto a la gama de derechos cubiertos bajo el catálogo de derechos civiles y políticos por ejemplo –en los que la actuación de los poderes públicos se circunscribe a una postura de no/hacer-, y que por consiguiente, los DESC entrarían en un ámbito discriminatorio al exigirse para su cumplimiento, precisamente que el Estado “haga” o realice diferentes fines colectivos. Cabe acotar al respecto, que la obligación de no discriminar es una imposición normativa que se encuentra contemplada en diferentes instrumentos internacionales¹, por lo que es clara la intencionalidad que deben tener los Estados cuando asumen un compromiso de no discriminar en el ejercicio de los derechos previstos, situación que es extensible a los DESC igualmente. El artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José (1969), dispone la “Obligación de Respetar Derechos”, norma que ha sido invocada para apoyar el fundamento en la remisión de

1 La obligación de no discriminar es un imperativo que se ha insertado en diferentes tratados internacionales. A verbigracia podemos hablar del artículo 2 de la DUDH; igualmente del artículo 2 de la Declaración Americana; así como del artículo 2.1 del PIDCP; el artículo 2.2 del PIDESC. También la Convención de Derechos del Niño reza que el Estado debe proteger al niño de toda forma de discriminación, -las enumera- por sus padres o familiares (art 2.2). Por ello, concebimos como una forma de justiciabilidad de los DESC, la discriminación que se realice en la observancia de los mismos.

casos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.²

(*) Profesor Filosofía del Derecho, Universidad de Costa Rica y especialista derechos humanos

De nuestra parte hemos sido más proclives recientemente a tratar de compaginar la efectividad e identificabilidad de las lesiones a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), a la necesidad imperante dediseñarindicadoresconcretosestablecidos al efecto. Nos hemos referido y estudiado en otras oportunidades a la creciente tendencia de promulgar indicadores adaptados para cada derecho social en específico, siendo la tendencia general que se ha decantado recientemente.³

Por consiguiente, abordaremos para una correcta interpretación de los derechos económicos, sociales y culturales, nociones que están íntimamente ligadas al fenómeno que nos ocupa: entre ellas la igualdad y

la libertad en el contexto vivencial hacia quienes van dimanadas las políticas; el carácter de prestación social de este tipo de derechos; la garantía y reconocimiento de los mismos; los recursos utilizados para su realización; el efecto de los programas de ajuste estructural en esta era de desregulación y decrecimiento de la acción estatal como un todo. Como último punto a repasar, trataremos de delinear algunas posibilidades para hacer más efectiva la prestación de los derechos en estudio, a través del desarrollo de indicadores, que se han generado recientemente en los sistemas de protección y tutela a los derechos humanos.

II. Problemática de la Implementación: Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como derechos humanos

Nuestra intención en este punto, radica en obtener algunas pautas que nos indiquen como son visualizados los DESC en torno a

su garantía, protección y la entidad que se encarga de potencializarlos. Al respecto, iniciamos con el dilema de la “igualdad versus la libertad”, y la forma en que éste fenómeno se garantiza en la protección hacia los individuos y su disfrute en los derechos en cuestión.

Un obstáculo enorme que tienen los DESC para su implementación, estriba en torno a su misma conceptualización. Aunque tienen el reconocimiento universal a través de un pacto específico que regula ésta materia, es solo una muestra formal, pues como bien lo apunta MAYORGA LORCA; *“Entre el reconocimiento y la garantía hay aún un largo camino por recorrer, por cuanto la sola circunstancia de su reconocimiento no implica el de su completa realización”*.⁴ Asimismo, el reconocimiento tropieza con el obstáculo que aunque se acepte la privilegiada jerarquía normativa de las constituciones o de los tratados internacionales, los instrumentos que establecen derechos económicos, sociales y culturales *“...son considerados documentos de carácter político antes que catálogos de obligaciones jurídicas para el Estado, a diferencia de la gran mayoría de los derechos civiles y políticos”*.⁵ Lo anteriormente destacado, supone que las obligaciones de carácter jurídico que se consideran asumidas a través de tratados

tales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), sean matizadas y diluidas a través de sendas interpretaciones políticas, discrecionales y diluidas en las potestades propias de los Estados.

Por su parte, la dificultad de garantizar el disfrute de los DESC a través de los mecanismos insertos dentro el ámbito normativo, es el punto álgido que impide su verdadera protección. Por consiguiente, el problema se alude a las diferentes génesis que sustentan los derechos civiles y políticos por un lado ; y por otro lado, los derechos económicos, sociales y culturales. Es decir, la disyuntiva entre libertad e igualdad, que podrían caracterizar a ambos estamentos. Veamos lo que nos establece al respecto JORGE MERA FIGUEROA, en el marco de un seminario sobre éstos derechos, realizado hace más de una década :

“¿Derechos de la Libertad y derechos de la igualdad ? (..) La primera se refiere a que a menudo se afirma, en forma simplista, que mientras los derechos civiles y políticos son los derechos de la libertad, los derechos económicos sociales y culturales son los derechos de la igualdad. Este predicamento no refleja las actuales

2 La norma en mención dispone que “1.. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. En el caso Aloeboetoe y otros contra Suriname sometido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Corte Interamericana el 27/10/90 y fallado el 4/12/91, uno de los derechos argüidos como violentados fue el contenido en este artículo primero, ver Corte I.D.H. “Caso Aloeboetoe y Otros”, Sentencia de 4 de diciembre de 1991, Serie C No 11 y Corte I.D.H. “Caso Aloeboetoe y Otros”, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 10 de septiembre de 1993, Serie C No 15.

3 CHACÓN MATA, (Alfonso) “Derechos económicos, sociales y culturales: Indicadores y justiciabilidad”, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, Número 43, Universidad de Deusto, Instituto de Derechos Humanos, Bilbao, 2007. Véase también lo consignado en CHACÓN MATA, (Alfonso) “El uso de indicadores para justificar y exigir el derecho a la educación. Apuntes para un debate” en “Actualidades Investigativas en Educación”, Revista electrónica, Instituto de Investigación en Educación, Facultad de Educación, Universidad de Costa Rica, Volumen 6, Número 2, mayo-agosto 2006 y “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales a través del desarrollo de indicadores: Avances concretos en la Organización de las Naciones Unidas”, Revista Judicial N° 97, San José Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, setiembre 2010, págs 129-168.

4 MAYORGA LORCA,.(Roberto) “Naturaleza Jurídica de los derechos Económicos, Sociales y Culturales”, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago, 1990, p 33.

5 ABRAMOVICH, (Víctor) y COURTIS, (Christian) “Los derechos sociales como derechos exigibles”, Editorial Trotta S.A., Madrid, Colección Estructuras y Procesos, serie Derecho, 2002, pág 19.

*convicciones sobre la materia, según se desprende de lo que antes se ha dicho. En efecto, la igualdad y la libertad fundamentan ambos tipos de derechos. Más aún, dichos valores no se contraponen ni entran siquiera en tensión desde la perspectiva de los derechos humanos, pues, como antes se ha dicho, cuanto mayor sea el reconocimiento de todos los derechos del hombre, éste será más libre y más igual. Libertad e igualdad marchan en la misma dirección, siendo falso que a mayor igualdad menor libertad y viceversa”*⁶

En virtud de las implicaciones que conllevan términos tales como igualdad y libertad y para una mejor comprensión de las dificultades que afrontan los DESC al contrastar su observancia con los anteriores términos, nos permitimos seguidamente esbozar algunas consideraciones sobre ambas connotaciones.

2.1 El derecho a la Igualdad y su Relación Subjetivo/Grupal

A. Noción de Igualitarismo

Desde diferentes épocas se ha dado importancia a diferentes aspectos de la

igualdad, al ligárseles con exigencias religiosas, políticas, jurídicas, raciales o socioeconómicas.⁷ En el ámbito legal, ésta igualdad formal se sintetiza en la máxima del *principio de igualdad ante la ley* ; la que garantiza la paridad de trato en la legislación y la aplicación del derecho.⁸

Un problema se presenta cuando se aducen que los derechos tienen un carácter de universalidad, equiparando todas las categorías de derechos. Según GREGORIO PECES-BARBA, hay un problema de los DESC en su universalidad como punto de partida, la cual no se cumple en su punto de llegada . Traemos a colación lo externado por dicho autor seguidamente:

“En la organización práctica de derechos económicos y sociales, como el derecho a la educación o a la protección de la salud, se equipara a estos derechos con los individuales, civiles y políticos, y se les sitúa en la universalidad como punto de partida. Esta equiparación tiene como consecuencia que no sean derechos para unos sectores concretos de la población sino que la meta ideal, el objetivo político será su generalización. Se convierten en derechos del hombre

6 COMISION CHILENA DE DERECHOS HUMANOS, Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Seminario Los DESC : Desafío para la Democracia”, 15-16 de diciembre de 1987, Santiago, 1988, pp 15-16.
7 Culturales”, en Anuario de Derechos Humanos, Instituto de Derechos Humanos, Madrid, enero 1981, pág 258.
8 Ibíd, pp 259-260. Para el mismo autor “La noción de igualdad ante la ley aparece ante todo, como la exigencia de que todos los ciudadanos se hallen sometidos a las mismas normas y tribunales. La igualdad ante la ley implica el reconocimiento de que la ley tiene que ser idéntica para todos, sin que exista ningún tipo o estamento de personas dispensadas de su cumplimiento..”pág 262.

*y del ciudadano, atribuidos a todos, y no tienen como meta alcanzar la igualdad como equiparación, que sólo sería posible en el caso de que se hubiera utilizado como medio la igualdad como diferenciación. El serio error de concepto en estos derechos es que sirven para mantener la desigualdad, y actúan, para aquellos beneficiarios que no los necesitan realmente, como los privilegiados medievales y potencian la desigualdad. Tratan injustamente a desiguales con consecuencias injustas. Por ser concebidas como derechos universales desde punto de partida, no consiguen mantener la universalidad en el punto de llegada”*⁹

De todo lo anteriormente expuesto, podemos acotar una serie de apreciaciones que estimamos conveniente precisar. En primer lugar, para PECES-BARBA la equiparación de todos los derechos humanos sea cual sea su especificidad, produce que la igualdad sea standard o uniforme para todos los individuos. No existe una jerarquización que permita alcanzar una “igualdad como equiparación”, es decir, que las personas que necesitan acceder a ese derecho por sus situaciones de clase, están en la misma posición que los que ostentan privilegios.

Segundo, para el autor se presenta la crisis del Estado Social , todo ello que las demandas generadas por los titulares de ese derecho, hacen que el Estado incurra en déficit fiscal y presupuestario, en aras de satisfacer las crecientes pretensiones. Al ser los DESC de carácter universal e inherentes a todos los ciudadanos, existe entonces igual obligación del Estado a satisfacer y a no realizar distinción en la prestación y/o acceso de tales derechos. Tercero, como una conclusión derivada de todo lo anterior, “*aplicando la igualdad como diferenciación, para alcanzar la equiparación en una universalidad de punto de llegada, se pueden encontrar salidas y soluciones a la crisis del Estado Social “*, y la fórmula que propone el autor es que “*quienes no lo necesiten pueden acceder a esos servicios públicos de la enseñanza o de la sanidad, pagando la totalidad de su costo o, al menos, parte importante de él, mientras que el derecho fundamental, de crédito, quedaría reservado a aquellas colectivos concernidos por la imposibilidad de satisfacerlos por sí mismos”* ¹⁰

Un aspecto importante a destacar es el relativo a que “*la igualdad ante la ley implica, en ocasiones, el tratamiento diferenciado de circunstancias y situaciones semejantes, pero de acuerdo con presupuestos normativos que*

9 PECES-BARBA MARTINEZ, (Gregorio), “La Universalidad de los Derechos Humanos”, en NIETO NAVIA (Rafael) editor, “La Corte y El Sistema Interamericano de Derechos Humanos” , Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1995, San José, pág. 418.
10 Ibíd, pág 419.

excluyan la arbitrariedad o la discriminación. El postulado de la diferenciación evita que el principio de la igualdad ante la ley se traduzca en un uniformismo, que supondría tratar todo de la misma manera, cuando “los supuestos de hecho que se producen en la vida, son tan distintos entre sí que no permiten medirlo todo por el mismo rasero”.¹¹ Así tenemos que, el límite objetivo para realizar este tratamiento diferenciado, lo dispone el hecho de que no se llegue a la arbitrariedad o la discriminación. Nos encontramos entonces con un postulado, que quiebra el principio de igualdad como hermenéutico e inderogable, capaz de ser aplicado en situaciones muy concretas. A manera de ejemplo podemos citar a la población discapacitada y establecer como punto de partida que su condición anatómico-fisiológica es un impedimento objetivo para realizar ciertas actividades que ejecutan las personas normales. Esta situación por sí misma genera que quizás no pueden acceder en igualdad de condiciones a hacer prevalecer un derecho (ej : discapacitado mental) ; pero no por ello debe excluirse discriminatoriamente su posibilidad de acceso a que se tutele el mismo. Entonces estaríamos ante una discriminación negativa y contraria a todos los cánones de la pretendida igualdad.

11 PEREZ LUÑO, (Antonio) Op Cit, p 268.
12 FARRIER BRAIS, (Pedro), LOBO QUIROS, (Víctor Manuel) y PEÑARANDA SEGREDA (Guido). “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José)” Tomo I,. Tesis para optar al título de Licenciados en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica 1985, p 333.

Otro asunto se suscita cuando dos personas tiene características y atributos similares. Tomemos como ejemplo, el caso de dos ciudadanos que tienen el mismo número de años de servicio que la ley establece para jubilarse, sólo que uno es diez años más joven que otro. En esta situación, la arbitrariedad o actitud discriminatoria, radicaría en oponer requisitos y prohibiciones al aspirante a jubilar más joven, por el solo hecho de tener tal condición objetiva.

Al final de cuentas, como bien lo exponen un grupo de autores; “los DESC no sólo persiguen realizar la igualdad jurídica, pretenden ir más allá, saltando de la mera igualdad jurídica formal a la real. No se trata de una simple formulación normativa aislada sino que debe tener un profundo contenido práctico, por lo que la forma del planteamiento se orienta a definir una igualdad jurídica basada en los planos económicos, social y cultural”.¹²

B. La Igualdad y su aplicación Social.

El ideal de la consabida igualdad, reflejado en las oportunidades sociales de participación y respeto a los derechos individuales, puede traslocarse hacia una dimensión de igualdad colectiva –aspirativa o reivindicativa-, a través del reconocimiento de la justicia social, pensado como un modo de equiparación, que presenta dos niveles de reconocimiento:

- 1.- En este contexto de justicia comunitaria o social, de la misma manera que en el espectro individual, el ser humano requiere de la igualdad en las condiciones para el adecuado desarrollo y satisfacción de necesidades;
- 2.- Este nivel depende del reconocimiento de las desigualdades en el aporte social, según el cual

el individuo debe ser tratado desigualmente si no cumple las condiciones nivelatorias. En los dos niveles, los criterios que históricamente ha identificado la sociedad para alcanzar la igualdad son los siguientes : “a cada cual lo mismo, según sus necesidades, según sus criterios, según sus obras, según sus pertenencias, según su carga, según la ley... o a cada cual según su trabajo”¹³

Estamos hablando implícitamente de la noción de justicia aplicada, al pretender catalogar como objetiva y verdaderamente justo, que cumplidas las condiciones igualitarias apriorísticas, se generen los efectos esperados entre los individuos a comparar –p.e. que si se trabajo lo mismo, se tenga el derecho sin discriminación a recibir el mismo pago; o si se tiene la misma necesidad; que se

13 “Es de rigor decir que para alcanzar la igualdad en el primer nivel de justicia social, pareciera encontrarse un consenso en que los criterios más adecuados son los de darle a cada uno lo mismo y a cada uno sus necesidades fundamentales de desarrollo. En este plano podríamos ubicar el estado actual de los DESC, cuya protección se orienta especialmente en las necesidades humanas básicas, o provisión de bienes sociales primarios. No obstante, la actual configuración de los DESC, ha descuidado el otro aspecto fundamental de este nivel de justicia social : la igualdad de oportunidades para que las personas puedan desarrollarse íntegramente en sociedad, o potencializar las necesidades básicas satisfechas para participar activamente en el proceso social. En este sentido la anterior garantía es parte del primer plano, en la medida en que ese derecho es inherente al hombre, y que por el hecho de serlo, deben reconocérsele efectivamente. En tratándose del segundo nivel de justicia social, la igualdad en el trato consiste en el reconocimiento de que las desigualdades humanas y en los criterios adecuados para reconocer esas diferencias ; al parecer aquí, la búsqueda de un consenso en cuanto a los criterios que justifiquen su aplicación, debe basarse en las acciones libres y voluntarias de los sujetos que de alguna manera contribuyan al aumento de los recursos sociales y a la creación de valor, es decir, en el trabajo individual. Los criterios que se fundamentan en desigualdades ilegítimas, que no dependan propiamente de las acciones humanas libres y voluntarias, tales como las pertenencias, el rango e incluso las necesidades, deben ser descartados”, FARRIER BRAIS, (Pedro) y otros, Op Cit, Tomo I, pp 283-284.

sustenten idénticamente las mismas prestaciones por parte de los entes públicos-. Básicamente, según sea la concepción que adoptemos como niveladora (por obras o por necesidad), así estaremos hablando de un modelo de legitimación político social, consistente en privilegiar esquemas de corte liberal o social según sea el caso, con las respectivas implicaciones en el disfrute y observancia de los DESC. Un asunto colateral, a la justicia social lo constituye sin duda alguna la dicotomía existente entre dicha justicia y la eficiencia económica. Se considera por parte de un sector, que no puede darse mayor eficiencia económica, si se pone énfasis a una mayor distribución de los recursos sociales productivos; que no es otra cosa que el debate sempiterno entre liberalismo o marxismo.¹⁴

Dentro de este mismo marco referencial, al cual hemos venido aludiendo, se constituye un asunto de especial interés, las relaciones entre **libertad e igualdad** y su resultado en el orden social. Para HERMAN HELLER, la idea de libertad proviene del cristianismo :

*“En la antigüedad había dos posibilidades naturales de ser humano, libre o esclavo. El cristianismo no abolió ciertamente, la esclavitud, al dar un carácter más intenso al concepto de libertad, pero vino a admitir una condición humana igual y libre ; lo cual, precisamente porque era independiente de todas las relaciones sociales(...)”.*¹⁵

Para autores como JOSE BELBEY, los dos conceptos están entrelazados intrínsecamente, al acotar que *“El problema de la igualdad está indisolublemente ligado al problema de la libertad. Naturalmente, no por ser los hombres iguales son libres. Peor la igualdad de posibilidades, de oportunidades, de trato, de responsabilidades, por existir, involucra ya la libertad de que se goza para actuar”.*¹⁶ De acuerdo a un Informe de Desarrollo Humano gestado en la Organización de las Naciones Unidas, se enuncia que entre libertad y equidad no existe una tensión intrínseca, como se sostiene algunas veces, dado que la equidad se puede percibir en términos del adelanto equitativo de las libertades para todas las personas (y no tan

sólo en términos de la distribución del ingreso o, desde una perspectiva aún más limitada, de la “redistribución “ a partir de un punto de partida, en última instancia, absolutamente arbitrario).¹⁷

En última instancia, si bien todos los seres humanos somos potencialmente libres de hacer o de llegar a hacer algo, -siempre inserto en los límites de la libertad- el realismo se impone y para ello solo bastan dos situaciones ejemplificantes: en primer lugar, no todos los seres humanos tienen la facultad libertaria de hacer o de llegar a hacer en su plenitud, por cuanto existen barreras preestablecidas que se tornan en un serio obstáculo, aunque no son imposibles del todo superar, p.e; un niño de un precario o lugar pobre, no siempre tiene la libertad de escoger a qué escuela le gustaría asistir, puesto que antes de hacerlo debe satisfacer sus necesidades inmediatas teniendo que trabajar inclusive. Lo anterior repetimos, no es una limitante total, pero en muchos casos se constituye en decisiva. En segundo lugar, al gestarse espacios de mayor libertad, (en diferentes ámbitos, pero sobre todo en la esfera económica), no necesariamente puede concluirse que el resultado

ulterior sería el de propiciar mayor igualdad. En este caso la libertad desmedida y acrecentada de unos, necesariamente incide en detrimento de otros que la pierden o la sienten cada vez más restringida, máxime si tomamos cuenta lo estratificado de nuestras sociedades.

Precisamente, una vez que nos hemos adentrado en el ámbito de la libertad y siguiendo con este mismo hilo conductor temático, abordaremos las relaciones existentes entre la libertad como ámbito de acción de los particulares y las funciones niveladoras del Estado, dentro de el ámbito de acción de las prestaciones sociales.

2.2 Libertad y Prestación Social: Apreciaciones sobre esta relación

A. La Libertad Aplicada a un Ordenamiento Social

Si hacemos la traslación de la libertad aplicada a un ordenamiento social, nos encontramos con que este ha sido uno de los dilemas que por siempre han enfrentado los filósofos y algunos sistemas políticos, volviendo sobre el tapete el dilema de ¿Cómo conjugar la libertad con la necesidad?. Este apartado

14 Ibíd, pág 282.
15 HELLER, (Herman), “Teoría del Estado”, Fondo de Cultura Económica, 12va reimprección, México, 1987, p 134.
16 BELBEY,(José), “La Aventura de Libertad en el Hombre”, Bases editorial, primera edición, Buenos Aires, 1957, p 20.

17 Organización Naciones Unidas, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) “Informe sobre Desarrollo Humano 2004: La libertad cultural en el mundo diverso de hoy”, Publicado para el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Ediciones Mundi-Prensa 2004, pág 24.

pretende ilustrar algunas concepciones que se han manifestado en la doctrina, por parte de exponentes connotados, los cuales analizan diferentes acepciones del término "libertad", que seguidamente pasamos a detallar.

i) **Concepción Utilitarista/Materialista**

Esta concepción parte del empirismo como única fuente del saber y de la explicación de las cosas : afirma que todo conocimiento se fundamenta en la experiencia y se adquiere igualmente a través de ésta. El *Empirismo Materialista* (de Bacon, Hobbes, Locke y los materialistas franceses del siglo XVIII) estima que la fuente de la experiencia sensorial radica en el mundo exterior, que existe objetivamente. La existencia del mundo exterior objetivo, define un principio básico de otra doctrina filosófica, *“el Utilitarismo”* cuyo eje radica en el *“Principio de Utilidad”* como base para comprender las funciones del Estado y del derecho. Sólo es útil aquello

que produce la mayor dicha al mayor número de personas, -según BENTHAM, su fundador- transfiriendo así esta utilidad a una actividad pragmática en el ser humano¹⁸. Por esta razón, la *libertad utilitarista* en su relación con el poder estatal, va a estar caracterizada por un principio de satisfacción o hasta hedonista que puedan experimentar los individuos.

ii) **Concepción Idealista.**

Esta concepción se basa en una corriente filosófica opuesta al materialismo en el modo de resolver la cuestión fundamental de la filosofía. Lo espiritual, lo inmaterial posee carácter primario y lo material secundario ; ello lo aproxima a las tesis de la religión sobre la naturaleza finita del mundo en el tiempo y en el espacio y sobre su creación por Dios. Es una posición filosófica de concebir las cosas, en las que se niega la existencia de un mundo exterior e independiente de la conciencia.¹⁹

18 ROSENTAL, (M) y JUDIN, (P), “Diccionario Filosófico”, Editora Política, La Habana, Combinado Tipográfico de Guantánamo, 1981, pág 137 y pp 474-475. Algunos de los exponentes clásicos de esta corriente, lo fueron los británicos HOBBS, LOCKE Y HUME. Al respecto podemos decir que la definición de libertad en THOMAS HOBBS (1589-1679) se describe de la siguiente manera : “Un hombre libre es quien en aquellas cosas que su fuerza e ingenio es capaz de hacer, no halla obstáculos para hacer lo que quiere” ; para JOHN LOCKE (1632-1704) “La libertad natural del hombre consiste en ser libre de todo poder superior en la tierra y en no estar sujeto a la voluntad de la autoridad legislativa del hombre, sino tener por norma ética la única ley de la naturaleza”, citados por BAY,(Christiam), “La Estructura de la Libertad”, Madrid, Editorial Tecnos s.a, 1961, primera edición, pp 44 y 46. En el caso del DAVID HUME (1711-1775), define la libertad de la siguiente manera :“Los antiguos observaron que todas las artes y ciencias surgieron entre las naciones libres (...) se ha observado también que, cuando los griegos perdieron su libertad, aunque sus riquezas aumentaron considerablemente gracias a las conquistas de Alejandro, sin embargo, las artes a partir de ese momento decayeron entre ellos (...) el saber se trasplantó a Roma, la única nación libre del mundo en aquel tiempo, y habiendo encontrado suelo tan favorable, prosperó prodigiosamente durante más de un siglo, hasta que la decadencia de la libertad produjo, también, la decadencia de las letras...”, en HUME,(David), “Ensayos Políticos”, San José, Colección Clásicos de la Democracia, Universidad Autónoma de Centroamérica, primera edición, 1986, pág 147.

19 ROSENTAL,(M) y IUDIN,(P), Op Cit, p 229. Algunos exponentes de ésta corriente, son JUAN JACOBO ROUSSEAU (1712-1778), para quien la libertad es inherente al ser humano y así lo establece en su célebre libro “El Pacto Social” : “Renunciar a la libertad es renunciar a ser un hombre, ceder los derechos a la humanidad e inclusive sus deberes”, citado por BAY,(Christiam), Op Cit, p 144. Otro autor es THOMAS HILL GREEN (1836-1882), para quien la libertad es vista como la posibilidad de procurar la perfección del individuo y su idea del Estado, como el medio que proporciona a todos esta posibilidad : “El Estado moderno contribuye a la realización de la libertad, si por libertad entendemos la autonomía de la voluntad o de su determinación por objetos racionales, objetos que contribuyen a satisfacer las exigencias de la razón, el esfuerzo por la perfección propia” Ibíd, pág 75.

Para esta corriente filosófica, el determinismo es un eje central de la actividad humana y por consiguiente, parecería que el problema de la libertad en un determinado entorno social no puede ser entendido, sino se realiza a través de construcciones metafísicas o que trascienden más de lo dado objetivamente.

iii) **Concepción de Isiah Berlin**

Una distinción muy contemporánea en torno a la libertad, podemos apreciarla en este historiador británico, quien habla de dos polarizaciones de la libertad : positiva y negativa. En el primer caso, -positiva- se deriva del hecho por parte del individuo de ser su propio dueño : “Quiero que mi vida y mis decisiones dependan de mí mismo y no de fuerzas externas, (...) *Quiero ser sujeto y no objeto, ser movido por razones y por propósitos conscientes que son míos, y no por causas que me afectan, por decirlo así, desde fuera*” .²⁰

Este aspecto o faceta implica que el individuo se plantee, acerca de cuál es la causa de control o interferencia que puede determinar que alguien haga o sea una cosa y otra. En cuanto al lado negativo de la libertad, tenemos que las decisiones son tomadas por agentes con poderes o derechos, que en virtud de dicho status, necesariamente conlleva a que

el subordinado se cuestione “en qué ámbito mando yo”, y “no quién es el que manda”; que es el propio de la libertad positiva. Ejemplos de libertad negativa tenemos el dominio ejercido por parte de los patronos hacia sus obreros el de los padres a los hijos, donde la interrogante radica en formularse a la vez, “cuál es el ámbito en que el sujeto se le deje o se le debe dejar hacer lo que es capaz de hacer o ser, sin que en ello interfieran otras personas” .²¹ Vemos por consiguiente, que bajo la teoría de Berlin, el ser humano se encuentra siempre cuestionándose cuales son sus ámbitos de dominio dentro de todo un engranaje institucional/convivencial y por ende, se pregunta hasta donde debe llegar el ámbito de las entidades políticas -como el Estado-, en su propio margen de transacción operativa.

De todas las anteriores concepciones expuestas, podremos concluir que la tarea de congeniar los parámetros de la libertad individual con los requerimientos de la vida en sociedad institucionalizada no son tarea fácil de armonizar y/o lograr. Asentimos con la visión de BERLIN, en el sentido de la existencia de una esfera irreductible en la que opera la libertad negativa, y que suele estar asociada al ámbito que cuestiona nuestro radio de acción como individuos versus los poderes estatales. Así que vamos

20 BERLIN, (Isiah), “Libertad y Necesidad en la Historia”, Madrid, Ediciones de la Revista de Occidente, primera edición, 1974, pág 145.

21 BERLIN, (Isiah), Op Cit, pág 136.

a centrarnos seguidamente, en la función que confora la libertad, tratándose de las distintas prestaciones necesarias emanadas de los poderes referidos, y que tengan relación con el cumplimiento de los DESC.

B. El carácter de prestación social en los DESC.

En el caso de un autor como CONTRERAS PELAEZ ; éste aduce que merecen el título de “sociales”, aquellos derechos en que se concreta, mediante diversos tipos de prestaciones, la colaboración de los poderes públicos en la satisfacción de las necesidades básicas del ciudadano.²² Otras definiciones al respecto, las aporta el anterior estudio citado, con PAUL RICOEUR, para quien *“los derechos civiles requerían una no-intervención del poder estatal ; creaban, en consecuencia, obligaciones negativas para el Estado ; los derechos sociales crean obligaciones positivas, en la medida en que sólo son realizables por medio de acción social” ; y con JEAN RIVERO : “los derechos sociales responden a la idea según la cual los ciudadanos tienen derecho a esperar del poder la satisfacción de aquellas necesidades fundamentales que no puede*

*asegurar el “juego de la libertad”.*²³ En el fondo, la dimanación de la prestación social, se encuentra ligada al modelo económico/ político denominado *Keynesianismo*, que no fue solamente una corriente renovadora de la teoría económica clásica sino que apor to muy en especial, la justificación doctrinal del estado intervencionista. En los años treinta y, sobre todo, a partir de 1945, se tomó una serie de medidas en diversos países, medidas que luego se unificarían en el modelo del Estado del bienestar. Las inversiones en obras públicas en los Estados Unidos, así como la legislación reguladora de las relaciones laborales, la asistencia sanitaria y, sobre todo, la citada *National Recovery Act* que contenía, como ley marco, un conjunto de medidas para fomentar la producción y generar empleo; la legislación socialmente muy avanzada de los primeros meses del Frente Popular en Francia en 1936 (subsidi os de paro, reducción de la jornada laboral, vacaciones pagadas); las recomendaciones del Informe de Beveridge, en Inglaterra, en 1944, en especial la creación de *Health Service* y la nacionalización de diversos sectores industriales y de servicios, todo ello, por no citar sino los ejemplos más significativos en la época, de la medida de una preocupación generalizada que acabaría

22 CONTRERAS PELAEZ, (Francisco J.), “Derechos Sociales : Teoría e Ideología”, Editorial tecnos, Madrid, 1994, pág 11. Podemos entender a los derechos económicos, sociales y culturales, como derechos que de una u otra manera pretenden otorgarle a la colectividad mayores y mejores condiciones de vida, pero para alcanzar tales propósitos u objetivos, necesitan de la participación activa y efectiva del Estado, donde éste asuma un verdadero y auténtico compromiso por medio de todas sus instituciones en aras de alcanzar tales fines; ver en este sentido a VASQUEZ, (Enrique), “Hacia una Nueva Concepción de los Derechos Humanos”, en Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, No 5, enero-junio 1987, San José, pp 64-65, y a GROS ESPIELL, (Héctor), “Estudios sobre Derechos Humanos”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Civitas, Madrid, primera edición, 1988, pág 331.

23 CONTRERAS PELÁEZ, (Francisco J.), Op Cit, pág 18.

formulando un modelo de Estado que todos darían por supuesto algunos años después.

El modelo final que quedaría a partir de 1945 y se consolidaría en el decenio de 1950, llegando a su plenitud en el de 1960, fue el del Estado providencia, que se ocupa de los más desfavorecidos, garantizando su poder adquisitivo, asegurándoles frente a las incertidumbres y cuidándose de que tanto ellos como su descendencia tengan igualdad de oportunidades; fue también el del Estado intervencionista, que regula el mercado por los más diversos motivos: evitación de la crisis, legislación antimonopolista, controles de precios, política de salarios, inversiones, ampliación de la base fiscal, etc. Todo ello es lo que hoy llamamos Estado del bienestar, caracterizado por la economía mixta y la tentación de la planificación de la actividad económica. Así que si hablamos del carácter de prestación social de los DESC, tenemos irreversiblemente que admitir la intervención del aparato estatal en esta materia, y sobre dicha relación trataremos de ahondar más en el punto siguiente.

2.3 La función del Estado y su relación operativa con los DESC

Básicamente en el aparato estatal se entrelazan dos funciones inherentes a la vigencia y tutela de los DESC en el orden interno, las cuales pueden ser contradictorias en si mismas. La primera es como realizador y tendiendo

a un criterio de obligaciones positivas o de “hacer”; y la segunda obedece a un criterio de “no-hacer”, dejar la concreción de los DESC a expensas de la libertad individual y sobre todo, ajena de la supervisión de los poderes públicos.

A. El Estado como realizador de los DESC.

Para el abogado chileno JORGE MERA FIGUEROA, si bien es cierto que este tipo de derechos tiene que lidiar con dos problemas conexos, como lo son la falta de recursos para satisfacerlos en muchas naciones subdesarrolladas, y el cuestionamiento de su exigibilidad ; *“Eso no significa que no sean derechos auténticos (...) Y el deber del Estado, sigue siendo el mismo, procurar, por todos los medios a su alcance, una máxima satisfacción, dentro de lo posible ; acercarse lo más que se pueda, a dicha satisfacción. Ello supone planes estatales concretos en relación con los distintos rubros en que inciden estos derechos, trabajo, salud, educación, vivienda, etc, privilegiando en primer término los derechos de subsistencia”* .²⁴

ASBJORN EIDE, nos dice que *“La implementación de derechos económicos, sociales y culturales hace que el Estado tenga que proveer una seguridad al individuo para su desarrollo, lo cual genera obligaciones para los nuevos Estados. Por tal motivo, si un Estado quiere desatenderse de tales*

24 “Seminario Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales : Un Desafío para la Democracia”, Op Cit, pág 18.

derechos, podría ratificar solamente los derechos civiles y políticos”.²⁵ Es claro con todo lo anteriormente expuesto, la obligación positiva que genera una actuación del Estado para la satisfacción de este tipo de derechos. En todo caso, como lo apunta BARCESAT; “...los derechos económicos, sociales y culturales importan un gasto y nadie quiere hacerse cargo de ese gasto : Va contra la lógica propia del sistema, que es la de la maximización de las ganancias y consecuente acumulación de capital. No se les puede impedir ni pedir a las empresas de capital monopolista internacional que produzcan y aporten, gratuitamente, para la distribución entre los necesitados sin capacidad económica”²⁶

Queda establecido entonces de todo lo expuesto, que los DESC tienen la característica de que generalmente su cumplimiento conlleva el deber esencial del

Estado de proporcionar los mecanismos necesarios para satisfacer las necesidades de carácter social, económico y cultural de los ciudadanos, mientras que en los derechos civiles y políticos (DCP), el Estado está obligado a abstenerse de violarlos mediante cualquier tipo de acción u omisión.²⁷

B. El Estado y el ámbito de la Libertad en los DESC.

Un problema común que se presenta en el ámbito de la libertad y su relación con los individuos, lo es sin duda alguna, la eterna disputa entre determinismo y fatalismo. El determinismo es la opinión de que todo lo que sucede está determinado, es decir ; todo lo que sucede tiene una causa.²⁸ Por su parte, el fatalismo no niega que todo lo que ocurre tenga una causa. Sólo niega que los seres humanos tengan poder para cambiar el curso de los acontecimientos: *todo lo que será, será*.²⁹

Tales posturas tratan de adoptar una concepción en torno al influjo de la libertad dentro de la esfera individual. Sin embargo, se han dado otras tesis que establecen “nuevas formas de control” sobre la libertad misma de las personas, cercenando la manifestación plena de los sujetos sociales sometidos a dicho patrón. Es así como la obra denominada “El Hombre Unidimensional” de MARCUSE, manifiesta los síntomas que se han confabulado en contra de la libertad, al fragor de la sociedad industrial contemporánea.³⁰

Parte de lo cautivador que ha sido durante muchas décadas, el *pensamiento marcusiano*, radica en su capacidad de desnudar que la panacea de confort y bienestar abundante como marco convivencial de las sociedades desarrolladas, es motivo de autodestrucción a lo interno de las matrices sociales y de las libertades plenas. La libertad viene a ser una mera abstracción, no concretizada ni disfrutada a cabalidad por los diferentes grupos sociales. Prevalece lo que el mismo

MARCUSE denominó como conciencia falsa, y ha reducido al hombre a un mero *homus-economicus* que se ha sumado a funciones parasitarias y alienadas: “*La publicidad, las relaciones públicas, el adoctrinamiento, la obsolescencia planificada, ya no son gastos generales improductivos, sino más bien elementos de los costes básicos de la producción. Para ser efectiva, tal producción de despilfarro socialmente necesario requiere una continua racionalización : la incansable utilización de la técnica y de la ciencia avanzada (...) En tanto que este sistema prevalece, reduce el valor del uso de la libertad ; no hay razón para insistir en la autodeterminación, si la vida administrada es la vida más cómoda e incluso la “buena vida”*”³¹

En todo caso la libertad no puede ser separada de la base material de la existencia humana, de la estructura económica, política y social de la colectividad³². Lo anterior nos lleva necesariamente a insertarla en aras de darle "contenido" preciso, en el marco

25 EIDE,(Asbojorn), “Economic, Social and Cultural Rights : a textbook”, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1995, pp 22-23.

26 BARCESAT,(Eduardo), “Derecho al Derecho : Democracia y Liberación”, Ediciones Fin de Siglo, Buenos Aires, 1993, pág 105.

27 FARRIER BRAIS, (Pedro) y otros, Op Cit, Tomo I, pág 272-273. Continúan los autores aduciendo lo siguiente : “El Estado no es el encargado exclusivo de asegurar el goce de los DESC, pues hay que tener presente que la autoridad central no es infalible y que no existen recursos suficientes para que el Estado esté en capacidad de asumir directamente la provisión de asumir directamente la provisión, producción y distribución de los bienes y servicios que ponen en práctica los DESC. Así las cosas debemos entender al Estado como promotor, protector y guía del cumplimiento de los DESC, sin que ello implique que sea el encargado directo de proveer y suministrar todas las decisiones y recursos para el cumplimiento de esos derechos. Por ello el papel del Estado será algunas ocasiones, de abstención, como en el caso de los derechos de huelga, de sindicalización o de libre asociación, otras veces asumirá un papel dinámico, incluso en la provisión de bienes y servicios, como en los casos de servicios públicos en el que el mercado privado es insuficiente e inadecuado. Así, que debe quedar claro que las prestaciones estatales que dan contenido a los DESC pueden ser de muy diversas formas (...), Pág 274.

28 Para HOSPERS ; “La palabra “determinado” en el contexto del problema de la libertad humana, es sinónimo de “estar acusado””. HOSPERS, (John) “Introducción al Análisis Filosófico”, Alianza Editorial, segunda edición, Madrid, 1984, pág 401.

29 Ibid, pág 402.

30 “Una ausencia de libertad cómoda, suave, razonable y democrática, señal de progreso técnico, prevalece en la civilización industrial avanzada. ¿Qué podría ser, realmente más racional que la supresión de la individualidad en el proceso de mecanización de actuaciones socialmente necesarias aunque dolorosas ; que la concentración de empresas individuales en corporaciones más eficaces y productivas ; que la regulación de la libre competencia entre sujetos económicos desigualmente provistos ; que la reducción de prerrogativas y soberanías nacionales que impiden la organización internacional de los recursos ? Que este orden tecnológico implique también una coordinación política e intelectual puede ser una evolución lamentable y, sin embargo, prometedora. Los derechos y libertades que fueron factores vitales en los orígenes y etapas tempranas de la sociedad industrial se debilitan en una etapa más alta de esta sociedad : están perdiendo su racionalidad y contenido tradicionales. La libertad de pensamiento, de palabra y de conciencia eran -tanto como la libre empresa, a la que servían para promover y proteger- esencialmente ideas críticas, destinadas a reemplazar una cultura material e intelectual anticuada por otra más productiva y racional (...)” , MARCUSE, (Herbert), “El Hombre Unidimensional”, Editorial Seix Barral s.a, novena edición Barcelona, 1972, pp 33-34.

31 MARCUSE, (Herbert), Op Cit, pág 80.

32 FROMM,(Erich), “El Miedo a la Libertad”, Editorial Paidós, 12va reimpresión México, 1991, pág 259.

de un determinado sistema político. Es decir, en la medida en que se privilegie la convivencia democrática³³, podremos afirmar que la libertad adquiere un sentido más óptimo. Asimismo, es necesario indicar que si hablamos de la democracia como forma de gobierno posible, solo puede enmarcarse dentro de un Estado con características particulares, y el propósito de éste como bien lo apuntó la filosofía de SPINOZA, no consiste en : “...dominar a los hombres ni acallarlos por el miedo o sujetarlos al derecho de otro, sino por el contrario, libertar del miedo a cada uno para que, en tanto que sea posible, viva con seguridad, esto es, para que conserve el derecho natural que tiene a la existencia sin daño propio ni ajeno”.³⁴ Con estos

planteamientos clásicos, queda de manifiesto que para acrecentar el disfrute de la libertad individual, es necesario la existencia del Estado. De hecho así lo concibieron los antiguos pensadores contractualistas, al plantear la renuncia de tal libertad, como germen del Estado moderno.³⁵

Entonces, ¿cómo podríamos armonizar la actitud libertaria con el poder coercitivo?... para un autor como BENITO DEL CID, los derechos en mención comportan una nueva percepción del papel del Estado en relación con el problema de la libertad ; “El poder político, en vez de seguir siendo considerado como el enemigo natural de la autonomía del individuo, pasa a ser concebido como un

33 En forma muy sencilla y hasta llana, entenderemos por democracia una modalidad de política que respete y atienda los intereses de la sociedad, a través de mecanismos de participación; expresión; acceso a oportunidades; sustento en las libertades públicas como premisas básicas.

34 CARVAJAL VILLAPLANA, (Álvaro). “Derechos Humanos, Desobediencia y rebelión en Spinoza”, en Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica, XXXV (85), Escuela de Filosofía de la Universidad de Costa Rica, San José, 1997, pág 20. Prosigue el autor del artículo aduciendo que para SPINOZA, “El objetivo del estado es convertir a los hombres en seres racionales, no en bestias o en autómatas, que desenvuelvan en todas sus funciones y que no rivalicen por el odio, la cólera o el engaño, ni hagan la guerra por causas injustas (al parecer existen guerras que son justas). En resumen, el fin del Estado es la libertad. La libertad no es solamente el disfrute de los derechos humanos, también es la liberación de las pasiones”.

35 Ver en este sentido a ALVAREZ GONZALEZ, (Francisco) , “El Pensamiento Moderno y la Idea del Hombre”, Tomo II, EUNED, segunda reimpresión, San José, 1985, pp 108-119. Cfr: En contra de estas posiciones tenemos la esbozada por MIGUEL A.RODRIGUEZ y su doctrina liberal: “La libertad del hombre requerida para la sobrevivencia de la democracia es en sí misma más valiosa que la propia democracia, pues se desprende de la dignidad de la persona y no pretendemos, con lo dicho, aplicarla simplemente como sustento para una forma democrática de gobierno, sino más bien señalar la necesidad recíproca entre forma y objetivos de organización política (...) Lo anterior implica la búsqueda de esquemas para la coordinación de acciones humanas libres, o sea, basadas en posibilidades indeterminadas de comportamiento individual que se encuentren unas con otras en la sociedad y que, dentro de la ley, dentro de un conjunto de reglas de juego, se coordinan a través de un proceso espontáneo de evolución social”(p 385) El autor no cree en una acción estatal que respalde las no-libertades, en aquellos que por una razón específica no puedan acceder dentro del nivel económico a “...la coordinación de acciones libres que dan lugar a la preeminencia de lo espontáneo en la evolución social, lo llamamos “mercado””; más bien, todo sistema de participación debe comenzar por el respeto al Principio de Subsidiaridad: “Según este, la solución de los problemas debe quedar a cargo de la unidad más pequeña capaz de afrontarlos: primeramente el individuo, después la familia, luego la sociedad voluntaria, en seguida el barrio, distrito y provincia y sólo en último grado la nación”. RODRIGUEZ ECHEVERRIA, (Miguel Angel), en LEVINE, (George) comp. “El Desafío Neoliberal: El fin del Tercermundismo en América Latina”, Grupo Editorial Norma, primera edición 1992, pág 386.

*imprescindible promotor de la liberación social y como su organizador más caracterizado”.*³⁶

A manera de síntesis, diremos que un Estado que pretenda promocionar y resguardar los DESC, debe ser capaz de salvaguardar la esfera de la libertad personal, tomando en cuenta los siguientes parámetros: a) Permitir que los individuos ejerzan su radio de libertad en el marco diseñado por la estructura legal e institucional; b) La anteriormente expuesto implica necesariamente que la libertad tiene por si misma, límites que deben ser por demás respetados; c) El rol del Estado estribaría entonces ante la libertad, en brindar oportunidades a su población para el disfrute de los citados derechos económicos, sociales y culturales y d) Para lograr dicho acometido se deben crear condiciones precisas y extensibles a la población destinataria en su conjunto, pensando en criterios de equidad, solidaridad o justicia social entre otros.

III. Problemática de un derecho mínimo exigible:GarantizaciónyReconocimiento de los Derechos Económicos Sociales y Culturales

En este punto, abordaremos la problemática concreta que conllevan este tipo de derechos ante el hecho de la exigencia de su nivel de garantía y reconocimiento. El meollo del asunto lo sintetiza apriorísticamente un autor cuando dice que existen dos grandes problemas para garantizar los DESC; uno se refiere al conflicto de poderes del Estado, y el otro a la antagonía con otro tipo de derechos.³⁷

Si tomamos como parámetro el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, nos encontramos con que con respecto a tales derechos; “Los Estados los reconocen de inmediato y se comprometen a tomar medidas para su plena efectividad y garantía a futuro. Es el caso

36 citado por CONTRERAS PELAEZ, (Francisco J.), Op Cit, p 19. Cfr : En contra de esta tesitura podemos mencionar lo expuesto por un Senador de Filipinas, para quien “...los países en desarrollo deben sacrificar la libertad temporalmente para adquirir el rápido desarrollo económico que su creciente población y sus crecientes expectativas demandan, en pocas palabras, el gobierno debe ser autoritario para promover el desarrollo”, citado por FARRIER BRAIS, (Pedro) y otros, Op Cit, Tomo III, pág 313

37 MAYORGA LORCA, (Roberto), Op Cit, pág 33. El mismo autor establece en otra ocasión que, “Un primer problema es, el conflicto de poderes. El poder judicial requerido por un particular para hacer efectivo el derecho a la educación, el derecho a la salud, a la seguridad social, etc... ¿ tiene facultades para obligar al Ejecutivo a que dé trabajo a una persona ?, ¿ tiene facultades para obligar a un particular para que acepte en un establecimiento educacional a un apersona ? La respuesta a esto significaría tal vez, darle más atribuciones al poder judicial, por eso es que algunas personas hablan del estado judicial y del poder judicial como baluarte de la protección de los derechos del hombre. En este, el poder judicial pasa a tener un rol preponderante, porque es el órgano ante el cual se recurre y el que tiene las atribuciones, incluso para obligar a los otros poderes a fin de poder hacer efectivo el derecho a un particular (...) El otro problema que presenta garantizar los derechos económicos, sociales y culturales, según algunos, es una suerte de antagonismo que podría producirse entre estos derechos y los derechos civiles y políticos (...) Hay entonces una relación de tensión entre los derechos económicos, sociales y culturales por un aparte, y los derechos civiles y políticos por otra.” Seminario : Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales : Desafío para la Democracia”, pág 25.

del derecho a un nivel de vida adecuado ; del derecho al trabajo, del derecho a la seguridad social ; del derecho a la protección de la familia, maternidad, infancia y adolescencia ; del derecho a la protección de la salud ; del derecho a la educación y de los derechos culturales, (...) La regla anterior tiene, no obstante, tres excepciones en el Pacto : a) el derecho a sindicación, b) el derecho a huelga, y c) la libertad de educación. Según el Pacto los Estados no sólo reconocen estos derechos sino que se obligan a garantizarlos y respetarlos de inmediato. Esto es, son de cumplimiento inmediato. Respecto de la sindicación y la huelga el Pacto emplea expresamente la expresión “garantizar” y respecto de la libertad de educación, tanto de los padres para elegir el colegio de sus niños como de los particulares para erigir establecimientos educativos, la expresión “respetar”. Como el Pacto no fija plazos al respecto, debe concluirse que la garantía y el respeto deben tener lugar de inmediato.”³⁸

De lo anteriormente expuesto, la pregunta que surge inmediatamente, radica en plantearse cual ha sido la motivación para otorgarle cierto grado de privilegio, garantizando tres derechos ipso facto. El mismo MAYORGA LORCA, despeja esta interrogante y nos dice que “la respuesta radicaría en que se trata de derechos para cuya plena garantía no se requiere de la creación previa de “condiciones”

que posibiliten su ejercicio. Basta con que la autoridad respectiva autorice este ejercicio para que sus titulares puedan organizar sindicatos, declarar huelgas, escoger colegio para sus pupilos o erigir establecimientos educativos. Diferente es, en cambio, la situación en que se encuentra la mayoría de los derechos del Pacto, pues mientras no se adopten las medidas adecuadas a fin de crear las condiciones necesarias -de que habla el Pacto-, no son susceptibles de ser efectivamente gozados. Así, por ejemplo, poco o nada se consigue con garantizar en calidad de derecho subjetivo el derecho a la protección de la salud en un país que carece de hospitales y medicamentos. Las tres excepciones mencionadas no requieren de un rol activo del Estado, ya que éste no necesita adoptar medidas, sino tan sólo autorizar su ejercicio”.³⁹

A nuestro juicio, el desfase que existe es el concerniente a la distinción operativa entre *derechos* y *garantías*, para exigir tales derechos por un lado; y la consideración de un *contenido mínimo* que sirva como base de inicio. Por lo tanto, seguidamente abordaremos ambas interrogantes por separado, así como *el carácter programático de los DESC*, para culminar sintéticamente, con lo que hemos denominado como “*Teoría de la Contradicción Fáctica de los DESC*” que pasaremos más adelante a reseñar en este mismo apartado. Antes, nos vemos en

38 MAYORGA LORCA, (Roberto). "Naturaleza Jurídica...." Op Cit, pág 169.

39 Ibid, pág. 170.

la ineludible necesidad de realizar un correcto deslinde o distinción entre los conceptos anteriormente aludidos.

3.1 Distinción entre Derechos y Garantías

Para tratar de despejar el primer paradigma, nos basaremos en la distinción establecida por el constitucionalista costarricense RUBEN HERNANDEZ VALLE, que aunque se refiere a la Constitución Política vigente de la República de Costa Rica (1949), establece una distinción que nos ilustrará aún más sobre todo lo que hemos venido tratando líneas atrás. Para el autor, los derechos son “*el conjunto de facultades o poderes que nuestra constitución consagra en favor de los individuos para la consecución de sus aspiraciones y el desenvolvimiento de su personalidad, tanto en el campo material como espiritual*”, y a su vez las garantías “*son los instrumentos jurídicos, los medios de acción que otorga nuestra constitución a los individuos, lo mismo que las prohibiciones y en general las limitaciones que dicha Carta Política impone a los órganos y entes*

públicos en el ejercicio de sus atribuciones, con el fin no sólo de sustentar los derechos sino también de darles su plena eficacia”.⁴⁰

Los derechos serían la exposición positiva de lo valores jurídicos a tutelar en favor de las personas ; mientras que las garantías aquellos mecanismos creados por el sistema jurídico, -con rango constitucional para los efectos de la distinción de HERNANDEZ VALLE- que son capaces de hacer más viables, reales y accesibles los derechos expuestos taxativamente.⁴¹ Ese es precisamente el problema con este tipo de derechos, dado su carácter programático es difícil traducir las normas jurídicas que sientan derechos o aspiraciones a conseguir, en mecanismos más certeros e inmediatos por parte de los afectados y que les permitan exigir su cumplimiento.

En todo caso, FERNANDO HERRERO TEJEDOR, ha establecido sobre este particular que “Garantía del Derecho es todo factor susceptible de actuar con eficacia como medio de asegurar la vigencia del mismo. Por consiguiente, entra en este concepto todo cuanto contribuye a darle la eficacia

40 HERNANDEZ VALLE, (Rubén). “Las Libertades Públicas en Costa Rica”, Editorial Juricentro, San José, 1980, pp 33-34. Cfr: En contra de ésta separación, se encuentra IGNACIO BURGOA, que equipara “garantías” a “derechos”, Ver su libro “Las Garantías Individuales”, Edit. Porrúa, México, 1970.

41 En el caso de las garantías legales establecidas en Costa Rica, para el pleno disfrute y desarrollo de los derechos establecidos a nivel constitucional, el artículo 48 dispone que “Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10”. En otros países de Latinoamérica, como es el caso de Colombia, existe la llamada acción de tutela, ver en este sentido el artículo de EMILIA GIRON REGUERA, “Semejanzas y diferencias entre el amparo constitucional español y la acción de tutela colombiana”, en Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fabrique Furia Cerillo 20/21, Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política y de la Administración-Universitat de València, verano y otoño de 1997, pp 97-113.

social. Por ello, en el concepto de garantía no sólo entran las estrictamente jurídicas, sino también una serie de condiciones extrajurídicas, que pueden ser políticas, sociales, morales, etc. Además, ya para hablar de “garantía del derecho” se parte de la realidad de una previa formulación de este derecho, conforme a ciertas condiciones”⁴²

3.2 El Contenido Mínimo de los DESC

Con respecto a la noción de “contenido mínimo”, se ha gestado una evolución sumamente valiosa al respecto, como una suerte de mecanismo garante del cumplimiento de ciertas metas básicas. Tomemos en consideración la exposición siguiente, por parte del Profesor ALSTON: “*el hecho de que dicho contenido básico debe existir (...) parecería una consecuencia lógica del uso de la terminología de los derechos. En otras palabras, no habría justificación para elevar una “reclamación” a la condición de un derecho (con todas las connotaciones que este concepto presuntamente tiene) si su contenido normativo puede ser tan indeterminado que permita la posibilidad de que los que ostentan los derechos no posean ningún derecho particular a nada.*

Por lo tanto, cada derecho debe dar lugar a un derecho mínimo absoluto, (SUBRAYADO NUESTRO) en ausencia del cual deberá considerarse que un Estado parte viola sus obligaciones”⁴³

Un interesante relato en torno a la evolución del concepto de contenido mínimo, es realizado por ANTONIO CANCADO TRINDADE, el cual exponemos a continuación: “*En los debates de 1990 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, se insistió en el “Contenido Mínimo” de estos derechos, afectados por los problemas de la deuda, de los ajustes estructurales y del empobrecimiento. Los debates de 1991 del Comité se concentraron en los problemas de la utilización de indicadores económicos y sociales (en razón de su insuficiencia para asistir el trabajo del Comité), habiendo concluido que dichos indicadores deberían buscar un equilibrio entre los conceptos de cantidad y sobre todo de calidad, para mejorar reflejar la realidad de los derechos humanos. El Informe del comité sobre su sexta sesión indica que, también en 1991, se procedió a la elaboración de directrices revisadas sobre los informes gubernamentales, de modo que contengan, inter alia, informaciones*

42 HERRERO TEJEDOR, (Fernando), Op Cit, pág 142. Continúa el autor diciendo que “Esta posición se complica un tanto al pensar que no sólo debe ser considerada desde el punto de vista del derecho interno, sino también del derecho internacional. Efectivamente, las garantías para los derechos humanos han de ser instrumentadas no sólo a nivel nacional, sino especialmente al nivel internacional, porque desde la proclamación de principios o de carácter ideológico hasta el ejercicio efectivo de los Derechos Humanos, hay un largo trecho que recorrer”.

43 Citado por CEPAL (Comisión Económica para América Latina y El Caribe), “La Igualdad de los Modernos : reflexiones acerca de la realización de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José -Costa Rica, 1997, pp 39-40.

sobre indicadores económicos y sociales e indicaciones sobre el estándar de vida no solo de la sociedad como un todo pero también de determinados grupos, particularmente los vulnerables(...).”⁴⁴

Para el período 1989-1991, el Comité de DESC, elaboró y divulgó cuatro “comentarios generales”; el primero del año 1989 es dedicado al perfeccionamiento del sistema de informes por los Estados Partes bajo el Pacto, de modo que fuese factible una mejor evaluación del progreso en relación con los DESC. En el Comentario general No 2 de 1990, el Comité sugirió medidas de asistencia técnica internacional para dichos derechos, basados en el artículo 22 del PIDESC. Pero fue el Comentario General No 3 de 1990, en donde el Comité insistió en las “obligaciones mínimas”, de todos los Estados Partes de asegurar al menos, la satisfacción de niveles esenciales mínimos de cada uno de los derechos consagrados en el Pacto.⁴⁵

Esta tendencia a la instauración de contenidos mínimos, acarrea por si misma, una directriz

tendiente a encontrar un grado de precisión que permita llegar a la exigibilidad de los derechos contemplados como DESC. Desde la óptica de una autora el punto a dirimir radica en la siguiente premisa : “*Al referirnos a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, intentamos evidenciar cómo el carácter indeterminado de un derecho puede convertirse en un obstáculo para su exigibilidad. Un reto importante que confronta el movimiento de derechos humanos consiste en identificar y desarrollar el contenido mínimo esencial de cada uno de estos derechos.”⁴⁶*

Sobre toda esta distinción de contenido mínimo de los DESC, un grupo de expertos de la CEPAL y del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, expuso lo siguiente :

“A la afirmación de la responsabilidad permanente del Estado por la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales hay que agregar una referencia final a los esfuerzos doctrinales recientes relativos a tal

44 CANCADO TRINDADE, (Antonio), “La Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en “Estudios Básicos de Derechos Humanos”, Vol I, Op Cit, pág 57.

45 CANCADO TRINDADE, (Antonio), Op Cit, p 58. Ver en igual sentido, el artículo del mismo autor denominado “Relaciones entre el Desarrollo Sustentable y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Desarrollos Recientes”, en “Estudios Básicos de Derechos Humanos”, Vol II, Op Cit, pp 36-37.

46 BOLIVAR, (Ligia), “Estudios Básicos de Derechos Humanos”, Vol I, Op Cit, pp 108-109. Continúa la autora diciendo lo siguiente : “Consideramos que fijar un límite mínimo uniforme por debajo del cual no debe ubicarse ningún Estado, no debilita el derecho en cuestión siempre y cuando dicho contenido sea entendido como un punto de inicio y no como un punto de llegada ; por el contrario, establecer ese marco asegura una base uniforme que debe ser respetada, incluso por aquellos estados con recursos económicos limitados. Vale recordar que una de las razones que ha impedido el desarrollo de mecanismos más eficaces de verificación del cumplimiento de las obligaciones estatales en materia de derechos económicos, sociales y culturales, es precisamente el carácter vago e indeterminado del contenido de dichos derechos, por lo que no tiene mayor sentido rechazar la posibilidad de definir el contenido mínimo de los derechos económicos, sociales y culturales. La definición de un contenido mínimo esencial de un derecho no puede significar un techo sino tan sólo un piso a partir del cual se vaya desarrollando progresivamente el más alto nivel posible de satisfacción del mismo” pp 110-111.

vigencia de estos derechos. Se reconoce hoy en día que muchos de ellos (v.g., ciertos derechos sindicales, la igualdad de remuneración por trabajo igual, el derecho a la educación primaria obligatoria gratuita) son de aplicabilidad inmediata" ⁴⁷

La anterior evolución para apostar a la exigibilidad o aplicabilidad inmediata, en el ámbito del sistema interamericano se ha gestado con la aprobación del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador"⁴⁸), que dispone la posibilidad de acudir al sistema contencioso del sistema interamericano -regulado en los artículos 61 a 69 de la Convención-, si se violenta el derecho a la libertad de organización sindical y el de derecho a la educación; más no del resto de los DESC dispuestos en el instrumento.

Por otra parte, prosigue el documento aduciéndonos que *"Se han distinguido no sólo obligaciones mínimas referentes a los*

derechos económicos, sociales y culturales, sino también obligaciones distintas -de respetar, proteger, asegurar y promover- tales derechos. Se ha señalado la importancia del principio de la no-discriminación también en el presente contexto. (...)". Vemos por lo tanto que el Estado tiene una obligación consustancial de "realizar" una serie de acciones y en este sentido en el ámbito doctrinal se han dimensionado los alcances de dicho término. Así, tenemos que el académico germano, ROLF KÜNNERMAN, durante el curso de verano del Instituto Internacional de Derechos Humanos de Estrasburgo en 1996, destaca la gran importancia del término “realización” y las falacias que atentan contra este objetivo. La primer falacia es la *falacia de la reducción*, que busca desvirtuar la integralidad e indivisibilidad de los derechos humanos y arguye que: *“los derechos económicos, sociales y culturales son derechos de naturaleza diferente a los derechos civiles y políticos”* por lo que solos los DCP son exigibles de ser realizables plenamente. ⁴⁹

47 CEPAL, “La Igualdad de los Modernos”, Op Cit, pág 50
48 El Protocolo fue suscrito por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988 y entró en vigencia el 16 de noviembre de 1999, siendo aprobado en la actualidad por catorce países de los diecinueve, que han aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (PD: El corte es a la fecha de conclusión de estas líneas en setiembre del 2008).
49 KÜNNERMAN, (Rölf), “The Right to an Adequate Standart of Living”, International Institute of Human Rights, Lecture 2, p 2, 1-26 july 1996, 27th Study Sesion Strasbourg-France, 1996.. Cfr: El grupo de expertos que hemos venido reseñando, sobre este particular afirmó que " En esta línea, se ha buscado identificar por lo menos los componentes justiciables de los derechos económicos, sociales y culturales (v.g., de los derechos a la educación, a la salud, a una vivienda adecuada, sobre todo en sus aspectos referentes a la no-discriminación), elementos estos que han sido objeto de la jurisprudencia internacional más reciente bajo los tratados y convenciones de derechos humanos y que además han sido aplicados en el orden jurídico interno de muchos países. Hay, pues, que tratar los derechos económicos, sociales y culturales como verdaderos derechos que son”, CEPAL, "La Igualdad de los Modernos...", Op Cit.

La otra falacia es la *falacia de la exageración*, que asume la postura de que en cada situación de carencia o privación, -o donde una necesidad humana no es satisfecha- los Estados en todas las situaciones tienen los medios y por tanto, la obligación inmediata de resarcir o sino de prever una situación de carencia. Para KÜNNERMAN, *“Esto es por supuesto no solamente irreal, sino un peligroso error. Semejante y simplista uso del término violación de derechos económicos no tiende a considerar obligaciones específicas que son difíciles de cumplir”*.⁵⁰

A título de recuento final en este punto, es necesario establecer que el carácter de contenido mínimo de un DESC en específico, no debe de llevarnos al equívoco de pensar que si un determinado Estado cumple con la prestación básica o elemental fijada, no debe procurar expandir el contenido de dicho derecho si tiene posibilidades fácticas de hacerlo. Nada más alejado de la verdadera intención de los signantes del PIDESC y lo dispuesto en su artículo segundo: la prestación se realizará en el marco de los recursos existentes, por lo que si existe disponibilidad de avanzar y profundizar más; consecuentemente debe reflejarse en la accesibilidad y profundización de la universalidad de la provisión que se trate. En el fondo, la noción de contenido mínimo se está refiriendo a un <<piso mínimo>>, más nunca de un techo determinado.

50 KÜNNERMAN, (Rölf), Op Cit.

IV. Problemática del avance en la justiciabilidad de estos derechos: Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Carácter de Progresividad de los mismos

Tomaremos sobre este particular, las palabras de le Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, HÉCTOR GROS ESPIELL, cuando al hacer mención sobre la progresividad de los derechos humanos, establece que

“ La Protección Internacional de los Derechos Humanos se caracteriza por su progresividad. Avanza lentamente en su esfuerzo para asegurar por medio de esa progresión la mejor protección internacional de los Derechos Humanos para universalizarla, para que el Estado esté sometido al Derecho Internacional, y para superar nociones obsoletas relativas al dominio reservado y a la soberanía. Avanza para lograr armónicamente coordinación de la protección internacional de tipo universal, según los diferentes regímenes existentes en la familia de las Naciones Unidas y la protección internacional regional, en los casos que ella exista, como en Europa, América y Africa. (...)

Pero estos avances, -expresión de la progresividad que, repetimos, caracteriza la materia de los Derechos Humanos, su defensa y protección desde el punto de vista internacional-, no impiden que se busquen otros caminos u otras formas internacionales complementarias de protección. Por el contrario, impulsan a pensar en otras vías y en otros criterios.

*La progresividad obliga a hacer un balance de los progresos y a evaluar si el camino recorrido es el único o si, por el contrario, puede ser útil buscar otras sendas distintas, que profundicen y hagan más eficaz la protección”*⁵¹

El anterior bosquejo es bastante representativo en torno a lo que debe entenderse como "progresividad", más sin embargo procedemos a continuación, a detallar los aspectos que desde nuestra perspectiva, componen el complejo realista de la progresividad de los DESC.

4.1 El Artículo 2 del PIDESC.

Algunos autores han establecido que tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), como en el PIDESC, su artículo segundo establece una “obligación

genérica”, es decir, dan sustento a otras obligaciones y determinan su naturaleza.⁵² Es conveniente analizar las implicaciones que se derivan de este artículo, tomando en cuenta aspectos tales como la concreción de lo dispuesto, así como los recursos disponibles para ello.

Al respecto la redacción de ambos articulados dispone lo siguiente. :

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” (artículo 2.1)

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción

alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas de otro carácter”(artículo2, párrafos 1 y 2)

El Pacto DESC en su artículo segundo, condiciona el cumplimiento de éstos derechos, al máximo de los recursos disponibles de cada Estado. El problema de la atención de tales derechos, con recursos limitados e insuficientes, plantea que los Estados no se escuden en esta disyuntiva como una excusa definitiva e insoslayable para hacer nugatorio el elenco de los derechos que nos ocupan. Incluso, se ha sostenido que el disfrute de ciertos DESC, no está condicionado a la progresividad y que su satisfacción puede ser inmediata, (como es el caso de la libertad sindical o la libertad de los padres para escoger la educación de sus hijos) sin que pueda alegarse la inexistencia de recursos estatales necesarios para dar cumplimiento a estas obligaciones.⁵³

El artículo 2.1 del PIDESC requiere que cada Estado disponga de medidas según el máximo de sus recursos disponibles, en aras de ir implementando la plena realización de los derechos reconocidos en esta materia. Este máximo de recursos o provisión de recursos, requiere que los Estados tomen inmediatamente medidas posibles a su alcance y otras medidas en forma expedita, si no están tan a su disposición.⁵⁴

Siguiendo con RÖLF KÜNNERMAN y su recurrente preocupación por la connotación de *realización*, tenemos que para este autor, la gran importancia del mismo radica en que “(...) *puede ser visto desde su importante rol en la obligación genérica del 2.1 PIDESC, referente a la plena realización de los derechos humanos. El término realización, sin embargo, es algo complicado. En terminología legal “realizar un derecho” significa que el beneficiario del derecho activamente transforma una situación donde el status normativo relativo a ese derecho relacionado con él o ella no es “real” (solamente una queja a derecho) a una situación donde él o ella goza de hecho del status básico de protección relacionado con ese derecho. Esta “realización del derecho” puede o no ocurrir mediante un procedimiento ante la corte*”. Prosigue diciéndonos además, las siguientes aseveraciones:

51 GROS ESPIELL, (Héctor), “Responsabilidad del Estado y Responsabilidad Penal Internacional en la Protección Internacional de los Derechos Humanos” pág 116, en “Liber Amicorum: Héctor Fix-Zamudio”, Vol I, Op Cit.
52 KÜNNERMAN, (Rólf), Op Cit, pág 2.

53 BOLIVAR, (Ligia), Op Cit, pág 93.
54 KÜNNERMAN, (Rólf), Op Cit, pág 3.

“Bajo el 2.1 del PIDESC, los Estados toman medidas “para el máximo de los recursos disponibles” y “por todos los medios apropiados influyendo en particular la adopción de medidas legislativas” hacia la “plena realización” de derechos económicos, sociales y culturales. Plena realización sólo puede significar que cada ser humano ha realizado su derecho. Lo anterior incluye las siguientes cuatro condiciones :

- Los Estados deben implementar totalmente estos derechos, p.e. suministrar procedimientos legales y otros que estén listos para su uso por cada beneficiario en aras de realizar su derecho,*
- Cada individuo están en una posición de hacer uso de estos procedimientos*
- Este uso haya sido en efecto hecho, y*
- El status haya sido disfrutado.*

Ignorando los primeros tres de los cuatro puntos contenidos en una “plena realización” lleva al florecimiento de la “falacia de las necesidades básicas”. Esta falacia busca reemplazar tácitamente el

*término “realización de derechos” por el término satisfacción de necesidades. Esta manipulación cambia en efecto el completo significado del artículo 2.1 del PIDESC, tomando el término “realización de un derecho” sólo para referirse al goce del status bajo un derecho”.*⁵⁵

4.2 Los Recursos para Satisfacción de las Necesidades.

El tema de los recursos es hoy en día, un motivo más de controversia en torno a la satisfacción de las necesidades requeridas para el disfrute de los DESC. Al respecto un grupo de expertos, ha formulado una serie de cuestionamientos en torno a la disponibilidad de recursos. Se preguntaron entre otras cosas: (a) ¿Cuáles recursos podrían ser considerados como disponibles para cumplir con los propósitos del Pacto? ¿La obligación de adoptar medidas según el máximo de recursos disponibles implica que un Estado debe dar prioridad a la implementación de este Pacto ? (b) ¿ Se pueden considerar como recursos disponibles, solamente con los que cuenta un Estado o puede considerarse la obligación de movilizar recursos del sector privado?.⁵⁶

Sin duda alguna, las interrogantes no son del todo fáciles de despejar, por lo que trataremos seguidamente de ahondar sobre las implicaciones que tiene el concepto recurso, para el cumplimiento de los DESC a la luz de diferentes expositores.

A. El Recurso dentro del Contexto del Artículo 2 del PIDESC

Para ROBERT E. ROBERTSON, el artículo segundo del PIDESC recuerda a los Estados la obligación de *“tomar medidas ... según el máximo de sus recursos disponibles”, por lo que en ese contexto, “medidas” representa acciones específicas y “recursos” representa el grado de satisfacción con que los derechos son satisfechos. Por ejemplo : en el campo de la educación, la ley que prescribe la educación libre es una medida, escuelas, maestros y libros son recursos”.*⁵⁷

Los recursos pueden ser del más diverso orden, (humanos, tecnológicos, financieros, etc.), pero lo que sería realmente imposible, es hablar de un recurso sugerido como principal indicador, pues si pensamos en los gastos militares como ejemplo, nos encontramos con que solamente en la década de los noventas, los países desarrollados gastaron en promedio un 3,6% de su producto nacional

bruto y en salud un 5,3%; en cambio los países subdesarrollados gastaron un 1,6% en salud y el doble en gastos militares, 3,8%⁵⁸. A título de recuento, se pueden desglosar los tipos de recursos destinados al cumplimiento de los DESC, según sean las siguientes modalidades:

a-Recursos Humanos : Se ha calificado a este tipo de recursos, como aquel compuesto por gente de una determinada zona geográfica, que tienen un nivel requerido y competencia para desarrollar un trabajo.⁵⁹

b-Recursos Tecnológicos : La misión tecnológica ha sido definida por las Naciones Unidas como una ayuda, metodología y actividad establecida para solventar soluciones locales, nacionales o internacionales, contribuyendo en la capacidad endógena ⁶⁰

c-Recursos Informativos : Este tipo de recursos no pueden ser cuantificados, y son de vital importancia a la hora de emitir criterios cualitativos. Incluso los gobiernos pueden utilizar la información para distorsionar determinadas situaciones, como puede ser el propio incumplimiento de los derechos humanos. Sin embargo, , la información es la llave para concientizar a los ciudadanos,

55 KÜNNERMAN, (Rölf), Op Cit, pág 6. Para ahondar sobre dicho aspecto, ver del mismo autor, “A Coherent Approach to Human Rights”, en Human Rights Quaterly, Vol 17, No 2, The Johns Hopkins University Press, may 1995, Maryland, 1995, pp 323-342.

56 UNESCO, “Guide to Interpretation of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, March 24-25, 1983, pág 2.

57 ROBERTSON, (Robert E.), “Measuring State Compliance with the Obligation to Devote the “maximun available resources” to Realizing Economic, Social and Cultural Rights”, en Human Rights Quaterly, Vol 16, No 4, The Johns Hopkins University Press, Nov 1994, Maryland, 1994, pág 695.

58 Ibíd, pág. 711.

59 ROBERTSON, (Robert E.), Op Cit, pág 704.

60 Ibíd, pág 705.

sobre la discriminación en el ejercicio de sus derechos, a través de revistas, afiches etc.

d-Recursos Naturales: El ejercicio de los DESC y su relación con la naturaleza, requieren no solo la ayuda individual, sino más bien colectiva. Así nos encontramos entonces con que un individuo no solamente tiene derecho a sembrar, sino que el resto de los ciudadanos o colectividad, tienen el deber de no contaminar los ríos, los océanos y aquellos fenómenos que incidan en la perturbación del derecho a la tierra que pueda tener el individuo anteriormente citado. El Estado debe cuidar el buen uso de tales recursos, con legislación apropiada y mecanismos que permitan el sano disfrute de los mismos.⁶¹

e-Recursos Financieros: Este tipo de recursos es quizás, el de mayor dificultad de observar, por cuanto las necesidades son mayores al recurso financiero que se pueda destinar para cumplirlas. Existen problemas, para escoger los indicadores o porcentajes de aportación de tales recursos, sea si le compete al Estado o a la misma sociedad.

B. La Carencia de Recursos como Justificación de Incumplimiento.

Sin duda alguna, una de las tesis que sigue siendo todavía más controversial, es la referente a la falta de recursos económicos, como justificante de los Estados para no atender sus compromisos. Al respecto, el Comité de DESC de las Naciones Unidas ha reiterado en forma consistente que la falta de recursos no autoriza a los Estados a desvincularse de su obligación de implementar de forma progresiva las disposiciones contenidas en el Pacto. A lo anterior se puede agregar que el Comité ha expresado que ante limitaciones graves de recursos “se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo”.⁶²

Sobre este tipo de recursos, -los económicos- se ha dicho que “el hecho de que la satisfacción de los DESC dependa de recursos económicos, presenta una peculiaridad muy particular y distintiva. La insuficiencia de recursos no es óbice para que un Estado

intente, en la medida de sus posibilidades, satisfacer esos derechos”.⁶³ Ahora bien, esta asignación de recursos (donde asignarlos y en qué áreas) supone una adopción de políticas específicas por parte de los Estados que van a tener clara incidencia en lo político, social, económico etc. en una población determinada,

4.3 El Carácter Programático de los DESC.

Otro asunto que posee capital relevancia, es el concerniente a enfatizar que los DESC poseen contenido *programático*. Es decir, cuando hablamos de la programaticidad de los derechos, no nos referimos a otra cosa que al hecho mismo que para su implementación, requieren una acción *institucional*, por parte del Estado.

Las normas jurídicas señalarán aspiraciones a cumplir, como fines en sí mismos que conllevan éstas. Sin embargo, en lo concerniente a su materialización, va a requerir la voluntad y acción estatal. Por ejemplo; una norma que diga “El derecho a la vivienda es necesario para el pleno desarrollo de la convivencia familiar, y para ello el Estado proporcionará vivienda popular a las familias de escasos recursos”, es claro el espíritu de la normativa al señalar que existe un fin social a cumplir:

proporcionar vivienda a las personas que no la puedan adquirir por razón de su ingreso o condición socioeconómica. Más para ejecutar dicho imperativo, hay que concebir las condiciones incluso hasta políticas de la administración, en aras de materializar la realización de las viviendas, siendo en este aspecto que los programas estructurados toman razón de ser.

Al respecto, retomando a FARRIER, LOBO Y PEÑARANDA, éstos autores han externado que “*Se ha distinguido muy reiteradamente a nivel doctrinal, que los DCP se identifican como verdaderos derechos subjetivos de los ciudadanos, con el correlativo deber por parte del Estado de no carácter programático de los DESC en los cuales pareciera entreverse una expectativa de derecho sujeta a que el Estado posea los recursos para su progresivo desarrollo. Esa condicionalidad a la que se somete la facultad de exigirle al Estado su cumplimiento, transforma los DESC en guías : proyecciones o programas a que aspiran los ciudadanos con apoyo del Estado en vez de derechos subjetivos de obligada protección y de contenido correcto. La falta de parámetros para verificar el cumplimiento de la condición -recursos adecuados disponibles-, o porque hay certeza de que la condición no se cumple, o porque no existe un orden de prioridades aceptado, hace que no se pueda evaluar su*

61 Ibíd., pág 708.
62 SALINAS RIVERA, (Alejandro), “Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en COMISON INTERNACIONAL DE JURISTAS, Bogotá, 1995, pág 52.

63 MERA FIGUEROA, (Jorge), Op Cit, pág 13. Estos derechos se caracterizan por su “...naturaleza programática, sujeta a que el Estado posea los medios para su progresivo desarrollo, aunque esto no significa, una excusa para su incumplimiento”, citado por MARTI DE VESES PUIG, pág 302.

*cumplimiento y algunos llegan a dudar de la vinculatoriedad jurídica de estos derechos”*⁶⁴

Los mismos autores desvirtúan argumentaciones como la anterior, al establecer que “... *la naturaleza programática de esos derechos no significa de ninguna manera una excusa para su incumplimiento, más bien, la presencia de programas impone deberes más integrados y más sistemáticos a los Estados, obligándolos a dar cuenta y avance progresivo de sus acciones*”.⁶⁵ Con el advenimiento de las teorías de rendición de cuentas de los poderes y funcionarios públicos en general, se hace más reiterativo el deseo de programar y ejecutar acciones tendientes a satisfacer intereses colectivos, los cuales muchas veces se presentan difuminados por la abstracción propia de la indeterminación que conlleva focalizar los grupos referenciales, sobre los que debe recaer el soporte en las prestaciones sociales emanadas de los DESC.

El carácter de la programaticidad de los DESC, implica que los aparatos gubernamentales encargados de la cosa pública, deben diseñar estructuras articuladas en las que se conjuguen objetivos de corto, mediano y largo plazo, con las respectivas metas a cumplir. Surge entonces la noción de permanencia y direccionamiento de las políticas públicas hacia fines permanentes y definidos, a contrapelo de las tesis “causalistas” de los

políticos de boga, las cuales buscan presentar parches sobre problemáticas comunes y recurrentes. Ante la falta de sistematicidad y continuidad en las acciones tendientes a satisfacer demandas preestablecidas de sectores vulnerables, los programas coherentes ejecutados para solventar estas necesidades; se imponen con mucho mayor grado de realismo. Esta sería la actitud a esperar de los poderes representativos, cuando estamos hablando del enfoque programático como opción viable y sostenida por los gobiernos de turno, indistintamente de su connotación ideológica.

A. Tesis de la Contradicción Fáctica de los DESC.

Como producto de las disposiciones programáticas que conllevan la mayoría de derechos que nos ocupan, se suscita desde nuestra perspectiva, una situación inevitable. Se trata de lo que hemos denominado como Tesis de la Contradicción Fáctica de los DESC, consistente en contraponer las normas establecidas, en relación a la ejecución o *auto self-exejeuting* que pueden tener las mismas normas en el plano de la realidad.

Las reglas de un tratado, o las del sistema internacional consuetudinario, pueden ser ejecutables por si mismas, self excecuting (auto-ejecutables); o programáticas. En el primer caso se aplican directa e

inmediatamente, sin que sea menester una actividad doméstica para ponerlas en vigencia; en cambio en las del segundo grupo, justamente hace falta en acto interno que las incorpore al caudal.⁶⁶ Es importante destacar que para que se genere la autoejecutividad de un tratado, se requieren dos requisitos, a saber: 1) que se trate de una disposición de la cual surja una potestad a favor del individuo como legitimado activo, de tal modo que éste pueda reclamarla *per se* ante las autoridades locales; 2) que el precepto sea lo suficientemente amplio y a la vez concreto, para poder ser manejado por los poderes del Estado, sin ningún tipo de adecuación legislativa administrativa o judicial.⁶⁷

Incluso, valga decir que en algunos tipos de derechos cuestionados por su vigencia y ejecutividad, como serían los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), el Comité supervisor para este tipo de derechos, creado por la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), visualiza la justiciabilidad de los DESC, más ampliamente. Para ello, ha distinguido entre “*justiciabilidad*” y “*normas de aplicación inmediata*”, estableciendo que por el primer término, debemos entender que se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales, y las normas de aplicación inmediata, en contrapartida permiten su aplicación por los tribunales sin

más disquisiciones. Concluye que “*Aunque sea necesario tener en cuenta el planteamiento general de cada uno de los sistemas jurídicos, no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que posee en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos, de justiciabilidad*”.

En todo caso y dejando al margen los anteriores comentarios, se hace conveniente indicar que la ejecutividad o auto-ejecución de las normas de derecho internacional, supone un valor preeminente asignado por el propio sistema jurídico que decide entronizar jerárquicamente una serie de normas a lo interno de un derecho receptor. Esta fundación de “nuevas normas”, no debe confundirse con tratar de encontrar incorrectos paralelismos tales como pérdida de soberanía o espacio jurídico autónomo. Al contrario, desde nuestra perspectiva, lo que se suscita es un refuerzo normativo capaz de potenciar y fortificar la defensa y garantía en el plano endógeno, de los derechos humanos en toda su franca extensión.

En otras palabras, se presenta a nivel de la disposición jurídica prevista en el tratado internacional, una contradicción inherente a la entrada en vigor de tal disposición, una vez que es contrastada con la misma realidad. Lo anterior se presenta a través de tres tipos

64 FARRIER BRAIS, (Pedro) y otros, Op Cit, Tomo I, pág 275
65 Ibid.

66 HITTERS, (Juan Carlos) Op Cit, pág 220.
67 Ibid, pág 221.

de dimensiones o registros, que los hemos denominado como *Simbólico, Normativo y Fáctico*. El primer registro, se referirá a la *aspiración o valor jurídico a tutelar por parte de la norma, como meta última e irreductible al objetivo que se persigue*.

El segundo registro es una composición dual, de un lado es de corte netamente **descriptivo**, y del otro es **analítico**; *propugna reseñar al artículo de fundamento en el que se establece al derecho y a su vez, someterá a consideración aquellos conceptos indeterminados o ambiguos presentes en la norma que hacen más difícil obtener una redacción clara*.

Por último, el registro fáctico pretende ser sumamente reflexivo. En primer lugar, se cuestionará tres órdenes de interrogantes distintos : ¿Hacia quienes va dirigida y

bajo que condiciones, el disfrute de ese derecho ? que no es otra cosa que apuntar hacia el factor intersubjetivo o sea, **quienes son los sujetos beneficiados**; el segundo orden responde a la pregunta ¿Cómo se plasmará en la realidad ese derecho ? su respuesta es de dos niveles operativos de carácter complementario: **Modo (forma de instrumentalización política) y Tiempo (período de ejecución de las políticas)**, y nos queda, *el contenido mínimo de disfrute del derecho* ¿Cuántas o qué porcentaje se va a asegurar de disfrutar ese derecho a la población ? O sea, una variable de orden cuantitativo basado en un criterio técnico. A continuación, para ilustrar todo lo que hemos venido hablando, pondremos dos ejemplos tomando como base el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

EJEMPLO NUMERO UNO

	Registro Simbólico	Registro Normativo	Registro Fáctico
DERECHO A LA S E G U R I D A D SOCIAL	Objetivo : Asegurar acceso a toda persona, a los sistemas de seguridad social Bien Jurídico Tutelado : El derecho a la salud, derecho a la integridad personal, derecho a la asistencia prestacionista	Aspecto Descriptivo : art 9 del PIDESC Aspecto Analítico : Existen dos términos no suficientemente explicitados ; “seguridad social” y “seguro social”	¿Hacia quienes va dirigido este derecho y bajo qué condiciones ? Hacia toda persona en forma absoluta ¿Cómo se puede plasmar ese derecho ? Modo : No define política, queda a discrecionalidad de las Partes. No se define si es factible la existencia de entes privados a los públicos, en el servicio de dicha prestación social. Tiempo : No lo define ¿Qué tipo de criterio técnico se establece ? No se define

EJEMPLO NUMERO DOS

	Registro Simbólico	Registro Normativo	Registro Fáctico
DERECHO A LA SALUD	Objetivo : Disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental Bien Jurídico Tutelado : El derecho a la salud, derecho a la convivencia social, a la esperanza de vida, a prevenir la mortalidad.	Aspecto Descriptivo: art 12 del PIDESC Aspecto Analítico : -No define cuál es el más alto nivel, pues el mismo varía según la sociedad y el proceso de construcción histórica de sus conquistas sociales y políticas -No define los standard de mortalidad ; cuáles son los aspectos de la higiene del trabajo a mejorar ; como se van a definir las enfermedades epidémicas	¿Hacia quiénes va dirigido este derecho y bajo qué condiciones ? Hacia toda persona en forma absoluta ¿Cómo se puede plasmar ese derecho ? Modo : Hace mención a que para llegar al derecho de salud física y mental, hay que reducir la mortalidad infantil b) mejorar las condiciones de higiene en el trabajo,) prevenir las enfermedades endémicas Tiempo : No lo define ¿Qué tipo de criterio técnico se establece ? No se define

En este tipo de ejemplos, nos vamos a encontrar con una serie de situaciones que estimamos dignas de destacar. Para ambos derechos especificados, el tránsito

del Registro Simbólico/Normativo hacia el Registro Fáctico, desnuda toda una serie de carencias que inciden en la concreción del derecho mismo. Estamos claros en torno a

que la norma no puede contener todo⁶⁸, y debe ser si se quiere, de naturaleza abierta en aras que los Estados diseñen programas y planes progresivos de mejora en el derecho mismo; más esta situación acarrea dificultades operativas a los mismos Estados para cumplir los objetivos de desarrollo fijados y en contrapartida, para los propios particulares para exigir su cumplimiento. La dificultad estriba en la remisión absoluta de cumplimiento, la cual se encuentra sujeta a los recursos y posibilidades existentes, pero según como lo hemos determinado anteriormente, este imperativo se torna acomodaticio para los intereses gubernamentales y en escudo protector, para no propiciar siquiera un contenido mínimo obligacional. Por lo tanto, consideramos que la norma debe fijar una fuente de remisión en aras de precisar más al derecho. Por ejemplo : que en el artículo 9, anteriormente citado, se diga lo siguiente :

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social. **Para fijar este derecho, se observará el criterio mínimo elaborado por el Comité de Expertos de Seguridad Social de la Organización Mundial de Desarrollo Social de las Naciones Unidas” (AGREGADO APORTADO POR NOSOTROS)**

Para el caso del artículo 12, en el párrafo segundo habría que incluirle a cada una de las políticas, los respectivos criterios de fijación para tales medidas :

“2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para :

- a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños. **Para fijar lo anterior se observará el criterio mínimo geográfico establecido por la Organización de las Naciones Unidas para los derechos de la Infancia, y por la Organización Mundial de Salud (AGREGADO NUESTRO);**
- b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente. **Para fijar lo anterior, se observarán las directrices existentes en este sentido por parte de la Organización Internacional del Trabajo. (AGREGADO NUESTRO);**
- c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de

68 La limitación se encuentra establecida en la garantía genérica de progresividad de los DESC, contenida en el artículo 2, párrafo uno del PIDESC.

otra índole, y la lucha contra ellas. **Para fijar lo anterior, se observarán las directrices existentes en este sentido por parte de la Organización Mundial de la Salud. (AGREGADO NUESTRO);**

- d) La creación de condiciones que aseguren a todos(as) asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Cabe advertir que quizás este último artículo brinde más referencia al modo de cómo alcanzar el más alto nivel posible de salud física y mental, pero no aterriza en los indicadores sociales.⁶⁹ Por lo tanto, la confección de *criterios mínimos* que encierren variables geográficas, etarias, sexuales, de género, étnicos etc., es de primer orden para poder lidiar con la realidad -registro fáctico-. De otra manera, se seguirá dando la incongruencia entre los valores, la norma y la posible materialización del derecho.

V. Problemática por las decisiones que incidan en los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Responsabilidad por la Política Económica y Social a Nivel Estatal

Para el abogado de la Asociación Americana de Juristas, ALEJANDRO TEITELBAUM, se produce responsabilidad internacional del Estado en una situación como la siguiente : *“Suele suceder que las decisiones de política económica adoptadas por ciertos órganos , además de corresponder al interés exclusivo de las élites económicas, son el fruto de la presión y de la corrupción utilizadas por entidades económicas y financieras internacionales y por empresas transnacionales y configuran conductas delictivas contempladas en la legislación interna. Pero casi siempre resultan además perjudiciales para la gran mayoría de la población y constituyen violaciones caracterizadas a sus derechos económicos, sociales y culturales y, por consiguiente, deberían ser sancionadas”*⁷⁰ (ENFASIS NUESTRO).

El criterio esbozado, refleja la responsabilidad concerniente a un Estado cuando a consecuencia de sus políticas económicas, -que en última instancia poseen correlación con los efectos sociales- hace difícil el disfrute de una vida digna para el resto de la población. Al respecto, el autor plantea un problema de supletoriedad inmediata entre normas internas y normas internacionales, que protegen los derechos fundamentales, cuando nos dice que: *“la obligación del Estado de castigar a los autores de delitos económicos previstos en el derecho nacional pertenece a la jurisdicción interna. Pero cuando el perjuicio económico provocado por dichos delitos es de tal magnitud que tiene graves repercusiones sobre el nivel de vida de la población y, sobre todo, si son las mismas autoridades del estado las que con sus decisiones violan los derechos económicos, sociales y culturales de la población, entran en juego las normas internacionales que protegen los derechos humanos fundamentales”*⁷¹ . Termina aduciendo este autor, que la responsabilidad internacional

puede llegar incluso a extenderse hacia los organismos internacionales.⁷²

Asimismo, en criterio de otro autor como es el caso de MUÑOZ URIBE, tenemos que la violación a los derechos económicos, sociales y culturales, no puede serlo tanto por omisión, sino por una decidida supresión de los mismos. Manifiesta sobre este particular, lo siguiente:

*“A veces puede uno concluir que los derechos económicos, sociales y culturales pueden llegar a ser vulnerados de manera parecida a los derechos civiles y políticos ; ya no como consecuencia de la no realización de estos derechos, sino como consecuencia de la adopción de políticas que están directamente orientadas a la supresión de los mismos”*⁷³

Esta supresión, se manifiesta en la actitud permisiva y directa de los Estados, si permiten

69 Hemos elaborado un pormenorizado recuento del papel de los indicadores dentro del contexto de la ONU, así como los continuos desafíos y modalidades que conllevan su uso para la observancia y práctica de los DESC, véase punto E (“El sistema de Indicadores”) del Título III, Cap I, Sección III, pp 374-385 en CHACON MATA, (Alfonso), “Tutela y Aplicabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales dentro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”. Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1999.

70 TEITELBAUM, (Alejandro) “El Problema de la Impunidad de las Violaciones de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en TERRE DES HOMMES “El derecho a la Equidad: Ética y Mundialización Social”, Icaria editorial s.a, primera edición, Barcelona, 1997, pág 136.

71 Ibíd., pág. 137. Continúa diciendo el autor ; “Los autores de las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales y al derecho al desarrollo pueden ser los Estados, que son responsables de tales violaciones, cuando han sido cometidas por sus funcionarios y/o sus órganos competentes y también son responsables de las violaciones cometidas por los particulares que están bajo su jurisdicción, cuando no han adoptado las medidas necesarias para evitarlas y proteger a las víctimas” pág 138.

72 Al respecto, establece que “Las instituciones especializadas del sistema de las Naciones Unidas, como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y otras, tienen también el deber de promover la realización de los derechos económicos, sociales y culturales y del derecho al desarrollo (arts. 55, 56,57,58,63 y 64 de la Carta de las Naciones Unidas) y de respetar, en tanto personas de derecho internacional, los derechos humanos. Violando por acción o por omisión tales derechos, dichas instituciones y sus dirigentes pueden incurrir en responsabilidades, incluso penales. La responsabilidad penal de las personas jurídicas, tanto públicas como privadas, está ampliamente admitida e el derecho moderno e incorporada a al legislación penal de muchos países”, TEITELBAUM, (Alejandro), Op Cit, pp 138-139.

73 MUÑOZ URIBE, (Alirio), “Estado actual de los derechos económicos, sociales y culturales y del derecho al desarrollo en el derecho internacional” en TERRE DES HOMMES “El derecho a la equidad”, Icaria editorial, primera edición, Barcelona, 1997, pág 80.

que empresas extranjeras o multinacionales, empresas nacionales o personas bajo su jurisdicción, violen estos derechos a sectores débiles de la población; o si se toleran formas de dominación como el neocolonialismo o imponen formas de concentración en la propiedad, que impidan realizar derechos vitales, como o sería el de alimentación.

5.1 Los Programas de Ajuste Estructural: ¿Ayuda o Retroceso Social?

En los últimos tiempos se han venido instaurando en América Latina, una modalidad de políticas gubernamentales que han tenido tanto sus adeptos como detractores. Nos referimos a los Programas de Ajuste Estructural (PAE), que son definidos como un conjunto de medidas económicas inspiradas en el “libre mercado” que el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional (FMI) imponen a los países como condición para recibir ayuda financiera.⁷⁴ Se trata de un nuevo modelo de desarrollo que de acuerdo con los objetivos del PAE, pretende la diversificación de la producción y la búsqueda de nuevos mercados, a través de una fuerte reforma del Estado y del sector privado, junto a una mayor atención a la balanza de pagos.⁷⁵

Los países latinoamericanos que iniciaron su transición al modelo democrático, tuvieron que modificar concomitantemente, su modelo económico. La necesidad urgente de préstamos, trajo consigo que los organismos internacionales diseñaran los PAE, abandonando el esquema de “desarrollo hacia adentro” y se fortaleció el “desarrollo hacia afuera” destinados al libre mercado, que propició como consecuencia desde la perspectiva de una autora, el siguiente efecto: *“El modelo de Estado Benefactor también varió. Se pasó entonces, de un Estado interventor a uno facilitador, que restringió sus áreas de servicio y que rápidamente vendió parte importante de su patrimonio: telefonía, gas, electricidad, etc. El nuevo tipo de Estado debía ser de menor tamaño, eficiente a la hora de gastar recursos limitados y dejar libre el espacio para la actividad privada y la extranjera”*.⁷⁶ La relación entre instituciones financieras y gobiernos, implica que éstos últimos deben tener el “visto bueno” del Banco Mundial y el FMI. De lo contrario, no es posible para los países del Tercer Mundo, acceder a los créditos y préstamos comerciales, ni a las

74 FORO INTERNACIONAL DE ONGS SOBRE LOS PRESTAMOS DE AJUSTE ESTRUCTURAL DEL BANCO MUNDIAL Y EL FMI, 1992 , “La Otra Cara de la Moneda : El verdadero Impacto de los Programas de Ajuste Estructural del Banco Mundial y El FMI”, Publicado por The Development Group for Alternative Policies (Grupo de Desarrollo para Políticas Alternativas) en colaboración con Amigos de la Tierra, Church World Service, Lutheran World Relief Office on Development Policy, Greenpeace International, Red del Tercer Mundo y EURODAD, pág 2.

75 Comisión Costarricense de Derechos Humanos (CODEHU), “Situación de los Derechos Humanos en Costa Rica”, Informe Número cuatro, 1 de setiembre de 1990 al 31 de diciembre de 1992, Prolitsa s.a, San José Costa Rica, diciembre 1993, pág 54.

76 MORA CHINCHILLA, (Carolina) “Globalización y democracia: América Latina en la búsqueda de una mejor representatividad política”, Serie Cuadernos de Historia de Cultura No 6, Sección de Historia de la Cultura, Escuela de Estudios Generales, Universidad de Costa Rica, primera edición, tercera reimpresión, San José, Editorial Universidad de Costa Rica, 2007, pág 27.

facilidades para el pago de la deuda y a la ayuda multilateral. Además, la mayoría de los países industrializados condicionan la ayuda bilateral a la adopción de un programa de ajuste.

Ha sido sostenido por RAIMONDO y ECHEGARAY, que este tipo de ajuste acarrea las siguientes consecuencias: *“La natural consecuencia de la política de ajuste es la reducción de los espacios de encuentro público, la del cierre o clausura de los canales de participación y/o de agregación de reclamos o protestas. (...) El ajuste se proyecta como una política de racionalización de la democracia, minimizándola como territorio de participación política y bienestar social, como mecanismo de equilibrio entre demandas y actores en puja, y como posibilidad de desarrollo individual de la propia personalidad”*.⁷⁷

Podríamos pensar que algunos enunciados de este programa son recomendaciones válidas, que deben ser tomadas en cuenta por todo gobierno en el manejo de la economía. Estamos hablando de una adecuada tributación; a no hacer uso de emisiones inorgánicas ni dejar que el mercado fije los precios; alentar la competencia e incrementar la actividad productiva y su modernización; a impulsar una adecuada inserción de la economía en el mercado mundial. Sin embargo, las directrices conllevan insuficiencias tremendas, para resolver los agudos problemas de nuestro continente americano, en especial.⁷⁸

Lo cierto del caso es que en los países que se ha implementado, ha necesitado paralelamente a la adopción del programa; toda una serie de políticas establecidas con clara incidencia en lo social y económico⁷⁹.

77 RAIMONDO, (Ezequiel) y ECHEGARAY,(Fabián), “Repensando la Democracia desde el Ajuste : Una Perspectiva Crítica”, Revista Nueva Sociedad, No 113, Mayo-Junio 1991, Caracas, Venezuela,1991.

78 ESTÉVEZ,(Carlos), en NOVIB, “Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo”, Editorial Presencia Limitada, nov. 1993, Bogotá, 1993, pp 200-201.

79 Por ejemplo, a partir de 1982, el gobierno mexicano ha puesto en práctica virtualmente todas las políticas de ajuste promovidas por el Banco Mundial y el FMI : a) la reducción del gasto público (incluyendo a los servicios sociales) ; b) la eliminación y/o la orientación precisa de los subsidios ; c) la reforma fiscal ; d) la restricción del crédito ; e) la privatización de la mayor parte de las empresas estatales ; f) la liberalización comercial ; g) la devaluación ; h) la abolición de barreras para la inversión extranjera, citado en HEREDIA,(Carlos) y PURCELL, (Mary E.) “La Polarización de la Sociedad Mexicana : Una Visión desde la Base de las Políticas de Ajuste Económico del Banco Mundial”, Equipo PUEBLO, México y The Development Gap, Washington, D.C., diciembre 1994, pág 3. Otra publicación detalla que “A raíz de la crisis económica de diciembre de 1994, el gobierno mexicano decidió firmar una nueva carta de intención con el Fondo Monetario Internacional (FMI). A cambio de un paquete de ayuda financiera de emergencia del propio Fondo y el Tesoro de Estados Unidos, las autoridades se comprometieron a profundizar el proceso de “cambio estructural”, acelerando las medidas de desregulación y emprendiendo una nueva fase de privatizaciones. Como resultado, se ha abierto y/o ampliado la participación privada, nacional y extranjera, en actividades estratégicas como la distribución de gas natural, la generación de energía eléctrica, diversas ramas de telecomunicaciones entre otros”. La misma publicación establece que como muestra de la Privatización de la Soberanía, en 1982 existían en México 1,155 empresas públicas, y en julio de 1996 quedaban sólo 195, PEÑALOZA MENDEZ,(Andrés) en “Nuestra América”, Boletín Trimestral de la red Hemisférica para el Desarrollo Sostenible y el Comercio Justo, Vol 1, No 3, otoño de 1996, p 2. ; Ver para el caso de Haití, MCGOWAN,(Lisa A.), “Democracy Undermined, Economic Justice Denied : Structural Adjustment and The Aid Juggernaut in Haiti”, The Development Gap, Washington D.C., January 1997.

Al respecto, un ponente de un seminario internacional, sobre *“Crisis económica y perspectivas de desarrollo en América Latina”*, hace un balance de la aplicación de las políticas de ajuste estructural en nuestro continente, de la siguiente manera:

“En lo que se refiere a las políticas de ajuste, en parte impuestas y en parte tomadas libremente por los países, funcionan cuando los mercados se comportan “normalmente”; pero en las condiciones actuales, si bien los ajustes han logrado restaurar ciertos equilibrios parciales, prácticamente han asfixiado las posibilidades de desarrollo social y han creado nuevos desequilibrios en el ámbito social, económico y también en el político, aspecto este último que ha ido tomando cada vez mayor importancia dentro de los procesos de desarrollo.

Como resultado de las medidas impuestas por la crisis, ahora se observa una discontinuidad cada vez mayor en las políticas de desarrollo, tanto de corto como de mediano plazo, y el horizonte de largo plazo prácticamente ha desaparecido para casi todos los países, inmersos en la lucha día a día por su supervivencia.

Las políticas de desarrollo de la mayoría de los países de América Latina resultan ahora confusas, frágiles, casi indefinibles y esta indefinición se refleja en su política económica, en la concepción de las relaciones entre lo económico y lo social y han convertido en obsoletos los enfoques de planificación socio-económica y sus instrumentos y políticas. Estos instrumentos, tal como están concebidos y han sido utilizados hasta hoy, resultan casi totalmente inútiles para enfrentar la nueva conformación de los problemas actuales y de los problemas en perspectiva.

En términos generales, las actuales políticas de ajuste no están dejando a las economías en condiciones relativamente más estables, como ocurrió con las políticas de este tipo, aplicadas en los años 1960 al 70. Las economías continúan con más altos niveles de inflación y propensión a que la misma se acelere, además de que persiste el problema de la deuda y el pago de intereses”⁸⁰.

A manera conclusiva, nos permitimos reseñar que la experiencia en la aplicación

de esta modalidad de políticas impuestas en el continente latinoamericano, ha ido encaminada a aletargar las condiciones sociales de amplias colectividades humanas, las cuales ven menoscabadas paulatina y constantemente, su nivel de vida. Hemos visto ejemplos del impacto de los PAE en diferentes contextos, siendo que nuestro país no escapó igualmente a los efectos múltiples de este programa en los órdenes social y económico.⁸¹

5.2 El Ajuste Estructural y el Disfrute de los DESC.

En este sentido, es importante destacar que incluso dentro del seno de la ONU, el Relator Especial sobre la realización de los DESC, manifestó, en su segundo informe sobre los progresos realizados, presentados a la Subcomisión, lo siguiente : “Las instituciones que intervienen directamente en la planificación, la promoción y la vigilancia de los programas de ajuste estructural, como son el Banco Mundial y el FMI, no pueden permitirse obviar las consecuencias de esos programas de trabajo sobre los derechos humanos. Aunque sólo sea de forma implícita, estas instituciones tienen, no obstante, unas obligaciones en materia de derechos humanos. Aunque este argumento sigue sometido a discusión en el seno de estas instituciones, se fundamenta en lo siguientes puntos:

- a) El Banco Mundial y el FMI son organismos de las Naciones Unidas (o cuanto menos “afiliados” a las Naciones Unidas) y están, por lo tanto, sometidos a los términos establecidos en la Carta de las Naciones Unidas, y más concretamente a las cláusulas sobre derechos humanos recogidas en los Artículos 55 y 56.
- b) Ambas instituciones, junto con otras, tienen en cartera (de forma implícita o explícita) una serie de acciones orientadas al desarrollo. Las cuestiones de derechos humanos se han ido incorporando en forma creciente a una amplia gama de actividades dirigidas al desarrollo, siendo un ejemplo la declaración de la Subcomisión, en su resolución 1987/29 que afirma que “las políticas encaminadas a un desarrollo sostenible entrañan la integración de los derechos humanos en el proceso de desarrollo”. Los derechos humanos y el desarrollo se han hecho inseparables.”⁸²

Sin embargo, a pesar de lo anterior, la realidad es clara en demostrar cual es el saldo social, en la aplicación de los lineamientos emanados por los organismos internacionales. Al respecto, se ha dicho que *“Las políticas de ajuste estructural impulsadas por el FMI y el*

80 Consejo Nacional de Desarrollo (CONADE), Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales (ILDIS), “Crisis Económica y Perspectivas de Desarrollo en América Latina”, Quito, Ecuador, 1986, pp 227-228. Ver en esta misma publicación, el artículo “La dimensión internacional del sesgo recesivo del proceso de ajuste en América Latina”, por GROUND,(Richard) de la CEPAL, (pp 73-90); o si se quiere enfatizar alguna experiencia particular en América Latina, puede verse a DAMILL, (Mario), “Deuda externa y Políticas de Ajuste: Algunas notas a partir de la experiencia Argentina” (pp 101-148).

81 Véase a manera de ejemplo el libro de ROVIRA MAS, (Jorge) “Costa Rica en los años 80´s”, Editorial Provenir, primera edición, 1987.
82 Organización de las Naciones Unidas (ONU), E/CN.4/1996/22, pág 19.

BM condicionan a los Estados, justifican la dominación y niegan el desarrollo humano. Sus recetas se traducen, entre otras cosas, en una disminución impresionante de los presupuestos de salud, de educación, en la reducción de salarios, en el recorte de servicios públicos, en más de 1000 millones de hombres viviendo en la pobreza extrema y padeciendo hambre cada día, en afianzar la injusta distribución de la riqueza incluso en los países industrializados donde el 20% más rico recibe 7 veces más que el 20% más pobre de la población, en los países en desarrollo el 20% más rico recibe el 50% del total de los ingresos familiares y el 20% de las familias más pobres recibe un 4% o menos de ese ingreso”.⁸³

CLOTILDE FONSECA, opina lo siguiente en cuanto a la dualidad entre ajuste estructural y Desarrollo Social, que se abordó en la Cumbre de Desarrollo Social convocada por las Naciones Unidas en el año de 1995:

“El costo social de los ajustes fue uno de los temas más controversiales y más insistentemente discutidos en el marco de la Cumbre. Los efectos negativos que han tenido los procesos de ajuste estructural impulsados por los organismos internacionales a partir de la década

de los ochenta fue una preocupación permanente, particularmente en función del deterioro de los aspectos sociales. Con preocupación muchos se preguntan si es posible prevenir o combatir la pobreza en el marco de las políticas económicas que, según datos recientes, están contribuyendo a su progresiva profundización” (....)

“Las políticas macroeconómicas de liberalización comercial y privatización de servicios públicos han golpeado fuertemente a los grupos marginados. Su efecto negativo fue doble: impactó a los más pobres y redujo la pobreza a los que no lo eran tanto (Whitehead, 1995). De hecho, los organismos internacionales, incluyendo el Fondo Monetario Internacional reconocieron abiertamente el costo social que conllevan los procesos de ajuste e insistieron en la utilidad de las llamadas “safety nets” o redes de seguridad. El Fondo Monetario aceptó que “la dimensión social del ajuste estructural ha llevado a la necesidad de prestar mayor atención a esos temas en el contexto del seguimiento y del diseño del programa, esto en cercana colaboración con otras agencias que tienen importantes intereses y

83 Datos tomados del Documento A/CONF.166/9, del 19 de abril de 1995, p.9, y del Banco Mundial, “Informe sobre el Desarrollo Mundial 1991”, Washington D.C., citados por URIBE MUÑIZ,(Alirio), en TERRE DES HOMMES, Op Cit, pp 76-77.

responsabilidades en el campo social” (IMF, Social Dimensions of the IMF’s Policy Dialogue, 1995, p 1)”⁸⁴

VI. Consideraciones Finales.

Una vez llegados al epílogo de estas líneas, nos encontramos con una serie de aspectos que consideramos oportuno destacar a título de recuento final. En primer lugar, los DESC han sido condicionados para su correcta implementación y disfrute, a requerimientos estatales que coadyuven a que estos derechos sean una realidad. Existen problemas de implementación en el mismo marco de concebir la función del aparataje estatal en la prestación de estos derechos, debido a que puede decantarse en propiciar la nivelación de oportunidades (igualdad) o concebirse a si mismo como un Estado-policía, ajeno a cualquier intervención en este sentido, y dejar que las libres concurrencias de las fuerzas de la oferta y demanda hagan su acometido (libertad). Según sea la gradualidad a seguir en este péndulo compuesto por ambas externalidades, así podrá concebirse

correlativamente, el tipo de prestación hacia la colectividad demandante. No obstante, de nuestra parte compartimos la tesis de DONNELLY, para quien el Estado mínimo, por su esencia misma, es un trasgresor de los derechos humanos, debido a que *“El doble objetivo liberal de alcanzar la autonomía y la igualdad se sustituye en esta corriente por una búsqueda obsesiva de la autonomía, entendida sobretudo como la garantía social de ofrecerle a la acción privada el espacio más amplio posible, sin tomar casi en cuenta sus consecuencias para la sociedad”*.⁸⁵

En este ensayo se ha hablado del reconocimiento y garantización de los DESC, siendo que a nivel normativo las limitaciones propias a la concepción de los derechos en cuestión, en el mismo seno del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, han generado que estos derechos se visualicen usualmente como aspiraciones deseables más no exigibles. Este instrumento presenta la particularidad de no “garantizar” los derechos insertos; todo ello que no se asume una base

84 FONSECA , (Clotilde), “Entre la Retórica y La Praxis: Un Análisis de la Cumbre Mundial de Desarrollo Social”, en GONZALEZ VOLIO, (Lorena) edit. “Ensayos en Honor a Fernando Volio Jiménez”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, primera edición, San José, Costa Rica, 1998, p 242. Continúa la autora aduciendo que “Aunque la Cumbre Social no se pronunció expresamente contra los procesos de ajuste estructural, sí se manifestó contra el hecho de que estos procesos de ordenamiento de las finanzas públicas estén afectando de manera más pronunciada a los sectores más débiles. Tal como quedó consignado en uno de los compromisos de la declaración de Copenhague, la Cumbre acordó que cuando los procesos de ajuste deban producirse, estos deben incorporar estrategias de desarrollo social. De hecho, el Capítulo V del Plan de Acción en el apartado relativo a la movilización de los recursos financieros establece que: “Las Naciones Unidas, en cooperación con el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y otras instituciones multilaterales de desarrollo, deben estudiar el efecto que tienen los programas de ajuste estructural en el desarrollo económico y social, y ayudar a los países que introducen ajustes a establecer condiciones propicias para el crecimiento económico, la creación de empleo, la erradicación de la pobreza el desarrollo social”. pág 23.

85 DONNELLY, (Jack) “Derechos humanos universales en teoría y en la práctica” trad. Ana Isabel Stellino, México, Ediciones Gernika, primera edición, 1994, pág 116.

menos discrecional que la expuesta en el artículo segundo de este tratado, sobre la que debe partirse en el ámbito de la tutela en este tipo de derechos. Surge entonces, desde nuestra perspectiva, un desfase entre los valores que se quieren tutelar en una norma, y su contrastación con la realidad, situación que exponemos en la *“Teoría de la Contradicción Fáctica”*, constituyéndose en barreras claras, que utilizan los Estados para amainar su incapacidad de cumplimiento.

Aunado a lo anteriormente expuesto, se atenta contra la posibilidad de individualizar un reconocimiento y garantía concreta a estos derechos, cuando se recurre a variables como las siguientes: i- Necesidad de decantar un derecho mínimo exigible que sirva de piso, más no de límite en sí mismo; ii- Las garantías que se requieren para acceder a la justiciabilidad de los DESC, a través de las mismas provisiones jurídicas, en aras de no caer en el círculo vicioso de la gradualidad y progresividad, como barreras falacias en sí mismas; iii- Romper los mitos de la ausencia de recursos para el cumplimiento y el carácter pragmático de los DESC, como aspectos invocados constantemente para no operacionalizar tales derechos hacia una ciudadanía demandante de servicios sociales.

Como corolario debemos decir que el carácter progresivo que se persigue en los DESC, tiene enormes limitaciones en estos

tiempos presentes en el espectro de política pública. El auge privatizador y de rezago en el campo social que se suscita con las políticas liberalizadoras comerciales aplicadas en nuestro continente americano, son un claro vaticinio de la imperiosa labor que tienen los Estados de afrontar este dilema, a la hora de considerar la realización de políticas sociales hacia sus ciudadanos(as).

Estimamos como un referente esperanzador, que se avance de la normatividad de las provisiones inherentes a DESC, hacia concepciones realistas entendidas como aquellas que propicien una amplitud en el reconocimiento y alcance emanado de la misma norma. Para cumplir este objetivo, los sistemas de definición de indicadores se torna como una alternativa a examinar y potenciar, todo ello que estarían creando condiciones necesarias para construir parámetros ejemplificativos y exigibles a los Estados Partes de convenios internacionales, que se obligan a cumplir sus provisiones a través del *principio de buena fe o Pacta Sunt Servanda*. Lo cierto del caso es que queda mucho por realizar en el devenir de la exigibilidad y justiciabilidad de los DESC, más hemos querido visualizar algunas causas entrópicas que pueden propiciar tal sintomología, así como sus manifestaciones más directas o concretas. Desde la trinchera del Derecho, se puede hacer mucho en este campo tan álgido...!y con el compromiso de los operadores jurídicos todavía mucho más!

VII. Bibliografía Utilizada

ALVAREZ GONZALEZ, (Francisco), “El Pensamiento Moderno y la Idea del Hombre”, Tomo II, EUNED, segunda reimpresión, San José, 1985.

BARCESAT,(Eduardo), “Derecho al Derecho : Democracia y Liberación”, Ediciones Fin de Siglo, Buenos Aires, 1993.

BAY,(Christiam), “La Estructura de la Libertad”, Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1961.

BELBEY, (José), “La Aventura de Libertad en el Hombre”, Bases editorial, primera edición, Buenos Aires, 1957.

BURGOA, (Ignacio), “Las Garantías Individuales”, Edit. Porrúa, México, 1970.

BOLIVAR,(Ligia), “Derechos económicos, sociales y culturales : derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes. Una visión desde la (in) experiencia de América Latina” en Instituto Interamericano de Derechos Humanos, en Estudios Básicos de Derechos Humanos, Vol V, primera edición, San José, 1996.

CANCADO TRINDADE, (Antonio), “La Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en “Estudios Básicos de Derechos Humanos”, Vol I , Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Comisión de la Unión Europea, primera edición, San José, 1994.

CANCADO TRINDADE, (Antonio), “Relaciones entre el Desarrollo Sustentable y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Desarrollos Recientes”, en “Estudios Básicos de Derechos Humanos”, Vol II, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Comisión de la Unión Europea, primera edición, San José, 1995.

CARVAJAL VILLAPLANA, (Álvaro). “Derechos Humanos, Desobediencia y rebelión en Spinoza”, en Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica, XXXV (85), Escuela de Filosofía de la Universidad de Costa Rica, San José, 1997.

CEPAL (Comisión Económica para América Latina y El Caribe), Instituto Interamericano de Derechos Humanos; “La Igualdad de los Modernos : reflexiones acerca de la realización de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José -Costa Rica, 1997.

Comisión Costarricense de Derechos Humanos (CODEHU), “Situación de los Derechos Humanos en Costa Rica”, Informe Número cuatro, 1 de setiembre de 1990 al 31 de diciembre de 1992, Prolitsa s.a, diciembre 1993.

Comisión Chilena de Derechos Humanos, Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Seminario Los DESC : Desafío para la Democracia”, 15-16 de diciembre de 1987, Santiago, 1988

Consejo Nacional de Desarrollo (CONADE), Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales (ILDIS), “Crisis Económica y Perspectivas de Desarrollo en América Latina”, Quito, Ecuador, 1986.

CONTRERAS PELAEZ, (Francisco J.), “Derechos Sociales : Teoría e Ideología”, Editorial Tecnos, Madrid, 1994.

Corte I.D.H, Organización de Estados Americanos “Caso Aloeboetoe y Otros”, Sentencia de 4 de diciembre de 1991, Serie C No 11.

Corte I.D.H, Organización de Estados Americanos “Caso Aloeboetoe y Otros”, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 10 de septiembre de 1993, Serie C No 15.

CHACÓN MATA, (Alfonso) “El uso de indicadores para justificar y exigir el derecho a la educación. Apuntes para un debate” en “Actualidades Investigativas en Educación”, Revista electrónica, Instituto de Investigación en Educación, Facultad de Educación, Universidad de Costa Rica, Volumen 6, Número 2, mayo-agosto 2006.

CHACÓN MATA, (Alfonso) “Derechos económicos, sociales y culturales: Indicadores y justiciabilidad”, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, Número 43, Universidad de Deusto, Instituto de Derechos Humanos, Bilbao, 2007.

CHACÓN MATA, (Alfonso), “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales a través del desarrollo de indicadores: Avances concretos en la Organización de las Naciones Unidas”, Revista Judicial N° 97, San José Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, setiembre 2010.

DONNELLY, (Jack) “Derechos humanos universales en teoría y en la práctica” trad. Ana Isabel Stellino, México, Ediciones Gernika, primera edición, 1994.

EIDE, (Asbjorn), “Economic, Social and Cultural Rights : a textbook”, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1995.

ESTÉVEZ, (Carlos), en NOVIB, “Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo”, Editorial Presencia Limitada, nov. 1993, Bogotá, 1993.

FARRIER BRAIS, (Pedro), LOBO QUIROS, (Víctor Manuel) y PEÑARANDA SEGREDA (Guido). “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José)” Tomo I,. Tesis para optar al título de Licenciados en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica 1985.

FONSECA, (Clotilde), “Entre la Retórica y La Praxis: Un Análisis de la Cumbre Mundial de Desarrollo Social”, en GONZALEZ VOLIO, (Lorena) edit. “Ensayos en Honor a Fernando Volio Jiménez”, Instituto Interamericano de

Derechos Humanos, primera edición, San José, Costa Rica, 1998.

FROMM, (Erich), “El Miedo a la Libertad”, Editorial Paidós, 12va reimpresión México, 1991

GIRON REGUERA, (Emilia) “Semejanzas y diferencias entre el amparo constitucional español y la acción de tutela colombiana”, en Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fabrique Furia Cerillo 20/21, Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política y de la Administración-Universitat de València, verano y otoño de 1997

GROS ESPIELL, (Héctor), “Estudios sobre Derechos Humanos”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Civitas, Madrid, primera edición, 1988

GROS ESPIELL, (Héctor), “Responsabilidad del Estado y Responsabilidad Penal Internacional en la Protección Internacional de los Derechos Humanos” en “Liber Amicorum: Héctor Fix-Zamudio”, Vol I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, primera edición, San José-Costa Rica, 1998.

HELLER, (Herman), “Teoría del Estado”, Fondo de Cultura Económica, 12va reimpresión, México, 1987.

HEREDIA, (Carlos) y PURCELL, (Mary E.) “La Polarización de la Sociedad Mexicana: Una Visión desde la Base de las Políticas de

Ajuste Económico del Banco Mundial”, Equipo PUEBLO, México y The Development Gap, Washington, D.C., diciembre 1994.

HERNANDEZ VALLE, (Rubén). “Las Libertades Públicas en Costa Rica”, Editorial Juricentro, San José, 1980.

HOPERS, (John) “Introducción al Análisis Filosófico”, Alianza Editorial, segunda edición, Madrid, 1984.

HUME, (David), “Ensayos Políticos”, San José, Colección Clásicos de la Democracia, Universidad Autónoma de Centroamérica, primera edición, 1986

KÜNNERMAN, (Rölf), “A Coherent Approach to Human Rights”, en Human Rights Quarterly, Vol 17, No 2, The Johns Hopkins University Press, may 1995, Maryland, 1995.

KÜNNERMAN, (Rölf), “The Right to an Adequate Standard of Living”, International Institute of Human Rights, Lecture 2, p 2, 1-26 July 1996, 27th Study Session Strasbourg-France, 1996.

MAYORGA LORCA, (Roberto) “Naturaleza Jurídica de los derechos Económicos, Sociales y Culturales”, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago, 1990.

MARCUSE, (Herbert), “El Hombre Unidimensional”, Editorial Seix Barral s.a, novena edición Barcelona, 1972.

MORACHINCHILLA,(Carolina)“Globalización y democracia: América Latina en la búsqueda de una mejor representatividad política”, Serie Cuadernos de Historia de Cultura No 6, Sección de Historia de la Cultura, Escuela de Estudios Generales, Universidad de Costa Rica, primera edición, tercera reimpresión, San José, Editorial Universidad de Costa Rica, 2007.

MUÑOZ URIBE, (Alirio), “Estado actual de los derechos económicos, sociales y culturales y del derecho al desarrollo en el derecho internacional” en TERRE DES HOMMES “El derecho a la equidad”, Icaria editorial, primera edición, Barcelona, 1997.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, Comisión Interamericana de Derechos Humanos “Lineamiento para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales” OEA/Ser/L/V/II.129 Doc.5, original español, 5 de octubre 2007.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU), E/CN.4/1996/22, New York, julio de 1996.

ORGANIZACIÓN NACIONES UNIDAS, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) “Informe sobre Desarrollo Humano 2004: La libertad cultural en el mundo diverso de hoy”, Publicado para el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Ediciones Mundi-Prensa 2004.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Instrumentos Internacionales de Derechos

Humanos “Informe sobre indicadores para vigilar el cumplimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos”, 18ª reunión de los presidentes de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, Ginebra, 22 y 23 de junio de 2006; Quinta reunión de los comités que son órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, Ginebra, 19 a 21 de junio del 2006, español, HRI/MC/2006/7 del 11 de mayo del 2006.

PECES-BARBA MARTINEZ, (Gregorio), “La Universalidad de los Derechos Humanos”, en “La Corte y El Sistema Interamericano de Derechos Humanos” , Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1995, San José, 1995.

PEREZ LUÑO, (Antonio), “El Concepto de Igualdad como fundamento de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en Anuario de Derechos Humanos, Instituto de Derechos Humanos, Madrid, enero 1981.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) “Informe sobre Desarrollo Humano 2000”, publicado por PNUD, Ediciones Mundi Prensa, Madrid-Barcelona-México, 2000.

RAIMONDO, (Ezequiel) y ECHEGARAY,(Fabián), “Repensando la Democracia desde el Ajuste : Una Perspectiva Crítica”, Revista Nueva Sociedad, No 113, Mayo-Junio 1991, Caracas, Venezuela,1991.

ROBERTSON, (Robert E.), “Measuring State Compliance with the Obligation to Devote the “maximun available resources” to Realizing Economic, Social and Cultural Rights”, en Human Rights Quaterly, Vol 16, No 4, The Johns Hopkins University Press, Nov 1994, Maryland, 1994.

ROJAS ARAVENA, (Francisco), “Centroamérica: Indicadores Socioeconómicos para el Desarrollo”, Ediciones FLACSO, primera edición, San José, 1983.

ROSENTAL, (M) y JUDIN, (P), “Diccionario Filosófico”, Editora Política, La Habana, Combinado Tipográfico de Guantánamo, 1981.

ROVIRA MAS, (Jorge) “Costa Rica en los años 80’s”, Editorial Provenir, primera edición, 1987.

SALINASRIVERA,(Alejandro),“Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en COMISON INTERNACIONAL DE JURISTAS, 1995.

TEITELBAUM, (Alejandro) “El Problema de la Impunidad de las Violaciones de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en TERRE DES HOMMES “El derecho a la Equidad: Ética y Mundialización Social”, Icaria editorial s.a, primera edición, Barcelona, 1997.

UNESCO, “Guide to Interpretation of the Convenant on Economic, Social and Cultural Rights”, March 24-25, 1983.

VASQUEZ, (Enrique), “Hacia una Nueva Concepción de los Derechos Humanos”, en Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, No 5, enero-junio 1987, San José.

LA REIVINDICACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA “CORPORATIVA”: UNA BREVE REFERENCIA A LA EVOLUCIÓN EN EL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES.

"El gran objeto de una compañía es dotar del carácter y propiedades de la individualidad a un cuerpo colectivo y cambiante de hombres"
Juez Marshall, Providence Bank v. Billings, 4 Pet. 514, 562 (1830).

M.Sc. Carlos E. Valenciano Góngora

INTRODUCCIÓN – I- La personalidad jurídica de las sociedades mercantiles – 1. Aclaraciones previas. – 2. Concepto básico de sociedad – 3. La personalidad jurídica – 4. Principales teorías sobre la personalidad jurídica de las corporaciones. - A. La teoría de la agregación. - B. La teoría de la entidad artificial. - C. La teoría de la entidad natural. - 5. Corolario. Conclusiones preliminares sobre el desarrollo de la teoría de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles. - II- Derechos fundamentales de las personas jurídicas privadas – 1. Los derechos fundamentales de las personas jurídicas privadas – 2. El régimen de protección de los derechos fundamentales de las sociedades mercantiles en Europa. - A. Implementación de dicho ámbito de protección en los regímenes constitucionales domésticos. – B. Implementación de dicho ámbito de protección a nivel comunitario. – 3. El régimen de protección de los derechos fundamentales de las sociedades de capitales en los Estados Unidos. - A. Personalidad jurídica corporativa y la Constitución de los Estados Unidos de América. – B. Los derechos procesales y de propiedad frente a otras libertades. - i. El derecho de propiedad y el derecho al debido proceso. – ii. Otras libertades fundamentales. - III- Conclusiones. Hacia un reconocimiento y tutela universal de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles. – BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Al llevarnos a través de los utópicos campos legales de la Nusquamia de Maitland, el ilustre profesor de Oxford, H. L. A. HART, nos provoca afirmando que “(...) la controversia jurídica sobre la naturaleza de la personalidad jurídica de las corporaciones ha muerto.¹”, procurando así distanciarnos de cierta noción

recurrente según la cual las aserciones legales relativas a las compañías no son sino reformulaciones soslayadas de afirmaciones de derechos y obligaciones atinentes a las personas físicas². En este sinuoso camino, HART nos advierte de los peligros de las definiciones lapidarias y del abuso retórico de la ficción y la analogía, particularmente al intentar vincular conceptos como “derechos”

1 HART, H.L.A. (1954). Definition and Theory in Jurisprudence (An inaugural lecture delivered before the University of Oxford on May 30, 1953). The Law Quarterly Review [Vol 70, Jan. 1954], pp. 37-60. Tomado de: NIÑO, C. (Editor) (1992). Rights. The International Library of Essays in law and legal theory. Schools 8. Rights. 1992. New York University Press. Páginas 15-16.
2 Ibid, página 20.

o “personalidad” al de “corporación”³. En su brillante disertación, nos distrae de obscuras lucubraciones sobre la ontología del fenómeno corporativo y de los recovecos del lenguaje jurídico, y en su lugar llama nuestra atención respecto de las condiciones reales en las que la ley atribuye derechos y responsabilidades a las sociedades, circunstancias que ayudan a dimensionar el ámbito de su régimen legal de protección, amén de resaltar aspectos esenciales de la labor hermenéutica de los jueces en el reconocimiento de la personalidad jurídica de estas entidades.⁴

Ciertamente, al final del siglo diecinueve, las corporaciones eran entendidas más allá de la mera sumatoria de los intereses contractuales en ellas coincidentes, pero el reconocimiento de su personalidad jurídica continuaba siendo un tema contencioso en torno del cual, mientras los defensores de la teoría de la entidad artificial sostenían que se trataba de un “(...) *ser artificial, invisible, intangible y existente solamente en razón*

de la ley”⁵, los seguidores de la teoría de la entidad natural -particularmente aquellos influenciados por los trabajos de GIERKE⁶ sobre el Genossenschaftsrecht- argüían que ésta no era sólo una ficción legal, sino la materialización de un interés colectivo que, como tal, creaba una entidad autónoma con una esfera de existencia diferenciada.⁷ Lo cierto es que, independientemente de la tesis a la luz de la cual se le analice, es menester notar que el concepto moderno de personalidad jurídica “corporativa”, que apela al reconocimiento de las sociedades como entidades legales autónomas⁸, connota no su “*humanización*”⁹, sino simplemente su admisión como sujetos de derechos y obligaciones.

A pesar de la ostensible tutela de la que goza en la actualidad la personalidad jurídica corporativa, sólo recientemente ciertas constituciones nacionales y convenciones internacionales han venido a recoger formalmente algunos de los “derechos

fundamentales” de las personas jurídicas privadas. Los mayores avances en su reconocimiento y tutela se han alcanzado en los Tribunales, donde los jueces han identificado y ratificado de manera modesta pero progresiva la naturaleza autónoma de las corporaciones como unidades socio-económicas representativas de intereses colectivos.

Hoy, dicho ámbito de protección incluye un acervode derechos procesales y substantivos, que van desde el clásico derecho de defensa hasta concesiones más controversiales, como el del pretendido derecho de estas formas asociativas a la libre expresión o al involucramiento en actividades políticas. En este sentido, mientras el reconocimiento de derechos procesales a las personas jurídicas es considerado desde hace tiempo vital para el desarrollo político y económico de las economías de mercado, el otorgamiento de libertades y derechos substantivos continúa siendo objeto de tendenciosas batallas ideológicas. Sin perjuicio de esta tensión, la consistencia en el reconocimiento al seno de los sistemas legales tanto anglosajones como romano-germánicos de ciertos derechos fundamentales a las personas jurídicas privadas sugiere la paulatina configuración de una verdadera esfera positiva de protección de la personalidad jurídica corporativa.

El enfoque y alcance de este artículo es por demás modesto: no pretende introducir

elementos novedosos a esta discusión centenaria, ni tampoco intenta en vano retratar de manera exhaustiva el vasto caudal de conceptos que alimentan la teoría moderna de la personalidad jurídica de las entidades corporativas. Por el contrario, recoge diversas tesis sobre el fenómeno para ofrecer a los lectores que recién se acercan a este tema una breve referencia sobre la evolución en el reconocimiento y tutela de la personalidad jurídica de las sociedades, invitándolos a abandonar las simplificaciones retóricas -tan arraigadas en nuestro medio- que reducen estas formas asociativas a entidades “artificiales” o “ficticias” y, como lo sugirió **HART**, a concentrarse en su lugar en el análisis de las condiciones en las que las afirmaciones legales aplicables a las personas físicas son también ciertas para las personas jurídicas privadas, así como a la forma en la que los jueces, de forma casuística, hacen resorte de esta interpretación, ampliando progresivamente el ámbito de reconocimiento y tutela de la personalidad jurídica “corporativa”.¹⁰

I- La personalidad jurídica de las sociedades mercantiles

1. Aclaraciones previas

De previo a entrar a analizar el tema propuesto, es menester hacer una aclaración en relación con la ligereza e imprecisión con la que en este artículo se usan casi

3 Ibid, página 24.
4 Ibid, página 22.
5 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (1819). Trustees of Dartmouth College v Woodward (17 US) 4 Wheat 518. Página 17, sección 636. Disponible en Justia: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/518/case.html>. [Búsqueda: 26 de marzo, 2012. 11:00]
6 Vid. GIERKE, O. (1868), Das deutsche Genossenschaftsrecht. Vol. 1-4. Berlin, Weidmannsche Buchhandlung, 1868.
7 PETTET, B. (2005), Company Law. Segunda Edición. Pearson Education Limited, 2005. Página 48.
8 SEALY, L.; WORTHINGTON, S. (2008), Cases and Materials in Company Law. Octava Edición. Oxford University Press, 2008. Página 31.
9 Esta eventual confusión ha quedado plenamente aclarada en nuestro medio por **VÍCTOR PÉREZ** quien, en una breve referencia al problema de la capacidad de actuar de las personas jurídicas establece que éstas, a pesar de gozar de capacidad jurídica como destinatarias de los intereses del sistema, carecen propiamente de una capacidad de actuar como sí la tienen las personas físicas, disfrutando meramente de una capacidad especial de imputación de figuras jurídicas primarias, merced del recurso a la teoría del órgano para sostener que la actividad de éste es invariablemente la de la persona jurídica. (**PÉREZ VARGAS, V. (1994). Derecho Privado**. Tercera Edición (revisada), Litografía e Imprenta LIL, S.A., 1994. Páginas 46-47.)

10 Op. cit. #1, página 21.

indistintamente los términos “corporación” o “sociedad de capitales” y “sociedad”, o más específicamente, “sociedad mercantil”, artificio que no tiene otro objeto que el de simplificar al máximo las distinciones conceptuales en torno de las formas asociativas con ánimo de lucro, para poder enfocarse en el fenómeno del reconocimiento legal de su personalidad jurídica.

No obstante, es necesario recordar que la calificación jurídica de las formas asociativas en las tradiciones romano-germánica y anglosajona reporta importantes diferencias, no sólo terminológicas sino primordialmente conceptuales, merced de su diversa concepción como entidades jurídicas y unidades económicas. En este sentido, tal como lo señala **REYES VILLAMÍZAR**¹¹, mientras en los sistemas de Derecho Civil los términos “sociedad” o “compañía” se usan de forma genérica para referirse a cualquiera de las formas asociativas con ánimo de lucro¹², el Derecho Societario anglosajón distingue claramente entre las

sociedades personalistas *-partnerships o general partnerships-*, y las compañías de capital *-corporations-*, con arreglo más a la formalidad de su constitución y a la limitación del régimen de responsabilidad de los socios que a la forma contractual subyacente.

En este contexto, no es inusual que se equipare en los ejercicios de derecho societario comparado la “*corporation*” o sociedad de capitales anglosajona a nuestra sociedad anónima y, de forma aún más general, a las sociedades mercantiles reconocidas por el **artículo 17** de nuestro Código de Comercio. Siendo que dichas sociedades implican un acto formal de constitución (**artículos 18-20** del *Código de Comercio*), revisten una estructura organizativa y, con excepción de la sociedad en nombre colectivo, todas reportan alguna forma de limitación de la responsabilidad de sus socios¹³, sea por el monto del capital suscrito o el de sus aportes (sociedad en comandita, artículo 60 del Código de Comercio; sociedad de responsabilidad limitada, **artículo 75** del

Código de Comercio; sociedad anónima, **artículo 102** del *Código de Comercio*), es posible, sin rigor formal, trazar paralelismos entre la evolución en el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles con la que ha experimentado en los sistemas de Derecho Común la compañía de capitales.¹⁴

Luego, para poder incorporar a esta discusión las valiosas contribuciones que el Derecho Societario anglosajón ha hecho al desarrollo de la teoría de la personalidad jurídica “corporativa”, y siendo que ambas, la sociedad de capitales del Derecho Común y nuestras sociedades mercantiles son formas asociativas con fines de lucro que comparten las características comunes aludidas en el parágrafo anterior, nos permitimos, a los efectos de este estudio, partir de un análisis indiferenciado del desarrollo del concepto de personalidad jurídica “corporativa” en ambas tradiciones.

2. Concepto básico de sociedad.

Como se ha anticipado, no tiene por fin este artículo adentrarse en la ontología del fenómeno societario ni detenerse en la conceptualización y clasificación de sus diversas manifestaciones; sin embargo, en refuerzo del apartado anterior, es menester en el presente análisis del fenómeno de la personalidad jurídica “corporativa” partir, a modo de referencia, de sendas definiciones básicas de “sociedad mercantil” y de “corporación”.¹⁵

Si bien aún al propio seno de la tradición romano-germánica los diversos sistemas jurídicos han desarrollado el concepto de “sociedad” al amparo de las más distintas teorías¹⁶, con base en los elementos comunes a ellas pude definírsele como una institución nacida de un “*contrato por el cual dos o más personas se unen poniendo en común sus bienes e industria, o alguna de estas cosas,*

11 REYES VILLAMIZAR, F. (2006). Derecho Societario en Estados Unidos. Introducción comparada. Tercera Edición. Legis, Colombia, 2006. Página 89.

12 Esta precisión es relevante, por cuanto en la tradición romano-germánica la personalidad jurídica se ha imputado históricamente a formas asociativas establecidas mediante un acto formal de constitución, y primordialmente a las sociedades mercantiles, siendo privadas de este reconocimiento las sociedades mercantiles atípicas y las sociedades civiles. En este sentido, tal como lo señalan TILQUIN y SIMONART (1996), si bien esta diferenciación es fundamental, es también posible que las formas asociativas desprovistas de personalidad jurídica desarrollen técnicas que les permitan superar, en alguna instancia, el inconveniente de dicha carencia. Vid. TILQUIN, T., SIMONART, V. (1996). *Traité des Sociétés*. Tomo 1. Kluwer Éditions Juridiques, Belgique. 1996. Páginas 201-202. Disponible en: <http://books.google.co.cr/books/about/Traité_des_sociétés.html?id=MoyQCwbbauAC&redir_esc=y>. [Búsqueda: 8 de julio, 2012. 08:30]

13 Es menester hacer notar, como lo reitera el CERTAD MAROTO (2007) a lo largo de su artículo “Personalidad Jurídica y Autonomía Privada en el Derecho Societario”, que la personalidad jurídica y su estructura organizativa no se ponen en relación directa con el régimen de responsabilidad, sino que la limitación de éste es un elemento mediato, instrumental y también eventual de la personalidad jurídica. Vid. CERTAD MAROTO, G. (2007). *Personalidad Jurídica y Autonomía Privada en el Derecho Societario*. Revista Escuela Judicial. No. 5., Noviembre 2007. Páginas 111-124.

14 En el mismo sentido, el parágrafo segundo del artículo segundo del Código Societario belga (07/05/1999) reconoce como sociedades mercantiles con personalidad jurídica a la sociedad en nombre colectivo, la sociedad en comandita simple, la sociedad privada de responsabilidad limitada, la sociedad cooperativa de responsabilidad limitada o ilimitada, la sociedad anónima, la sociedad en comandita por acciones y a los grupos de interés económico, adquiriendo éstas dicha personalidad a partir de la presentación de su acto constitutivo. Vid. Art. 2, Code des Sociétés (7 mai 1999) Disponible en: <http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?DETAIL=1999050769%2FF&caller=list&row_id=1&numero=1&rech=2&cn=1999050769&table_name=LOI&nm=1999A09646&la=F&dt=CODE+DES+SOCIETES&language=fr&fr=f&choix1=ET&choix2=ET&fromtab=loi_all&trier=promulgation&chercher=t&sql=dt+contains++%27CODE%27%26+%27DES%27%26+%27SOCIETES%27and+actif+%3D+%27Y%27&tri=dd+AS+RANK+&imgcn.x=34&imgcn.y=8#texte>. [Búsqueda: 7 de julio, 2012. 23:00]

15 Esta delimitación no pretende imponer una única definición de sociedad, sino que busca sugerir una construcción provisional sobre la cual desarrollar el concepto de personalidad jurídica. Debe notarse que la vasta discusión en torno de su existencia ha generado volúmenes de teoría legal, trascendiendo también al campo económico, particularmente en relación con la naturaleza organizacional de la firma. Vid. COASE, R.H. (1937), *The nature of the Firm*. Economica, New Series, Vol. 4, No. 16. (Nov., 1937). Páginas 386-405.

16 Para una revisión general de las teorías más influyentes en el Derecho Societario latinoamericano, vid. VILLEGAS, C. G. (1995). *Derecho Societario*. Primera Edición, re-impresión (1996). Editorial Jurídica de Chile. Chile, 1996. Página 24.

*para practicar actos de comercio, con ánimo de partir el lucro que pueda resultar.”.*¹⁷

En el mismo sentido, una definición clásica de la sociedad de capitales o “*corporation*” anglosajona es dada por **BLACK**,¹⁸ quien la define como: a) una entidad legal b) constituida por la asociación de numerosos individuos e intereses c) con una personalidad distinta de la de sus miembros d), que emana de la ficción legal de su acto de constitución y registro bajo las leyes de determinado estado, e) facultándola para actuar como un único individuo en asuntos relativos al propósito común de dicha asociación.

3. La personalidad jurídica.

Si bien anteriormente la constitución formal de corporaciones había sido un fenómeno más bien atípico que obedecía sobretodo a razones de Estado, en el siglo diecinueve los países industrializados experimentaron la proliferación de entidades corporativas

como vehículos usuales para la ejecución de empresas comerciales.¹⁹ En los años siguientes, el creciente predominio de las compañías y su influencia en el ejercicio del comercio encenderían uno de los debates más notorios de la teoría legal moderna alrededor de la supuesta existencia de una cierta personalidad jurídica “corporativa”, generando numerosas elaboraciones teóricas sobre las implicaciones ius-filosóficas y morales de un reconocimiento tal.²⁰

En vista de la plétora de teorías legales y trabajos académicos que tratan del tema, cualquier intento de capturar su rica complejidad resultaría insuficiente. Sin embargo, en términos generales, podría decirse que el concepto básico de personalidad jurídica “corporativa” propone el reconocimiento de las sociedades como personas jurídicas autónomas, y como tales, como titulares distintivos de derechos y obligaciones. En el mismo sentido, mientras

SEALY y WORTHINGTON²¹ resaltan la naturaleza autónoma de la corporación frente a sus dueños y a quienes la dirigen, **GODDARD**²² describen el fenómeno más específicamente como “(...) *las reglas que le permiten a una compañía asumir obligaciones, ser titular de propiedad, demandar y ser demandada. La compañía hace todo esto en nombre propio, más que a nombre de, o de parte de, sus accionistas.*”. Dicho de otra forma, implica que “(...) *los derechos detentados por una sociedad no son los derechos de persona física alguna, que sus miembros no son dueños parciales de la propiedad de la compañía, ni acreedores o deudores parciales de las obligaciones y demandas en relación con ésta.*”.²³

A estas alturas, basta con identificar la personalidad jurídica “corporativa” como la existencia autónoma recocida a la sociedad a través de su acto de constitución, mediante el cual dicha entidad se convierte en titular individual de derechos y obligaciones, independientemente de las personas que la constituyen y la dirigen. De esta forma, surge una nueva entidad legal con una esfera de existencia diferenciada.²⁴

4. Principales teorías sobre la personalidad jurídica de las corporaciones.

El reconocimiento legal de las sociedades como titulares distintivos de personalidad jurídica y por tanto, de derechos y

17 VALLETA, L. (2000). Diccionario de Derecho Comercial. Valleta Ediciones S.R.L., 2000. Página 397.
18 BLACK, H. C. (2008). A law dictionary containing definitions of the terms and phrases of American and English jurisprudence, ancient and modern. Segunda Edición, 1910. Undécima Impresión, 2008. The Law Book Exchange, Ltd. Clark, New Jersey. Página 273. El texto original se reproduce a continuación: “An artificial person or legal entity created by or under the authority of the laws of a state or nation (...) ordinarily consisting of an association of numerous individuals, who subsist as a body politic under a special denomination, which is regarded in law as having a personality and existence distinct from that of its several members, and which is, by the same authority, vested with the capacity of (...) acting as an unit or single individual in matters relating to the common purpose of the association, within the scope of the powers and authorities conferred upon such bodies of law.” Para una referencia sucinta de la evolución del fenómeno corporativo, vid. ROSADO IGLESIAS, G. (2004), La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica. Tirant Lo Blanch, Valencia. 2004. Páginas 103-105.
19 En Inglaterra, las primeras compañías, datando del siglo quince, fueron gremios y compañías comerciales a las cuales la Corona otorgaba una Carta Real, usualmente para llevar a cabo actividades de interés público; de ahí su infrecuencia en el comercio regular. (Vid. RONNEGARD, D. (2007). Corporate Moral Agency and the Role of Corporation in Society. Publisher: lulu.com, 2007. Página 132)
20 CAPILLA RONCERO, F. (1995). “Voz Jurídica”, en Enciclopedia Jurídica Básica. Tomo III. Civitas, Madrid, 1995. Página 4861.

21 Id. #8.
22 Citado por: GRANTHAM, R., RICKET, C. (1998). Corporate personality in the 20th Century. Hart Publishing, Oxford, United Kingdom, 1998. Página 11.
23 FREUND, E. (1971) The legal nature of corporations. Burt Franklin research and source work series, 724. Selected essays in history, economics and social science, 259. Lenox Hill Publications, June 1971. Página 9. Disponible en: <http://books.google.co.cr/books?id=EjWJgxPxWwIC&pg=PA9&source=gbs_toc_r&cad=4#v=onepage&q&f=false>. [Búsqueda: Mazo 30, 2012. 10:45]
24 Una definición acorde que sirve a los propósitos de este artículo es la brindada por CERTAD MAROTO (2007), quien describe la personalidad jurídica como “(...) una particular técnica jurídica, que produce una especie de desdoblamiento de la personalidad haciendo del conjunto una persona (jurídica) distinta a las personas (físicas y jurídicas) que la componen, con una subjetividad toda suya, un patrimonio propio y una capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones y de participar en juicios de modo independiente a cada uno de los socios. Así, la técnica del patrimonio separado le es imputada al ente personificado, tercero frente a tercero y a los mismos socios.” Vid. CERTAD MAROTO, G. (2007). Personalidad Jurídica y Autonomía Privada en el Derecho Societario. Revista Escuela Judicial. No. 5., Noviembre 2007. Páginas 111-124. Página 116.

obligaciones, es hoy una doctrina consolidada que ha sido adoptada por los Tribunales e incorporada expresamente por ciertas legislaciones²⁵ nacionales, en concordancia con los valores económicos predominantes en las sociedades modernas. Sin embargo, aunque aún hoy la naturaleza y extensión de la personalidad jurídica de las sociedades son sujeto de debate y ninguna teoría ha sido definitivamente adoptada²⁶, tres perspectivas generales han dominado históricamente este debate y han modelado el concepto moderno de sociedad: la teoría de la agregación, la teoría de la entidad artificial y la teoría de la entidad natural.

A. La teoría de la agregación.

Esta teoría tiene el mérito de haber incursionado en el análisis formal del fenómeno de la personalidad jurídica “corporativa”. De acuerdo con **KRANNICH**²⁷, fue implementada por primera vez por la Corte Suprema de los Estados Unidos durante la era del Juez Marshall y adquirió preeminencia en la segunda mitad del siglo diecinueve, planteando un enfoque contractual que explicaba la sociedad como un contrato o grupo de contratos concertados por los individuos que la constituyen, es decir, por sus accionistas.²⁸ Surgida bajo el

25 Si bien el reconocimiento constitucional de la personalidad jurídica de las personas jurídicas es más bien inusual, dicha institución ha sido recogida, en distinta medida, en muchos de los Códigos Civiles europeos. Por ejemplo, el artículo 22 del Código Civil alemán señala que las asociaciones cuyo objeto es la actividad comercial, sean, las sociedades comerciales, adquieren personalidad jurídica por concesión estatal, mientras que el artículo 35 del Código Civil español otorga personalidad jurídica a las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados. Más adelante, el artículo 38 del mismo corpus iuris señala que las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución, con lo cual queda claramente definida su capacidad jurídica. Por otro lado, y en consonancia con las normas germana y española citadas, el artículo 33 del Código Civil de nuestro país establece que la existencia de las personas jurídicas proviene de la ley o del convenio conforme a la ley, mientras que en el mismo sentido, el artículo 36 indica que su capacidad jurídica es inherente a ellas durante su existencia, de un modo absoluto y general, modificándose o limitándose por ley. Un caso particularmente interesante lo ofrece el Código Civil chileno, que en su artículo 545 ofrece un concepto de persona jurídica en línea con el artículo 38 del Código Civil español ya citado, definiéndola como “una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.”, carácter del que no gozan ni las sociedades atípicas (artículo 546) ni las corporaciones o fundaciones de derecho público (artículo 547). Aún más curiosa resulta, en refuerzo del reconocimiento de la personalidad jurídica de las corporaciones, la consagración expresa del principio de separación en el artículo 549, disponiendo que: “Lo que pertenece a una corporación, no pertenece ni en todo ni en parte a ninguno de los individuos que la componen; y recíprocamente, las deudas de una corporación, no dan a nadie derecho para demandarlas, en todo o parte, a ninguno de los individuos que componen la corporación, ni dan acción sobre los bienes propios de ellos, sino sobre los bienes de la corporación. Sin embargo, los miembros pueden, expresándolo, obligarse en particular, al mismo tiempo que la corporación se obliga colectivamente; y la responsabilidad de los miembros será entonces solidaria, si se estipula expresamente la solidaridad. (...)”.

26 Según CHEN (CHEN, J. (1995). From Administrative Authorization to Private Law. A Comparative Perspective of the Developing Civil Law in the People’s Republic of China. Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1995. Página 104), WOLFF identificó no menos de dieciséis teorías sobre la personalidad jurídica de las personas jurídicas. Vid. WOLFF, M. (1938). “On the nature of Legal Persons” 54 L. Q. Review 494 (1938).

27 KRANNICH, J.M. (2005). The Corporate “Person”: A New Analytical Approach to a Flawed Method of Constitutional Interpretation. Loyola University Chicago Law Journal, Volumen 37, Número 1. 2005. Páginas 61-109. Página 72.

28 PHILLIPS, M. J. (1994). Reappraising the Real Entity Theory of the Corporation. Florida State University Law Review Vol. 21, Primavera, 1994. Secciones 1061-1123, parágrafo 1065.

influjo filosófico del individualismo, concebía a las corporaciones de forma utilitaria como instrumentos legales creados con el único propósito de satisfacer los intereses de sus miembros, idea que ha quedado patentemente plasmada en la metáfora de la “agregación” de los esfuerzos individuales hacia cierto fin, sea, la concurrencia contractual de intereses individuales.

Bajo esta perspectiva, la corporación carece de personalidad jurídica: una mera metáfora, existe sólo instrumentalmente para la realización de los objetivos de sus accionistas, beneficiándose a su vez de la capacidad jurídica de éstos. Esta posición impuso un primer escollo en el reconocimiento de la personalidad jurídica de las corporaciones, puesto que las concebía como una asociación contingente de individuos orientada a la realización de sus actividades comerciales y fines personales. Tal como lo afirma **KRANNICH (citado por CUPP, R.L. (2009))**:²⁹ “*Merced de su pacto constitutivo general, la entidad corporativa llegó a ser vista como “meramente una forma de asociación voluntaria, una agregación de talentos y recursos, conscientemente concertada entre individuos.” (...).*”

Esta teoría obvia la idea de una personalidad jurídica “corporativa” autónoma e individual: la corporación, antes que una persona jurídica, es un vehículo legal que se beneficia de los derechos de sus miembros; o, dicho de otra forma, es titular de derechos únicamente en tanto que está constituida por individuos que detentan esta condición. Los individuos contratantes y no la sociedad como entidad son el foco de atención de la teoría de la entidad agregada.

B. La teoría de la entidad artificial.

La esencia de la teoría de la entidad artificial se encuentra vívidamente capturada en la famosa afirmación del **Juez MARSHALL** en su análisis del caso **Trustees of Dartmouth College v. Woodward (1819)**:

*“Una corporación es un ser artificial, invisible, intangible y existente sólo por disposición legal. Siendo una mera creación de la ley, posee únicamente aquellas propiedades que su pacto constitutivo le confiere, sea expresamente o incidentalmente en relación con su existencia misma.”*³⁰

29 CUPP, R.L. (2009). Moving Beyond Animal Rights: A Legal/Contractualist Critique. San Diego Law Review, Vol. 46, 2009; Pepperdine University Legal Studies Research Paper No. 2009/11, sección 59. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1411863> [Búsqueda: Marzo 30, 2012. 11:10]

30 Idem #5.

La teoría de la entidad artificial considera que la sociedad existe únicamente por disposición estatal, de la cual emana a su vez una serie de derechos y facultades³¹. Esta teoría deriva de la *teoría de la concesión*³², previamente en boga, que entendía a las sociedades como asociaciones de individuos reconocidas por las autoridades para la ejecución de ciertas tareas. Tal como lo nota **CHEN**³³, la teoría de la entidad artificial se fue separando de la teoría de la concesión, reduciendo la personalidad jurídica de las sociedades a un asunto de derecho positivo.

Esta tesis llega a nuestros días a través de las palabras de **HOLLAND** (citado por **FREUND, E. (1971)**³⁴), quien consideraba que la personalidad jurídica corporativa “*a imagen de la personalidad de los seres humanos, reconoce a ciertos grupos de hombres o de bienes que es conveniente tratar como sujetos de derechos y obligaciones, como personas en un sentido artificial.*”

De acuerdo con la tendencia moderna de esta teoría, la sociedad continúa siendo percibida como una entidad artificial, como una construcción legal habilitada por disposición

del Ordenamiento: las sociedades son agentes concebidos para la satisfacción de los intereses comunes de sus accionistas, en virtud de lo cual le son asignados ciertos derechos³⁵. No obstante, se le reconoce una cierta personalidad jurídica autónoma, pues la corporación es considerada una entidad, si bien artificial, también independiente. Bajo esta tesis, por ejemplo, la propiedad de una sociedad no pertenece individual o colectivamente a sus accionistas, sino a la corporación misma, la cual a su vez responde individualmente por sus propias responsabilidades y obligaciones.³⁶

La teoría de la entidad artificial continúa siendo influyente y muchos tribunales de los sistemas de Derecho Común han adoptado aspectos relevantes de esta doctrina en su aproximación al fenómeno de la personalidad jurídica y derechos “corporativos”. De hecho, como lo sugerirán más adelante algunos ejemplos, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América ha encontrado en esta teoría los argumentos necesarios para negar ciertos derechos y libertades a las corporaciones.

31 RIVARD, M. D. (1992). Symposium: Contemporary issues in administrative adjudication. Comment toward a general theory of constitutional personhood: A theory of constitutional personhood for transgenic humanoid species. UCLA Law Review, Volumen 39, Número 5, Junio 1992. 1452, sección 1456.
32 Como se indicó supra (vid. #19), inicialmente las corporaciones fueron constituidas individualmente a través de concesiones estatales, con facultades limitadas y para fines específicos. Eventualmente, conforme las corporaciones se multiplicaron y se volvieron más comunes, los estados comenzaron a adoptar pactos constitutivos generales para el establecimiento de sociedades.
33 Id. #26.
34 Op. cit. #23 página 11.
35 Op. cit. #29, páginas 54 -55
36 Id. #5

C. La teoría de la entidad natural.

Considerablemente influenciada por los trabajos de **GIERKE** y otros propulsores de la Genossenschaftstheorie, la teoría de la entidad natural adquirió relevancia al final del siglo diecinueve como reacción contra el influjo individualista que imperaba entonces también en la doctrina legal. Tal como lo señala **MAYER**³⁷, esta teoría: “*se asocia con los teóricos del continente que, con el cambio de siglo, escribieron sobre la personalidad 'grupala' o 'corporativa' en un esfuerzo por desafiar el individualismo y adecuarse a la realidad de las instituciones de la sociedad moderna, tales como las sociedades (...).*”

Este postulado concede limitada relevancia a la influencia del estado en la creación de la corporación y se concentra, en cambio, en la voluntad de sus constituyentes al establecerla: la sociedad surge naturalmente como una entidad independiente y autónoma producto de la concurrencia y no de la mera sumatoria de los intereses de sus socios constituyentes. Como lo afirma **FREUND**³⁸: “*La corporación yace sobre un substrato de personas físicas, pero no es idéntica a ellas, pues de la asociación de individuos surge la nueva personalidad, ostentando una esfera distintiva de existencia y una voluntad propia.*” No es la ley la que “crea” la sociedad pero,

reconociendo su existencia, la dota de cierta capacidad legal. Aún más, esta distinción se manifiesta también en la separación entre los derechos de la sociedad y los de sus accionistas, patente en el hecho de que los primeros son ejercidos exclusivamente por la voluntad diferenciada de la compañía a través de su Consejo de Administración.

Al igual que la *teoría de la entidad artificial*, la teoría de la entidad natural partió de un enfoque en los intereses personales de los accionistas, no obstante concibiéndola a la sociedad como un fenómeno social natural, cual es la concurrencia de intereses individuales que, coligados en unidades estructuradas, deben ser reconocidos por la ley y deben otorgárseles personalidad jurídica plena. La personalidad jurídica de las sociedades no es una metáfora ni el resultado de una ficción legal: es una realidad fáctica que debe ser reconocida y tutelada de manera acorde.

5. Corolario. Conclusiones preliminares sobre el desarrollo de la teoría de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles.

La personalidad jurídica “corporativa” es un fenómeno complejo cuya multidimensionalidad no puede ser condensada sin detrimento. Sin embargo,

37 MAYER, C. J. (1990), Personalizing the Impersonal: Corporations and the Bill of Rights. Hastings Law Journal, Volumen 41, Número 3, Marzo, 1990. 577, secciones 580-81.
38 Op. cit. #23, página13.

como corolario al precedente resumen de las principales teorías sobre la materia, es menester realizar algunas observaciones, particularmente en cuanto a la correlación entre el concepto moderno de corporación y el reconocimiento de ciertos derechos “corporativos”:

a) Semántica. Sería frívolo proponer que el debate en torno de la personalidad jurídica de las entidades corporativas podría reducirse sin esfuerzo a una discordancia semántica derivada de la acusada abstracción del término “*persona*”. No obstante, la influencia en esta discusión de la carga simbólica y emotiva de este concepto no debe ser desestimada³⁹. Aunque sea quizá obvio, debe comenzarse por identificar la función de esta palabra al seno de todos los *Sprachspiele*⁴⁰ posibles y realizar una

distinción inicial entre la noción común de persona, referente al individuo humano, y la metáfora de la *personalidad* como una “ficción”⁴¹ cuyo objeto es otorgar protección legal a ciertas entidades que lo demandan en virtud de los intereses que encarnan -por ejemplo, las sociedades⁴²-. No obstante, el concepto general de personalidad ha sido en sentido amplio equiparado al de persona y por tanto impregnado con ese efluvio de humanidad, en detrimento del reconocimiento de la personalidad jurídica “corporativa”, en gran medida constreñido por este axioma⁴³. Esta visión se encuentra profundamente arraigada en la consagración de lo humano por la filosofía iluminista del siglo dieciocho y reforzada por el retorno al humanismo después de las Guerras Mundiales. Luego, a pesar de la aceptación universal del fenómeno de la personalidad

39 Al respecto, es interesante notar la relevancia que CERTAD MAROTO (2007) otorga a la influencia de los estudios filosóficos sobre el uso del lenguaje en el análisis de la personalidad jurídica, resaltando que éstos afirman que la personalidad jurídica es un “(...) ‘símbolo incompleto’, esto es, un símbolo que de por sí no tiene significado, pero que puede, a través de la definición en uso, formar parte de un contexto significativo. Las normas que atribuyen la personalidad jurídica no indican algo específico sino tienen un alcance prescriptivo general cuyo elemento unificador esencial le viene de un denominado ‘principio de alteridad’, esto es, del elemento de la distinción de los sujetos del ente.”. Vid. CERTAD MAROTO, G. (2007). Personalidad Jurídica y Autonomía Privada en el Derecho Societario. Revista Escuela Judicial. No. 5., Noviembre 2007. 111-124. Página 119.

40 En su período tardío, Wittgenstein argumentaba que el significado de una palabra viene dado por su función dentro de cierto Sprachspiel or “juego del lenguaje”.

41 En este punto, resulta interesante observar la progresión que en este sentido muestra SAVIGNY, pasando de un argumento kantiano de talante moral, según el cual el concepto de persona o de sujeto legal debe de coincidir con el concepto de ser humano, titular de capacidad legal, para luego hacer extensiva dicha capacidad a algunos sujetos artificiales a través de una “ficción legal”, denominándolos personas jurídicas. Vid. WESTPHAL, K.R., Editor (1998). Pragmatism, Reason & Norms. A realistic assessment. Fordham University Press, 1998. Página 222.

42 Pocas afirmaciones son más explicativas de este fenómeno que la de RESCIGNO, citada por PÉREZ VARGAS (1994): “Usando la misma palabra persona, para el hombre y para los sujetos diversos del hombre, el lenguaje jurídico quiere subrayar que la personalidad es, en todo caso, una concesión del Ordenamiento.”. Vid. PÉREZ VARGAS, V. (1994). Derecho Privado. Tercera Edición (revisada), Litografía e Imprenta LIL, S.A., 1994. Página 34.

43 En este sentido, es menester atender a la advertencia de PÉREZ VARGAS (1994) en cuanto a que no deben confundirse la “personalidad jurídica” con la “persona jurídica”, “ (...) pues este último concepto se refiere más bien al ente que viene revestido de la mencionada cualidad jurídica.”, y que a su vez indica la modalidad jurídica del ente subjetivo. Vid. PÉREZ VARGAS, V. (1994). Derecho Privado. Tercera Edición (revisada), Litografía e Imprenta LIL, S.A., 1994. Página 34.

jurídica de las corporaciones, la influencia de esta considerable contención moral sobre dicho reconocimiento es palpable. Evidencia de lo anterior es que, hoy, las sociedades mercantiles son pacíficamente consideradas titulares de derechos procesales, pero sólo rara vez se les concede libertades y derechos subjetivos, en notable contraste con las personas físicas.

Relaciones. Estructura frente a propiedad. Dos relaciones esenciales concurren en el ente corporativo: gobierno y propiedad. Dada su naturaleza asociativa, los intereses concurrentes de los socios en las compañías se encuentran limitados a favor del interés de la empresa común. La voluntad individual de cada accionista, expresada idealmente a través de su derecho de voto, es moderada mediante los mecanismos de toma de decisiones y el control ejercido por los directivos de la compañía. Luego, existe una relación de poder subyacente de los órganos directivo y deliberativo de la sociedad sobre los intereses individuales de sus accionistas. Esta relación es el gobierno corporativo, el cual dota a la sociedad de su estructura orgánica, incluyendo un órgano de gobierno independiente que expresa materialmente la voluntad de la corporación y ejercita sus derechos⁴⁴. Sin embargo, las consideraciones

más tempranas en torno del fenómeno corporativo gravitaron en cambio alrededor de la idea de propiedad, concibiendo a la corporación como una entidad-propietaria, pero también y principalmente, como una forma de propiedad perteneciente a sus socios. Hoy, esta aproximación ontológica vestigial, derivada de la identificación de la compañía con un objeto que es poseído y sobre el cual se actúa, más que con una entidad plenamente facultada para actuar de manera autónoma, se refleja en el reconocimiento meramente reactivo de una personalidad jurídica “corporativa” y, concomitantemente, de un acervo de derechos procesales enfocados en la defensa de la propiedad y la equidad ante la ley.

Taxonomía. Dicotomía propiedad/sujeto. En el mismo sentido, una de las principales dificultades en la elaboración de una teoría sobre la personalidad jurídica “corporativa” radica en que, inicialmente, la corporación surgió como una “anomalía” en la taxonomía de la teoría legal clásica, que distinguía primordialmente entre sujetos y objetos de derecho, entre “personas” y “propiedad”. Mientras que las personas físicas son consideradas titulares de derechos y obligaciones legales, los cosas

44 En refuerzo de la idea que la existencia de una estructura corporativa es un elemento esencial de la personalidad jurídica, CERTAD MAROTO (2007) hace notar que “(...) un sector doctrinario ha respondido que la personalidad jurídica está reconocida por el ordenamiento jurídico sólo a aquellos grupos colectivos cuya estructura corporativa, amén de tener un cierto grado de complejidad, resulte inderogable. Y es así, sin lugar a dudas, en la sociedad anónima.” Vid. CERTAD MAROTO, G. (2007). Personalidad Jurídica y Autonomía Privada en el Derecho Societario. Revista Escuela Judicial. No. 5., Noviembre 2007. 111-124. Página 117.

-históricamente vinculadas al concepto de propiedad- son a penas objeto de situaciones jurídicas⁴⁵. ¿Dónde ubicar a las sociedades en este esquema? En gran medida, la dificultad en clasificar las entidades corporativas con arreglo a esta estricta taxonomía generó este agudo debate. Como se ha sugerido ya, la corporación ha sido percibida a la vez como una entidad-propietaria y como una forma de propiedad; su personalidad jurídica, por otro lado, ha sido admitida, aunque con reservas. Quizá bajo consideraciones éticas, los teóricos han temido que el reconocimiento de la personalidad jurídica de las corporaciones pueda conllevar la degradación del régimen de protección de las personas naturales; si bien, por otro lado, la reducción de las entidades corporativas a una mera forma de propiedad desconocería una realidad patente, cual es su existencia diferenciada y autónoma. No obstante, el reconocimiento del acto de constitución como un vehículo de dotación de personalidad jurídica finalmente otorgó a las sociedades el carácter de sujeto de derecho. Una vez establecida la personalidad jurídica de las corporaciones, es necesario analizar también la forma en que le son imputables derechos y obligaciones merced de dicha concesión. En este sentido, **NESTERUK**⁴⁶ propone un método interesante, al menos

en la teoría, para establecer los criterios para un reconocimiento tal a las personas jurídicas. En su opinión, el concepto de personalidad jurídica debe ser sujeto de gradación, de modo que las entidades sean revestidas de ciertos derechos dependiendo de su posición en el “continuo persona/ propiedad”. Para ilustrar esta proposición, podría tomarse por ejemplo una *sociedad de inversión privada*⁴⁷ panameña, constituida con el único fin de servir como vehículo de inversión y con una actividad comercial si acaso marginal, y concluir que a una entidad tal no debería necesariamente otorgársele los mismos derechos que, por ejemplo, a una sociedad anónima costarricense que, no sólo por disposición legal es considerada comerciante (**artículo 5, Código de Comercio**), sino que además tiene una estructura compleja de gobierno corporativo y un número considerable de accionistas, que ha generado relaciones contractuales comerciales y laborales, que es titular de derechos de propiedad intelectual y que vende sus productos a través de una marca y una imagen corporativa reconocible, etc., denotando, de algún modo, fuertes rasgos de “personalidad”. Téoricamente, un ejercicio tal conferiría a jueces y académicos un “instrumento de calibración” para conferir

45 Vid. PÉREZ VARGAS, V. (1994). Derecho Privado. Tercera Edición (revisada), Litografía e Imprenta LIL, S.A., 1994. Páginas 34-47, 131-134.
46 Vid. NESTERUK, J. (1999). Symposium: A new narrative for corporate law. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=178332> [Búsqueda: Julio 12, 2012. 10:15]
47 Artículo 134, Decreto Ley #1 del 8 de Julio de 1999 por el cual se crea la Comisión Nacional de Valores y se regula el Mercado de Valores en la República de Panamá.

derechos a las entidades corporativas con base en su nivel de desarrollo económico y complejidad orgánica.

d) Ontología. ¿Nos estamos haciendo las preguntas correctas? Tal como lo propone **DERHAM**⁴⁸, una revisión de las teorías de la personalidad jurídica “corporativa” debería llevar a la reformulación de cuestiones ya harto ponderadas por los teóricos: más que insistir en la naturaleza de la personalidad jurídica, la discusión debe ser transpuesta a la práctica: ¿Qué tipo de formas asociativas reconoce la ley? ¿Qué clase de relaciones pueden emprender legalmente? ¿Es la titularidad de derechos y obligaciones atribuible sólo a las personas naturales? ¿Caso contrario, cuáles de estos derechos y obligaciones pueden también conferirse a las personas jurídicas en tanto que unidades legales distintas de sus accionistas y directores? Aun más, las relaciones estructurales intrínsecas que modelan las corporaciones como entidades diferenciadas deben también analizarse en detalle: ¿Qué poder de decisión tienen los accionistas al seno de la sociedad? ¿Pueden los miembros del Consejo de Administración ejecutar válidamente actos en nombre de la corporación? Partiendo de

un análisis inferencial, sería más adecuado contextualizar la personalidad jurídica “corporativa” en un plano real basado en el desarrollo por parte de las corporaciones de relaciones legales, como lo sugiere **KELSEN**⁴⁹, en dos sentidos: el primero, con la entidad corporativa como ejecutora de actos legales, y el segundo, como sujeto de obligaciones y derechos legales, en tanto que impuestos por el Ordenamiento. Luego, bajo esta tesitura, podemos incluso entender el fenómeno como una expresión, o más precisamente, una personificación, por parte del Ordenamiento, del comportamiento de estos grupos de individuos, dotándolo de obligaciones y derechos.⁵⁰

e) “La personalidad jurídica es más que una metáfora; se convierte, en ocasiones, en el depósito legal de expresiones de ansiedad sobre asuntos sociales potencialmente cismáticos.”⁵¹ Quizá la tensión más significativa en el reconocimiento de la personalidad jurídica de las corporaciones surge de la manipulación política y retórica que históricamente ha sufrido el concepto legal de persona y su tutela. Precisamente, es en razón de esta naturaleza axiomática que es necesaria

48 DERHAM, D (1958). Theories of legal personality. Citado por: WEBB, L.C. (ed) (1958). Legal personality and Political pluralism. Melbourne University Press. Melbourne, Australia, 1958. Páginas 14-15.
49 KELSEN, H (1967). Pure theory of law. Translation from the Second (Revised and Enlarged) Edition by Max Knight. Cuarta Impresión, 2004. The Lawbook Exchange, Ltd., 2002. Página 175.
50 Ibid, página 190.
51 FAGUNDES, D. (2001). Note: What we talk about when we talk about persons: The language of a legal fiction. Harvard Law Review, Volumen 114, No. 6, April, 2001. 1745, sección 1766. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=921133>. [Búsqueda: Julio 12, 2012. 11:00]

su constante re-calibración con arreglo a las corrientes políticas de cada época; estos ajustes, aunque se incorporan por la vía legislativa, finalmente se interpretan e implementan por los Tribunales. En los Estados Unidos, por ejemplo, la personalidad jurídica de los esclavos en los estados confederados del período anterior a la Guerra Civil⁵² y luego de los hijos naturales⁵³ y de los fetos⁵⁴ fue reconocida de conformidad con los valores morales y perspectivas políticas prevalecientes en aquellos tiempos. Esto ha ocurrido también en la discusión de la personalidad jurídica de las corporaciones, en la que particularmente la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América ha oscilado entre la voluntad de tutelar la realidad del fenómeno societario, admitiendo su personalidad jurídica y un acervo concomitante de derechos, y, por otro lado, una marcada aprehensión a la relativización, merced de un reconocimiento tal, de la dignidad humana intrínseca a todas las personas naturales. Precisamente, afirmaciones políticas contundentes en relación con la preeminencia de las personas naturales como interés superior del ordenamiento jurídico, tales como las que se aprecian en el caso **Roe v. Wade (1973)**⁵⁵, han minimizado la posición de la

personalidad jurídica de las corporaciones en la escala de protección brindada por el Ordenamiento.

f) “No existe una teoría legal de la personalidad constitucionalmente consagrada; no hay sino conclusiones legales”. *“Mas que desarrollar una teoría coherente de personalidad constitucional, la Corte Suprema sólo ha recurrido a consideraciones pragmáticas para derivar una conclusión legal de personalidad constitucional. Prácticamente no existe una guía para decidir futuros casos sobre asuntos novedosos (...).”* ⁵⁶Si bien este argumento atañe particularmente al sistema legal estadounidense, es posible generalizarlo pues, a la fecha, ningún Alto Tribunal ha sostenido consistente y coherentemente una teoría sobre la personalidad jurídica de las corporaciones; en cambio, los Tribunales continúan manteniendo posiciones políticas que luego justifican, transformándolas en conclusiones legales. De esta forma, y en consonancia con los valores políticos y ius-filosóficos en boga, la *teoría de la entidad artificial* ha sido invocada en su vertiente más radical para objetivar la corporación y restringir de esa forma su rango de protección constitucional; en el mismo

sentido, se ha recurrido consistentemente a la teoría de la entidad natural para justificar el reconocimiento pleno de la personalidad de las corporaciones, amén de hacer resorte de ésta en los intentos por extender a las sociedades derechos tradicionalmente reservados a las personas naturales.

g) La sociedad, sobretudo un sujeto procesal. El concepto de personalidad jurídica “corporativa” es una elaboración teórica compleja en la que concurren una gran variedad de elementos: el innegable peso moral producto de la tradicional equiparación del concepto de personalidad con el de humanidad, la extendida identificación de la corporación como una forma de propiedad, la dependencia de la personalidad jurídica de las corporaciones de la frágil metáfora del acto de constitución, todo ello modela la manera en que las sociedades son percibidas. Hoy, aunque la personalidad jurídica “corporativa” es ampliamente admitida, es claro que su reconocimiento y protección alcanza un nivel básico. Mientras el prospecto de la concesión a las entidades corporativas de los derechos a la imagen, el honor, la libre expresión, la privacidad y otras libertades es más bien mustio, las sociedades mercantiles son tratadas con igualdad ante la Ley y ante los Tribunales. Con sólo unas

pocas excepciones que confirman la regla, el ámbito de protección legal de las sociedades parece estibar sobretudo alrededor de su reconocimiento como sujetos contractuales y procesales.

II- Los derechos fundamentales de las personas jurídicas privadas.

1. Los derechos fundamentales de las personas jurídicas privadas.

Como lo sugiere **ROSADO IGLESIAS**⁵⁷, la correspondencia entre la capacidad legal de actuar procesal y materialmente es indispensable para la defensa efectiva de los intereses y derechos de los individuos, lo cual es también cierto para las personas jurídicas. Las compañías han sido investidas con un acervo limitado de garantías al que generalmente se le denomina “derechos fundamentales” de las corporaciones, incluyendo tanto derechos procesales como substantivos. El carácter fundamental de estos derechos deriva precisamente de su reconocimiento constitucional explícito o implícito en tanto que esencial para la existencia democrática dentro del Estado⁵⁸, aunque, cómo se demostrará, en gran medida dicha consagración ha sido más bien producto de la interpretación jurisprudencial de normas constitucionales.

52 Vid. int. al., State v. Jones, 1 Miss. (1 Walker) 83 (1820), United States v. Amy, 24 F. Cas. 792, 809-10 (C.C.D. Va. 1859) (No. 14,445), Jarman v. Patterson, 23 Ky. (7 T.B. Mon.) 644, 645-46 (1828).
53 Vid. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Levy v. Louisiana (1968), 391 U.S. 68 (1968). Disponible en Justia: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/391/68/case.html>>.
54 Vid. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Roe v. Wade (1973), 410 US 113 (1973). Disponible en Justia: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/case.html>>.
55 Ibid.
56 Op. cit. #51, sección 1765.

57 ROSADO IGLESIAS, G. (2004), La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica. Tirant Lo Blanch, Valencia. 2004. Página 111.
58 APARICIO PÉREZ M., BARCELÓ I SERRAMALERA, M. (coordinadores) (2009). Manual de Derecho Constitucional. Atelier Libros Jurídicos, Barcelona. 2009. Página 604.

Através del reconocimiento de superpersonalidad jurídica, a las corporaciones le son concedidos, en el tanto que consistentes con su naturaleza incorpórea, derechos subjetivos que deben ser observados por otros y por el Estado mismo⁵⁹. De este modo, mientras los derechos de las sociedades al domicilio y a la propiedad han sido casi unánimemente reconocidos por los Tribunales, la atribución a estas entidades del derecho a la imagen o la libertad de expresión, sólo por mencionar algunos, continúa siendo objeto de airadas discusiones jurídicas. Además, en razón de este reconocimiento, las corporaciones se encuentran también legitimadas para hacerlos valer ante los Tribunales, concediéndoseles al efecto una serie de derechos procesales tales como el de debida defensa, de igualdad ante los Tribunales y al debido proceso legal. En las próximas dos sub-secciones (II.2 y II.3), se analizará y comparará el desarrollo del ámbito de protección de los derechos fundamentales de las corporaciones en Europa y los Estados Unidos.

2. El régimen de protección de los derechos fundamentales de las sociedades mercantiles en Europa.

Como se ha explicado antes, el concepto de personalidad jurídica de las corporaciones

se encuentra fuertemente vinculado a la discusión jurídica entre los teóricos alemanes sobre el reconocimiento del *Gründungsakt*⁶⁰ como un hecho generador de personalidad jurídica. Aunque inicialmente fue una tendencia más bien minoritaria, para finales del siglo diecinueve la tesis que defendía la personalidad jurídica de las corporaciones y, consecuentemente, la concesión a éstas de ciertos derechos, había despuntado y se había expandido a otros países europeos.

Luego, mientras para entonces la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos se aferraba a la *teoría de la concesión* y sólo tímidamente evolucionaba hacia una variante restricta y derivativa de la *teoría de la entidad artificial*, el estado de la cuestión en Europa reflejaba la adopción de una visión más flexible de la corporación como una entidad artificial que sin embargo ostentaba una esfera de existencia y una voluntad diferenciadas y que podía ser titular de ciertos derechos fundamentales en el tanto estos fueran compatibles con su naturaleza incorpórea. Es entonces posible afirmar que el concepto moderno de personalidad jurídica “corporativa” nació en Europa Continental y fue luego exportado al Reino Unido por **MAITLAND** y a Estados Unidos por **FREUND**.

59 ALESSANDRI, A. et al (2009). Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General. Tomo I. Séptima Edición. Colección Clásicos Jurídicos. Editorial Jurídica de Chile, 2009. Página 487.
60 Traducido de manera aproximada como “acto de constitución”.

A. Implementación de dicho ámbito de protección en los regímenes constitucionales domésticos.

Como lo sugiere **GORDILLO**⁶¹, el reconocimiento de la personalidad jurídica “corporativa” fue directamente incluida en la *Ley Fundamental para la República Federal Alemana* (1949), la cual, en su **artículo 19.3**⁶² establece que “*Los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas con sede en el país, en tanto que por su propia naturaleza sean aplicables a las mismas.*”, inspirando asimismo el texto del artículo 12.2⁶³ de la Constitución de la República Portuguesa (1976) que establece que “*Las personas colectivas gozan de los mismos derechos [que las personas naturales] y están sujetas a los deberes compatibles con su propia naturaleza.*” En el mismo sentido, textos constitucionales europeos más recientes también recogen esta posición. Tal es el caso de la Constitución Estonia (1992), cuyo artículo 9⁶⁴ indica que “*Los derechos, libertades y*

deberes establecidos en la Constitución se extenderán a las personas jurídicas en el tanto estén en concordancia con los objetivos generales de las personas jurídicas y con la naturaleza de tales derechos, libertades y obligaciones.”. Un caso interesante lo ofrece la *Constitución de la República de Lituania* (1992), en razón de su uso diferenciado de los términos ser humano y persona a la hora de determinar los derechos fundamentales concedidos por el Estado. Así, por ejemplo sólo la vida (**artículo 19**), la dignidad (**artículo 21**) y las creencias (**artículo 25**) humanas están protegidas, mientras que todas las personas son consideradas iguales ante la ley (**artículo 29**) y tendrán el derecho de recurrir a los Tribunales en defensa de sus derechos (**artículo 30**), así como a ser consideradas inocentes hasta que medie un proceso judicial que determine lo contrario (**artículo 31**)⁶⁵. Esta formulación sugiere, lógica y semánticamente que en dónde los términos *ser humano o ciudadano* se omiten o se reemplazan por la palabra *persona*, se

61 GORDILLO, L. I. (s.d.), Fundamental Rights of Companies in Transnational Law. Special reference to the protection afforded to business premises. Borrador. Universidad de Deusto, Bilbao, España. Página 4.
62 Artículo 19.3, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Ausfertigungsdatum: 23.05.49. Disponible en: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gg/gesamt.pdf>>. [Búsqueda: Marzo 30, 2012. 11:00] El texto original se reproduce a continuación: “(3) Die Grundrechte gelten auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind.”
63 Artículo 12.2, Constituição da República Portuguesa. Disponible en: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. [Búsqueda: Marzo 30, 2012. 11:05] El texto original se reproduce a continuación: “Artigo 12.º Princípio da universalidade. 2. As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza.”
64 Artículo 9, Eesti Vabariigi Põhiseadus. Vastu võetud rahvahääletusel 28. juunil 1992 (RT 1992, 26, 349) jõustunud 3.07.1992. Traducción al Inglés: Centro Estonio de Apoyo Legislativo y Traducción, 1996. Las traducciones al Inglés son generadas con propósitos informativos únicamente. Únicamente el texto en lenguaje Estonio tiene fuerza de ley. Disponible en: <<http://www.president.ee/en/republic-of-estonia/the-constitution/index.html>> [Búsqueda: Marzo 30, 2012. 11:10]
65 Artículos 25, 29 y 30, Lietuvos Respublikos Konstitucija Disponible en: <<http://www3.lrs.lt/home/Konstitucija/Constitution.htm>>. [Búsqueda: Marzo 30, 2012. 11:15]

pretende extender dicha tutela a todas las personas bajo protección del Estado, tanto físicas como jurídicas.

No obstante, un reconocimiento explícito tal de los derechos fundamentales de las personas jurídicas en los textos constitucionales no es usual en otros países europeos, cuyos Tribunales han recurrido a ejercicios hermenéuticos complejos para ampliar la protección de ciertos derechos constitucionales a las sociedades mercantiles. Tal es el caso de España, en donde el *Tribunal Constitucional*, luego de acercamientos preliminares al tema con la admisión de la personalidad

jurídica de las personas jurídicas públicas⁶⁶ y de las colectividades⁶⁷, entró formalmente a reconocer los derechos fundamentales a las corporaciones. Así, en la **Sentencia N° 137/1985**⁶⁸, el Tribunal Constitucional falló a favor de una sociedad anónima que reclamaba la violación de su domicilio, indicando que, si bien el ordenamiento constitucional español carecía de una norma similar al **artículo 19.3** de la *Ley Fundamental para la República Federal Alemana* (1949), se derivaba de la formulación de la norma doméstica que establece el derecho a la inviolabilidad del domicilio, que ésta no excluye a las personas jurídicas. En igual sentido, la **Sentencia N°**

66 Tribunal Constitucional Español, Sentencia No. 19/1983. Disponible en: <http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1983-0019>. [Búsqueda: Marzo 25, 2012. 14:00] Dicha sentencia reza, en lo conducente, que: “1. La legitimación para interponer recursos de amparo no corresponde sólo a los ciudadanos, sino a cualquier persona -natural o jurídica- que sea titular de un interés legítimo aun cuando no sea titular del derecho fundamental que se alega como vulnerado. 2. La expresión «todas las personas» que utiliza el art. 24 de la C.E. hay que interpretarla en relación con el ámbito del derecho de que se trata, es decir, con «la tutela efectiva de Jueces y Tribunales», que comprende lógicamente, en principio, a todas las personas que tienen capacidad para ser parte en un proceso.”

67 Tribunal Constitucional Español, Sentencia No. 214/1991. Disponible en: <http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1991-0214>. [Búsqueda: Marzo 25, 2012. 14:05] La misma establece que: “5. Tratándose de un derecho personalísimo, como es el honor, la legitimación activa corresponderá, en principio, al titular de dicho derecho fundamental. Esta legitimación originaria no excluye, ni la existencia de otras legitimaciones (v. gr., la legitimación por sucesión de los descendientes, contemplada en los arts. 4 y 5 de la L.O. 11/1982 de Protección del Derecho al Honor), ni que haya de también como legitimación originaria la de un miembro de un grupo étnico o social determinado, cuando la ofensa se dirigiera contra todo ese colectivo, de tal suerte que, menospreciando a dicho grupo socialmente diferenciado, se tienda a provocar en el resto de la comunidad social sentimientos hostiles o, cuando menos, contrarios a la dignidad, estima personal o respeto al que tienen derecho todos los ciudadanos con independencia de su nacimiento, raza o circunstancia personal o social (arts. 10.1 y 14 C.E.).”

68 Tribunal Constitucional Español, Sentencia No. 137/1985. Disponible en: <http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1985-0137>. [Búsqueda: Marzo 25, 2012. 14:10] En lo conducente, indica que: “Ausente de nuestro ordenamiento constitucional un precepto similar al que integra el art. 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn, según el cual los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales, en la medida en que, por su naturaleza, les resulten aplicables, parece claro que nuestro Texto constitucional, al establecer el derecho a la inviolabilidad del domicilio, no lo circunscribe a las personas físicas, siendo, pues, extensivo o predicable igualmente en cuanto a las personas jurídicas, del mismo modo que este Tribunal ha tenido ya ocasión de pronunciarse respecto de otros derechos fundamentales, como pueden ser los fijados en el art. 24 de la misma Constitución.”

23/1989⁶⁹ del mismo Tribunal señaló de forma más puntual que: “(...) *aun cuando no se explicita en los términos con que se proclama en los textos constitucionales de otros Estados, los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en la medida en que, por su naturaleza, resulten aplicables a ellas.*”.

B. Implementación de dicho ámbito de protección a nivel comunitario. Curiosamente, aunque el *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (1950) procura primordialmente la salvaguarda de los derechos de los individuos, las compañías han ganado, sin gran esfuerzo, acceso a este régimen de protección. De hecho, tal como lo afirman **DINGHAM y ALLEN** en ***Company Law and the Human Rights Act 1998 (2000)*** (citado por **HARDING, C. et al (2008)**):⁷⁰ “[la] Corte nunca se ha involucrado

en un sentido técnico-legal con la cuestión de sí la artificialidad de la corporación impone limitaciones a su capacidad de ser víctima de una violación de derechos.” Por el contrario, con base en el **artículo 34**⁷¹ del Convenio, dicho Alto Tribunal frecuentemente ha admitido la interposición de demandas por parte de entidades corporativas. Este reconocimiento es infrecuente en otros instrumentos de derecho internacional, como por ejemplo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976), que restringe su ámbito de aplicación a los seres humanos. La Corte Europea de Derechos Humanos, a demás, deja abierta la posibilidad de nuevas concesiones, sujetas a que estén recogidas por la Convención y constituyan una medida necesaria para una sociedad democrática. En este sentido, el ámbito de protección brindado a las corporaciones ha girado en torno de tres derechos principales:

69 Tribunal Constitucional Español, Sentencia No. 23/1989. Disponible en: <http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1989-0023>. [Búsqueda: Marzo 25, 2012. 14:20] La sentencia establece que: “1. Se reitera el criterio mantenido por este Tribunal de que en nuestro ordenamiento constitucional, aun cuando no se explicita en los términos con que se proclama en los textos constitucionales de otros Estados, los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en la medida en que, por su naturaleza, resulten aplicables a ellas. Este Tribunal ha venido considerando aplicable, implícitamente y sin oponer reparo alguno, el art. 14 C.E. a las personas jurídicas de nacionalidad española, como titulares del derecho que en él se reconoce, sin que existan razones para modificar esta doctrina general. 2. Ahora bien, no existe una necesaria equiparación entre personas físicas y jurídicas. Siendo éstas una creación del Derecho, corresponde al ordenamiento jurídico delimitar su campo de actuación fijando los límites concretos y específicos y determinar, en su caso, si una concreta actividad puede ser desarrollada en un plano de igualdad por personas tanto físicas como jurídicas.”

70 HARDING, C. et al. (2008). *Human Rights in the Market Place. The Exploitation of Rights Protection by Economic Actors*. Ashgate, Great Britain, 2008. Página 26.

71 Artículo 34, Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (modificado por los Protocolos Nos 11 y 14). Entrada en vigor el 1 de Junio de 2010. Disponible en: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/CONVENTION_ESP_WEB.pdf>. [Búsqueda: Julio 23, 2012. 18:30] A continuación, se reproduce el texto del artículo: “ARTÍCULO 34. Demandas individuales. El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho.”

1) Protección de la propiedad: Este derecho se le garantiza expresamente a las personas jurídicas en el **artículo 1**⁷² del **Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales** (1952), en los siguientes términos: “Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional.”. En **Pressos Compania Naviera S.A. y otros contra Bélgica** (1995)⁷³, por ejemplo, la Corte Europea de Derechos Humanos determinó que cierta ley interfería con el ejercicio de los derechos derivados de los reclamos por daños que podían hacerse valer hasta ese día bajo la ley doméstica belga, así como con el derecho de los demandantes -armadores,

asociaciones de aseguramiento mutuo, y un curador en procesos de quiebra- al disfrute pacífico de sus posesiones.

2) Libertad de expresión de las corporaciones. Consagrada en el **artículo 10** del *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (1950), se le ha concedido a las corporaciones sobretodo en el tanto que relacionada con su actividad periodística, tal como lo demuestra el caso más relevante sobre este tema, **The Sunday Times contra El Reino Unido** (1979)⁷⁴. Otro caso interesante es el de **Autronic AG contra Suiza** (1990)⁷⁵, en el que a la demandante, una sociedad anónima constituida bajo la ley suiza dedicada al negocio de antenas parabólicas para uso doméstico, se le denegó el permiso para recibir transmisiones sin codificar de

72 Artículo 1, Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Disponible en: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/CONVENTION_ESP_WEB.pdf>. [Búsqueda: Julio 23, 2012. 18:35]

73 CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Pressos Compania Naviera S.A. y otros c. Bélgica (1995) (Solicitud N° 17849/91), §34. Disponible en: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=pressos%20%7C%20compania&sessionid=90127487&skin=hudoc-en>>. [Búsqueda: Marzo 25, 2012. 21:20].

74 CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. The Sunday Times c. El Reino Unido (1979) (Solicitud N° 6538/74). Disponible en: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=The%20%7C%20Sunday%20%7C%20Times%20%7C%20v.%20%7C%20United%20%7C%20Kingdom&sessionid=42473057&skin=hudoc-en>>. [Búsqueda: Marzo 25, 2012. 21:00]

75 CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Autronic AG c. Suiza (1990) (Solicitud N° 12726/87), §47. Disponible en : <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=autronic%20%7C%20ag&sessionid=90127487&skin=hudoc-en>>. [Búsqueda: Marzo 25, 2012. 20:40]. En este caso, este Alto Tribunal señaló que: “En opinión de la Corte, ni el estatus legal de Autronic AG como sociedad anónima ni el hecho que sus actividades fueran comerciales ni la naturaleza intrínseca de la libertad de expresión pueden privar a Autronic AG de la protección del Artículo 10. (art. 10). El artículo (art. 10) aplica a “todos”, sean éstos personas naturales o jurídicas. La Corte ha, además, sostenido en tres ocasiones que [el artículo] es aplicable a entidades corporativas con fines de lucro (ver la sentencia del Sunday Times del 26 de abril de 1979, Serie A no. 30, la sentencia de Markt Intern Verlag GmbH y Klaus Beermann del 20 de Noviembre de 1989, Serie A no. 165, y la sentencia de Groppera Radio AG y Otros del 28 de marzo de 1990, Serie A no. 172. Además, el Artículo 10 (art.10) aplica no sólo al contenido de la información sino también a los medios de transmisión o recepción, ya que cualquier restricción impuesta a los medios necesariamente interfiere con el derecho de recibir y transmitir información. En efecto, el Artículo 10 (art. 10) menciona expresamente en la última línea de su primer párrafo (art. 10-1) ciertas empresas esencialmente relacionadas con los medios de transmisión.”.

un satélite ruso sin la aprobación de las autoridades soviéticas, y la Corte Europea de Derechos Humanos en esa ocasión ratificó la libertad de expresión de la solicitante, aún a pesar de su naturaleza corporativa y el ejercicio de su actividad comercial.

3) Derecho a un juicio justo. Instituido en el **artículo 6** del Convenio de marras, es tal vez el más consolidado de los derechos corporativos, siendo que la Corte lo ha reconocido de forma consistente a las entidades corporativas en diversas formas: el derecho a la debida defensa, a la protección igual ante los Tribunales y al debido proceso legal. Esta tendencia se refleja especialmente en el control de la Corte sobre el respeto por parte de las agencias estatales de los derechos procesales de las corporaciones en los procedimientos administrativos y en los relacionados con el derecho de la Competencia. Tal es el caso, por ejemplo, de sus observaciones recurrentes sobre la manera en la que la Comisión Bancaria Francesa ha investigado y castigado infracciones a la ley bancaria francesa en abierta violación de los **Artículos 6.1 y 6.2** del Convenio. Uno de los casos más recientes es el de **Dubus S.A. contra Francia** (2009)⁷⁶,

en el que la Corte hizo resaltó, como lo había observado en otras ocasiones, que los procedimientos eran seguidos por la Comisión a través de un sistema único en el cual las funciones de investigación, procesamiento y condena parecían recaer en el mismo órgano administrativo. En este caso, la Corte determinó que, por la manera en que se desarrolló el procedimiento, la compañía demandante pudo haber razonable y objetivamente interpretado que existían una coincidencia entre las personas que la procesaron y luego la juzgaron.

Esta última referencia ilustra la posición del sistema comunitario europeo respecto del reconocimiento de la personalidad y los derechos fundamentales “corporativos”. El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950) y la Corte Europea de Derechos Humanos han creado un sistema flexible que permite a las corporaciones ejercitar sus derechos y defenderlos ante los Tribunales. Ciertamente, el proceso de reconocimiento de los derechos fundamentales de las corporaciones es abierto y va de la mano con las necesidades políticas y económicas de la Comunidad Europea, siendo que la Corte

76 CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Dubus S.A. c. Francia (2004) (Solicitud no 5242/04), §60. Disponible en: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=dubus%20%7C%205242/04&sessionid=90131036&skin=hudoc-en>>. [Búsqueda: Marzo 25, 2012. 22:00]. El texto original, disponible sólo en francés, estableció que: “De cet enchaînement d’actes pris au cours de la procédure juridictionnelle, il résulte, de l’avis de la Cour, que la société requérante pouvait raisonnablement avoir l’impression que ce sont les mêmes personnes qui l’ont poursuivie et jugée.”

misma ha considerado que el Convenio es un “instrumento vivo”⁷⁷ que debe aspirar a conceder protección efectiva a la luz de tres criterios principales: no sólo debe el derecho consagrarse legalmente y hacerse extensivo a las personas jurídicas en concordancia con la racionalidad y proporcionalidad impuesta por su naturaleza legal, sino que dicho reconocimiento debe estimarse necesario para el desarrollo democrático de la Comunidad y el cumplimiento de sus metas. Así, mientras este Alto Tribunal ha consolidado el reconocimiento de los derechos procesales de las corporaciones, ha sido más cauteloso al concederles derechos subjetivos más allá de los tradicionales derechos al domicilio, la propiedad y la libertad de expresión.

3. El régimen de protección de los derechos fundamentales de las sociedades de capitales en los Estados Unidos.

A pesar de su aversión inicial a la idea de la personalidad jurídica de las corporaciones, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América comenzó progresivamente a aceptar el fenómeno, no propiamente a través del reconocimiento de la existencia

legal autónoma y diferenciada de las entidades corporativas, sino, curiosamente, mediante su asimilación a propósito de un enfoque económico que las concebía como esenciales para el negocio y el comercio.⁷⁸ Esta posición quedó claramente retratada en la opinión concurrente del **Juez FIELD** en *Santa Clara County v. Southern Pacific Railroad Company* (1886), piedra angular de la teoría de la personalidad jurídica corporativa del Derecho Societario americano: “(...) *prácticamente todas las grandes empresas son realizadas por compañías*”.⁷⁹ Hoy, el régimen estadounidense de protección constitucional de las corporaciones abarca no sólo una fiera defensa de la propiedad corporativa, sino también concesiones más amplias, como el reconocimiento de la libertad de prensa y del derecho a involucrarse en actividades políticas.

A. Personalidad jurídica corporativa y la Constitución de los Estados Unidos de América.

Influida por las ideas políticas de la Ilustración francesa, la Constitución de los Estados Unidos de América se inspira, en gran medida, en preceptos individualistas que se reflejan

77 CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *Tyrer c. El Reino Unido* (1972) (Solicitud no. 5856/72), §31. Disponible en: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Tyrer&sessionid=90185633&skin=hudoc-en>>. [Búsqueda: Marzo 26, 2012. 09:00]. A continuación se reproduce el texto original: “The Court must also recall that the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions.”

78 HORWITZ, M.J. (1992). *The transformation of American Law, 1870-1960: the crisis of legal orthodoxy*. Oxford University Press, 1994. Página 74.

79 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. *Santa Clara County v. Southern Pacific Railroad* 118 U.S. 394 (1886), sección 396. Disponible en: <<http://supreme.justia.com/us/118/394/case.html>>. [Búsqueda: Marzo 26, 2012. 16:00]

en su percepción de la realidad social: ni la Constitución ni las Enmiendas subsiguientes hacen alusión expresa a los derechos de las corporaciones o, a esos efectos, de cualquier otro ente colectivo, gravitando en cambio alrededor del concepto de individuo y ciudadanía. Luego, el reconocimiento a las corporaciones de una personalidad jurídica y de un acervo concomitante de derechos surge producto de una interpretación jurisprudencial extensiva del *Bill of Rights*⁸⁰, y, particularmente, de la Decimocuarta Enmienda que establece, entre otros, el derecho al debido proceso y a la igualdad de protección ante la ley.

Uno de los primeros de estos ejercicios hermenéuticos es apreciable en ***Trustees of Dartmouth College v. Woodward***, 17 U.S. (4 Wheat.) 518 (1819), que trata de la aplicación de la *Contract Clause*⁸¹ a las corporaciones. En este caso, el **Juez MARSHALL** reconoció la existencia de una personalidad corporativa limitada, agregando además que: “*Debemos admitir, que habrán de surgir contratos futuros en relación con personas ahora inexistentes, o nos veremos inmiscuidos en dificultades inextricables. Y si han de haberlos en relación con personas físicas, por qué no en relación con personas artificiales, creadas por la ley, con el propósito mismo de ser investidos con poderes corporativos?*”⁸² La importancia de esta sentencia es doble: no sólo acepta la

personalidad jurídica de las corporaciones, sino que reconoce el derecho de éstas de contratar y de exigir el cumplimiento de los contratos de los que son parte.

Sin embargo, el primer caso en el que la personalidad jurídica de las corporaciones fue reconocida y emanada merced de una interpretación extensiva de la *Bill of Rights* fue en ***Santa Clara County v. Southern Pacific Railroad*** 118 U.S. 394 (1886), un caso relacionado con la tasación fiscal de propiedad ferroviaria en el que las corporaciones fueron consideradas como personas para los efectos de la *Decimocuarta Enmienda*. *Santa Clara* es un hito en la jurisprudencia americana, particularmente por el famoso obiter dictum del **Juez WAISTE** sobre la personalidad de las corporaciones y su tutela constitucional. En dicha ocasión, el Magistrado dijo: “*La Corte no desea escuchar discusión sobre la cuestión de si la disposición en la Decimocuarta Enmienda de la Constitución, que prohíbe a un estado negar a cualquier persona dentro de su jurisdicción igual protección de la ley, aplica a estas corporaciones. Somos todos de la opinión que así es.*”⁸³ Pocos años después, esta posición fue respaldada en un caso relativo a la aplicación de la Commerce Clause -o Cláusula Comercial, consagrada en el Artículo I, Sección 8, Cláusula 3 de la Constitución- a una compañía solicitando

80 Nombre colectivo que se le da a las diez primeras Enmiendas de la Constitución Americana.

81 La Cláusula Contractual, que aparece en el Artículo I, Sección 10, Cláusula 1 de la Constitución de los Estados Unidos de América, prohíbe a los estados promulgar leyes que invaliden de manera retroactiva derechos contractuales.

82 Idem #5, sección 693.

83 Idem #79

licencia para abrir una oficina en Pennsylvania. En *Pembina Consolidated Silver Mining Co. v. Pennsylvania*, 125 U.S. 181 (1888), se estableció que:

*“No existe duda de que las corporaciones privadas están incluidas bajo la denominación de “persona”. Dichas corporaciones son meramente asociaciones de individuos unidos por un propósito especial a las que se les permite hacer negocio bajo un nombre particular y tener una sucesión de miembros sin disolución. (...) La protección igual de las leyes que estos entes pueden exigir es sólo tal en el tanto coincida con la de asociaciones similares dentro de la misma jurisdicción del estado.”*⁸⁴

Aunque este precedente finalmente sentaría las bases para la teoría americana de la personalidad corporativa y el caso *Santa Clara* se convertiría en su mayor referente, el desafío a esta posición no habría de cesar. En este sentido, el Juez **BLACK** en *Connecticut General Life Insurance Company v. Johnson*, 303 U.S. 77 (1938), afirmó con severidad:

*“Si la gente de esta nación desea privar a los estados de sus derechos soberanos a determinar la justicia de un impuesto a las compañías que llevan a cabo un negocio puramente local dentro de los límites de su propio estado, existe un medio dispuesto por la Constitución para hacerlo. Dicho medio no va en el sentido de una enmienda judicial a la carta fundamental. Una enmienda con ese propósito podría ser sometida al Congreso según lo establece la Constitución. Yo no creo que la Decimocuarta Enmienda tuviera ese propósito, ni que la gente creyera que lo tuviera, ni que deba interpretarse que lo tiene.”*⁸⁵

Señala **HALL** (citado por **ALJALIAN, N.N. (1999)**⁸⁶) en el caso de los Estados Unidos que, en *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States (1992)* se estableció que: “(...) las varias decisiones de la Corte sobre el debido proceso sustantivo y la libertad contractual entre 1890 y 1937 fortalecieron la mano de las corporaciones en sus tratos con los empleados, sindicatos, consumidores y cámaras estatales”, aunque

84 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. *Pembina Consolidated Silver Mining Co. v. Pennsylvania*, 125 U.S. 181 (1888), sección 189. Disponible en Justia: <<http://supreme.justia.com/us/125/181/case.html>>. [Búsqueda: Marzo 26, 2012. 16:30]
85 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. *Connecticut General Life Insurance Company v. Johnson*, 303 U.S. 77 (1938), sección 90. Disponible en Justia: <<http://supreme.justia.com/us/303/77/case.html>>. [Búsqueda: Marzo 26, 2012. 19:00]
86 ALJALIAN, N. N. (1999). Note: Fourteenth Amendment personhood: fact or fiction?. *Saint John's Law Review* Vol. 73, Número 2, Primavera, 1999. 495, en 503. Disponible en <<http://scholarship.law.stjohns.edu/lawreview/vol73/iss2/5>>. [Búsqueda: Marzo 26, 2012. 23:00]

luego “evitó responsabilidad directa por el Derecho Societario (...)” Luego, más allá de la controversia que se cierne sobre los fundamentos de la teoría americana de la personalidad jurídica de las corporaciones, es innegable que estas entidades son entendidas como personas bajo el ámbito de protección de la Decimocuarta Enmienda. Este reconocimiento se limita a la naturaleza misma de los derechos otorgados por dicha Enmienda: mientras las corporaciones se consideran titulares de **derechos de propiedad**, dicha identificación no ha sido tan obvia en relación con otros derechos y libertades fundamentales.⁸⁷

La siguiente sub-sección pretende ofrecer un balance del estado actual de la protección de los derechos fundamentales de las corporaciones en los Estados Unidos, basado precisamente en el desarrollo diferenciado que han tenido en su jurisprudencia el reconocimiento del derecho de propiedad y el de otras libertades fundamentales.

B. Los derechos procesales y de propiedad frente a otras libertades.

Se ha sugerido que la teoría de la personalidad corporativa desarrollada por la Corte Suprema Justicia de los Estados Unidos de América es más un acervo de

racionalizaciones *post hoc* de decisiones políticas que un argumento legal consistente que pueda ser aplicado a un análisis casuístico. Este diseño político del ámbito de protección de las corporaciones podría explicar, en alguna medida, la diferencia en la claridad con la que se ha tutelado su derecho a la propiedad y al debido proceso respecto del otorgamiento más conservador de otras libertades fundamentales. Sin embargo, el aumento de la influencia de las corporaciones como agentes económicos y la complejidad de sus empresas ha conllevado la ampliación en el reconocimiento de derechos y libertades substantivas a las corporaciones.

i. El derecho de propiedad y el derecho al debido proceso.

Como se ha mencionado, en *Santa Clara County v. Southern Pacific Railroad* se constata el primer reconocimiento de la personalidad jurídica de las corporaciones, pues a partir de ese momento estas entidades serían ampliamente consideradas como personas a la luz de la sección uno de la Decimocuarta Enmienda, invistiéndolas con los derechos de **propiedad, equidad de protección ante la ley y debido proceso**.⁸⁸ En este sentido, los casos tempranos de tasación fiscal de propiedad ferroviaria ya estudiados derivaron en la protección constitucional

87 Op. cit. #31, sección 1452.
88 Vid. *Home Ins. Co. v. New York*, 134 U.S. 594, 606 (1890); *Chicago, M. & St. P. Ry. v. Minnesota*, 134 U.S. 418, 458 (1890); *Minneapolis & St. L. Ry. v. Beckwith*, 129 U.S. 26, 28 (1889).

de la propiedad de las corporaciones. Así, y sólo como ejemplo, el **Juez FIELD**⁸⁹ en *San Mateo v. Southern Pacific Railroad*, argumentó que: “*Privar a la corporación de su propiedad o afectarla es, de hecho, privar a los constituyentes de su propiedad y disminuir su valor.*” La Corte Suprema así como las Cortes de Circuito⁹⁰ continuarían sosteniendo esta posición, a la vez que decisiones posteriores del Alto Tribunal ratificarían los derechos de las corporaciones a la **protección igual ante la ley** y el **debido proceso legal**. Su consagración vino, entre otros casos, en *Chicago, M. & St. P. Ry. v. Minnesota*, 134 U.S. 418, 458 (1890).⁹¹

ii. Otras libertades fundamentales.

Si bien el punto focal de la protección de la personalidad jurídica de las corporaciones en

el Derecho Societario de los Estados Unidos ha sido el reconocimiento del derecho de las corporaciones a la propiedad, al tratamiento igual ante la ley y al debido proceso legal, el grado de sofisticación y relevancia económica alcanzado por éstas, aunado a la presión que sobre la política americana ejercen las grandes compañías, llevó al paulatino reconocimiento a su favor de otras libertades fundamentales. De esta forma, las entidades corporativas han experimentado con el tiempo la ampliación de su ámbito de protección constitucional. Hoy, las corporaciones son consideradas personas bajo la Primera Enmienda, concediéndoseles así **libertad de expresión**⁹² y el **derecho de involucrarse**

89 County of San Mateo v. Southern Pac. R.R., 13 F (C.C.D. Cal. 1882) , secciones 747-748. Más aún, en el parágrafo 403 establece: “Lo que sea que afecte la propiedad de la compañía, sea la de todos los miembros unidos por el nombre común, necesariamente afecta sus intereses ... Lo que confisque o imponga gravámenes en su propiedad, de otro modo nadie sería afectado por el procedimiento. Lo que sea que aumente la prosperidad o la riqueza de la corporación, aumenta proporcionalmente la prosperidad y el negocio de los socios constituyentes, de otro modo nadie se vería beneficiado. Es imposible concebir que una corporación sufra una vejación o el despojo de un beneficio excepto a través de sus miembros. La entidad legal, el ser metafísico llamado corporación, tampoco puede sentir.” Disponible en: <<http://bulk.resource.org/courts.gov/c/F1/0018/0018.f.0385.html>>. [Búsqueda: Marzo 22, 2012. 21:30]

90 Vid. inter al. Metropolitan Life Ins. Co. v. Ward, 470 U.S. 869, 880-81 (1985); Frost v. Corporations Comm'n, 278 U.S. 515, 522 (1929), North Dakota State Bd. of Pharmacy v. Snyder's Drug Stores, 414 U.S. 156 (1973); Kentucky Fin. Corp. v. Paramount Auto Exch. Corp., 262 U.S. 544, 550 (1923).

91 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Chicago, M. & St. P. Ry. v. Minnesota, 134 U.S. 418, 458 (1890), sección 458. Disponible en CaseLaw: < <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=134&invol=418>>. [Búsqueda: Marzo 22, 2012. 09:50]: “La cuestión de la razonabilidad de una tarifa de transporte para una compañía ferroviaria, involucrando, como lo hace, el elemento de razonabilidad, tanto en relación con la compañía como con el público, es eminentemente una cuestión de investigación judicial que requiere del debido proceso legal para su determinación. Si la compañía es privada de la potestad de cobrar tarifas razonables por el uso de su propiedad, y tal privación tiene lugar en ausencia de una investigación por una instancia judicial, está siendo privada del uso legal de su propiedad y luego, en substancia y efecto, de la propiedad misma, sin el debido proceso legal, y en violación de la Constitución de los Estados Unidos: y, en el tanto sea privada de esta manera, mientras a otras personas se les permita recibir ganancias razonables sobre su capital invertido, a la compañía se le priva de un tratamiento igual ante la ley...”

92 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.. Pacific Gas & Electric Co. v. Public Utilities Commission of California. 475 U.S. 1 (1986). Disponible en Justia: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/475/1/>>. [Búsqueda: Marzo 22, 2012. 10:00]

en actividades políticas⁹³, en el tanto no contravenga su naturaleza corporativa. Una adaptación del concepto de domicilio al local u oficinas corporativas protege también a las sociedades de allanamientos y confiscaciones irrazonables,⁹⁴ mientras que una forma derivada del **derecho a la privacidad** está en proceso de configuración⁹⁵. Los casos más recientes han gravitado en torno del intento de las compañías multinacionales de obtener el reconocimiento del **derecho corporativo a la imagen y a la libre expresión**⁹⁶ frente a publicaciones perjudiciales que puedan afectar su imagen y su negocio. Por otro lado, tal como lo resalta **O´ KELLEY**⁹⁷, la Corte Suprema también ha determinado que las entidades corporativas no han de ser considerados personas a los efectos de la *Privileges and Immunities Clause*⁹⁸ y no les cubre el derecho de abstenerse de declarar contra sí mismas.

Luego, el balance final demuestra que en Estados Unidos el alcance del fenómeno de

la personalidad jurídica de las corporaciones ha sido mucho más amplio y audaz en el reconocimiento de derechos substantivos a las entidades corporativas, lo cual puede deberse en parte a su importancia en el desarrollo económico del país durante el “Siglo Americano”. Aunque no escapa a la controversia y se comporta a menudo de manera digresiva, la jurisprudencia americana ha establecido un acervo consolidado de derechos procesales y substantivos que ha perfilado claramente una esfera positiva de protección de la personalidad jurídica de las corporaciones como entidades legales y económicas.

III- Conclusiones. Hacia un reconocimiento y tutela universal de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles.

1) El concepto de personalidad jurídica corporativa es una elaboración teórica compleja en la que concurren la tradicional

93 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. First National Bank of Boston v. Bellotti, 435 U.S. 765 (1978) Disponible en: <<http://supreme.justia.com/us/435/765/>>. [Búsqueda: Marzo 22, 2012. 10:15]

94 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.. Hale v. Henkel, 201 U.S. 43 (1906). Disponible en Justia: <<http://supreme.justia.com/us/201/43/case.html>>. [Búsqueda: Marzo 22, 2012. 10:20]

95 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.. Dow Chemical Co. v. United States, 476 U.S. 227, 236 (1986). Disponible en Justia: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/476/227/case.html>>. [Búsqueda: Marzo 22, 2012. 10:25]

96 Vid. Kasky v. Nike, Inc., 45 P.3d 243 (Cal. 2002), cerr. denied, Nike, Inc. v. Kasky, 123 S. Ct. 2554 (2003). Vid. VLADECK, D.C. (2004). Lessons From a Story Untold: Nike v. Kasky. Georgetown Law Faculty Publications and Other Works. Paper 273. Disponible en:<<http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/273>> [Búsqueda: Marzo 23, 2012. 08:00]

97 O´KELLEY, C. R. T. (1979). The Constitutional Right of Corporations Revisited: Social and Political Expressions and the Corporation after First National Bank v. Bellotti. University of Georgia School of Law, Faculty Scholarship – Scholarly works. (1979), en 1347-1348. Disponible en: <http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1473&context=fac_artchop>. [Búsqueda: Julio 24, 2012. 08:00]

98 Consagrada en el Artículo IV, Sección 2, Cláusula 1 de la Constitución de los Estados Unidos de América, prohíbe a los estados tratar a los ciudadanos de otros estados de forma discriminatoria.

ecuación de personalidad con humanidad, la carga simbólica y emotiva de este concepto, la identificación de la corporación como una forma de propiedad y la dependencia de este fenómeno de la frágil metáfora del acto de constitución, influyendo así en la forma en la que el público percibe a las corporaciones y los jueces reconocen y tutelan su personalidad jurídica. Esta influencia meta-jurídica no debe desestimarse.

2) Al analizar el caso europeo, es claro que las elaboraciones teóricas más tempranas sobre el fenómeno asociativo y la personalidad jurídica han determinado el ámbito de tutela actual que el Derecho Comunitario otorga a las personas jurídicas. Si bien depende en gran medida de la metáfora legal del acto de constitución, la teoría europea continental de la personalidad jurídica corporativa está sólidamente establecida. En este sentido, el reconocimiento de derechos a las compañías se calibra a la luz de las necesidades económicas de la Comunidad Europea, a la vez que se ciernen sobre dicho proceso un estricto estándar de admisión que tiene en cuenta su razonabilidad, su proporcionalidad y su contribución efectiva al régimen democrático. Esto se refleja en el reconocimiento indiscutido de derechos procesales y el otorgamiento escrupuloso de derechos subjetivos a las entidades corporativas con arreglo a su naturaleza legal y su estructura orgánica.

3) La posición en Estados Unidos, por otro lado, ha mutado de un acercamiento más

bien prudente al fenómeno de la personalidad jurídica de las corporaciones a una línea abiertamente liberal, en el tanto la relevancia práctica y económica de la corporación como unidad de negocio paulatinamente difuminó las preocupaciones teóricas iniciales en torno de su naturaleza jurídica. Hoy, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos es uno de los Tribunales más receptivos de este fenómeno, reconociendo una plétora de derechos y libertades individuales tradicionales a las corporaciones como la libre expresión, la privacidad e, incluso algunos, derechos políticos. Sin embargo, su línea es más bien digresiva y sus fallos, a menudo, contenciosos, mientras que el núcleo de este ámbito de protección continúa siendo la tutela de la propiedad, el trato igual ante la ley y los derechos procesales de las corporaciones. Más allá, aunque el reconocimiento algo precipitado de más amplias libertades y derechos subjetivos -al honor, a la imagen, a la libre expresión- tenga quizá por objeto proteger características más bien propias de las grandes corporaciones, la manipulación exacerbada del concepto de personalidad jurídica corporativa va en detrimento de su propia esencia. La ampliación artificiosa de este esfera de protección para aumentar el poder de las corporaciones en sus relaciones económicas y políticas no sólo frustra la posibilidad de generar soluciones técnico-legales adecuadas a sus necesidades, sino que también ensombrece la percepción pública sobre la necesidad y legitimidad de garantizar este elenco de derechos.

4) Hoy, es necesaria la reivindicación de la personalidad jurídica de las corporaciones con base, en primera instancia, en un re-enfoque de su perspectiva: la comprensión de la ontología de las corporaciones y de su interacción en la economía de mercado es esencial para el reconocimiento de su esfera positiva de protección. Y es que, como atinadamente lo sugiere **CERTAD MAROTO**⁹⁹, citando a **GALGANO**, el problema de las personas jurídicas es en realidad “*el problema de la determinación de las condiciones de uso de la personalidad jurídica*” y, particularmente, del abuso de dicha personalidad jurídica. Luego, en línea con la tesis académica preponderante, ésta debe replantearse para adaptarse a las limitaciones naturales de las corporaciones y a las relaciones que éstas desarrollan en tanto que unidades económicas. Con el reconocimiento de derechos substantivos compatibles con su naturaleza jurídica –a la propiedad, al domicilio, entre otros-, e investidas con los derechos procesales necesarios para la defensa de sus intereses, las corporaciones se encuentran plenamente facultadas para el desarrollo de sus actividades legales y económicas, lo que no excluye la posibilidad de que este ámbito de tutela se modifique según cambie también la extensión de dichas funciones y su relación con otras entidades legales.

Para atizar el fuego de la discusión, podríamos inclusive minimizarla merced de una de esas sentencias lapidarias de **KELSEN**¹⁰⁰ quien, con fría asepsia, nos dice que las personas jurídicas no son ni una realidad social ni, como se presume, una creación de la ley, sino que es la forma en que la ciencia jurídica expresa la unidad de obligaciones y derechos con la que el ordenamiento jurídico dota de contenido al comportamiento de estos entes. No obstante, el fenómeno es mucho más complejo de lo que esta simplificación sugiere, y en él incide, como se ha sugerido desde el inicio, el uso de la analogía y el lenguaje para explicarlo.

Así, tal como lo sugiere **HART**¹⁰¹: “*La analogía con una persona viviente y el cambio de significado [de la palabra ficción] son por tanto la esencia del modo de la afirmación legal que refiere a las entidades corporativas.*” Sin embargo, la principal conclusión, también propuesta por el **Profesor HART**, es que en este contexto “analogía” no es “identidad” y que “cambio de significado” no implica “ficción”, y precisamente esta imprecisión básica y error común no debería influir en el acto de hacer extensivos a las entidades corporativas derechos y obligaciones originalmente atinentes a los individuos.

Como argumento final, hago mío una ponderación en la que el **Profesor CERTAD**¹⁰²

99 CERTAD MAROTO, G. (2007). Personalidad Jurídica y Autonomía Privada en el Derecho Societario. Revista Escuela Judicial. No. 5., Noviembre 2007. 111-124. Página 119.

100 Op. cit. #49, página 190.

101 Op. cit. #1, página 25.

102 Op. cit. #99, página 123.

insistía cuando discutíamos el tema, y que, en curiosa alineación con la propuesta del **Profesor HART**, es quizá uno de los pocos aportes genuinos y realistas que se pueden realizar a la discusión práctica de la personalidad jurídica de las sociedades:

“Hoy nos parece much[a] más útil preguntarnos no tanto qué “cosa sea” la personalidad jurídica (realidad o ficción) o qué “cosa quiera significar” (símbolo completo o incompleto) sino, más pragmáticamente, a “qué sirve” la personalidad jurídica; cuál es su esencia bajo el ámbito funcional más que bajo el ámbito ontológico, lo que ciertamente nos lleva a entender la personalidad jurídica en un aspecto tal vez más minimista pero ciertamente más de consuno a la función a la que las necesidades de la empresa la reclaman.”

BIBLIOGRAFÍA

1. Fuentes bibliográficas primarias

- ALESSANDRI, A. et al (2009). Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General. Tomo I. Séptima Edición. Colección Clásicos Jurídicos. Editorial Jurídica de Chile, 2009.
- APARICIO PÉREZ M., BARCELÓ I SERRAMALERA, M. (coordinadores) (2009). Manual de Derecho Constitucional. Atelier Libros Jurídicos, Barcelona. 2009.

- CAPILLA RONCERO, F. (1995). “Voz Jurídica”, en Enciclopedia Jurídica Básica. Tomo III, Civitas, Madrid, 1995.

- CHEN, J. (1995). From Administrative Authorization to Private Law. A Comparative Perspective of the Developing Civil Law in the People’s Republic of China. Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands. 1995.

- CREGO DÍAZ, M. (2009), Protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea y en los Estados Miembros. Editorial Reus, Madrid. 2009.

- DERHAM, D (1958). Theories of legal personality. In WEBB, L.C. (ed.) (1958). Legal personality and Political pluralism. Melbourne University Press. Melbourne, Australia, 1958.

- DíEZ-PICAZO, L.M. (2008), Sistema de derechos fundamentales. Tercera Edición. Editorial Aranzadi, España. 2008.

- FREUND, E. (1971) The legal nature of corporations. Burt Franklin research and source work series, 724. Selected essays in history, economics and social science, 259. Lenox Hill Publications, June 1971. Disponible en: <http://books.google.co.cr/books?id=EjWJgxPxWwIC&pg=PA9&source=gbs_toc_r&cad=4#v=onepage&q&f=false>.

- GIERKE, O. (1868), Das deutsche Genossenschaftsrecht. Vols. 1-4. Berlin, Weidmannsche Buchhandlung, 1868.

- GRANTHAM, R., RICKET, C. (1998). Corporate personality in the 20th Century. Hart Publishing, Oxford, United Kingdom, 1998.

- HARDING, C. et al. (2008). Human Rights in the Market Place. The Exploitation of Rights Protection by Economic Actors. Ashgate, Great Britain, 2008.

HORWITZ, M.J. (1992). The transformation of American Law, 1870-1960: the crisis of legal orthodoxy. Oxford University Press, 1994.

JOSEPH, M. et al. (2005), The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials and Commentary. Second Edition, Oxford University Press, 2005.

KELSEN, H (1967). Pure theory of law. Translation from the Second (Revised and Enlarged) Edition by Max Knight. Fourth printing, 2004. The Lawbook Exchange, Ltd., 2002.

NIÑO, C. (Editor) (1992). Rights. The International Library of Essays in law and legal theory. Schools 8. Rights. 1992. New York University Press, 1992.

PÉREZ VARGAS, V. (1994). Derecho Privado. Tercera Edición (revisada), Litografía e Imprenta LIL, S.A., 1994.

- PETTET, B. (2005), Company Law. Second Edition. Pearson Education Limited, 2005.

- REYES VILLAMIZAR, F. (2006). Derecho Societario en Estados Unidos. Introducción comparada. Tercera Edición. Legis, Colombia, 2006.

- ROSADO IGLESIAS, G. (2004), La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica. Tirant Lo Blanch, Valencia. 2004.

- SEALY, L; WORTHINGTON, S. (2008), Cases and Materials in Company Law. Eight Edition. Oxford University Press, 2008.

TILQUIN, T., SIMONART, V. (1996). Traité des Sociétés. Tomo 1. Kluwer Éditions Juridiques, Belgique. 1996. Disponible en: <http://books.google.co.cr/books/about/Traité_des_sociétés.html?id=MoyQCwbbauAC&redir_esc=y>. [Búsqueda: 8 de julio, 2012. 08:30]

VALLETA, L. (2000). Diccionario de Derecho Comercial. Valleta Ediciones S.R.L., 2000.

WESTPHAL, K.R., Editor (1998). Pragmatism, Reason & Norms. A realistic assessment. Fordham University Press, 1998.

2. Fuentes bibliográficas secundarias.

- BLACK, H. C. (2008). A law dictionary containing definitions of the terms and phrases of American and English jurisprudence, ancient and modern. Second Edition, 1910. Eleventh printing, 2008. The Law Book Exchange, Ltd. Clark, New Jersey.

- RONNEGARD, D. (2007). Corporate Moral Agency and the Role of Corporation in Society. Publisher, lulu.com., 2007.

- VENEGAS GRAU, M (2004), Derechos fundamentales y derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y en el principio de autonomía privada. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid. 2004.

- Collective work (2002), Il Diritto Costituzionale Comune Europeo. Principi e Diritti Fondamentali. A cua di Michele Scudiero. Volume 1, Book III. Casa Editrice Jovene, Napoli. 2002.

- Collective work (2002), I diritti fondamentali in Europa. XV Colloquio biennale. Messina-Tairmina, 31 maggio-2 giugno 2001. Giuffrè Editore, Milano, 2002.

3. Artículos y ensayos.

ALJALIAN, N. N. (1999). Note: Fourteenth Amendment personhood: fact or fiction?. Saint John's Law Review Vol. 73, Number 2, Spring, 1999. Disponible en: <<http://scholarship.law.stjohns.edu/lawreview/vol73/iss2/5>>.

CERTAD MAROTO, G. (2007). Personalidad Jurídica y Autonomía Privada en el Derecho Societario. Revista Escuela Judicial. No. 5., Noviembre 2007. Páginas 111-124.

COASE, R.H. (1937), The nature of the Firm. Economica, New Series, Vol. 4, No. 16. (Nov., 1937).

CUPP, R.L. (2009). Moving Beyond Animal Rights: A Legal/Contractualist Critique. San Diego Law Review., Vol. 46, 2009. Pepperdine University Legal Studies Research Paper No. 2009/11. Disponible en SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1411863>>

FAGUNDES, D. (2001). Note: What we talk about when we talk about persons: The language of a legal fiction. 114 Harvard Law Review 1745 (April 2001). Disponible en SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=921133>>.

GORDILLO, L. I. (s.d.), Fundamental Rights of Companies in Transnational Law. Special reference to the protection afforded to business premises. Borrador. Universidad de Deusto, Bilbao, España.

KRANNICH, J.M. (2005). The Corporate "Person": A New Analytical Approach to a Flawed Method of Constitutional Interpretation. Loyola University Chicago Law Journal, Volume 37, Number 1. 2005.

MAYER, C. J. (1990), Personalizing the Impersonal: Corporations and the Bill of Rights. Hastings Law Journal, Volume 41, Number 3, March, 1990.

NESTERUK, J. (1999). Symposium: A new narrative for corporate law. Disponible en SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=178332>>

O'KELLEY, C. R. T. (1979). The Constitutional Right of Corporations Revisited: Social and Political Expressions and the Corporation after First National Bank v. Bellotti. University of Georgia School of Law, Faculty Scholarship – Scholarly works. (1979). Disponible en: <http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1473&context=fac_artchop>.

PHILLIPS, M. J. (1994). Reappraising the Real Entity Theory of the Corporation. Florida State University Law Review Vol. 21. Spring, 1994.(1994).

RIVARD, M. D. (1992). Symposium: Contemporary issues in administrative adjudication. Comment toward a general theory of constitutional personhood: A theory of constitutional personhood for transgenic humanoid species. UCLA Law Review, Volume 39, Number 5, June 1992.

VLADECK, D.C. (2004). Lessons From a Story Untold: Nike v. Kasky. Georgetown Law Faculty Publications and Other Works. Paper 273. Disponible en:<<http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/273>>

4. Legislación

4.1 Legislación Internacional

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (modificado por los Protocolos Nos 11 y 14). Entrada en vigor el 1 de Junio de 2010. Disponible en: <<http://www.echr.coe.int/NR/>

[rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/CONVENTION_ESP_WEB.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/CONVENTION_ESP_WEB.pdf)>.

4.2 Legislación doméstica

4.2.1 Constituciones nacionales

Constituição da República Portuguesa. Disponible en: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>.

- Eesti Vabariigi Põhiseadus. Vastu võetud rahvahääletusel 28. juunil 1992 (RT 1992, 26, 349) jõustunud 3.07.1992. Traducción al Inglés: Centro Estonio de Apoyo Legislativo y Traducción, 1996. Las traducciones al Inglés son generadas con propósitos informativos únicamente. Únicamente el texto en lenguaje Estonio tiene fuerza de ley. Disponible en: <<http://www.president.ee/en/republic-of-estonia/the-constitution/index.html>>

- Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Ausfertigungsdatum: 23.05.49. Disponible en: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gg/gesamt.pdf>>.

- Lietuvos Respublikos Konstitucija. Disponible en: <<http://www3.lrs.lt/home/Konstitucija/Constitution.htm>>.

4.2.2 Códigos Civiles Nacionales

Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl.

I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch das Gesetz vom 28. September 2009 (BGBl. I S. 3161) geändert worden ist. Disponible en: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>>.

Código Civil de la República de Chile. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la ley no4.808, sobre Registro Civil, de la ley no17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la Ley no 16.618, Ley de menores, de la Ley no 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley no16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones. Disponible en: <<http://www.leychile.cl/N?i=172986&f=2012-02-17&p=>>>.

Código Civil de la República de Costa Rica. Undécima Edición. San José, Costa Rica. IJSA, enero del 2004.

Código Civil Español. Real Decreto de 24 julio 1889. Gaceta 25 de julio 1889. Disponible en: <http://www.060.es/te_ayudamos_a/legislacion/disposiciones/25299-ides-idweb.html>.

4.2.3 Otras legislaciones nacionales

Code des Sociétés (7 mai 1999) (Bélgica): Disponible en: <http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?DETAIL=1999050769%2FF&caller=list&row_id=1&numero=1&rech=2&cn=1999050769&table_name=LOI&nm=1999A09646&la=F&dt=CODE+DES+SOCIETE S&language=fr&fr=f&choix1=ET&choix2=ET&fromtab=loi_all&trier=promulgation&cherch>

er=t&sql=dt+contains++%27CODE%27%26+%27DES%27%26+%27SOCIETES%27and+activ+%3D+%27Y%27&tri=dd+AS+RANK+&imgcn.x=34&imgcn.y=8#texte>.

Decreto Ley #1 del 8 de Julio de 1999 por el cual se crea la Comisión Nacional de Valores y se regula el Mercado de Valores en la República de Panamá. (Panamá)

5. Jurisprudencia

Corte Europea de Derechos Humanos

- CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Tyrer c. El Reino Unido (1972) (Solicitud no. 5856/72). Disponible en: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Tyrer&sessionid=90185633&skin=hudoc-en>>.

- CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. The Sunday Times c. El Reino Unido (1979) (Solicitud N° 6538/74). Disponible en: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=The%20%7C%20Sunday%20%7C%20Times%20%7C%20v.%20%7C%20United%20%7C%20Kingdom&sessionid=42473057&skin=hudoc-en>>.

- CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Autronic AG c. Suiza (1990) (Solicitud N° 12726/87). Disponible en:<<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action>

=html&highlight=autronic%20%7C%20ag&sessionid=90127487&skin=hudoc-en>.

- CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Pressos Compania Naviera S.A. y otros c. Bélgica (1995) (Solicitud N° 17849/91). Disponible en: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=pressos%20%7C%20compania&sessionid=90127487&skin=hudoc-en>>.

- CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Dubus S.A. c. Francia (2004) (Solicitud no 5242/04), §60. Disponible en: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=dubus%20%7C%205242/04&sessionid=90131036&skin=hudoc-en>>.

Reino de España

- Tribunal Constitucional Español, Sentencia No. 19/1983. Disponible en: <http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1983-0019>.

- Tribunal Constitucional Español, Sentencia No. 137/1985. Disponble en: <http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1985-013>.

- Tribunal Constitucional Español, Sentencia No. 23/1989. Disponible en: <http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1989-0023>.

- Tribunal Constitucional Español, Sentencia No. 214/1991. Disponible en: <<http://www>

boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1991-021>.

5.3 Estados Unidos de América

5.3.1 Corte Suprema de Justicia

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (1819). Trustees of Dartmouth College v Woodward (17 US) 4 Wheat 518. Página 17, sección 636. Disponible en Justia: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/518/case.html>>.

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Santa Clara County v. Southern Pacific Railroad 118 U.S. 394 (1886), sección 396. Disponible en: <<http://supreme.justia.com/us/118/394/case.html>>.

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Pembina Consolidated Silver Mining Co. v. Pennsylvania, 125 U.S. 181 (1888), sección 189. Disponible en Justia: <<http://supreme.justia.com/us/125/181/case.html>>. [Búsqueda: Marzo 26, 2012. 16:30]

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Chicago, M. & St. P. Ry. v. Minnesota, 134 U.S. 418, 458 (1890)

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Hale v. Henkel, 201 U.S. 43 (1906). Disponible en Justia: <<http://supreme.justia.com/us/201/43/case.html>>.

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Connecticut General Life Insurance Company v. Johnson, 303 U.S. 77 (1938), sección 90. Disponible en Justia: <<http://supreme.justia.com/us/303/77/case.html>>. [Búsqueda: Marzo 22, 2012. 10:25]

5.3.1 Cortes Distritales y Federales

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Levy v. Louisiana (1968), 391 U.S. 68 (1968). Disponible en Justia: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/391/68/case.html>>.

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Roe v. Wade (1973), 410 US 113 (1973). Disponible en Justia: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/case.html>>.

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Pacific Gas & Electric Co. v. Public Utilities Commission of California. 475 U.S. 1 (1986). Disponible en Justia: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/475/1/>>

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. First National Bank of Boston v. Bellotti, 435 U.S. 765 (1978) Disponible en: <<http://supreme.justia.com/us/435/765/>>. [Búsqueda: Marzo 22, 2012. 10:15]

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.. Dow Chemical Co. v. United States, 476 U.S. 227, 236 (1986). Disponible en Justia: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/>

us/476/227/case.html>. [Búsqueda: Marzo 22, 2012. 10:25]

- CORTE DISTRITAL DE MISSISSIPPI State v. Jones, Miss. (1 Walker) 83 (1820). Citada en: STEARNS, E.J. Rev (1853). Uncle Tom's Cabin: Being a logical answer to its allegations and differences against slavery as an institution. With a supplementary note on the key, and an appendix of authorities. Philadelphia: Lippincott, Grambo & Co. No. 14 Fourth Street (1853). Page 234. Disponible en: <http://books.google.co.cr/books?id=nLhiAAAAMAAJ&pg=PA83&dq=Uncle+Tom's+Cabin:+Being+a+logical+answer+to+its+allegations+and+differences+against+slavery+as+an+institution&hl=en&sa=X&ei=5tJ5TDQK4KK8QSy_LmFCg&ved=0CDAQ6AEwA#v=onepage&q&f=false>.

- CORTE DISTRITAL DE VIRGINIA. United States v. Amy, 24 F. Cas. 792, 809-10 (C.C.D. Va. 1859) (No. 14,445) (1859).

- CORTE DISTRITAL DE CALIFORNIA. County of San Mateo v. Southern Pac. R.R., 13 F (C.C.D. Cal. 1882) (1882) Disponible en: < <http://bulk.resource.org/courts.gov/c/F1/0018/0018.f.0385.html>>.

- CORTE SUPREMA DE CALIFORNIA. Kasky v. Nike, Inc., 45 P.3d 243 (Cal. 2002), cerr. denied, Nike, Inc. v. Kasky, 123 S. Ct. 2554 (2003).

“CONOCIMIENTOS TRADICIONALES, FOLCLORE O EXPRESIONES CULTURALES”

Licda. Gabriela Miranda Urbina

Introducción

El interés actual de muchos Estados de proteger los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales de sus pueblos y sus tradiciones, se encuentra directamente ligado a la globalización y avance tecnológico, los cuales a gran escala han ido generando una pérdida de las tradiciones culturales de los pueblos antecesores de la sociedad actual.

Surge una necesidad de protección a nivel político y legal de dichos elementos culturales a fin de brindarles una tutela efectiva frente a las vicisitudes e infracciones de las que son sujetos, siendo por ello que en los recientes foros internacionales sobre conocimientos tradicionales y expresiones culturales o folclore, se han manifestado de forma enfática la necesidad de una protección de dichas manifestaciones culturales por medios legales tales como la propiedad intelectual, la cual protege todas las manifestaciones de la creatividad humana.

La importancia actual de los conocimientos tradicionales se ha convertido en uno de los puntos más importantes de las políticas en materia de propiedad intelectual, generando que tanto los diferentes organismos internacionales como lo diversos Estados a

lo interno de su legislación, se establezcan normas de tutela y regulación del uso y acceso de dichos conocimientos; en este sentido a nivel internacional se destacan la denominadas “normas tipo” emitidas por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, las cuales marcan una pauta a seguir para todos los Estados miembros de dicha organización en materia de protección dentro del ámbito de la Propiedad Intelectual; adicionalmente legislaciones como la Peruana cuentan con leyes especiales de protección de los conocimientos tradiciones y expresiones culturales brindándoles una tutela efectiva frente a las posibles infracciones de las cuales pueden ser objeto.

En el caso concreto de Costa Rica, la tutela directa es otorgada por medio de la Ley de Biodiversidad, ley número 7788, la cual protege los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales relacionadas con la diversidad biológica y conocimientos agrícolas y su relación con los recursos para la alimentación y la agricultura; así como los recursos biológicos y genéticos útiles para la industria farmacéutica, de los cuales según estimaciones internacionales, ahorran hasta un 400% en investigaciones de procedimientos farmacéuticos.

Desarrollo

A. Qué son los Conocimientos Tradicionales, Folclore o Expresiones Culturales Tradicionales?

El folclore o expresiones culturales¹ y los conocimientos tradicionales pueden definirse en conjunto como la creación intelectual originaria de un grupo específico, la cual se encuentra sustentada en las tradiciones y costumbres de dicho pueblo, donde su externalización la realiza el grupo mismo o por medio de individuos que lo conforman. Dichas creaciones intelectuales para constituirse en folclore y conocimientos tradicionales deben ser una representación de la identidad cultural y social por medio de la cual el pueblo o grupo transmite sus valores, normas y tradiciones; así por ejemplo las tradiciones y valores de los pueblos indígenas los cuales se manifiestan por medio de danza, música, literatura, esculturas, entre otros, tiene como características generales que se transmiten de generación en generación, reflejan la identidad cultural y social de un pueblo o grupo, cuentan con elementos propios de la comunidad o grupo que las desarrolla, son creadas por colectividades o individuos desconocidos, encomendados para realizar dicha creación a nombre del grupo o comunidad, normalmente no son

creados para fines comerciales sino para el mantenimiento de tradiciones y costumbres de dicho grupo y por último se encuentran en constante evolución de acuerdo a las necesidades del grupo o comunidad que las creó.

En términos generales el folclore y los conocimientos tradicionales vistos como partes de la expresión de un pueblo o grupo, se refiere a las diversas tradiciones y prácticas (antiguas y contemporáneas) que manifiestan la expresión de la cultura de dichos grupos; puede además afirmarse que dichas manifestaciones se presentan por medios tales como: literarios, artísticos, musicales, obras gráficas, esculturas, entre otros, y para el caso específico de los conocimientos tradicionales, que también pueden manifestarse no solo por los medios citados sino además por medios orales que van de generación en generación por medio de leyendas, rituales, historias y muchas veces canciones, música y enseñanzas, las cuales se circunscriben dentro de las manifestaciones culturales mencionadas.

Sin embargo lo anterior, y aun cuando las citadas manifestaciones formen parte de la cultura de un pueblo o grupo, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)

1 De acuerdo a la UNESCO: “los conocimientos tradicionales pueden definirse como el conjunto acumulado y dinámico del saber teórico, la experiencia práctica y las representaciones que poseen los pueblos con una larga historia de interacción con su medio natural. La posesión de esos conocimientos, que están estrechamente vinculados al lenguaje, las relaciones sociales, la espiritualidad y la visión del mundo, suele ser colectiva. Con demasiada frecuencia, se considera de forma un tanto simplista que sólo son un pálido reflejo de los saberes predominantes, y más concretamente del saber científico”. En www.unesco.org/culture/ichconvention/index.php

ha realizado una diferenciación entre los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales a partir de las características funcionales que los definen; manifestando que los conocimientos tradicionales pueden definirse como:

“(…) conocimientos dinámicos y en constante evolución, que se crean en un contexto tradicional, se preservan colectivamente y se transmiten de generación en generación, y que incluyen, entre otros, los conocimientos especializados, las capacidades, las innovaciones, las prácticas y el aprendizaje, que perviven por medio de sistemas de conocimientos codificados, orales, verbales o de otra índole. También son conocimientos tradicionales los conocimientos relacionados con la biodiversidad y los recursos naturales. Los conocimientos tradicionales pueden ser de carácter sacro o mantenidos en secreto por sus beneficiarios, o de carácter abierto y disponibles para todos (…)”²

Partiendo de dicha definición y desde el punto de vista funcional, la OMPI ha catalogado dentro de los conocimientos tradicionales los conocimientos médicos y del ecosistema,

o los conocimientos relacionados con los recursos biológicos.

Por su parte en cuanto a las expresiones culturales, dicha organización ha manifestado de forma expresa:

“(…) Las expresiones culturales tradicionales con frecuencia son el resultado de procesos creativos intergeneracionales, sociales y comunitarios de carácter fluido, y reflejan y distinguen la historia, la identidad cultural y social y los valores de una comunidad. (…) Por expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore se entiende las producciones elaboradas con elementos característicos del patrimonio artístico tradicional creado y mantenido por una comunidad [nombre del país] o por personas que reflejan las expectativas artísticas tradicionales de dicha comunidad, en particular: las expresiones verbales, como cuentos, poesías y acertijos populares, las palabras, signos, símbolos e indicaciones; las expresiones musicales, como las canciones populares y la música instrumental; las expresiones corporales, como danzas populares, representaciones escénicas y formas

2 OMPI: “Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore”, OMPI, Ginebra, 2010.

artísticas o rituales, con independencia de que estén o no fijadas en un soporte; y las expresiones tangibles, tales como: los productos de arte popular, particularmente dibujos, pinturas, tallas, esculturas, alfarería, terracota, mosaicos, ebanistería, forja, joyería, cestería, artesanía, labores de punto, textiles, tapices, indumentaria; la artesanía; los instrumentos musicales; las formas arquitectónicas. Las “expresiones” de la cultura tradicional (o las “expresiones” del folclore) pueden ser intangibles, tangibles o, lo más frecuente, una combinación de ambas. Un ejemplo de este tipo de “expresión mixta del folclore” podría ser una alfombra (expresión tangible) donde se expresan elementos de un relato tradicional (expresión intangible)(...)”³

Dada la definición anterior es necesario tomar en cuenta que tanto el folclore, los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales aun cuando se tratan de conocimientos y manifestaciones de cultura que representan la idiosincrasia de un pueblo específico, no necesariamente se refieren a manifestaciones antiguas de cultura, permitiendo diferenciar una comunidad y/o pueblo de otro a partir de sus costumbres, rituales, literatura, entre

otros, haciendo a cada comunidad o pueblo independiente aún cuando compartan las mismas raíces generacionales, tal es el caso de los pueblos descendientes de los Mayas, los cuales comparten una raíz generacional más sin embargo se trata de pueblos indígenas diferentes entre sí, diferencias que se encuentran básicamente en las expresiones culturales, conocimientos tradicionales y folclore de cada comunidad maya dependiendo de factores tales como la ubicación geográfica.

Con base en las definiciones y ejemplificaciones anteriores, a nivel mundial existe un debate en relación con la accesibilidad y titularidad de dichas manifestaciones culturales, en tanto muchos consideran que las mismas a ser una expresión de las tradiciones de un pueblo o comunidad, se encuentran dentro del dominio público y por ende son de uso irrestringido, considerando que al encontrarse dentro del dominio público no existe una titularidad y apropiación por parte de un grupo específico; sin embargo existen detractores de tales argumentos, los cuales manifiestan que las expresiones culturales mencionadas se refieren a creaciones intelectuales desarrolladas a través de los años por grupos específicos y por ende deben reconocérseles los derechos intelectuales sobre dichas creaciones.

En este sentido y para poder definir si se encuentran en el dominio público es necesario comprender que éste presupone que el material u obra pueda ser libremente utilizada o explotada, ser accesible para cualquier persona, siendo por ende que, aquello que se encuentra dentro del dominio público no reconoce ni tutela los derechos de propiedad intelectual de quien lo haya creado, ya sea por carecer de originalidad, por encontrarse en la esfera pública de libre acceso y/o por contar con condiciones especiales que lo excluyen de la protección intelectual. Sin embargo lo anterior, no todos los materiales u obras que se encuentran accesibles al público son de dominio público, así por ejemplo las obras de los museos son de acceso gratuito los cuales son de acceso público más no de dominio público, de igual forma las manifestaciones culturales objeto de la presente investigación, ello por cuanto las mismas se consideran de acceso público ya que se tiene acceso a ellas por medios literarios orales, musicales artísticos, entre otros, perteneciendo de forma exclusiva a los grupos y comunidades que les dieron vida y quienes realizaron un desarrollo intelectual para su creación.

En este sentido los expertos de la OMPI han realizado una definición de los conocimientos tradicionales desde el punto de vista del dominio público o a disposición del público, lo cual implica una diferenciación fundamental para la protección de los derechos de las comunidades y pueblos creadores de

dichos conocimientos, en este sentido han manifestado los expertos:

“(...) la expresión “dominio público” utilizada para denotar disponibilidad gratuita se ha aplicado fuera de contexto para referirse a los conocimientos tradicionales relacionados con los recursos genéticos que están a disposición del público. Lo que se entiende, por lo general, por “a disposición del público” no es disponibilidad gratuita; Lo que se entiende por lo general podría ser que existe una condición para imponer condiciones de acuerdo mutuo como el pago de un importe en contrapartida para tener acceso. Se suele considerar que los conocimientos tradicionales están en el dominio público y, por ende, están disponibles a título gratuito una vez que han sido objeto de acceso y que se extraen de su contexto cultural particular y son objeto de divulgación, pero no puede partirse de que los conocimientos tradicionales relacionados con los recursos genéticos que se han puesto a disposición del público no son propiedad de nadie. En el concepto de disponibilidad pública podría estar implícito el requisito de obtener el consentimiento fundamentado previo de un depositario de conocimientos tradicionales que sea

3 OMPI: “Folleto No.1: Propiedad Intelectual Expresiones Culturales Tradicionales O Del Folclore”, OMPI, Ginebra, 2005.

*conocido, y podrían ser aplicables las disposiciones en materia de participación en los beneficios, incluso cuando se determine un cambio en la utilización a partir de un anterior consentimiento fundamentado previo, en los casos en los que no se pueda identificar al depositario, los beneficiarios de dichos conocimientos podrían ser determinados, por ejemplo, por el Estado(...)*⁴

Con base en lo anterior, se puede afirmar que el folclore, los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales son de acceso público, más no de dominio público en el sentido que pueden ser accesadas por cualquier persona, más no modificadas, ni utilizadas sin restricción, ello por cuanto las mismas pertenecen a los pueblos y comunidades que las crearon; en términos generales, y por ejemplo cualquier costarricense o persona extranjera podrá utilizar los conocimientos tradicionales de la comunidad indígena Brunca, más no podrá modificarlos ni utilizarlos para fines diferentes para los que fueron creados.

Dado lo anterior, a nivel internacional se ha generado una cultura de protección y tutela de los derechos intelectuales de los creadores de tales expresiones culturales, con el fin de reconocerles la creación

intelectual, por medio de normas tanto nacionales como internacionales que limiten el acceso, la modificación y la utilización de éstos sin su previa autorización o sin recibir remuneración alguna por su libre uso, el cual si bien se considera de acceso público más no de dominio público por pertenecer a un grupo específico considerado titular de los derechos originarios y derivados de los mismos.

Partiendo del hecho que éstos no se encuentran en el dominio público y por ende cuentan con un titular sobre los derechos emanados de su utilización, explotación, dicho titular (individual o colectivo) tendrá el derecho de restringir el uso de sus obras, sea por medio de restricciones generales a nivel legal como parte de la tutela estatal de dichos conocimientos o por medio del otorgamiento de licencias de uso a terceros, quienes deberán pagar una tasa por dicha licencia, permitiéndole a los pueblos y comunidades titulares de los derechos mantener un ingreso para el desarrollo de los mismos.

Dada la trascendencia cultural, así como que en la mayoría de los casos las comunidades generadoras de tales expresiones subsisten y se desarrollan a partir de las manifestaciones culturales, surge la necesidad no solo de dichas comunidades sino de los Estados en general de protegerlas, a fin de mantener

4 Véase el documento UNEP/CBD/WG ABS/8/2, informe de la reunión del Grupo de Expertos Técnicos y Jurídicos sobre Conocimientos Tradicionales relacionados con los Recursos Genéticos en el contexto del régimen internacional de acceso y participación en los beneficios.

viva la tradición y conocimientos que dieron origen a las comunidades y sociedades tal como las conocemos hoy en día. Dado lo anterior y siendo que las manifestaciones culturales en su mayor parte se manifiestan por medios escritos, artísticos, visuales y materiales la propiedad intelectual resulta un medio idóneo de protección por medio de la regulación del acceso y divulgación de dichas obras artísticas, protegiendo no solo los derechos de las comunidades que los crean sino además de los intereses generales de la colectividad de preservación de las tradiciones y folclore que representan a cada pueblo.

B. Normativa internacional de protección de los Conocimientos Tradicionales, Folclore o Expresiones Culturales Tradicionales.

La protección de los derechos emanados de los conocimientos tradicionales, expresiones culturales o folclore, se ha dado tanto a nivel internacional por medio de la adopción de tratados internacionales que contienen normas relativas a dichos temas, y a nivel nacional a lo interno de diversas legislaciones, las cuales han adoptado leyes especiales de tutela de dichos derechos. Dicha protección ha permitido garantizar los derechos de propiedad intelectual, tanto a nivel de resguardo, como a nivel de persecución de la infracción de estos en favor de sus titulares

quienes en términos generales se tratan de comunidades o grupos minoritarios dentro de una región.

A nivel internacional las manifestaciones culturales indicadas se han visto protegidas por medio de las siguientes normas:

- *Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*, el cual establece un mecanismo para la protección internacional de obras no publicadas y anónimas, cuyo fin es proteger de forma internacional las expresiones del folclore o expresiones culturales tradicionales.⁵
- *Disposiciones Tipo OMPI para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas*, las cuales fueron adoptadas por la mayoría de países miembros de dicha organización y se refieren a normas generales y sui generis para la protección por medio de la propiedad intelectual de las expresiones culturales tradicionales y las expresiones del folclore, las cuales son definidas como las producciones integradas por elementos característicos del patrimonio artístico tradicional desarrollado y perpetuado por una comunidad o por individuos que reflejen

5 OMPI: “Folleto No.1: Propiedad Intelectual Expresiones Culturales Tradicionales O Del Folclore”, OMPI, Ginebra, 2005.

las expectativas artísticas tradicionales de una comunidad.⁶

- *Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT)*, por medio del cual se protegen los intérpretes y ejecutantes de las expresiones culturales.⁷
- *Convención de la UNESCO sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales*, la cual categoriza aquellos bienes que pueden ser considerados como parte de los bienes culturales de cada Estado y por ende expresiones culturales y parte del folclore; otorgándoles una protección especial como parte del patrimonio cultural de cada Estado.
- *Convenio sobre la Diversidad Biológica*, la cual reconoce el valor del conocimiento tradicional por medio de la protección de diversos ecosistemas y especies necesarias para el desarrollo de los mismos; estableciendo medidas para la protección de los conocimientos tradicionales relacionados con la conservación y sustentabilidad de la biodiversidad.

Adicionalmente a las normas establecidas mediante tratados internacionales; la OMPI creó el *Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore*,⁸ el cual realiza una serie de reuniones, seminarios, recomendaciones y agendas políticas internacionales con el fin de explicar a los Estados miembros la necesidad de protección de los conocimientos tradicionales y expresiones culturales por medio de la propiedad intelectual; dicho Comité asesora y ayuda a los Estados miembros en la redacción de legislación garantista en dicha materia, logrando que se comprenda la importancia y necesidad de la protección de los grupos y pueblos que desarrollan cultura, a fin de proteger no solo sus intereses sino los de los Estados en tanto son los receptores de las expresiones culturales de dichos grupos. Dicho Comité dentro de sus principales logros destacan el análisis de las opciones legales con las cuentan los diferentes Estados para la protección de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales, así como la creación de un borrador de objetivos y principios para la tutela efectiva de los conocimientos tradicionales.⁹

Además de la OMPI otra organización internacional que ha velado por la tutela de los derechos de los grupos o comunidades

creadoras de expresiones culturales y conocimiento tradicionales es la UNESCO, la cual en 1989 realizó una serie de recomendaciones para los distintos países sobre la necesidad de protección de dicha manifestaciones culturales a partir de la protección de los grupos que les dan vida; en este sentido la UNESCO pretende una promoción económica social de los grupos con el fin que existan una equidad entre estos y el acceso a la cultura desarrollada por ellos.¹⁰

Es de suma importancia la trascendencia a nivel internacional de las recomendaciones citadas realizadas por la UNESCO, dado que éstas establecen recomendaciones en cuanto a la protección por medio de la propiedad intelectual de las expresiones culturales afirmando que dicha protección debe ser análoga a la que se le da a las creaciones intelectuales, equiparando las expresiones culturales con las demás manifestaciones del intelecto y creatividad humana tuteladas por la propiedad intelectual, buscando por ende una tutela de dichas expresiones por medio de los recursos existentes en materia de propiedad intelectual,¹¹ sea por medio de derechos de autor, derechos conexos, marcas, entre otros. En este sentido manifiesta la UNESCO que “*la protección del folclore significa esencialmente, el reconocimiento*

de la existencia de una esfera de derechos de propiedad intelectual situadas entre los derechos individuales y el dominio público, nacional o internacional”¹²

Es gracias a las recomendaciones y normas tipo de las organizaciones mencionadas que diversos países del mundo cuentan con legislación especial sobre el tema, tal es el caso de Cuba, Bolivia, y Perú las cuales cuentan con leyes concretas y especiales tendientes a la protección de las expresiones culturales y conocimientos tradicionales a fin de mantener protegido el folclore de sus pueblos. Adicionalmente Chile, Marruecos, Irán, Argelia, Costa de Marfil, Camerún, Colombia, Congo, Madagascar, entre otros cuentan con normas concretas de protección de dichas manifestaciones culturales.

Analizando la protección existente a nivel internacional mediante tratados internacionales, así como el interés de organizaciones como la OMPI y la UNESCO de proteger las expresiones culturales y conocimientos tradicionales, se concluye que el interés de dichas organizaciones trasciende el interés de los Estados de protección de sus tradiciones y su cultura y se enfoca en el mantenimiento de la cultura a nivel global por medio de la protección no solo de las manifestaciones de las

6 Op. Cit.
7 Idem
8 En este sentido ver: <http://www.wipo.int/tk/en/cultural/index.html>
9 Adicionalmente dicho Comité ha contado con el desarrollo de manuales y lineamientos para el examen de patentes en materia de recursos genéticos y conocimientos tradicionales a efectos de determinar la novedad de los mismos de acuerdo con las normas tipo de la OMPI.

10 UNESCO: “Recomendación sobre la salvaguardia de la cultura tradicional y popular”. UNESCO, 1989.
11 Idem.
12 Idem.

expresiones culturales y los conocimientos tradicionales (es decir no solo a través de la protección de las artesanías, canciones, entre otras), sino además a través de la protección de los interés y los derechos de los grupos y comunidades que dan vida a dichas expresiones culturales.

C. Protección realizada por la OMPI de los Conocimientos Tradicionales, Folclore y Expresiones Culturales Tradicionales.

Con base en lo expuesto en el apartado anterior, se reconoce el interés de la OMPI en tutelar los derechos de propiedad intelectual de los autores, interpretes, ejecutantes, y creadores de cultura, siendo que por medio del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore ha realizado una serie de recomendaciones para dicha protección.

Adicionalmente en 1982, la OMPI en conjunto con la UNESCO realizaron las denominadas “Disposiciones tipo para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas”, las cuales pretenden ser normas generales tipo sui generis para la protección por medio de la propiedad

intelectual, de las expresiones culturales tradicionales y las expresiones del folclore.¹³

Las normas tipo creadas por la OMPI, establecen el principio de protección mediante el cual se pretende el resguardo directo de las expresiones culturales contra la explotación ilícita, definiendo como expresiones culturales a “(...) las producciones integradas por elementos característicos del patrimonio artístico tradicional desarrollado y perpetuado por una comunidad de [nombre del país], o por individuos que reflejen las expectativas artísticas nacionales de esa comunidad, en particular: i) las expresiones verbales, tales como: los cuentos populares, la poesía popular y los enigmas; ii) las expresiones musicales, tales como: las canciones y la música instrumental populares; iii) las expresiones corporales, tales como: las danzas y representaciones escénicas populares y formas artísticas de rituales; sea que estas expresiones estén fijadas o no en un soporte; y iv) las expresiones tangibles, tales como: a) las obras de arte popular y tradicional, tales como: dibujos, pinturas, tallas, esculturas, alfarería, terracota, mosaico, ebanistería, forja, joyería, cestería, labores de punto, textiles, tapices, trajes; b) los instrumentos musicales; c) las obras arquitectónicas.”¹⁴

13 OMPI: “Folleto No.1: Propiedad Intelectual Expresiones Culturales Tradicionales O Del Folclore”, OMPI, Ginebra, 2005.
14 Artículo 2 Disposiciones Tipo para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas. UNESCO-OMPI, 1982.

En las citadas normas tipo, específicamente en los artículos 3 y 4 se establecen las regulaciones básicas sobre el acceso a las expresiones culturales y del folclore, estableciendo que corresponderá a la autoridad competente de cada Estado o al titular de los derechos, el otorgamiento de la autorización para el uso, comercialización, y reproducción de las expresiones culturales y de folclore, salvo aquellos casos en que el uso de dichas expresiones se requiera para usos educativos, como ilustraciones, sin fines de lucro, entre otras, adicionando en el artículo 5 la necesidad de mención de la fuente y el origen de la expresión utilizada; lo cual denota el interés de la OMPI en que los Estados tengan una inclusión directa en la protección y desarrollo de las expresiones culturales se sus pueblos.

Por su parte los artículos 6, 7 y 8 establecen que se consideraran infracciones el uso indebido y sin previa autorización de las autoridades competentes o de los titulares de los derechos, así como el uso de las expresiones culturales sin que he dicho uso se haga mención de la fuente o cuando de forma intencional se modifique la fuente y se cause confusión a terceros; por último se consideran infracciones cualquier tipo

de desnaturalización de las expresiones culturales¹⁵; ante dichas situaciones las normas tipos en los citados artículos establecen como sanciones la confiscación¹⁶ de la mercadería o bien sanciones de carácter civil según corresponda¹⁷.

En su artículo 9 se considera el procedimiento que cualquier tercero o interesado deberá seguir para poder optar por la autorización para el uso de las expresiones culturales, debiendo según la norma tipo seguir el siguiente esquema:

- a. Solicitar de forma escrita la autorización de uso a la autoridad competente de cada Estado o ante el titular de los derechos, justificando el uso de la expresión cultural y los fines para los cuales será utilizada.
- b. La autoridad competente podrá o no conceder la autorización, en caso de concederla, podrá establecer un monto de royalties que percibirá por el uso que le tercero hará de la expresión, royalties que será utilizados para la promoción del folclore.
- c. Si el tercero que solicita la autorización lo considera pertinente podrá interponer

15 Artículo 6 Disposiciones Tipo para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas. UNESCO-OMPI, 1982.
16 Artículo 7 Disposiciones Tipo para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas. UNESCO-OMPI, 1982.
17 Artículo 8 Disposiciones Tipo para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas. UNESCO-OMPI, 1982.

los recursos correspondientes ante las autoridades estatales contra la autoridad o titular del derecho..¹⁸

Por último las normas tipo establecen que en caso de contradicción con la legislación interna del Estado, prevalecerá la legislación que mas convenga para la protección de los intereses de los titulares.

Los lineamientos establecidos en las normas tipo establecen alcances básicos, que tanto la OMPI como la UNESCO recomiendan tomar en cuenta para el establecimiento de legislaciones internas para la protección de las expresiones culturales, folclore y conocimientos tradicionales. Al igual que los ADPIC, las normas Tipo establecen mínimos de protección, los cuales sirven de base para el establecimiento de protecciones extensivas y de mayor rango según las necesidades de cada Estado, ello porque como es conocido la función de OMPI, va dirigida a la tutela de las manifestaciones culturales mencionadas.

D. Normativa costarricense de protección de los Conocimientos Tradicionales, Folclore y Expresiones Culturales Tradicionales

En Costa Rica, la protección de las expresiones culturales y los conocimientos

tradicionales se encuentran regulados por las normas tipo analizadas anteriormente, las cuales sirven de base para la legislación nacional, específicamente para la Ley de Biodiversidad, la cual regula los procedimientos básicos de protección de las expresiones culturales y conocimientos tradicionales.

En cuanto a la legislación nacional, específicamente las expresiones culturales se encuentran reguladas por medio de la denominada Ley de Biodiversidad, en este sentido mediante el artículo 7.2 se establece en lo literal:

*“Artículo 7.2): Biodiversidad: (...) “Para los efectos de esta ley, se entenderán como comprendidos en el término biodiversidad los elementos intangibles, como son: el conocimiento, la innovación y la práctica tradicional, individual o colectiva, con valor real o potencial asociado a recursos bioquímicos y genéticos, protegidos o no por los sistemas de propiedad intelectual o sistemas sui generis de registro”.*¹⁹

De acuerdo a la norma anteriormente citada, se desprende que la definición de biodiversidad alcanza los conocimientos tradicionales, tanto a nivel individual como

18 Artículo 10 Disposiciones Tipo para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folklore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas. UNESCO-OMPI, 1982.
19 Ley de Biodiversidad.

colectivo, ya que el objeto de dicha ley²⁰ es la conservación de la biodiversidad con el fin de mantener una distribución justa de los beneficios y costos derivados de ésta, lo cual, analizado de forma extensiva supone que se tutelaran y protegerán los conocimientos tradicionales a fin de distribuir de forma justa sus costos y beneficios entre las comunidades beneficiarias, es decir entre los titulares de los derechos derivados de tales conocimientos.

En cuanto a los conocimientos tradicionales, en la citada ley en el artículo 7.6 se establece la definición de conocimientos abarcando el término en cuestión, a tales efectos, la ley establece:

“Artículo 7.6): Conocimiento: Producto dinámico generado por la sociedad a lo largo del tiempo y por diferentes mecanismos que comprende lo que se produce en forma tradicional, como lo generado por la práctica científica”.

Asimismo mediante el artículo 9²¹ de la mencionada ley, se establece que uno de los principios rectores es el principio de diversidad cultural, el cual consiste en el

respeto a las prácticas culturales (entendidas como conocimientos tradicionales y expresiones culturales), para lo cual se debe aplicar tanto la legislación nacional como internacional a fin de proteger los intereses de los titulares de los derechos, los cuales en el caso concreto se refieren en su mayoría a comunidades indígenas y grupos culturales.

En el capítulo V de la ley se hace referencia a las normas tipo de la OMPI en cuanto al procedimiento de solicitud de la autorización para el uso de las expresiones culturales y conocimientos tradicionales, a lo cual la Ley de Biodiversidad crea la Oficina Técnica de la Comisión, ante la cual el interesado deberá presentar una solicitud de autorización para dicho uso²², que además de los requisitos establecidos en el artículo 72 de Ley²³, deberá constar el consentimiento previo de los representantes de los grupos culturales titulares de los derechos, además del refrendo del consentimiento previamente informado, los medios que se utilizaran para la protección de los conocimientos y expresiones culturales y las explicación de cómo el uso de las expresiones culturales beneficiará la conservación de los intereses de la comunidad titular.²⁴ Una vez que se cumplen con dichos requisitos la Oficina

20 Artículo 1 Ley de Biodiversidad.
21 Artículo 9 Ley de Biodiversidad.
22 Artículo 64 Ley de Biodiversidad.
23 Artículo 72 Ley de Biodiversidad.
24 Artículo 63 Ley de Biodiversidad.

Técnica de la Comisión procederá a valorar el otorgamiento, ante lo cual podrá otorgar el uso de lo solicitado con las restricciones que considere oportunas a fin de preservar los elementos culturales que pudieren verse afectados.²⁵

Ante el otorgamiento de la autorización, la ley mediante el artículo 66 establece el derecho de objeción por parte de los pueblos indígenas o grupos culturales a fin de oponerse al *“acceso a sus recursos y al conocimiento asociado, por motivos culturales, espirituales, sociales, económicos o de otra índole”*.²⁶

Ante el incumpliendo del procedimiento establecido o ante un uso indebido de los conocimientos tradiciones y/o expresiones culturales, existen una serie de sancione y procedimientos a aplicar a afectos de proteger los intereses de los titulares de los derechos, en este sentido la Ley de Biodiversidad establece sanciones de multa, civiles, administrativas y penales, las cuales podrán ser solicitadas por cualquier interesado en proteger y defender la biodiversidad²⁷ (en el caso concreto en defender las expresiones culturales y conocimientos tradicionales).

Adicional a lo anterior, la Ley de Biodiversidad en el artículo 82 establece el reconocimiento

de los derechos de propiedad intelectual de los grupos o comunidades creadoras de los conocimientos tradicionales y expresiones culturales; derechos que son considerados de acuerdo a dicha Ley de carácter sui generis, es decir se trata de derechos que se reconocen con el simple hecho de existir y de ser manifestados por medio de prácticas culturales²⁸, por tanto las leyes especiales de propiedad intelectual no podrán afectar de ninguna forma la protección de los derechos comunitarios sui generis citados ya que los mismos cuentan con protección desde el momento de su existencia. Para efectos de proceder con el registro y protección de los mencionados derechos comunitarios sui generis, existe un procedimiento de reconocimiento y registro el cual deberá realizarse ante la Oficina Técnica de la Comisión y la Mesa Indígena y la Mesa Campesina, quienes deberán definir por medio de un proceso participativo en conjunto con las comunidades indígenas y campesinas, la naturaleza, los alcances y requisitos de estos derechos para su registro definitivo, con el fin de aceptar o denegar la inscripción de los derecho sui generis comunitarios derivados de los conocimientos tradicionales y expresiones culturales²⁹, la inscripción o reconocimiento de tales derechos lo realiza directamente el Registro de la Oficina Técnica de la Comisión;

25 Artículo 65 Ley de Biodiversidad.
26 Artículo 66 Ley de Biodiversidad.
27 En este sentido ver artículos 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113 de la Ley de Biodiversidad.
28 Artículo 82 Ley de Biodiversidad.
29 Artículo 84 Ley de Biodiversidad.

inscripción o registro que es voluntario y gratuito y podrá realizarlo la parte interesada o la autoridad de oficio; una vez que dicha oficina otorga el registro de derecho deberá determinar la forma de utilización del mismo y a quién o a qué grupo comunitario pertenecerá la titularidad del mismo.³⁰

Además del procedimiento anteriormente citado establecido en la Ley de Biodiversidad y a propósito de los diferentes mecanismos de protección en el ámbito de la propiedad intelectual, se puede afirmar que los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales se pueden proteger por medio del Convenio de Berna³¹ dado que el ámbito de protección de dicho Convenio abarca las obras anónimas y las obras no publicadas (como sucede con gran parte de las expresiones culturales). Asimismo y siempre en el ámbito de los derechos de autor y conexos, por medio del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), se pueden proteger los derechos de los intérpretes y ejecutantes de las expresiones culturales; y a la luz de la Ley De Marcas y Otros Signos Distintivos y del Convenio de Paris, los símbolos tradicionales y expresiones culturales pueden proteger se por medio de marcas colectivas que tutelen los intereses de la comunidad que les dio vida, todo ello con el fin de evitar usos indebidos, competencia desleal y delitos

30 Artículo 85 Ley de Biodiversidad.
31 Artículo 15.4 del Convenio de Berna.

contra la propiedad intelectual a favor de las comunidades indígenas y grupos culturales desarrolladores, ejecutantes e intérpretes de las expresiones culturales y conocimientos tradicionales.

Conclusión

Basándose en la hipótesis presentada como parte de la presente investigación se puede concluir que actualmente tanto en el ámbito internacional como nacional existe un gran interés en proteger las expresiones culturales y conocimientos tradicionales de las comunidades culturales por medio de la tutela de los derechos de éstas, sea por medio de la propiedad intelectual o por medios alternos como los establecidos en la Ley de Biodiversidad para el caso de Costa Rica.

Asimismo organizaciones internacionales como la OMPI y la UNESCO luchan día a día con promover una educación política en los diferentes Estados a fin que estos cuenten con legislaciones especiales de tutela de dichos derechos siempre dejando en manos de las autoridades nacionales la determinación específica de los límites de la materia objeto de protección, ante lo cual muchos países y varias organizaciones han decidido proteger las expresiones culturales y conocimientos tradicionales a

través de medidas sui generis en el marco de las normas tipo de la OMPI, mientras que otros en su minoría han establecido normas similares a las de la propiedad intelectual.

Sin embargo lo anterior y el afán de muchos países de proteger sus tradiciones y su folclore es necesario que organizaciones como la OMPI y la UNESCO continúen haciendo consciencia en los diferentes países a fin que existan una tutela efectiva de tales derechos de forma generalizada o bien que se logre suscribir un convenio o tratado internacional en materia de conocimientos tradicionales y expresiones culturales como existe en materias como los derechos de autor, marcas, entre otros a fin de proteger globalmente tales manifestaciones de cultura.

Bibliografía

• **Libros y documentos**

CABRERA MEDAGLIA, J: “Bioderecho Propiedad Intelectual , comercio y ambiente”. Ed. EUned, 2011

CONSEJO INDIO DE SUD AMÉRICA CISA: “Estudio del Control y la Posesión de la Propiedad Cultural de los Pueblos Indígenas.” Organización de las Naciones, Ginebra, 1992.

LEISTNER, M: “Analysis of Different Areas of Indigenous Resources – Traditional Knowledge”, en VON LEWINSKI, S:

“Indigenous Heritage And Intellectual Property: Genetic Resources, Traditional Knowledge And Folklore”, Ed. Kluwer Law International, 2003.

LIPSZYC, D: “Derecho de Autor y Derechos Conexos”, Ed. UNESCO/Cerlalc/Zavalia, 1993.

LITMAN, J: “The Public Domain”, Ed. Emory L.J, 1990.

OMPI: “Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore”, OMPI, Ginebra, 2012.

OMPI: “Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore”, OMPI, Ginebra, 2011.

OMPI: “Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore”, OMPI, Ginebra, 2010.

OMPI: “Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore”, OMPI, Ginebra, 2002.

OMPI: “Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore”, OMPI, Ginebra, 2002.

OMPI: “La protección de los conocimientos tradicionales, las expresiones culturales tradicionales (folclor) y los recursos genéticos conexos: Enfoque desde el SELA”, OMPI, Ginebra, 2009.

OMPI: “Folleto No.1: Propiedad Intelectual Expresiones Culturales Tradicionales O Del Folclore”, OMPI, Ginebra, 2005.

SAMUELSON, P: “Mapping the Digital Public Domain: Threats and Opportunities,” 66 Law & Contemp. Ed. Probs. 2003.

UNESCO: “Boletín de Derecho de Autor”, UNESCO, 1996.

UNESCO: “Conocimientos Tradicionales: nuestra identidad, nuestro futuro”. Mascate, OMAN, 2002

UNESCO: “Convención sobre la Protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales”, UNESCO, Paris, 2005.

UNESCO: “Declaración de Mascate, sobre la Propiedad Intelectual y los Conocimientos Tradicionales”, UNESCO, Mescate, 2002.

UNESCO: “Directrices de la sobre Tesoros Humanos Vivos”, 1982.

UNESCO: “Recomendación sobre la salvaguardia de la cultura tradicional y popular”. UNESCO, 1989

UNESCO: “Recomendaciones del FORUM Mundial UNESCO-OMPI 1997”, Puket, Tailandia, 1997.

WATSON, I: "1993: International Year for Indigenous Peoples". Aboriginal Law Bulletin. Ed. AustLII. 2007.

• **Leyes y Reglamentos**

Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, 1994.

Convención de la UNESCO sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales, 1972.

Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, 1977.

Convenio sobre la Diversidad Biológica, 1992.

Disposiciones Tipo para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas. UNESCO-OMPI, 1982.

Disposiciones Tipo UNESCOOMPI para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas, 1982

Ley No. 1 de 1977, de Protección del Patrimonio Cultural, Cuba, 1997.

Ley No. 14 de 1977, Ley de Derecho de Autor, Cuba, 1977.	Páginas Web
Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), 1996.	www.OMPI.org www.wikipedia.com www.wipo.int/tk/en/cultural/index.html

EL FACTOR

Lic. Octavio Pérez Baires

INDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO:

ANTECEDENTES

RESEÑA HISTORICA.....209

NOCIÓN ETIMOLOGICA.....214

FACTORING Y COSTA RICA.....215

CAPÍTULO SEGUNDO

DEFINICIÓN EN BUSCA DEL CONCEPTO

NOTAS EN TORNO AL CREDITO.....217

DEFINICIONES.....218

LOS SERVICIOS

Financiamiento.....221

Gestión de la cartera de deudores.....222

Gestión de la cartera de deudores.....222

Protección frente al riesgo del crédito.....223

FINALIDAD.....224

Mercado225

Ventajas y desventajas225

CAPÍTULO TERCERO

ELEMENTOS Y CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO

Elementos227

Características231

Naturaleza235

CAPÍTULO CUARTO

MODALIDES Y PRINCIPIOS DEL CONTRATO236

MODALIDADES DEL FACTORING236

PRINCIPIOS APLICABLE AL CONTRATO DE FACTORING240

CAPÍTULO QUINTO

FACTORING, FACTURA Y OTRAS FIGURAS.....243

LA FACTURA
RELACION CON OTRAS FIGURAS251

CAPÍTULO SEXTO
UN VERDADERO CONTRATO DE FACTORING257

EL PROYECTO DE LEY
OBLIGACIONES DE LAS PARTES258

CONCLUSIONES
CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES

Reseña Histórica

La tarea de ubicar en el tiempo y el espacio el origen del contrato de factoring no es sencilla. La finalidad de esta tarea es entender y conocer la evolución del contrato, la historia es importante, porque nos delinea cuales son los usos mercantiles en determinado momento para permitirnos entender la esencia de un negocio jurídico, es decir su finalidad y su función en la sociedad. En el caso del factoring observaremos que es un contrato que no tiene sus raíces en el sistema de derecho continental, por lo que es necesario acudir al sistema del *common law* y particularmente al derecho norteamericano, explorando sus relaciones con el derecho costarricense. Luego, construimos su evolución para ubicarlo en el presente siglo, en la que podremos observar que el contrato cambia radicalmente, por lo que desde ya debemos tener presente lo que indica Toffler “ Las formas de pensar, las formulas, dogmas e ideologías, por valiosoas o utiles que hayan sido en el pasado, no se adecuan ya a los hechos que nos presenta el mundo actual” ¹

La doctrina no es pacifica en el tema existen varias posiciones, puesto que como el factoring incluye varias figuras mercantiles

que se le asemejan, es factible encontrar sus raíces en una diversidad de costumbres comerciales. Asimismo debemos tener claro que es un contrato cuya difusión y uso es propia del derecho anglosajón y no del derecho continental, por lo que su historia la encontramos, en cierta mediada ajena a la realidad de nuestro pasado.

Una parte de la doctrina nos indica que es posible encontrar las raíces históricas del factoring en la historia antigua en los usos mercantiles de los babilonios², así como en las practicas comerciales de los fenicios³, o bien en los usos mercantiles de los “comanditarios” de los puertos italianos de la actualidad (Genova, Venecia y Florencia), sin embargo tal y como indica Bescós Torres para que se desarrollara el factoring, era necesario primero la aparición del crédito, por lo que no es sino hasta la aparición de la letra de cambio en el siglo XIV y el uso del endoso y el descuento que surgen los pilares de la financiación y el intercambio comercial moderno.

Ahora bien, tenemos que entender que el crédito como institución propiamente es un pilar de una economía capitalista por lo que no es sino hasta finales del siglo XVII y principios del XVIII, que podemos hablar

1 Toffler, La tercera ola, p. 18 citado por Farina Juan M. Contratos Comerciales Modernos p. 1

2 Martorell, Ernesto Eduardo. Tratado de los contratos de empresa. Tomo I p 445 citando a William H. Hillyer. Buenos Aires 1998,

3 Bescós Torres Modesto. Factoring y Franchising p. 15 Madrid 1990 y Ghersi, Carlos Alberto. Contrato Civiles y Comerciales p. 191. Buenos Aires 2002

del crédito propiamente. Anteriormente lo que existía era la usura y no el crédito, por lo que no es sino hasta el siglo XVIII con la revolución industrial y el desarrollo del capitalismo que nace el crédito como un medio para la producción.

La mayoría de la doctrina⁴ nos enseña que el contrato, como lo entendemos en la actualidad, nace con el desarrollo de las practicas comerciales inglesas en el continente americano, al coincidir en que ante las dificultades en el transporte y la lentitud de las comunicaciones, los europeos utilizaban agentes comerciales o *factors* en las colonias. “Los orígenes del factoring se encuentran en la época de la colonización de Norteamérica por el Reino Unido cuando los factores eran unos agentes comerciales de la empresas de la metrópoli”⁵. Los agentes comerciales o factors eran los representantes en las colonias de ultramar de los industriales ingleses que ante la necesidad de expandir sus mercados, con el fin de minimizar los riesgos del comercio encargan a los *factors* sus productos en consignación para su venta y cobro. En el siglo XVIII, los usos mercantiles dan surgimiento a una nueva función a los factors, el avance de un importe de dinero a los industriales por los productos que se venderían en las colonias. Así pues, como enseña Martorell esta figura dista mucho de

lo que es el factoring y se asemeja a otra figura mercantil el comisionista “Así en la primitiva operación de factoring, ubicable temporalmente en el época de la colonización de los Estados Unidos de Norteamérica por el Reino Unido (colonial factor), los caracteres de la figura eran los propios del contrato de comisión, en su modalidad típica de la comisión de venta por cuenta del comitente exportador de Europa al nuevo mundo. En ese entonces, el “factor” era un comisionista que frecuentemente, además de las propias, asumía las obligaciones de “star del credere”, característica de la comisión de garantía”.

Lamentablemente vemos que estas afirmaciones, mayoritarias de la doctrina carecen según nuestra opinión de sustento lógico, para explicar tanto el origen como el desarrollo del concepto de factoring porque se asemejan mas a otra modalidad de contratación mercantil (comisionista) y puesto que el desarrollo de las factorías o *factors*, tiene su origen en las practicas comerciales de Inglaterra desde el siglo XVII, cuando en Londres se establecen numerosos *factors* que se dedican principalmente al comercio del algodón por lo que se les conocía con el nombre de *cotton factors*.

En lo que si llevan razón estas afirmaciones es en que esta practica fomento considerablemente la exportación,

4 Garcia Cruces. Jose Antonio El contrato de Factoring. P 31, ‘Corrales Romeo José Antonio y García-Barbon Castañeda. Sociedades de Financiacion, Leasing y Factoring, p 151 y Ghersi op cit. entre otros

5 ‘Corrales Romeo José Antonio y García-Barbon Castañeda. Sociedades de Financiacion, Leasing y Factoring, Op cit p 151.

principalmente con las colonias británicas desarrollando el concepto de las *confirming houses* en Londres, en las cuales se representaba a los compradores extranjeros, garantizando su crédito y confirmando los pedidos⁶. Posteriormente, con la expansión, desarrollo y beneficios obtenidos con estas operaciones, los factors se permitieron financiar la producción de sus clientes, al hacer efectivo el pago del precio de las mercaderías que debían exportarse algunas semanas después⁷. Consecuentemente, este giro comercial es importante, ya que la función propia de los *factors* cambia o se transforma radicalmente teniendo como norte el financiamiento empresarial. Entonces, aunada esta nueva función a las anteriores tenemos una serie de servicios a cargo de los *factors*, puesto que al comprar las deudas que se generaban del envío de mercancías y gestionar su cobro brindaban no solo financiamiento a los industriales sino que también la gestión y el cobro de las deudas de una determina cartera de clientes (extranjeros). Esta ultima tarea o función es lo que precisamente nos permite comenzar a separar la figura del factoring con la del comisionista de venta, porque como veremos esta en la función es la que se desarrolla en

los siglos posteriores.

Asimismo se encuentran erradas las afirmaciones en cuanto a que los factors, fueran una practica comercial exclusiva de los británicos⁸. En Costa Rica, colonia española, también se utilizo esta figura, sin embargo con un matiz diferente en vista de las políticas comerciales españolas que otorgan monopolios a sus colonias para el comerciar determinados productos. Costa Rica, era la colonia que tenia el privilegio sobre el tabaco, consecuentemente, es con este producto que ocurre una primera forma de factoring o factoría “El desarrollo del cultivo del tabaco, y sobre todo la instalación de la factoría, contribuyeron en forma decisiva a monetizar la economía. Dicha institución adelantaba dinero para las siembras, e incluso practicaba el redescuento”⁹

Así las cosas, podemos afirmar que las raíces del factoring nacen con el desarrollo del capitalismo. Asimismo podemos decir que las factorías o “factors” son tanto el origen histórico del factoring como de otras figuras mercantiles. El punto esta en que nace el desarrollo de una forma de financiamiento empresarial distinta al préstamo, en la cual

6 Bescós Torres Modesto. Op cit. p. 16

7 Op cit “En el otro lado, la propiedad de los factores abrió la posibilidad de pagar anticipadamente a los fabricantes antes de las fechas estipuladas con los compradores. La mejora en las comunicaciones permitió el envío directo de las mercancía a los compradores de ultramar. Ello, unido a la confianza entre partes, configuró el factoring moderno”

8 Garcia Cruces indica con exactitud p. 31 “Existe unanimidad en señalar el origen del moderno factoring las necesidad comerciales que surgen tras el descubrimiento de América. Ante el comercio con las colonias, desarrollado fundamentalmente por Inglaterra, Francia y, en menor medida, y con peculiaridades, España, los exportadores europeos se encontraron frente a contingencia que frenaban su expansión”

9 Pérez Brignoli, Héctor “Breve Historia Contemporánea de Costa Rica” p. 30 México 1997

un tercero asume funciones propias del productor frente a sus clientes.

Al respecto es importante indicar una regla importante en esta etapa del desarrollo del practica comercial. Adiferencia del monopolio que existía en la colonia española, los *factors* ingleses contaban con un privilegio o derecho de preferencia (lien) sobre las mercancías europeas que comercializaban, que consistía, en el derecho de vender con exclusividad los bienes que conservaban y sobre los cuales habían dado una garantía en el mercado colonial. García Cruces nos indica “...este privilegio-denominado Lien- era dudoso con anterioridad a una decisión jurisprudencial que puede considerarse como un hito fundamental en la historia del *factoring*. Nos referimos a Kruger v. Wilcox (1755), en donde tras el informe de varios comerciantes acerca de cual era la practica mercantil se admite expresamente que *The factor has a lien on goods consigned to him*”. Así pues, tenemos otro elemento adicional que es el derecho a vender con exclusividad, que comienza a configurarse a favor del “Factor”, sin embargo nuestra opinión es que este derecho nos refleja con mas exactitud lo que afirma Martorell y que compartimos plenamente sobre la similitud con la figura del comisionista.

Modernamente, desde el siglo XIX y hasta mediados del XX, es en los Estados Unidos de Norteamérica que continua la evolución de los factors entendidos como una figura propiamente encargada de brindar un canal de comercial para la venta de mercancías caen en desuso y las operaciones de factoring tal y como lo conocemos en la actualidad, como una herramienta financiera moderna comienzan a surgir en la practica comercial Norteamérica, en la que se habla ya no del “factor” como intermediario sino que se habla del “factor” financiero. (Trade Factor y Finance Factor)¹⁰. Esta figura en cambio aparece posteriormente en Europa, y se comienza a utilizar aunado también a otros servicio financieros hasta la década de los años sesenta del siglo pasado.

El factor asume el rol entonces de financiamiento de las operaciones comerciales de los productores, se trata entonces de brindar un servicio diferente a la consignación y distribución de mercancías, por el de anticipar el importe de las ventas para contar con el derecho de gestionar y cobrar el valor de los productos vendidos a crédito, asumiendo un riesgo y brindando una garantía. En síntesis se configura como la cesión a favor del “factor” de las cuentas por cobrar del productor.

10 Op cit Gracia Cruces p. 33 “Así, durante la expansión industrial iniciada en 1870, se modifica sustancialmente el mercado interior, ya que, por razones de conveniencia, los productores no entregaban sino que custodiaban las mercancías en almacenes propios, expendiendo tales mercancías a sus clientes, debido a una sustancial mejora de las comunicaciones y de los transportes.”

En este panorama no enseña Martorell surgen las modalidades operativas del factoring “a) el llamado “*conventional factoring*”: en el cual el “factor” concede a su principal-transformado ya de *dominus negotii* en cliente- anticipos sobre las facturas en el momento de su entrega; y b) el denominado “*echtes factoring*”, o o factoring propiamente dicho, en el que la sociedad de factoring-conforma a la tradición-corre con los riesgos de la cobranza.”¹¹

Así pues la figura del Lien, en el derecho norteamericano se transforma y en el siglo XX, se estipula ya no sobre los bienes propiamente sino que sobre un derecho, así “La *Factors Act* de 1911 reconocía un Lien en favor del Factor sobre las mercancías de las que tuviera disponibilidad el cliente, siempre y cuando se observara un requisitos de publicidad registral. Pero, y esto es lo importante, se negaba el carácter de distribución y se afirmaba el de financiador de los Factores. Por su parte, la reforma de este *Act*, opera en 1931, explicita que la garantía se constituye por la publicidad y no por la posesión, y, por otro lado, se especifica que la cesión de los créditos no queda referida a estos como *proceeds*, sino como *accounts*, pudiéndose instrumentar bajo el sistema de notificaciton o del nom notification, según la eficacia que se diera a la notificación en relación a la perfección del negocio.” Así pues, luego se modificara

11 Op cit Martorrel p.449

Lien el sentido de la publicidad no será un requisito. En otras palabras lo que se le otorga al “Finance Factor”, es el privilegio de ejecutar la totalidad de bienes de su cliente el productor en caso de no pago.

Así pues, los factors poco a poco comienzan a brindar nuevos servicios financieros, que consisten principalmente en una verdadera asesoría financiera para sus clientes, dando lugar al *new style factoring*. Esta es pues, como se indico, el papel que cumple el factoring en la actualidad, como una figura financiera moderna, en la cual se brindan una serie de servicios financieros, de diversa índole, que tienen como punto de enlace la gestión de las ventas a crédito, pero que no se limitan a esta.

Para finalizar tenemos que el “Finance Factor” norteamericano es una figura mercantil ajena a nuestro derecho, puesto que en su evolución la cual se puede dividir en dos etapas, el colonial factor y el finance factor que se divide en el old style y en el new sytle factoring, no existen figuras similares en el derecho continental, que hayan evolucionado al mismo tiempo, por lo que tenemos que enfatizar que su aplicación en el derecho continental es sumamente reciente.

Noción Etimológica

Como aprendimos la noción de factoring

se deriva del término factor que en español significa factoría y no factura, recordemos simplemente que factura en ingles es invoice, por lo que cualquier referencia a la palabra factura, es errónea. Obviamente por razones lingüísticas muchas personas, defiende el uso del idioma español, frente a los usos de palabras en otro idioma por lo que la palabra factoring, ha sido traducida como factoraje o factoreo, aunque no con mucha exactitud. Si buscamos estas palabras en el Diccionario Real de la Academia Española, factoraje significa “Empleo y encargo del factor II 2. Oficina del Factor”¹² y factoreo no existe, por lo tanto podemos afirmar que la traducción del factoring no existe en el idioma español y que se relaciona con otra figura mercantil que es el factor, auxiliar mercantil que nada tiene que ver con el contrato que estamos estudiando.

En el ámbito jurídico, a nivel elemental tenemos que el Diccionario Jurídico de Cabanellas Torres, no existe el termino, sin embargo tenemos alguna referencia en la doctrina. La palabra *factoring*, puesta en boga por la doctrina económica norteamericana, ha hecho su ingreso al mundo jurídico en forma intacta, debido, entre otras razones, a la dificultad de encontrar un término que brinde un significado claro y, a la vez, describa con la debida precisión esta operación financiera. A pesar de lo dicho, en la doctrina

se han propuesto algunos nombres para sustituir al de *factoring*, a saber: factoraje, como sinónimo de factoría o de la actividad desarrollada por el factor o como lugar donde éste realiza sus operaciones; *affacturage*, como traducción al francés del término *factoring*; facturación.

Por nuestra parte, siguiendo la recomendación de la que consideramos la más autorizada doctrina, preferimos utilizar el *nomen iuris* de origen, es decir, *factoring*, toda vez que no encontramos todavía un término en español análogo cuyo significado comprenda toda la gama de posibilidades, servicios y beneficios que brinda este importante contrato de financiación.

Por último, una opinión personal, es que por mucho que busquemos encontrar y españolizar numerosas palabras, lo cierto es que para el caso del factoring, por sus antecedentes históricos nos parece correcto utilizar el termino en inglés y no en español a lo largo del presente trabajo.

Así pues, no queda mas que partir de las definiciones que nos proponen la doctrina, para saber que es lo que engloba el concepto de factoring, en el siguiente capítulo

Factoring y Costa Rica

En las últimas décadas nuestro mercado

empresarial se ha visto inundado por un conjunto de instituciones contractuales, muchas de ellas originadas en el *common law*. Asimismo tenemos que el papel que han jugado estas prácticas contractuales en nuestro país esta influenciado por nuestras relaciones comerciales internacionales con los Estados Unidos de Norteamérica, por ello podemos decir que se afirma la idea de que utilizamos o bien nos basamos en las practicas y usos comerciales norteamericanos. Desde hace muchos años, la barrera entre los dos sistemas clásicos de derecho continental y *common law*, se vuelva mas cercana y hablamos del acercamiento de ambos sistemas, barrera que en campos como el derecho mercantil es cada día menos rígida.

Dentro de este conjunto de contratos y forma de hacer negocios tienen un lugar especial, dentro de los negocios financieros por méritos propios, el leasing y el factoring. Estos negocios financieros despertaron pronto el interés de la doctrina nacional¹³, en virtud de su implementación por nuestros comerciantes y en los próximos años veremos como la jurisprudencia y legislación comienza a jugar un papel determinante en ellos, entre otras razones, por su particular desarrollo económico alcanzado en los últimos años en los mercados americano y

europeo. Aunado también a que vivimos en una nueva era, en la que los negocios y el comercio juegan tienen el primer lugar, ya que no solo existe en la practica un único sistema económico, el capitalista.

El *factoring*, en la práctica financiera, es conocido como un instrumento de financiación a corto plazo, en Costa Rica, tenemos numerosas referencias a este servicio y se ha desarrollado plenamente, de acuerdo con el criterio de muchos, bajo el nombre de factoreo. Tanto así que existe un cámara costarricense de empresas de factoreo. En nuestro breve estudio del contrato, podremos a juicio esta concepción, desde un punto de vista meramente jurídico, con el fin de analizar si realmente existe el factoring en Costa Rica. La explicación de una propuesta es muy simple, a pesar de que existe un desarrollo del factoring en nuestro país, consideramos que existe al mismo tiempo un gran desconocimiento del mismo¹⁴, ya que en oposición al leasing, su construcción en interpretación no ha tenido el mismo desarrollo.

El contrato de factoring lo entendemos, si animo de entrar a polemizar por el momento, como un instituto que desarrolla una serie de servicios y que establece una relación comercial de duración entre dos empresas.

12 Diccionario de la Lengua Española, Tomo I Vigésima Segunda Edición, 2001. Madrid España p. 1031

13 Una de las características de esta es que es escasa con respecto al factoring, no existe ninguna publicación que sea un libro que trate el tema, en forma independiente, solo tesis de grado y artículos de revista.
14 A manera de ejemplo, entrevistamos el día once de mayo al jurista Víctor Pérez y este nos dijo que lo mejor era buscar especialistas en el tema, ya que no ha sido estudiado por el. Esta afirmación que es poco conocido, en virtud de la trayectoria y el papel que ha jugado Don Víctor en la formación, continua de los abogados costarricenses.

En la operación de factoring, entra en juego la practica comercial de la venta a crédito, la cual sin lugar a dudas es la razón de ser, actualmente de este contrato. Por ello, decimos que es un contrato en el que un empresario que vende bienes y servicios a crédito a cambio de una serie de servicios de carácter financiero, de asesoría, de gestión y de garantía entrega su derecho a cobrar el importe de la ventas a otro empresario. Esta pluralidad de servicios que brindan las empresas de *factoring* se desarrollan en una única operación, no en varias, lo que hace a este instituto contractual un negocio muy atractivo y eficaz para las empresas productoras de bienes o prestadoras de servicios.

En la práctica nacional, el servicio que más ha favorecido el desarrollo del *factoring* en la actividad empresarial es, sin duda, el financiero. Esta prestación que viene determinada por la movilización de los créditos de una empresa a otra, se concreta mediante el pago anticipado de los créditos que efectúa el adquirente de estos al titular originario de estos. El efecto de esta transacción, lo que permite una mejora considerable del flujo de caja y, por ende, reduce las necesidades financieras que surgen en la habitual actividad empresarial. En Costa Rica, este servicio, es visto o utilizado principalmente por las empresas

que se encuentran en una situación financiera difícil o complicada. A saber, que no tienen el flujo de efectivo necesario para afrontar los gastos necesario para mantener su capital de trabajo.

En Costa Rica, esta técnica se encuentra estrechamente ligada a los mecanismos legales tradicionales bancarios del descuento de factura y efectos comerciales, por lo que como veremos más adelante, es importantísimo diferenciar ambos conceptos, en nuestro país para poder cumplir con la meta de la presente investigación. Al respecto podemos insinuar lo siguiente que es claro y evidente que la practica forense nacional confunde las figuras del factoring y del descuento de facturas, en forma reiterada.¹⁵

Como preludio de lo que explicaremos más adelante, debemos señalar que el *factoring*, ha evolucionado a ser un tipo negocial que ofrece todo un conjunto de servicios de naturaleza contable, administrativa, financiera y de garantía, que permite a las empresas productoras de bienes o suministradoras de servicios, «transferir a economía externa», esto es, a empresas especializadas, la gestión y el cobro de los créditos provenientes de su actividad empresarial y, por regla general, el riesgo de insolvencia de los deudores, gozando, al

15 Entrevista realizada a Eugenio Vargas Rámirez en fecha dieciocho de mayo autor de la tesis “El descuento de Facturas en Costa Rica” junto con la Lic. Ellen Arauz Jaspers, tesis aprobado con honores que nos ilustro que la principal conclusión de su trabajo fue esta.

mismo tiempo, de financiación y asistencia en otros sectores.

CAPÍTULO SEGUNDO

DEFINICIÓN, EN BUSCA DEL CONCEPTO

Notas en torno al crédito

El factoring es un negocio jurídico complejo, como analizamos su origen es propio de la técnica y la practica financiera norteamericana, por ello a pesar de su desarrollo en Europa y en otros países, es posible afirmar que su aplicación, características y modalidades varia de acuerdo con el lugar donde se desplieguen sus efectos. Sin embargo, creemos pertinente y necesario referirnos antes de analizar el concepto establecido por la doctrina nacional y extranjera del contrato, realizar una pequeña reflexión en torno a su razón de ser, que luego de la reseña histórica, es clara que viene de la técnica con que se utiliza el crédito mercantil.

A priori tenemos claro que este negocio tiene como requisito que un empresario conceda crédito a sus clientes, al respecto tenemos que decir que dicha técnica comercial es generalizada. El desarrollo de factoring moderno o mejor dicho su razón la podemos encontramos de forma general a la generalización e utilización del crédito en nuestra sociedad capitalista de consumo actual. El crédito indican algunas autores

16 Rodríguez Azuero Sergio. Contratos Bancarios. Colombia.p. 661

“...es un “bien social”. No puede vivirse sin él. Se requiere a la par en todas las etapas del proceso económico. Lo necesitan los industriales para fabricar sus productos. Deben otorgárselo a los comerciantes mayoristas para asegurarse su distribución. Se precisa por los minoristas para llegar a los consumidores y es exigido por estos para poder adquirir los bienes y servicios que se les ofrecen...la capacidad de compra de las personas no se mide ya por sus ingresos presentes sino por los futuros, cada vez a plazos mas amplios...”¹⁶

La venta a plazos es decir, a crédito, por ende, es el servicio de crédito que da lugar al contrato de factoring, es decir que la practica comercial, hoy generalizada y totalmente aceptada, de la masificación de las operaciones mercantiles en las que un empresario, brinda facilidades de pago a su clientela. Evidentemente esta practica, trae aparejada como exigencia el deber del empresario de crear no solo una unidad económica destinada a la producción de bienes y servicios, sino que también la de destinar dentro de su organización un departamento de ventas, en el que las ventas a crédito juegan un papel fundamental. Así pues, cuando el empresario por las necesidades del mercado se convierte en un financiador directo de sus clientes, es que el factoring surge como una respuesta útil y adecuada para la actividad empresarial.

Definiciones

Así las cosas bajo este panorama parece correcto transcribir algunas de las definiciones de la doctrina internacional, para comprender como se entiende el factoring a nivel internacional y luego referirse a como se entiende en Costa Rica.

En los Estados Unidos de Norteamérica “Estados Unidos, a través de la Organización llamada Factors Chain International (FCI), define al factoring como “Is a complete financial package that combines credit protection, accounts receivable bookkeeping, and collection services. It is an agreement between the factor and a seller. Under the agreement, the factor purchases the seller’s accounts receivable, normally without recourse, and assumes the responsibility for the debtor’s financial ability to pay. If the debtor goes bankrupt or is unable to pay its debts for credit reasons, the factor will pay the seller”.¹⁷

En Europa, por los españoles como “el factoring podría definirse como un contrato por el cual un empresario transmite (y por el momento hablamos de transmisión en un sentido meramente económico) los créditos comerciales que ostenta frente a su clientela

a otro empresario especializado (la sociedad de factoring), que se compromete a cambio a prestar una serie de servicios respecto de los mismos”¹⁸ y también “el factoring es aquella operación por la cual un empresario transmite en exclusiva los créditos que frente a terceros tiene como consecuencia de su actividad mercantil a un factor, el cual se encargará de la gestión y contabilización de tales créditos, pudiendo asumir el riesgo de insolvencia de los deudores de los créditos cedidos, así como la movilización de tales créditos mediante el anticipo de los mismos en favor de su cliente, servicios desarrollados a cambio de una prestación económica que el cliente ha de pagar (comisión, intereses) a favor de su Factor”¹⁹. Se ha dicho también que el factoring es aquella operación que “consiste en una transferencia de deuda comercial de su titular a un Factor, quien se encarga de cobrarla y que garantiza el buen resultado de la operación, incluso en caso de morosidad momentánea o permanente del deudor, a cambio de la percepción de sus gastos de intervención”²⁰ y por los italianos como “Convenio de efectos, permanentes, establecido entre el contratante y el factor, según el cual el contratante se compromete a transmitir al factor todas o parte de las facturas que posee de terceros deudores, y a notificarles esa transmisión; en contrapartida,

17 “Es un paquete financiero completo que combina protección crediticia, depósito de facturas y servicio de cobranza. Es un acuerdo entre el factor y un vendedor. Bajo el acuerdo, el factor le compra sus facturas, normalmente sin recurso, y asume la responsabilidad de la capacidad financiera del deudor para pagar. Si el deudor quiebra o es incapaz de pagar sus deudas por razones crediticias, el factor le pagará al vendedor”. www.factors-chain.com.
18 García de Enterría, Javier “Contrato de Factoring y cesión de créditos” Madrid España. p.41
19 GARCIA-CRUCES GONZALEZ, José Antonio. Op. Cit., en nota 4, p. 48.
20 Chambre Nationale des Conseillers Financiers, París, citado por GARCIA-CRUCES GONZALEZ, José Antonio. Op. Cit., en nota 4, p. 47.

el factor se encarga de efectuar el cobro de estas deudas, de garantizar el resultado final, incluso en caso de morosidad del deudor, y de pagar su importe, bien por anticipado, a fecha fija, o mediante deducción de sus gastos de intervención”²¹

En América Latina por la doctrina Argentina “como aquel contrato bancario o financiero que se perfecciona entre un banco o entidad financiera (sociedad de factoring) y una empresa, por el cual la primera de las partes se obliga a adquirir todos los créditos que se originen por el giro comercial de la otra parte contratante durante un determinado plazo, pudiendo asumir la primera el riesgo derivado de tales cobros y percibiendo por ello una comisión sobre el monto total de los créditos en concepto remunerativo”²² , la mexicana de esta manera “Un contrato por virtud del cual, previa deducción de una reserva, el factor anticipa al cliente el importe de créditos netos contra terceros, no vencidos, mediante la cesión de los derechos de créditos respectivos, asumiendo el factor los riesgos de que no sean pagados por insolvencia de los deudores y encargándose también del cobro de esos créditos; pudiendo, asimismo, hacer anticipos sobre mercancías al cliente, que quedarán garantizados prendariamente con la materia prima y los productos elaborados del acreditado; y en

todo caso, teniendo derecho el actor al cobro de intereses sobre los anticipos de numerario y a una comisión por sus servicios”²³, en la chilena así “el contrato de factoring es la transferencia que realiza el Cliente, con carácter global y exclusivo, al Factor, de los créditos nacidos en su actividad empresarial, encargándose el Factor de la gestión, cobro y contabilización de los créditos transferidos, pudiendo asumir el riesgos de la insolvencia de los deudores y/o anticipar el importe de dichos créditos”²⁴ y en la colombiana como “el contrato celebrado el factor (banco) y el industrial o comerciante adherente, (supplier, (este ultimo noticia a la clientela sobre su existencia, somete a partir de ese momentos los pedidos al previo análisis y aprobación del factor y le traslada las facturas resultantes de los despachos llevados a cabo, para obtener su reembolso de inmediato o a su vencimiento, según sea el caso. Esquema simple que se enriquece con la posibilidad de obtener servicios complementarios tales, como la producción misma de las facturas, determinando previamente sus condiciones físicas, su contenido, etc.; la emisión de los títulos valores a la cual haya lugar< el manejo de los registros contables; la investigación comercial de la clientela e, incluso la cobranza judicial o extrajudicial de créditos aún no transferidos a factor”²⁵

21 Op cit. citado por Ghersi p. 192
22 Op. cit. Ghersi,p. 193
23 BAUCHE GARCIDIEGO, Mario. BAUCHE GARCIDIEGO, Mario. “Operaciones Bancarias”. Editorial Porrúa, México. 1981, pp. 334 y 335.
24 Marre Velasco, Agustín. El contrato de Factoring. p28. Santiago de Chile.1995

En Costa Rica, el factoring ha sido definido en la doctrina nacional así: “el contrato de factoring financiero es aquel acuerdo de voluntades en virtud del cual el proveedor o cliente se obliga a transferirle al factor todos o parte de los créditos derivados de la venta de bienes o prestación de servicios a terceros deudores, y a notificarles a estos últimos tal traspaso, previa aprobación de los créditos por parte del factor. Y como contraprestación este ultimo se obliga a pagar un precio que equivale a la anticipación del monto de los créditos menos la comisión por cobro y otros servicios e intereses por el capital adelantado (financiación), a gestionar el cobro de las deudas (gestión de cobro), asumir los riesgos del impago sea a garantizar y asegurar el buen resultado de los créditos incluso en caso de insolvencia del deudor (seguro de crédito) y a ofrecer otro servicios conexos (contables, administrativos etc.)”²⁵ y también como ““es una operación financiera, pero homogénea, consistente en la transferencia de un crédito comercial de su titular a un factor, que se encarga de efectuar la recuperación o cobro y que garantiza el buen fin, como en caso de impago momentáneo o permanente del deudor, mediante la retención de una comisión”.²⁷

Bescos Torres nos indica lo siguiente, en torno a una definición y una regulación uniforme para el factoring a nivel internacional

“Unidroit, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, con sede en Roma, ha encontrado serias dificultades para lograr una reglamentación internacional válida en la materia.

La única conclusión valida, en cuanto al concepto ha sido que un contrato de este tipo debe incluir, como mínimo dos de los siguientes servicios:

- Financiación
- Gestión de la cartera de deudores
- Cobro de deudas
- Protección frente al riesgo de crédito”²⁸

Consecuentemente podemos confirmar luego de la transcripción de la definiciones que es correcto lo que afirma Bescos Torres, por lo tanto es posible indicar que para poder comprender el concepto que encierra el factoring tenemos que estudiar los servicios que nacen el negocio del factoring, es decir las posibilidades que se ofrecen a cambio de la compra de las deudas de los clientes de una empresa específica. Por un lado consiste en una herramienta financiera que permite transformar a un empresario sus activos (cuentas por cobrar), en recursos líquidos inmediatos. Y que además cumple con una función administrativa, ya que se le encarga

a un empresario especializado la gestión de una cartera de deudores que comprende la contabilización de estos y un servicio de información comercial y financiera de los deudores. Asimismo comprende también el cobro de las deudas que implica todas las gestiones administrativas y judiciales propias del cobro y por ultimo un servicio de garantía, que es el traslado del riesgo de la falta de pago de los deudores de un patrimonio a otro, al ser adquirente de los créditos del empresario.

La mayoría de la doctrina²⁹ agrupa el servicio de gestión de cobro de deudas y de manejo de la cartera de clientes en uno solo, sin embargo no compartimos esta posición y preferimos separalas, como se vera cuando dediquemos algunas líneas del trabajo a explicar estas diferenciar.

Para finalizar este nos atrevemos a dar nuestra propia definición del factoring, es un contrato en el que nace una relación jurídica en la que una empresa especializada la totalidad o bien una parte de las cuentas por cobrar que la empresa tiene frente a su clientela, a un precio en el que al menos se computa la prestación de dos servicios, uno que siempre será el de financiamiento y el otro que puede ser la gestión ya sea de cobro o de la cartera de deudores o bien la cobertura del riesgo por el no pago.

Los servicios

Por lo expuesto consideramos oportuno referirnos a cada una de estas funciones con el fin de comprender los servicios que se generan a través del factoring.

1-Financiación

Los servicios financieros, son por lo general comprendidos, limitados y regulados en forma estricta por la legislación, y son competencia exclusiva de las entidades financieras, más comunes, los bancos. Sin embargo, en nuestra sociedad de consumo, el empresario también cumple esta función mas por necesidad que por voluntad propia, ya que es una exigencia del mercado brindar este servicio, para que una empresa puede ser competitiva.

El servicio financiero que en la doctrina se le denomina también “parabancario” tiene su razón de ser en una buena técnica de financiación no formal, que en tiempos de restricción crediticia de los bancos es sumamente oportuno. Pensemos en una pequeña empresa que inicia en el mercado que no tiene poco patrimonio propio pero si a un cartera de clientes que se distinguen por ser buenos pagadores, frente a un banco, normalmente no tendría la posibilidad de solicitar financiamiento, pero a una empresa que se dedique al factoring, si le podría brindar financiamiento. El financiamiento que

25 Rodríguez Azuero Sergio. Contratos Bancarios. Colombia.p. 658
26 Jinesta Lobo, Ernesto. Los contratos de leasing y crédito financiero. Tesis. Universidad de Costa Rica. San José 1988.
27 CHACÓN LOAIZA, Rolando. “Nuevas formas de financiación empresarial”.p. 117 Revista Judicial, Costa Rica # 77, marzo, 2001.
28 Op Cit, Bescos Torres p. 19

29 Ver Garcia Cruces, Gheresi, Martorrell, entre otros

proporciona el factoring se desarrolla como un servicio de crédito, diferente, en el que responden las cuentas por cobrar de una empresa a corto plazo, es decir a la técnica de la movilización crediticia como técnica financiera.

El financiamiento consiste en palabras de Ghersi, “en la conversión de las ventas a crédito en ventas al contado, mediante el pago inmediato, por el factor, del precio convenido para la adquisición de las facturas.”³⁰ Por ello podemos afirmar que afecta la liquidez de la empresa, es decir el flujo de efectivo. Igualmente a diferencia de otras operaciones crediticias de financiación el destino de los recursos no esta comprometido “En el caso del factoring, los fondos anticipados no han de ser destinados por el Cliente a financiar ninguna parte concreta y determinada de su activo. El contrato de factoring puede incluir la opción a favor del Cliente de anticipo de fondos sobre los créditos cedidos, pero en ningún caso en él se establece el destino que éste ha de darle a los mismos”³¹

2-Gestión de la cartera de deudores

En un primer momento implica la un servicio completo de contaduría de los créditos de un negocio y también conlleva un servicio de información comercial y financiera de los deudores. Así pues el “factoring supone una simplificación de las tareas contables

al interior de la empresa, ya que de ella se encargará el Factor; pero también hay una incidencia contable importante, puesto que se disminuyen los registros de deudores, dado que los clientes son sustituidos por el Factor, cuyo registro opera como una cuenta corriente bancaria respecto de los créditos autorizados”³²

Así las cosas se logra eliminar una serie de costos financieros, relacionados con los estudios financieros necesarios para otorgar crédito, en aras de la eficiencia de la empresa, que así podrá escoger con mayor seguridad a que parte de su clientela puede otorgarle crédito y a cual no.

Los recursos humanos entonces pueden enfocarse en otra dirección hacia la producción y la generación de ventas, sin tener que ocuparse de la solvencia relativa de sus clientes.

3-Gestión de cobro de deudas

Debemos tener presente, que la gestión de cobro es una tarea que se desarrolla a dos niveles, uno en el campo administrativo y el otro en la vía judicial, y que requiere de toda una estructura propia. Generalmente en las empresas, no encontramos con un departamento de cobros que depende de la gerencia administrativa o financiera según

sea el caso.

Cuando no referimos a la gestión de cobros debemos de tener en cuenta lo siguiente es una practica usual dentro de las empresas, realizar los pagos ya sea a fin de mes o cada quincena. Es decir que reciben el producto en la primera semana del mes y lo cancelan en la ultima semana de este. Igualmente, tenemos que en ciertos casos los pagos por producto entrega cuando la venta es por medio del sistema de la consignación los pagos pueden ser hasta mucho mas tarde. De ahí que se hable del pago contra el vencimiento, por ello debemos tener cuidado y no pensar que la gestión de cobro se circunscribe únicamente a los caso de no pago.

Una vez hecha esta aclaración tenemos que interesa resaltar que como señala Bescos la gestión de cobro a los compradores suscita a una empresa los siguientes problemas:

- “-Seguimiento del cobro de las facturas
 - Riesgo de impago al vencimiento
 - Riesgo de insolvencia, con la mercancía ya entregada y pendiente de pago
 - La concesión de una aplazamiento en los pagos al comprador...”³³
- Por lo tanto la gestión del cobro es un aspecto fundamental del giro comercial de una empresa, ya que sus ingresos y sus obligaciones dependen de una buena gestión

del mismo. Así pues, esta labor cuando no se le presta una buena atención por falta de recursos, la empresa puede tener perdidas, por lo que es atractivo desconcentrar parte de esta carga en un tercero que se especializado en la gestión de cobro.

4-Protección frente al riesgo de crédito

El ultimo de los servicios que se presta en el negocio jurídico que estamos estudiando es el servicio de garantía, que es simplemente el traslado del riesgo del no pago de un empresario a otro. Como el factor adquiere los créditos del empresario, dependiendo de la figura jurídica que se utilice como veremos más adelante, asume o no la insolvencia de los deudores.

Ciertamente, la transferencia conlleva dos situaciones o alternativas “ que ella tenga el carácter *pro solvendo*, es decir, si asumir el Factor el riesgo de no pago por insolvencia del deudor; o bien, que la transferencia tenga el carácter *pro-soluto*, lo que significa que el factor asume dicho riesgo”.³⁴

Así pues la diferencia primordial esta en que en la formación del contrato puede pactarse que el cliente garantice frente al factor la solvencia de sus clientes, asumiendo este ultimo el pago en caso de insolvencia de sus deudores. O bien, que sea el factor quien asuma este riesgo, que como veremos mas

30 Op cit. Ghersi p. 205
31 Corrales Romeo José Antonio y García-Barbón Castañeda Juan “Sociedades de Financiación, Leasing y Factoring. p. 162. Madrid España. 1991
32 Op cit. Marre Velasco p. 30

33 Op. Cit. Bescos p. 25
34 Op cit. Marre Velasco p. 30

adelante por lo general implica que se de la aprobación previa del crédito por parte del factor. Evidentemente, ambas situaciones tienen un efecto diferente en el patrimonio de ambos, porque entran en juego los niveles y los criterios de viabilidad del crédito que se otorga y que da lugar al contrato de factoring, como eje fundamental para delimitar quien asume el riesgo que lleva implícito toda operación crediticia que se otorga a favor del consumidor.

Finalidad

A manera de resumen, luego de haber esbozado los servicios que integran el factoring, podemos afirmar que el contrato de factoring conlleva una doble finalidad, por un lado tenemos el objeto financiero que ofrece liquidez a una empresa y por el otro tenemos el objeto administrativo, de manejo especializado de una cartera de clientes. García Cruces indica al respecto “Si intentamos ahora concluir esta descripción de los servicios que presta el Factor, podemos afirmar que el Factor desarrolla un complejo de servicios articulado y variables. Complejo, en cuanto que abraza una multiplicidad servicios-gestión, garantía-financiación-, con muy distintos resultados. Articulado, en cuanto que unos servicios dependen funcionalmente de otros y todos entre sí. Y por ultimo variable en cuanto que, con exclusión del servicio de gestión

que siempre se presta, el resto de posibles servicios-garantía, financiación-dependen de distintas circunstancias actuadas con posterioridad al contrato” ³⁵

Por lo tanto podemos decir que el contrato de factoring, cumpla con la función de ser un medio de cooperación empresarial y sobre todo una técnica de financiación a largo corto plazo³⁶ , asimismo es una técnica que se distingue por su adaptabilidad y por sus diferentes modalidades, o bien con esquemas de funcionamiento diversos en cada espacio geográfico en que se practique, por ello se dificulta la construcción de una definición uniforme y valida universalmente. Con el *factoring*, pensamos, se da una situación muy especial de colaboración empresarial, pues mientras la factorada produce y vende, la factora financia y cobra ⁽⁸⁾.

Como enseñan Farina y Gherzi en el caso de la Argentina y como observamos en la transcripción de las numerosas definiciones “el contrato de factoring no es idéntico en todos los países donde se lo practica, por lo que no es posible dar un concepto uniforme de él....de ahí que en nuestro país cuando la doctrina lo define, se enumeran los servicios que comprende y las diversas modalidades posibles, y se describe el modo como se desarrolla en los diferentes países en los que su aplicación ha adquirido importancia.” Y continua diciendo Farina” El estudio

de estas diversas modalidades permite, además, apreciar de esta manera cuáles de ellas son las que se adaptan mejor a nuestro mercado, y cuáles podrían tomar en cuenta el legislador en caso de adoptarse en el futuro una regulación legislativa del contrato”. Esta afirmación es de especial enunciarla en este momento puesto que como veremos mas adelante, bajo esta óptica es que confrontaremos el proyecto de ley, que existe en Costa Rica para la regulación normativa especifica del factoring,

Mercado

El factoring es apto sobre todo para aquellas empresas cuya situación no les permitiría soportar una línea de crédito. Los clientes fundamentalmente del factoring son los siguientes tipos de empresas:³⁷

- 1. Empresas en expansión con rápido desarrollo que necesitan liberar recursos de su circulante para mantener sus niveles de crecimiento.
- 2. Empresas con productos no perecederos de venta repetitiva.
- 3. Empresas proveedoras de las Administraciones y Organismos Públicos que suelen demorar sus pagos.
- 4. Empresas que, por su dimensión, no tienen un departamento de gestión de

créditos.

- 5. Empresas que cotizan en bolsa y filiales que tengan que presentar sus estados financieros a la empresa matriz y que quieran mejorar la presentación de sus balances.

Ventajas y desventajas

Las pequeñas y medianas empresas costarricense, tienen en el factoring una valiosa alternativa de autofinanciamiento, distinta a las que ofrece el sistema tradicional de crédito, y un no menos atractivo alivio administrativo, muy necesarios en estos tiempos de búsqueda de eficiencia y competitividad. El *factoring*, pues, permite a las empresas dedicarse, con la financiación debida, a su actividad habitual, esto es, la producción de bienes o la prestación de servicios, y despreocuparse de la cobranza, gestión, administración y contabilización de los créditos, que son prestaciones típicas de la empresa de *factoring*

La celebración de un contrato de factoring brinda a las empresas una racionalización de su organización, reduciendo los costos de gestión, tanto de carácter administrativo como contable, asegurando el cobro de sus créditos y obteniendo, a su vez, una mayor liquidez, ya que tiene la posibilidad de obtener, anticipadamente, el importe de los créditos

35 Op cit. García Cruces p. 54
36 Farina Juan M. “Contratos Comerciales Modernos. p. 554. Buenos Aires Argentina. 1997

37 Ver para una explicación detallada Bescos Torres, CAPÍTULO 3 El factoring para la empresa en un entorno internacional pgs 27-43

cedidos. En otras palabras, el factoring le facilita las cosas a las empresas, pues dejan a una empresa especializada la parte de la gestión administrativa y financiera relativa a sus relaciones con sus propios clientes, lo que le permite concentrarse en los aspectos productivos y comerciales de su actividad.

En forma esquemática podemos resumir tanto las ventajas como las desventajas del contrato así:

Ventajas

- Ahorro de tiempo, ahorro de gastos y precisión de la obtención de informes.
- Permite la máxima movilización de la cartera de deudores y garantiza el cobro de todos ellos.
- Simplifica la contabilidad, ya que mediante el contrato de factoring el usuario pasa a tener un solo cliente, que paga al contado.
- Saneamiento de la cartera de clientes.
- Permite recibir anticipos de los créditos cedidos.
- No endeudamiento: compra en firme y sin recurso.
- Para el personal directivo, ahorro de tiempo empleado en supervisar y dirigir la organización de una contabilización de ventas.
- Puede ser utilizado como una fuente

de financiación y obtención de recursos circulantes.

Desventajas

- Costo elevado. Concretamente, el tipo de interés aplicado es mayor que el descuento comercial convencional.
- El factor puede no aceptar alguno de los documentos de su cliente.
- Quedan excluidas las operaciones relativas a productos perecederos y las de a largo plazo (más de 180 días).
- El cliente queda sujeto al criterio de la sociedad factor para evaluar el riesgo de los distintos compradores.
- Falta de madurez tanto en el mercado como en la práctica forense costarricense para implementar el contrato

En síntesis, la decisión de adoptar esta forma de financiamiento, corresponde a los directivos de una empresa, quienes deben evaluar si es favorable o no para una empresa utilizar este contrato. Y en Costa Rica, con la ayuda del jurista, entender que no existe en nuestro país, como se entiende en otros países.

CAPÍTULO TERCERO

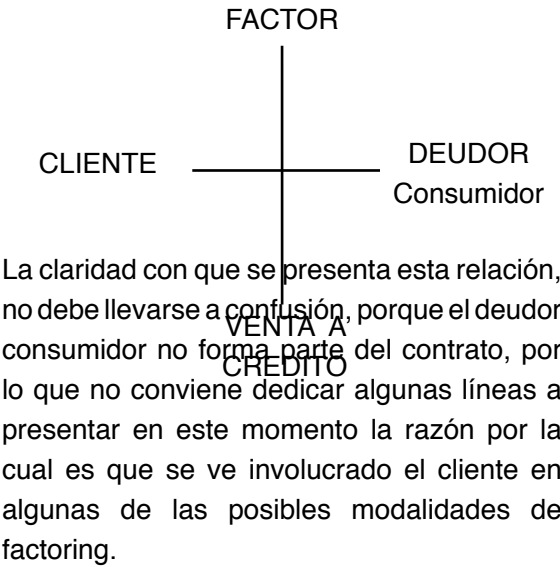
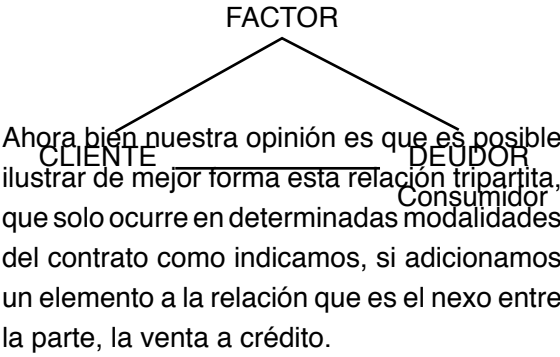
ELEMENTOS Y CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO

- Elementos

Partes

El contrato de factoring, implica la participación de al menos dos personas, el cliente y el factor³⁸, el cliente es la empresa que utiliza los servicios de factoring y que se caracteriza por vender bienes de consumo a crédito a sus consumidores y la empresa que brinda el servicio de factoring, que denominaremos de ahora en adelante factor. Estas son las partes que suscriben el contrato propiamente, sin embargo el contrato tiene como particularidad que de acuerdo con sus modalidades, conlleva en ciertos casos el protagonismo de todos los integrantes de esta actividad mercantil.³⁹

Bescos Torres señala “...la utilización de los servicios de factoring supone el distinto protagonismo de los integrantes en las actividades mercantiles a la que se adapta esta técnica y que son tres (fig 2.1)



38 Reiterando que es un termino independiente que en nada se asemeja al concepto de factor, auxiliar mercantil regulado por nuestro código de comercio.
39 Op cit. Bescos Torres p. 20-21.

En cambio sí interesa indicar que el factor puede ser definido como “ una entidad o institución que contando con recursos financieros y una estructura técnica que le permite manejar la facturación, desde la investigación de la solidez económica de los compradores hasta su recaudo por la vía judicial, ofrece los servicios de financiamiento, gestión de cobro, garantía de los créditos y otros”.⁴⁰ Es decir que el factor, es una empresa especializada con amplio conocimiento de los diferentes servicios que se puede comprometer a brindar y que en la práctica supone manejar un volumen de operaciones considerable. Por ello, se afirma, que difícilmente son personas físicas,⁴¹ por ende, los servicios son brindados por personas jurídicas, que utilizan las formas de constitución típicas de todo empresario, sociedades. Asimismo cabe agregar que como el factor entre sus servicios brinda el servicio de financiamiento, estas son sociedades financieras, que por lo general pueden estar o no organizadas en torno a bancos o instituciones financieras. Es usual por lo tanto posible sostener, que entre los grupos de interés económico financiero, tanto locales o internacionales puede una de sus entidades con cierta autonomía ofrecer todos los servicios que implica el factoring.

En Costa Rica por ejemplo hasta es permitido a las entidades bancarias propiamente

dedicarse a este tipo de funciones, el artículo 61 de la ley Organiza del Sistema Bancario Nacional dispone” Los bancos comerciales podrán efectuar operaciones de crédito y hacer inversiones para los siguientes fines...3) para la financiación de operaciones originadas enb la importación, exportación, compra venta o transporte de productos y mercaderías de fácil realización”.

Ahora bien, este financiamiento es secundario, o mejor dicho a otro nivel completamente diferente al típico crédito bancario, por ser mas oneroso, ya que no es un simple préstamo o arrendamiento de dinero

Por ultimo es necesario indicar que en vista de los servicios que ofrece el factor requiere de una estructura organizativa interna que le permita asumir con eficiencia los servicios que ofrece, por ejemplo en administración y contabilidad debe contar con el recurso humano suficiente, lo que tiene como efecto que podamos afirmar que desarrolla una actividad tipicamente mercantil con habitualidad por lo que al ajustarse a estos criterios se convierte en comerciante de conformidad con lo establecido en nuestro artículos del código de comercio.

El cliente o usuario de la empresa de factoring lo podemos caracterizar como una persona física o jurídica que se dedique dentro de sus actividades comerciales a la venta a crédito a sus consumidores. Así pues en términos

40 Op. Cit. Jinesta Lobo p. 132
41 Op. Cit. Chacon Loaiza Rolando. p. 127

muy generales podemos decir que se trate de una empresa que genere una cantidad de créditos a corto plazo significativa en el giro mercantil de sus actividades ordinarias.

La doctrina nos enseña que por lo general se trata de pequeñas o medianas empresas, puesto que por lo general las grandes empresas que tiene un buen rendimiento financiero cuentan con un estructura interna equilibrada dispone de recursos técnicos, administrativos y financieros que le permiten tener un buen manejo de los créditos que otorga la empresa.

Asimismo podemos afirmar que se trata de empresas cuyos productos se caracterizan por tener una rotación de ventas relativamente veloz, menor a cuatro meses y un precio relativamente bajo, ya que los bienes que no rotancontantafacilidadyquesonrelativamente onerosos, por lo general se venden a crédito por medio de otras figuras, como el leasing o bien exigiendo garantías personales o reales a la hora de la concesión del crédito. Otra particularidad es que debe producir bienes no perecederos “...hay que señalar que se trata de bienes no perecederos, ya que de lo contrario el Factor se vería afectado por las discusiones entre el productor y terceros, siempre mas frecuentes cuando los bienes no son perdurables, lo cual es algo que los Factores evitan cuidadosamente en su

42 Op. Cit. Garcia Cruces p. 77.
43 Op. Cit. p. 203

actuación...”⁴²

Objeto

El objeto del contrato de factoring, es simple y sencillamente la adquisición de un crédito mercantil, puesto que como señala Gherzi: “ el objeto vendido es siempre un derecho creditorio, por ello, se le asimila a la cesión de créditos. Las partes asumen en el contrato de factoring, las obligaciones de adquirir (factor) y de entregar y transferir (factoreado) los créditos que se originan normalmente y en una manera constante en el negocio del cliente por venta de sus mercaderías”.⁴³

En cuanto al objeto es importante traer a colación que estamos frente a un negocio financiero puesto que este derecho de crédito se ve analizado y tratado desde un punto de vista meramente económico mediante una relación de valor presente y valor futuro para calcular la tasa de ganancia con que pueden los actores y las partes en el presente contrato. Hablando de los intereses debemos recalcar que el objeto del contrato que los mismos no son parte esencial del contrato por lo que estamos frente a una relación jurídica distinta a los conceptos clásicos del préstamo mercantil. Por ello tenemos que el rendimiento del dinero se calcula con base en una medida financiera diferente. Aunque en algunas modalidades del factoring se habla

de intereses, estos tiene relación con los efectos de la ejecución del contrato y no con el contrato en si mismo.

Como señalamos en virtud de este contrato una empresa aumenta la capacidad de rotación de su inventario en aras de aumentar su capital circulante, es decir, de tener liquidez, por lo tanto, como indica Farina⁴⁴ la consecuencia es que la empresa factoreada puede aumentar su capacidad de concesión de crédito. La venta a crédito por lo tanto como necesidad empresarial se ve matizada por una relación comercial, que ofrece una perspectiva distinta, al empresario que por las reglas del mercado se ve obligado a otorgar a los consumidores, como un atractivo indispensable para generar ventas. Así pues sacrifica parte de su ganancia para lograr colocar su producto y tener efectivo, relación que se matiza con otras practicas comerciales típicas como el descuento por el pronto pago, o bien las rebajas que ofrecen los comerciantes cuando se paga en dinero los bienes que se compran.

Por ultimo debemos indicar que contablemente el objeto del contrato de factoring, se conoce como las cuentas por cobrar, es decir en oposición a los documentos por cobrar, por deudas de corto plazo, que no tienen por lo general ningún tipo de respaldo o garantía para su cobro y que son consideradas activos circulantes de las compañías.

Plazo y precio

El plazo y el precio son dos elementos esenciales del contrato que vamos a analizar como uno solo puesto que como veremos, tienen cercanía con uno de los principios contractuales que caracterizan al contrato de factoring. Evidentemente, el plazo y el precio son elementos esenciales y propios de todos los contratos. Sin embargo, en el factoring podemos analizarlos en conjunto y como un solo elemento, a pesar de que la doctrina promulga analizarlos por separado.

En cuanto al plazo obviamente tenemos que señalar que uno de los principios generales del Derecho es que nada es ilimitado en el tiempo. En el contrato del factoring el plazo opera de la siguiente forma; por tratarse de facturas tenemos como regla general que dichos documento tienen una vida corta, tal como nos enseña la prescripción que se le aplica a dichos documentos en nuestro Código de comercio de un año⁴⁵, tal y como nos enseña el siguiente fallo jurisprudencial “...III). el tribual discrepa de lo dicho por el a-quo en cuanto a prescripción del capital. Realmente el plazo prescriptivo es de un año y no de cuatro, como erróneamente lo indica el jugador de primera instancia. Se trat del cobro de facturas, cuya prescripción es de un año conforme lo dispone el inciso e) del artículo 984 del código de Comercio, siendo

una de las excepciones a la prescripción cuatrienal”⁴⁶ Así pues por razones practicas tenemos que el plazo del contrato del factoring no podrá extenderse a más de un año a partir del vencimiento de la facutura que le da origen al contrato, asimismo, esto implica que las entidades financieras o factores no asuman compromisos sin límites.

Así pues, tenemos que a pesar de que se trata de un contrato atípico podemos encontrar una norma que establece un plazo máximo de la contratación que tiene por efecto en una correcta interpretación del derecho limitar la autonomía de la voluntad de las partes en cuanto al término de vigencia del negocio. Claro está que este límite normativo no es impositivo, puesto que cualquier persona puede responder conforme a la reglas de la obligación natural.

Es conveniente que en los contratos de factoring se establezca un monto tope o precio máximo de créditos que puede adquirir el factor. Así pues como señala Ghersi citando a Linares Bretón: “...la conveniencia de pactar un monto tope reside en que así se evita que las entidades de factoring comprometan su liquidez y estructura comercial asumiendo obligaciones ilimitadas en razón de estos contratos...”⁴⁷.

A pesar de lo dicho anteriormente, tenemos

que resaltar que no debemos concluir que lo señalado implica que la relación jurídica sea efímera puestos que se indico supra por tratarse de la venta de mercancías que circulan rápidamente y bienes de consumo, la rotación de inventario del cliente y la concesión de nuevos créditos pueden ser objeto del contrato, ya que como se analizará dentro de las operaciones comerciales de una empresa tenemos la transmisión de derechos de crédito futuros.

En síntesis, el plazo y el precio conllevan a establecer una relación caracterizada por su duración conforme a la vigencia y duración del contrato, a pesar, de las características de los créditos cuya prescripción es de las más cortas que encontramos en nuestra legislación mercantil.

Características

La doctrina cuando analiza las características del factoring tiende a ser contrapuesta en el sentido de estudiar dichas características del contrato. Nos enseña Martorell “...en cuanto a las pautas generales del factoring —esto es a sus características más comunes, como la bilateralidad o la onerosidad- prácticamente todos los autores coinciden, ocurre precisamente lo contrario a las que atañe a su verdadera naturaleza jurídica... sin la obtención de resultados pacíficos en el

44 Op. Cit. P. 559 epígrafe de la función económica del contrato
45 Artículo 984 inciso E

46 Barrantes Jaime, y otro, Código de comerico de Csota Rica y Jurisprudencia, Medellín Colombia, 2001 p. 661 N° 153-M-Tribunal Primero civil. San José, a las ocho horas del treinta y uno de enero del año dos mil uno.
47 Op cit. Ghersi p. 2004

debate.” 48

Financiamiento

El contrato de factoring como primera característica, es que se trata de un contrato financiero, si bien parte de la doctrina, citar a Gracia Cruces y Bescos, pregona que es posible hablar de factoring sin que se utilice ele servicio de financiamiento otra parte de la doctrina sostiene lo contrario, ver Farina, Martorrel y Gherzi. Consecuentemente debemos tomar partida en este debate, afirmando que el servicio de financiamiento debe ser brindado por el factor o de lo contrario estamos frente a otro contrato. El punto esta en que sino se brinda este servicio, estaríamos frente una figura distinta puesto que los servicios de asesoría contable, administrativa y los relacionados con las gestiones de cobro, pueden ser objeto perfectamente ya sea de un contrato de asesoría o bien de consultoría, por tratarse de servicios técnico-profesionales.

Asimismo tenemos que resaltar que según nuestra opinión el punto de enganche o bien el atractivo del contrato reside en el anticipo de dinero que realiza el factor a cambio de los créditos que le ofrece el cliente. Obviamente, el atractivo de relación radica en encontrar una alternativa o bien otra forma de obtener recursos económicos líquidos, dinero, en oposición al efectivo que se obtiene por medio

de un contrato en el que el rendimiento del dinero se calcula con base en los intereses.

Por ello, la doctrina afirma que el contrato de factoring proporciona liquidez a una empresa en un nivel distinto, o bien a un segundo nivel con respecto al típico crédito bancario, para obtener efectivo. “...por que contrato de crédito y si contrato de financiación Pues, porque –si de crear un mínimo de precisión semántica se trata- cabe decir que en tanto el término de crédito implica la idea del aplazamiento o dilación de una prestación de vida, por lo común dineraria, en la palabra financiación predomina el sentido de anticipo, entendido como una cesión inmediata de disponibilidad.” 49

Consensual:

Es un contrato consensual, puesto que el contrato se convierte en ley entre las partes con la simple aceptación expresa por medio de un consentimiento válido, de cada una de las partes. El contrato se perfecciona cuando las partes expresan su consentimiento y desde ese momento, sin más, quedan estas obligadas al cumplimiento de sus prestaciones. Esto no impide que las partes puedan fijar un término inicial a partir de la cual comenzaran a producirse los efectos propios del contrato de factoring.

Bilateral:

48 Op cit Martorell p 458
49 Op cit Martorell, p. 459

El contrato de factoring es un contrato bilateral porque genera obligaciones para cada una de las partes intervinientes, reiteramos entonces las obligaciones reciprocas que nacen entre las partes en razón del objeto del contrato que son para el factor adquirir los créditos y para el cliente o factoreado transferir estos créditos al factor. Esta por decirlo de alguna forma es una obligación general o mejor dicho la principal que asumen las partes, puesto que de acuerdo con las modalidades del contrato es correcto afirmar que asumen cada una de ellas otras obligaciones fundamentales dentro de la relación jurídica que entablan. Por ejemplo, la de notificar al deudor cedido por parte del cambio de acreedor, a cargo del cliente y la de asumir el riesgo de la insolvencia del deudor en caso de no pago que corresponde al factor en el factoring según sus alcances.

Oneroso

Es evidente que por tratarse de un negocio jurídico financiero se trata de un contrato oneroso.
Formal.

Como sabemos no existe ninguna norma en nuestra legislación que exija una formalidad especial, pero al respecto coincidimos con

la doctrina que indica que la forma escrita es una característica de la contratación tendiente a la seguridad y certeza jurídica de las operaciones de naturaleza financiera y crediticia. Nuestro código procesal civil⁵⁰ requiere que se necesita para efectos de la prueba conste en un documento inscrito que tenga una cuantía superior al 10% del recurso de casación, cuando se prueban actos o convenciones. En el mismo sentido, es saludable que en el respectivo instrumento probatorio se especifique en forma clara, precisa y detallada los derechos, obligaciones y demás cualidades convenidas a razón de la falta de normas supletorias.

Atípico.

El contrato no se encuentra regulado en nuestra legislación por lo que tiene dicha característica, sin embargo, existe un proyecto de ley que lo pretende regular al cual nos referiremos más adelante.

Conmutativo

Las partes desde la celebración del contrato tienen presentes los pros y los contras que el negocio les producirá en cada uno de sus patrimonios. El contrato brinda certeza por lo tanto en relación a los efectos económicos y no es posible por ello, afirmar que el contrato sea aleatorio bajo ninguna circunstancia.

50 Ver artículo 351 del código Procesal Civil.

El riesgo financiero cuando es asumido por el factor del no pago de los deudores no depende del “aleas”. Ghersi indica al respecto “...algunos juristas entienden que cuando el factor asume el riesgo de cobrabilidad, el contrato seria aleatorio para el ya que la ventaja que aspira obtener del contrato estaría supeditada al pago, en la forma y tiempo debidos de los deudores cedidos, sin embargo esta opinión nos parece errada, ya que el factor al asumir dicho riesgo, va a deducir siempre el precio de venta de los créditos un porcentaje necesario para cubrir posibles quebrantos por créditos incobrables, razón por la cual el factor puede estimar la cuantía de sus utilidades”⁵¹

Vale la pena agregar porque alguna vez los Tribunales Italianos calificaron al contrato de factoring como un contrato de naturaleza aleatoria que en el no se transfiere una alea económica, sino que la transmisión se refiere a una transmisión normal de la empresa, razón por la cual -a mi juicio, con acierto- se excluye expresamente al factoring de su identificación o aproximación con el seguro”.⁵²

Puesto que como norma de principio cuando se concede un crédito en estas condiciones ofreciendo servicios y considerando que por lo general el factor se reserva la posibilidad de rechazar ciertas facturas se puede afirmar que el riesgo empresarial es mayor para el cliente que para el factor, ya que las leyes

de la oferta y la demanda son mas rigurosas para el cliente.

Tracto sucesivo

Los efectos del contrato de factoring se prolongan en el tiempo, las prestaciones constituyen una serie de actos jurídicos que siempre y necesariamente se prologan en el lapso de tiempo estipulado por las partes del contrato. Asimismo, podemos decir que hay un cumplimiento continuado del contrato porque en forma genérica el factor se obliga a adquirir los créditos provenientes de las ventas a plazo, ya sea, como indicamos por un tiempo o por un monto máximo por lo que se comprometen ventas futuras, lo que permite realizar proyecciones o planteamientos a corto plazo de los efectos del contrato

Intuito personae

Como indica Ghersi⁵³ las calidades de las partes son tomadas en cuenta a la hora de contratar. Como en la mayoría de los casos intervendrán personas jurídicas, estas calidades van a estar referidas a la organización, solvencia y prestigio de los entes contratantes. Esta característica no es compartida por toda la doctrina, sin embargo consideramos importante resaltarla, puesto que compartimos lo indicado por Ghersi, ya que entre las entrevistas que realizamos a personas que han suscrito contrato de

“factoring” en nuestro país, estas nos indicaron que consideran siempre la seriedad del factor a la hora de contratar con el, asi como muchos otros aspectos como el precio etc. El punto esta en que es muy sencillo para el factor no realizar las diferentes gestiones para cobrar y dirigirse simplemente en contra del cliente cuando no existe asunción del riesgo por parte del factor, por lo que una debida diligencia y seriedad en estrictamente necesaria y requerida en este contrato. Lo importante es entonces el buen nombre, el prestigio y la honorabilidad del factor, como un elemento esencial a la hora de contratar.

Por ultimo debemos agregar dos ideas con respecto a la características que señala la doctrina como contrato de adhesión y como contrato comercial, advirtiendo que el resto de características que no fueron incluidas, se debe principalmente a dos razones. La primera que en de acuerdo con nuestra opinión no son relevantes y la segunda es que no son verdaderamente características del contrato que nos permitan vislumbrar o entender cual es la naturaleza jurídica del contrato que estamos estudiando.

No compartimos la idea que se trate de un contrato de adhesión, puesto que a pesar de que este es un principio que se aplica a la contratación en masa, y por lo general a la actividad bancaria y como analizamos es posible que las entidades bancarias se den a la tarea del factoring, y esto ocurre con frecuencia en Costa Rica, tenemos que

tener presente que este contrato se presta a que las partes le den forma propia a varias cláusulas fundamentales del contrato, por ello no tiene la característica de ser un contrato de adhesión.

Asimismo reiteramos que como explicamos que una de las partes de conformidad con nuestra legislación, realiza actos de comercio, tenemos que asumir que este contrato es mercantil, o comercial tanto por su objeto como por las partes que suscriben el contrato.

Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica del contrato lo encontramos propiamente en lo que nos enseña Farina cuando la analiza diciendo “En nuestro país es un contrato atípico, pues carece de regulación legislativa. Si bien aparece como una derivación de la cesión de crédito, también es cierto que sus finalidades exceden a las de dicho contrato, otorgándole características propias. Su atipicidad legislativa radica en la falta de regulación del factoring, como figura autónoma en nuestra legislación, ya que es un contrato que persigue una finalidad económica concreta (causa) que no puede ser lograda por medio de algún otro contrato previsto en nuestro derecho positivo”⁵⁴ Compartimos plenamente lo que indica Farina, y consideramos que se aplica a cabalidad a pesar de las diferencias jurídicas al sistema jurídico costarricense. Así pues podemos afirmar que se trata de un contrato,

51 Op cit Ghersi p. 200-2001

52 Op cit Martorell p. 462

53 Op. Cit. Ghersi 201

54 Op cit. Farina p. 561

cuya naturaleza jurídica se encuentra en su finalidad económica autónoma distinta de las figuras que se le asemejan. Así pues tenemos por ende desde una perspectiva social podemos afirmar que la naturaleza jurídica del contrato de factoring la debemos encontrar tanto en la función económica como en la función social que cumple, teniendo como norte entender que es una figura independiente, ajena a nuestros contratos.

Causas de extinción

El contrato de Factoring se extingue por las siguientes causas:⁵⁵

- vencimiento del plazo expreso o tácito, convenido por las partes.
- cuando se haya fijado un monto, tope al momento de haber adquirido el factor facturas por esa cantidad.
- por muerte o incapacidad sobreviviente del factoreado que no siempre provoca la extinción; si los herederos o representantes prosiguen con la empresa con igual responsabilidad y eficiencia, el factor no tiene motivo razonable para darlo por concluido.
- Por disolución de la sociedad cliente, aunque algunos autores consideran que puede continuar durante el periodo de liquidación
- Por transmisión del fondo de comercio

- Por quiebra o concurso preventivo de cualquiera de las partes
- Por alteración de las circunstancias que se tuvieron en cuneta al contratar. Por ejemplo, si se trata de una persona de existencia ideal: su transformación, el cambio de domicilio, del objeto social, reducción del capital social etcétera
- Por la simple voluntad de una de las partes, si asi se hubiera estipulado en el contrato
- Por mutuo disenso
- Por las demás causales comunes a los contratos comerciales.

CAPÍTULO CUARTO

MODALIDADES Y PRINCIPIOS DEL CONTRATO

- Modalidades

Comoseñalamosanteriormente,elfactoringes una figura compleja que debemos caracterizar de acuerdo con las distintas modalidades que puede tener el contrato. Ahora bien, estas modalidades no son uniformes puesto que el factoring es entendido y aplicado de forma distinta en las regiones o países del mundo. De ahí lo importante que es clasificar el contrato según sus mecanismo operativos o de ejecución. ⁵⁶

La doctrina es casi unánime en clasificar el

contrato de factoring conforme a la existencia o no existencia del servicio de financiamiento. Ahora bien, como indicamos esta clasificación es inoperante puesto que si sostenemos que sin financiación no hay factoring sino que estamos frente a otro contrato (asesoría) no debemos cometer el error de delimitar o establecer una diferencia sustancial entre la financiación como servicio esencial del contrato.

La financiación atiende el contenido del contrato y da lugar a que se hable en doctrina del factoring a la vista y del factoring al vencimiento. El factoring al vencimiento sin financiamiento conlleva dos situaciones: ya sea que el factor se comprometa a pagar las facturas en la medida que los deudores las cancelen en su debido momento o bien que el factor se comprometa a pagar los créditos adquiridos al vencimiento de ellos o, en el momento acordado previamente por las partes. En esta última situación poco importa que los deudores cancelen o no sus deudas.

El factoring al vencimiento también se conoce, como nos enseña Martorel, como “maturity factoring”, “a l’échéance”, “scadenza”, o “al vencimiento”. Este tipo de factoring puede comportar financiamiento a pesar de que el pago del factor a su cliente no se realiza de contado cuando se celebra el contrato. El pago se realiza después de la fecha de

vencimiento de los créditos cedidos. Esta técnica es muy común comercialmente pero responde en la práctica comercial costarricense a la venta por consignación más que a cualquier otra figura. Es común y normal a manera de ejemplo que las corporaciones de supermercado no cancelen a sus proveedores las facturas hasta después de su fecha de vencimiento, igualmente que políticas de empresa señala cuales son los días de pago para los proveedores.

Esto quiere decir que lo lógico en esta modalidad de factoring que el factor cancele antes que el deudor del cliente acredite sus pagos y a cambio no cobra un interés sino que una comisión que se calcula ponderando los siguientes aspectos:

- las condiciones de venta;
- el monto promedio de las facturas involucradas en la operación;
- el crédito de que goza en plaza el cliente, también sus deudores;
- el monto de los créditos negociados.⁵⁷

Según la ejecución del contrato podemos hablar de dos clasificaciones o formas de factoring que dependen exclusivamente de las reglas establecidas en el ordenamiento jurídico para la transmisión de los créditos a favor del factor. Hablamos entonces del factoring con o sin notificación. El factoring

55 Sigo en este aspecto la exposición de Ghersi. Op cit p. 207

56 Op.Cit Ghersi, “...la utilidad de clasificar al contrato de factoraje según la forma en que desarrolla en los diferentes países y poder apreciar de esta manera cuáles de sus modalidades operativas son las que se adaptan más a nuestro mercado, y que ha de tomar en cuenta el legislador ante una futura regulación del contrato.”

57 Ver Martorel, Op.Cit. p. 765.

sin notificación, se utiliza indica Martorel “en aquellos países en donde predomina el deseo de guardar el secreto acerca de las formas de negociación...siendo utilizada por aquellas empresas que no desean –por diversos motivos- revelar que han transferido sus créditos comerciales a plazos.”⁵⁸

Nuestra opinión con respecto a esta extraña modalidad del contrato, en la cual la existencia del factor es confidencial, implica que los deudores continuarán pagándole al cliente sus créditos e impone como obligación la transferencia inmediata de los montos obtenidos a favor del factor. La única respuesta posible a esta técnica que como indica Rodríguez Azuero tiene como efecto que: “La utilidad del contrato se reduce en este supuesto, pues el servicio del factor se limita a cubrir los riesgos de insolvencia y a financiar eventualmente al cliente sin que otros servicios muy importantes, como veremos, quepan dentro de sus prestaciones.”, en nuestro medio, es que exista un temor dentro de la empresa de algún tipo o que se encuentre comprometida su existencia por falta de liquidez. Como sabemos jurídicamente no existe ningún impedimento a que la cesión opere en este caso inter partes, y no frente a terceros, sin embargo no logramos comprender la inteligencia de este instituto, puesto que técnicamente su ejecución se reputa difícil, ya que el riesgo que se corre el factor es grande y debe confiar mas allá de

lo normal en la cooperación y la buena fe del cliente.

El factoring con notificación, es simple y sencillamente aplicar las reglas pertinentes a la cesión de créditos, que impone nuestro ordenamiento cuando se da un cambio de acreedor. La obligación corresponde a que los clientes, deben notificar a su deudores sobre su obligación de cancelar su deuda, es decir que los efectos del pago (liberatorios) para el deudor de su prestación debida solo tendrán validez cuando el pago se realice al factor y en caso de pagar al cliente o mejor dicho a su acreedor tendrá la acción de repetición del pago, de acuerdo con la teoría clásica de las obligaciones. En este punto es importante traer a colación lo que señala Gherzi al respecto, que dice ” el factoreado debe rechazar todo pago que su cliente le pretenda hacer; si por algún motivo lo hubiese recibido tiene la obligación de remitirlo al factor”.⁵⁹ Al respecto consideramos valido el comentario de autor argentino, puesto que si hemos entendido el contrato de factoring como un contrato de colaboración empresarial, es obvio que los principios generales de la contratación, entre los cuales tenemos el deber de cooperación entre las partes y la ejecución de buena fe de las prestaciones debidas, este debe aplicarse con rigurosidad en el caso del contrato de factoring. Por ello, tenemos que compartimos la tesis de Gherzi a cabalidad.

Otra modalidad de factoring, es según sus alcances o de acuerdo con la asunción o no del riesgo de la insolvencia del deudor. Obviamente en caso de que la empresa especializada o factor asuma esta insolvencia tendrá el derecho de gestionar el cobro de la deuda, y compeler al deudor a la ejecución de la prestación debida, tanto en vía administrativa como en la judicial. Esto nos demuestra que las entidades que brindan el factoring, “al intentar cobrar el crédito, defiende antes que nada su propio interés y no un interés ajeno (al ser ella y no el empresario, quién habría de soportar las consecuencia derivadas del impago), para ilustrar de forma inequívoca la manifiesta incapacidad de un figura como el mandato o la comisión para dar cuenta de dicha situación...”⁶⁰ . Otra nota particular es que por general cuando el factor asume los riesgos de la cobrabilidad de los créditos por lo general se pacto en el contrato que se reserva el derecho de seleccionar los créditos antes de adquirirlos, pudiendo rechazar aquellos créditos que considere perniciosos. Asimismo debemos recordar que el servicio de gestión de la cartera de crédito puede incluir tanto la elaboración de los mismos por lo que es posible, que el factor rechace los créditos que hayan sido otorgados a la empresa en oposición a lo pactado como aquellos créditos otorgados en contra de las instrucciones del factor. En caso de que la empresa no asume los riesgos de la cobrabilidad, cuando estos le has sido transmitidos, debemos entender que

tendrá la acción de regreso contra el cliente y por lo general también se pacta, que el cliente garantizara el pago por lo que debe asumir frente al factor, la obligación de pagar.

En atención a la jurisdicción que le corresponde por la residencia de las partes contratantes, la doctrina nos habla de una modalidad el contrato de factoring que puede ser: *domestic factoring e international factoring*. En el primero, llamado también *factoring* interno o nacional, las empresas vendedora y compradora, es decir, la acreedora y la deudora tienen sus domicilios legales o sedes administrativas en el mismo país donde opera la empresa factora. En el segundo, por el contrario, una de las partes contratantes se encuentra fuera del territorio donde opera la empresa de *factoring*. Esta modalidad negocial presenta dos variantes en el comercio internacional, a saber: *factoring* «de exportación», en el que las empresas de *factoring* y la factorada residen en un mismo país, en tanto que los deudores cedidos en el extranjero; y el *factoring* «de importación», según el cual la empresa factorada reside en un país distinto al de la factora, por lo que decide transmitirle todos los créditos originados en su actividad empresarial que tiene contra deudores domiciliados en el país de la factora.⁶¹

Estas modalidades de factoring, que trascienden las fronteras de los países, tienen singular importancia en el comercio internacional, pues constituye una valiosa

58 Bolini Shaw y Boneo Villegas, citado por Martorel p. 466.
59 Op cit. Gherzi. p. 198

60 Op cit. Garcia de Enterría p. 125
61 Ver entre otros Boneo Villegas y Bescos Torres

herramienta para facilitar las operaciones tanto de importación como de exportación.

Para completar esta parte, conviene referirnos a otras modalidades importantes que viene adoptando el *factoring* en la actualidad, a saber: al *drop shipment factoring* o *mil agent factoring*, que es un conjunto complejo de contratos que permite a una de las partes, por lo general un empresario, pactar con un fabricante la elaboración de un determinado producto que el mismo no está en condiciones de producir, y con un factor la gestión de las ventas; al *split factoring*, que permite a dos o más empresas factoras compartir los créditos de una empresa factorada; al *split risk factoring*, que supone la existencia de una empresa factora y una factorada, pero con la peculiaridad que la insolvencia de los deudores es compartida por ambas empresas; y por último, *al factoring by exception*, conocido también como selective transfer credit, que le permite a la factora no adquirir los créditos de una manera global, sino únicamente aquellos que se encuentran vencidos y, en consecuencia, con un riesgo mayor de cobranza.⁶²

Principios aplicables al contrato de factoring

En cuanto a los principios aplicables a este

contrato, tenemos que resaltar que los principios de exclusividad y globalidad son compartidos por toda la doctrina en forma uniforme, pero que resulta interesante, seguir en este punto lo que enuncia Farina⁶³, en cuanto a los principios de contabilidad, globalidad, contratos de masa y contrato de duración, puesto que según nuestra opinión sintetiza a cabalidad los principios y además ofrece otros principios que si bien es cierto algunos de ellos son generales, son propios del contrato. Desde ahora, dejamos claro que las reflexiones y comentarios que realizamos no propias ni exclusivas del autor que seguimos.

Principio de globalidad ⁶⁴

El principio de globalidad, se da mediante acuerdo de voluntades, por lo que algunos autores como Martorell,⁶⁵ lo ubican en las cláusulas comunes del contrato. Mediante este principio el cliente de la empresa que brinda el servicio de factoring, se obliga a transmitir la totalidad de las facturas que extienda, o bien o una parte de ellos. Este principio funciona a favor del factor, que así puede jugar con la ley de probabilidades y se asegura la dispersión del riesgo. La noción es evitar que solo se le transmitan los créditos perniciosos o difíciles de cobrar.

Asimismo se plantea el problema, de la transmisión de derechos futuros, con la aplicación de este principio. El punto esta en que los créditos se van generando y se van transmitiendo dentro del giro comercial de la empresa por lo que debemos analizar si es posible en el derecho costarricense, transmitir estos derechos. García Cruces señala con exactitud lo siguiente que consideramos se aplica en Costa Rica, “ los problema que pueden plantearse en nuestro Derecho para admitir una cesión global de créditos futuros, vienen referidos a los presupuestos objetivos de tal cesión”.⁶⁶

En el derecho costarricense podemos afirmar que la regla general es la cedibilidad de todos los derechos, que se encuentren dentro del comercio y que la incesibilidad es solo excepcional y viene determinada por la ley⁶⁷, por lo que debe examinarse la naturaleza del derecho en cuestión. Sin lugar a dudas partiendo de esta premisa tenemos que buscar, una figura similar para acercarnos a este concepto, la cual es la cesión de derechos y luego analizar si en la doctrina extranjera hay alguna referencia a este principio. Desde una perspectiva meramente practica tenemos que en un contrato nacional se pacto sobre dicho aspecto, cediéndose los créditos que se generarían a futuro. ⁶⁸

La similitud entre la cesión de un derecho de crédito futuro y la cesión de un derecho litigioso. La similitud la encontramos en que tanto en la cesión de un derecho litigioso y la cesión de un derecho de crédito, es su naturaleza peculiar. En ambos no se presenta plenamente la relación cesionario-cedido. El punto esta en que en ambas figuras nos encontramos frente una relación jurídica, en la cual dicha relación, o bien esta en discusión o depende de un hecho futuro.

Así las cosas es importante citar el siguiente fallojurisprudencialquenos aclara plenamente la figura y la analogía que puede realizarse “ cita don victor “

Al respecto nos parece también correcto encontrar el sustento doctrinario para dicha afirmar que es totalmente posible realizar o comprometer dentro de un contrato un derecho futuro de crédito. García de Enterria nos enseña “.la validez de la cesión de un crédito futuro no parece pugnar en principio con el hecho de que la relación jurídica de la que surgirá el crédito en cuestión exista o no haya nacido todavía ni como la falta de determinación del deudor.....el único problema que ha de suscitar la cesión de créditos no nacidos tiene que ser el de la adecuada determinación del objeto del contrario, en el sentido de que los caracteres definitorios de los créditos afectados vengam claramente

62 Ver Gacria Cruces p. 58
63 Op cit. Farina p. 560, aunque señala otros que no compartimos
64 Tambien se conoce con el nombre de universalidad
65 Op cit. Martorell p. 466

66 Op cit. García Cruces p.124
67 Ver Baurit Diego Los contratos Traslativos del derecho Privado pgs. 58-60
68 Ver en anexos, contrato de factoraje, cláusula

determinados o, cuando menos resulten determinables sin necesidad de ningún tipo de acuerdo o convenio posterior entre las partes ”

Contratos en Masa

La empresa de factoring, necesita celebrar contrato con un número indeterminado de clientes, pues también este aspecto contribuye a disminuir el porcentaje de riesgos que conlleva esta operatoria. Aunque no se descarta la posibilidad de actuar exclusivamente para uno o dos grandes clientes.⁶⁹ La noción que encontramos es más bien, que se trata de un contrato en el cual las ofertas del servicio que existen en el mercado son sumamente amplias, es decir que tenemos en frente a una gran cantidad de empresas que solicitan y que prestan el servicio. Aquí reiteramos que Costa Rica, tenemos una cámara de empresas de factoreo.

Contrato de Duración

El tiempo es un elemento esencial en este contrato pues el factoreado se compromete

a transferir a al empresa de factoring, y ésta acepta (y por tanto queda obligada) a todas o parte de las facturas a cargo de terceros deudores; y el factor se encarga de efectuar su cobro. El factor puede reservarse la facultad de seleccionar esos créditos. Al respecto tenemos que dicha condición la encontramos en el contrato de factoraje en la cláusula xxxx que reza “....”

Puede tratarse de un periodo fijo con cláusula de prolongaciones sucesivas o bien de un periodo ilimitado con posibilidad de rescisión⁷⁰, previo aviso. Hay que tener en cuenta que, en caso de rescisión del contrato de factoring, todas las operaciones pendientes deberán ser continuada hasta su completa realización.

Contabilidad

Todas las relaciones existentes entre el factor y sus miembros son consignadas en una cuenta que funciona igual que una cuenta corriente bancaria, y es llevada por el factor, quien debe tener un informado al cliente de todas las cobranzas efectuadas.

CAPÍTULO QUINTO

FACTORING, FACTURA Y OTRAS FIGURAS

La factura

Es pertinente dedicar un espacio en este estudio, a comentar brevemente por cuestiones de orden y de lógica, en que consiste la figura de la factura. Se hace prudente iniciar tomando en consideración que la emisión de la factura es concebida como una de las obligaciones de toda persona, sea ésta física o jurídica, privada o pública, que en el desarrollo de su giro comercial venda bienes, o bien, que preste servicios. En efecto, ya se ha hecho referencia dentro del presente trabajo de que el “factoring” se practica usualmente en la pequeña y mediana empresa, en donde el giro cotidiano de sus actividades comerciales se venden bienes y/o se prestan servicios, por lo que la factura se convierte en una figura imprescindible dentro de esta tipología de relaciones jurídico-comerciales.

Ahora bien, salta a la vista que tal obligación es, por un lado, de índole tributaria, ya que la ley exige la emisión de facturas timbradas a los contribuyentes de diversos impuestos, cuyo hecho generado descansa en relación a las ventas y servicios que éstos prestan. En este orden de ideas es pertinente rescatar que dentro de su amplio ámbito involucran la enajenación de bienes corporales e incorporales, teniendo como referencia que en ciertos supuestos se cumple con el hecho generador del impuesto y en otros no. Por su parte, la factura también se comprende como un documento de naturaleza mercantil que

atiende a varias finalidades. De lo expresado hasta el momento se aprecia como primera conclusión que la falta de emisión del la factura acarrea sanciones de notable consideración para el ejercicio comercial, como sucede ante el potencial cierre del negocio. Ello puede ser constatado mediante el contenido del inciso 1) del artículo 20 de la Ley del Impuesto General sobre las Ventas, modificado mediante el artículo 26 de la Ley de Justicia Tributaria, en relación con el 86 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, el cual, en lo que acá interesa se expresa de la siguiente forma:

"Artículo 20.- Cierre del negocio

La Administración Tributaria queda facultada para ordenar el cierre de los establecimientos, por un plazo de quince días, así como para aplicar otras sanciones administrativas o penales, establecidas en el Código de Normas y Procedimientos Tributarios, con observancia del debido proceso, a aquellos contribuyentes o a sus representantes o dependientes, según sea el caso, que incurran en cualquiera de las siguientes causales:

- 1.- No emitir la factura o el comprobante, debidamente autorizado por la Administración Tributaria o no entregarlos al cliente en el mismo acto de la compra, venta o la prestación del servicio. . .”⁷¹

Dándole el seguimiento debido a la presente investigación, se aprecia que en el Código de Comercio de la República de Costa Rica (en

69 Hasta aquí seguimos textualmente a Farina

70 En este punto, tenemos que indicar que la rescisión se aplica, en el sentido impropio del termino como acuerdo de voluntades para resolver el contrato.

71 En relación con lo que dispone el artículo 3 y 4 del Reglamento sobre el Cierre de Negocios, Decreto Ejecutivo número 28926-H del 31 de agosto del 2000, publicado en el Diario Oficial “La Gaceta”, número 182 y de fecha 22 de setiembre del 2000. Asimismo, se deberá sujetar al procedimiento contenido en el Título II del referido Reglamento.

adelante Ccom), la factura aparece regulada, principal pero no exclusivamente, dentro de los artículos 77, 234, 431, 448, 460 y 854. Al respecto tenemos que decir que en este cuerpo normativo se encuentra una referencia, directa y concreta, hacia la existencia legal de la factura comercial como un documento que tiene varias características. En este sentido, es pertinente rescatar que ajustados al texto y contexto del inciso c artículo 431 del Ccom se considera que “Las obligaciones mercantiles y sus excepciones se prueban con:

c. las facturas firmados por el deudor.....”

Las facturas son un documento probatorio de la existencia de una obligación mercantil, y al mismo tiempo un comprobante de resguardo de las transacciones comerciales, por lo que se les exige a los comerciantes como obligación para documentar su contabilidad y la exigencia de que todas ellas aparezca su nombre.⁷²

Asimismo, otra de las características de las facturas es que de conformidad con el numeral 34 de la Ley de Promoción de

la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor el comerciante y el productor se encuentra con el consumidor a:

“ñ) Extender la factura o el comprobante de compra, donde conste, en forma clara, la identificación de los bienes o servicios, así como el precio efectivamente cobrado. En los casos de ventas masivas, se faculta al Ministerio de Economía, Industria y Comercio para autorizar el establecimiento de otros sistemas mediante los cuales se compruebe la compra....”

Así las cosas, se puede afirmar, sin temor a equivocarse, que en atención al contenido e interpretación de estas normas la entrega de la factura constituye en cierta medida la tradición simbólica de los bienes y servicios objeto de una venta, que es de uso cotidiano en el tráfico comercial y que atiende a la celeridad con que se realizan los negocios mercantiles.

La factura como obligación tributaria

En aras de respetar una estructura lógica

y ordena sobre la temática a tratar se debe partir de que el artículo número 31 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios hace referencia al concepto del hecho generador, del cual se extrae que entenderá por éste “al presupuesto establecido por la ley para tipificar el tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación”. Por su parte, los incisos a) y b) del artículo 32 ibídem regulan el momento en que ocurre el hecho generador al indicar que acaece:

- “a) En las situaciones de hecho, desde el momento en que se hayan realizado las circunstancias materiales necesarias para que produzca los efectos que normalmente le corresponden; y
- b) En las situaciones jurídicas, desde el momento en que estén definitivamente constituidas de conformidad con el derecho aplicable.”

El complemento del artículo en estudio se localiza en los numerales 33 y 34 del Código de Normas y procedimientos Tributarios, de los cuales se desprende que en el supuesto de que el hecho generador sea resultado de un acto jurídico condicionado, se estimará perfeccionado en el momento de su celebración, siempre y cuando que se condición sea resolutoria y, además, en el caso de ser suspensiva al se entenderá perfeccionado al producirse la condición. No

obstante, se debe tener muy presente que en si existe duda se deberá comprender que la condición es resolutoria. Finalmente, el artículo 34 ibídem establece que si el hecho generador está condicionado mediante a una disposición de rango legal, se entenderá que se encuentra perfeccionado a partir del momento de su acaecimiento y no mediante el cumplimiento de la condición.

Ahora bien, siendo de común conocimiento que la evolución y mutabilidad jurídica es una de las máximas expresiones de la democracia participativa y dinámica, se encuentra que la Ley de Justicia Tributaria, número 7535 con fecha 1 de agosto de 1995 y con su respectiva publicación en el Diario Oficial “La Gaceta” del 14 de setiembre de 1995, la cual ha venido a reformar, de manera certera y específica, el contenido del Código de Normas y Procedimientos Tributarios⁷³ y de manera general al Ordenamiento jurídico tributario en general. Para lo que acá interese existe un amplio bagaje normativa que incide, tanto directa como indirectamente, en la función de control tributario que representa la factura. En este sentido, se hace alusión al contenido del artículo 5 de la Ley número 7535, por medio de la cual se adiciona el conjunto de artículos que van del 105 al 115, concretamente la introducción del artículo 109, mismo que hace referencia a las directrices para consignar la información tributaria, el cual, en lo conducente, se expresa de la siguiente

72 Artículo 77.-
En todos los documentos, facturas, anuncios o publicaciones de la sociedad, la razón o denominación deberá ser precedida o seguida de las palabras " Sociedad de Responsabilidad Limitada ", " Limitada " o sus abreviaturas. La omisión de este requisito hará incurrir a los socios en responsabilidad solidaria e ilimitada, por los perjuicios ocasionados a terceros con tal motivo.
Artículo 234.-
Los que ejercen el comercio contraen las siguientes obligaciones:....
d) Conservar los libros de contabilidad desde que se inician hasta cuatro años después del cierre del negocio, y conservar igualmente la correspondencia, las facturas y los demás comprobantes, por un período no menor de cuatro años contados a partir de sus respectivas fechas, salvo que hubiere juicio pendiente en que esos documentos se hubieren ofrecido.... y

73 Se insiste que ello es de forma general, puesto que la Ley número 7535 ha modificado el contenido de otros cuerpos normativos como la Ley de Impuesto General sobre las Ventas y la Ley General de Aviación Civil.

forma:

"Artículo 109.- Directrices para consignar la información tributaria

La Administración Tributaria podrá establecer directrices respecto de la forma cómo deberá consignarse la información tributaria.

Asimismo, podrá exigir que los sujetos pasivos y los responsables lleven los libros, los archivos o los registros de sus negociaciones, necesarios para la fiscalización y la determinación correctas de las obligaciones tributarias y los comprobantes, como facturas, boletas u otros documentos, que faciliten la verificación. Los contribuyentes o los responsables deberán conservar los duplicados de estos documentos, por un plazo de cuatro años.

La Administración podrá exigir que los registros contables estén respaldados por los comprobantes correspondientes."⁷⁴

Dentro al vasto y complejo universo del Ordenamiento jurídico costarricense se halla

la Ley de Impuesto General sobre las Ventas y su Reglamento (en adelante LIGSV), número 6826, de fecha 8 de noviembre de 1982 y sus reformas, uno de los instrumentos jurídicos mediante el cual se consagra la función tributaria de la factura. En el artículo 3 LIGSR se regula el hecho generador,⁷⁵ y, de forma expresa y clara, establece que en la venta de mercancías éste ocurre en el momento de la **facturación** o entrega de ellas, dependiendo de un criterio de tiempo; en otras palabras, en el acto se realice de primero. Actualmente, la prestación de servicios no representa innovaciones ni variantes, debido a que a través de una reforma aplicada mediante el artículo 21 de la Ley de Justicia Tributaria (en adelante LJT), número 7535, con fecha 1 de agosto de 1995 y cuya debida publicación se efectuó en el Diario Oficial “La Gaceta”, número 175 y de fecha 14 de setiembre de 1995, se estableció que el hecho generador ocurre en el momento de la **facturación** o de la prestación del servicio, en atención a que acto se realice primero. EN efecto, la función de contralor tributario que se le atribuye a la factura se hizo aún más patente con la

74 La negrita y el subrayado no corresponde al texto original.

75 Este artículo debe ser concordado y relacionado con el artículo 3 del Reglamento a la Ley de Impuesto General sobre las Ventas, reformado a través del Decreto Ejecutivo No. 24775 de 23 de noviembre de 1995, de fecha 29 de noviembre de 1995 y cuya interpretación tácita se deriva del contenido del Decreto Ejecutivo número 30389, en el cual se indica que el impuesto tendrá como hecho generador :

a) La transferencia de dominio de mercancías nuevas o usadas, a título oneroso o gratuito, así como el arrendamiento con opción de compra, la permuta y, en general, cualquier otra forma jurídica que se adopte con la finalidad última de transferir el dominio de mercancías; todo ello con independencia de las condiciones de pago pactadas por las partes contratantes. La obligación queda perfeccionada en la fecha de la facturación o entrega de las mercancías, el acto que se realice primero.

b) La prestación remunerada o gratuita de servicios gravados, incluyendo la permuta, la dación en pago y, en general, toda contratación que tenga por fin último suministrar servicios gravados, con independencia de su designación y naturaleza jurídica, así como respecto a las condiciones de pago acordadas por las partes contratantes. La obligación queda perfeccionada en la fecha de la facturación o de la prestación del servicio, el acto que se realice primero.

modificación establecida en el artículo 21 de la LJT, que, para nuestro interés, procedo a evocar:

"Artículo 3.- Hecho generador

El hecho generador del impuesto ocurre:

- a) En la venta de mercancías, en el momento de la **facturación** o entrega de ellas, en el acto que se realice primero.
- b) En las importaciones o internaciones de mercancías en el momento de la aceptación de la póliza o del formulario aduanero, según corresponda.
- c) En la prestación de servicios, en el momento de la **facturación** o de la prestación del servicio, en el acto que se realice primero.
- d) En el uso o consumo de mercancías por parte de los contribuyentes, en la fecha en que aquellas se retiren de la empresa.
- e) En las ventas en consignación y los apartados de mercaderías, en el momento en que la mercadería queda apartada, según sea el caso."

Esta singularidad que reviste la factura se encuentra tipificada como una obligación, tanto de contribuyentes como de declarantes, puesto que bien hace el artículo 8 LGISV

en crear el deber de extender facturas o documentos equivalentes, debidamente autorizados por la Administración Tributaria⁷⁶. Asimismo, el numeral en estudio regula, vía legal, las características esenciales que deberán contener estos documentos: la consignación de su número de inscripción ante la Administración Tributaria respectiva y anotar, por separado, el precio de la venta, el impuesto correspondiente y los demás datos que se establezcan en su Reglamento. Por lo tanto, al analizar el contenido del artículo 18 del Reglamento de la Ley de Impuesto General sobre las Ventas (RLGSV), número 14082-H, se pueden extraer la mayoría de los lineamientos que regulan el contenido y la estructura de una factura:

- Redactadas en español
- Tener duplicado⁷⁷
- Nombre completo del propietario (sea persona física o jurídica)
- Número de inscripción
- Número consecutiva
- Espacio para la fecha
- Condiciones de la venta: al contado, crédito, etc.
- Nombre de la imprenta y sus datos de identificación

76 De conformidad con los principios constitucionales del debido proceso y legalidad, se tendrá que acatar el procedimiento establecido para la inscripción ante la Administración Tributario. En este sentido, se debe tomar en consideración que el mismo se encuentra regulado, principal y no exclusivamente, en los artículos 5 (Inscripción) y 6 (Constancia de la Inscripción) de la LGISV y en los numerales 11 (Inscripción) y 12 (Constancia de Inscripción) del RLGISV. De su contenido se puede extraer que la inscripción constituye lo que, en materia de Derecho administrativo, se le conoce como una autorización debido a que nos encontramos frente a un derecho subjetivo preconstituido, como en el caso de la licencia de conducir o el permiso municipal de construcción.

77 El original se debe entregar al comprador y la copia será el documento que ampare el correspondiente asiento contable. En las ventas que sean al crédito, ya sea en consignación y apartados de mercaderías, el original de la factura o su comprobante quedará en poder del vendedor hasta su cancelación.

- Fecha de emisión
- Nombre completo del comprador (sea persona física o jurídica)
- Número de cédula de identidad o jurídica, siempre y cuando el comprador sea contribuyente del impuesto
- Detalle de la mercancía transferida o naturaleza del servicio prestado, precio unitario y monto de la operación expresada en moneda nacional
- Descuentos concedidos, con su naturaleza y monto
- Subtotal
- Monto del impuesto selectivo del consumo⁷⁸
- El valor de los servicios prestados⁷⁹
- El valor de las mercancías incorporados en la prestación del servicio⁸⁰
- Precio neto de la venta (sin impuesto)
- Monto del impuesto⁸¹
- Valor total de la factura (16 + 17)

Por su parte, el artículo 11 de la LGISV regula lo concerniente a la base imponible en ventas de mercancías, de donde se extrae que no formarán parte de la base imponible:

“a) Los descuentos aceptados en las prácticas comerciales, siempre que sean usuales y generales y se consignent por separado del precio de

- venta en la **factura** respectiva.
- b) El valor de los servicios que se presten con motivo de las ventas de mercancías gravadas, siempre que sean suministradas por terceras personas y se **facturen** y contabilicen por separado.
- c) Los gastos que se **facturen** y contabilicen por separado”⁸²

Finalmente, se pueden apreciar otras que respaldan lo argumentado hasta el momento, como bien se puede extraer del último párrafo del artículo 14, reformado mediante el 25 de la LJT, que el crédito fiscal por compras locales deberá estar respaldado mediante **facturas** o comprobantes debidamente autorizados por la Administración Tributaria. No obstante, es de imperiosa necesidad indicar que el artículo 29 LIGSV determina que los contribuyentes que se adhieran al régimen de tributación simplificada, establecida en el numeral 27 siguientes y concordantes del referido cuerpo normativo no están obligados a otorgar **facturas** por sus ventas, pero si a exigírselas a sus proveedores. En este mismo sentido se expresa el artículo 76 de la Ley del Impuesto sobre la Renta al disponer que:

“Artículo 76.- No obligatoriedad de emitir facturas.

78 Ello se presenta en el caso que el vendedor sea también contribuyente del indicado impuesto y el monto de cualquier otro tributo que recaiga sobre mercancías o servicios gravados.

79 Se debe separar los gravados de los exentos, con motivo de la venta de mercancías o servicios gravados.

80 En este caso también se deberá proceder a separar los servicios gravados de los exentos.

81 Para lo cual se debe proceder a indicar el monto del precio neto de venta con indicación del “impuesto de Ventas” o las siglas “IVA”.

82 El contenido de este numeral fue modificado mediante el artículo 24 de la Ley de Justicia Tributaria.

Los contribuyentes acogidos a estos regímenes no estarán obligados a emitir **facturas** por las ventas que realicen, pero sí a solicitarlas a sus proveedores.”⁸³

La factura como título de crédito

Ahora bien no queda mas que considerar como indica Marre Velasco, refiriéndose a la factura “ la existencia de este documento en el comercio de bienes y servicios nos permite cuestionarnos respecto de su valor como título de crédito susceptible de circulación cambiaria, y determinar así su utilización en el factoring”. ⁸⁴

En Costa Rica, las facturas, revisten de la calidad de titulo ejecutivo, por eso podemos decir que como el contrato de factoring opera sobre la base de las transferencia de créditos, que pueden ser ejecutadas en vía judicial. La ejecutividad de un título en nuestro sistema viene determinada por la ley⁸⁵, así pues en el código procesal civil⁸⁶ se señala con exactitud que la factura es un título de ejecutivo. El legislador por lo tanto, le concede a estos títulos, el privilegio del proceso sumario, exigiendo una serie de requisitos a estos documentos, para que tengan fuerza ejecutiva.

El punto esta entonces en analizar que requisitos debe cumplir la factura para ser considerada un título de crédito exigible ante los tribunales de justicia, puesto que de lo contrario el factor tendría una garantía superflua y poco útil. La factura debe cumplir por ello con lo indicado el código de comercio, puesto que de no contener estos requisitos o bien por haberlos omitido alguno de ellos, el efecto que se produce es la in ejecutividad del título. Para que una factura tenga fuerza ejecutiva nos indica el artículo 460, es que en el documento debe constar la firma del deudor. Por ello tenemos que es un documento como reza la norma que tiene una presunción *iuris tantum* de que las firmas que se insertan en esta son autenticas, y que responde por el monto en descubierto que en ellas se consigna.

Asimismo debemos integrar dicha norma con lo que se indicó que se exige en la Ley de la Promoción de la competencia y Defensa Efectiva del Consumidor en cuanto al contenido de la factura, tal y como nos enseña la siguiente cita jurisprudencial. “Como base del proceso ejecutivo se aporta una copia fotostática de factura numero....del dieciocho de julio del dos mil, en la que se indica que

83 Es necesario rescatar que el artículo bajo examen ha sido adicionado mediante la Ley de Ajuste Tributario, número 7543, con fecha 14 de setiembre de 1995; además, es prudente tomar en consideración que la constitucionalidad del mismo se encuentra cuestionada mediante la Acción de Inconstitucionalidad número 99-002020-007-CO. B.J# 184 de 22 de setiembre de 1999

84 Op Cit. Marre Velasco p. 128

85 Parajeles, Vinda Gerardo. Curso de Derecho Procesal Civil. Volumen II. San José, Costa Rica, 1998 p. 28

86 El Artículo 440 del CPC reza :

es por concepto”avacne de ocho órdenes de cambio, detalle adjunto”. Sin embargo no se aporta ese detalle. El a-quo previno a la actora el aporte de la factura original y el detalle que en ella se indica, y la parte actora responde que no cuenta con la factura original porque se la dejó a la deudora para el trámite de pago. Al no cumplir con lo prevenido se declara inadmisble la demanda, lo que es correcto. Es necesario el título o documento original, para evitar un doble cobro. Sostiene el apelante que la copia aportada tiene firma original del deudor, pero eso no basta para cumplir el requisito dicho, además tampoco se cumplió con el aporte del que menciona el documento para establecer si se tara de factura de compraventa mercantil”

La factura como título de crédito

Ahora bien no queda mas que considerar como indica Marre Velasco, refiriéndose a la factura “ la existencia de este documento en el comercio de bienes y servicios nos permite cuestionarnos respecto de su valor como título de crédito susceptible de circulación cambiaria, y determinar así su utilización en el factoring”.⁸⁷

En Costa Rica, las facturas, revisten de la calidad de titulo ejecutivo, por eso podemos decir que como el contrato de factoring opera sobre la base de las transferencia

de créditos, que pueden ser ejecutadas en vía judicial. La ejecutividad de un título en nuestro sistema viene determinada por la ley⁸⁸, así pues en el código procesal civil⁸⁹ se señala con exactitud que la factura es un título de ejecutivo. El legislador por lo tanto, le concede a estos títulos, el privilegio del proceso sumario, exigiendo una serie de requisitos a estos documentos, para que tengan fuerza ejecutiva.

El punto esta entonces en analizar que requisitos debe cumplir la factura para ser considerada un título de crédito exigible ante los tribunales de justicia, puesto que de lo contrario el factor tendría una garantía superflua y poco útil. La factura debe cumplir por ello con lo indicado el código de comercio, puesto que de no contener estos requisitos o bien por haberlos omitido alguno de ellos, el efecto que se produce es la in ejecutividad del título. Para que uan factura tenga fuerza ejecutiva nos indica el artículo 460, es que en el documento debe constar la firma del deudor. Por ello tenemos que es un documento como reza la norma que tiene una presunción iuris tantum de que las firmas que se insertan en esta son autenticas, y que responde por el monto en descubierto que en ellas se consigna.

Asimismo debemos integrar dicha norma con lo que se indicó que se exige en la Ley de

la Promoción de la competencia y Defensa Efectiva del Consumidor en cuanto al contenido de la factura, tal y como nos enseña la siguiente cita jurisprudencial. “ Como base del proceso ejecutivo se aporta una copia fotostática de factura numero....del dieciocho de julio del dos mil, en la que se indica que es por concepto”avance de ocho órdenes de cambio, detalle adjunto”. Sin embargo no se aporta ese detalle. El a-quo previno a la actora el aporte de la factura original y el detalle que en ella se indica, y la parte actora responde que no cuenta con la factura original porque se la dejó a la deudora para el trámite de pago. Al no cumplir con lo prevenido se declara inadmisble la demanda, lo que es correcto. Es necesario el título o documento original, para evitar un doble cobro. Sostiene el apelante que la copia aportada tiene firma original del deudor, pero eso no basta para cumplir el requisito dicho, además tampoco se cumplió con el aporte del detalla que menciona el documento para establecer si se tara de factura de compraventa mercantil”

Relación con otros contratos

Es importante, que podamos distinguir el factoring de otras figuras jurídicas que se le asemejan, que forman parte del contrato y que en pocas palabras sirven como mecanismos para la transferencia de créditos. El punto esta en que no sólo, el contrato de factoring, tiene

como objeto la transmisión de un derecho de crédito sino que también otras figuras contractuales.

Así pues nos concentraremos por una cuestión de orden en las dos figuras que tienen, según nuestra opinión un punto de contacto esencial al tenor de la practica jurídica costarricense con la figura, sin detrimento de otras modalidades de mercantiles que existen, pero que solo se mencionaran brevemente. La cesión de derechos y la operación de descuento son pues, las figuras que detallaremos.

El contrato de cesión es la figura general, o mejor dicho el eje central de toda enajenación de un derecho. Al respecto, en nuestro país tenemos que resaltar que se caracteriza por ser un contrato cuya característica principal es que tiene un efecto traslativo de dominio. La cesión como enseña Diego Baudrit,⁹⁰ tiene en nuestro derecho como nota distinta de otros ordenamientos jurídicos el rango de contrato nominado⁹¹ a diferencia de otras sistemas en lo que sólo es la causa de trasmisión de un derecho. Entonces cuando la doctrina extranjera habla de “cesión de créditos” o “cesión de deudas”, en el ordenamiento jurídico costarricense estamos frente al contrato de cesión.

Hecha esta aclaración tenemos que como condiciones para que exista una cesión,

87 Op Cit. Mare Velasco p. 128
88 Parajeles, Vindas Gerardo. Curso de Derecho Procesal Civil. Volumen II. San jose Costa Rica, 1998 p. 28
89 Ver el artículo 440 del CPC

90 En esta parte sigo la exposición sobre la cesión que realiza Don Diego Baudrit en su obra los contratos traslativos de dominio del derecho, en líneas generales p 57 a 71. San José Costa Rica. 2000. Sin ser un copia textual del mismo, por lo que se citara textualmente en lo pertinente.
91 La cesión se encuentra regulada en el artículo 1101 y siguientes del Código Civil.

entendida como un contrato por medio del cual un acreedor transfiere su crédito a un tercero, permaneciendo el deudor como sujeto al contrato nuevo, pero involucrado en la relación jurídica que se crea. En cuanto a las regulaciones normativas para que tenga efectos de la cesión debemos indicar que el título IV del cogió Civil, en su capítulo segundo se dedica a la cesión de créditos artículos 1104 y siguientes. Así pues tenemos que una de las condiciones generales de la cesión para que opere frente al deudor que viene de una relación jurídica primaria y frente a terceros es hacerles saber la transmisión del crédito. Es decir que se impone la obligación de notificar al deudor.⁹²

Consecuentemente, podemos decir que este es un extremo evidente del contrato, que impone una condición para que opere por lo que al respecto nos parece importante citar el siguiente fallo, de la Sala Primera, de la Corte Suprema de Justicia, sobre el significado de la notificación en el contrato de cesión, “..... VI... Don Alberto Brenes Córdoba nos aclara, por otra parte, que el término notificación que emplea el artículo 1104 del Código Civil, no tiene el sentido especial que asume las actuaciones judiciales significa dice este autor el hecho de dar al deudor noticia de la cesión,

privadamente o por medio de funcionario público capacitado al efecto. Así el cedente como el cesionario pueden practicar esta diligencia de palabra o por escrito, pero de cualquier modo que lo hicieren conviene que se obtenga constancia del acto, de manera que sea fácil comprobarlo en caso necesario con determinación precisa de la fecha en que se verifique...Sobre este mismo tópico el tratadista colombiano José Alejandro Bonivento Fernández nos dice con la litis contestación con el cesionario, por parte, o sea, cuando se traba la relación jurídico procesal entre el cesionario titular del crédito y el deudor sin que este excepcione o interponga medios de defensa en desconocimiento de la cesión y se tramite el proceso como una excepción normal del proceso, hace presumir, tácitamente, que el deudor ha aceptado esa transmisión del crédito y reconoce al cesionario como acreedor...”⁹³

Al respecto debemos agregar que la notificación del deudor cedido no es un elemento que afecte la eficacia del contrato con respecto a terceros y no un requisito para la creación del vínculo jurídico entre el cedente y el cesionario, por lo que es posible como indicamos que tenga efectos la modalidad del factoring sin notificación.

92 Al respecto ver en anexos, regulación y definición de la transmisión de créditos en Costa Rica, en documento de la Cámara Costarricense de Factores, cuando explica el contrato de factoreo y también la cláusulas del contrato de cesión de facturas, que se adjunta.

93 N°182. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José, a las quince horas cuarenta minutos del dieciséis de octubre de mil novecientos noventa y uno Barrantes Jaime y otro, Código Civil De costa Rica y jurisprudencia p. 8444

Otra de la características primordiales del contrato de cesión en el derecho costarricense y que según nuestra opinión y la de toda la doctrina es que la cesión en Costa Rica puede ser gratuita u onerosa, en cambio el contrato de factoring, siempre es oneroso. Distinción que opera a nivel de los elementos del contrato como indicamos. Por ello, aplicando el derecho costarricense tenemos que la cesión que nos interesa es la cesión onerosa, en la cual “el cesionario debe una contraprestación por el traspaso del derecho involucrado en el acuerdo. Esta contraprestación puede ser un precio, otro derecho o la cancelación de una deuda. Se estaría entonces, frente a una venta, una permuta o una dación en pago, según sea el caso.”⁹⁴ Esta es otra de las diferencias entre la cesión y el factoring, puesto que en el factoring, la transmisión del crédito siempre es a cambio de un precio, es decir una venta.

Uno de los puntos de coincidencia es que los efectos de la cesión, que como hemos visto es un contrato más general que el factoring, la encontramos en sus efectos. Tanto en el contrato de cesión como en el contrato de factoring, el efecto buscado, el interés jurídico de las partes, es la trasmisión de un derecho, del cliente al factor y del cedente al cesionario, respectivamente. Ahora bien, es importante aclarar en este momento que a pesar de que los efectos son idénticos, la diferencia entre

ambas figuras esta en que el contrato de cesión tiene efectos instantáneos y que el contrato de factoring por sus características es un contrato de ejecución diferida o de tracto sucesivo por lo que se configuran varias cesiones.

En cuanto a la garantía, tanto en la cesión como en el contrato de factoring, encontramos ciertas similitudes y diferencias, que surgen de las diferentes modalidades que pueden adoptar ambos contratos. Como regla general tenemos que en los dos existe la obligación de garantizar la existencia y legitimidad de los transmitido. Pero que de acuerdo con la voluntad de las partes, se puede pactar o no la asunción del riesgo por el no pago, de forma diferente.

Otro punto importante y necesario de abarcar es con respecto a la cesión es que la diferencia primordial es el interés práctico de ambos institutos es distinto, a pesar de que en ambos uno de los intereses jurídicos es la necesidad de dinero, el otro es totalmente distinto. En el factoring, la ayuda a la empresa para canalizar su energía a cumplir sus objetivos, despreocupándose del cobro de las deudas. Y para finalizar tenemos que en el factoring, el factor se obliga, además de pagar el precio, a la prestación de varios servicios de diversa índole, que ya hemos explicado. La relación que existe en Costa Rica, entre la operación de descuento y el factoreo o

94 Op cit. Baurit, Diego p. 61

facturaje, a diferencia con el factoring. Tanto el descuento de facturas como el contrato de factoring, tienen como objetivo brindar una forma de financiamiento a la empresas, que venden sus productos a crédito. Esta necesidad de financiamiento, como se explico, funciona de manera diferente a las formas clásicas de financiamiento bancario.

El descuento “ es un contrato de prestación colateral, en virtud del cual una de las partes (descontante) se obliga con la otra (descontado) a pagarle el importe de un crédito pecuniario que esta parte posee contra un tercero antes de que aquel haya vencido, a cambio de la transmisión del mismo crédito, con lo que la liberación del descontado queda subordinada al buen fin del crédito cedido”⁹⁵

La diferencia primordial entonces entre la operación de descuento bancario y el factoring, es que como indica Ghersi⁹⁶ citando a Linares Breton que en el factoring hay una venta lisa y llana de los créditos otorgados por las empresas comerciales en razón de la venta de sus productos. De manera que, siendo una venta, el factoreado no se constituye en deudor del factor y, a su vez, deja de ser acreedor del deudor cedido. En la operación de descuento en cambio, el cedente se constituye en deudor del banco, mientras el deudor cedido no haya satisfecho el crédito; son ambos solidariamente responsables. Así

pues tenemos una condición, que impone que la liberación del cliente, por la deuda, solo se da en caso de buen cobro o pago del deudor, por lo tanto poco importara a un descontante poco diligente esforzarse en conseguir el pago del deudor, ya que puede dirigirse fácilmente en contra del descontado, con una mejor garantía, como veremos.

Asimismo es importante traer a colación, lo dicho por una entrevistada que suscribió un contrato de descuento con una banco en Costa Rica, que indico “ el banco se ocupa poco de cobrar y hay que estar vigilante, tanto de que realicen las gestiones de cobro, como de que no lo obliguen a pagar dos veces una misma factura, a la hora de finalizar la relación, mi experiencia fue desastrosa, ya que tuve que dedicarme a verificar los archivos del banco y a preguntar a mis clientes si habían cancelado...”⁹⁷

Al igual que nos lo hizo saber otra persona que suscribió un contrato de descuento de facturas, con una entidad especializada en este tipo de negocio, que indicó “...el contrato funciono a la perfección y nunca tuve ningún problema, porque solo descontaba las facturas de una licitación que se me había adjudicado mi empresa...”⁹⁸ Por decirlo de alguna manera, en el descuento hay una doble garantía, que en realidad es

95 Op cit. Jinesta Lobo p. 583
96 Op cit. p.202
97 Entrevista a la señora Gabriela Rossi, en fecha dieciséis de mayo, de la empresa Productos de Aromaterapia.
98 Entrevista con el señor Luis Guillermo Bedoya, en fecha veinte de mayo, de la empresa construcciones BECA S.A.

una sola, puesto que el descontado garantiza la solvencia del deudor y también responde por el no pago de este ultimo. Esta estructura, tiene gran asidero en la practica comercial costarricense, como se puede observar en los anexos, en un contrato denominado de facturaje, el cliente de la empresa que se supone que brinda el servicio de factoreo, pone a responder bajo este esquema no solo a la empresa sino que también al representante legal de esta en forma personal, mediante la suscripción de una letra de cambio⁹⁹, al igual que en el contrato de descuento, en el cual la única diferencia con el contrato de factoraje es que no se suscribe un título cambiario adicional como respaldo de la deuda.¹⁰⁰

Otra de las diferencia es que en la doctrina se dice que el contrato de descuento tiene por objeto un título de crédito distinto, un título cambiario, pero esta diferencia es solo doctrinal ya que “primero se ha dicho en doctrina, aunque la práctica ha admitido usos en contrario, que el descuento versa únicamente sobre títulos cambiarios, y no sobre facturas comerciales.”¹⁰¹ Así pues vemos como indicamos que en estos contratos cuando en lo que no siempre se utilizan títulos cambiarios, cuando no es así una de las partes impone a la otra la solidaria cambiaria, porque las garantías que exigen las entidades tiene el mismo efecto que es mantener una relación jurídica solidaria,

en la que se pueden dirigir tanto contra el descontado como contra el obligado, sin ser posible oponer ninguna excepción de previa demostración del no pago del deudor.

Otra diferencia importante entre ambas figuras es que el descuento no implica exclusividad alguna, por lo que no es un contrato cuya característica sea la relación personal, y en el contrato de factoring si la hay, como explicamos. El cliente puede suscribir un contrato con cualquier empresa que preste el servicio, sin que se involucre o distinga ningún tipo de deber o principio, lo cual es diferente en el factoring, por el principio de globalidad ya explicado.

Asimismo tenemos que indicar que la operación de descuento de facturas, solo es posible que opere solo con respecto a créditos existentes y no con respecto a créditos futuros, por lo que tenemos claro que no implica una relación de duración en el tiempo.

Ahora bien es importante ver cuales son los requisitos que se le exigen a la empresas costarricense que tienen interés en celebrar un contrato de descuento de facturas, con los que veremos con claridad que se le exigen los estados financieros de una empresa, por lo que esta puede ser una de las razones por las cuales se confunde en la practica forense con el factoring.

99 Ver en anexos, contrato de factoraje, cláusula.
100 Idem, contrato de descuento de facturas, cláusula.
101 Op cit Chacon Loaiza p. 120

En Costa Rica, por ejemplo, la Financiera Desyfin exige los siguientes requisitos mínimos para el descuento de una factura:¹⁰²

- (Formulario suministrado por el banco).
- Certificación de ingreso en caso de los fiadores.

- Personería jurídica original de la compañía (vigente).
 - Estados financieros recientes.
 - Fotocopia de la cédula jurídica.
 - Fotocopia de la cédula del apoderado generalísimo.
 - Copia de la declaración del impuesto de renta.
 - Copia de acta constitutiva.
 - Completar la solicitud de crédito.
- Aunado a lo anterior podemos rematar diciendo que el contrato de descuento no es un contrato consensual sino que real , por los efectos que tiene entre las partes por ello no tenemos ninguna duda en afirmar que se trata de otra figura mercantil distinta y con características propias.

En el mismo sentido , el Banco Interfín, S.A. solicita los siguientes requisitos:¹⁰³

- Copia de escritura de constitución.
- Copia de cédula jurídica.
- Personería reciente (Máximo dos meses de emitida).
- Copia de cédula del representante legal y de los fiadores.
- Estados financieros de los dos últimos períodos fiscales y un corte reciente con un máximo de tres meses (balance de situación y estado de ganancias y pérdidas).
- Listado de clientes a descontar.
- Detalle de pasivos de corto plazo.
- Formulario de grupo de interés económico

Para finalizar, tenemos que ser claros en que en la practica costarricense existen otras figuras, que los comerciantes denominan como crédito o anticipo en el punto de venta, que se aplica en los casos de ventas por consignación, cuando el vendedor adelante el pago al productor.¹⁰⁴

También se ha dicho que tiene similitud con el mandato y el contrato de comisión, pero con respecto a estos las diferencias son clarísimas puesto que dichos contratos, tienen como razón de ser la representación y no el financiamiento, por lo que no nos interesan para esta investigación.

Así las cosas volvemos al punto primordial, que no es otro que el factor se obliga a la prestación se servicios adicionales al financiamiento, de asistencia técnica y administrativa, por lo que

esta es sin lugar a dudas como se menciona su nota característica.

CAPÍTULO SEXTO

UN VERDADERO CONTRATO DE FACTORING

El proyecto de ley¹⁰⁵

En el caso bajo estudio, es importante retomar en este momento la existencia del proyecto de ley número 14687, que adiciona el código de comercio y regula el contrato de factoring, bajo la denominación de contrato de factoreo. Así pues consideramos oportuno analizar el proyecto partiendo de sus objetivos, con el fin de enjuiciarlo tal y como se menciono anteriormente.

“Por lo tanto, el objetivo de este proyecto de ley es regular la parte sustantiva del contrato de factoreo, de que adolece el sistema jurídico costarricense. Los principales aspectos que se norman en el proyecto son:

- Se introduce el concepto de factura cambiaria que consiste en emitir la factura original por duplicado, con el fin de que el segundo original denominado -factura cambiaria- sea objeto de negociación. Esto se justifica por el hecho de que una de las situaciones que más dificultades ha generado en la

práctica, es la inseguridad jurídica en que se encuentran las empresas de factoring para ser reconocidas, pacíficamente, por terceros, como legítimos titulares de los créditos que le son traspasados por sus clientes.

- Se regulan otros aspectos relativos a las características de las facturas, obligaciones y atribuciones del factor, contratante y deudor, así como la extinción del contrato de factoreo.
- Por último, se incluye una reforma al artículo 460 del Código de Comercio, cuyo objetivo es dotar a la factura de la característica de ser un título ejecutivo transmisible por endoso y consecuentemente, goce del régimen de transmisión establecido.

Con fundamento en lo expuesto, sometemos al conocimiento de los señores diputados el presente proyecto de ley.”

La lectura de los objetivos del proyecto nos demuestra que dicho proyecto, nos demuestra la confusión del factoring, con otra figura comercial que es el descuento de facturas. Así pues, no hace mas de desnaturalizar el factoring por completo, creando el contrato de factoreo para poder aplicarlo como una operación de descuento de facturas normal y totalmente típica. En esencia, este concepto de la factura cambiaria, es totalmente, opuesto a lo que se debe entender por factoring.

102 www.desyfin.fi.cr
103 www.interfin.fi.cr
104 Idem entrevista con Gabriela Rossi

105 Ver anexos

Así pues consideramos que no es necesario explicarlo porque ni tan siquiera toca los servicios que dan lugar a entender el factoring como un contrato con una naturaleza jurídica autónoma. En pocas palabras, se trata de un equino iruis, que ha sido propuesto por el legislador y que no esperamos no sea nunca ley de la república.

Al respecto debemos indicar que don Jaime Barrantes comparte el mismo criterio que nosotros, y considera que se trata realmente de una regulación del descuento de facturas, tropicalizado con mal gusto.¹⁰⁶

Obligaciones de las partes

Las obligaciones de las partes en el contrato de factoring, han sido expuestas de manera correcta y sintética, por Rodríguez Azuero¹⁰⁷, por lo que nos parece correcto seguirlo plenamente en su exposición y agregar notas y comentarios a la misma, ya que indica que en su exposición se limita a estudiar las que surgen del contrato según el cual el factor se obliga a recibir y pagar las facturas que correspondan a pedidos de clientes previamente aprobados y sin que exista recursos contra el cliente, sino con la plena asunción del riesgo financiero por sus parte. Esta decisión la tomamos por su

finalidad práctica en relación con las practicas comerciales costarricenses en las cuales hemos logrado determinar que no existe por parte del factor asunción del riesgo.

Antes de iniciar debemos advertir que tanto las obligaciones del factor como del cliente, dependerán de cada modalidad del contrato en forma particular, por ende de los servicios prestados por la entidad pueden ser tantas como el número de servicios que se compromete a brindar.

Obligaciones del Factor

Pagar el precio

Dentro del esquema señalado, el factor tiene como primera obligación pagar el precio de las facturas no vencidas en el momento en que le sean presentadas, en cuyo caso cobrará como contraprestación una tase de interés, o en el momento de su vencimiento, si esa es la modalidad convenida. El precio será función dela valor mismos de los créditos, menos la deducción hecha por el pago de sus servicios.

La suma entregada puede verse reducida también por un determinado porcentaje convenido entre las partes; cuando no hay garantía de crédito para cubrir por adelantado parte de los eventuales impagos por parte de

los deudores y aun cuando hay, en el caso de que se haya establecido que sólo cubre una parte del valor de las facturas. En este supuesto el porcentaje sería una especie de deducible destinado a que el cliente asuma parte del riesgo financiero, que le será abonado en cuenta a mediada que los deudores vayan pagando los créditos respectivos y que perderá en caso contrario. Pero la formula que refleja mejor la naturaleza del contrato esta relacionado con el estudio histórico del comportamiento de la cartera, pues el costo financiero de la que en largos periodos corresponda a los castigos o impagos definitivos, así como el que pueda imputarse a la morosidad o tardanza promedio con la cual se produzca una parte de los pagos y que no cupiere recuperarse cobrando un interés moratorio, serán considerados para estimar los puntos adicionales que el factor cobrará para compensar el riesgo conocido o estimado que asume en su cabeza.

Asumir el riesgo financiero

Esto significa que el factor tiene como segunda obligación la de asumir el riesgo financiero, renunciando a los recursos que pudiera tener contra su cliente. Es sin lugar a dudas el eje central, es decir que el cliente no garantiza la solvencia del deudor, por lo que en caso de que se instaure una acción ejecutiva en contra del deudor, el cliente no podrá ser demandado por el factor. En este campo entran en juego las leyes de la probabilidad, con respecto a la capacidad de pago de los consumidores del cliente, que sin

lugar a dudas da lugar a un estudio previo de la cartera de deudas que se transmiten.

Lo correcto, en sano y buen derecho sería decir que no es una obligación sino que una consecuencia de la compra sin recurso contra el cliente, pero que no excluye en ningún momento las reclamaciones por los vicios ocultos o por hechos de terceros con pretendidos mejores derechos, por los que siempre debe responder el cliente, al igual que por el deber de garantía o devolución de la mercancía.

Recuperar el crédito dentro de ciertas normas

Si bien es cierto que al actuar como propietario tiene el derecho a cobrar por todos los medios las sumas debidas, en los contratos de factoring puede pactarse que, en ciertos caso y respecto a determinados clientes, el factor, antes de ejercitar una acción judicial, consulte con el cliente, la cual podrá, si lo estima conveniente, rembolsar al factor la suma correspondiente y recibir en retorno la factura y encargarse este del cobro. La razón de esta cláusula es que en casos excepcionales, frente a clientes de mucha importancia, el cliente puede preferir manejar este el no pago, y evitar que un tercero embargue a la empresa que no ha cancelado, puesto que esto tendría consecuencias

106 Entrevista al Mba. Jaime Barrantes efectuada el día diecisiete de mayo
107 Op cit pgs.675 a 679, no se trata de una copia textual de todo lo indicado por el autor, pero si hay párrafos que son una copia textual.

funestas para la relación comercial. En este punto es importante resaltar que para efectos de prueba es necesario que conste el contrato en un documento con suficiente fuerza probatoria, suscrito entre las partes.

Obligaciones del cliente

Consultar la totalidad de los pedidos

Como hay asunción del riesgo por parte del factor, es necesario que este tenga instrumentos suficientes para poder tener los elementos de juicio necesarios para poder defenderse en caso de un abuso del cliente. Entre estos, el estudio de los pedidos que son formulados a su cliente para que, sólo con su aprobación, puedan enviarse las facturas sin recurso, que nos interesan y que dicha práctica se utiliza también en los contratos en que el factor si tiene recurso contra el cliente, como hemos indicado. Así pues, se desarrolla una relación en la cual, el cliente se obliga a consultar la totalidad de sus pedidos, entonces obtiene lienas de crédito para sus clientes, de manera que las facturas que envíe se encuentren siempre cubiertas por la autorización general o especifica del factor, para evitarse su rechazo. Así pues tenemos que el servicio de gestión de la cartera de deudores deviene primordial, puesto que una aprobación previa de los formularios en que se emiten, conllevara una pre-aprobación del factor.

Enviar la totalidad de facturas

Este es el principio de globalidad, que no es otra cosa que someter la totalidad de los créditos solicitados y probados al factor, sin derecho de reservarse algunos. Lo que se busca como se indico es que en un momento dado el cliente solo envíe al factor los pedidos que estima de algún riesgo, reservándose para sí y asumiendo el cobro en forma directa los pedidos que se pagan de contado o en los cuales el crédito es muy seguro, porque puede depender de pedidos que se pagan después por políticas de pago de las empresas. Se trata en síntesis, de evitar una selección negativa del riesgo deja en manos del cliente que resultaría ruinosa para el factor.

Garantizar la existencia del crédito

Si bien la modalidad del contrato que estudiamos, que consideramos la mas típica y propia de una verdadera concepción del factoring, en la cual el cliente no garantiza las solvencia del deudor y es por ello que el factor asume el riesgo de crédito, no menos cierto es que el cliente tiene la obligación de garantizar la existencia del crédito, que surge de haber hecho el despacho y obtenido recibo a satisfacción del deudor, o sea, sin reclamo de parte suya. Por consiguiente, si se hizo entrega en tiempo y si de esa entrega aparece una conformidad expresada por el deudor, no resulta difícil para el cliente garantizar que el crédito existe. Pero si así, no fuese, si las mercancías hubiesen sido rechazadas por el deudor de inmediato o más adelante y el crédito no hubiese nacido claro e indiscutible, el factor estaría autorizado a reversar la

operación. Acá debemos recordar por un lado lo dicho sobre el tipo de mercancías que son utilizadas en el factoring, generalmente, y también la garantía como un derecho que nace de la protección del consumidor. Otro punto, es que si a sabiendas de ello, el cliente con mala fe envía las facturas al factor, o bien no reserva la situación en caso de que el consumidor exija la garantía, estaríamos frente un desequilibrio en las prestaciones debidas, que puede dar lugar a dar por terminado el contrato.

Por ello, tenemos que tener claro que una cosa es la asunción del riesgo que se transfiere al factor y otra la garantía sobre la realidad de la operación comercial, de la cual nunca puede descargarse el cliente frente al factor y que esta puede depender de la obligación de garantía que tiene el cliente frente al consumidor.

NOTIFICAR A LOS DEUDORES

La obligación de notificar al deudor como hemos visto es una obligación genérica, que nace como un elemento de eficacia frente a terceros de la relación, de ponerlos al tanto de la celebración del contrato, para que así tengan en cuenta las principales consecuencias surgidas con respecto al cumplimiento de la prestación debida de pago. Así pues tenemos que se debe consignar junto al contrato que da lugar a la transmisión, los documentos sobre los cuales tiene efecto y es aconsejable señalarlo en cada factura, que el crédito correspondiente ha sido transmitido. Así

pues, no quedara lugar a dudas de a quien debe pagar el consumidor para liberarse de su obligación. Obviamente, esto no se aplica en el factoring sin notificación, pero es un cláusula que como señalamos es propia de todos los contratos de cesión de créditos. La notificación en la mayor parte de los casos, conviene y corresponde a la propia mecánica operativa y jurídica del contrato.

Ahora bien podemos decir que si se transmiten títulos valores estaríamos frente a otra situación jurídica en la cual no se debe cumplir con esta obligación, puesto que esta es una de las diferencias esenciales entre los sistemas de transmisión de los títulos valores y de la cesión de créditos. Pero lo que si es propio de ambas figuras es el hecho que el deudor no pagará a quine no le presente el título para su cobro.

Por ultimo tenemos que esta notificación de los créditos impone como consecuencia que se advierta a los deudores que cualquier reclamo debe hacerse conocer al factor, para que se discuta con su cliente los fundamentos del reclamo respectivo, y así tomar una decisión.

Remunerar al factor

Sobre la remuneración al factor hemos dichos que esta puede ser mixta: una comisión sobre el volumen de la facturas o créditos transferidos, como base, en contraprestación por la administración y dependiendo de la complejidad y alcance que en cada caso

revista, unos puntos para cubrir los riesgos derivados de la historia probada sobre el comportamiento de la cartera y una tasa de interés adicional por la financiación concedida, sobre las porciones respecto a las cuales ella se produzca.

Por ultimo debemos mencionar que en algunos casos, en nuestro país, los comerciantes tienen como costumbre, en ciertas ocasiones exigir como garantía mediante títulos valores las ventas a crédito, y que en estos casos, debemos resaltar que existe la obligación

de transmitir también estos documentos. La transferencia del crédito como pudimos observar comparta también la de todos sus accesorios dentro de los cuales tenemos en el supuesto mencionado, que se encuentra el cliente en el deber de transmitir, para no imponer a su consumidor a un doble pago, ni nada por el estilo y que evidentemente, puede ser un atractivo para que una empresa que se dedique a brindar servicios de factoring, considere atractivo celebrar el contrato.



Departamento de Artes Gráficas, -B. 39448-