

Revista

340

R

Revista de Ciencias Jurídicas / Universidad de Costa Rica. --
Nº 1 (1963). -- San José, C. R.: Litografía e Imprenta
LIL, S.A., 2011.
160 p. ; 152 x 222 mm.

v.

ISSN: 0034-7787

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

Revista fundada en 1963

Revista registrada en los siguientes databank:

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

Se agradece la colaboración de la Escuela de Lenguas Modernas de la Universidad de Costa Rica en las personas de su Directora Dra. Gilda Pacheco Acuña; y, a la Profesora M.L. Carmen Carazo Coronado.

CONSEJO ASESOR Y EDITORIAL:

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS:

Dra. Erika Hernández Sandoval	Presidenta
Lic. Alvaro Sánchez González	Coordinador de Enlace y Prosecretario
M.Sc. Christian Enrique Campos Monge	Vicepresidente
M.Sc. Eduardo Calderón Odio	Vocal V

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

Dr. Daniel Gadea Nieto	Decano
Dr. Alfredo Chirino Sánchez	Profesor
Dr. Jorge Enrique Romero Pérez	Profesor
Dr. Minor E. Salas	Profesor

COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL:

Dra. Marcela I. Basterra	Argentina
Dr. Agustín Gordillo	Argentina
Dr. Rodrigo Polanco Lazo	Chile
Dr. Jorge Witker Velásquez	Chile
Dr. Jaime Santofimio Gamboa	Colombia
Dra. Josefina García García-Cervigón	España
Dr. Luciano Parejo Alfonso	España
Dra. María Paz Pous De la Flor	España
Dr. Juan Pérez Gálvez	España
Dr. Jaime Rodríguez Arana	España
Dr. Francois Collart-Dutilleul	Francia
Dr. Jorge Adame Goddard	México
Dr. Jorge Fernández Ruiz	México
Dr. Pedro López Elías	México
Dra. Elvia Arcelia Quintana Adriano	México
Dr. Karlos Navarro Medal	Nicaragua
Magister Carlos Gasnell Acuña	Panamá
Dra. Yoselyn Bermúdez Abreu	Venezuela
Dr. Allan Randolph Brewer Carías	Venezuela

Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez

Hecho el depósito de ley

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

Revista de Ciencias Jurídicas N° 126, 2011, cuatrimestral.

ISSN: 0034-7787

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

Dirección de la revista digitalizada:

www.ijj.derecho.ucr.ac.cr

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

www.latindex.ucr.ac.cr

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

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS

126

SAN JOSE, COSTA RICA
2011
SETIEMBRE - DICIEMBRE
(Cuatrimestral)

JUNTA DIRECTIVA
COLEGIO DE ABOGADOS

2011

Presidenta:

Dra. Erika Hernández Sandoval

Vicepresidente:

M.Sc. Christian Enrique Campos Monge

Secretario:

Licdo. Ronald Eduardo Segura Mena

Prosecretario:

Lic. Alvaro Sánchez González

Tesorero:

Dr. Enrique Rojas Solís

Vocal I:

Licda. Jeannette Arias Meza

Voca II:

Licda. Nazira Merayo Arias

Vocal III:

M.Sc. Juan Carlos Brenes Vargas

Vocal IV:

M.Sc. María Cristina Gómez Fonseca

Vocal V:

M.Sc. Eduardo Calderón Odio

Fiscal:

Licda. Rosette María Morgan Asch

AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS

Rectora:

Dra. Yamileth González García

Director Consejo Universitario:

Dr. Alberto Cortés Ramos

Vicerrectora de Docencia:

Dra. Libia Herrero Uribe

Vicerrector de Investigación:

Dr. Henning Jensen Pennington

Vicerrectora de Acción Social:

Dra. María Pérez Yglesias

Vicerrector de Administración:

M.Sc. Héctor González Morera

Vicerrector de Vida Estudiantil:

M.Sc. Carlos Villalobos Villalobos

Decana Sistema de Estudios de Posgrado

Dra. Gabriela Marín Raventós

Decano de la Facultad de Derecho

Dr. Daniel Gadea Nieto

PRESENTACION

Se publican artículos en los campos del Derecho Constitucional, Administrativo; Contratación Pública, Lenguaje Jurídico, Filosofía del Derecho; y, sobre el Islam.

Además, incluimos las reseñas bibliográficas respectivas.

Asimismo, *felicitamos* al **Dr. Víctor Pérez Vargas** Director de la *Revista Judicial* y Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, por los 100 números ya publicados de esta Revista, cuya última edición contiene el *Índice General* por materias y autores.

El **Dr. Víctor Pérez Vargas** dice en la *Presentación* de esta Revista No. 100, lo siguiente, entre otras cosas:

“Hace 35 años en 1976, don Ulises Odio Santos, brillante profesor, jurista indiscutible y Magistrado ejemplar, tuvo el feliz sueño de que la Corte Suprema de Justicia contara con una revista propia: él quería que fuera una publicación periódica donde los funcionarios judiciales y abogados pudieran expresar su pensamiento sobre temas de actualidad, además de un medio para difundir en forma ordenada la jurisprudencia.

Don Ulises elaboró la propuesta formal de creación de la Revista Judicial. Por unanimidad los Magistrados aprobaron la idea de que la Corte contara con una publicación periódica propia, donde jueces y abogados pudieran exponer sus criterios jurídicos. Tuve el privilegio de ser nombrado Director. Aquel año (1976) se publicaron las primeras entregas.

Desde entonces, en la revista se han publicado más de mil artículos de distinguidos juristas nacionales y extranjeros. Este sueño de don Ulises llega ahora a la edición número cien”.

El director - editor
Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

INDICE

	<i>Pág.</i>
<i>Presentación</i>	9
Ensayos:	
Una mirada a la argumentación jurídica desde la lógica aristotélica <i>Dra. Graciela Fernández Ruiz</i>	13
¿Constitución o Ley Fundamental? Acerca de la Constitución portuguesa de 1976 <i>Dr. Albert Noguera Fernández</i>	35
Derechos reales administrativos <i>Prof. Frank Álvarez Hernández</i>	65
El pliego de condiciones electrónico en la contratación pública <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	89
Lenguaje inclusivo y latín jurídico: un fenómeno de las instituciones de Gayo <i>Prof. Henry Campos Vargas</i>	113
Tolerancia y convivencia pacífica con el Islam. Un debate con ocasión de la laicidad estatal en Francia y Alemania <i>Prof. Francisco J. Campos Zamora</i>	129
Reseñas bibliográficas <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	153

UNA MIRADA A LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DESDE LA LÓGICA ARISTOTÉLICA

Dra. Graciela Fernández Ruiz^()*

Abogada mexicana. El Colegio de México

(Recibido 27/06/10; aceptado 10/11/10)

(*) e-mail: gfernandez@colmex.mx

Tel. (00-5255) 5449-3000, extensión 4012.

RESUMEN

Este estudio busca mostrar cómo la visión amplia y orgánica que nos brinda Aristóteles de la argumentación y de la lógica puede ser de utilidad al analizar ciertos aspectos de la argumentación jurídica. En sus trabajos lógicos –más tarde agrupados en el *Organon* ‘instrumento (de la razón)–. Aristóteles estudia muchos tipos de argumentos: desde los demostrativos hasta los retóricos e, incluso, los falaces. Actualmente, al analizar sentencias judiciales, podemos encontrar ejemplos tanto de argumentos analíticos, como dialécticos y retóricos, lo cual nos muestra que la argumentación jurídica, en su conjunto, recorre todo el edificio de la lógica aristotélica.

Palabras clave: Argumentación jurídica, lógica aristotélica, argumentos demostrativos, argumentos dialécticos, argumentos retóricos.

ABSTRACT

The aim of this paper is to show how the aristotelian view about logic and argumentation can be useful in the study of legal argumentation. In his logical works –which were later grouped together under the title *Organon* or ‘instrument for rational thinking’–. Aristotle studies many kinds of argumentation: from demonstrative arguments to rhetorical argumentation and even fallacies. Nowadays, when analyzing actual Legal Rulings, it can be found that the argumentative practices showed there reflect a blending of analytical, dialectical and rhetorical devices, thus showing examples of all the logical machinery described by Aristotle in his *Organon*.

Keywords: Legal argumentation, aristotelian logic, demonstrative arguments, dialectical arguments, rhetorical arguments.

SUMARIO

1. Algunas opiniones sobre el papel de la lógica en la argumentación jurídica
2. Una mirada a la organicidad de la lógica aristotélica
3. Lógica aristotélica y argumentación jurídica. Ejemplos
4. Conclusión

Referencias

1. **ALGUNAS OPINIONES SOBRE EL PAPEL DE LA LÓGICA EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA**

Al hacer un recorrido histórico sobre lo que han opinado diversos autores acerca de la cuestión de cuál sea el papel de la lógica (analítica) dentro del razonamiento jurídico, pueden encontrarse, entre otras, dos posturas totalmente opuestas: por un lado, la de aquellos para quienes la lógica analítica debe extenderse al conjunto entero de los razonamientos jurídicos⁽¹⁾ y, por otro lado, la de aquellos⁽²⁾ que le restan casi cualquier importancia dentro del razonamiento jurídico, por considerar que este último escapa a los esquemas propios de la lógica analítica y puede ser analizado únicamente desde la perspectiva de una lógica “informal”, a la que también suele llamarse “teoría de la argumentación”.

Existen otros autores que, sin llegar a negar un papel a la lógica dentro del razonamiento jurídico, sí sostienen la insuficiencia de aquella en este terreno; tal es el caso de Alexy (2007: p. 23) quien afirma:

La decisión jurídica, que pone fin a una disputa jurídica, expresable en un enunciado normativo singular, *no se sigue lógicamente, en muchos casos*, de las formulaciones de las normas jurídicas que hay que presuponer como vigentes, juntamente con los enunciados empíricos que hay que reconocer como verdaderos o probados.

Sin acudir al plano ideal del “deber ser”, sino al plano de la realidad cotidiana, Alexy constata que en la práctica muchas veces no es factible la pretensión de motivar las decisiones judiciales valiéndose únicamente de la lógica. Este mismo autor encuentra que para ello existen, al menos, cuatro razones:

(1) la vaguedad del lenguaje jurídico, (2) la posibilidad de conflictos de normas, (3) el hecho de que sean posibles casos que necesitan una regu-

(1) Un caso extremo de esta postura la encontramos en los escritos de Leibniz.

(2) Como Ch. Perelman.

lación jurídica, pero para cuya regulación no existe una norma ya vigente, y (4) la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales. (Alexy, 2007: pp. 23 y 24).

La insuficiencia de la lógica analítica en este terreno plantea retos para la metodología jurídica:

Si hay decisiones que no se siguen lógicamente de [las normas] conjuntamente con [los enunciados empíricos] entonces se plantea la cuestión de cómo pueden ser fundamentadas tales decisiones. Este es el problema de la metodología jurídica. (Alexy: 2007, 24).

“Este es el problema de la metodología jurídica”, y un problema que se hace más patente en aquellos países –como México, desde donde escribo– donde (¡afortunadamente!) existe la obligación de motivar y fundamentar las sentencias. Si en alguno de estos ejercicios argumentativos de motivación y fundamentación de las sentencias no es posible aducir argumentos apodícticos, con la necesidad propia de las ciencias exactas, ¿habría que decir, entonces, que tales sentencias no son fundamentables? A esta pregunta quizás habría que contestar afirmativamente si se redujese el razonamiento y la lógica a la argumentación analítica; sin embargo, existen visiones más amplias y ricas acerca de la capacidad humana de razonar y argumentar, que nos permiten apreciar la “razonabilidad” no sólo de los argumentos analíticos, sino también la de otros tipos de argumentación.

El presente trabajo echa mano de una de estas últimas posturas acerca de la lógica y la argumentación, la de Aristóteles (s. IV a. C.), para hacer notar, a través de ejemplos tomados de sentencias reales (dictadas en México por la Suprema Corte de Justicia de la Nación) que la argumentación jurídica no se reduce a una única forma de razonamiento, sino que comprende muy diversos modos de razonar.

2. UNA MIRADA A LA ORGANICIDAD DE LA LÓGICA ARISTOTÉLICA

Aristóteles de Estagira, “Padre de la Lógica”, estudió el razonamiento humano en una amplia variedad de facetas. Si bien sería difícil

coincidir con Kant en su famoso comentario de que la lógica, con Aristóteles, quedó ya como un cuerpo de doctrina cerrado y completo al que no hacía falta agregar ni corregir nada, lo que sí es patente es que, al menos en lo relativo a la explicación de la racionalidad que pueden tener argumentos con distintos grados de rigor o necesidad, Aristóteles logró alcanzar una visión de conjunto que abarca desde el argumento más riguroso hasta el más controvertible. En efecto: a lo largo de las obras que integran el *Organon* aristotélico podemos encontrar cuidadosos análisis sobre cada uno de esos tipos de razonamiento y de los mecanismos internos a ellos que generan la demostración o persuasión propia de cada uno. Esto permitió que en el siglo XIII el gran estudioso de Aristóteles, Tomás de Aquino, al revisar y comentar las obras que integran el *Organon* aristotélico, sintetizara y expresara de una manera magistral, con una visión sistemática, casi orgánica, la rica enseñanza aristotélica acerca del razonamiento humano (y la ciencia que lo estudia), en sus diversas vertientes. Tenemos, así, que en el proemio de su *Comentario a los Analíticos Posteriores de Aristóteles* (2002 [s. XIII: p.30), Santo Tomás establece una analogía entre los actos de la razón y los diversos actos de la naturaleza, argumentando que así como en la naturaleza hay fenómenos que siempre ocurren y no pueden dejar de presentarse, mientras que otros fenómenos sólo acontecen la mayoría de las veces, así ocurre también con los razonamientos y la verdad de sus conclusiones:

En los actos de la naturaleza hallamos una triple diversidad.

En algunos la naturaleza obra por necesidad, de manera que no puede fallar.

En otros la naturaleza obra frecuentemente, aunque a veces también podría fallar en su propio acto. Por eso en estos es necesario que se den dos actos: Uno se da como en la mayoría, por ejemplo cuando del semen se genera el animal perfecto; el otro acto se da cuando la naturaleza falla en lo que le es adecuado, como si del semen es generado algún monstruo, debido a la corrupción de algún principio.

Estos tres también se dan en los actos de la razón. Hay algún proceso de la razón que induce la necesidad, en el cual no es posible que se dé falta

de verdad, y debido a este proceso de la razón la ciencia adquiere certeza.

Hay otro proceso de la razón en el cual, como en la mayoría, se concluye la verdad, sin embargo, no tiene necesidad. Hay además un tercer proceso de la razón, en el cual la razón fracasa en alcanzar alguna verdad por defecto de algún principio que debía observarse en el raciocinio.

Según el Aquinate, el primero de estos actos de la razón, por medio del cual se llega a conclusiones necesarias, es el llamado argumento necesario o analítico, que es el más propio de la ciencia y es estudiado por la parte de la lógica llamada *analítica* o *resolutoria*. El segundo de los procesos aquí señalados es estudiado por la lógica llamada *inventiva* o *tópica*, la cual no alcanza nunca argumentos necesarios, sino sólo con un limitado grado de certeza o probabilidad. Y el tercer proceso de la razón (que no vamos a tratar directamente en el presente artículo) origina los argumentos falaces, estudiados por la parte de la lógica llamada “sofística”.

Tendríamos, así, a grandes rasgos, tres tipos de razonamientos: los necesarios (o analíticos), los probables y los falaces. Dentro de los razonamientos probables, Aristóteles y Santo Tomás distinguen todavía otros subgrupos, según los diversos grados de probabilidad de los razonamientos. En este punto es indispensable aclarar que, al hablar aquí de “probabilidad”, no hay que entenderla como probabilidad estadística, sino, más bien, como “verosimilitud”, “plausibilidad”; como diría Aristóteles:

Son cosas *plausibles* las que parecen bien a todos, o a la mayoría, o a los sabios, y, entre estos últimos, a todos, o a la mayoría, o a los más conocidos y reputados. (*Tópicos* I, 1, 100 b, 22-25).

Se trataría, pues, de una especie de medida de aceptación de una cosa (quizás sería más preciso decir “de una creencia”) por parte de un grupo de sujetos; de ahí que sea afortunada la traducción de este sentido de *probable* como *plausible*.

Dependiendo del grado de probabilidad (entendida de esta manera) de los argumentos, Santo Tomás (2002 [s. XIII]) los divide en

tres clases: argumentos dialécticos, retóricos y poéticos. En los primeros, “la razón se inclina totalmente a una parte de la contradicción, aunque con cierto resquemor hacia la otra” (p. 31). En el argumento retórico, en cambio, el grado de probabilidad o de certeza alcanzado es todavía menor, pues en él “no se da una completa creencia u opinión sino cierta sospecha, porque la razón no se inclina totalmente a una parte de la contradicción, aunque se incline más hacia ésta que hacia aquella” (p. 31). La tercera clase de argumentos que distingue Santo Tomás dentro de la llamada *lógica inventiva* o *tópica*, es el argumento poético: “A veces la sola estimación se inclina hacia una de las partes de la contradicción por alguna representación, al modo que el hombre rechaza algún alimento si se le representa bajo la semejanza de algo abominable. Y a esto se ordena la *Poética*. Pues propio del poeta es inducir algunas cualidades por alguna representación apropiada”, (p. 31).

Tenemos, así, una visión amplia y orgánica del razonamiento humano y de la lógica, la ciencia que lo estudia. A los diversos tipos de operación que puede realizar la razón humana corresponden diversas ramas de la lógica: para los razonamientos analíticos, apodícticos –los únicos realmente “científicos” y “demostrativos” desde la perspectiva de Aristóteles–, tenemos la lógica analítica o resolutoria; y para los razonamientos “probables” tenemos la lógica inventiva o tópica, con sus correspondientes subdivisiones: la dialéctica, la retórica y la poética, que difieren entre sí, fundamentalmente, por sus diversos grados de probabilidad (entendida en el sentido antes explicado). Por otro lado, la diferencia más grande entre todos los tipos de razonamiento que aquí venimos considerando estaría, obviamente, entre los razonamientos analíticos o “necesarios” y los razonamientos “probables” (tomados en conjunto), y sobre este punto nos detendremos un poco más.

Aristóteles explica la diferencia esencial entre los razonamientos analíticos y los razonamientos probables de la siguiente manera:

Un *razonamiento* es un discurso (*logos*) en el que, sentadas ciertas cosas, necesariamente se da a la vez, a través de lo establecido, algo distinto de lo establecido. Hay *demostración* cuando el razonamiento parte de cosas verdaderas y primordiales, o de cosas cuyo conocimiento se origina a través de cosas primordiales y verdaderas; en cambio, es *dialéctico* el razonamiento construido a partir de cosas plausibles. (*Tópicos* I, 1, 100 a, 25-30).

La parte fundamental de la distinción, se encuentra, pues, en la cualidad de las premisas de uno y otro tipo de razonamiento: “verdaderas y primordiales (o derivadas directamente de premisas con esas características) en el caso del razonamiento demostrativo, y “plausibles” en el caso del razonamiento dialéctico (así como también –agregaríamos aquí– en el caso de los razonamientos retóricos y poéticos). A qué se refiere Aristóteles con “plausibles”, lo hemos explicado más arriba, y en lo que sigue vemos a qué se refiere con “verdaderas y primordiales”:

Son *verdaderas y primordiales* las cosas⁽³⁾ que tienen credibilidad, no por otras, sino por sí mismas (en efecto, en los principios cognoscitivos no hay que inquirir el porqué, sino que cada principio ha de ser digno de crédito en sí mismo). (*Tópicos* I, 1, 100b, 20-25).

A diferencia de los razonamientos propios de la *lógica inventiva* (dialéctica, retórica y poética), que tienen premisas *probables* en el sentido de “aceptadas o creídas por *alguien*: ya sea la mayoría o los más sabios, etc.” los razonamientos analíticos, según Aristóteles, poseen premisas *verdaderas y primordiales* en el sentido de que “tienen credibilidad no por otras [aquí recalcaría: ni por otras premisas, ni por *alguien* que las crea] sino *por sí mismas*”. Vemos, así, que el Estagirita tiene una teoría de la demostración material, a diferencia del uso predominante en la actualidad de sostener un criterio “formal” al considerar la validez de una demostración. Perelman *et al.* (1994 [1989]: 47 y 48) explicarían este uso actual de la siguiente manera:

En la lógica moderna, la cual tuvo su origen en una reflexión sobre el razonamiento, ya no se establece una relación entre los sistemas formales y cualquier evidencia racional. El lógico es libre de elaborar como le parezca el lenguaje artificial del sistema que está construyendo, es libre de determinar los signos y las combinaciones de signos que podrán utilizarse. A él, le corresponde decidir cuáles son los axiomas, o sea, las expresiones consideradas sin

(3) En otras ediciones, como la de Porrúa, puede leerse, en lugar de ‘cosas’, ‘proposiciones’.

prueba alguna válidas en un sistema, y decir, por último, cuáles son las reglas de transformación que introduce y que permiten deducir, de las expresiones válidas, otras expresiones igualmente válidas en el sistema. La única obligación que se impone al constructor de sistemas axiomáticos formalizados y que convierte las demostraciones en apremiantes, es la de elegir los signos y las reglas de modo que se eviten las dudas y ambigüedades [...] Toda consideración relativa al origen de los axiomas o de las reglas de deducción, al papel que se supone que desempeña el sistema axiomático en la elaboración del pensamiento, es ajena a la lógica así concebida, en el sentido de que se sale de los límites del formalismo en cuestión.

Así, pues, actualmente cabría sostener que un determinado razonamiento es analítico, esto es, “demostrativo”, si su conclusión es derivable de sus premisas a partir de los axiomas formales y las reglas de deducción de ese sistema, independientemente del contenido material de las proposiciones que intervienen en el razonamiento. Para Aristóteles, en cambio, un razonamiento así tan sólo cumpliría los requerimientos “formales”, mas no los “materiales”, para ser considerado como una demostración: haría falta que sus premisas fueran evidentes por sí mismas.

Pensemos ahora en el silogismo jurídico, donde la premisa mayor es una proposición, formulada a partir del texto de una ley positiva, según la cual, para cualquier individuo en quien se cumpla la propiedad P, debe cumplirse la propiedad Q, y la premisa menor presenta un caso específico en que se cumple P para un determinado individuo. ¿Estas proposiciones cumplirían el riguroso criterio material de evidencia que señala Aristóteles para las premisas propias de la demostración? Definitivamente no: para él, las leyes (humanas), que según las diversas épocas y lugares en que se dicten, son cambiantes y pueden llegar a ser, incluso, contradictorias entre sí, y las proposiciones acerca de actos humanos, que tienen por objeto cosas contingentes y variables, jamás podrían constituir las premisas “verdaderas y primordiales... con credibilidad por sí mismas” que requiere la demostración científica. En definitiva, el silogismo jurídico, desde un punto de vista estrictamente aristotélico, no podría ser un silogismo demostrativo.

Por lo anterior, vale la pena aclarar que, aunque aquí se emplean muchos de los instrumentos creados o descubiertos por Aristóteles en su *Organon*, no por ello se pretende que El Estagirita defendería todas las conclusiones que aquí se alcancen; en concreto, no estaría de acuerdo con que algunos de los razonamientos jurídicos pueden considerarse demostrativos, pues su teoría de la demostración es, como se mencionó más arriba, de tipo “material” (‘las premisas deben ser evidentes’), mientras que aquí llegamos a considerar demostrativos algunos razonamientos jurídicos basándonos sólo en sus características formales: cumplen las reglas de deducción y sus premisas –al menos al momento de dictar esa sentencia particular– no son discutidas, sino tomadas como cosa segura, sin necesidad de prueba. *En este último aspecto* las proposiciones extraídas de leyes positivas coincidirían con los axiomas de los sistemas desarrollados por los lógicos modernos (como se veía en la cita de Perelman), y es por ello que en este estudio considero a algunas de ellas⁽⁴⁾ como susceptibles de ser consideradas premisas propias de un razonamiento analítico.

Tomando en cuenta estas observaciones, en este estudio se ha concluido que, al menos en lo que respecta a su rigor formal, la argumentación jurídica recorre todo el amplio espectro argumentativo investigado por Aristóteles: tanto el argumento analítico, como el dialéctico, el retórico y hasta el poético. En lo que sigue se presentan ejemplos de todos ellos, encontrados en los textos de sentencias de la SCJN.

3. LÓGICA ARISTOTÉLICA Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA. EJEMPLOS

En lo que sigue se presentan ejemplos, tomados de sentencias reales, de cada uno de los tipos de argumentación arriba mencionados (analítico, dialéctico, retórico y poético).

a) Ejemplo de argumentación analítica

Es competente esta Suprema Corte de Justicia de la Nación para conocer de la presente controversia

(4) No digo que a todas ellas pues, en algunos casos, *lo que se discute* es, precisamente, el valor de una determinada ley y por ende, ahí no se le considera como “cosa segura, sin necesidad de prueba”.

constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 105, fracción I, inciso a) de la Constitución Federal,⁽⁵⁾ pues se trata de una controversia entre la Federación y el Distrito Federal sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.

(Sentencia dictada por el pleno de la SCJN en la Controversia Constitucional 00008/2001-00, 7° resultando, 1° inciso).

Aunque es evidente en el ejemplo citado que ni el texto de la sentencia ni el de la ley están redactados al modo como lo haría un lógico, podemos distinguir en él claramente el esquema de razonamiento deductivo expresable –dependiendo de cómo formulemos las proposiciones jurídicas correspondientes– ya sea como un Modus Ponens,⁽⁶⁾ o bien (para no salirnos de la “tónica” aristotélica y utilizar los mismos instrumentos que él desarrolló) como un silogismo de la primera figura:

Las controversias constitucionales entre la Federación y el D. F. son de la competencia de la SCJN.

La presente controversia constitucional es entre la Federación y el D.F.

POR LO TANTO, la presente controversia constitucional es de la competencia de la SCJN.

(5) El texto constitucional referido se lee:

“La SCJN conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

I. De las controversias constitucionales que [...] se susciten entre:

a) La federación y un estado o el Distrito Federal”.

(6) En cuyo caso podría leerse: “Si una controversia constitucional es entre la Federación y el D. F., entonces esa controversia es de la competencia de la SCJN // La presente controversia constitucional es entre la Federación y el D.F. // Por lo tanto, la presente controversia constitucional es de la competencia de la SCJN”.

b) Ejemplo de argumentación dialéctica

El ejemplo que aquí se presentará está basado en uno de los tópicos o lugares dialécticos de “la semejanza”, que Aristóteles describe como se lee a continuación:

En el caso de las cosas semejantes, mirar si se comportan de manera semejante; v.g.: si un conocimiento lo es de varias cosas, también la opinión; y si tener vista es ver, también el tener oído será oír. De manera semejante también en los otros casos, tanto en lo que lo son como en los que lo parece. El lugar es útil en ambos sentidos: en efecto, si en alguna de las cosas semejantes es así, también lo será en las demás, y, si en alguna no, en las demás tampoco. (*Tópicos*, 114 b, 25-30).

Obsérvese que, en el fondo, es una versión de este tópico de la semejanza el sustento de nuestro argumento *a simili*,⁽⁷⁾ y es, precisamente, la estructura del tópico de la semejanza o la del argumento *a simili* la que encontramos en la siguiente argumentación:

En relación a [sic] las películas clasificadas para el público infantil, *es comprensible que gocen de la posibilidad jurídica de ser dobladas al español, ya que existen razones válidas y obvias para estimar que el público cinematográfico al que va dirigido ese tipo de películas, de acuerdo con su edad y capacidad cognoscitiva, generalmente carecen de la madurez y conocimientos necesarios para entender la traducción de las películas de versión distinta a la lengua hispana, pues es evidente que su facultad de lectura todavía no existe, o aún no alcanza a*

(7) Perelman (1988 [1979]: 79) describe el mecanismo propio de un argumento *a simili* de la siguiente manera: “dada una proposición jurídica que afirma una obligación jurídica relativa a un sujeto o a una clase de sujetos, esta misma obligación existe respecto de cualquier otro sujeto o clase de sujetos que tenga con el primer sujeto o clase de sujetos una analogía bastante para que la razón que determinó la regla relativa al primer sujeto (o clase de sujetos) sea válida respecto del segundo sujeto (o clase de sujetos)”.

desarrollarse plenamente; de ahí que resultaría absurdo pretender que pudieran leer los subtítulos en español.

Por otro lado, tal como se encuentra redactado el artículo 8° de la Ley Federal de Cinematografía, al aludir a “*los documentales educativos*”, implícitamente está reconociendo la existencia de un determinado sector de la población que, no siendo infantil, solamente tiene el acceso a la información de las películas por medio del doblaje.

Ahora bien, como lo sostiene la sociedad quejosa “*en nuestro país existen millones de personas que no tienen acceso completo y adecuado a la información que se desprende o proporciona de las películas extranjeras, traducidas al español, mediante subtítulos, ya que es de todos sabido que una gran parte de la población del país, sin que necesariamente sean menores, carece de la práctica o facilidad de la rápida o correcta lectura*”; y por efecto de la norma impugnada, se restringe la libertad de comercio de la quejosa frente a ese sector de clientes potenciales [...]

Los mismos argumentos que sirven para permitir el doblaje de las películas clasificadas para el público infantil y los documentales educativos, valen para las películas extranjeras de distinta clasificación, pues sólo así pueden llegar al referido auditorio que no cuenta con la instrucción necesaria para leer los subtítulos.

(Sentencia del Amparo en revisión 2352/97, 5° Considerando).

En esta argumentación puede notarse el mecanismo argumentativo propio del tópico dialéctico de la semejanza, tal como veíamos en la descripción que de este hace Aristóteles: después de ver las semejanzas pertinentes entre el caso de las películas infantiles (junto con los documentales educativos) y el caso de las no infantiles, se concluye que el tratamiento que se da a las primeras debe darse también a las

segundas. Nótese que tal conclusión no tendría ninguna fuerza deductiva si no fuera, precisamente, porque supone el esquema argumentativo del tópico de la semejanza. Gracias a este último, el argumento resulta sólido, mas no irrefutable:⁽⁸⁾ por eso señala Santo Tomás, como veíamos más arriba, que en los argumentos dialécticos “la razón se inclina totalmente a una parte de la contradicción, aunque con cierto resquemor hacia la otra”.

c) Ejemplos de argumentación retórica

Es importante destacar aquí un aspecto que no se trató al hablar, más arriba, sobre las características propias de cada tipo de razonamiento. Se dijo ahí que la principal diferencia entre los argumentos de la lógica *analítica* y los de la lógica *inventiva* o *tópica* (que, recordemos, incluye a los dialécticos y a los retóricos e, incluso, según Tomás de Aquino, a los poéticos) no está en la forma, sino en la materia. Esto es verdad sobre todo al comparar los razonamientos analíticos con los dialécticos; sin embargo, en lo tocante a la retórica, habría que matizar dicha afirmación pues, de hecho, la estructura prototípica del argumento retórico es la del llamado “entimema”: un razonamiento al que, desde el punto de vista formal, le faltarían una o más premisas para poder ser realmente deductivo.

En efecto: es propio del entimema (o “silogismo retórico”) callar algunas premisas y dejar explícitas sólo las que son indispensables para que el argumento se entienda (o mejor aún: para que el argumento persuada). Esto es así porque, a diferencia de los razonamientos analíticos y aún de los dialécticos, que se solían utilizar entre gente con más conocimientos, entrenada en la discusión racional, los argumentos retóricos tienen, según Aristóteles, como principal destinatario gente sencilla, “oyentes que no pueden inferir [o entender] a través de muchos grados, ni razonar tomándolo desde lejos” (*Retórica* I, 2, 1357^a, 4-6), esto es, oyentes que no pueden seguir argumentos muy largos, donde se vayan explicitando las deducciones intermedias hasta llegar a la conclusión final: de ahí que sea necesario abreviar la expresión del razonamiento.

(8) La contraparte podría, en este caso, esgrimir un argumento *a contrario*, por ejemplo.

Eso en lo que toca al aspecto formal del argumento retórico. En lo relativo a su aspecto material, recordemos que sus premisas tienen un grado más bajo de “plausibilidad” que las del argumento dialéctico, y es por ello que, como se dijo más arriba, en el argumento retórico “no se da una completa creencia u opinión sino cierta sospecha, porque la razón no se inclina totalmente a una parte de la contradicción aunque se incline más hacia esta que hacia aquella” (Sto. Tomás, 2002 [s. XIII]: 31). Esto último puede verse de manera muy clara en dos argumentos, cuyo texto se cita más adelante, generados en sentencias distintas, pero citados ambos en una misma sentencia posterior como argumentos de refuerzo. Los dos ejemplos giran alrededor del tema de la libertad de trabajo y el artículo 5° (antes 4°) constitucional, que habla de ella. Es conveniente, por ello, transcribir aquí el artículo referido:

Artículo 5°: A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial *cuando se ataquen los derechos de tercero*, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, *cuando se ofendan los derechos de la sociedad* [...] (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

No es difícil adivinar, a partir de la lectura del texto, que el modo en que se entiendan las nociones de ‘derechos de tercero’ y de ‘derechos de la sociedad’ resultará decisivo al momento de formular un razonamiento que se apoye en este artículo constitucional. Por ello es interesante ver cuál es, en cada uno de los dos argumentos siguientes, la concepción que se supone de estas nociones. Veamos el primer ejemplo:

BEBIDAS ALCOHÓLICAS. LA LEY QUE REGLAMENTA SU VENTA, DISTRIBUCIÓN Y CONSUMO EN EL ESTADO DE TABASCO A PARTIR DEL 11 DE FEBRERO DE 1996, NO VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE COMERCIO. La mencionada ley regula la comercialización de bebidas alcohólicas en dicha entidad federativa, pero en ninguno de sus preceptos impide el ejercicio del libre comercio, ni tampoco establece que tal actividad sea ilícita, sino que contempla la regulación respectiva *para que no*

se vea afectada la sociedad con su ejercicio; para ello impone ciertos requisitos, obligaciones y prohibiciones a quienes explotan ese giro mercantil, como la consistente en que la venta de cerveza en envase cerrado sólo puede hacerse a temperatura ambiente, medida que no afecta la garantía de libertad de comercio consagrada en el artículo 5° constitucional, ya que las disposiciones de esta naturaleza tienden a proteger la salud y el bienestar de la colectividad, sin limitar los derechos públicos subjetivos de los comerciantes, los que pueden libremente ejercer su actividad cumpliendo con las prevenciones fijadas, para hacer de este un acto lícito que no afecte el interés público. (Semanao Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo VI. Septiembre de 1997, P/J. 64/97, página 62. Citado en la sentencia del Amparo en Revisión 2352/97, 5° considerando).

Como premisa no explícita, esta argumentación supone que “los derechos de terceros” y “los derechos de la sociedad” que menciona el artículo 5° constitucional están relacionados o incluyen “la salud y el bienestar de la colectividad”; sólo considerando este supuesto cobra fuerza argumentativa el razonamiento. En cambio, el segundo ejemplo parece partir de supuestos muy distintos:

LIBERTAD DE TRABAJO. El artículo 4° constitucional establece que a ninguna persona podrá impedírsele que se dedique a la profesión, industria, comercio y trabajo que le acomode, siendo lícitos, *y que el ejercicio de esa libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen derecho de tercero o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marca la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad, y es indudable que dentro de la libertad que consagra el precepto citado, está la facultad de las empresas comerciales, para fabricar y expender cigarros en el número y tamaño que les acomode, y que la ley que se los prohíba o establezca limitaciones, es violatoria del artículo constitucional de que se habla.*” (Semanao Judicial de la Federación, Quinta

Época, Segunda Sala, Tomo XL, página 3631. Citado en la sentencia del Amparo en Revisión 2352/97, 5° considerando).

En este caso, es necesario, para llegar a la conclusión que se anuncia, suponer la premisa (aquí oculta) de que ‘fabricar y expender cigarros no ofende los derechos de la sociedad ni los derechos de tercero’. Ahora bien: si consideramos conjuntamente esta premisa no explícita y el hecho de que –como indica la leyenda que obligatoriamente deben tener la cajetilla de cigarros– fumar es nocivo para la salud, es razonable concluir que la noción de ‘derechos de tercero’ y ‘derechos de la sociedad’ que se maneja en este ejemplo está muy lejos de la que se maneja en el argumento anterior. Llama la atención que se tomen ambos ejemplos como argumentos de refuerzo en la misma sentencia; sin embargo, eso nos permite ver más claramente por qué Tomás de Aquino afirma que las premisas propias de los argumentos retóricos y las conclusiones a las que dan origen sólo generan “cierta sospecha”, sin que la razón se adhiera totalmente a ellas.

d) Ejemplo de argumentación poética

Tenemos, por último, dentro de la *lógica inventiva* o *tópica*, según la expone Santo Tomás, al argumento poético, que es tal no por la belleza de sus palabras o su arte en la elocución, sino porque su mecanismo de persuasión está basado en la manera como se representa una determinada idea para darle apariencia agradable o desagradable y así provocar la adhesión o el rechazo a la misma, según sea el caso; por ejemplo:

“Cuando se quiere dar marcha atrás en los asuntos del doblaje, permitiendo que se doblen al español las películas de otro idioma, debe recordarse lo sucedido en España [...] todo en España se dobla al español, pero muchas generaciones de españoles jamás sabrán cómo era el acento verdadero de los actores que los hicieron reír y llorar, jamás escucharon la inconfundible voz nasal y mofletuda de Humphrey Bogart, ni la voz aniñada y sensual de Marilyn Monroe, nunca oyeron la voz áspera y golpeante de Bette Davis, ni la voz chillona y desenfadada de John Wayne, aquel vaquero que

decía *rediez* y *cáspita*, pero que no era un gilipollas cualquiera.” (Sentencia del Amparo en Revisión 2352/97, voto minoritario).

En la argumentación anterior se aprecia, como “macroestructura” el esquema propio del argumento pragmático (que consiste en valorar un hecho según sus consecuencias deseables o indeseables), el cual podríamos clasificar como argumento retórico o dialéctico; sin embargo, para argumentar a favor de la idea de que ‘son indeseables las consecuencias del doblaje de películas’ se emplea lo que Tomás de Aquino llamaría “argumentación poética”, pues, para defender la idea de que lo que se pierde con el doblaje es algo de gran riqueza, no se expone esto con un contenido proposicional, sino que se presenta al oyente con una serie de calificativos y expresiones que dejan una vívida impresión en la imaginación: se “argumenta”, pues, no con el contenido de las ideas, sino con su modo de expresión.

CONCLUSIÓN

En este estudio se ha intentado mostrar, por medio de ejemplos tomados de sentencias reales dictadas en México por la SCJN y con ayuda de la visión orgánica de la lógica que nos brinda Tomás de Aquino en sus comentarios a Aristóteles, que la argumentación jurídica va más allá de la sola lógica analítica y de la sola teoría de la argumentación, para extenderse a toda una variedad de métodos que cubre –al menos en lo que toca a su rigor formal– todo el espectro argumentativo estudiado por Aristóteles en sus escritos lógicos. De esta manera, el pensamiento aristotélico se presenta como un instrumento útil para el análisis y clasificación de la argumentación jurídica.

REFERENCIAS

- Alexy, Robert (2007). *Teoría de la argumentación jurídica*, 2ª edición, Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Aristóteles (1971 [s. IV a.C.]). *Retórica*. Edición del texto con aparato crítico, traducción, prólogo y notas de Antonio Tovar. 2ª edición. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- . (1988 [s. IV a.C.]) *Tópicos*. Traducción, introducción y notas por Miguel Candel Sanmartín. Madrid: Gredos.
- . (1982 [s. IV a.C.]) *Tópicos*. Estudio introductorio, preámbulos y notas por Francisco Larroyo. México: Porrúa.
- Camacho, L. (2006) “La lógica en Kant y en George Boole”, *Revista de filosofía de la Universidad de Costa Rica*, vol. 44, No. 111-112, pp. 49-56.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto consultado en la página electrónica del IJ de la UNAM: <http://info4.juridicas.unam.mx>
- Perelman Chaim y L. Olbrechts-Tyteca (1994 [1989]). *Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica*, Traducción de Julia Sevilla Muñoz, Madrid: Gredos.
- Santo Tomás de Aquino (2002 [s. XIII]) *Comentario de los Analíticos Posteriores de Aristóteles*. Traducción, estudio preliminar y notas de Ana Mallea y Marta Daneri-Rebok. Pamplona: EUNSA.

**¿CONSTITUCIÓN O LEY FUNDAMENTAL?
ACERCA DE LA CONSTITUCIÓN PORTUGUESA
DE 1976**

Dr. Albert Noguera Fernández^(*)

Abogado español

(Recibido 29/06/10; aceptado 10/11/10)

(*) Doctor en Derecho por la Universidad Jaume I de Castellón (España). Licenciado en Derecho y en Ciencias Políticas y de la Administración por la Universidad Autónoma de Barcelona (España). Ha sido investigador invitado en la Georgetown University (USA), el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati (España) y el Centro de Investigaciones Jurídicas del Ministerio de Justicia de Cuba. Ha sido asesor de las Asambleas Constituyentes de Bolivia y de Ecuador. Sus últimos libros publicados son: "Derecho y Hegemonía. Un estudio socio-jurídico de la Cuba actual" (Buenos Aires. 2007), "El Derecho en la legitimación del poder: del constitucionalismo liberal clásico a la crisis del Derecho Constitucional" (Buenos Aires. 2007) y "Constitución, plurinacionalidad y pluralismo jurídico en Bolivia" (La Paz. 2008).

RESUMEN

Se han acumulado tantas tergiversaciones entorno al concepto de Constitución, que es hoy en día sorprendente observar como incluso juristas, politólogos y políticos son víctimas de las mismas. El presente trabajo tiene como objetivo analizar como, fruto de dos de las grandes falacias construidas en la modernidad: la confusión y asimilación entre los conceptos de representatividad y democracia, por un lado, y la confusión y asimilación entre los conceptos de legalidad y legitimidad, por el otro lado; se ha producido una tergiversación de la idea de soberanía y, en consecuencia, de Constitución, que ha llevado a que llamemos Constituciones normas que, desde el punto de vista de la teoría constitucional democrática, no son Constituciones sino leyes. Un ejemplo claro de ello es la vigente “Constitución” portuguesa de 1976.

Palabras clave: Constitución, soberanía, Ley fundamental, reforma constitucional, Portugal.

ABSTRACT

So many misrepresentations of the concept of Constitution have accumulated that, today, it is amazing to note that even jurists, political scientists, and politicians are victims of such distortions. This article aims at analyzing how, as a result of two of the greatest fallacies built in modernism: the confusion and assimilation of the concepts of representativeness and democracy, on one hand, and the confusion and assimilation of the concepts of legality and legitimacy, on the other hand; there has been a distortion of the idea of sovereignty, and consequently of the concept of Constitution. This has led everybody to call Constitution some rules which, from the standpoint of democratic constitutional theory, are not Constitutions but laws. A clear example of this is the current 1976 “Constitution” of Portugal.

Key words: Constitution, sovereignty, Constitutional Law, Constitutional reform, Portugal.

SUMARIO

1. La Constitución y las leyes
2. El proceso constituyente portugués (1974-1976). La soberanía se da y no se quita, ¿o sí?
3. Las reformas constitucionales en Portugal
4. La legitimación de la aprobación y las reformas constitucionales realizadas a espaldas de la ciudadanía
 - 4.1. Tergiversación y confusión de los conceptos fundamentales de los modelos constitucionales romano-latino y germano-anglosajón: democracia-representatividad
 - 4.2. Modernidad e identificación legalidad-legitimidad: de la soberanía popular a la soberanía del Derecho
 - 4.3. ¿Constitución o Ley Fundamental?
5. Conclusiones

1. LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES

El concepto de Constitución ha sido usado en el lenguaje jurídico con una multiplicidad inmensa de significados.⁽¹⁾ Sin embargo, en todas las acepciones, aunque con sus diferencias, la Constitución (escrita) se define como uno o varios textos normativos, esto es, una o varias leyes en sentido genérico: documentos que expresan normas (jurídicas). Ahora bien, si es así, ¿qué distingue a una Constitución de las demás normas jurídicas o leyes?

Tal como expresó Sieyès en su proyecto de Declaración de Derechos, que bajo el título “Reconnaissance et Exposition Raisonné des Droits de l’Homme et du Citoyen” sometió a la consideración de la Asamblea Nacional los días 20 y 21 de julio de 1789: “*Una Constitución supone ante todo un poder constituyente*”.⁽²⁾ El poder constituyente no es más que el instrumento, a través del cual la nación decide organizarse políticamente y ordenarse jurídicamente, reclamándose para sí misma la posición de centro de poder originario, autónomo e incondicionado. Lo que define por tanto, al poder constituyente no es la legalidad sino la legitimidad.

A diferencia de los poderes constituidos que son poderes de naturaleza jurídica en la medida en que su formación y competencias

(1) Sobre el concepto de Constitución véase: V. Grisafulli. *Costituzione*. En Enciclopedia del novecento I. Istituto Della Enciclopedia Italiana. Roma. 1975; G. de Bergottini. *Costituzione*. En N. Bobbio, N. Matteucci (eds.). *Dizionario di politica*. UTET. Turín. 1976, p. 274 y ss; G. Burdeau. *Traité de science politique IV. Le statut du pouvoir dans l’état*. Librairie générale du droit et de jurisprudence. París. 1983. Cap. I; P. Bastid. *L’idée de constitution*. Económica. París. 1985; F. Modugno. *Il concetto di costituzione*. En *Aspecto e tendenze del diritto costituzionale*. Scritti in onore di Costantino Mortati I. Giuffrè. Milán. 1977, p. 199 y ss; G. Zagrebelsky. *Società, statu e costituzione. Lezioni di dottrina dello statu*. G. Giappichelli. Turín. 1988, p. 75 y ss; P. Comanducci. *Ordine o norma? Si alcuni concetti di costituzione nel settecento*. En *Studi in memoria di Giovanni Tarello I*. Giuffrè. Milán. 1990, p. 173 y ss; R. Guastini. *Sobre el concepto de Constitución*. En M. Carbonell. *Teorías del neoconstitucionalismo*. Trotta. Madrid. 2007, pp. 15-29.

(2) J. Pérez-Royo. *Curso de Derecho Constitucional*. Marcial Pons. Madrid. 1997, p. 107.

están definidas en la Constitución, en el origen del poder constituyente o de la Constitución no hay ninguna norma que le sirva de punto de referencia, ya que ella es la primera de todas, este opera en una suerte de vacío jurídico, él mismo es el origen de todo Derecho, aquello único que lo define es ser manifestación de la soberanía popular. En consecuencia, el poder constituyente tiene que ser un poder políticamente legítimo, el concepto de legitimidad es la “característica constitutiva principal” de todo poder constituyente.⁽³⁾

De acuerdo con esto, podemos decir que aquello que diferencia la Constitución de las otras leyes es:

- Las leyes encuentran su fundamento de validez en las normas sobre la producción jurídica vigentes.
- La Constitución no encuentra su fundamento de legitimidad en una norma precedente, sino en ser expresión directa (no indirecta) de la soberanía popular.

De acuerdo con esto, las fases típicas de un proceso constituyente legítimo y democrático para la aprobación de una Constitución, a diferencia de las leyes que se aprueban mediante el procedimiento legislativo establecido por la Constitución, son:

- 1º. Establecimiento de un sistema de libertades públicas que permita la participación política de todos los ciudadanos así como el enfrentamiento entre los diferentes proyectos de ordenación futura del Estado que puedan existir en la sociedad, de tal manera que los ciudadanos puedan optar por uno u otro;
- 2º. Promulgación de la legislación electoral que permita la formación de una Asamblea Constituyente libremente elegida. Obviamente dicha legislación tiene que garantizar que las elecciones serán libres y limpias, es decir, que no se producirá, una falsificación de la manifestación de la voluntad de los electores;
- 3º. Constitución de una Asamblea Constituyente y elaboración parlamentaria de la Constitución. Tiene que hacerse a través de un procedimiento público y contradictorio que permita contrastar

(3) *Ibidem.*

ante la opinión pública, en la forma de textos articulados, los distintos proyectos constitucionales que se habían ofertado políticamente al país en las elecciones constituyentes; y,

- 4º. Ratificación popular en referéndum. Los ciudadanos deben poder pronunciarse sobre la interpretación parlamentaria de la voluntad constituyente manifestada por ellos en las urnas, ratificando o no el proyecto de Constitución aprobado por la Asamblea Constituyente.⁽⁴⁾

Este último aspecto es clave, a pesar que la redacción del texto constitucional la realiza la Asamblea Constituyente por razones obvias de que todo el pueblo no puede reunirse en grupo en un mismo espacio, sino que la redacción constitucional requiere de la diligencia y acción personal de un grupo de representantes de los ciudadanos, al final es el pueblo el cual mediante expresión de su voluntad en referéndum constitucional, manifiesta que la Asamblea Constituyente ha hecho una buena interpretación de la voluntad popular constituyente y aprueba la Constitución.

Si nos fijamos en el preámbulo de la Constitución norteamericana de 1787, por ejemplo, este establece:

“NOSOTROS, el Pueblo de los Estados Unidos, a fin de formar una Unión más perfecta, establecer Justicia, afirmar la tranquilidad interior, proveer la Defensa común, promover el bienestar general y asegurar para nosotros mismos y para nuestros descendientes los beneficios de la Libertad, estatuímos y sancionamos esta CONSTITUCIÓN para los Estados Unidos de América”.

Por tanto, quien emite la Constitución es “el pueblo norteamericano” directamente. En cambio, si nos fijamos en el texto de cualquier ley, por ejemplo, la “Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial”, en España, la cual empieza estableciendo:

“A todos los que la presente vieren y entendieren, sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo (Juan Carlos I. Rey de España) vengo en sancionar la siguiente Ley Orgánica”:

(4) *Ibidem.*, p. 117.

O, la “Loi N° 78-17 relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés”, en Francia, para poner otro ejemplo, que empieza:

“L’Assemblée nationale et le Sénat ont adopté.

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit”.

Observamos, que quien emite la norma son los órganos del Estado. Son el órgano legislativo, como representante de los ciudadanos, y el rey, en España, o el Presidente de la República, en Francia, como jefes de Estado, los que sancionan y promulgan una ley. Y estos órganos de Estado emiten la ley porque la “legalidad” (la Constitución española y francesa) determina que es a ellos a quien corresponde emitir la ley.

De acuerdo con esta fundamentación teórica, la hipótesis que presentaré a continuación consiste en señalar que, en el caso de la vigente Constitución portuguesa de 1976, no se trata, a pesar de su nombre, de una “auténtica Constitución” –para usar la expresión de Jellinek–,⁽⁵⁾ sino de una Ley, una Ley Fundamental ya que regulan lo que L. Paladín denomina las normas fundamentales de todo ordenamiento jurídico:⁽⁶⁾

- a) Las que determinan la llamada forma de Estado;⁽⁷⁾
- b) Las que determinan la forma de gobierno;⁽⁸⁾ y,
- c) Las que disciplinan la producción normativa;

Pero al fin y al cabo, una Ley, pues nunca ha sido ratificada mediante referéndum por el pueblo y por tanto, su fundamento de

(5) Jellinek afirmaba: “...sólo es Constitución auténtica la Constitución constitucional”. (M. Aragón Reyes. “La Constitución como paradigma”. En M. Carbonell. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Ob. cit., p. 34).

(6) L. Paladín. *Diritto Costituzionale*. CEDAM. Padova. 1991, p. 25.

(7) La noción de forma de Estado se refiere en general a los diversos modos en que son organizadas las recíprocas relaciones entre los llamados elementos constitutivos del Estado (pueblo, gobierno y territorio). Por ejemplo: democracia versus autocracia, Estado unitario versus Estado federal.

(8) La noción de forma de gobierno, a su vez, se refiere al modo en que son organizadas las relaciones recíprocas entre los órganos constitucionales (especialmente parlamento, gobierno y jefe de Estado). Por ejemplo: gobierno parlamentario versus gobierno presidencial.

validez no reside en la “legitimidad”, sino que es fruto de una tramitación y aprobación parlamentaria y por tanto, su fundamento de validez reside en la “legalidad”. Que una Constitución no aprobada directamente por el pueblo no es una Constitución fueron muy concientes los alemanes, que concluyeron que sin una Asamblea Constituyente elegida libremente por el pueblo alemán y sin la ratificación democrática del texto redactado por esa Asamblea, no podía aprobarse una verdadera Constitución, y al texto que ordenaba las instituciones del país, en 1949, se le denominó conscientemente “Ley Fundamental”.

2. EL PROCESO CONSTITUYENTE PORTUGUÉS (1974-1976). LA SOBERANÍA SE DA Y NO SE QUITA, ¿O SÍ?

Desde el surgimiento de la primera Constitución portuguesa, la Constitución de 1822 consecuencia de la revolución de 1820, ha existido una relación constante entre la historia política y la historia constitucional de Portugal. Como en otros países, han sido los hechos decisivos de la historia política los que, directa o indirectamente, han desencadenado la aparición de las Constituciones.

El hecho político que supuso el inicio del proceso de formación de la vigente Constitución de 1976, fue la revolución de 25 de abril de 1974, con la que se puso fin, después de 48 años, a la dictadura de Salazar.

La revolución de 25 de abril de 1974 no fue, como tantas otras, una revolución meramente política, sino que nació ya con una clara idea de Derecho. El programa divulgado, la madrugada siguiente al día de la revolución, por el Movimiento de las Fuerzas Armadas, protagonista del levantamiento que dio lugar a la transición democrática y a la nueva Constitución, no fue un mero texto político, sino un texto cargado de sentido jurídico. El documento contenía medidas inmediatas relativas a la sustitución de los órganos de poder y a la restauración de las libertades cívicas y, medidas a corto plazo relativas a las grandes líneas de la política del país hasta la elaboración de la nueva Constitución. Su función era una función constituyente, de creación del ordenamiento, de pre-Constitución. Por eso, disponía que el Gobierno Provisional gobernaría mediante decretos-leyes que debían someterse obligatoriamente a su espíritu.⁽⁹⁾

(9) J. Miranda. *La Constitución de 1976 en el ámbito del constitucionalismo portugués*. Revista de Estudios Políticos. CEPC. Núm. 60-61. Abril-septiembre 1988, p. 577.

Asimismo, el Programa del Movimiento de las Fuerzas Armadas anunciaba públicamente, la convocatoria en el plazo de doce meses de una Asamblea Nacional Constituyente elegida por sufragio universal, directo y secreto, según la ley electoral a elaborar por el Gobierno Provisional, que debería tener por única misión: escribir y aprobar la nueva Constitución, disolviéndose una vez cumplido su objetivo.⁽¹⁰⁾

Esto quería decir que, de acuerdo a la doctrina constitucional democrática, el Movimiento de las Fuerzas Armadas se proponía devolver el poder al pueblo. En esto se distinguía de todas las revoluciones militares de nuestra época. Sin embargo, la soberanía le

(10) La Asamblea Constituyente portuguesa no asumió “plenos poderes”, esto es, asumir conjuntamente con la misión de elaborar una Constitución, también competencias legislativas y de control político inherentes a un verdadero parlamento. Así, el artículo 2 de la ley 3/74 enunciaba como órganos de soberanía hasta que iniciasen el ejercicio de sus funciones los órganos que instituyera la nueva Constitución, casi en el mismo plano, la Asamblea constituyente y el Presidente de la República, la Junta de Salvación Nacional, el Consejo de Estado, el Gobierno Provisional y los Tribunales. El artículo 3, número 1, restringía a la Asamblea la elaboración y aprobación de la Constitución, lo que, conjugado con los preceptos sobre los otros órganos, le detraía poderes de cualquier otra especie. Este tipo de reglas tenían su precedente en Francia en 1945 y en Italia en 1946 y llegarían a tener algún paralelismo en Grecia en 1974-1975.

En Francia, teniendo en cuenta los resultados del referéndum efectuado conjuntamente con la elección de la Asamblea, ésta era una Asamblea constituyente sin poder de gobierno.

En Italia, la Asamblea constituyente tenía competencia legislativa limitada de acuerdo con una compleja articulación con el Gobierno.

En Grecia, a su vez, la Asamblea, denominada de revisión de 1974-1975 no podía decidir sobre la opción entre Monarquía y República (que correspondía al pueblo) y tenía que tomar como base de su trabajo el proyecto de Constitución elaborado por el Gobierno salido de las elecciones para la Asamblea (que era también legislativa).

Estas situaciones se contraponen con algunos de los últimos procesos constituyentes en América Latina. Para poner el ejemplo más reciente, el primer Decreto de la Asamblea Constituyente ecuatoriana de 2007-2008, el “Mandato Constituyente Núm. 1” aprobado el 29 de noviembre de 2007, el mismo día en que se instaló la asamblea, señaló: que por mandato popular, la Constituyente asumía y ejercía el poder constituyente con plenos poderes (art. 1); que sus decisiones serían jerárquicamente superiores a las de cualquier otro órgano y de obligatorio

fue devuelta al pueblo sólo por un día, el día en que los portugueses eligieron a los constituyentes, al día siguiente le fue retirada y nunca más devuelta.

La Asamblea Constituyente, después de prorrogar el tiempo establecido inicialmente, elaboró una Constitución. Sin embargo, esta nunca ha sido sometida a referéndum popular ratificatorio. De acuerdo con la ley número 3/74, de 14 de mayo (la principal ley constitucional revolucionaria), a la Asamblea Constituyente no le correspondía solamente “elaborar”, sino también “aprobar” la Constitución. No era por tanto, un mero órgano de redacción, era un órgano con competencia plena para conferir obligatoriedad a la nueva Constitución, sin necesidad de someterla a referéndum constitucional popular, lo cual no deja de ser sorprendente.

Lo lógico habría sido, desde una perspectiva democrático-constitucional, que el pueblo hubiera sido llamado a manifestarse en las urnas sobre la interpretación parlamentaria de la voluntad constituyente manifestada por la asamblea en el proyecto de Constitución, que no tiene que ser siempre la adecuada. De hecho, en 1945, la ciudadanía francesa, consultada en referendo sobre el producto constitucional elaborado por una verdadera Asamblea Constituyente, entendió que la propuesta de sus representantes constituyentes no reflejaba completamente sus intereses sociales y políticos y obligó, votando negativamente al texto sometido a consulta, a que se reconsideraran diversos aspectos de la propuesta constitucional.

3. LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES EN PORTUGAL

El carácter no democrático de la llamada Constitución portuguesa vigente no sólo se da en el momento de su promulgación en 1976, con posterioridad, el texto constitucional ha sido reformado siete veces, sin consultar en ningún caso a la ciudadanía.

cumplimiento para todos los ciudadanos y poderes públicos (art. 2); que asumía las atribuciones y deberes del poder legislativo, por lo que declara en receso a los diputados, sin posibilidad de los mismos de auto-convocarse (art. 7); así como, declaró concluidos los períodos para los que fueron designados el Contralor General de la República, el Procurador General del Estado, Fiscal General, Defensor del pueblo y Superintendentes de Telecomunicaciones, Compañías, bancos y Seguros, designando provisionalmente a personas para esos cargos (art. 9).

La cuestión de la reforma de las constituciones ha generado en el seno de la doctrina constitucional diversas discusiones y problemáticas, una de ellas el tema de quien es “sujeto” de la competencia o la función modificatoria de la Constitución. Solamente los cuerpos parlamentarios, o también el pueblo.⁽¹¹⁾

Sobre esta cuestión, la Constitución portuguesa de 1976 fijó el mecanismo de reforma constitucional. Esta disposición establecía que la reforma constitucional debe ser aprobada por los dos tercios de los diputados en el cargo, no antes de que hayan transcurrido cinco años de la reforma precedente. Si no han transcurrido cinco años se necesita una mayoría de cuatro quintos (arts. 286-288).

Si bien se trata, como podemos observar de una Constitución rígida, en tanto su reforma mediante ley (ley de reforma constitucional), exige de un procedimiento de formación más complejo, agravado, respecto al que rige para las leyes ordinarias, la reforma constitucional en Portugal es relativamente fácil en comparación con otras constituciones como por ejemplo la de Dinamarca o la española en las que esta es extremadamente difícil.⁽¹²⁾ En estos dos últimos casos, España en el

(11) P. Häberle. *El Estado Constitucional*. UNAM. México. 2003, pp. 140-145.

(12) La Constitución de Dinamarca, por ejemplo, establece que, si una propuesta de reforma constitucional es votada por el Folketing y el gobierno quiere darle seguimiento, el Folketing se disuelve y se procede a nuevas elecciones legislativas. Si el proyecto de reforma es aprobado (sin enmiendas) por el nuevo Folketing, se somete a referéndum popular. El proyecto debe recoger el voto favorable de la mayoría de los votantes (no inferior al 40% de los que tengan derecho al voto) y ser sancionado por el rey (art. 88).

En el caso de la Constitución española de 1978, esta dispone que, normalmente los proyectos de reforma sean adoptados por las dos cámaras por una mayoría de tres quintos y, en seguida, puesto a ratificación popular siempre que un décimo de los miembros de una de las cámaras así lo requieran (art. 167). Sin embargo, cuando se trate de una revisión total de la Constitución o de la revisión de ciertas partes delicadas (entre ellas la relativa a los derechos de libertad), se procede como sigue: el proyecto de reforma es aprobado por mayoría de dos tercios de los miembros de las cámaras las que, de ese modo, provocan su disolución; las nuevas cámaras deliberan si toman en examen el proyecto y en seguida lo aprueban por mayoría de dos tercios. Finalmente el proyecto se somete a referéndum (art. 168).

supuesto de una revisión total de la Constitución o de la revisión de ciertas partes delicadas, y Dinamarca, la ley de reforma constitucional debe ser aprobada en dos sucesivas legislaturas y, además, la primera aprobación de un proyecto de reforma comporta para las cámaras que lo votan, su disolución. Se intuye que puede ser difícil encontrar un parlamento dispuesto a provocar su propia disolución. Y además, no es un hecho que en dos parlamentos sucesivos se reproduzca la misma mayoría favorable a la reforma.⁽¹³⁾

De acuerdo con el procedimiento señalado en la Constitución portuguesa, en este país, en los pocos más de treinta años de vida la Constitución se han producido siete reformas constitucionales:

- *La reforma de 1982 (Ley Constitucional N° 1/1982, de 30 de septiembre)*

La reforma constitucional de 1982 fue muy extensa, la ley de reforma tenía 237 artículos en la parte relativa a las modificaciones de la Constitución.⁽¹⁴⁾ Las líneas principales de la revisión fueron:⁽¹⁵⁾

- a) Eliminación casi completa de las señas o expresiones ideológico-coyunturales derivadas de 1975 y, en particular, la supresión de las referencias al socialismo en todos los artículos, salvo en el artículo 2 (pudiendo cuestionarse si el socialismo conserva algún sentido autónomo);
- b) Perfeccionamiento de los derechos Fundamentales y clarificación de la Constitución económica en la línea del pluralismo;

(13) R. Guastini. *Estudios de teoría constitucional*. UNAM. 2001, p. 192.

(14) La Ley Constitucional 1/82 estaba dividida en dos partes: una primera correspondiente a las alteraciones y una segunda que establecía las disposiciones transitorias relativas a su propia vigencia. A pesar de la gran cantidad de artículos modificados, se tuvo el cuidado de conservar la numeración dentro de cada parte y de cada título y sólo se hizo excepción en los títulos VII y VIII de la parte III. Al final, de 312 artículos que tenía la Constitución, pasó a tener 300. (J. Miranda. *La Constitución de 1976 en el ámbito del constitucionalismo portugués*. Ob. cit., pp. 600-601).

(15) *Ibidem.*, p. 601.

- c) Extinción del Consejo de la Revolución y punto final de las funciones políticas de las Fuerzas Armadas; y,
- d) En conexión con lo anterior, la reformulación de las relaciones entre el Presidente de la República, la Asamblea de la República y el Gobierno, con reflejo en el sistema político y la creación del Tribunal Constitucional;

Esta ley de revisión fue sometida a consideración del pleno de la Asamblea de la República y aprobada por dos tercios de los diputados.

- *La reforma de 1989 (Ley Constitucional N° 1/1989, de 8 de julio):*

Esta reforma llevó a cabo en la misma dirección de desideologización que la anterior, modificaciones en la Constitución económica como la redefinición de los sectores de propiedad, de los modos de producción, alteración del sistema de planeamiento, abolición del principio de irreversibilidad de las nacionalizaciones, reformulación de las políticas agrícola, comercial e industrial, etc.; Por otro lado, se profundizó determinados Derechos Fundamentales (comunicación social, garantías del administrado, etc.), se creó un nuevo tipo de leyes (leyes orgánicas), se introdujo el referéndum a nivel nacional y se modificó la regulación de los límites materiales de la reforma constitucional.

- *La reforma de 1992 (Ley Constitucional N° 1/1992, de 25 de noviembre):*

Fue resultado de la ratificación del Tratado de la Unión Europea (TUE). Fruto de ello, se reformaron varios artículos como el artículo 7 referido al ejercicio en común de poderes para construir la Unión Europea; el artículo 15 sobre el derecho al sufragio, en elecciones municipales, de los extranjeros residentes en Portugal; y, el artículo 105 referido al Banco de Portugal y la política monetaria. Para poder realizar esta revisión, previamente hubo que modificar el texto constitucional, ya que no habían transcurrido cinco años desde la anterior y prever la posibilidad de una revisión extraordinaria de la Constitución (art. 284.2).

- *La reforma de 1997 (Ley Constitucional N° 1/1997, de 20 de septiembre):*

La cuarta reforma constitucional del año 1997, tuvo formalmente por objetivo autorizar la convocatoria de referéndum para cuestiones de

relevante interés nacional, forma eufemística de denominar al TUE, respecto al que todos los partidos políticos se habían comprometido a consultar al país. Pero, en realidad, dicha reforma comportó una modificación del texto constitucional más profunda y de más largo alcance toda vez que afectó al sistema electoral, al Poder Judicial y al sistema político general.

- *La reforma de 2001 (Ley Constitucional N° 1/2001, de 12 de diciembre):*

La quinta reforma fue para permitir la autorización de la orden de busca y captura, a escala europea, suprimiendo los juicios de extradición y posibilitando la entrega inmediata, de aquellas personas acusadas de terrorismo en espacio europeo.

- *La reforma de 2004 (Ley Constitucional N° 1/2004, de 24 de julio):*

Reforma numerosos artículos de la Constitución en lo relativo a, entre otras cuestiones, los estatutos y leyes electorales, la autonomía legislativa, el representante de la República, los órganos de gobierno propios de las regiones autónomas, la competencia de la Asamblea legislativa de la región autónoma, la firma y veto del representante de la República y la disolución y dimisión de los órganos de gobierno propio.

- *La reforma de 2005 (Ley Constitucional N° 1/2005, de 12 de agosto):*

Agrega un nuevo artículo 295 relativo al referendo sobre la aprobación del Tratado Europeo.

Sin embargo, aún y la importancia del contenido de estas reformas, en ninguna de estas reformas se ha preguntado al soberano que se pronuncie, lo que resulta enormemente criticable. Parece una incongruencia la existencia de una “Constitución” que se llama democrática cuyas reformas están sustraídas de la voluntad popular. El mecanismo de reforma constitucional establecido en la Constitución portuguesa restringe al pueblo en su viejo derecho –establecido ya en el artículo 28 de la Constitución francesa de 1793– a revisar, reformar y cambiar su Constitución, y lo deja en manos de la alternanza de la correlación de fuerzas parlamentarias coyunturales.

4. LA LEGITIMACIÓN DE LA APROBACIÓN Y LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES REALIZADAS A ESPALDAS DE LA CIUDADANÍA

El hecho de que llamemos democrática, con el automático juicio aprobatorio que este adjetivo despierta en la ciudadanía, a un mecanismo de aprobación de la Constitución y de la reforma constitucional realizado por tramitación parlamentaria, a espaldas de la ciudadanía, como es el reconocido en la Constitución portuguesa, pero también en otras constituciones europeas como en la Ley Fundamental de Alemania que, en su artículo 79, establece que esta puede ser modificada por una ley que cuente con la aprobación de dos terceras partes de los miembros del Bundestag y dos tercios de los votos del Bunderat, es fruto de la tergiversación de la idea de democracia que ha tenido lugar en la iuspublicística contemporánea.

Es a partir de los procesos históricos de confusión de los conceptos de:

1. Representatividad y democracia; y,
2. Legalidad y legitimidad;

que empieza a llamarse democráticos y, por tanto, empiezan a legitimarse socialmente, sistemas constitucionales como el portugués que, desde el punto de vista de la teoría constitucional democrática, no lo son.

4.1. Tergiversación y confusión de los conceptos fundamentales de los modelos constitucionales romano-latino y germano-anglosajón: democracia-representatividad

La idea de una especificidad romano-latina constitucional en contraposición al modelo germano-anglosajón se va matizando en el curso del siglo XVIII hasta llegar a lo que podemos considerar su explicación iuspublicística más completa y consecuente, en el pensamiento de los dos grandes del constitucionalismo moderno europeo, es decir, Montesquieu y Rousseau.

Por un lado Montesquieu, crítico severo del modelo romano, manifiesta su antirromanismo en cualquiera de sus obras, y queda claro que era un abierto admirador de La Germania, de Tácito, obra que cita

repetidamente en “El Espíritu de las Leyes”. Para Montesquieu los romanos eran un pueblo que al tener una tan cruda esclavitud habían pisoteado la naturaleza humana y por eso, decía, al conquistar el Imperio romano, los godos fundaron la monarquía y la libertad.

Este sistema constitucional inglés, nacido en los “bosques de la Germania” y que Montesquieu defiende como suyo, se basa en las instituciones:

- a) De la representación: esta es una figura originaria del derecho privado, mediante la cual una persona llamada representante asume la voluntad de otra incapaz, llamada *representado*, y actúa en nombre de ella, con gran libertad, de hecho el *representante* se subroga en la personalidad y en la voluntad del *representado*, lo sustituye plenamente. En general requieren representante, los menores de edad y los incapacitados. Esta concepción concebía pues, al pueblo como una masa de analfabetos incapaces de gobernarse sin caer en la anarquía o el caos, con lo cual la única manera de garantizar la gobernabilidad, la protección y la libertad era mediante la delegación del poder soberano en manos de los más capaces (supuestos representantes);⁽¹⁶⁾ y,
- b) De la división y distribución de los tres poderes (legislativo, ejecutivo y judicial) entre monarca, nobleza y comunes o burguesía; con la capacidad de cada uno de ellos de limitar el poder del otro. Como mecanismo de control ante los posibles abusos de poder de los representantes, debía producirse, afirmaba Montesquieu, la tripartición del poder en tres poderes, con capacidad cada uno de ellos de limitar el poder del otro. La tripartición de poderes es en consecuencia, un sistema de auto-control del poder (separado del pueblo) mediante unos mecanismos de “pesos y contrapesos” entre los poderes del Estado.

La tesis opuesta al constitucionalismo anglosajón montesquiano la modeló Rousseau, admirador de la república romana y de sus instituciones y defensor de la libertad plena de los antiguos que precisamente utiliza para su exposición al pueblo inglés como ejemplo de la pérdida de la honra humana por medio de su absurdo gobierno,

(16) J.F. Bulté. *Democracia y República. Vacuidades y falsedades*. En Revista Temas. No. 36. Enero-marzo. La Habana. 2004.

y dice que el inglés se cree libre, pero en realidad sólo lo es durante la elección de los miembros del parlamento, y después de ésta se convierte en esclavo.

Para Rousseau la representación era, inspirándose en Roma, la negación de la soberanía total del pueblo que no podía ser delegada ni dividida. Para él, la tripartición de poderes también era un absurdo nacido de la estamentación feudal, puesto que la garantía ante los posibles abusos de poder de los gobernantes había que realizarse directamente por el pueblo, de acuerdo con el principio romano del Tribunado.

Desde el momento en que la tesis roussoniana y montesquiana se opusieron, los modelos anglosajón y romano se convirtieron en centro de la contraposición desde sus instituciones políticas y su relación con los individuos particulares.⁽¹⁷⁾

Hay que afirmar que nadie dudó, durante el siglo XVIII y las primeras décadas del XIX, que la representación era antitética de la democracia, y cuando se habló de los modelos de representación se estuvo siempre en el claro entendido de que ellos repudiaban a la democracia, la que se asociaba, en el pensamiento liberal, a una forma de gobierno de las muchedumbres, que degeneraba siempre, porque lo llevaba en su naturaleza, en la anarquía.⁽¹⁸⁾

No será hasta mediados del siglo XIX, con la obra de Alexis de Tocqueville, editada por primera vez en París, en 1835, con el título de “La democracia en América”, que se produce un adulteración de los conceptos y aparecen unidos los términos antitéticos, es decir, la democracia y la representación y comienza a hablarse, como lo hacemos hoy, de democracia representativa.

(17) Véase J. Fernández. *El Tribunado: sus expresiones posibles en la crisis del actual modelo iuspublicístico*. Tesis para el grado de Doctor en Ciencias Jurídicas. Facultad de Derecho. Universidad de La Habana. 2005, p. 17.

(18) “¿Cómo puede un pueblo, es decir, un animal de muchas cabezas, sin entendimiento ni razón, aconsejar nada bueno? Pedir consejo al pueblo, como se hacía antiguamente en las repúblicas populares, significa tanto como pedir cordura al loco”. J. Bodin, citado por L.A. Demirdjian y S.T. González. *La República entre lo antiguo y lo moderno. En La Filosofía Política Moderna*. De Hobbes a Marx. comp.: Atilio Borón. CLACSO, Buenos Aires, 2003, p. 342.

Aunque los padres de la Constitución norteamericana de 1787 habían querido el Estado “republicano”, pero nunca “democrático”, como ejemplo, James Madison, uno de los padres fundadores del nuevo país, y presidente de Estados Unidos entre 1809 y 1817 escribió al finalizar la revolución norteamericana,

“las democracias siempre han ofrecido el espectáculo de la turbulencia y de la discordia, se han mostrado siempre enemigas de cualquier forma de garantía en favor de las personas o de las cosas”.⁽¹⁹⁾ ⁽²⁰⁾

Tocqueville llama “democrático”, por primera vez, al modelo norteamericano, permitiendo una confusión que todavía no se elimina de la iuspublicística contemporánea. De una lectura detallada de “La democracia en América” se descubre que Tocqueville era plenamente consciente de las diferencias inconciliables entre representatividad y democracia, no obstante, Tocqueville, al analizar la primera Constitución norteamericana quiere disfrazarla de gobierno popular, para lo cual el paradigma a mano es el de la democracia. En el capítulo primero de la segunda parte de la obra llamado “Cómo se puede decir rigurosamente que en los Estados Unidos es el pueblo el que gobierna”,

(19) J. Madison. *El Federalista*, traducción italiana de B.M. Tedeschini Lalli. Pisa, 1955. Citado por G. Lobrano. Modelo romano y constitucionalismo modernos. Anotaciones en torno al debate iuspublicístico contemporáneo, con especial referencia a la tesis de Juan Bautista Alberdi y Vittorio Emanuele Orlando. Universidad Externado de Colombia, 1990, p. 49.

(20) Howard Zinn en *La otra historia de los Estados Unidos* (Desde 1492 hasta hoy), dice sobre esto: “Alexander Hamilton, ayudante de campo de Washington durante la guerra, era uno de los más influyentes y astutos líderes de la nueva aristocracia. Expresó así su filosofía política:

Todas las comunidades se dividen entre los pocos y los muchos. Los primeros son los ricos y bien nacidos, los demás la masa del pueblo... La gente es alborotadora y cambiante; rara vez juzgan o determinan el bien. Hay que dar a la primera clase, pues, una participación importante y permanente en el gobierno... Sólo un cuerpo permanente puede controlar la imprudencia de la democracia”. (H. Zinn. *La otra historia de los Estados Unidos* (Desde 1492 hasta hoy). Siete Cuentos Editorial. New York 2001).

Tocqueville descubre que la representación no alcanza para esa justificación y que ella niega la soberanía popular, aunque encuentra una salida que es en fin la esencia de su tesis:

“...y aunque la forma de gobierno sea representativa, es evidente que las opiniones, los prejuicios, los intereses y aun las pasiones del pueblo no pueden encontrar obstáculos durables que le impidan producirse en la dirección cotidiana de la sociedad”.⁽²¹⁾

Es a partir de Tocqueville que toda la iuspublicística posterior asume la adulteración del concepto de democracia. Al respecto, dice Lobrano: “del conciente y general rechazo de la democracia se pasa luego a un consenso general frente a ella (el uso de la palabra democracia implica ahora automáticamente un juicio aprobatorio de la sociedad o institución que describe) a precio, sin embargo, de una desvalorización tan radical del concepto que hace vano cualquier intento de análisis”.⁽²²⁾

4.2. Modernidad e identificación legalidad-legitimidad: de la soberanía popular a la soberanía del Derecho

Si revisamos la historia, observamos que la legitimidad del orden jurídico (legalidad) vigente en cada época, ha venido dada por diversos elementos.

Si bien en Aristóteles lo jurídico formaba parte de la ética y en Tomás de Aquino de la religión. En el siglo XVIII, con la asunción del poder por parte de la burguesía y la aparición y consolidación del Estado moderno como Estado soberano que asume el monopolio de la fuerza y de la producción normativa, se produjo un abandono de la concepción de inmutabilidad y universalidad del Derecho (modelo iusnaturalista) que situaba la producción normativa en un autor suprahumano, Dios o la naturaleza, y apareció un criterio particularista que

(21) A. Tocqueville. *La democracia en América*. Fondo de Cultura Económica. México, D.F., 1957. Cap. 1 de la Segunda Parte.

(22) G. Lobrano. *Ob. cit.*, p. 53.

afirmaba que el Derecho posee una naturaleza y una existencia exclusivamente histórica.

Se rompió la relación entre Derecho y trascendentalidad universal y se constituyó una relación entre el Derecho y el poder político o el Estado, el cual tenía su legitimación en el “ser expresión” de la soberanía,⁽²³⁾ conectada primero a un hombre (El Príncipe) en la monarquía, y después, al pueblo (contrato social) en la Democracia.

Aunque Leon Duguit, en su “*Traité de Droit Constitutionnel*”, nos descubrió algunos antecedentes interesantes de la noción de la soberanía del pueblo,⁽²⁴⁾ ésta adquirió cuerpo y devino fundamento de

(23) Las fuentes teórico-doctrinales de que se valió la burguesía para propiciar este cambio en la concepción jurídica, el cual le era útil para revestir de valor absoluto y prestar una justificación inmanente al contexto surgido con su toma del poder, fueron:

- a) La tradición historicista dieciochesca de Montesquieu, expresada principalmente en su obra “*El espíritu de la Leyes*” (1748); y,
- b) Las aportaciones hechas, sobre la relación entre Derecho y Poder político, por el llamado positivismo jurídico o estatista, planteado originalmente por autores como Jean Bodino en “*Los Seis Libros de la República*” (1576), donde introduce el concepto de *Soberanía* y le otorga, como atributo central e importantísimo, la producción normativa: “el primer atributo del príncipe soberano es el poder de dar leyes a todos en general y a cada uno en particular” (J. Bodino. *Los seis libros de la República*. Aguilar. Madrid, 1973, p. 66).

(24) En Francia esta idea es anunciada ya en los Estados Generales del rey Juan, en 1355-56, en donde se afirmó que el poder político provenía del pueblo. Un siglo más tarde, en el seno de los Estados Generales de Tours, que tuvieron lugar en la minoría del rey Carlos VIII, la misma idea democrática es expresada con mayor precisión, pues plantea la idea de la retroversión de la soberanía a su titular originario. En un célebre discurso, Philippe Pot, decía:

“¿Cuál es, en Francia, la potestad que tiene el derecho de regular la marcha de los asuntos cuando el rey es incapaz de gobernar? Evidentemente esta carga no retorna ni a un príncipe, ni al Consejo de los príncipes, sino al pueblo *dador del poder*.” (L. Duguit. *Traité de Droit Constitutionnel. Ancienne Librairie Fontemoing*. París. 1921. T. I, p. 425).

la legitimidad del Estado y el Derecho con la idea del contrato social de Rousseau. La Constitución francesa de 1793 fue el primer texto legal que estableció que “la soberanía reside en el pueblo...”. De acuerdo con esta teoría, un ordenamiento jurídico (legalidad) sólo será legítimo cuando:

- a) Emane o sea emitida por el soberano (“el pueblo”); y,
- b) Expresa la voluntad e intereses generales de este soberano;

de lo contrario, legalidad y legitimidad serán dos conceptos contrarios. En consecuencia, legalidad y legitimidad no son, en consonancia con esta concepción, dos conceptos inseparables de “*per se*”.

No obstante, con el surgimiento de la modernidad y del término “Estado de Derecho”, la noción de “legitimidad” empezó a confundirse con la de “legalidad”.

La expresión “Estado de Derecho” (Rechtsstaat o Rule of Law –gobierno de las leyes–) se atribuye a Robert Von Moll en una obra de 1832. En ese contexto el “Estado de Derecho” surge como un concepto político de lucha contra el Estado absoluto, donde el rey estaba desvinculado de las leyes (*legibus solutus*), que propugnaba la sujeción del poder público al Derecho.

Y es por esto que, el Estado de Derecho puso el énfasis principal de su justificación, de su legitimidad, no tanto en su conformidad con una ley superior de justicia emanada del pueblo, como en el hecho de haber impuesto en todos los ámbitos de su jurisdicción el primado de la ley positiva y el estricto sometimiento de todos los actos de las instancias estatales a esta ley positiva.

El especial énfasis en este aspecto supuso que progresivamente se fuera produciendo un tránsito o evolución de la idea de soberanía como concepto político, hacia la soberanía como concepto jurídico.

Este es un hecho que Max Weber apuntó como característico de las comunidades políticas contemporáneas, cuando afirmó: “*la forma de legitimidad hoy más corriente es la creencia en la legalidad... –esto es... la obediencia a preceptos jurídicos estatuidos según el procedimiento usual y formalmente correctos*”.⁽²⁵⁾

(25) M. Weber. *Economía y Sociedad*. Fondo de Cultura Económica. México. 1969. T. I, p. 30.

El tránsito evolutivo de la noción de soberanía de concepto político a jurídico lo completó contemporáneamente Kelsen, aunque la idea originaria es de Kant en su “Fundamentos de la metafísica de las costumbres” de 1785, es Kelsen, a través de su “Teoría General del Estado”, quien completó la idea:

“...a medida que la democracia desplazó a la autocracia, el Derecho se ha ido colocando poco a poco por encima de aquel, hasta que, por fin, en el Estado moderno, la soberanía es del Derecho y no del Estado, pues sólo él es un *Estado de Derecho*. Ya que, si el Estado se somete al Derecho, su propio orden jurídico, no puede ser propiamente soberano, porque la soberanía corresponde al Derecho. Al suprimirse el dualismo de Estado y derecho, desaparece también esta cuestión”.⁽²⁶⁾

Por tanto, de acuerdo con esto, se crean en la modernidad los siguientes mitos:

- Por definición un gobierno legal se considera un gobierno legítimo.
- Si los actos de un gobernante están de conformidad con las disposiciones de los textos o de las costumbres constitucionales en vigor, son legales y, por lo mismo, se consideran legítimos.
- Si un gobierno se encuentra organizado y detenta facultades de acuerdo a la Constitución vigente, escrito o consuetudinaria, es legal, y en consecuencia, se reputa legítimo.
- Si el poder está acorde al derecho positivo es legal y, por ende, pasa por legítimo.⁽²⁷⁾

(26) H. Kelsen. *Teoría General del Estado*. Ed. Nacional. México. 1965, p. 141.

(27) Otros autores que han establecido el paralelismo entre legalidad y legitimidad han sido Maurice Duverger, que en “*Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de fait*”, establece:

“La legalidad de un gobierno reside en su conformidad con las disposiciones de los textos o de las costumbres

4.3. ¿CONSTITUCIÓN O LEY FUNDAMENTAL?

En resumen, amparándose en estos procesos históricos: la confusión entre democracia y representación, por un lado, y entre legalidad y legitimidad, por otro; es que se ha llamado democrático a algo que desde el punto de vista de la teoría constitucional democrática es inaceptable:

1. La toma de decisiones que afectan la vida de todos los ciudadanos por parte de representantes que no están vinculados a las órdenes de los representados: la concepción de la representación liberal constituye al elegido en representante no del cuerpo electoral que lo eligió sino, en supuesto representante de ese ente abstracto que se llama la “nación”. Además, esta representación consiste en dar a quien resulta elegido, el derecho a opinar y hablar en nombre de toda la nación que no lo eligió.
2. Y ello, sin necesidad de, una vez tomada la decisión, preguntarle al pueblo su opinión sobre la misma: el simple hecho de que el procedimiento para la adopción de estas decisiones se adecue a la racionalidad de los procedimientos jurídicos, es decir, a las exigencias y requisitos fijados legalmente para la adopción de las mismas (exigencias y requisitos establecidos, a la vez, por los representantes sin preguntarle al pueblo), es condición suficiente para dotar de legitimación, fuerza y valor jurídico la decisión.

De ahí que al texto constitucional portugués de 1976, a pesar de que su aprobación y todas sus reformas se hayan hecho de espaldas a la ciudadanía, se le llame Constitución, cuando en realidad de los que

constitucionales anteriores a su establecimiento. Un gobierno es legal cuando está organizado de acuerdo a la Constitución en vigor, sea escrita o consuetudinaria. Ahora bien, para nosotros el problema de la legitimidad no se plantea más que cuando se está en presencia de un gobierno que no cumple las condiciones precedentes, pues un gobierno legal es siempre legítimo, por definición misma” (M. Duverger. “Contribution à l’étude de la légitimité des gouvernements de fair”. *Revue du Droit Public*. 1945, pp. 55 y 73).

O Luís Legaz Lacambra (véase de este autor: “Legalidad y legitimidad”. En *Revista de Estudios Políticos*. CEPC. Madrid. 1958, p. 6).

se trata, por su forma de aprobación, es, como he dicho al inicio, de una Ley fundamental.

Ello contrasta con las últimas Constituciones aprobadas en América Latina, como la Constitución venezolana de 1999, la Constitución ecuatoriana de 2008 o la Constitución boliviana de 2009. Si bien, al igual que en Europa, en estos nuevos sistemas los parlamentos constituyen uno de los órganos de mayor relevancia en los ordenamientos constitucionales, esta relevancia ha de ser matizada. La actuación del parlamento está limitada por el principio de la soberanía popular. En las nuevas constituciones la soberanía reside en el pueblo y no en el parlamento que es sólo su representante. Por eso, en aquellos supuestos donde ya se ha pronunciado *directamente* la soberanía popular (la aprobación de la Constitución mediante referendo como ha pasado en Venezuela, Ecuador y Bolivia), los parlamentos no pueden actuar libremente, sino que necesitan de ratificación popular.

Si nos fijamos, por ejemplo, en el art. 411 del proyecto de Constitución boliviana,

“La reforma total de la Constitución, o aquella que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución, tendrá lugar a través de una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria, activada por voluntad popular mediante referendo. (...) La reforma parcial podrá iniciarse por iniciativa popular, con la firma de al menos el 20% del electorado, o por la Asamblea Legislativa Plurinacional, mediante Ley de reforma constitucional aprobada por mayoría absoluta. Cualquier reforma parcial necesitará referendo constitucional aprobatorio”.

Observamos un ejemplo claro de ello, lo mismo pasa en la Constitución venezolana de 1999 (art. 342.346). En estos casos, sí podemos hablar de auténticas Constituciones.

5. CONCLUSIONES

De lo presentado hasta aquí podemos sacar las siguientes conclusiones:

1. A diferencia de las leyes, que encuentran su fundamento de validez en normas vigentes sobre la producción jurídica, las Constituciones son textos jurídicos que no encuentran su fundamento de legitimidad en una norma precedente, sino en ser expresión directa de la soberanía popular.
2. De acuerdo con esto, los pasos típicos óptimos de un proceso constituyente legítimo y democrático para la aprobación de una Constitución, a diferencia de las leyes que se aprueban mediante el procedimiento legislativo establecido por la Constitución, son: la activación popular mediante referéndum de una Asamblea Constituyente, y la elección democrática por los ciudadanos de la Asamblea Constituyente encargada de redactar un proyecto de Constitución, que posteriormente y, para poder entrar en vigor, debe ser ratificado mediante referéndum por el pueblo, manifestando este último así que la interpretación que la Asamblea Constituyente ha hecho de la voluntad popular es la correcta.
3. Seguido este proceso, cualquier reforma constitucional posterior, parcial o total del texto constitucional, debe ser también ratificado popularmente. La actuación del parlamento debe estar limitada, siempre, por el principio de la soberanía popular. En las constituciones la soberanía reside en el pueblo y no en el parlamento que es sólo su representante. Por eso, en aquellos supuestos donde ya se ha pronunciado *directamente* la soberanía popular, en la aprobación de la Constitución, los parlamentos no pueden actuar libremente, sino que necesitan de ratificación popular.
4. En el caso del Portugal y de su actual “Constitución” aprobada en 1976 y reformada en diversas ocasiones posteriormente, nunca fue, después de su redacción, ratificada mediante referéndum por el pueblo, ni tampoco sus reformas, algunas de ellas muy importantes; y por tanto, su fundamento de validez no reside en la “legitimidad”, sino que es fruto de una tramitación y aprobación parlamentaria y por tanto, su fundamento de validez reside en la “legalidad”. Ello hace que, en el caso de la vigente

Constitución portuguesa de 1976, no se trate, a pesar de su nombre, de una “auténtica Constitución”, sino de una Ley. Una Ley Fundamental ya que regula las normas fundamentales de todo ordenamiento jurídico, pero al fin y al cabo, una ley.

5. Al igual que la Constitución portuguesa, existen otros textos que, ni en su aprobación ni en sus reformas, tampoco fueron nunca ratificados por la ciudadanía y se les llama “Constitución”.
6. Esta confusión que lleva incluso a juristas, políticos y politólogos que llamar Constituciones a textos legales que no lo son, es fruto de la tergiversación de la idea de democracia que ha tenido lugar en la iuspublicística contemporánea. Es a partir de los procesos históricos de confusión de los conceptos de: representatividad y democracia; y, legalidad y legitimidad, que se produce en el siglo XIX; que empieza a llamarse democráticos y, por tanto, empiezan a legitimarse socialmente, sistemas constitucionales como el portugués que, desde el punto de vista de la teoría constitucional democrática, no lo son.
7. Durante las últimas décadas, está apareciendo en Latinoamérica nuevos textos constitucionales que, a diferencia del constitucionalismo europeo, están recuperando la vieja doctrina del poder constituyente originario y el principio de soberanía popular. Entre ellos se encuentran las nuevas Constituciones de Venezuela, Ecuador y Bolivia.

BIBLIOGRAFÍA

- P. Bastid *L'idée de constitution*. Económica. París. 1985.
- J. Bodino. *Los seis libros de la República*. Aguilar. Madrid. 1973.
- J.F. Bulté. *Democracia y República*. Vacuidades y falsedades. En Revista Temas. No. 36. Enero-marzo. La Habana. 2004.
- G. Burdeau. *Traité de science politique IV. Le statut du pouvoir dans l'état*. Librairie générale du droit et de jurisprudence. París. 1983.
- P. Comanducci. *Ordine o norma? Si alcuni concetti di costituzione nel settecento*. En Studi in memoria di Giovanni Tarello I. Giuffrè. Milán. 1990.

- G. de Bergottini. *Costituzione*. En N. Bobbio, N. Matteucci (eds.). Dizionario di politica. UTET. Turín. 1976.
- L.A. Demirdjian y S.T. González. *La República entre lo antiguo y lo moderno*. En: *La Filosofía Política Moderna*. De Hobbes a Marx. comp.: Atilio Borón. CLACSO, Buenos Aires, 2003.
- L. Duguit. *Traité de Droit Constitutionnel*. Ancienne Librairie Fontemoing. Paris. 1921.
- M. Duverger. "Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de fait". *Revue du Droit Public*. 1945.
- J. Fernández. *El Tribunado: sus expresiones posibles en la crisis del actual modelo iuspublicístico*. Tesis para el grado de Doctor en Ciencias Jurídicas. Facultad de Derecho. Universidad de La Habana. 2005.
- V. Grisafulli. *Costituzione*. En Enciclopedia del novecento I. Istituto Della Enciclopedia Italiana. Roma. 1975.
- R. Guastini. *Estudios de teoría constitucional*. UNAM. 2001.
- R. Guastini. *Sobre el concepto de Constitución*. En M. Carbonell. *Teorías del neoconstitucionalismo*. Trotta. Madrid. 2007.
- P. Häberle. *El Estado Constitucional*. UNAM. México. 2003.
- H. Kelsen. *Teoría General del Estado*. Ed. Nacional. México. 1965.
- L. Legaz Lacambra. "Legalidad y legitimidad". En *Revista de Estudios Políticos*. CEPC. Madrid. 1958.
- G. Lobrano. *Modelo romano y constitucionalismo modernos*. Anotaciones en torno al debate iuspublicístico contemporáneo, con especial referencia a la tesis de Juan Bautista Alberdi y Vittorio Emanuele Orlando. Universidad Externado de Colombia, 1990.
- J. Madison. *El Federalista*, traducción italiana de B.M. Tedeschini Lalli. Pisa. 1955.
- J. Miranda. *La Constitución de 1976 en el ámbito del constitucionalismo portugués*. *Revista de Estudios Políticos*. CEPC. Núm. 60-61. Abril-septiembre, 1988.
- F. Modugno. *Il concetto di costituzione*. En *Aspetto e tendenze del diritto costituzionale*. Scritti in onore di Costantino Mortati I. Giuffrè. Milán. 1977.

- L. Paladin. *Diritto Costituzionale*. CEDAM. Padova. 1991.
- J. Pérez-Royo. *Curso de Derecho Constitucional*. Marcial Pons. Madrid. 1997.
- A. Tocqueville. *La democracia en América*. Fondo de Cultura Económica. México, D.F., 1957.
- M. Weber. *Economía y Sociedad*. Fondo de Cultura Económica. México. 1969.
- G. Zagrebelsky. *Società, statu e Costituzione. Lezioni di dottrina dello statu*. G. Giappichelli. Turín. 1988.
- H. Zinn. *La otra historia de los Estados Unidos (Desde 1492 hasta hoy)*. Siete Cuentos Editorial. New York. 2001.

DERECHOS REALES ADMINISTRATIVOS

Prof. Frank Álvarez Hernández^(*)
Abogado costarricense

(Recibido 05/07/10; aceptado 10/11/10)

(*) e-mail: frank.alvarez@ucr.oc.cr.

Teléfonos: 2207-4223 • 8335-9457

RESUMEN

Los derechos reales administrativos se otorgan a los particulares para el goce de bienes demaniales. La naturaleza jurídica de tales derechos implica una concurrencia de dos intereses: el público, por la reserva del bien a favor del Estado, y el privado, por el goce concedido sobre el bien a favor del particular. El análisis de esa naturaleza de los derechos reales administrativos se desarrolla en este estudio con la identificación de su estructura y sus vicisitudes.

Palabras clave: Derecho Administrativo. Derecho Municipal. Bienes demaniales. Derechos Reales Administrativos.

SINTESI

I diritti reali amministrativi sono assegnati ai privati per il godimento dei beni demaniali. La natura giuridica di tali diritti comporta una combinazione di due interessi: il pubblico, riservandosi il diritto di Stato, e il godimento privato del diritto concesso a favore della persona privata. L'analisi della natura dei diritti reali amministrativi è sviluppata in questo studio con l'identificazione della sua struttura e le sue vicissitudini.

Parole chiave: Diritto Amministrativo. Legge Municipale. Beni demaniali. Diritti reali amministrativi.

SUMARIO

1. Aspectos preliminares
2. De la estructura
 - 2.1. Del elemento subjetivo
 - 2.2. Del elemento objetivo
 - 2.3. Del contenido
3. De las vicisitudes
 - 3.1. Del origen
 - 3.2. De la extinción
4. Notas finales
5. Bibliografía

1. ASPECTOS PRELIMINARES

El patrimonio de una persona implica un haber y un deber porque de acuerdo con el profesor D. Gerard Cornu (1996:18-19): “Bajo un aspecto más económico, el activo se presta a una distinción. El capital constituye su materia sustancial. A veces es productivo (un inmueble alquilado que produce un alquiler, una cartera de títulos y valores muebles que produce dividendos). Llega a suceder que el capital sea aparente o provisionalmente improductivo (una biblioteca, una casa habitada por su propietario, una reserva de oro). A estos capitales se contraponen las rentas, que son recursos periódicos que se producen regularmente y que hacen entrar en el patrimonio de una persona valores apreciables en dinero. Son de diverso origen: rentas de bienes y capitales que provienen de un bien productivo (arrendamiento de un inmueble, rentas de una tierra alquilada, intereses de sumas prestadas), entradas por concepto de trabajo (honorarios profesionales, remuneraciones y salarios, etc.)... En estricta verdad, el patrimonio de una persona sólo existe en determinado día si, realizado un corte contable ese día, tiene expresión positiva, es decir, si presenta en ese momento un saldo acreedor (lo que resta del activo una vez deducido el pasivo que pesa sobre él). Pero fuera de esta muestra estática, que da visión fija de un día (o de la muerte), los elementos activos y pasivos del patrimonio pueden estar, durante su funcionamiento, en una relación variable”.

El contenido del haber recae sobre bienes materiales o inmateriales, respecto de los cuales se da una posibilidad valorativa económica. Los derechos son bienes inmateriales por excelencia. El vehículo automotor inscrito a nuestro nombre es un bien material cuya pertenencia al haber es fácil de determinar. El derecho de prenda que ostenta un tercero sobre ese vehículo es un bien inmaterial. Se observa, entonces, la situación de bienes inmateriales –derechos– que pesan sobre bienes materiales, y que son parte del patrimonio de la persona por el hecho de ser bienes también, aunque inmateriales.

Los profesores D. Ricardo Papaño, D. Claudio Kiper, D. Gregorio Dillon y D. Jorge Causse (2007:4-5) señalan que “Como bien dice Gatti, el Código Civil no contiene un concepto general de “objeto de los derechos”, lo que en cierto modo es apropiado por tratarse de una definición doctrinal, ajena a un cuerpo de leyes. Por ello, para este autor, el objeto de los derechos en general “está constituido por las cosas y por los hechos voluntarios, lícitos y posibles, que consisten en

la entrega de una cosa o en la ejecución o desistimiento de una acción. Las cosas son el objeto inmediato de los derechos reales; los hechos (de personas determinadas) son el objeto inmediato de los derechos personales o creditorios”. Nos parece insuficiente esta definición, pues deberían agregarse los propios derechos que en casos puntuales funcionan como objeto de los derechos reales, como veremos más adelante, y los bienes en sentido estricto... es decir, los objetos inmateriales susceptibles de valor, que constituyen el objeto de los derechos intelectuales”.

El Ordenamiento permite a la persona la titularidad de derechos sobre bienes materiales cuya característica esencial es el hallarse en el comercio de los hombres, es decir, admiten la apropiación o disposición por una persona, sea esta particular o el Estado. La interrogante es: ¿resulta admisible a favor de la persona particular la titularidad de derechos sobre bienes materiales que se hallan fuera del comercio de los hombres como son los denominados bienes públicos? Y aún más, en caso de ser admitida tal propuesta fáctica, ¿son derechos reales tales bienes inmateriales?

El profesor D. Jesús González Pérez (1984:13-15) señala sobre la discusión que “En 1908, al enfrentarse Hauriou con un arrêt del Conseil d’Etat, el arrêt de 25 de mayo de 1906 (“Ministerio de Comercio, c/ Ferrocarriles de Orleans”), registraba el giro que se había producido en la jurisprudencia del alto Cuerpo consultivo al configurar las facultades del concesionario sobre los bienes de dominio público. Y el Decano de Toulouse no vaciló en proclamar que estábamos en presencia de un auténtico derecho real, que existía toda una categoría de derechos reales administrativos. Ya en 1900, un civilista, Planiol, al publicar la primera edición de su Tratado, agudamente había observado que existía un grupo de derechos especiales conferidos a los particulares por la Autoridad administrativa sobre el dominio público, a los que damos el nombre de concesiones, y que ofrecía la más grande analogía con los derechos reales. Y con anterioridad, dos de los grandes nombres de la ciencia del Derecho administrativo –Otto Mayer y Santi Romano– habían intuido la figura. Pero fue Hauriou quien le da su formulación más precisa, y poco después, la nueva categoría jurídica va a lograr la consagración definitiva en una célebre monografía: la “Teoría de los derechos reales administrativos”, de Rigaud. A partir de este momento, una acalorada polémica va a surgir en la doctrina de los principales países del continente europeo sobre la nueva categoría de la ciencia jurídica, que trasciende a nuestros días. Y así como Pequignot,

siguiendo la línea de Hauriou, va a admitir la figura en Francia, como en Alemania la admiten Forsthoff y Koelreuter, y en Italia Forti, Zanobinil y Ranelletti, en contra levantarán sus voces autores como Duguit, Berthelemy, Bonnard y Laubadére, que cerrará las páginas de su Manual proclamando que trasladar la figura del derecho real al campo del Derecho administrativo supone, más que una simple trasposición, una desnaturalización. La doctrina española e hispano-americana también se ha hecho eco de la polémica, y, al lado de los defensores de la figura, como Alcalá-Zamora, Álvarez Gendín y Villar Palasí, entre los españoles, y Villegas Basalvilbaso, Sarriá, Spota, Díez y Marienhoff, entre los americanos, es posible encontrar detractores, como Fernández De Velasco, Gabino Fraga y Chigliani”.

En primer término, dadas estas consideraciones, reconozcamos dos tipos de comercio jurídico: el privado y el público. El régimen jurídico de los bienes públicos es especial y se halla en función de su afectación a un interés público; mas, tal restricción a un interés público no excluye la posibilidad de aceptar que una persona particular sea titular de un derecho que recae sobre ese bien demanial, cuyo ejercicio se desarrolla en el comercio jurídico público.

Al respecto, nótese como el legislador costarricense de 1886 establece en el texto de los artículos 261º, 262º y 263º del Código Civil la posibilidad de un derecho al uso y aprovechamiento de los bienes públicos: “Son cosas públicas las que, por ley, están destinadas de un modo permanente a cualquier servicio de utilidad general, y aquellas de que todos pueden aprovecharse por estar entregadas al uso público. Todas las demás son privadas y objeto de propiedad particular, aunque pertenezcan al Estado o a los Municipios, quienes para el caso, como personas civiles, no se diferencian de cualquier otra persona. Las cosas públicas están fuera del comercio; y no podrán entrar en él, mientras legalmente no se disponga así, separándolas del uso público a que están destinadas. El modo de usar y de aprovecharse de las cosas públicas se rige por los reglamentos administrativos, pero las cuestiones que surjan entre particulares, sobre mejor derecho o preferencia al uso y aprovechamiento de las cosas públicas, serán resueltas por los tribunales”.

En referencia a tales textos legales, el profesor D. Alberto Brenes Córdoba (2001:38-39) explica que “Cosas públicas son aquellas que están destinadas al uso público, como los caminos, ríos, plazas; y también las que se hallan dedicadas a un servicio de utilidad general, como ciertos edificios del Estado. Las cosas públicas son nacionales, o

municipales, según que pertenezcan a la nación o al municipio. No existe entre unas y otras ninguna diferencia esencial, pues esta distinción tiene una importancia puramente administrativa. No todos los bienes nacionales o municipales tienen el carácter de públicos; tanto el Estado como el municipio pueden adquirir bienes que entran en su dominio privado, los cuales se rigen del mismo modo que los pertenecientes a particulares. Los bienes públicos se hallan fuera del comercio. Como tales bienes están destinados a fines de utilidad general y algunos se dedican a servicios permanentes e indispensables, conviene sustraerlos, y así se practica, a la movilidad y riesgos a que están sujetos los bienes particulares, poniéndose fuera del comercio, lo que significa que no pueden ser embargados, enajenados ni gravados de ninguna manera, si no es con autorización legislativa y con las formalidades establecidas al intento”. La idea de D. Alberto Brenes Córdoba de excluir los bienes públicos del “comercio” se orienta al comercio regulado según el Derecho Privado, pues para los derechos reales administrativos se acepta la idea de un “comercio” regido por el Derecho Público.

El comercio jurídico público implica la posibilidad para el Estado de ejercer directamente o por medio de una persona particular las actividades pertinentes para dar eficacia al interés público. Ese ejercicio que realiza la persona particular le importa la titularidad de un derecho sobre el bien, y por ello lo reconocemos como un derecho real, pero identificado como un derecho real administrativo por el uso de un criterio objetivo al ser un bien público sobre el que recae.

El comercio jurídico público no significa que el Estado desnaturaliza el bien, simplemente se otorga la posibilidad de desarrollar actividades sobre él sin enajenarlo del dominio público. El bien sigue siendo un bien sometido a este último y no al privado. Las características de inalienabilidad, imprescriptibilidad y no susceptibilidad de gravamen del bien público se mantienen inalteradas.

El professor D. Massimo Severo Giannini (2000:615) expone al respecto que “Distinti dagli usi speciali sono I diritti d’uso costituiti dalle concessioni di beni pubblici. Richiamando il # 135, per i caratteri generali del provvedimento, e quanto via si è avvertito a proposito delle diverse specie di beni pubblici e cose comuni, alle concessioni medesime provvedono le amministrazioni che hanno l’appartenenza o la gestione dei diversi beni (Lavori pubblici e Regioni per il demanio idrico, ANAS ora ENAS per le strade statali, Industria per le miniere,

Regioni per le cave e le acque minerali, ecc.); i procedimenti sono tutti ad istruttorie complesse, talora in contraddittorio (miniere, acque); il provvedimento costituisce nel concessionario un diritto di natura reale che si dice, genericamente, di uso. In effetti è solo in alcuni casi di uso in senso proprio (p. es. suolo pubblico per uso di ristorante e bar); altre volte è elemento di supporto di azienda industriale privata (p. es. molluschicoltura, cantieri navali), altre volte è consumazione della cosa (p. es. derivazione di acqua ad uso irriguo), coltivazione della miniera o della cava: si è posto in rilievo come miniere, cave e torbiere siano destinate per la loro stessa natura a sfruttamenti imprenditoriali). Nei contratti di concessione si regolano le obbligazioni del concedente e del concessionario, il canone di concessione, i diritti di controllo del concedente, le vicende dei beni alla fine del rapporto, e simili”.

El profesor D. Miguel Sánchez Morón (1997:57-59) señala en tal sentido que “A diferencia del uso común general y sin ningún tipo de dudas, el derecho al uso privativo de bienes de dominio público es un derecho real de naturaleza administrativa. Un derecho real que, con las condiciones que establecen las leyes, es transmisible, gravable y registrable y que en muchas ocasiones –aunque no siempre– se otorga mediante el pago de un precio público o canon. Pero debe quedar claro que es, en cualquier caso, un derecho de uso, diferenciado de la titularidad de los bienes de dominio público que, por definición, corresponde a una Administración pública... De cualquier forma, las concesiones demaniales crean derechos subjetivos de contenido patrimonial cuya pérdida por decisión o por causas imputables a la Administración es indemnizable, en los términos que señalan las leyes. Además, aunque puedan modificarse o revocarse unilateralmente, la modificación y la revocación es siempre causal, por lo que difícilmente puede entenderse que la posición del concesionario del uso privativo es una situación jurídica de precario”.

Así, es imposible constituir un derecho real privado sobre bienes de dominio público, pero sí es procedente la constitución de un derecho real sometido a un régimen especial que respeta la afectación de aquel dominio y que se reconoce como derecho real administrativo.

2. DE LA ESTRUCTURA

El derecho real privado se descompone en tres elementos: el subjetivo, el objetivo y el contenido. El primer elemento refiere al titular

del derecho –sujeto activo– y a los terceros –sujeto pasivo–. El objetivo, al bien sobre el que recae el derecho. El contenido, al acervo de facultades y obligaciones que implica la titularidad del derecho.

El derecho real administrativo soporta la misma descomposición, aunque el resultado tenga variables que marcan la diferencia entre aquel y el derecho real privado. En este sentido señala el profesor D. Jesús Luis Abad Herm (1999:83-84,93-94): “Actualmente en la mayor parte de la doctrina no se cae en actitudes negativas, tratando de establecer tesis jurídicas al respecto; pero, en cambio, se sigue cayendo en una manera de logicismo, que trae como resultado directo e inmediato la recepción constructiva de contenidos exclusivamente iusprivatísticos, al establecer la sustantividad de figuras, conceptos e instituciones que son generales y pertenecen al Derecho, sin aditamentos. Quienes tal cosa sostienen creen que el enunciado de las instituciones generales del Derecho, mantienen el carácter limitativo exclusivo, que pudo otorgarles una formulación unilateral de Derecho Privado. Sin caer en excesos teóricos, podemos anticipar nuestra opinión sobre la inconsistencia técnico-jurídica de tales “postulados generales de carácter negativo”, en primer lugar; y, en segundo lugar, nuestra decidida oposición a esa otra postura, más temible aún, desde el plano de la perspectiva científico-jurídica, de considerar que los conceptos jurídicos generales, se asientan en el ámbito del Derecho Privado, precisa y exclusivamente; o sea que esos conceptos del Derecho –genéricamente considerado– tienen el contenido que pudo darles el Derecho Civil a lo largo de su moldeamiento de siglos, reduciendo la extensión originaria que les otorgara el Derecho Romano, por ejemplo, y aumentando –lógicamente– su comprensión... Por eso ha dicho Spiegel que “La Teoría General del Derecho no es ni Derecho civil, ni Derecho Administrativo, sino Ciencia del Derecho a secas”. Hay, no cabe duda, error de visión panorámica en quienes pretenden que el Derecho privado tiene la norma o molde jurídico exacto de cada institución. Las instituciones sintéticamente vistas, a manera de ejemplos, no son figuras conceptuales propias de una u otra rama del Derecho que hemos contrapuesto. Tiene “una sola e idéntica unidad lógica”. En “ese complejo heterogéneo”, que es la realidad jurídica, tienen las instituciones “su sede originaria”. Al enfrentar esa realidad –según palabras de García de Enterría– cualquier revisión que no parta de sus propios datos se resuelve en un simple juego de palabras. Esa zona real está ocupada por estructuras positivas, históricas, sociológicas, políticas, etc. Por tanto, no podemos aceptar el módulo del Derecho civil para hacer un juicio axiológico sobre esa realidad jurídica general.

Una tal valoración pecaria, *ab initio*, de errónea y equívoca, indiscutiblemente. La verdadera diferenciación de las figuras jurídico-administrativas debe partir de esa base genérica, como hemos demostrado, especificándoselas en virtud de los principios de Derecho Público aplicables. Sin embargo, no olvidemos que el proceso histórico ha sido otro, por cuanto partió del punto medular de Derecho privado, que ofreció un continente ya moldeado a priori. Eso explica las dificultades de hoy y las famosas –por lo sostenidas, aunque hoy sean inactuales–, contradicciones en el adjetivo calificativo “administrativo”, que se aplica a las instituciones. Para nosotros no existe, jurídicamente, tal contradicción básica, aunque reconocemos el origen de esa visión, que hoy queremos rectificar y volver a su justo lugar. O sea elevándola al plano del Derecho. Sólo del Derecho. Creemos que el Derecho administrativo, por su parte, tiene ya la madurez necesaria para esa reivindicación jurídica”.

El profesor Eduardo Ortiz Ortiz (2002:108-109) amplía en relación con la defensa de una naturaleza iusadministrativa de los institutos que: “Un grupo de normas y la correlativa disciplina jurídica puede formar un ramo independiente de derecho cuando se dan los siguientes supuestos: a) Cuando la norma se refiere a una materia o conducta bien distinta de la que regulan otras normas; b) Cuando las faltas de previsión de las normas en cuestión, pueden ser suplidas con otras no escritas pero inferidas de las primeras, o, al menos, compatibles con la naturaleza de las materias común a todas. Lo dicho significa, en otras palabras, que un Derecho es autónomo cuando para llenar sus lagunas, es posible acudir a la analogía con normas que lo componen o a principios generales de Derecho enteramente propios, sin necesidad de utilizar reglas de estudios o regular materias distintas. El recurso a estas últimas viene a ser entonces, un medio último y en todo caso subsidiario para resolver la hipótesis jurídica en discusión. El Derecho Administrativo es autónomo porque cumple con los requisitos que este concepto implica. En efecto, regula la actividad llamada administración, que se expresa a través de actos y contratos bien distintos de los que son propios de otras funciones del Estado, y sobre todo, está inspirado en la prevalencia del interés público sobre el del particular”.

Se advierte, por ende, que aquella descomposición estructural no debe identificarse con el fenómeno de la privatización de institutos iusadministrativos, ni con el fenómeno de la publicización de institutos iusciviles. El reconocimiento de una estructura del derecho real administrativo no implica una simple traslación de la estructura del derecho

real privado, en su lugar, se reconoce la existencia de una metodología de análisis aplicable a cualquier instituto de cualquier rama del Derecho, en este caso a la iusadministrativa.

2.1. Del elemento subjetivo

La titularidad del derecho real administrativo parece un asunto de fácil determinación, sin embargo, la participación del particular y los terceros obliga a un examen de cuidado.

El sujeto activo es la persona física o jurídica a la cual el Estado le otorga el ejercicio de las actividades pertinentes para la eficacia del interés público. Esta idea no excluye en el primero un fin propio de naturaleza privada. La exigencia es clara: el interés privado se debe desarrollar en concordancia con el interés público.

La capacidad de actuar es el primer requisito exigido al particular, capitalmente por razones de imputabilidad, al igual que sucede en los derechos reales privados. El legislador exige en la mayoría de los casos que la persona física sea nacional del Estado y en caso de aceptar la titularidad para una extranjera, a ésta se le requiere el estatus previo de residente por un período quinquenal o decenal.

En el caso de la persona jurídica se exige que la misma tenga un porcentaje de capital nacional, siendo el cincuenta por ciento el recurrente; y cuando se admite la participación de una persona jurídica de capital extranjero, se le obliga a abrir una sucursal con domicilio en el territorio nacional. Esto cuando se trata de personas jurídicas cuyo fin primordial es el lucro, pues en algunos casos únicamente se permite la titularidad a las personas jurídicas sin aquel fin.

Sin embargo, considérese que con las políticas de globalización (principalmente a nivel comercial) se ha venido a eliminar en algunos casos el requisito de la nacionalidad de la persona física y del capital de la persona jurídica.

El sujeto pasivo se reconoce como toda persona. En el derecho real privado se admiten los efectos *erga omnes* para el ejercicio y la defensa del mismo. Así, el sujeto activo tiene una potestad defensiva contra cualquier tercero que amenace o violente el ejercicio de su derecho. En tratándose del derecho real administrativo, la potestad

defensiva la ejecuta el sujeto activo contra terceros y en ciertos casos incluso contra el mismo Estado.

La dinámica del comercio impone en algunos Ordenamientos variables al elemento subjetivo. Una de esas variables es la constitución de subderechos reales administrativos, algunos con una existencia accesoria del derecho real administrativo, y otros con una existencia autónoma que les imputa la calificación de derechos reales administrativos y no subderechos. Ejemplo de estas situaciones se da con los proyectos inmobiliarios de condominios –habitacionales y comerciales principalmente– sobre bienes de dominio público con uso privativo; verbigracia, la Administración –nacional o local– otorga una concesión de un sector de playa –zona marítimo terrestre– para que el concesionario –titular del derecho real administrativo– desarrolle la construcción y venta de apartamentos en edificios sometidos al régimen de condominios, de forma que los condóminos adquirentes son subconcesionarios, es decir, subtulares de un derecho real administrativo –sea calificado este último como accesorio o autónomo–.

2.2. Del elemento objetivo

Dos tipos de bienes cuya correspondencia subjetiva recae en el Estado existen: los bienes de dominio público y los bienes patrimoniales de la Administración. Los primeros se rigen por el Derecho Público; los segundos, por el Derecho Privado aunque con algunas especificaciones debidas a un fenómeno de publicización.

Al respecto señala el profesor D. Miguel Sánchez Morón (1997:20,48): “Lo que caracteriza a los bienes públicos es, por tanto, que su titularidad corresponde a una Administración pública (en sentido lato). El criterio esencial para identificar estos bienes es, pues, el criterio subjetivo de su pertenencia. A este criterio hay que añadir otro complementario. Se trata de bienes –ya sean materiales o incorporales, muebles o inmuebles o derechos reales sobre bienes ajenos– que se someten a un régimen jurídico especial, en todo o en parte diferente del aplicable a los bienes y derechos de que son titulares los sujetos privados. Este régimen jurídico es consecuencia, en gran medida, del estatuto constitucional de la Administración pública, de su posición institucional... Sin embargo, estas normas especiales o exorbitantes no alcanzan por igual a todos los bienes públicos. Es más, en algunos ordenamientos extranjeros el régimen jurídico aplicable a determinados

bienes de la Administración es, por entero, de Derecho privado. Así sucede, por ejemplo, en Italia con los bienes del denominado patrimonio disponibles, o en Alemania con los bienes que no están destinados a un fin público específico. En otros, como es el caso del Derecho francés y del nuestro, directamente inspirado en aquél, existe también una diferencia de principio entre los bienes afectados a fines públicos determinados, que constituyen el llamado dominio público, y los bienes que la Administración posee y utiliza como cualquier otro sujeto, que se conocen como bienes patrimoniales. Los primeros se someten por entero a normas de Derecho público, mientras que los segundos se regulan por el Derecho privado, aunque con algunos elementos singulares, de carácter iuspublicista... A diferencia de los bienes de dominio público, los patrimoniales son enajenables, si bien la garantía de los intereses públicos y de la objetividad con que debe actuar la Administración impone algunas cautelas competenciales y procedimentales y algunos límites a la facultad de enajenación”.

A los bienes de dominio público se les imputa dos tipos de uso: el uso por parte de la misma Administración y el uso por particulares. En cuanto al último, se identifican dos perfiles: un uso común y un uso privativo. Precisa el profesor D. Miguel Sánchez Morón (1997:54-56): “El uso común general es, por tanto, el uso público por antonomasia. Por ejemplo, el que cualquier persona puede hacer libremente de las calles, plazas y jardines públicos, de las carreteras y caminos, de las playas y costas o del mar territorial, de los ríos y lagos y de sus riberas, etc... el uso común general es un verdadero derecho, reconocido individualmente a cualquier persona, de carácter público y de configuración legal, semejante al que poseen los usuarios de los servicios públicos de carácter o ámbito universal... A diferencia del uso común general y sin ningún tipo de dudas, el derecho al uso privativo de bienes de dominio público es un derecho real de naturaleza administrativa. Un derecho real que, con las condiciones que establecen las leyes, es transmisible, gravable y registrable y que en muchas ocasiones –aunque no siempre– se otorga mediante el pago de un precio público o canon. Pero debe quedar claro que es, en cualquier caso, un derecho de uso, diferenciado de la titularidad de los bienes de dominio público que, por definición, corresponde a una Administración pública”.

En específico sobre el uso privativo refiere el profesor D. Juan Alfonso Santamaría Pastor (1999:525): “El uso privativo es el “constituido por la ocupación de una porción del dominio público, de modo que limite o excluya la utilización por los demás interesados” (art. 75.2.º

RBEL). Sus elementos característicos (y, por otra parte, obvios) son la ocupación física de un fragmento del bien demanial (p. ej., una determinada superficie de la calle para instalar un kiosco), la duración prolongada en el tiempo (esto es, superior a los supuestos normales de uso común) y su fin, consistente en la utilidad privada del usuario”.

El elemento objetivo de los derechos reales administrativos lo constituyen los bienes de dominio público con uso privativo, ergo, respecto de los cuales el Estado no ha impuesto imposibilidad de uso y disfrute a cargo de particulares. En este sentido indica el profesor D. Jesús González Pérez (1984:53-54) que “Cuando se trata de derechos reales administrativos, esta realidad sobre la que recae el haz de facultades reconocidas al concesionario no es otra cosa que una cosa de dominio público. Si se considera el dominio público como una propiedad administrativa, el objeto de los derechos reales administrativos será siempre la misma cosa que es objeto del dominio público.”. Señala en igual sentido el profesor D. Oscar Miguel Rojas Herrera (2006:343) que, al tratarse de derechos reales administrativos, “el objeto no puede ser otro que una cosa de Dominio Público”; así, verbigracia, son objeto del derecho real administrativo las áreas de playa –conocida en varios Ordenamientos como zona marítimo terrestre– o riberas de lagos y ríos.

2.3. Del contenido

El profesor D. Jesús González Pérez (1984:55) identifica el contenido del derecho real administrativo como el “conjunto de facultades que se reconoce a su titular sobre un bien de dominio público”. Conviene observar que ese conjunto deriva de un reconocimiento previo legislativo y reglamentario dictado por el Estado. Si bien se reconoce un acervo de actos ejercidos sobre el bien demanial, en tanto se califica el derecho real administrativo como un derecho de goce, tal acervo no deriva de la ocupación del particular sino de las venias iusadministrativas.

La lectura a *contrario sensu* del artículo 12° de la Ley 6043 sobre la Zona Marítimo Terrestre de 2 de marzo de 1977 determina un ejemplo de esta situación en el Ordenamiento Jurídico costarricense, así: en la zona marítimo terrestre es permitido con la debida autorización legal, explotar la flora y fauna existentes, deslindar con cercas, carriles o en cualquier otra forma, levantar edificaciones o instalaciones, cortar

árboles, extraer productos o realizar cualquier otro tipo de desarrollo, actividad u ocupación. Véase como la Ley regula el acervo de facultades con un requisito previo para su ejercicio: la autorización de la Administración.

En el caso de los derechos reales privados el titular no debe solicitar venia previa al Estado para ejercer los derechos que conforman su contenido, aunque si debe pedirla para la determinación del modo de ese ejercicio –verbigracia, para ejercer el *ius edificandi* el propietario debe solicitar autorización para construir el edificio con determinadas características–. En los derechos reales administrativos debe solicitar venia en ambos casos.

3. DE LAS VICISITUDES

Los derechos reales administrativos participan de las vicisitudes de los derechos reales administrativos; es el llamado “ciclo de vida” del derecho que da a su titular las condiciones de goce. Respecto del ejercicio debe verse supra el contenido. En cuanto al origen (o nacimiento) y la extinción conviene el siguiente análisis.

3.1. Del origen

El derecho real administrativo tiene cuatro principales modos de nacer: la Ley, la concesión, el permiso, y la prescripción. El Ordenamiento Jurídico de cada país admite todos o algunos de estos modos, el costarricense no admite actualmente el último.

La Ley implica que el derecho real administrativo es creado por disposición legislativa, sin necesidad de un ulterior acto administrativo emisor. Este modo obliga al establecimiento en la norma de las condiciones sustantivas y formales para el ejercicio y extinción del derecho, con posibles participaciones de Administraciones Locales únicamente para el control de su disfrute, y para la recaudación y el aprovechamiento de los (posibles) cánones.

La concesión y el permiso son actos de la Administración por los que se otorga el derecho de goce sobre bienes de dominio público. Respecto del primero señala el profesor D. Ernesto Jinesta Lobo (2002:452-453) que “...confiere un status jurídico, una situación jurídica

o un derecho, precisamente, su característica esencial estriba en caracterizarse por ser un acto administrativo creador de derechos. Existen dos tipos de concesiones: a) las constitutivas, que son aquellas por las cuales la administración pública constituye en los administrados nuevos derechos derivados del ordenamiento jurídico y que se forman ex novo (v. gr. concesiones especiales de dominio público como la explotación y aprovechamiento de las aguas de un río por una empresa para efectos de riego o la concesión sobre el área de uso restringido de la zona marítima terrestre) y b) las traslativas, en las que el derecho del concesionario nace como consecuencia directa e inmediata del traspaso de poderes propios del concedente (v. gr. concesiones de servicio público y de obra pública)... La concesión es otorgada *intuitu personae*, tomándose en consideración las condiciones y calidades del concesionario”.

El permiso se caracteriza por su precariedad y por corresponder a un régimen de tolerancia de la Administración. La precariedad conduce a un derecho débil que la Administración puede revocar en cualquier momento, sin que exista, para el permisionario, derecho alguno de indemnización.

Un tercer elemento se identifica para determinar la existencia de un permiso y no de una concesión: la poca relevancia jurídica económica y social del contenido del derecho. Refiere el profesor D. Miguel Marienhoff (1996:17-19) que el permiso “...en la generalidad de los casos se otorga con relación a objetivos de poca significación jurídica-económica-social; es decir, se otorga para menesteres sin mayor trascendencia. Por ejemplo: para que los respectivos comerciantes ocupen las aceras con sillas y mesas para uso de su clientela... La actividad que justifica el otorgamiento de un permiso, generalmente no tiene la suficiente jerarquía social como para justificar el otorgamiento de una concesión, cuya índole condice con el ejercicio o prestación de relevantes actividades económicas-sociales”.

El plazo de otorgamiento y el régimen de relevo del pago del canon pueden –aunque no necesariamente– diferenciar entre un permiso y una concesión. La última implica siempre la determinación de un plazo de vigencia, prorrogable o no; el permiso puede admitir un plazo, aunque lo común es la inexistencia de elementos temporales pues se parte del principio de precariedad. La concesión exige el pago de un canon, el permiso puede exigirlo o no, siendo lo común que no se exija debido a la poca significación jurídica-económica-social del contenido.

Respecto de la prescripción como causa adquisitiva de un derecho real administrativo deben realizarse dos precisiones:

- 1) No deben confundirse a) la prescripción de un derecho real sobre un bien privado del Estado –denominado también “bien patrimonial estatal”– y b) la prescripción de un derecho real sobre un bien de dominio público;
- 2) No debe confundirse a) la prescripción de un derecho real administrativo de goce que pesa sobre un bien del dominio público y b) la prescripción del derecho de propiedad que pesa sobre un bien del dominio público y cuyo titular es la Administración.

Respecto de la prescripción de un derecho real administrativo de goce que pesa sobre un bien de dominio público, procede señalar como ejemplo en el Ordenamiento Jurídico costarricense la regulada en los artículos 1º, 18º y 21º de la Ley de Aguas 276 de 27 de agosto de 1942 respecto del uso, por veinte años anteriores a la vigencia de la misma Ley, de aguas públicas que tiene como efecto el nacimiento del derecho de aprovechamiento de tal bien demanial.

La prescripción del derecho de propiedad que pesa sobre un bien del dominio público –y cuyo titular es la Administración– tiene en el Ordenamiento Jurídico costarricense un ejemplo que evidencia una tendencia a aplicar con rigidez el principio de imprescriptibilidad. Ese ejemplo es el regulado en el Transitorio III de la Ley 4558 de 22 de abril de 1970 (publicada en el Diario Oficial La Gaceta N° 104 de 12 de mayo de 1970 y derogada por la Ley 4847 de 4 de octubre de 1971 publicada en el Diario Oficial La Gaceta N° 206 de 14 de octubre de 1971) pues por tan solo durante un año se admitió la prescripción positiva de una porción de la zona marítimo terrestre debida a treinta años previos de posesión en forma quieta, pública, pacífica y a título de dueño.

3.2. De la extinción

El derecho real administrativo puede extinguirse por causales subjetivas u objetivas. Las primeras se relacionan con el concesionario; las segundas, con el bien y el título constitutivo.

Las causales subjetivas más aceptadas son: la renuncia, la falta de ejercicio del derecho, la muerte y la quiebra del titular del derecho real

administrativo, el incumplimiento de las obligaciones ordenadas en el título constitutivo.

Las causales objetivas más aceptadas son: la desaparición del bien, la desafectación del bien, la revocación del derecho por interés público, el vencimiento del plazo del derecho, la anulación del derecho por vicios en su constitución.

El derecho real administrativo se otorga para el goce de un bien demanial o para la prestación de un servicio público. En el primer caso procede la renuncia expresa del derecho sea o no aceptada por la Administración. En el segundo caso, la renuncia procede solamente si existe aceptación expresa de la Administración.

El primer caso implica una afectación a los intereses privados del titular del derecho y no –en tesis de principio– a los intereses públicos. La renuncia significa una afectación al patrimonio del particular y no al del Estado. Por ello, si la renuncia procede, las mejoras y demás construcciones que haya realizado el titular del derecho quedan a favor de la Administración y respecto de ellas es improcedente reclamo alguno.

La falta de ejercicio del derecho es su abandono. Es una forma de renuncia tácita al derecho. Esta causal implica igualmente una afectación al patrimonio del particular, cuyo efecto respecto de las mejoras y demás construcciones es también su destino a favor de la Administración sin procedencia de reclamo alguno.

La muerte del titular del derecho real administrativo implica la extinción de éste. Sin embargo, en algunos casos puede operar una novación subjetiva en lugar de la extinción. La novación subjetiva se produce porque los sucesores –herederos o legatarios– pueden continuar en la titularidad del derecho administrativo en sustitución del causante por el plazo original pactado. Mas, debe considerarse que la Administración aceptará tal novación únicamente en los casos en los que el sucesor cumpla con los requerimientos legales para ser sujeto activo del derecho real administrativo.

La quiebra del titular del derecho real administrativo conlleva la extinción de éste. La persona jurídica o grupo económico de hecho deja de existir y, por ende, su patrimonio –activos y pasivos– son objeto de inventario y disposición, siendo que algunos de sus elementos solo son inventariados y dados por extinguidos como sucede con el derecho real

administrativo. No se acepta la adjudicación del derecho real administrativo a favor de los acreedores.

El incumplimiento de sus obligaciones por el titular del derecho administrativo tiene como consecuencia la extinción del derecho siempre que se produzca una declaratoria de la Administración. Esa declaratoria debe darse dentro de la aplicación del debido proceso que haga efectivo el derecho de defensa del sujeto activo.

Como indica el profesor D. Jesús González Pérez (1984:70), si “el derecho real administrativo, como todo derecho real, recae sobre una cosa –en este caso de dominio público–, es indudable que la desaparición de la cosa implicará la extinción del derecho real sobre la misma constituido”. Esta causal extintiva no importa derecho alguno indemnizatorio a favor del antiguo titular del derecho real administrativo.

La desafectación del bien al régimen demanial tiene como consecuencias la extinción del derecho real administrativo y la sujeción del bien al régimen iusprivado. Desde un nivel físico el bien subsiste, pero desde un nivel iuspúblico el bien desaparece para “nacer” en el iusprivado; pasa de ser bien demanial a bien privado –sea de un particular o en calidad de bien patrimonial del Estado–. En este caso de desafectación si procede un derecho indemnizatorio a favor del particular respecto de a) las mejoras y demás construcciones que no pueda seguir gozando, y b) de los daños y perjuicios que le cause el acto administrativo de desafectación.

El profesor D. Jesús González Pérez (1984:68-69) refiere respecto de la revocación del derecho por un interés público que “La Administración puede, cuando lo exija un interés público al que está afectado el dominio, declarar extinguido el derecho real administrativo, aun antes de transcurrir el plazo durante el cual se otorgó... Cuando se trata de un derecho real a usar el bien del dominio público, su extinción es una consecuencia del carácter de precariedad típico del dominio; es unos casos, la Administración se reserva expresamente esta facultad y puede extinguir el dominio sin indemnizar a su titular... en otro, la extinción no puede declararse sin indemnizar a su titular”. Como se ha indicado, en el caso de permiso es normal la ausencia de indemnización, en el caso de concesión si resulta procedente la indemnización a favor del particular.

El vencimiento del plazo de vigencia del derecho real administrativo produce la extinción de éste. En la mayoría de los Ordenamientos se prevé la figura de la prórroga de la vigencia, sin embargo, esta debe ser solicitada expresamente y en un período determinado. A falta de acción del particular opera la caducidad del derecho a solicitar la prórroga, la extinción del derecho real administrativo y, por ende, la reversión concesional. La regla es la ausencia de reconocimiento de un derecho indemnizatorio a favor del particular respecto de las mejoras y demás edificaciones, sin embargo, en razón del valor de éstas se justifica, en algunos casos, la indemnización desde la tesis de la inadmisibilidad de un enriquecimiento injusto y excesivo del Estado.

La anulación del derecho real administrativo por vicios en su constitución tiene relación directa con los requerimientos exigidos para aquella. Así, se identifican requerimientos formales y sustantivos.

Los formales corresponden al procedimiento que debe cumplirse para la constitución, verbigracia: entrega de los formularios exigidos debidamente cumplimentados, observancia de los plazos para cada uno de los trámites, dictado de resoluciones o acuerdos fundados para el otorgamiento, firma del contrato por la Administración correspondiente.

Los sustantivos corresponden a requerimientos subjetivos u objetivos; ejemplos de los primeros son la nacionalidad o tiempo de residencia, y no tener las condiciones prohibitivas expresas para ser titular del derecho; casos de los segundos, el área sobre la que se otorga el derecho real administrativo no es bien demanial o, que a pesar de ser bien demanial, se prohíbe su goce por particulares.

El incumplimiento de los requerimientos formales puede implicar la extinción del derecho real administrativo otorgado o la subsanación de los defectos de procedimiento para la vigencia del derecho. La inobservancia de los sustantivos –subjetivo y objetivo– tienen como efecto la nulidad del derecho.

4. NOTAS FINALES

El derecho real administrativo se otorga a los particulares para el goce de bienes demaniales. Ese otorgamiento lo realiza la Administración con el cumplimiento de requerimientos formales y sustantivos –subjetivo y objetivo–.

La naturaleza jurídica del derecho de marras implica una concurrencia de dos intereses: el público –por la reserva del bien a favor del Estado– y el privado –por el goce concedido sobre el bien–. La prevalencia del primero deviene de la naturaleza del elemento objetivo, sea la demanialidad; además, se justifica en una característica asignada por la Ley, a saber la inalienabilidad.

El derecho real administrativo tiene niveles variados de “firmeza” para el particular titular. Por una parte la precariedad puede resultar preponderante como en el permiso, o puede ser débil como en la concesión. El nivel deviene de la asignación legislativa.

Los atributos de posesión, uso y disfrute, disponibilidad, transformación, exclusión y defensa, son reconocidos en el contenido del derecho real administrativo, mas con restricciones para su ejercicio, dada la prevalencia del interés público y la titularidad del dominio a cargo del Estado.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Abad Hernando, Jesús Luis (1999). *Estudios de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 2ª ed., 268 p.
- Barrantes Gamboa, Jaime Eduardo et al. (2006). *Ley 7933 Reguladora de la propiedad en condominio comentada, concordada y anotada con jurisprudencia*. San José, La Casa de Los Riscos S.A. Editorial Jurídica Diké, 304 p.
- Brenes Córdoba, Alberto (2001). *Tratado de los Bienes*. San José, Editorial Juricentro, 7ª ed., 438 p.
- Bulgarelli Céspedes, Víctor (1997). “El Control Jurídico de la Procuraduría General de la República sobre la Zona Marítima Terrestre”. En: *Aportes del Sector Justicia al Derecho Ambiental*. San José, Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia, pp. 83 a 115.
- Cornú, Gerard (1996). *Derecho Civil: Los Bienes*. San José, Editorial Juricentro, vol. III, 510 p.
- García de Enterría, Eduardo (1974). *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo*. Madrid, Editorial Tecnos, 165 p.
- Gatti, Edmundo (2005). *Derechos Subjetivos (poderes y facultades) y Relaciones Jurídicas (absolutas y relativas)*. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 190 p.

- González Pérez, Jesús (1984). *Los derechos reales administrativos*. Madrid, Editorial Civitas S.A., 2ª ed., 73 p.
- Jinesta Lobo, Ernesto (2002). *Tratado de Derecho Administrativo*. Medellín, Editorial Jurídica Diké, tomo I, 471 p.
- Marienhoff, Miguel (1996). *Permiso especial de uso de bienes del dominio público*. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot S.A., 76 p.
- Musto, Néstor Jorge (2000). *Derechos Reales*. Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, t. I, 790 p.
- Ortiz Ortiz, Eduardo (2002). *Tesis de Derecho Administrativo*. San José, Editorial Jurídica Diké – Editorial Stradtman, T. I, 421 p.
- Papaño, Ricardo José et al. (2007). *Manual de derechos reales*. Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 896 p.
- Rojas Herrera, Oscar Miguel (2006). “Protección del litoral en la legislación costarricense”. En: *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*. Alicante, Editorial Aranzadi S.A., pp. 341-360.
- Sánchez Morón, Miguel et al. (1997). *Los bienes públicos (régimen jurídico)*. Madrid, Editorial Tecnos S.A., 335 p.
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso (1999). *Principios de Derecho Administrativo*. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., vol. II, 715 p.
- Severo Giannini, Massimo (2000). *Istituzioni di Diritto Amministrativo*. Milano, Giuffrè Editore, 2ª ed., 705 p.
- Viquez Solís, Ronald (2007). *Régimen legal de la zona marítimo terrestre: ley y reglamento*. San José, Editorial Jurídica Continental, 523 p.

EL PLIEGO DE CONDICIONES ELECTRÓNICO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez^(*)
Catedrático Derecho Administrativo
Director del Doctorado en Derecho
Universidad de Costa Rica

(Recibido 13/07/10; aceptado 10/11/10)

(*) Premio Rodrigo Facio Brenes 2010 y Premio Catedrático Humboldt 2010.

Telfaxs (506) 2250-1160; (506) 2259-4844.

e-mail: jorgerp10@gmail.com; jorgerp9@yahoo.com

RESUMEN

El cartel o pliego de condiciones, constituye las reglas que las partes contratantes deben cumplir.

Es la propuesta negocial del Estado que los potenciales oferentes pueden impugnar o tratar de modificar.

Palabras clave: adquisiciones públicas, contrato, cartel o pliego de condiciones, administración pública, Estado.

ABSTRACT

The standard and mandatory of clauses constitutes the rules that the contracting parties should complete.

It is the negocial proposal of the State that the potential offerers can refute or to try to modify.

Key words: e-procurement, contract, contract clauses / contract specifications, Public Administration, State.

SUMARIO

Introducción

1. Concepto
2. Principios que debe proteger el cartel
3. Características del cartel
4. El cartel como límite inferior o mínimo
5. Partes que forman el cartel
6. Piezas que integran el cartel
7. Tipos de cláusulas del cartel
8. Uso de los medios electrónicos en lo que respecta al cartel
9. Criterio de la Procuraduría General de la República
10. El cartel puede divulgarse física y/o digitalmente
11. El cartel puede ser ampliado, modificado o anulado
12. Recurso administrativo de objeción o impugnación al cartel
13. El cartel prevalece sobre el contrato formalizado

Conclusión

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

El pliego de condiciones desempeña un papel clave en la contratación administrativa, ya que es una pieza esencial para la vida del futuro contrato estatal. Su funcionalidad se desempeña como las esenciales reglas de la contratación administrativa.

Con la gama de posibilidades que implica el gobierno digital, también la materia de la contratación administrativa se incorpora al terreno de las operaciones electrónicas o del comercio digital en cuanto a las adquisiciones del Estado.

El pliego de bases, instructivo, de condiciones, de cláusulas o cartel es fundamental para establecer las reglas a las cuales se debe someter a las partes contratantes, es decir, el Estado y los co-contratantes con él.

Se hará un repaso de los aspectos que estimamos relevantes a propósito del tema del cartel, incluyendo la innovación de los elementos electrónicos, propios del gobierno digital y del comercio electrónico en general.

1. CONCEPTO

El cartel o pliego de condiciones es un documento público, auténtico y que hace plena prueba, firmado por un funcionario competente en el ejercicio de sus funciones.

Este documento público contiene las condiciones o cláusulas técnicas, comerciales y jurídicas del respectivo contrato administrativo.

Es el artículo 51 del reglamento de la contratación Administrativa (RCL) el que afirma bajo el acápite de concepto que el cartel constituye el reglamento específico de la contratación.

Tanto en la expresión “es el reglamento de la contratación” como el que dice que el cartel es la ley entre las partes; obviamente, no son literalmente ciertas, pues el cartel no es un reglamento y menos una ley. Lo que las expresiones citadas quieren decir es que el cartel establece las reglas que regulan a las partes del contrato.

La Contraloría General de la República en las resoluciones administrativas del 2010: R-DCA-012 l 2010 y R-DJ-026, ha sostenido que el cartel es el medio idóneo para definir, en términos técnicos, claros, precisos, suficientes, concreto, objetivos y amplios las reglas que van a prevalecer en la tramitación del convenio.

2. PRINCIPIOS QUE DEBE PROTEGER EL CARTEL

El cartel debe proteger los principios propios de la contratación administrativa.

La sentencia No. 998-98 de la Sala Constitucional afirmó que los principios de esta contratación están contenidos en el numeral constitucional 182, que manda que la licitación es la regla para contratar; siendo, la contratación directa la excepción.

En la realidad, la situación –hecha pública y notoria– es a la inversa: el 84% de las compras del Estado se hacen por contratación directa; y, el 16% se realiza por medio de la licitación pública. Parece que no hay modo posible de hacer cumplir el mandato constitucional en aras de la transparencia, constitucionalidad y ética en las adquisiciones del Estado costarricense.

De acuerdo con esta sentencia y otras más de este Tribunal Constitucional, se estableció que los principios de la contratación pública tienen rango constitucional.

Algunos de estos principios son:

Buena fe

Transparencia

Eficiencia

Legalidad

Igualdad

Libre concurrencia o libertad de participación
(sentencia 998-98 Sala Constitucional)

Estos principios deben ser protegidos por el cartel.

Caso contrario, dará fundamento para impugnar el pliego de condiciones, en lo pertinente, ante la Contraloría General de la República.

3. CARACTERÍSTICAS DEL CARTEL

El pliego de condiciones debe presentar estas características:

Sencillez

Precisión

Certeza

Obligatoriedad

Legalidad

Seguridad

Claridad

Objetividad y Concreción (sentencia 998-98 Sala Constitucional)

Es decir, debe el cartel NO incurrir en lo contrario:

Complejidad

Ambigüedad, incertidumbre, confusión

Provocar duda, desconfianza

Cumplimiento voluntario y discrecional

Arbitrariedad y corrupción

Inseguridad

Oscuridad

Subjetividad y abstracción

4. EL CARTEL COMO LÍMITE INFERIOR O MÍNIMO

El pliego de condiciones establece un límite inferior que el oferente debe cumplir.

Si el que ofrece cotiza equipos, por ejemplo, con mejoras o ventajas que exceden el límite del cartel, para los efectos de la comparación de las ofertas, esas “extras”, no se toman en cuenta para la adjudicación, pero una vez adjudicada la oferta “con extras”, estas deberán ser entregadas a la Administración.

5. PARTES QUE FORMAN EL CARTEL

Cabeza

Referida a la entidad administrativa que promueve el contrato.

Cuerpo

Se ubican las cláusulas de todo tipo que componen el conjunto de condiciones reguladoras del contrato.

Cola

Parte final, donde se identifica el agente público que aparece como responsable de la publicación del pliego.

6. PIEZAS QUE INTEGRAN EL CARTEL

El pliego de bases, está conformado por varias piezas:

El aviso publicado en papel o de modo digital.

Folletos, catálogos, muestras, fotografías, planos, maquetas, diseños, etc.; que tienden a identificar bien el objeto del contrato.

Asimismo, las garantías, certificaciones y otros documentos que el cartel le pida a los oferentes.

Obviamente, el conjunto de las diversas y complementarias cláusulas o condiciones que regularán la futura contratación pública.

7. TIPOS DE CLÁUSULAS DEL CARTEL

Una recomendación práctica a los oferentes es que al redactar la oferta, indiquen de entrada que aceptan el cartel en su totalidad y se sujetan a él.

Cláusulas variables

Por ejemplo: relativas al precio, forma de pago, plazos de entrega, cuando son discrecionales y de rango.

Cada oferente establece en su oferta la propuesta que hace respecto de una determinada cláusula variable o abierta.

De este modo, la Administración puede ponderar la pertinencia de cada proposición, para los efectos de la adjudicación más adecuada a los intereses públicos.

Cláusulas invariables

Son aquellas fijadas por la Administración, teniendo el oferente la obligación de cumplirlas, so pena de quedar excluido del concurso correspondiente.

Por ejemplo: características técnicas del objeto de la negociación, cumplir con plazos de entrega determinados, entrega de garantías.

El artículo 54 del Reglamento de Contratación Administrativa, RCA, pone como ejemplos de estas condiciones las siguientes: capacidad financieras y experiencia del oferente; y, el cumplimiento de las especificaciones técnicas.

Las *condiciones invariables* son de cumplimiento obligatorio para los oferentes y su inobservancia conlleva la exclusión de la oferta (La Contraloría General de la República, resolución administrativa del 2010: R-DCA-0121).

Estas *cláusulas o condiciones invariables* de la oferta, no las puede cambiar el oferente ni aún en beneficio de la Administración. (La Contraloría General de la República, resolución administrativa del 2010: R-DJ-200).

Cláusulas mercantiles

Aquellas que son de carácter comercial, por ejemplo, entregas CIF, FOB; formas de pago, forma de rendir las garantías que se soliciten.

8. USO DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS EN LO QUE RESPECTA AL CARTEL

En la Ley de la contratación administrativa, LCA, su numeral 40 se refiere a este aspecto:

Artículo 40.-Uso de medios electrónicos.

Para realizar los actos previstos en esta Ley, la administración y los particulares podrán utilizar cualquier medio electrónico que garantice la integridad del documento y la identidad del emisor. Estos actos tendrán la misma validez y eficacia jurídica que los realizados por medios físicos.

En el Reglamento de esta Ley se definirán los actos susceptibles de transmitirse por medios electrónicos y sus formalidades.

Por su parte el Reglamento a esta ley, regula el uso de los medios electrónicos en procedimientos de contratación administrativa en los artículos 140 a 144.

Se define la aceptación del uso de los medios electrónicos en el terreno de la contratación pública, dándoles la validez y la eficacia de los medios manuales o físicos.

En este aspecto indico que la Directora General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa, del Ministerio de Hacienda, del Estado costarricense, Licda. Jeannette Solano García me envió este correo electrónico (12 de junio del 2009) que transcribo, dada la importancia de su contenido:

Si bien es cierto, que la Ley de contratación administrativa en su artículo 40 utiliza el uso de los medios electrónicos en las contrataciones administrativas y le da la misma eficacia del documento físico, debe tenerse presente el complemento de la Ley de firma digital, al ser dos normas complementarias.

(Nota: Ley de certificados, firmas digitales y documentos electrónicos, No. 8454 del 30 agosto 2005; el Reglamento de esta ley es el Decreto Ejecutivo No. 33018-MICIT del 20 marzo 2006).

Esta última otorga un efecto limitado a los certificados digitales, por unidades certificadoras no acreditadas ante la dirección de Unidades Certificadoras (artículo 10 del Reglamento a la Ley de Certificados y Firma digital, y documentos electrónicos).

Cito la situación que actualmente se da en el uso de los medios electrónicos, específicamente con la experiencia de CompraRED. Este sistema tiene digitalizadas todas las etapas del proceso de contratación, desde el inicio del trámite hasta su finiquito, todos los procesos se registran en línea, utilizando firma digital, a través de certificados digitales, los cuales están almacenados en dispositivos “token”. Estos certificados son emitidos por la Unidad Certificadora del Ministerio de Hacienda, y son utilizados para el uso de los sistemas CompraRED; TICA y Tributación Digital. Toda transacción que se realiza en CompraRED se firma digitalmente.

(Nota: Token de seguridad, token de autenticación o token criptográfico: es un dispositivo electrónico que se le da a un usuario autorizado de un servicio computarizado para facilitar el proceso de autenticación).

Los tokens electrónicos tienen un tamaño pequeño que permiten ser cómodamente llevados en el bolsillo o la cartera y son normalmente diseñados para atarlos a un llavero. Los tokens electrónicos se usan para almacenar claves criptográficas como firmas digitales, o datos biométricos como las huellas digitales. Algunos diseños se hacen a prueba de alteraciones, otros pueden incluir teclados para la entrada de un PIN.

Existen más de una clase de token de autenticación, tenemos los bien conocidos generadores de contraseñas dinámicas “OTP” y la que comúnmente denominamos tokens USE, los cuales no solo permiten almacenar passwords y certificados, sino que permiten llevar la identidad digital de la persona, (www.eswikipedia.org).

Declaraciones de Jeannette Solano García en La Nación, 20/01/10, pág. 19-A. Plan tratará de modernizar compras del Sector Público; periodista: Sergio Arce:

En compraRED se realizan procedimientos electrónicos, incluso la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa, ha promovido varias licitaciones de convenios marco, donde en el cartel se ha regulado la utilización de los medios electrónicos (las diferentes etapas del proceso incluso oferta electrónica),

asimismo actualmente las instituciones realizan las compras a través de catálogo electrónico o tienda virtual, totalmente electrónico, incluyendo la generación del pedido u orden de compra, la cual es notificada a través de compraRED al proveedor comercial.

Sin embargo, aún cuando se realizan procesos de contratación electrónica, a la fecha, en nuestro país no se ha podido implementar efectivamente la validez de los medios electrónicos con todos los efectos previstos en la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos, y su reglamento, donde se sustituya el documento físico por electrónico, con pleno efecto legal frente a terceros, sino que actualmente los certificados emitidos por certificadores no registrados, solamente tienen efectos para ser empleados como elemento de convicción complementario para establecer la existencia y alcances de un determinado acto o negocio.

Es, por lo anterior, que aún cuando se realizan procedimientos de licitaciones y contrataciones directas electrónicas; no se ha podido realizar los procesos totalmente electrónicos, eliminando en su totalidad los documentos físicos, porque hay algunas de las etapas (fase recursiva y la formalización contractual) donde, en virtud de la limitación antes indicada, la Administración debe conformar el expediente físico, para culminar con el proceso respectivo.

Por esta razón, es que esta Dirección General ha hecho la aclaración en forma reiterada, de que en tanto no se consolide en nuestro país la implementación de la firma digital tal y como está regulada en la Ley No. 8454 y su reglamento, los efectos jurídicos en el uso de los medios electrónicos, están limitados.

En Costa Rica, en colones, las compras públicas representan el 15% del PIB, es decir, 2.5 billones, de un total de 16.7 billones (PIB).

En el Gobierno de Costa Rica, existe otra plataforma digital de compras públicas, llamada Mer-link, de la empresa Samsung de Korea del Sur.

En este momento tanto *Comprared* (operando desde el Ministerio de Hacienda, desde hace unos ocho años) como *Mer-link* (operando desde una institución descentralizada denominada Instituto Costarricense de Electricidad, desde hace cerca de un año y medio) están actuando simultáneamente. El futuro de esta situación es impredecible.

9. CRITERIO DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

La Procuraduría General de la República es el abogado del Estado, de acuerdo a su ley reguladora No. 6815 del 27 de setiembre de 1982, artículo 1.

Dictamen C-168 del 2010 del 11 de agosto del 2010:

Este criterio concluyó lo siguiente:

- 1) Nuestra Constitución establece el deber de publicar las normas jurídicas y dispone que esa publicación se hará en el Diario Oficial. Si bien se determina que debe existir un Diario Oficial, no se establece cómo debe ser publicado o editado ese Diario Oficial o quién debe editarlo. Aspectos que se han dejado a la reglamentación por parte del Poder Ejecutivo. Es así como el Reglamento a La Gaceta permite una publicación electrónica de los Diarios Oficiales.
- 2) El Derecho Comparado nos muestra que el acceso y conocimiento del ordenamiento jurídico se garantiza, cada vez más, a través de publicaciones electrónicas de los diarios oficiales. Por lo que hoy en día la publicidad y el derecho de acceso al ordenamiento jurídico pueden ser alcanzados no solo con la publicación impresa sino también con la electrónica.
- 3) A partir del artículo 3 de la Ley de Firma Digital y Certificados Digitales, el ordenamiento costarricense claramente reconoce que existe equivalencia funcional entre documento físico o en papel y los documentos electrónicos o digitales. Dicho artículo obliga a interpretar cualquier norma jurídica en que se haga referencia a un documento, como comprensiva tanto al documento electrónico como al físico.
- 4) Corresponde al legislador establecer en qué casos no existe equivalencia funcional entre el documento impreso y el documento electrónico. Dado que entre los supuestos del artículo 5 de esa Ley no se encuentra la publicación electrónica de La Gaceta, puede sostenerse la equivalencia entre la publicación electrónica de dicho Diario Oficial y la publicación impresa.

- 5) A efecto de que se produzca la plena equivalencia entre la publicación electrónica y la publicación impresa se debe garantizar la autenticidad, integridad y conservación de La Gaceta como documento electrónico.
- 6) En la publicación electrónica de La Gaceta se deben adoptar las medidas de seguridad necesarias para garantizar estos aspectos y, en general, la inalterabilidad, la posibilidad de acceso y consulta por parte de toda persona en todo momento y espacio y la conservación por los medios que resulten pertinentes. Aspectos que son objeto de regulación por norma jurídica. Por lo que lo procedente es incluir en el Reglamento a La Gaceta o en una norma de rango superior las disposiciones necesarias en orden a la seguridad y accesibilidad de la referida publicación.
- 7) En consecuencia, se reconsidera el dictamen C-273-2005 antes citado en cuanto señala que la publicación solo puede ser realizada por medios impresos.

Dictamen No. C-077 del 05 de abril 2011:

Las conclusiones en este dictamen fueron las siguientes:

- 1) En el dictamen 168-2010 de 11 de agosto de 2010, la Procuraduría ya se pronunció por la equivalencia funcional entre La Gaceta impresa y La Gaceta electrónica.
- 2) En ese sentido, se considera que la publicidad y el derecho de acceso al ordenamiento jurídico, como fines de la publicación de las normas jurídicas, pueden ser alcanzados no solo con la publicación impresa sino también con la electrónica. Lo que no excluye que se mantenga la publicación impresa de La Gaceta como una forma de conservación y permanencia.
- 3) En igual forma, se ha acentuado la necesidad de que se adopten disposiciones tendientes a mantener la seguridad del documento electrónico, en particular para mantener la autenticidad, integridad e inalterabilidad de su contenido, para lo cual es necesario utilizar firma electrónica certificada. Así como que se creen las condiciones de acceso de toda persona a esa publicación, regulándose para supuestos en que dicha persona no cuente con internet o bien, presente condiciones de discapacidad que ameritan determinados requisitos para satisfacer ese acceso.

- 4) Para garantizar la accesibilidad y la seguridad indicadas, se deben establecer regulaciones en, al menos, el Reglamento a La Gaceta. Reformas que no han sido incorporadas al citado Reglamento.
- 5) Esa ausencia de regulación no excluye, sin embargo, la responsabilidad de la Imprenta Nacional en orden a la seguridad y accesibilidad de la publicación electrónica.

10. EL CARTEL PUEDE DIVULGARSE FÍSICA Y/O DIGITALMENTE

El pliego de condiciones puede ser dado a la publicidad por la vía del papel impreso en la Gaceta física o puede ser divulgado electrónicamente en la gaceta digital.

La Contraloría General de la República, en su oficio No. 9834 del 8 de octubre del 2010, así lo permite, con su equivalencia funcional a la Gaceta o periódico oficial.

11. EL CARTEL PUEDE SER AMPLIADO, MODIFICADO Y ANULADO

Dentro de los plazos respectivos, el pliego de bases puede sufrir ampliaciones, modificaciones o anularse.

La Administración Pública puede, de oficio, realizar esos actos respecto del cartel, de acuerdo a las necesidades que el interés público demande.

12. RECURSO ADMINISTRATIVO DE OBJECCIÓN O IMPUGNACIÓN AL CARTEL

El cartel puede ser atacado o impugnado.

El artículo 81 de la ley de contratación administrativa, (LCA) manda que el cartel puede ser impugnado, si es de una licitación pública ante la Contraloría General de la República y en los demás casos ante la propia Administración, dentro del primer tercio del plazo para presentar ofertas.

Estarán legitimados para impugnar el pliego de bases, manda el artículo 82 de la LCA, todo oferente potencial o su representante, cuando considere que hay vicios de procedimiento, violación de los principios fundamentales o se ha quebrantado de alguna forma el ordenamiento de la contratación administrativa.

También está legitimada para estos efectos, toda entidad legalmente constituida para velar por los intereses de la comunidad donde vaya a ejecutarse la contratación o sobre la cual surta efectos.

Es el numeral 170 del RCA, el que se refiere a esta impugnación.

13. EL CARTEL PREVALECE SOBRE EL CONTRATO FORMALIZADO

El contenido del cartel obliga a las partes contratantes. Por este documento público y auténtico, las partes quedan obligadas a su estricto cumplimiento.

El contenido de un contrato que contraría las reglas sustanciales del pliego de condiciones estaría incurso en causal de invalidez, que no puede convalidarse por el acuerdo entre las partes, pues están de por medio los intereses legítimos de los oferentes no seleccionados y de los particulares que no participaron frente a las reglas establecidas por el pliego de condiciones.

También se da un desconocimiento de los principios de igualdad, libertad de concurrencia, publicidad y transparencia, y, sobre todo, sería contrario al fin del contrato, pues otro concurrente habría podido satisfacer en mejor forma la necesidad de la comunidad.

No es posible, como regla general, desconocer el pliego de condiciones en la ejecución del contrato, y las administraciones no pueden realizar modificaciones o adiciones de los contratos estatales, con olvido de su precedente y del carácter mandatorio u obligatorio del pliego de condiciones.

Si el adjudicatario conviene en suscribir un contrato que se aparta de las reglas sustanciales del pliego, no puede considerarse como válido el contrato, pues desconoce el proceso de selección y los derechos de los oferentes e interesados no favorecidos (González, pp. 66 y 67, 2010).

El contenido del pliego de condiciones, de sus reglas de evaluación para el rechazo y ponderación de la propuesta, y las condiciones esenciales del futuro contrato limitan las facultades de la administración y de su contratista para modificar el contrato, puesto que sería desconocer el proceso administrativo adelantado y los principios que lo orientan.

Si la administración se sujetó a un pliego de condiciones como ley para las partes y definió unas reglas básicas para la evaluación y ponderación de las ofertas, no podría a su arbitrio desconocerlas para modificar el contrato. Si ello fuera así, cualquier proponente o no proponente pero interesado podría reclamar su derecho a ser evaluado bajo las nuevas reglas de modificación.

Lo anterior no implica que la administración no pueda realizar modificación durante su ejecución, teniendo en cuenta que la actividad contractual es sólo un medio para la satisfacción de la necesidad de servicio público de la administración y de sus poderes de dirección general y de responsabilidad para orientar el contrato al cumplimiento dese esos fines; y, aún de su adecuación frente a los cambios que demande el interés de la comunidad, bajo el *ius variandi*.

El contratista y la entidad están sometidos a lo dispuesto en el pliego de condiciones durante la ejecución del contrato. Sin embargo, es posible que luego se presenten situaciones sobrevinientes y nuevas necesidades que obliguen a modificar el contenido predeterminado en el pliego de condiciones, por razones de interés público (González, pp. 67 y 68, 2010).

En nuestro país, en algunas situaciones, se comprueba que el contrato se ubica por encima del cartel, lo cual es absolutamente nulo. Sin embargo, la presión de los intereses económicos y de los políticos, permite que los espacios encargados del control miren para otro lado.

El ejemplo es el contrato administrativo del aeropuerto internacional Juan Santamaría, licitación pública internacional No. 1-1998, cuya cláusula 27.4 establece que si existe una discrepancia o inconsistencia entre el cartel y el contrato, prevalecerá el contrato.

A su vez, la cláusula del contrato 2.1 amplió el objeto del contrato, respecto de lo que establecía el cartel, en dos rubros: financiamiento y construcción.

Efectivamente, la cláusula 1.B del cartel estableció el objeto del contrato en cuanto a: administración, operación, dirección, mantenimiento, rehabilitación, desarrollo y promoción del aeropuerto internacional Juan Santamaría.

En este negocio relativo al aeropuerto internacional Juan Santamaría, se usó anti-jurídicamente la figura contractual de la *gestión interesada*, para evadir el cumplimiento de la ley de concesión de obra pública con servicios públicos, ley No. 7762 del 22 de mayo de 1998, en lo que manda el artículo 2, párrafo dos, de esta ley:

Artículo 2, párrafo segundo:

Los ferrocarriles, las ferrovías, los muelles y los aeropuertos internacionales, tanto nuevos como existentes, así como los servicios que ahí se presten, únicamente podrán ser otorgados en concesión mediante los procedimientos dispuestos en esta ley.

En contra de este mandato legal, se hizo este negocio usando una figura contractual completamente impropia, llamada de *gestión interesada* (Romero-Pérez, 1999 y 2003).

CONCLUSIÓN

El tema del cartel o pliego de bases es vital por su rol de establecer las reglas de la contratación pública. Actualmente, la tecnología, agrega la comunicación de documentos por vía electrónica, de acuerdo a las seguridades pertinentes.

Parte de las debilidades en esta temática residen en la poca atención que se le da a los agentes públicos que laboran en las áreas administrativas que preparan y redactan los carteles, pues la capacitación permanente y adecuada, se descuida, junto con el renglón de los relativos bajos salarios que se asignan. A lo anterior, se le añade la relativa ausencia de planificación en este sector de las adquisiciones públicas. Todo esto explica, en parte, que los carteles se publiquen con defectos, que facilitan la impugnación a estos pliegos de bases y con ello, los posibles atrasos en los procedimientos de las compras administrativas.

Dicho de una forma general, se puede indicar que el Estado costarricense, ha descuidado la capacitación, reclutamiento, planificación, etc., en este vital campo de la contratación pública.

BIBLIOGRAFÍA

Acevedo, Amparo; y, Jairo Ramos. *Contratación estatal* (Bogotá: Ibáñez, 2009).

Alegría, Héctor. *Firma digital y derecho societario electrónico* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1998).

Araujo, Rocío, editora. *La ley No. 1150 del 2007* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2011).

Azuela, Antonio. *Las compras del gobierno* (México: UNAM, Instituto de Investigaciones Sociales, 2006).

Barahona, Carlos, et al. *Hacia un modelo de compras electrónicas costarricense* (San José: INCAE, 2009).

Merlink: estrategia para la adopción, apropiación e implementación de un sistema de compras electrónicas en Costa Rica (San José: INCAE, 2009).

E-procurement en Costa Rica (San José: INCAE, Working Paper, 2008).

Benavides, José Luis. *El contrato estatal entre el Derecho Público y el Derecho Privado* (Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2004).

Cadenas, Leandro. *Licitaciones e contratos* (Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2009).

Campos, Christian (editor). *La Contratación Administrativa y su reglamento* (San José: EUNED, 2007).

Cascante, Wagner; López, Carla; Zúñiga, Alfonso; Rodríguez, Rodrigo. *Suplemento especial La Contratación Administrativa* (San José: Contraloría Universitaria, Universidad de Costa Rica, Boletín Técnico Gestión y Control, julio 2007).

Cassagne, Juan Carlos. *El contrato administrativo* (Buenos Aires: LexisNexis, 2005); y

Enrique Rivero Ysern. *La contratación pública* (Buenos Aires: Hammurabi-Depalma, 2 tomos, 2007).

- Clara, Bibiana. *Manual de derecho informático* (Buenos Aires: Nova Tesis, 2001).
- Claro, Jorge. *Las compras y contrataciones del Estado en Centroamérica y República Dominicana* (Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, abril, 2007);

et al *Realidades, retos y desafíos de los sistemas de compras públicas* (Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, abril, 2006).
- Concha, Gastón. *Resultados en la medición de madurez de portales de compra de América Latina* (Washington, D.C.: BID, enero 2008).
- Cuello, Francisco. *Contratos de la Administración Pública* (Bogotá: ECOE ediciones, 2009).
- De Campos, María. *Lei de licitacoes e contratos da Administracao Publica* (Sao Paulo: Editora Saraiva, 2010).
- Del Piazzo, Carlos. *Acerca de la contratación pública electrónica* (Lima: Asociación de Estudios de Derecho Administrativo, Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico No. 1, 2006, monográfica dedicada al tema de la contratación administrativa).
- Dromi, Roberto (director). *Renegociación de contratos públicos en emergencia* (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2003).

Renegociación y reconversión de los contratos públicos (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998).
- Dussán, Jorge. *Elementos del contrato estatal* (Bogotá: Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2005).
- Fernández-Ruiz, Jorge. *Derecho Administrativo. Contratos* (México: Porrúa, UNAM, 2000).
- García de Enterría, Eduardo; Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo* (Madrid: Civitas, 2 tomos, 1999).
- Gasnell, Carlos. *¿Cómo contratar eficientemente con el Estado?* (Panamá: Sistemas Jurídicos S.A., 2003).
- Gómez, José (director). *Comercio electrónico en internet* (Madrid: Marcial Pons, 2001).
- González, Edgar. *El pliego de condiciones en la contratación estatal* (Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2010).

- González, Rodrigo. *La licitación pública y el contrato administrativo* (México: Porrúa, 2008).
- Guechá, Ciro. *Contratos administrativos* (Bogotá: Universidad Santo Tomás-Ibáñez, 2010).
- Guiridlian Javier. *Contratación pública y desarrollo de infraestructuras* (Buenos Aires: LexisNexis, 2004).
- Horvath, Miguel; Miriam Vasconcelos. *Direito Administrativo* (Sao Paulo: Editora Saraiva, 2009).
- Jinesta, Ernesto. *Contratación administrativa*; tomo IV del Tratado de Derecho Administrativo, (San José: Ius Consultec S.A. Ediciones Guayacán, 2010).
- Linares, Mario. *El sistema internacional de protección de la inversión de la inversión extranjera y los contratos públicos* (Lima: Grijley, 2006).
- López-Elías, Pedro. *Aspectos jurídicos de la licitación pública en México* (México: tesis de Doctorado en Derecho, UNAM, 1998).
- El contrato administrativo de compraventa internacional de alimentos* (México: tesis de Licenciatura en Derecho, UNAM, 1985).
- Lucero, Manuel. *La licitación pública* (México: Porrúa, 2004).
- Moraga, Claudio. *Contratación administrativa* (Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007).
- Nieto, Ubaldo. *Firma digital y comercio electrónico* (Madrid: Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, 1999).
- OECD. Organization of Economic Cooperation and Development. *Metodología para la evaluación de los sistemas nacionales de adquisiciones, sobre la base de los indicadores del grupo de trabajo del Banco Mundial*. Enero 2007.
- Organización de las Naciones Unidas. *Ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre comercio electrónico*. 1996.
- Ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la contratación pública de bienes, obras y servicios, con la guía para su incorporación eventual al derecho interno*, 1993.
- Pastrán, Jorge. *Del gobierno en línea a la contratación electrónica* (Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2010).

- Pérez, Alejandro. *Renegociación de contratos públicos* (Buenos Aires: LexisNexis, 2002).
- Pinochet, Ruperto. *Contratos electrónicos y defensa del consumidor* (Madrid: Marcial Pons, 2001).
- Polanco, Hugo. *Formación del consentimiento en la contratación electrónica* (Bogotá: Universidad del Cauca-Ibáñez, 2010).
- Ramos, Daniel. *Licitación pública* (México: Escuela Nacional de Administración Pública, 2004).
- Raventós, P. *E-procurement en el sector público* (Santiago, Chile: Chilecompra, 2006).
- Reajtman, Mario. *Régimen de contrataciones de la Administración Nacional* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010).
- Rengifo, Ernesto. *Comercio electrónico* (Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2002).
- Restrepo, Manuel, editor. *Retos y perspectivas del Derecho Administrativo* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2009).
- Romero-Pérez, Jorge Enrique. *La contratación administrativa* (San José: EUNED, 2002).
- Derecho Administrativo* (San José: EUNED, 2002).
- La contratación pública* (San José: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2003).
- Contratos públicos y aeropuertos* (San José: Editorial Lex, 1999).
- La contratación administrativa electrónica* (San José: Universidad de Costa Rica, suplemento de ciencia y tecnología, mayo del 2009).
- Las compras públicas verdes* (San José: Revista de Ciencias jurídicas No. 120, 2009, Universidad de Costa Rica. Colegio de Abogados).
- Los tribunales administrativos en la contratación pública* (San José: Revista de Ciencias Jurídicas No. 123, 2010, Universidad de Costa Rica, Colegio de Abogados).
- Safar, Sofía. *Análisis económico de los procedimientos de selección del contratista del Estado* (Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2009).

- Santamaría, Juan. *Fundamentos del Derecho Administrativo* (Madrid: editorial Ramón Areces, 1991).
- Santanna, Gustavo. *Direito Administrativo* (Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2009).
- Sarra, Andrea. *Comercio electrónico y derecho* (Buenos Aires: Astrea, 2001).
- Sarti, Néstor. *Contrataciones públicas* (Buenos Aires: Ad Hoc, 2005).
- Schapper, Paul; y, Joao Veiga Malta. *¿Cómo hacer para que el Estado compre mejor?* (Argentina: revista Gobiernodigital, No. 3, 2004, versión digital, www.gobiernodigital.org.ar)
- Solera, José. Antonio *Jurisprudencia de contratación administrativa* (San José: Arisol consultores, 2011).
- El cartel de la licitación* (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 2001).
- El recurso de apelación en las licitaciones* (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 2005).
- UNIDROIT. *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales*, 2004.
- Vega, Mariela; Alejandro Ordóñez. *Contratación estatal* (Bogotá: Temis, 1999).

**LENGUAJE INCLUSIVO Y LATÍN JURÍDICO:
UN FENÓMENO DE LAS INSTITUCIONES DE GAYO**

Prof. Henry Campos Vargas^(*)
Abogado costarricense

(Recibido 22/07/10; aceptado 10/11/10)

(*) El autor es abogado litigante. Ha impartido los cursos de Derechos Reales, Derecho de la Contratación Privada y Derecho Romano en la Universidad de Costa Rica. Es filólogo clásico con una Maestría en Literatura Clásica. Actualmente se desempeña como Director del Departamento de Filología Clásica de esta Universidad.

e-mail: hcamposv@yahoo.es

Teléfono: 2511-5659

RESUMEN

En las instituciones de Gayo se encuentran importantes indicios del empleo de lenguaje inclusivo. Este artículo pretende mostrar su uso y su pertenencia a este registro lingüístico.

Palabras clave: Gayo, instituciones, derecho romano, mujeres, lenguaje inclusivo.

ABSTRACT

In Gaius institutions there are some important indications of the use of inclusive language. This article aims at showing its use and affiliation to this linguistic register.

Keywords: Gaius, Institutions, Roman law, women, inclusive language.

SUMARIO

1. ¿Qué es el lenguaje inclusivo?
2. Lo femenino en la lengua latina
3. Lo femenino en las instituciones de gayo

A modo de conclusión

Bibliografía

1. ¿QUÉ ES EL LENGUAJE INCLUSIVO?

El *Diccionario de términos filológicos* de Fernando Lázaro con la entrada *inclusivo* señala:

Se denomina así un tipo especial de número plural, que afecta a la primera persona, en las lenguas que tienen plural exclusivo. Consiste en considerar la persona *nosotros* como la suma de *yo+vosotros*, con exclusión de *ellos* (1987: 233).

En cambio, Marchese y Forradellas explican que:

Se produce la inclusión de un subconjunto A' en un conjunto A, cuando todos y cada uno de los elementos de A' pertenecen también a A. Por ejemplo, los nombres propios están incluidos en la clase de los nombres. En la transcripción simbólica se expresará: A' C A (2000: 209).

En sentido semejante, aunque con una formalización mayor, puede verse el *Diccionario de terminología lingüística actual* (Abraham 1981: 249), donde se señala la hiponimia como un caso especial de inclusividad (conviene recordar que “se llama ‘hiponimia’ a la relación de inclusión de un término en otro” (Alcaraz 1997: 284).

Con base en estos criterios, destaca que el empleo del masculino, irónicamente, es un uso inclusivo del lenguaje. Empero, debe reconocerse que el concepto de *lenguaje inclusivo* en discursos feministas es una definición sistémica, es decir, propia de su enfoque. Grosso modo, parte de que:

no nombrar a las mujeres en discursos, textos e ilustraciones que hacen referencia al quehacer humano, a grupos sociales o a la sociedad, es invisibilizarlas. Esta acción es sexista porque sobrevalora lo masculino, a la vez que desvaloriza lo femenino y a las mujeres. Las desconoce como personas (CIEM 1992: 6).

Otra premisa importante en este tipo de discurso, es la concepción de que:

hablar de “hombre” o “el ser humano” como sinónimo de lo humano, expresa una concepción de lo humano centrada en lo masculino. Esta concepción es androcéntrica (ibid).

La búsqueda bibliográfica no ha sido exhaustiva. Sin embargo, al consultar en internet, es posible encontrar referencias directas, a manera de ilustración, considérese lo siguiente:

Nosotras, *como feministas, aspiramos a una sociedad de hombres y mujeres que sean personas*, donde no quede rastro de los aspectos injustos del ser femenino y ser masculino que hemos conocido, de esos patrones que se basan en la opresión, el desprecio y la explotación hacia todo un grupo humano, las mujeres. *La lucha por el lenguaje inclusivo* es la lucha por usar un lenguaje más justo, menos violento, esto es, un lenguaje que *no sea utilizado contra nadie como arma de exclusión y opresión en la sociedad*. Intentar ser sensibles a usar un lenguaje menos machista y masculinista *neutralizando los usos del masculino singular al sustituirlos por otras expresiones o por la inclusión también del femenino singular es un gesto democrático y civilizado*, fundamental, como dejar de usar expresiones que podrían herir a grupos que tradicionalmente han sido maltratados, por ejemplo, gente con una sexualidad o con rasgos físicos distintos a los del grupo dominante.

Por lo tanto, consideramos absurdo que se ridiculice la búsqueda y el uso espontáneo de un lenguaje que incluya a las mujeres como personas (Mujer Palabra 2009).

De lo anterior, se puede colegir que el lenguaje inclusivo es aquel que identifica y destaca el subconjunto femenino con el empleo de morfemas característicos de la oposición femenino/masculino o, al menos, que no se comprometen inmediatamente con lo masculino. De esta forma, es posible neutralizar las asociaciones masculinas de muchas enunciaciones.

2. LO FEMENINO EN LA LENGUA LATINA

El latín es semejante al español: se prefiere el masculino para referirse a ambos géneros. Así, la siguiente oración se escribe: *Antonius et filia capti sunt* (Antonio y su hija han sido capturados, con el participio en masculino para ambas lenguas). Sin embargo, cuando el verbo se ubica delante de los sujetos de persona, en latín el atributo puede concertar con el más cercano, fenómeno que no es posible reproducir en español, lo cual, también podía tener lugar cuando el emisor deseaba subrayarlos aisladamente (en este sentido, Valentí Fiol 1999: 12). Esta vía, permite una variación estilística del ejemplo anterior que permitiría al participio concertar con un sujeto femenino, aunque esté presente otro masculino: *Filia capta est et Antonius*. Adicionalmente, un adjetivo referido a varios sustantivos puede concertar con el más importante o el más cercano, lo cual, nuevamente, permitiría esta variación en el uso de la lengua (al respecto, puede consultarse (Segura Munguía 1983: 58-59).

Otra de las particularidades de la lengua latina a este respecto se aprecia en contextos donde, para evitar la ambigüedad al coincidir sujetos masculinos y femeninos, ciertas voces femeninas emplean formas distintas para el dativo y ablativo plurales, por ejemplo: *filiis et filiabus, libertis et libertabus, deis et deabus* (en lugar de escribir *filiis et filiis...*, ya que la forma plural de estos casos es idéntica para el masculino y el femenino, Valentí Fiol 1999: 10). El nivel morfológico adelanta la posibilidad, en latín, así como en español, de particularizar cada uno de los géneros en una oración.

3. LO FEMENINO EN LAS INSTITUCIONES DE GAYO

Los cuatro comentarios de las *Instituciones* manifiestan este fenómeno. En el primero, aparece el mayor número de ocurrencias, lo cual es consistente, por cuanto allí se desarrolla el derecho de las personas *-ius personarum-*. Está presente en menor grado en los comentarios segundo y el tercero, al tratar sobre las cosas *-res-*. El cuarto, al referirse Gayo a las acciones *-de actionibus-*, únicamente presenta en cinco oportunidades referencias a la mujer.

La primera mención a la mujer en las *Instituciones* de Gayo tiene lugar en el comentario primero a propósito de la manumisión:

Iusta autem causa manumissionis est, ueluti si quis filium filiamue aut fratrem sororemue naturalem aut alumnum aut paedagogum aut seruuum procuratoris habendi gratia aut ancillam matrimonii causa apud consilium manumittat (I,19).

Justa causa de manumisión es, por ejemplo, cuando alguien manumite ante el consejo a un hijo o hija, un hermano o hermana naturales, un alumno o pedagogo, o a un siervo para que sea su procurador, o a una esclava por motivo de matrimonio.

Aquí la forma correspondiente al masculino está acompañada por la correspondiente al femenino (*filium filiamue, fratrem sororemue*, sobre el mismo tema se emplea la variante *patrem aut matrem* –padre o madre– en I, 39) aunque también aparece de forma aislada la mención a las esclavas (*ancillae*).

Este fragmento ilustra *grosso modo* las dos principales formas de referirse a lo femenino en la obra: a) para ilustrar situaciones en que su condición es idéntica a la del varón; y b) para exponer una situación específica que compete solo a las mujeres.

Al explicar las implicaciones de la ley *Aelia Sentia* en materia de ciudadanía únicamente se menciona la condición de la esposa (*uxor* I, 29 y 30) del latino (categoría específica de algunos esclavos manumitidos) porque no hay correlativo masculino. Esta ley permitía al latino obtener la ciudadanía romana al cumplir un año su primer hijo varón. Sin embargo, ante la muerte de su esposo latino, a la cónyuge superviviente le asiste el derecho de probar haber procreado un hijo, para que, al cumplir un año, ella acceda a la ciudadanía romana. En este caso, no se habla de *uxor*, sino de *mater* (madre (I, 32). Aquí aparece la primera regla de extensión romana: *Quae uero diximus de filio anniculo, eadem et de filia annicula dicta intellegemus* (I, 32a. –ciertamente–, lo que hemos dicho del hijo de un año, lo mismo comprendemos como dicho de la hija de un año). Esta norma es enunciada de manera más general en I, 72: *quaecumque de filio esse diximus, eadem et de filia dicta intellegemus* (todo lo que hemos dicho del hijo, entendemos dicho de la hija). En el nivel lingüístico, esta norma general hace ociosa las repeticiones de la forma *filius filiaue*... y representa una vía adicional para referirse a lo femenino (distinta del empleo del masculino o de la diada masculino/femenino).

En este comentario primero, el tema de la ciudadanía se desarrolla paralelamente al del matrimonio. La mención del elemento femenino de la relación no se confunde en ningún momento con su homólogo masculino (por ejemplo, I, 56-94 excepto 57, 60, 65, 72, 73, 81-83). Entre estos pasajes de excepción, destaca la cita del principio de derecho de gentes *qui nascitur iure gentium matris condicioni accedit* (el nacido, por el derecho de gentes, adquiere la condición de su madre I, 78). I, 73 contraviene la norma general, al mencionar al *anniculo sit filius filiaue* (al niño o niña de un año). En igual sentido, I, 81 y 82 son construcciones pleonásticas menciones como *ex Latino et peregrina ... ex peregrino et Latina nascitur* (quien nace de latino y peregrina o de peregrino y latina) junto con *ex ancilla et libero ... ex libera et seruo nascitur* (el que nace de esclava y libre o de libre y esclavo).

De acuerdo con el orden de la obra, Gayo continúa con las adopciones, donde retoma la exposición diádica:

Imperio magistratus adoptamus eos, qui in potestate parentium sunt, siue primum gradum liberorum optineant, qualis est filius et filia, siue inferiorem, qualis est nepos neptis, pronepos proneptis (I, 99).

Por el poder del magistrado adoptamos a aquellos que están en la potestad de sus ascendientes, ya en el primer grado de los descendientes, como el hijo y la hija, ya en grado inferior, como el nieto y la nieta, el bisnieto o la bisnieta.

Mediante la negrita se ha destacado el verbo *est* (literalmente, *es* en singular, pero debe traducirse en español *son*, por cuanto se trata de un sujeto en plural) dado que aquí, como en otros lugares, Gayo emplea la norma gramatical que permite al verbo concordar con el sujeto más próximo para enfatizar a cada uno de sus miembros.

Las mujeres están en situaciones especiales, como no poder ser adoptadas de acuerdo con la autoridad del pueblo (I, 101), tampoco pueden adoptar a ninguna persona (I, 104), esto último, por cuanto no ejercen *potestas*. Esta se ejerce sobre varones y hembras (*masculi et feminae* -I, 109 y 117-), aunque la *manus* solo afecta a las mujeres (I, 113 y 115b).

La diferencia de género tuvo ligeras ventajas. Una de ellas se aprecia en el ámbito de la *mancipatio* (mancipación, forma empleada para liberarse de la *patria potestas* del *pater familias*). En I, 132 se lee:

Praeterea emancipatione desinunt liberi in potestate parentum esse. Sed filius quidem tribus mancipationibus, ceteri uero liberi siue masculini sexus siue feminini una mancipatione exeunt de parentium potestate: Lex enim XII tabularum tantum in persona filii de tribus mancipationibus loquitur (...)

Además, los descendientes dejan de estar bajo la potestad de sus ascendientes por la emancipación. Pero el hijo, por tres *mancipationes*, ciertamente, los demás descendientes, tanto de sexo masculino como femenino, por una *mancipatio* salen de la potestad de sus ascendientes: en efecto, la Ley de las Doce Tablas solo habla de tres *mancipationes* respecto de la persona del hijo (...)

Este mecanismo se aplicaba también para liberar de la *potestas* a los hijos adoptados, tanto varones como mujeres (I, 134). Se extendió, a su vez, a la liberación de la mujer respecto de la *manus*:

In manu autem esse mulieres desinunt isdem modis, quibus filiae familias potestate patris liberantur; sicut igitur filiae familias una mancipatione de potestate patris exeunt, ita eae quae in manu sunt una mancipatione desinunt in manu esse, et si ea mancipatione manumissae fuerint, sui iuris efficiuntur (I, 137).

Las mujeres dejan de estar bajo la *manus* por los mismos modos por los que las hijas se liberan de la potestad del *pater familias*; así como las hijas salen de la potestad del padre por una *mancipatio*, así, las que están bajo la *manus*, dejan de estar bajo la *manus* por una *mancipatio*, y si por esta *mancipatio* fueran manumitidas, se hacen *sui iuris*.

Es este un derecho exclusivo de la mujer con algunas variantes como indica Gayo en I, 137.

En este tema, únicamente figuran tres apariciones de la diáda masculino/femenino en la forma *mancipati mancipataeue* (emancipados o emancipadas –I, 123–), *fili filiaeue* y *nepotes neptesue* (I, 127), estos dos últimos al tratar de la muerte de los ascendientes.

Al margen de esta práctica destaca la consagración como Vírgenes Vestales para salir de la potestad de sus ascendientes (I, 130).

Concluye el comentario primero con la institución de la tutela. La tutela perpetua de la mujer implicó que no pudiera ser identificada con la del varón impúber, lo cual permite comprender que en ocasiones aparezcan variantes de la díada *pupillus/femina* (*masculini sexus/femini* –I, 144–, *filio filiaque* –I, 145–, *nepotibus neptibusque* –I, 146–, *libertorum libertarumque* –I, 165–, *filium nepotemue aut pronepotem inpuberes, uel filiam neptemue aut proneptem tam puberes quam inpuberes* –I, 166–, *Latinarum et Latinorum inpuberum* –I, 167–, *feminarum tutelam... pupillorum tutelam* –I, 168–, *pupilli pupillaeue* –I, 182–, *in inter tutorem et mulierem pupillumue* –I, 184–, *pupillorum pupillarumue negotia* –I, 191–). Junto con éstas, coexisten reiteradas menciones que únicamente conciernen a las mujeres (*uxori, filia, nepti* –I, 148–, *uxori* –I, 149, 150, 151–, *femina* –I, 157–, *in his quae coemptionem faciunt* –I, 162–, *agnatorum tutelae in feminis* –I, 171–, *filiam neptemue aut proneptem* –I, 172–, *mulieribus* –I, 173–, *filiam neptemue aut proneptem* –I, 174–, *feminas* –I, 190–, *in tutela sunt feminae* –I, 193–, *ingenuae... libertinae* –I, 194–, *libertina ... femina* –I, 195–).

El curso de la exposición, destaca por la inclusión de elementos femeninos, por ejemplo, en la definición del parentesco cognaticio:

At hi, qui per feminini sexus personas cognatione coniunguntur, non sunt agnati, sed alias naturali iure cognati. Itaque inter auunculum et sororis filium non agnatio est, sed cognatio. Item amitae, materterae filius non est mihi agnatus, sed cognatus, et inuicem scilicet ego illi eodem iure coniungor, quia qui nascuntur, patris, non matris familiam secuntur (I, 156).

Pero aquellos que están unidos a través de las personas de sexo femenino por cognación, no son agnados, sino cognados por derecho natural. Así, entre el tío materno y el hijo de una hermana no hay agnación, sino cognación. Igualmente, el hijo de la tía paterna o materna no es mi agnado, sino mi cognado, e, igualmente, yo estoy unido a él por este derecho, porque los que nacen siguen la familia del padre, no de la madre.

En IV, 38 se ilustra la *capitis deminutio* en el caso de un hombre y una mujer:

Praeterea aliquando fingimus aduersarium nostrum capite deminutum non esse. nam si ex contractu nobis obligatus obligataue sit et capite deminutus deminutaue fuerit, uelut mulier per coemptionem, masculus per adrogationem, desinit iure ciuili debere nobis, nec directo intendi potest sibi dare eum eamue oportere; sed ne in potestate eius sit ius nostrum corrumpere, introducta est contra eum eamue actio utilis rescissa kapitis deminutione, id est, in qua fingitur kapite deminutus deminutaue non esse.

Además, en ocasiones fingimos que nuestro adversario no ha sufrido *capitis deminutio*. Por ejemplo, si un hombre o una mujer se han obligado con nosotros por un contrato y hubieran sufrido una *capitis deminutio*, como una mujer cuando realiza una *coemptio*, o un varón una adrogación, dejan de debernos por derecho civil y no se permite que podamos obtener directamente algo de él o ella. Pero para que no tengan el poder de evadir nuestro derecho, se introdujo una acción útil contra él o ella que cancela la *capitis deminutio*, esto es, por la que se finge que él o ella no han sufrido la *capitis deminutio*.

No es fácil reflejar en español el sintagma latino *capite deminutus deminutaue fuerit* (fueran de condición disminuido o disminuida) ni el complemento en *dare eum eamue oportere* (permitir que él o ella den). Sin embargo, a lo largo de todo este párrafo se aprecia el interés del jurista romano por destacar la aplicación del principio tanto para hombres como para mujeres, para lo que aprovecha los recursos existentes en la gramática latina.

En el párrafo 102 aparece el enunciado *cum de moribus mulieris agitur* (cuando se formula la acción por las costumbres de las mujeres), como ejemplo de una garantía exigida a quien ejerce una acción personal en atención al tipo de demanda promovida. Aquí no hay correspondencia masculina. Es una situación jurídica específica de las mujeres romanas.

En el 172 se indica:

item feminae pupillique eximantur periculo sponsionis, iubet tamen eos iurare. Igualmente las mujeres y los pupilos están exentos del peligro de la “apuesta”, sin embargo, se les ordena jurar.

El juramento era una imposición establecida por el pretor en cierto tipo de procesos que no presentaban riesgos de “apuesta” ni de pena por el duplo. Aquí, las mujeres no pueden ser designadas con el término genérico de “pupilo”, motivo por el cual era preciso y conveniente que se destacara por separado.

Al tratar de los mecanismos existentes en el proceso civil romano para rechazar a los litigantes temerarios ejemplifica el *iudicium contrario* (juicio contrario) de esta manera:

(...) et si cum muliere eo nomine agatur, quod dicatur uentris nomine in possessionem missa dolo malo ad alium possessionem transtulisse (...)

(...) y cuando se acciona contra una mujer por esta denominación, la que se conoce como “por el vientre”, donde, puesta en posesión (de una cosa de su hijo no nacido) la transfiere a otro con dolo malo (...)

Nuevamente, se trata de una situación atinente solo a la mujer romana.

Finaliza la obra con la última referencia a las mujeres, escasos cuatro parágrafos antes de concluir (183). Aquí, Gayo explica que no es posible llamar a juicio a cualquier persona de manera directa. En algunos casos, es precisa la autorización del pretor,

(...) uelut parentes patronos patronas, item liberos et parentes patroni patronaeue (...)

(...) como respecto de los ascendientes, los patronas y patronas, igualmente en relación con los descendientes y ascendientes del patrono y la patrona (...)

El comentario cuarto sintetiza los principales criterios aplicados para el empleo: a) referencia a una situación jurídica que únicamente concierne a las mujeres.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Las Instituciones de Gayo son un claro ejemplo de uso del lenguaje inclusivo en el derecho romano. La intencionalidad de este recurso se colige de las variaciones estilísticas alternativas a la enunciación admitidas por la gramática latina. Excepción hecha de aquellas situaciones que solo se referían a las mujeres, lingüísticamente era posible tratar de las mujeres a través de un uso genérico de la forma masculina o bien mediante el empleo de referencias generales de la forma: todo lo que hemos dicho del varón debe entenderse dicho respecto de las mujeres. Sin embargo, es evidente que Gayo no aplicó estas vías y optó preferentemente por la mención expresa de la mujer junto al varón en gran cantidad de oportunidades. La aparición de continuos referentes femeninos en esta obra hizo visible la presencia del conjunto humano de las mujeres en el entorno social de la época, así como su problemática para el derecho, aspecto en el que contrasta con la gran mayoría de obras jurídicas de occidente. Este uso oscila desde un rasgo meramente estilístico en algunos, hasta trascender a los planos ideológico-normativos.

BIBLIOGRAFÍA

- Abraham, Werner. (1981). *Diccionario de terminología lingüística actual*. Editorial Gredos. Madrid.
- Alcaraz Varó, Enrique y Martínez Linares, María Antonia. (1997). *Diccionario de lingüística moderna*. 1a edición. Editorial Ariel, S. A. Barcelona.
- CIEM. (1992). *Guía breve para el uso no sexista del lenguaje. Cómo usar lenguaje no discriminatorio en textos varios, presentaciones e ilustraciones*. Centro de Investigación en Estudios de la Mujer CIEM-UCR. Universidad de Costa Rica.
- Gayo. (1990). *Instituciones. Edición bilingüe*. Reimpresión a la 1ª edición. Editorial Civitas, S. A. Madrid.
- Lázaro Carreter, Fernando. (1987). *Diccionario de términos filológicos*. 7a reimpresión. Editorial Gredos. Madrid.
- Marchese, Angelo y Forradellas, Joaquín. (2000). *Diccionario de retórica, crítica y terminología literaria*. 7a edición. Editorial Ariel, S. A. Barcelona.
- Mujer Palabra. http://www.mujerpalabra.net/pensamiento/lenguaje/lenguaje_inclusivo.htm. Consultado el 25 de noviembre del 2009.
- Segura Munguía, Santiago. (1983). *Latín*. Anaya. Madrid.
- Valentí Fiol, E. (1999). *Gramática de la lengua latina*. Editorial Bosch, S. A. Barcelona.
- Valentí Fiol, E. (1999). *Sintaxis latina*. 19a edición. Editorial Bosch, S. A. Barcelona.

TOLERANCIA Y CONVIVENCIA PACÍFICA CON EL ISLAM

Prof. Francisco J. Campos Zamora^(*)

Abogado costarricense

(Recibido 30/07/10; aceptado 10/11/10)

(*) Profesor de la Universidad de Costa Rica. Estudiante de doctorado de la Christian-Albrechts Universität zu Kiel, República Federal de Alemania.

fcocampos@gmail.com

RESUMEN

La fe ha dividido a los hombres. La religión como instrumento cultural permite al ser humano entender su incierto lugar en la creación. No obstante, aquello que debería unir se ha tornado elemento disociador, al punto que un elevado número de conflictos políticos encuentra su origen en disputas religiosas. En ese sentido, el mundo islámico y el mundo occidental se polarizan cada vez más mediante un antagonismo confesional, en apariencia insuperable, obligando con ello a repensar el tema de la tolerancia. En este trabajo analizaremos una de las manifestaciones del conflicto “libertad religiosa-laicidad estatal” como desafío a la política de convivencia pacífica y diálogo entre religiones. Este dilema abarca no sólo lo místico, sino que incide en los programas de integración social de los inmigrantes. En un primer momento, abordaremos las líneas básicas del derecho a la libertad religiosa, posteriormente analizaremos la ideología presente en la laicidad estatal y por último, estudiaremos algunos de los problemas que han tenido lugar en Francia y Alemania con ocasión de la polémica por el uso del velo.

Palabras clave: Islam, tolerancia, laicidad estatal, libertad religiosa, conflictos religiosos.

ABSTRACT

Faith has divided men. Religion, as cultural instrument, allows humans to understand their uncertain place in creation. However, the element that is supposed to unite has become a dissociative aspect, to the extent a high number of political conflicts are rooted in religious disputes. In this regard, due to an apparently insurmountable confessional antagonism, the Islamic world and the West have become increasingly polarized. This situation demands us to rethink the issue of tolerance. Thus, this essay analyzes the conflict between “religious freedom and state laïcité” as a challenge for peaceful coexistence and dialogue among religions. This dilemma does not only refer to the mystical, but also affects the social integration of immigrants. The first part of this document refers to the basic aspects of the right to religious freedom. A second section examines the ideology behind state laïcité. Lastly, a study on the problems that have arisen in France and Germany in relation to the use of the Muslim veil has been included.

Keywords: Islam, tolerance, state laïcité, religious freedom, religious conflicts.

SUMARIO

Introducción

1. Libertad religiosa
 - a) Libertad religiosa en sentido filosófico
 - b) Libertad religiosa en sentido teológico
 - c) Libertad religiosa en sentido político-jurídico
2. Laicidad estatal
 - a) Laicidad en sentido filosófico
 - b) Laicidad en sentido teológico
3. Laicidad estatal en sentido político-jurídico
4. Libertad religiosa vs laicidad estatal: Los símbolos islámicos en Europa
 - a) El caso francés
 - b) El caso alemán

Conclusión

Bibliografía

“Y Alá lo hizo morir por cien años, luego lo animó y le dijo:
–¿Cuánto tiempo has estado aquí?
–Un día o parte de un día– respondió”.

CORÁN 2, 259

INTRODUCCIÓN

En 1954 Aldo Giordano, empleado de una compañía de seguros en Italia, se preocupaba por la cuestión de si era posible una verdadera amistad entre dos personas de distintas confesiones y fue así como decidió escribir una carta al Nobel de literatura Thomas Mann, quien, a través de sus obras, le había parecido bastante objetivo como para poder decidir por encima de una cuestión egoísta de opiniones.

La respuesta de Mann, hacia un desconocido, expresaba gran liberalidad y tolerancia, excluyendo fundamentalmente toda ideología en nombre de la religión y desenmascarando todas las consignas de destrucción por motivos religiosos, como profundamente perniciosas, sin importar la dirección en que se desarrollaran. El escritor consideraba que: “Hay muchas formas de fe, pero el mundo de lo religioso es sólo uno, y en el fondo todas las personas religiosas se comprenden entre sí”.⁽¹⁾

Esa coexistencia pacífica entre las religiones cobra aún mayor relevancia en el contexto de la polémica del velo. Posiblemente, a algunos el conflicto surgido en Europa, a raíz del uso del hiyab, les haya hecho pensar en el vaticinado choque de civilizaciones, vaticinado o promovido de tanto hablarse de ello, consolidando así la imagen hostil del Islam.⁽²⁾ El cumplimiento de esa triste profecía se favorece, si las culturas se conciben como compartimentos estancos. Lo contrario de semejante cosmovisión (*Weltanschauung*) es la confianza en la propia cultura y, al mismo tiempo, la predisposición para aprender. No se trata de negar las diferencias, sino de fundamentar el diálogo en el reconocimiento mutuo.

(1) Es gibt viele Glaubensformen, aber die Welt des Religionen ist nur eine, und im Gründe werden alle religiösen Menschen sich untereinander verstehen. La carta de Thomas Mann a Aldo Giordano de 1954 fue publicada por primera vez en el año 2005 en el tomo VI de “Thomas Mann-Schriftenreihe”.

(2) Cfr. Huntington, Samuel. *¿Choque de civilizaciones?* Tecnos, Madrid, 2003. Muy crítico de esa posición Küng para quien las representaciones del Islam como adversario resultan muy útiles a ideólogos, estadounidenses y europeos, que luego de la caída del enemigo soviético requieren un nuevo antagonista para justificar su desenfrenada política armamentista e imperialista. Küng, Hans. *El Islam. Historia, presente y futuro*, Trotta, Madrid, 2007, p. 19.

El tema de la convivencia pacífica y la tolerancia presenta múltiples aristas, que van desde la política interconfesional (conflicto entre distintas religiones), hasta la polémica frente a expresiones artísticas que utilizan figuras religiosas (conflicto libertad de expresión-respeto religioso).⁽³⁾ El presente trabajo analiza los principales aspectos del conflicto libertad religiosa-laicidad estatal, y pretende mostrar como la laicidad estatal, que usualmente se ha defendido como un instrumento para crear espacios públicos inclusivos y libres de discriminación por motivos religiosos, ha sido objeto de interpretaciones extremas que atentan contra la libertad religiosa, la autodeterminación y el derecho a la imagen.

Se enfocan los problemas de convivencia que tienen lugar en Francia y Alemania, en el tanto el conflicto ha escalado a mayores proporciones en esos países, adoptando la forma del choque oriente-occidente y convirtiéndose en un obstáculo para las políticas que pretenden facilitar la integración de los inmigrantes. Se abordarán las líneas básicas del derecho a la libertad religiosa (II), la ideología subyacente en la laicidad estatal (III) y algunos de los conflictos surgidos a nivel europeo del enfrentamiento libertad religiosa-laicidad estatal (IV).

1. LIBERTAD RELIGIOSA

Una de las mayores dificultades para determinar el concepto de libertad religiosa es la diversidad de nombres que esta recibe. Los autores hablan con frecuencia de libertad de pensamiento, de conciencia, de creencia, de asociación religiosa, de culto, al tratar la libertad religiosa. Más allá de esa discusión, se estudiará el triple sentido de la noción de libertad religiosa: el filosófico, el teológico y el político-jurídico.

a) Libertad religiosa en sentido filosófico

La libertad religiosa, en sentido filosófico, es equiparable a la libertad de pensamiento cual fue propugnada por los pensadores de la Ilustración. Es la liberación de todo pre-concepto dogmático, de toda

(3) Grimm, Dieter. *Multiculturalidad y derechos fundamentales*. Trotta, Madrid, 2007, p. 54.

traba confesionística que atribula al hombre. Esta concepción acepta que la fe es para el ser humano y no el ser humano para la fe; la libertad religiosa es una opción de la persona, pero esta no la ata a un destino ineludible. La libertad religiosa constituye el derecho absoluto a profesar las ideas religiosas y practicar el culto que cada uno estime correcto, de acuerdo con su visión del mundo, con absoluta independencia de su verdad o moralidad. Incluso la opción de un no creer es posible para quienes no ven satisfechos sus dilemas existenciales con respuestas de índole mítico-religiosa y se inclinan por un modelo de vida basado en una ética secular. De modo que la religión y el problema de Dios en el mundo son de naturaleza liberal, desde esta perspectiva filosófica.

Quienes postulan la libertad religiosa de esa manera colocan el acento no en el aspecto religioso, sino en la libertad. El ser humano es más importante, en el fondo, que Dios. Esa construcción se basa en el derecho de la persona a elegir las propias creencias y no creer en la existencia de una divinidad cuya existencia no han conseguido probar la filosofía, la religión ni la teología.

El teólogo se facilita las cosas en extremo arguyendo que el ateo es quien debe probar la inexistencia de Dios, aligerando excesivamente su carga y obligando a su contraparte a realizar algo imposible, cual es la prueba positiva de un hecho negativo. El problema radica en introducir un dogma justo allí donde se deben ofrecer argumentos sólidos. Se intenta conseguir el objetivo trazado, pero ante su imposibilidad se introducen frases ampulosas –a la espera de que nadie lo perciba– y, una vez superado el escalón faltante, se afirma que el objetivo ha sido alcanzado.⁽⁴⁾

b) Libertad religiosa en sentido teológico

En sentido teológico, la libertad religiosa no puede ser otra cosa que el libre despliegue doctrinal y moral de la única y verdadera religión revelada.

Toda tolerancia hacia aquello que contradice la verdad sería teóricamente absurda, desde la perspectiva de la hipótesis de una

(4) Albert, Hans. *La miseria de la teología*. Polémica crítica con Hans Küng, Editorial Alfa, Barcelona, 1982, p. 113.

posesión absoluta y objetiva de la verdad, por parte del hombre. De ese modo, cada Iglesia se presenta como intolerante dogmáticamente en tanto lo contrario implicaría renunciar a sí misma como depositaria de la verdad revelada. Sin embargo, busca la tolerancia práctica hacia los principios y formas de vida de las otras confesiones.⁽⁵⁾

Esa libertad religiosa constituye una manifestación de la dignidad humana que permite al Hombre buscar la verdadera fe, es inaudito perderse en posiciones agnósticas o ateas, como lo hace la filosofía. La libertad religiosa implica forzosamente una fe, una confianza en la verdad, el decantarse por el no-creer no es una salida a los problemas del mundo, sólo una mente materialista y sin valores puede degradar esa libertad a posturas que dan la espalda a los problemas más humanos.

Esa postura es clara en Küng para quien no existe una infraestructura evidente de la razón sobre la que pueda basarse la fe en Dios, pues en todos los argumentos tomados de la experiencia cabe preguntarse si realmente ellos realizan el tránsito de lo visible a lo invisible; de la experiencia a la trascendencia. De modo que tanto las diversas variantes del argumento cosmológico (Dios como causa eficiente) como las del argumento teológico (Dios como ordenador del mundo o causa final) no excluyen la duda de si tales pruebas llegan realmente a una causa o fin último no identificado con el yo, la sociedad o el mundo.⁽⁶⁾

Küng critica la fundamentación teórica de la existencia de Dios y se inclina por una que la demuestra a partir de la racionalidad de la realidad. Él opina que el sí a Dios implica una confianza radical fundada en la realidad. Quien afirma a Dios sabe por qué puede fiarse de la realidad. Contrario sensu, el ateísmo significa una confianza radical

(5) La libertad religiosa ha sido defendida por el Vaticano en su declaración: *Dignitatis humanae personae* de 1965 del Concilio Vaticano II. En este se declara que la persona tiene el derecho a la libertad religiosa, esto es, el derecho a la libertad religiosa se funda realmente sobre la misma dignidad de la persona, que se conoce por medio de la palabra de Dios revelada como a través de la misma razón. Al respecto Vaticano II. *La liberté religieuse. Déclaration Dignitatis Humanae Personae*, Les Éditions du Cerf, Paris, 1967, in totum.

(6) Cfr. Küng, Hans. *¿Existe Dios? Respuesta al problema de Dios en nuestro tiempo*. Ediciones cristiandad, Madrid, 1979, p. 727.

infundada en la realidad, pues no puede aducir ninguna condición de posibilidad de la realidad problemática. De manera que sólo el creyente puede encontrarse seguro en el mundo, en el tanto sabe a que atenerse bajo el supuesto de que Dios no lo engaña.

c) Libertad religiosa en sentido político-jurídico

La libertad religiosa, desde el sentido político-jurídico, no toma partido por la fe, la incredulidad ni la ortodoxia o la heterodoxia, sino que se coloca completamente aparte, en aquella lucha sin tregua. Su objetivo consiste en garantizar la libertad sobre la elección cualquiera que sea, no en determinar si el creer es más racional que el no-creer; el aspecto epistemológico le es indiferente. Consiste en crear y mantener en la sociedad un ordenamiento jurídico tal, que cada persona pueda conseguir los fines supremos, por su cuenta sin que los otros hombres ni el Estado, le puedan poner el más pequeño impedimento o causarle el más tenue daño.⁽⁷⁾

La concepción del fenómeno jurídico no puede ser reducida únicamente a consideraciones de corte normativista, lo cierto es que uno de los principales instrumentos jurídicos lo constituye la norma, donde existe derecho existen reglas estipuladas, a través de normas. La libertad religiosa no es ajena a ello, por el contrario, ya ha sido reconocida como un derecho básico en un gran número de cartas fundamentales e instrumentos de derechos humanos.⁽⁸⁾

(7) Vera Urbano, Francisco de Paula. La libertad religiosa como derecho de la persona. Estudio filosófico-jurídico, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971, p. 31.

(8) En ese sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos ha señalado: "Artículo 18. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia". Asimismo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre expone: "Artículo III. Toda persona tiene el derecho de profesar libremente una creencia religiosa y de manifestarla y practicarla en público y en privado".

El derecho individual de libertad religiosa se reconocerá donde quiera y será garantizado contra toda disposición legal y todo procedimiento administrativo que tendieren a imponerle taxativas políticas, económicas o sociales por motivos de religión; sin olvidar que tanto el Estado, al reconocer la libertad como el pueblo, al disfrutar de ese derecho deben cumplir con obligaciones recíprocas, en salvaguardia del orden público.

El Estado debe proteger a todos los grupos, tanto a las minorías como a las mayorías, contra cualquier limitación de derechos legales por motivos religiosos. El pueblo, a su vez, debe ejercer sus derechos con todo sentido de responsabilidad y en actitud de respeto por los derechos de los demás.⁽⁹⁾

Ahora bien, ¿Qué forma adopta el respeto por las creencias religiosas? ¿Cuándo se afirma que el derecho a la libertad religiosa se tutela o se violenta? Básicamente, toda religión incluye tres actos esenciales: una creencia, una forma de adoración y una conducta moral llevada a cabo de acuerdo con la creencia y la forma de adoración. El mínimum irreductible de protección para esta libertad requiere el derecho a guardar sus creencias, ejecutar sus actos de adoración y cumplir con el código moral, dado por su creador en el marco de las libertades de los demás individuos y del Estado de Derecho. La conducta moral contempla, en lo que nos interesa, el derecho de hacer visible la filiación religiosa por medio de la utilización de símbolos externos.

2. LAICIDAD ESTATAL

El tema de la laicidad se encuentra en el centro del debate político contemporáneo. Esa aparición, como señala García Santesmases, va acompañada por un gran estruendo provocado por una tergiversación sistemática de sus principios, así como una aplicación extrema de sus enunciados. Se le imputan realidades de las que no es responsable y posturas que nunca ha defendido.⁽¹⁰⁾ Con el objetivo de depurar la noción de laicidad de esas paternidades tan inverosímiles, se

(9) Howard, Jorge. *¿Libertad religiosa en la América Latina?* Editorial La Aurora, Buenos Aires, 1980, p. 29.

(10) García Santesmases, Antonio. *La "mala prensa" del laicismo*, p. 29. En: AA.VV., *Revista Internacional de Filosofía Política*, Madrid, Nº 24, 2004.

examinarán los alcances de este concepto, nuevamente, desde una triple concepción, filosófica, teológica y político-jurídica.

a) Laicidad en sentido filosófico

La laicidad, desde la perspectiva filosófica, pretende crear espacios libres de religión para el ser humano y liberarlo de las cargas metafísicas que lo han oprimido históricamente. La laicidad así como los procesos de secularización se caracterizan por liberar al mundo de sus concepciones religiosas, romper con los mitos sobrenaturales y desfatalizar la historia. El ser humano sale de la minoría de edad característica del pensamiento antiguo y se torna un adulto caracterizado por su mentalidad moderna. El universo simbólico del escenario religioso es apenas capaz de dar sentido e iluminar el camino a otros ámbitos de la historia. La filosofía deja de ser la esclava de la teología, propia de las épocas patristica y escolástica; la ética se torna autónoma, el arte se rige por las reglas de la estética y no por normas morales, y la cultura tiene el sello laico y no marcas religiosas.

Max Weber definía ese escenario con una expresión que ha hecho fortuna, “desencantamiento del mundo”, con la cual quería indicar que el mundo físico y cultural ya no estaba habitado por seres sagrados. El mundo es mundo sin aditamentos trascendentes en su origen, su evolución o su final. La naturaleza ha dejado de ser la cátedra donde la divinidad se revela y ya no transmite noticias de seres sobre-naturales; se contenta con lanzar mensajes inmanentes a personas ajenas a preocupaciones religiosas. Las ideas comienzan a ser juzgadas por su propia coherencia y no por su inclusión en el Index del inquisidor, el sello del “nihil obstat” ya no es necesario como criterio de imprenta.⁽¹¹⁾

La religión deja de ocupar el centro y pasa a la periferia; abandona los puestos de cabeza y se coloca al margen; ya no posee el monopolio del universo de sentido, de la ética, de la concepción del mundo ni del análisis de la realidad. Esta es simplemente una oferta de sentido en una cultura caracterizada por el fragmento y el pluralismo de dioses y valores, que tiene que validarse mediante el diálogo y confrontación con otras ofertas de sentido, religiosas o no (problema de la

(11) Tamayo, Juan José. *Fundamentalismo y diálogo entre religiones*. Editorial Trotta, Madrid, 2004, p. 30.

tolerancia religiosa). La religión no guía la política, la actividad económica ni los descubrimientos científicos; no debe ser un instrumento para la moralidad pública ni ejercer el control social de antaño.

La fase mitológica ha quedado atrás, las referencias a la divinidad no son válidas para sostener la idea de sujeto en el marco de la modernidad. Esta época trajo consigo la idea del ser humano como medida para sí mismo, en la cual la dignidad no depende de la semejanza con Dios, sino del reconocimiento como ser humano. Eso es precisamente lo que quiso señalar Nietzsche con su famoso pasaje “Dios ha muerto” (Gott ist tot), frase que ha sido entendida equivocadamente como una oda al ateísmo, pero que refleja la esencia de una época en la cual el peso de Dios debe dejar de abrumar al hombre y la percepción del ser humano se racionaliza.

b) Laicidad en sentido teológico

La laicidad, desde el punto de vista teológico, se presenta como una filosofía depravada que desea expulsar del ámbito público todo elemento religioso, considera las creencias religiosas como algo exclusivamente privado y realiza una cruzada contra las autoridades confesionales y las manifestaciones de fe en el ámbito público. En estos supuestos, la laicidad estatal se muestra intolerante y poco respetuosa de la libertad confesional.

La laicidad, desde el plano teológico, significa ausencia de valores e incapacidad de apostar por la justicia; olvida las lecciones derivadas de los regímenes autoritarios basados en una concepción materialista del universo y hace eco irreflexivo del credo everything goes, como adalid del posmodernismo. La dignidad del ser humano, la tutela de los individuos en situaciones de desventaja y, en general, todos los avances en materia de derechos humanos corren peligro de ser olvidados por la mentalidad de los hombres sin Dios.

Las consecuencias sociales de suprimir la tradición religiosa son abiertamente nefastas para la visión teológica y conducen a la autodestrucción del ser humano. El siglo XX ha visto ejemplos terroríficos por el surgimiento de religiones seculares o religiones de sustitución, el nacionalsocialismo en Alemania y la variante de socialismo aplicada en la antigua Unión Soviética, propuestas destinadas a erradicar, de manera violenta, la fe religiosa tradicional; totalmente indiferentes a los

derechos fundamentales y a los principios básicos del Estado de Derecho, las cuales han violentado el orden natural establecido por Dios y lo han sustituido por una cosmovisión materialista.⁽¹²⁾

Esta situación lleva a realizar un llamado religioso de peligrosas connotaciones políticas, el papel de las iglesias es preponderante en la conformación del voto electoral, caracterizando al triunfador como aquel capaz de conectar la sensibilidad ciudadana y de manifestar su esperanza de contar con el apoyo de Dios, a la hora de combatir el mal (Guerra santa, Guerra contra el terrorismo). Estas Iglesias consideran que el hecho de que algunos países hayan instaurado la laicidad y obviado el llamado religioso allana, en lo jurídico, el camino para un iuspositivismo perverso, el cual se niega a encarar los conflictos sociales del siglo XXI e ignora el despertar del iusnaturalismo que dio inicio luego de la Segunda Guerra mundial.

3. Laicidad estatal en sentido político-jurídico

Desde el punto de vista político-jurídico, la laicidad pretende crear espacios libres de religión, no para efectuar una liberación *per se*, sino para que esta no sirva como criterio exclusivo de legitimación. A diferencia de la posición teológica, desde un sentido político-jurídico es incomprensible y absurdo equiparar la laicidad con el nacional-socialismo, marxismo-leninismo, regímenes totalitarios o presentarla como una versión del relativismo posmoderno. El modelo laico se ha vuelto prácticamente indispensable en las sociedades plurales que desean desarrollar un marco de libertades y pacífica convivencia respetando los principios fundamentales del Estado de Derecho.

La laicidad en clave político-jurídica dista muchísimo de la caricaturización que de ella hace la teología, al conseguir que la ciudadanía no se ligue con la religión y evitar la tutela religiosa sobre la sociedad logra garantizar el respeto a todas las opciones espirituales, desde el marco del liberalismo y la tolerancia, diferenciando el ámbito del culto del espacio estatal.

Sin embargo, la laicidad no debe identificarse exclusivamente, con la separación Estado-Iglesia, la clave se encuentra en los procesos

(12) García Santesmases, *op. cit.*, p. 32.

y formas de legitimidad política. Existen Estados que no son oficialmente laicos, mas establecen políticas ajenas a doctrinas eclesíásticas sustentando su legitimidad en la soberanía popular. Como consecuencia de ello, las monarquías dejan de ser absolutas y pasan a ser constitucionales. Lo relevante no es la separación formal Estado-Iglesia, sino la independencia en la toma de decisiones.⁽¹³⁾

La filosofía de la laicidad no debe ser entendida como un ataque a las religiones, antes bien, la laicidad tutela la libertad religiosa, en un mundo caracterizado por la pluralidad de ofertas confesionales, garantizando que el Estado no se decante abierta y discriminatoriamente por ninguna de ellas. Esta forma de pensamiento debe ser la guía para los Estados acordes con la noción liberal y republicana, la guía para aquellos países que deseen apostar por la modernidad y la igualdad de confesiones. Esta propuesta que suena tan coherente en un plano ideal y pretende garantizar la pluralidad confesional, no se encuentra ajena a oscuridades y problemas de aplicación, producto de políticas públicas que han pretendido llevar demasiado lejos sus postulados entrometiéndose así en la esfera privada y violentando el derecho a la libertad religiosa, a la autodeterminación y a la propia imagen.

4. LIBERTAD RELIGIOSA VS LAICIDAD ESTATAL: LOS SÍMBOLOS ISLÁMICOS EN EUROPA

La libertad religiosa se enfrenta hoy contra uno de sus adversarios más poderosos; debe luchar no sólo contra el fundamentalismo y la intolerancia, sino también contra políticas estatales provenientes de aplicaciones excesivas de la laicidad estatal. Se exponen, a continuación, algunos casos que han tenido lugar en Francia y Alemania, en los cuales se ha realizado una aplicación polémica de la laicidad estatal.⁽¹⁴⁾

(13) Así por ejemplo, actualmente Europa es un concepto confuso y un nombre común para cosas muy diversas. La relación entre el Estado y la religión no es la misma en Francia, en Alemania, en Inglaterra; pero, pese a todo hay un elemento común a la mayoría de los países europeos, a saber, la separación entre el Estado y la religión como fuente de la toma de decisiones. Chérif, Mustapha. *El Islam y Occidente*. Encuentro con Jacques Derrida, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 2007, p. 57.

(14) Cabe señalar que casos similares se han presentado en otros países europeos, así por ejemplo, en España el 29 de octubre del 2009, la

a) El caso francés

Francia se ha considerado tradicionalmente como el mejor ejemplo de integración asimilacionista en el cual el Estado rechaza cualquier manifestación cultural pública en aras de la igualdad de los residentes. Sin embargo, parte de la doctrina ha sostenido que la asimilación nunca ha llevado aparejada la pérdida de identidad personal, raíces culturales o creencias religiosas, sino simplemente ha consistido en aceptar los valores de la República francesa.

Ese planteamiento tan polémico se ha incrementado en los últimos años en la sociedad francesa, debido a que la llegada del nuevo milenio hizo patente la necesidad de nuevas acciones para el logro de una convivencia armónica y pacífica, en materia religiosa. El caballo de batalla utilizado, esta vez, fue la laicidad estatal y sus manifestaciones concretas, el Informe Stasi y la Ley para la defensa de la laicidad.

Un informe elaborado por una comisión de expertos liderada por Bernard Stasi, con el fin de informar acerca de la aplicación del principio de laicidad en la República Francesa, veía la luz a finales del 2003. Este informe supuso una revisión del concepto de dicho principio, su desarrollo histórico en la nación y, además, una importante labor de clarificación de las características y objetivos de la laicidad francesa, como garantía del pluralismo y el respeto por las diversas creencias religiosas de los individuos que componen la sociedad.

Se planteó que la laicidad es incompatible con toda concepción religiosa que pretendiera regir el sistema social o el orden político, antes bien, es una garantía de la libertad de conciencia de cultos y de

abogada Zoubida Barik Edidi, de origen marroquí y nacionalidad española, debió abandonar una sala de vistas de la Audiencia Nacional por cubrir su cabeza con un pañuelo luego de que el juez Javier Gómez Bermúdez estimara que esa vestimenta era incompatible con la dignidad de la sala de vistas, no obstante, esa situación parece basada más en el criterio del juez que en una política de laicidad implementada por el Poder Judicial español. Igualmente, Italia se ha visto envuelta en la polémica luego de que la Corte Europea de Derechos Humanos decidiera, en un reciente pronunciamiento, que las escuelas italianas deben quitar los crucifijos de sus paredes puede ser alentadora para alumnos religiosos, pero también puede ser perturbadora para alumnos practicantes de otras religiones o que profesan el ateísmo, sobretodo si pertenecen a minorías religiosas.

expresión para todos los grupos, y sobre todo, de los individuos religiosos y no religiosos.

El informe destaca el carácter personalista de la laicidad, dirigido a la garantía de los derechos del individuo. El Estado laico protege a la persona, a la libertad de escoger, o rechazar una opción espiritual, de cambiar la religión o abandonar sus creencias. Asegura que ningún grupo pueda imponer una identidad confesional.

El Estado laico protege a todas las personas, contra toda presión, física o moral, ejercida al amparo de tal o cual prescripción espiritual. La defensa de la libertad de conciencia contra todo proselitismo viene a completar las nociones de separación y neutralidad destacando que su implementación ha de comenzar en las aulas. Esta exigencia se aplica, en primer lugar, en la escuela. Los alumnos deben poder instruirse, en un clima de serenidad, con el fin de acceder a la autonomía de juicios.

Esta alusión a la laicidad como condición de garantía de la libertad de conciencia en la escuela, que realiza el Informe Stasi, viene referida, principalmente al uso del Hiyab (velo islámico) en la escuela, por parte de las alumnas musulmanas.

Esta cuestión no era novedosa, la polémica había iniciado en 1989, cuando dos alumnas marroquíes y otra de origen tunecino fueron expulsadas de una escuela de la ciudad de Creil, por su negativa a quitarse el velo de la cabeza. La cuestión hubo de ser resuelta por el Consejo de Estado ese mismo año, el cual entendió que el conflicto se planteaba entre la posible colisión del derecho de libertad religiosa, que permite la expresión religiosa, y la filosofía laicista que tutela la educación inclusiva para todos los asistentes, más allá de su filiación religiosa.⁽¹⁵⁾

(15) La solución a la que llegó el Consejo de Estado consistió en remitir a los órganos de gobierno del centro escolar la decisión de permitir o no el uso del velo en cada caso concreto, teniendo en cuenta que el portar signos religiosos no constituye *per se* una contradicción con el principio de laicidad, siempre que no sean “ostentosos”, es decir, siempre que no constituyan actos de presión o proselitismo sobre otros estudiantes que supongan un trastorno de la actividad y de la función docente y alteren el orden público. La Resolución del Consejo de Estado puede consultarse en La Resolución del Consejo de Estado puede consultarse en Navarro-Valls, Rafael y Palomino, Rafael. *Estado y religión, textos para una reflexión crítica*, Ariel, Barcelona, 2003.

El Informe Stasi vino a confirmar lo mantenido por el Consejo de Estado en 1989, la laicidad ha de intervenir en la escuela pública, cuando sea necesario por razones de orden público. El derecho de libertad de conciencia de la persona se podría ver limitado en este punto, pues el Estado laico no puede permanecer indiferente, cuando los trastornos del orden público, las presiones, las amenazas y las prácticas racistas o discriminatorias, minan los fundamentos de la escuela pública bajo el pretexto de argumentos religiosos.

La escuela no se debe convertir en un espacio de enfrentamiento entre jóvenes agrupados por distintas creencias, expresadas en la forma de vestir que marca simbólicamente esa diferencia religiosa. Se ofrece así una visión de la laicidad novedosa construida en diálogo permanente y no como un valor absoluto; la laicidad puede permitir la plena expansión intelectual del pensamiento islámico, al abrigo de las restricciones del poder político.

Una de las leyes más controvertidas de los últimos tiempos, la Ley para la defensa de la laicidad, comúnmente conocida como la ley del velo era aprobada en Francia, un mes después de la aparición del Informe Stasi.⁽¹⁶⁾ Esta Ley ha optado por la prohibición del uso de signos religiosos ostensibles en las escuelas, en clara alusión al hiyab islámico, a pesar de las referencias que se efectúan en relación con los símbolos cristianos (Crucifijo) y hebreos (Estrella de David y Kippa).⁽¹⁷⁾ Las reacciones en su contra no tardaron, los problemas referidos a la integración no se han resuelto y lejos de ello, se ha evidenciado la incapacidad francesa para evitar la focalización del colectivo islámico, habiéndose, por el contrario, exacerbado el conflicto con la población musulmana. Esa prohibición puede vulnerar no sólo el derecho a la libertad religiosa, sino también el derecho a la propia imagen.

Lo mencionado merece algunos comentarios acerca del devenir de la laicidad en Francia, los cuales pueden clarificar los principios expuestos en el Informe Stasi y no fueron adoptados por la ley. La laicité française no es un suceso reciente, su origen se remonta a finales de 1800 y viene referida a la enseñanza no confesional. Sin embargo,

(16) Ley número 2004-228 de 15 de marzo de 2004.

(17) Marín Guzmán, Roberto. *La presencia del Islam en Europa*. Una visión histórica. En: AA.VV., *Árabes y musulmanes en Europa. Historia y procesos migratorios*. Editorial UCR, San José, 2006, p. 160.

aparece por primera vez en el plano legislativo en 1905, entendida como separación del Estado respecto de las confesiones religiosas y la neutralidad frente a ese fenómeno. Esa percepción es plasmada, posteriormente, en dos documentos de la posguerra, las Constituciones Políticas de 1946 y 1958.

La noción de laicidad ha ampliado su contenido enfatizando su neutralidad y puliéndose de elementos beligerantes, en relación con las creencias religiosas. Por este carácter neutral, se decanta el Informe Stasi. La laicidad posibilita el ejercicio pleno de la libertad de conciencia y, sólo se realiza en contextos pluralistas y democráticos, ya que el pluralismo es el que conlleva la existencia de concepciones de vida moral diferentes, dentro de una misma sociedad. No habría justificación para prohibir el uso del velo debido a un uso beligerante, mientras no altere el curso normal entre los estudiantes, antes bien, estaría amparado por el derecho a la propia imagen y la libertad religiosa.

Las soluciones en situaciones como esta se deben administrar caso por caso, enfatizando la mediación entre los implicados. De modo que la solución planteada por el Consejo de Estado Francés, en 1989, parece la más razonable. La propuesta por la Ley del velo del 2004 es contraproducente, en el tanto coarta el derecho a la libertad religiosa, consagrado en los Instrumentos normativos de Derechos Humanos. Esta Ley se muestra abiertamente ineficaz, en la medida que las alumnas islámicas que sigan manteniéndose firmes en el porte del velo sólo tienen dos salidas, renunciar a la educación pública o asistir a centros de educativos islámicos, lo cual facilita la creación de guetos con la afirmación unilateral de las diferencias y no de los valores comunes.

Es evidente que algo falló en Francia para que una laicidad garante del orden público y premisa del pluralismo cultural e ideológico, se haya convertido en la antagonista de la religión. La cuestión es de una importancia capital, puesto que el Estado de Derecho falla como garante de la libertad religiosa al fallar la protección al pluralismo. La laicidad rompió la diferencia, en ocasiones difusa, entre espacio público y espacio privado, olvidándose que es un modelo para el Estado y no para los sujetos particulares, desconociendo las diferencias esenciales descritas por los más importantes iuspublicistas.

El Estado, como señalara Jellinek, debe facilitar y tutelar las manifestaciones privadas, siempre que estas no atenten contra los derechos de otros sujetos, la colectividad o los principios básicos del Estado de

Derecho, más allá de sus potestades de imperium (status subjectionis). El individuo, por su parte, busca un actuar positivo por parte de las autoridades (status civitatis), la concesión de una cuota de poder para hacer escuchar su voz mediante las formas de participación política (status activae civitatis) o, simplemente, no ser perturbado en su individualidad (status libertatis). Esa diferencia tan elemental es borrada en la interpretación de la laicidad por las autoridades francesas, obviando que se debe mantener al Estado libre de religión, mas sin afectar al sujeto en su individualidad y sus manifestaciones de fe.

b) El caso alemán

Se afirmó durante algún tiempo que Alemania no era un país de inmigrantes (Deutschland ist kein Einwanderungsland); esa posición ya no puede sostenerse. Hacia finales del siglo pasado el tema de la integración de los inmigrantes comenzó a figurar en la agenda de los distintos partidos políticos alemanes. Los inmigrantes laborales (Gastarbeiter), principalmente turcos, constituyen el grupo más numeroso de extranjeros en Alemania, y la mayoría de esas personas se declara de confesión islámica y son fieles practicantes de ritos religiosos, tales como el ayuno durante la fiesta del Ramadán; además, se inclinan por el matrimonio entre musulmanes.

Los alemanes tienen una visión de los inmigrantes turcos que tiende considerarlos como problemáticos y difíciles de integrar, especialmente, en lo respectivo al tratamiento desigual que dan a las mujeres y la importancia del Islam en su vida diaria. Este tipo de situaciones presentan multiplicidad de conflictos al cotejarlas con las políticas estatales de corte laicista, como sucede en Francia, no obstante, contrario a sus vecinos franceses, la tierra de Goethe sigue un modelo político que se puede calificar de semilaico.

El Artículo 3.1 de la Ley Fundamental establece: “Todos los hombres son iguales ante la Ley”,⁽¹⁸⁾ el cual se completa con el numeral 3.3 “Nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo, ascendencia, raza, idioma, patria, origen, credo y opiniones religiosas y

(18) 3.1. Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Deutscher Bundestag, 2007, p. 14.

políticas”,⁽¹⁹⁾ y el artículo 4.1 a su vez consagra “Las libertades de creencia, conciencia y la libertad religiosa, y las confesiones ideológicas son inviolables”.⁽²⁰⁾

Se puede decir, por tanto, que Alemania es un país semilaico, donde la neutralidad es una consecuencia obligada de la libertad de creencia y de conciencia, consagradas en el Artículo 4.1, a pesar de no estar expresamente consagrada en su Ley Fundamental ni en las Constituciones de los Länder. La separación Estado-Iglesia, establecida en la Constitución de Weimar e incorporada a la Constitución de 1949, plantea una separación imperfecta, las confesiones religiosas históricas, variantes del cristianismo poseen el carácter de corporaciones de derecho público y gozan de ciertas prerrogativas derivadas de ese status. El resto de las confesiones se hallan sometidas al derecho común, aunque tienen abierta la posibilidad de adquirir la condición de corporaciones de derecho público si cumplen ciertos requisitos y se coordinan con el Estado para la gestión de asuntos comunes.

Alemania no ha sido inmune al debate en torno al uso del velo, aunque desde el otro lado de la palestra. El debate no ha comenzado debido a la presencia en las escuelas públicas de estudiantes islámicas con hiyab, hecho que Alemania ha vivido con normalidad y sin amenaza a la cultura mayoritaria, sino a las mujeres que han portado el velo, en el ejercicio de un cargo público, en representación del Estado.⁽²¹⁾

El caso más interesante tuvo lugar en 1998, cuando los responsables de una escuela, en la región de Baden-Württemberg, le

(19) 3.3. Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Grundgesetz. Bundestag, 2007, p. 14.

(20) 4.1. Die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses sind unverletzlich. Grundgesetz. Bundestag, 2007, p. 15.

(21) Yalal Al-Azm, Sadik. *Islam, laicidad y Occidente*, p. 13. En: Le Monde Diplomatique, Santiago de Chile, 2002. Steinbach, Udo. ¿EuroIslam? Una palabra, dos conceptos, infinidad de problemas, p. 6. En: Revista Humboldt, Saarbrücken, Número 144, Año 48, 2006.

prohibieron a Fereshta Ludin, profesora de origen afgano y musulmana practicante, que ejerciera su tarea académica portando el velo; la docente acudió a Karlsruhe e interpuso un recurso ante el Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht).⁽²²⁾

El Tribunal resolvió el recurso, en el 2003, y estableció que las profesoras musulmanas pueden llevar el velo en las aulas de los colegios públicos, en ausencia de ley contraria, dejando a los estados federales la competencia para adoptar una decisión en favor o en contra y promulgar una ley en ese sentido. La propia región de Baden-Württemberg, en el 2004, modificó su ley de funcionarios, añadiendo una serie de apartados entre los cuales destaca el Artículo 38.2, que contempla dos prohibiciones: una referida a las manifestaciones políticas, religiosas o a las cosmovisiones que pudieran “comprometer o perturbar la neutralidad del Land frente a los alumnos, los padres o la paz escolar” y la segunda relativa a las conductas externas, “que pueda producir en los alumnos o en los padres la impresión de que un docente se posiciona contra la dignidad humana, la igualdad de los seres humanos consagrada en el numeral 3 de la Constitución o el orden fundamental de libertades democráticas”.⁽²³⁾ Otros estados como Baja Sajonia, Sarre y Hesse se unieron a esa decisión y Berlín prohibió en julio tanto el pañuelo como otros símbolos religiosos en las escuelas.

El debate volvió a surgir después de que el Ministro del Interior, Wolfgang Schäuble, decidiera convocar la primera Conferencia del Islam, en la que participaron representantes de asociaciones musulmanas, expertos y delegados de los distintos estados federales, para lo que se calificó como “el inicio de una nueva convivencia”. Sin embargo, esta se vio de alguna manera empañada por la retirada de la ópera *Idomeneo* de Mozart, de la cartelera de la Deutsche Oper, por unas supuestas amenazas islamistas.

(22) Un caso muy similar tuvo lugar en Gran Bretaña cuando Aishah Azmi, una profesora de West Yorkshire, fue suspendida cuando las autoridades escolares le impidieron portar el velo en clase. El caso fue llevado a los tribunales quienes fallaron a favor de Azmi.

(23) Además se añade que “el cumplimiento del encargo de educar según los artículos 12, 15 y 16.1 de la Constitución regional de Baden-Württemberg y la correspondiente exhibición de imágenes y valores culturales cristianos y occidentales no entra en conflicto según la sección primera”.

Posteriormente, ante el Bundestag, Schäuble declararía que el Islam era parte del Estado alemán y pidió a los musulmanes residentes que se declararan en favor de la democracia y la Constitución germana. Igualmente, la diputada Ekin Deligöz hizo un llamado a las musulmanas a no usar el pañuelo en su vida cotidiana, asegurando que las convertía en objeto sexual y dificultaba su integración en la sociedad alemana.

CONCLUSIÓN

1. El problema del velo resurgió en Europa, especialmente en Francia y Alemania, durante los últimos años. Sin embargo, la islamofobia se ha incrementado, luego del inicio de la guerra preventiva contra el terrorismo en Afganistán y los atentados al World Trade Center, el 11 de septiembre del 2001; esta provoca sobresaltos identitarios de carácter religioso. El debate sobre el uso del velo no se produce en el vacío, está mediatizado por los conflictos geopolíticos y estos, indudablemente, deben ser tenidos en cuenta. Otro elemento de ese contexto es el pasado colonial de un país como Francia, cuya importancia no hay que subestimar. La memoria colonial no se borra fácilmente y es especial, el caso de Francia y Argelia, de modo que existe un impacto de la memoria tanto por parte francesa como argelina, en la cuestión de la inmigración.
2. El debate adquirió tales proporciones en Francia y Alemania, que terminó saldándose en el plano normativo. La promulgación de leyes es difícil de explicar ya que, en realidad, sólo se producen algunos centenares de casos al año y únicamente pocos generan auténticos conflictos. No obstante, el problema no es sólo el velo, es lo que el velo significa. Se ha interpretado erróneamente que el velo atenta contra la laicidad. Francia es muy sensible a la cuestión de la laicidad, por su historia singular; se podría afirmar que la laicidad es su religión de Estado. Es decir, la modernidad francesa se construyó con el referente de la laicidad, en el conflicto antiguo y recurrente de la República Francesa y de la Revolución Francesa, contra la iglesia. La laicidad estatal francesa es uno de los cimientos del consenso social y político más que la de ningún otro sitio de Europa.
3. La clase política, francesa y alemana tienen una gran responsabilidad ante la insuficiente lucha que llevan contra los

guetos sociales, así como por la poca representación política que perciben los inmigrantes. Este es un fenómeno importante. Y lo que es peor, los responsables políticos subcontratan a las asociaciones confesionales el problema de la seguridad en los guetos urbanos. Los poderes públicos no conseguían resolver el problema de la seguridad por lo que les pareció muy bien que se crearan asociaciones confesionales y fueran ellas las que regularan los guetos urbanos. De este modo, ello reforzó esas asociaciones confesionales, algunas de las cuales están vinculadas con el fundamentalismo. Por tanto, estamos asistiendo al fracaso de la integración, sin embargo, parte del problema se resolvería si hubiera una verdadera política de integración.

4. Países como Francia y Alemania, donde las poblaciones de origen inmigrante son importantes, tienen que aceptar la visibilidad de una religión que se llama Islam; de la cual estas naciones se han constituido en la segunda en número de fieles. Por tanto, el Islam debe poder ser visible en el espacio público. Por tanto, una manera de resolver en parte este problema es hacer desaparecer el Islam de los sótanos e intentar europeizarlo, es decir, hacer que forme parte de la sociedad europea. Es normal y legítimo que se proteja su consenso político social basado en la laicidad, sobre todo, teniendo en cuenta que la laicidad es el cimiento de un consenso democrático y la base de la emancipación de las mujeres; es indiscutible que no puede haber emancipación de las mujeres en un contexto de imposición religiosa. Por tanto, es normal que se proteja ese consenso, así como el de las derivas fundamentalistas de una parte de las poblaciones musulmanas, al igual que se protegió del clericalismo católico de principios de siglo XX. El problema es saber si la ley es el mejor medio para protegerse de esas derivas fundamentalistas, más allá de los conflictos surgidos. Es demasiado pronto para poder responder a esa pregunta.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- Albert, Hans. *La miseria de la teología. Polémica crítica con Hans Küng*. Editorial Alfa, Barcelona, 1982.
- Chérif, Mustapha. *El Islam y Occidente. Encuentro con Jacques Derrida*, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 2007.
- Grimm, Dieter. *Multiculturalidad y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2007.
- Howard, Jorge. *¿Libertad religiosa en la América Latina?*, Editorial La Aurora, Buenos Aires, 1980.
- Huntington, Samuel. *¿Choque de civilizaciones?* Tecnos, Madrid, 2003.
- Küng, Hans. *El Islam. Historia, presente y futuro*, Trotta, Madrid, 2007.
- Küng, Hans. *¿Existe Dios? Respuesta al problema de Dios en nuestro tiempo*, Ediciones cristiandad, Madrid, 1979.
- Tamayo, Juan José. *Fundamentalismo y diálogo entre religiones*, Editorial Trotta, Madrid, 2004.
- Marín Guzmán, Roberto. *La presencia del Islam en Europa. Una visión histórica*. En: AA.VV., *Árabes y musulmanes en Europa. Historia y procesos migratorios*, Editorial UCR, San José, 2006.
- Navarro-Valls, Rafael y Palomino, Rafael. *Estado y religión, textos para una reflexión crítica*, Ariel, Barcelona, 2003.
- Vaticano II. *La liberté religieuse. Déclaration Dignitatis Humanae Personae*, Les Éditions du Cerf, Paris, 1967.
- Vera Urbano, Francisco de Paula. *La libertad religiosa como derecho de la persona*. Estudio filosófico-jurídico, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971.

REVISTAS

- Steinbach, Udo. *¿EuroIslam? Una palabra, dos conceptos, infinidad de problemas*. En: Revista Humboldt, Saarbrücken, Número 144, Año 48, 2006.
- Yalal al-Azm, Sadik. *Islam, laicidad y Occidente*. En: Le Monde Diplomatique, Santiago de Chile, 2002.

NORMATIVA

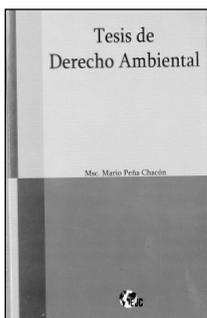
- Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Deutscher Bundestag, 2007.

Reseñas bibliográficas a cargo del Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

Peñas Chacón, Mario, Msc. **Tesis de derecho Ambiental** (San José: Editorial Jurídica Continental, pp. 402 páginas, 2008).

En el *Prólogo* el *Dr. Mario Francisco Valls* expresa que el autor de esta obra vuelca toda su experiencia en una descripción inteligente y documentada y en una evaluación original de los desafíos actuales del Derecho Ambiental (p. 3).

Este libro está dividido en los siguientes capítulos:

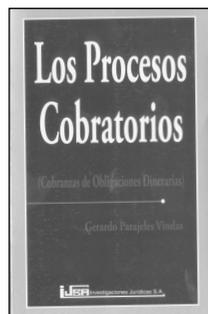


- I. Medio ambiente y derechos humanos
- II. La exigibilidad judicial directa del Derecho Internacional Ambiental
- III. Legitimación procesal en el Derecho Ambiental
- IV. El rol del Derecho penal en la protección del ambiente

– o –

Parajeles Vindas, Gerardo. **Los procesos cobratorios. Cobranzas de obligaciones dinerarias** (San José: Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A., 481 páginas, 2009).

En la *Introducción* el autor señala que la ley de cobro judicial No. 8624 del 25 de octubre de 2007, que empieza a regir a partir del 20 de mayo del 2008, no afecta el derecho de defensa de los deudores. Se armoniza las ventajas de la oralidad y tecnología al servicio de la justicia, sin violar los derechos constitucionales de los obligados (pp. 16 y 17).



Este libro se divide en los capítulos siguientes:

- I. Modelo del Código Procesal Civil
- II. Génesis y operatividad de la Ley de cobro
- III. Modelo de la Ley de cobro judicial
- IV. Medidas cautelares
- V. Proceso monitorio
- VI. Procesos de ejecución
- VII. Tercerías
- VIII. Procedimiento de remate

– o –

Burgos Mata, Alvaro Dr. ***La polución delictiva*** (San José: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad de Costa Rica. ILANUD, 160 páginas, 2011).



En la *Presentación*, el Dr. Daniel Gadea Nieto, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, indica que la denominación de *polución* utilizada por el Dr. Burgos, pretende crear conciencia tanto en el crecimiento como de las causas multifactoriales; y, por supuesto en la necesidad de invertir en la prevención más que simplemente en la represión de la delincuencia juvenil en Costa Rica (p. 7).

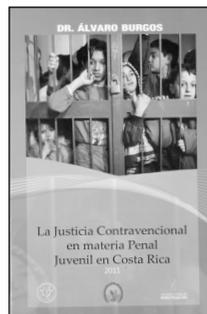
Esta obra se divide en dos títulos, a saber:

- I. La prevención del delito y la materia penal juvenil
- II. La prevención del delito en el campo penal juvenil en Costa Rica

– o –

Burgos Mata, Alvaro Dr. ***La justicia contravencional en materia penal juvenil en Costa Rica*** (San José: Vicerrectoría de Investigación, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad de Costa Rica, 140 páginas, 2011).

En la *Presentación* de esta obra, el Dr. Mario Houed, ex Magistrado de la Sala III de la Corte Suprema de Justicia, afirma que el libro del Dr. Burgos, es producto de su seria calidad de investigador y de académico distinguido, así como de su amplísima experiencia como Juez Coordinador del único Tribunal Superior Penal Juvenil con que cuenta Costa Rica, y sin duda viene a llenar una necesidad en el tratamiento real y directo de la materia contravencional (p. 6).



Este libro se divide en estas secciones:

- I. El Derecho Contravencional en Costa Rica
- II. Las contravenciones en el Derecho Penal Juvenil. Estudio de campo en los Juzgados Penales Juveniles de San José y Heredia.
- III. Posición acerca de la intervención del Ministerio Público como investigador en las contravenciones en materia penal juvenil.

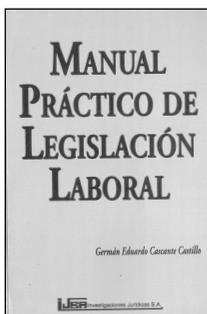
– o –

Cascante Castillo, Germán Eduardo ***Manual práctico de legislación laboral*** (San José: editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 196 páginas, 2010).

El autor, en la Introducción, señala que los temas que aquí se desarrollan han sido actualizados con jurisprudencia reciente, de acuerdo a los cambios en la respectiva normativa (p. 22).

Esta obra se divide en tres partes:

- I. Derecho laboral individual
- II. Derecho laboral colectivo
- III. Derecho procesal laboral.

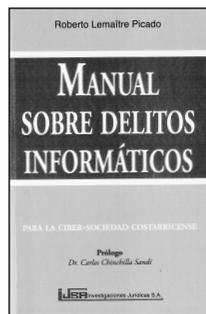


Lemaitre Picado, Roberto. **Manual sobre delitos informáticos para la cibersociedad costarricense** (San José: editorial Investigaciones Jurídicas, S.A., 241 páginas, 2011).

El Dr. Carlos Chinchilla Sandí, Magistrado de la Sala Tercera de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, indica en el *Prólogo* que el autor logra ubicar su tema de investigación en la actual cibersociedad costarricense, brindando los orígenes de la internet y su impacto a nivel mundial y nacional (p. 15).

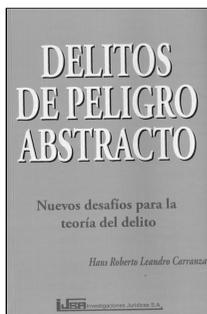
Este libro se divide en los siguientes apartados:

1. Reseña histórica de los delitos
2. La cibersociedad costarricense de la sociedad a la cibersociedad
3. La red y las computadoras: conceptos sobre su funcionamiento
4. Generalidades de los delitos informáticos
5. Los delitos informáticos y el Derecho Penal costarricense
6. Persecución de los delitos informáticos en Costa Rica: ¿una realidad o un marco de impunidad delictiva?



– o –

Leandro Carranza, Hans Roberto. **Delitos de peligro abstracto. Nuevos desafíos para la teoría del delito** (San José: editorial Investigaciones Jurídicas, S.A., 261 páginas, 2011).



El autor en la *Introducción* afirma que los problemas de constitucionalidad que presentan los delitos de peligro abstracto se refieren a la ausencia de una tipicidad clara, con lo cual se violenta el principio de legalidad. De ahí, que se da una incidencia de los delitos de peligro abstracto en los principios propios del constitucionalismo moderno y en los derechos humanos (pp. 17 y 21).

Este libro se divide en los siguientes apartados:

1. Ubicación del debate de los delitos de peligro abstracto en la epistemología del peligro
2. La política criminal de expansión y los delitos de peligro abstracto
3. Modelos de construcción típicos de peligro
4. Manifestaciones del peligro y su contraste con el principio de legalidad
5. Consideraciones para la construcción de una política criminal del riesgo

– o –

Boletín Jurídico Virtual. ***Ius doctrina***. Unidad de Informática Jurídica. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. Año 3, volumen 5. Directora Licda. Anahí Fajardo Torres. 164 páginas, 2010.

El contenido de este Boletín Jurídico Virtual, es el siguiente:

Yuxtaposición del Regionalismo y el Multilateralismo desde el punto de vista de los mecanismos de resolución de disputas de los Tratados de Libre Comercio (TLCs) y la Organización Mundial del Comercio (OMC): una aproximación al Problema.

Manuel Alejandro Valerio Jiminián



El rufián y el proxeneta en Costa Rica.

Dr. Alvaro Burgos Mata

Algunas reflexiones alrededor del matrimonio civil.

*Msc. William Bolaños Gamboa;
Licda. Vilma Alpízar Matamoros*

Reflexiones en torno a algunos problemas semántico/interpretativos de los derechos humanos (¿es posible encontrar soluciones apelando a sus principios?).

Msc. Alfonso Chacón Mata

La aplicación de la teoría de la excesiva onerosidad sobreviniente en los contratos de suministro: algunas consideraciones relevantes.

Licda. Suraye Zaglul Fiatt

REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS

Definición de la revista

- La *Revista de Ciencias Jurídicas* es una publicación científica en el campo del Derecho.
- *Cobertura temática*: los artículos que publica pertenecen a las diversas ramas jurídicas.
- Se *publica* bajo los auspicios del convenio interinstitucional de la Universidad de Costa Rica y el Colegio de Abogados de Costa Rica. Esta revista tiene *nivel* científico.
- Su *objetivo* es divulgar y difundir ensayos en las diferentes disciplinas del saber científico-jurídico, para la asesoría y apoyo logístico de estudiantes y operadores, en general, del Derecho.
- Dirección: Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. América Central.
- Periodicidad: Cuatrimestral.
- Revista impresa y digitalizada.

REQUISITOS PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS

1. Los artículos deben ser originales e inéditos.
2. El artículo no sobrepasará las 25 cuartillas tamaño carta y a doble espacio; y, se presentará con el tipo de letra *Times New Roman* en 14 puntos, las notas al pie de página en 12 puntos.
3. De cada artículo se presenta un original en papel y una versión electrónica (disquete o CD).
4. El título responde de manera concreta y específica al contenido del artículo. No extenderlo a más de ocho palabras.
5. El artículo se acompaña con:
 - a) Un resumen de seis líneas en español y en otro idioma.
 - b) Cinco palabras clave en español y en otro idioma.El autor es responsable de este punto 5.
6. Las páginas del artículo deben numerarse.
7. Cada trabajo presentado debe incluir la bibliografía utilizada. Esta se consignará al final y por orden alfabético del autor.
8. La bibliografía incluye los siguientes datos:
 - a) De libro: autor, año de la primera edición si está consignado, título del libro (subrayado), edición utilizada, ciudad, editorial, año, páginas.
 - b) De publicaciones periódicas: autor, título del artículo (entre comillas). Nombre de la publicación (subrayado), año, volumen, número, páginas.
 - c) De textos electrónicos: "Responsable principal. Título [tipo de soporte]. Responsable(s) secundario(s). Edición. Lugar de publicación: editor, fecha de publicación, fecha de actualización/visión. Descripción física. (Colección). Notas. Disponibilidad y acceso [Fecha de consulta]. Número actualizado".
Ejemplo: "Library of Congress. *History and development of the Library of Congress machine-assisted realization of the virtual electronic library* [en lineal]. [Washington, D.C.: Library of Congress], 15 June 1993. <gopher://lcmarvel.loc.gov:70/00/about/history> [Consulta: 5 mayo 1997]". (Fragmentos: *Norma ISO690*).
9. El autor del artículo debe indicar brevemente sus datos personales, profesionales, académicos, adscripción laboral, e-mail, teléfono y fax.

Sistema de arbitraje: el Consejo Asesor o Comisión Editorial tiene, además, la función evaluadora o de arbitraje.

Impreso por
Litografía e Imprenta LIL, S.A.
San José, Costa Rica
www.lilicr.com
Tel. (506) 2235-0011
385517