

Revista de Ciencias Jurídicas
Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho
Colegio de Abogados
No. 105 - Cuatrimestral
setiembre - diciembre - 2004 - 248 págs.

I Derecho - Revistas

Revista fundada en 1963

Hecho el depósito de ley

Impreso en Costa Rica

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

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

ISSN

0034-7787

CONSEJO ASESOR:

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS:

Lic. Gilberto Corella Quesada	Presidente
Licda. Iliana Arce Umaña, Coordinadora de Enlace	Pro-secretaria
MBA José Iván Salas Leitón	Vocal I

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

Dr. Rafael González Ballar	Decano
Dr. Alfredo Chirino Sánchez	Profesor
Dr. Jorge Enrique Romero Pérez	Profesor
Dr. Minor Salas Solís	Profesor

Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS

105

SAN JOSE, COSTA RICA
2004
SETIEMBRE - DICIEMBRE

JUNTA DIRECTIVA
COLEGIO DE ABOGADOS

2004

Presidente:

Lic. Gilberto Corella Quesada

Vicepresidente:

Lic. Alejandro López McAdam

Secretaria:

Licda. Grettel Ortiz Alvarez

Prosecretaria:

Licda. Iliana Arce Umaña

Tesorera:

Licda. Rocío Cerdas Quesada

Vocal 1:

MBA José Iván Salas Leitón

Vocal 2:

Lic. Pablo Duncan Linch

Vocal 3:

Licda. Amira Suñol Ocampo

Vocal 4:

Lic. Fabio León Zárata

Vocal 5:

Licda. Patricia Madrigal Cordero

Fiscal:

Lic. Carlos Sánchez Fernández

AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS

Rectora:

Dra. Yamileth González García

Directora Consejo Universitario:

Dra. Jollyanna Malavasi Gil

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. Jorge Badilla Pérez

Vicerrector de Vida Estudiantil:

M.Sc. Carlos Villalobos Villalobos

Decano Sistema de Estudios de Posgrado

Dr. Jorge Murillo Medrano

Coordinador de la Comisión Editorial:

Dr. Fernando Durán Ayanegui

PRESENTACION

En este número se editan investigaciones en los campos del Derecho organizacional, ambiental, urbanístico, propiedad intelectual, informática jurídica, electoral, municipal, constitucional, reforma del Estado, de la imagen y filosofía jurídica.

Se publican reseñas de libros jurídicos nacionales que constituyen aportes valiosos para el país.

Se hace la indicación de que en el número 104 anterior, se publicó el ensayo *Análisis de políticas de persecución criminal en delitos sexuales y en aquellos en los que media la violencia doméstica*, cuyas autoras son: Licda. Laura Navarro Barahona y Licda. Jenny Salas.

El director - editor

**LA COLEGIATURA OBLIGATORIA
AL COLEGIO DE ABOGADOS COMO REQUERIMIENTO
PARA EJERCER EL DERECHO EN COSTA RICA**

Licda. Iliana Arce Umaña^()*

Prosecretaria de la Junta Directiva
Colegio de Abogados de Costa Rica

(*) Ponencia a la 5th Annual Conference on Legal & Policy Issues in The Americas. San José, Costa Rica, 24, 25 y 26 de junio del 2004.
Taller: Educación y profesionalismo. Colegio de Abogados de Costa Rica.
25 de junio del 2004.

SUMARIO:

1. Los colegios profesionales: naturaleza jurídica
2. La colegiatura obligatoria para ejercer el derecho
3. Ordenamiento establecido para el ejercicio de la abogacía
4. El abogado colegiado como presupuesto para ejercer el notariado
5. La enseñanza del Derecho en las universidades
6. Compromisos internacionales que permiten otras incorporaciones al Colegio de Abogados
7. Requisitos de incorporación al Colegio y la fiscalización

La prestación de un servicio profesional es objeto de interés público, y como tal el propio Estado, ha delegado en los Colegios Profesionales, el control del ejercicio profesional.

1. LOS COLEGIOS PROFESIONALES:⁽¹⁾ NATURALEZA JURÍDICA

Los Colegios Profesionales son entes públicos no estatales cuya regulación administrativa corresponde en especial a la Ley General de la Administración Pública (a partir de sus artículos 1, 2 y siguientes) y que colaboran en funciones propias del Estado, realizando una actividad pública cuando regulan el ejercicio profesional y aplican el régimen disciplinario sancionatorio. En las demás funciones se rige por el Derecho Privado.

De acuerdo con su naturaleza jurídica,⁽²⁾ actúan en todo o en parte según normas de derecho público y ofrecen estas características:

- Son creados por ley o por acto unilateral de autoridad pública.
- Su organización supone cierto elemento coactivo, en sentido de obligatoriedad de afiliación o de incorporación o de contribución a su patrimonio.
- Tienen a su cargo la ejecución de cometidos públicos, que es la finalidad que explica y justifica su régimen particular.

La incorporación resulta obligatoria para todos aquellos y aquellas profesionales graduados y graduadas en Derecho, y que quieran ejercer funciones propias de su profesión. Nuestra Sala Constitucional, en sentencia No. 5799-96, ha señalado que “...No es de recibo tampoco la alegada violación al derecho de asociación, pues los colegios profesionales no son agrupaciones voluntarias de personas, como sí lo son las asociaciones, según se desprende del siguiente pronunciamiento...” y más bien opta por la tesis que califica a los Colegios Profesionales como una “...manifestación expresa de la

(1) Según el autor Fonrouge, los entes públicos no estatales son “órganos que colaboran en las funciones del Estado, pero segregados de la administración general..., tales como colegios profesionales, cajas forenses, etc.”. *Op. cit.* por el Doctor Rodolfo Saborío Valverde en www.cedespu.com

(2) Citando www.cedespu.com

llamada “Administración Corporativa”, que es aquella de régimen jurídico mixto, que engloba a entidades públicas representativas de intereses profesionales o económicos calificadas por el Derecho Positivo como Corporaciones de Derecho Público. Bajo esta síntesis definitoria, el colegio profesional resulta ser una agrupación forzosa de particulares, a la que la ley dota de personalidad jurídica pública propia y cuyos fines, junto con la defensa de los intereses estrictamente privados, propios de los miembros que lo integran, son los de ejercer determinadas funciones públicas... En este mismo sentido podemos leer las sentencias Nº 5483-95, Nº 5645-95 y Nº 5185-03.

De lo anterior se desprende que el Colegio de Abogados tiene el deber de velar por los derechos de todos los miembros agremiados, para lo cual debe realizar todas las gestiones que consideren necesarias para facilitar y garantizar el debido ejercicio profesional. Sin dejar de lado el interés y la unión gremial. Promocionando su bienestar socio-económico y proyección profesional. Desde luego que, los Colegios Profesionales también ejercen actividades privadas, como las regulaciones y funciones de orden laboral y social entre otras. Frente a la sociedad civil, el Colegio debe velar por la idoneidad y el decoro de sus miembros para lo cual tiene el derecho y la obligación de fiscalizar su ejercicio profesional liberal a fin de garantizar a los habitantes de nuestro país, la calidad, la eficiencia, y la idoneidad profesional y ética de sus miembros. Esta fiscalización comprende la aplicación del régimen disciplinario que conlleva todo un sistema sancionatorio y correctivo.⁽³⁾

Tal y como se afirmaba en párrafos anteriores, debemos recordar que los Colegios Profesionales son entidades públicas no estatales.⁽⁴⁾ Y

(3) Los Colegios Profesionales son entidades públicas no estatales. Y bajo esa denominación, de acuerdo con lo dispuesto en otra sentencia, la Nº 3260-03, se reconoce la existencia de una serie de entidades, normalmente de naturaleza corporativa o profesional, a las cuales si bien no se les enmarca dentro del Estado sí se les reconoce la titularidad de una función administrativa y se les sujeta –ya sea total o parcialmente– a un régimen publicístico (sic), en razón de la naturaleza de tal función. No obstante, no todas sus funciones revisten ese carácter público, sino sólo aquellas relacionadas con las regulaciones al ejercicio de la profesión y su régimen disciplinario.

(4) Sentencia 2030-03, “...Considerando III.- CONTROL ACADÉMICO DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES. Los colegios profesionales son una

bajo esa denominación, de acuerdo con lo dispuesto en la sentencia, No. 3260-03, se reafirma la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de una serie de entidades, de naturaleza corporativa, a las cuales sí se les reconoce la titularidad de una función administrativa delegada por el Estado, por ende bajo el régimen de Derecho Público. No obstante, no todas sus funciones revisten ese carácter público, sino sólo aquellas relacionadas con las regulaciones al ejercicio de la profesión y su régimen disciplinario. Sobre este distinto carácter de unas y otras funciones de los Colegios Profesionales, en la sentencia No. 4144-97 de las 19:00 horas del 16 de julio de 1997, se reiteró lo dicho en la sentencia 5483-95 de las 9.33 horas del 6 de octubre de 1995 afirmando que: "...no toda actividad realizada por un colegio profesional tiene carácter público, ni participa de su naturaleza, pues si se trata de cuestiones relacionadas con el bienestar común de los agremiados, como ha dicho también esta Sala, se rigen por la autonomía de la voluntad". Que no es ni más ni menos que la aplicación del Derecho Privado.

2. LA COLEGIATURA OBLIGATORIA PARA EJERCER EL DERECHO

De acuerdo con nuestra legislación, los Colegios Profesionales son entes públicos no estatales que velan por el ejercicio legal de la profesión. Dándose la Colegiatura obligatoria para que el abogado o abogada pueda ejercer.

manifestación expresa de la llamada "Administración Corporativa", es decir, aquella de régimen jurídico mixto, que engloba a entidades públicas representativas de intereses profesionales o económicos calificadas por el Derecho positivo como Corporaciones de Derecho Público. Se trata de una agrupación forzosa de particulares, a la que la ley dota de personalidad jurídica pública propia y cuyos fines, junto con la defensa de los intereses estrictamente privados, propios de los miembros que la integran, son los de ejercer determinadas funciones públicas. Dentro de tales competencias de orden público, la Sala ha reconocido el derecho de esas corporaciones de analizar el cumplimiento de los requisitos para la incorporación de nuevos profesionales, no solo desde el punto de vista formal, sino también de manera sustancial, colaborando con otras dependencias creadas al efecto y en cumplimiento de la ley, pues solo así se puede evitar el gran perjuicio causado a la sociedad por la incorporación de profesionales no aptos académica y éticamente para el ejercicio profesional (ver sentencia número 02-06364 de las 15:07 horas del 26 de junio del año pasado).

La Sala Constitucional ha definido que el "...colegio profesional resulta ser una agrupación forzosa de particulares a la que la ley dota de personalidad jurídica pública propia y cuyos fines, junto con la defensa de los intereses estrictamente privados, propios de los miembros que lo integran, son los de ejercer determinadas funciones públicas..." (Sentencias de la Sala Constitucional 5483-95, 5645-95 y 5185-03).

Compete al Colegio de Abogados organizar el ejercicio de la profesión correspondiente, estableciendo las normas disciplinarias para sus integrantes. A través de los Decretos Ejecutivos, el Estado aprueba los honorarios profesionales que cobrarán como mínimo los Abogados y Abogadas.

De ahí que el Colegio de Abogados tutela el ejercicio de la abogacía, como una función propia, por ser el ente Corporativo asignado para tal efecto. La Sala Constitucional en la Sentencia 2030-03 dispuso: "...Considerando III.- CONTROL ACADÉMICO DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES. Los colegios profesionales son una manifestación expresa de la llamada "Administración Corporativa", es decir, aquella de régimen jurídico mixto, que engloba a entidades públicas representativas de intereses profesionales o económicos calificadas por el Derecho positivo como Corporaciones de Derecho Público. Se trata de una agrupación forzosa de particulares, a la que la ley dota de personalidad jurídica pública propia y cuyos fines, junto con la defensa de los intereses estrictamente privados, propios de los miembros que la integran, son los de ejercer determinadas funciones públicas. Dentro de tales competencias de orden público, la Sala ha reconocido el derecho de esas corporaciones de analizar el cumplimiento de los requisitos para la incorporación de nuevos profesionales, no solo desde el punto de vista formal, sino también de manera sustancial, colaborando con otras dependencias creadas al efecto y en cumplimiento de la ley, pues solo así se puede evitar el gran perjuicio causado a la sociedad por la incorporación de profesionales no aptos académica y éticamente para el ejercicio profesional (ver sentencia número 02-06364 de las 15:07 horas del 26 de junio.

3. ORDENAMIENTO ESTABLECIDO PARA EL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA

En primer lugar, de acuerdo con la Ley Orgánica del Colegio de Abogados No. 13 del 28 de octubre de 1941 y sus reformas, el Colegio tiene por objeto, según lo dispuesto en su artículo 1º, lo siguiente:

- Promover el progreso de la ciencia del Derecho y sus accesorias.
- Cooperar con la Universidad, en cuanto ésta lo solicite o la ley lo ordene, en el desarrollo de la ciencia del Derecho y sus afines.
- Dar opinión en materia de su competencia, cuando fuere consultado por alguno de los Supremos Poderes.
- Promover y defender el decoro y realce de la profesión de abogado.
- Mantener y estimular el espíritu de unión de los profesionales en Derecho.
- Defender los derechos de los miembros del Colegio y hacer todas las gestiones que fueren necesarias para facilitar y asegurar su bienestar económico, y
- Gestionar o decretar, cuando fuere posible, los auxilios que se estimen necesarios para proteger a los profesionales en desgracia.

En el artículo 2 se dispone que los abogados graduados en Costa Rica e incorporados al Colegio de acuerdo con las leyes y Tratados, conformen el Colegio. En el artículo 6 se dispone que “Ante las autoridades de la República, sólo tendrán el carácter de abogados los que estuvieren inscritos en el Colegio”. Asimismo, el artículo 8º nos expresa que quien quiera ejercer como profesor en una Universidad, impartiendo lecciones propias de la Ciencia del Derecho, también tendrá que ser miembro del Colegio.

De forma tal que para poder ejercer actividades en las que se exige la calidad de abogado, es imprescindible estar debidamente incorporado al Colegio de Abogados.

4. EL ABOGADO COLEGIADO COMO PRESUPUESTO PARA EJERCER EL NOTARIADO

Tradicionalmente en Costa Rica, el abogado ha desempeñado la función de notario público, por lo que se ha visto esa actividad notarial como parte de la actividad profesional del abogado. Pero el régimen de ambos se encuentra regulado de forma diferente. Y quienes se acogen a la Colegiatura son los Abogados. Sin embargo, en nuestra legislación, al tener como requisito que para ejercer el Notariado, el profesional debe ser abogado activo, se presentan situaciones tales como que pese a que el Notario cumpla con el Código Notarial y los distintos procedimientos, si éste es suspendido disciplinariamente por el Colegio de Abogados, por infringir alguna norma que regula el ejercicio de la abogacía, automáticamente la Dirección de Notariado le suspenderá en su función notarial.

El Notario Público es un fedatario por delegación del Estado que le ha asignado esa función. A través de ella da fe pública de hechos y actos que le constan en su presencia o por haber tenido a la vista los documentos o registros. Constituyendo plena prueba lo certificado, de manera tal que sólo será desvirtuado mediante un proceso judicial incoado para esos efectos. Lo certificado tiene efectos para terceros. De ahí que la función notarial tiene características propias que la diferencian de la actividad de la abogacía.

En nuestro país se promulgó el Código Notarial en 1998, designándose la rectoría de la actividad notarial, a la Dirección Nacional de Notariado. Creándose a la vez una jurisdicción especial. En este Código se establecieron las funciones, la fiscalización del ejercicio notarial y se sentaron las bases para alegar la responsabilidad por actos realizados por los Notarios, que conllevan a la vez acciones indemnizatorias por los actos notariales realizados al margen de la ley. Actualmente se tiene registrado alrededor de 8.000 Notarios, mientras que se encuentran registrados en el Colegio de Abogados alrededor de 15.000 abogados.

En relación con la Dirección de Notariado en estos momentos la Corte Suprema de Justicia se está replanteando la ubicación de esa Dependencia. Alegando que esa Dirección no ejerce función típica Jurisdiccional, y por lo tanto en principio no debería de estar adscrita al Poder Judicial. Por lo que se está discutiendo la conveniencia de mantener esa ubicación en sede Jurisdiccional o si por el contrario debe de estar adscrita al Ministerio de Justicia o al mismo Colegio de Abogados.

5. LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN LAS UNIVERSIDADES

En Costa Rica la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica durante muchos años era la única que impartía la Carrera de Derecho, cuyos planes de estudio se extendían entre 7 y 6 años. Con cursos semestrales, tal y como se mantienen hoy en día. Posteriormente cuando se da paso a la educación universitaria privada, se multiplican las opciones para estudiar la Carrera de Derecho y se acortan los cursos de carrera a través de las modalidades de cuatrimestres. Permitiendo la graduación de Licenciados en derecho en plazos de entre tres y medio y cuatro años. Hoy tenemos 28 Universidades Privadas que dan el Grado de Bachiller, Licenciatura y algunas Especialidades. De acuerdo con los registros del Colegio de Abogados de Costa Rica, los Licenciados en Derecho devienen de las siguientes Universidades:

Nº	UNIVERSIDAD	GRADO	SESIÓN	FECHA	CARRERA
1	SANTA LUCÍA Modificación Modifica	LICENCIATURA	324-97 352-98 440-01	26/05/97 09/07/98 23/08/01	DERECHO
2	DE LAS CIENCIAS Y EL ARTE DE C.R. (ÚNICA)	BACHILLERATO LICENCIATURA MA. ACAD. Y PROF.	371-99	25/03/99	DERECHO
3	CRISTIANA DEL SUR	BACHILLERATO LICENCIATURA	352-98	09/07/98	DERECHO
4	CENTRAL COSTARRICENSE Modificación Modifica	LICENCIATURA	310-96 372-99 398-00	28/10/96 15/04/99 28/03/00	DERECHO
5	CARTAGO - FLORENCIO DEL CASTILLO	BACHILLERATO LICENCIATURA	324-97	26/05/97	DERECHO
6	SAN JOSÉ	BACHILLERATO LICENCIATURA	203-92	17/09/92	DERECHO

Nº	UNIVERSIDAD	GRADO	SESIÓN	FECHA	CARRERA
7	FEDERADA, COLEGIO SANTO TOMÁS DE AQUINO	MAESTRÍA BACHILLERATO LICENCIATURA	428-01 127-89	12/03/01 18/01/89	DERECHO TRIBUTARIO DERECHO
8	HISPANOAMÉRICA Se ratifica	BACHILLERATO LICENCIATURA	319-97 347-98	10/03/97 14/04/98	DERECHO DERECHO
9	INTERNACIONAL DE LAS AMÉRICAS (UIA)	LICENCIATURA MAESTRÍA	124-88 420-00	07/12/88 02/11/00	DERECHO DERECHO PENAL
10	LA SALLE Modifica para el Bachillerato	BACHILLERATO LICENCIATURA	253-94 354-98	06/12/94 27/08/98	DERECHO DERECHO
11	METROPOLITANA CASTRO CARAZO Modifica Planes	BACHILLERATO LICENCIATURA	335-97 382-99	16/10/97 09/09/99	DERECHO DERECHO
12	FIDELITAS Modifica	BACHILLERATO LICENCIATURA	335-97 440-01	16/10/97 23/08/01	DERECHO DERECHO

Nº	UNIVERSIDAD	GRADO	SESIÓN	FECHA	CARRERA
13	LATINA DE COSTA RICA Modifica	BACHILLERATO LICENCIATURA	226-93 440-01 443-01	30/09/93 23/08/01 10/09/01	DERECHO Y NOTARIADO PÚBLICO (se modifican planes Sesión 260-95)
14	ULACIT Modifica planes Modifica planes doctorado Modifica	BACHILLERATO LICENCIATURA DOCTORADO MAESTRÍA	208-92 349-98 363-98 196-92 310-96 338-97	12/11/92 04/05/98 10/12/98 13/05/92 28/10/96 04/12/97	DERECHO DERECHO EMPRESARIAL Y TRIBUTARIO
15	PANAMERICANA, COLEGIO JUSTINIANO	BACHILLERATO LICENCIATURA	172-91 150-90	20/03/91 21/02/90	DERECHO
16	PARA LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL (UCI) Modificación	MAESTRÍA MAESTRÍA BACHILLERATO LICENCIATURA	239-94 353-98	26/05/94 23/07/98	LEGISLACIÓN AMBIENTAL ASESORÍA FISCAL DERECHO, DERECHO TRIBUTARIO Y DERECHO EMPRESARIAL (Se ratifica en sesión 335 del 16/10/97)

Nº	UNIVERSIDAD	GRADO	SESIÓN	FECHA	CARRERA
17	U.A.C.A., COLEGIO ACADEMICUM Modifica	BACHILLERATO LICENCIATURA	Transitorio 433-01	28/05/01	DERECHO
18	U.A.C.A., COLEGIO STVDIVM GENERALE COSTARRICENSE	BACHILLERATO LICENCIATURA	Transitorio		DERECHO
19	U.A.C.A., COLEGIO IÑIGO DE LOYOLA	BACHILLERATO LICENCIATURA	321-97	07/04/97	DERECHO
20	ESCUELA LIBRE DE DERECHO Modificación Modificación	BACHILLERATO LICENCIATURA DOCTORADO	304-96 358-98 332-97 353-98	08/07/96 22/10/98 18/09/97 23/07/98	DERECHO
21	SAN JUAN DE LA CRUZ	BACHILLERATO LICENCIATURA	354-98	27/08/98	DERECHO
22	DEL VALLE Modifica	BACHILLERATO LICENCIATURA	365-99 443-01	14/01/99 10/09/01	DERECHO

Nº	UNIVERSIDAD	GRADO	SESIÓN	FECHA	CARRERA
23	AMERICANA	BACHILLERATO LICENCIATURA	349-98	14/05/98	DERECHO DERECHO Y NOTARIADO PÚBLICO (modif. 421-00, 30/11/00)
24	INSTITUTO DE ENSEÑANZA E INVESTIGACIÓN (IEPIUACA)	MAESTRÍA ESPECIALIDAD	323-97 328-97 447-01	12/05/97 31/07/97 06/12/01	DERECHO PÚBLICO CONCENT.: DERECHO PÚBLICO INTERNO -DERECHOS HUMANOS, -DERECHO URBANÍSTICO Y MUNICIPAL -DERECHO ECOLÓGICO DERECHO NOTARIAL Y REGISTRAL
25	CRISTIANA INTERNACIONAL	BACHILLERATO LICENCIATURA	395-00	17/02/00	DERECHO

Nº	UNIVERSIDAD	GRADO	SESIÓN	FECHA	CARRERA
26	UACA, LEONARDO DAVINCI	BACHILLERATO LICENCIATURA	427-01	26/02/01	DERECHO
27	METODISTA DE C.R.	BACHILLERATO LICENCIATURA	444-01	27/09/01	DERECHO
28	INTERAMERICANA DE COSTA RICA	BACHILLERATO Y LICENCIATURA MAESTRÍA PROFESIONAL	448-01	13/12/01	DERECHO DERECHO COMERCIAL DERECHO INTERNACIONAL DERECHO LABORAL

Registrando el Colegio de Abogados para inicios de los 80, 2.000 abogados y abogadas incorporadas. Y en el 2004: 15.974 abogados y abogadas.

6. COMPROMISOS INTERNACIONALES QUE PERMITEN OTRAS INCORPORACIONES AL COLEGIO DE ABOGADOS

En el plano internacional, Costa Rica de acuerdo con el artículo 7 de nuestra Constitución Política dispone: “Los Tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes...”.

Costa Rica suscribió el Protocolo al Tratado General de Integración Económica Centroamericana (PROTOCOLO DE GUATEMALA), el 29 de octubre de 1993 y en el artículo 31 se dispone:

“Los Estados Parte acuerdan armonizar sus legislaciones para el libre ejercicio de las profesiones universitarias en cualquier país de la región, a efecto de hacer efectiva la aplicación del Convenio sobre el Ejercicio de Profesiones Universitarias y Reconocimiento de Estudios Universitarios, suscrito el 22 de junio de 1962, en la ciudad de San Salvador, República de El Salvador, el cual es de aplicación plena en los Estados Contratantes de ese Convenio”.

Y por Ley No. 3653 del 17 de Diciembre de 1965, fue aprobado el Convenio sobre el Ejercicio de Profesiones Universitarias y Reconocimiento de Estudios Universitarios antes indicado. Estableciéndose en esta ley los procedimientos para que ciudadanos centroamericanos por nacimiento o naturalización puedan obtener la habilitación en cualquier país del área para ejercer su profesión, ya sea obtenida en cualquier país del área o fuera de ella.

Disponiendo que las universidades centroamericanas se comunicarán unas a otras para intercambiar información sobre las carreras, requisitos de títulos, etc.

A través de este Convenio se habilitan a profesionales centroamericanos o centroamericanas a ejercer la profesión en cualquier país del área. Limitándose únicamente a aquellos que hayan obtenido por naturalización su nacionalidad, quienes deben de haber residido en forma continua por más de cinco años en territorio centroamericano.

7. REQUISITOS DE INCORPORACIÓN AL COLEGIO Y LA FISCALIZACIÓN

Así las cosas, existe apertura para formar Licenciados o Licenciadas en Derecho. Y cuando decidan ejercer que es por supuesto en la mayoría de los casos, deben de cumplir con los trámites que el Colegio de Abogados tiene para ser incorporados. Actualmente la exigencia académica que se establece, además del título universitario reconocido, debe de aportar una certificación de estudios emitida por la Universidad, pormenorizando las materias, créditos, convalidaciones de materias, tutorías realizadas. Certificación de la modalidad de graduación: ya sea por práctica profesional, o pruebas de grado o tesis. Requisitos todos estos que el Colegio procede a revisar junto con la acreditación de la aprobación del Curso de Ética, que imparte el propio Colegio, para autorizar su incorporación.

Ante las debilidades en la formación académica, el Colegio ofrece cursos de actualización en diversas materias y anualmente realiza una gran cantidad de Eventos, Seminarios, Talleres, etc. Realizando alianzas estratégicas con centros de formación, para elevar el nivel, sin embargo, la responsabilidad de la formación universitaria compete a otros entes.

Y así como la enseñanza del derecho ha venido a menos en algunas universidades, otras carreras también no escapan de este fenómeno. Y aunque posiblemente el problema educativo universitario, deviene de la problemática educativa nacional de ciclos primarios y secundarios, debemos de abocarnos a la universitaria, por ser este el antecedente inmediato para el Colegio de Abogados.

De ahí que para ejercer la función pública encomendada a los Colegios Profesionales, la Federación de Colegios Profesionales que aglutina a todas las Corporaciones Profesionales del país, apoya la iniciativa de establecer exámenes de incorporación.

En la Asamblea Legislativa se encuentra presentado el Proyecto de ley denominado “Incorporación a los Colegios Profesionales mediante exámenes”, bajo el expediente número 14.316. Este proyecto pretende que los graduados universitarios que pretendan adscribirse a un Colegio Profesional deben de realizar pruebas de idoneidad previa a que se les apruebe su incorporación al Colegio respectivo. Estas pruebas se realizarían con un Tribunal Examinador integrado por Miembros Colegiados. Teniendo como norte los principios de legalidad,

derecho de regularidad, derecho de defensa, *in dubio* pro postulante, igualdad jurídica y posibilidad de recurrir. Las evaluaciones serían públicas, orales y escritas.

El Colegio de Abogados junto con los demás Colegios Profesionales del país, propusieron el Proyecto mencionado, en aras de ejercer en mejor forma la función pública de control asignada.

En algunos casos la proliferación de Profesionales en Derecho provenientes de Universidades sin un adecuado control: del plan de estudios, o bien de planes de estudios desfasados en el tiempo y en el espacio, con una gran orientación del modelo escrito, con poca formación pedagógica el Profesorado, con limitadas facilidades de investigación, de acceso tecnológico, carentes de Cursos de contenido ético y de instalaciones físicas adecuadas, entre otros, inciden en la preparación del futuro abogado y abogada. Dándose durante el ejercicio profesional problemas tales como: de competencia desleal, de inadecuada atención y defensa de los intereses de sus clientes, de obstrucción a la justicia, y animosidad en las mismas relaciones entre Colegas del mismo gremio, entre otras. Y aunque en el Colegio de Abogados estamos más preocupados por la calidad y la ética en el ejercicio profesional, también nos preocupan las posibilidades de desarrollo, trabajo y progreso que tendrán los nuevos agremiados.

El Colegio de Abogados a través de la Fiscalía del Colegio tramita las denuncias interpuestas por los usuarios de los servicios profesionales o bien de oficio, contra los y las abogadas que en principio han vulnerado las normas reglamentarias. En revisión que hiciéramos sobre las denuncias interpuestas en los años 2001 ascendieron a 732 denuncias, de ellas concluyeron en sanciones 153 Colegas, 82 fueron suspendidos de 1 a 3 meses en el ejercicio profesional, 2 fueron suspendidos por más de 6 años y 32 terminaron por conciliación entre las partes. Para el año 2002 la Fiscalía reporta 727 denuncias nuevas. De ellas se sancionaron a 197 colegas, 41 fueron suspendidos de 1 a 3 meses, 2 fueron suspendidos por 2 años y 48 conciliaron. Para el 2003 la Fiscalía reporta 797 denuncias, de las cuales 388 se encuentran en trámite, y 1 suspendido por un año. Para mayo del 2004, se registran 147 quejas. Muchas de estas denuncias obedecen a asuntos mal atendidos por los colegas, denotándose problemas de formación académica como también ética.

Ante este panorama consideramos que el reto de las Universidades en la formación de los profesionales en Derecho, amerita

un replanteamiento no sólo en la formación académica sino también en la ética. Visualizando este reto como la imperiosa necesidad de que el Estado Costarricense establezca una política clara y consistente en la enseñanza del derecho. Que respetando nuestros principios democráticos del derecho a la educación y libre escogencia de carrera, se delinee los perfiles que el país necesita del o la Profesional en Derecho. Perfil que también debería de ir acompañado de las nuevas destrezas que necesita el profesional en materia de oralidad, para poder enfrentar los cambios procesales que se avecinan en las nuevas legislaciones que se encuentran en trámite legislativo. A la vez, se amerita que los órganos Colegiados de CONARE y CONESUP ejerzan una labor de control de calidad de los planes de estudios universitarios, bajo estándares que respondan a las necesidades del profesional del nuevo milenio.

Y que mientras esto se da, se unan esfuerzos institucionales para establecer las bases que permitan en el futuro mejorar el ejercicio de la abogacía.

El Colegio de Abogados de Costa Rica desde su óptica, seguirá impulsando y apoyando aquellos proyectos que contribuyan a mejorar la formación académica y ética de todos y todas sus agremiadas. Y ejerciendo en la mejor forma posible la función delegada por el Estado en el control del ejercicio profesional.

**LOS “GRANDES PRINCIPIOS” DEL DERECHO DEL
AMBIENTE Y DEL DERECHO DEL URBANISMO**

Prof. Jacqueline Morand Deviller

SUMARIO:

1. Introducción
2. Una poción mágica
3. Búsqueda del casuismo
4. De cero al infinito
5. Derecho “A” y Derecho “De”
6. El ambiente urbanizado
7. El urbanismo ambientalizado
8. El derecho con mayúsculas

1. INTRODUCCIÓN

Había penuria, y ahora abundancia. Ninguna convención internacional de envergadura, ninguna ley de orientación, deja de mencionar los “grandes principios”; sobre estos principios hoy se coincide más fácilmente que cuando fueron proclamados “en estado bruto”, sin precisiones para guiar la interpretación, y haciendo pesar sobre el juez el poder de interpretarlos. El ambiente y el urbanismo no escapan a esta pasión, y el primero ha contribuido sólidamente a esta actividad creadora. El jurista, que tiene necesidad de pilares firmes, se siente desconcertado ante tanta profusión de principios; entonces, busca poner orden, extraer los orígenes con el fin de establecer entre ellos una jerarquía y precisar su ámbito; quiere hacer clasificaciones, misión que no es imposible, pero que parece vana porque el desorden aparente es signo de libertad y de vitalidad en la promoción de los principios, por lo que sería lamentable controlar demasiado.

La libertad, pues, será el tono adoptado para estas reflexiones, necesariamente superficiales frente a un tema tan vasto; estas líneas persiguen un solo propósito, rol al cual el jurista no puede escapar, cual es extraer algunas ideas fuerza, colocar un poco en orden, comparando, distinguiendo, acercando, con el fin de apreciar el lugar que ocupan los principios “generales” o “fundamentales” –los calificaré indistintamente– en el derecho del ambiente y en el del urbanismo.

1. UNA “POCIÓN MÁGICA”

Si responden al mismo tiempo a la búsqueda de lo absoluto (absoluto que atormenta al ser dotado de razón) y a la necesidad de pilares estables para reaccionar contra la complejidad y la inseguridad jurídica, si los “grandes principios se emplean cada vez más en el derecho, nos aseguran cuando estamos inquietos (...), nos estimulan cuando nos falta imaginación (...) ¿Por qué –pregunto– renunciar a utilizar estas pociones mágicas?⁽¹⁾

Aunque hay que felicitar por el aumento de poder de las reglas éticas, aptas para sublimar la acción de los poderes públicos y de los

(1) DELPERÈE, Francis. *“La place des principes non écrits dans les avis et les décisions des Conseil d’État”*, RA, 1999, N° especial 4.

particulares, también es necesario medir sus límites. Su inflación hace correr el peligro de su banalización; su parcelamiento excesivo trae el riesgo de debilitar su contenido. El “vals de las éticas”^(*) (Alain Etchégoyen) eclipsaría la moral.

Pero ¿quién podría lamentarse de la abundancia de imperativos categóricos, testimonio de la reacción contra los fuertes imperativos del materialismo, del mercantilismo y de los riesgos del progreso? En todo caso, la crítica apuntaría más al desorden existente que a la existencia misma de estos principios. Durante mucho tiempo, y como lo observó sutilmente Jean Rivero,⁽²⁾ los principios generales del derecho fueron coto de caza del Consejo de Estado, quien los “revelaba” para cubrir un vacío jurídico, derivándolos necesariamente de las fuentes escritas; inexistentes, o más exactamente sin una determinación jurídica clara, servían como referencia para interpretar la ley si ella los respetaba, o para minimizar su alcance si ella los transgredía. De la soledad de la alta jurisdicción administrativa^(**) se pasó muy rápidamente, a partir de los años setenta, a una sana competencia entre las jurisdicciones supremas: Consejo Constitucional desde 1971, Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, Corte Europea de los Derechos del Hombre, sin olvidar la Corte de Casación, que como el Consejo de Estado y las Cortes internacionales, tiene una larga práctica en la promoción de los grandes principios. Como se ha dicho, esta emulación es estimulante, permite inspiraciones y enriquecimientos mutuos, y favorece la armonización, todo a prueba del tiempo.

3. BÚSQUEDA DEL CASUISMO

No obstante lo dicho, se puede lamentar la diversidad de calificativos y la incertidumbre que conlleva. El Consejo de Estado monopolizaría el descubrimiento de los “principios generales del derecho”. Además, nada le impediría revelar los “principios fundamentales

(2) Ver Nº 3 de los “*Études et documents du Conseil d’État*”, 1950-470.

(*) N. de T.: Dado que se trata de la expresión atribuible a otro autor (La valse des éthiques) he traducido la palabra valse literalmente. La traducción probable en español sería “*El baile de las éticas*”, para significar una profusión de cambios (por ej., el baile de los precios, o de ministros).

(**) N. de T.: Se refiera al Consejo de Estado francés.

reconocidos por las leyes de la República”^(***) (PFRLR) (decisión “Koné”), aunque sin el monopolio de su descubrimiento. Más aún, según un casuismo sutil, el Consejo de Estado frecuentemente recurre a los “principios” sin otro calificativo, apoyándose o no, libremente, en un texto legal, marcando así su habitual preocupación por mostrar independencia y autonomía.

Por su parte, el Consejo Constitucional distingue, al lado de los principios fundamentales, las *reglas y los principios con valor constitucional* que frecuentemente se vinculan, pero no necesariamente, a las fuentes escritas (lo que los distingue de los PFRLR). Las Cortes europeas revelan principios, sean generales, sean fundamentales, refiriéndose a los “derechos fundamentales” y a los “principios deontológicos fundamentales; evocan aquí y allá las “exigencias fundamentales” o los “principios elementales del derecho”. ¿No se tratará de un trabajo casuístico desordenado?⁽³⁾ ¿lo será tiempo de poner un poco de orden?; ¿no será en nombre de la accesibilidad e inteligibilidad de las normas que el Consejo Constitucional los ha elevado al nivel de un objetivo el valor constitucional (decisión del 16 de diciembre de 1999)?

En efecto, si se trata de establecer el alcance jurídico que debe darse a estos principios, la diversidad de calificaciones puede conducir a la perplejidad. El valor-piso está asegurado; estos principios tienen, al menos, un valor supra decreto; pero el valor-techo es aún variable. El Consejo de Estado ha dejado abierta la disputa en torno al valor legislativo o infralegislativo (este último apoyado por René Chapus) de los principios generales del derecho. La presentación más simple y realista conduce a distinguir tres niveles de principios: en el nivel más alto se ubicarían aquellos “PFRLR” (*principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República*), que por sus objetivos son reconocidos por el Consejo Constitucional con valor constitucional. El Consejo de Estado puede también revelarlos (caso “Koné”), hecho que debiera ser excepcional; lo normal sería promover ciertos principios generales a ese nivel constatando que hayan sido consagrados por el Consejo Constitucional. Otra categoría de principios fundamentales serían

(***) N. de T.: Los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República se conocen, en el derecho francés, bajo la sigla PFRLR. Esa es la sigla con la que se los menciona luego en el texto.

(3) SIMON, Denys. “*Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire*”. Droit, 1991.

aquellos consagrados por los textos o por la jurisprudencia europea y que tendrían un valor intermedio infraconstitucional: Francia se ha pronunciado firmemente por la supremacía de la Constitución y su preámbulo sobre las convenciones internacionales (tal como lo han recordado recientemente las jurisdicciones supremas en los casos “Sarran” y “Fraisse”), pero éstas tienen un valor supralegislativo. En último lugar, se encontrarían los otros principios que tendrían un valor sólo legislativo.

La voluntad de las jurisdicciones supremas de preservar su autonomía y su independencia ofrece a la construcción jurídica el interés de interpretaciones diversificadas, poco a poco unificadas y enriquecidas por la controversia. Corresponde al juez responder a los requerimientos de un profuso derecho escrito, fecundidad que también puede predicarse de los grandes principios. Su rol es mucho más delicado que el del legislador o el de los negociadores de las convenciones internacionales que, como se ha dicho, recogen cada vez más fácilmente el acuerdo sobre proclamas solemnes cuyo ámbito no se preocupan de precisar. Estas precisiones, aportadas por los jueces, dan lugar a construcciones jurisprudenciales muy seductoras, tanto que parece que “en la confrontación de los actos y del derecho, éste se reduce en su último análisis, a los principios”,⁽⁴⁾ y no está prohibido pensar –sin creer en ello verdaderamente– que en algunos años se procederá a la codificación nacional, europea e internacional sin dañar en nada la independencia de las altas jurisdicciones respondiendo así al deseo de la Declaración de 1789 de alcanzar “principios simples e imposibles de desconocer”.

Estas observaciones liminares nos han parecido útiles para esclarecer las breves reflexiones que se harán a propósito de los principios generales y fundamentales del derecho del ambiente y del urbanismo. Una primera observación se impone: la paternidad de la mayor parte de los principios proviene del derecho del medio ambiente.⁽⁵⁾ Más técnico, el derecho del urbanismo ha permanecido mucho tiempo pobre en “revelaciones”; pero impulsado por el movimiento general, desde hace algunos años busca sublimizarse, sea haciendo suyo los principios del derecho del ambiente, sea dotándose de principios traídos de otras áreas, menos ambiciosos pero bien adaptados a los problemas que se deben resolver.

(4) HAURIUO, Maurice. *Précis de droit constitutionnell*. Sirey, París, 1929, p. 238.

(5) VOIR, Yves Jégouzo. “*Le principes généraux du droit de l’environnement*”. *Droit de l’environnement*, número spécial, juillet-août 2001.

4. DE CERO AL INFINITO

Esta lapidaria fórmula resume correctamente la irresistible y rápida ascensión de las preocupaciones ambientales en la política y en el derecho. Frecuentemente la fórmula es utilizada para medir el aumento de poderío de la protección del ambiente en el derecho comunitario; el ambiente fue ignorado en los comienzos; luego, en los tratados de Maastricht y Amsterdam, se convirtió en una preocupación como lo muestra el conjunto de los textos comunitario, que lo tienen en cuenta. Después del “Acta única”, un título está consagrado a ambiente, y el art. 6º nuevo precisa que “Las exigencias de la protección de ambiente deben estar integradas en la definición y en la puesta en obra de políticas y acciones de la comunidad (...) a fin de promover el desarrollo sustentable^(*). 1:1 art. 2º evoca la noción de un “desarrollo armonioso, equilibrado; sustentable en las actividades económicas”.

El derecho francés no ha hecho suyo el principio de integración, por lo que hay que reconocer la timidez y la lentitud de los poderes públicos y del juez par reconocer los grandes principios del derecho del ambiente y del urbanismo. Cuando ellos se decidan, empujados por la presión de la opinión pública y los ejemplos del exterior, la bulimia, como es usual, seguiría la penuria. Por el momento, la mayor parte de estos principios no tienen sino un valor legislativo.

A diferencia de lo hecho por un buen número de constituciones extranjeras (diez Estados de la Unión Europea sobre quince, Estados normalmente más jóvenes que el francés), Francia se resiste a promover al ambiente como un interés constitucionalmente protegido. Sin embargo, nada impedirá que en el momento de una revisión constitucional, como fue el caso de Alemania en 1994, de Finlandia en 1995, se introduzca una disposición análoga, por ejemplo, al art. 66 de la Constitución portuguesa del 2/4/1976 según la cual “todos tienen un derecho a un ambiente humano sano y ecológicamente equilibrado, y al mismo tiempo el deber de defenderlo”. La jurisprudencia del Consejo Constitucional tendrá, entonces, la ocasión de formular grandes decisiones.

Indudablemente, en la Declaración de 1789 y en el Preámbulo de 1946 sí pueden encontrar referencias a los derechos ecológicos; por ej...,

(*) N. de T.: El texto en francés hace mención al desarrollo “durable”. He preferido el calificativo sustentable por ser usado más frecuentemente en los textos en español.

cuando hacen alusión a “la felicidad de todos” y a la función dada a la ley de “defender a la sociedad contra las acciones dañosas” (art. 4º); o a principios particularmente necesarios a nuestro tiempo como la garantía de la “protección de la salud”, la garantía que la Nación dará “al individuo y a la familia las condiciones necesarias para su desarrollo”. Pero se trata –dejada de lado la protección de la salud– de disposiciones muy generales para ser asimiladas a verdaderos derechos y libertades protegidos, por lo que se comprende la reticencia del juez encontrar en ellas los fundamentos de sus decisiones.

Numerosas propuestas se han hecho para incorporar el reconocimiento constitucional del derecho del hombre al ambiente. Estas proposiciones todavía no han alcanzado la meta, pero en estos últimos años fueron tenidas en cuenta en las declaraciones del hombre formuladas políticamente durante el bicentenario de la Revolución Francesa (en 1989) y el cincuentenario de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (en 1998). Efecto de la moda y de la propaganda electoral sobre un tema que reúne adhesiones, estas declaraciones, por su permanencia, manifiestan también la pretensión de ir más allá de las simples intenciones. En suma, la consagración constitucional de un derecho fundamental del hombre al ambiente sano nada tiene de improbable; es suficiente que la ocasión llegue.

5. DERECHO “A” Y DERECHO “DE”

Por el momento, los principios fundamentales del derecho del ambiente y los derechos del urbanismo han recibido sólo una consagración legislativa. La evolución ha sido prudente. En los primeros tiempos, el legislador se contentaba con vincular la protección del ambiente a un interés público o, incluso más ampliamente, al interés general, sin precisar demasiado. Así la primera gran ley ambiental, la del 10/7/1976 sobre la protección de la naturaleza, se conformó con afirmar que son de interés general “la protección de los espacios naturales y de los paisajes, la preservación de las especies animales y vegetales, el mantenimiento del equilibrio biológico (...) y la protección de los recursos naturales contra todas las causas de degradación que los amenazan”.

También son de interés general la protección de los bosques (ley del 4/12/1985), del litoral (ley del 3/1/1986), del agua (ley del 3/1/1992), la lucha contra la contaminación atmosférica (ley del 30/12/1996); esta legislación ha permitido al juez administrativo dar apoyo legal a las

decisiones administrativas que tienen en cuenta los fines ambientales, y tomar el ambiente como elemento de apreciación, haciendo en la práctica progresos importantes a través de la teoría del “balance”. También se ha proclamado el deber de cada uno de vigilar para salvaguardar el patrimonio natural. Pero estas afirmaciones y estas obligaciones son todavía meramente referenciales e imprecisas; son orientaciones más que principios.

El paso dado por el legislador en 1995 ha significado un gran progreso en la evolución. En efecto, la ley del 2/2/1995 proclama de manera solemne principios mucho más precisos, a los que se incorporan verdaderas obligaciones jurídicas. Se trata más bien de “derechos-créditos” o de “derechos-exigencias”; son los llamados “derechos a”, de la segunda generación, que reclaman para realizarse una intervención activa del poder público. El individuo es acreedor del Estado y de las colectividades públicas, que deben estar en condiciones de proveer los medios más adecuados para responder a los objetivos de interés general previamente determinados. Hay así un “derecho a la salud”, cada vez más vinculado a la protección del ambiente, que encuentra su fuente especialmente en el Preámbulo de 1946 (párr. 7°).

Los principios del derecho del urbanismo tienen también esta calidad. Sin embargo, uno ya le ha accedido al rango objetivo de valor constitucional: la posibilidad de acceder a una “vivienda decente” y de mantenerse en ella (Consejo Constitucional, 19/1/1995). Además, después de algunos años, se reflexiona sobre las relaciones entre el derecho “de la ciudad” y derecho “a la ciudad”.⁽⁶⁾ El derecho a la ciudad está proclamado claramente por la ley de orientación para la ciudad del 13/7/1991 (art. 1°), que une este derecho al deber de las colectividades públicas de asegurar al conjunto de los habitantes de las ciudades las condiciones de vida y de hábitat “que favorezcan la cohesión social y permitan la lucha contra la segregación y la exclusión”. Este derecho “a” no extrañó a los derechos de la primera generación que permiten al individuo desarrollarse en total libertad e igualdad, y es la búsqueda de la igualdad entre habitantes de la ciudad la que autoriza discriminaciones positivas en favor de barrios en dificultades así como

(6) VOIR, Yves Jégouzo. *Droit de la ville, droit à la ville*, JOUVERT, Sylvie. *Droit de la ville, droit à la ville*. Thèse. Paris II. 1997; DESCHAMPS, Emmanuelle. *Le droit public de la ségrégation urbaine*. LGDJ. Paris, 1998; LERIQUE, F. *Recherche sur les aspects juridiques de la politique de la viell*. Thèse Litle, 1999.

mecanismos de distribución igualitaria entre colectividades locales ricas y las pobres: por ejemplo, modulaciones de dotaciones de solidaridad urbana, ventajas fiscales en zona franca, cuotas de viviendas sociales, todas reformas previstas desde 1991 y relanzadas por la ley “SRU”.^(*)

La pregunta si los principios del derecho del ambiente y del urbanismo tienen un parentesco con los derechos civiles y políticos de la primera generación se contesta afirmativamente. Presentado como “derechos-atributos”, como derecho de “poder hacer todo lo que no daña a otro”, tienen por objeto , garantizar la seguridad y la autonomía de la persona humana frente al poder frente a los otros individuos: libertad-autonomía, y más ampliamente, facultad de permitir al individuo desarrollarse eligiendo libremente los medios para alcanzarlos, sobre todo por su participación en la vida colectiva, o sea, libertad-participación. La verdadera libertad es, a la vez, libertad-autonomía y participación y numerosos principios del derecho del ambiente tienen esta dimensión. Por demás, el espíritu que animó a los redactores de las declaraciones revolucionarias cuando proclamaron que el hombre es libre y que es el fin de toda sociedad, era mesiánico y mundialista, como lo es también el derecho al ambiente, cuy numerosos principios son universales e intemporales.

Se recuerda que inspirándose en la Declaración americana de 1776, la Declaración francesa de 1793 afirmaba que el fin de la sociedad es “la felicidad común”, noción que los revolucionarios de 1848 transformaron en un “derecho al bienestar”, principios que corresponden al derecho fundamental del individuo “de” vivir feliz en un ambiente natural y urbano protegido que ofrezca a los individuos esta felicidad que, como se sabe, tiene más fuerza a medida que es más simple. Es cierto que estas antiguas declaraciones no tienen hoy un ámbito jurídico y que el derecho a la felicidad se debilitó en el Preámbulo de la Constitución de 1946, convirtiéndose en el deber de la Nación, asegurar “al individuo y a la familia las condiciones necesarias para su desarrollo”, es decir, un derecho “a”.

El derecho al ambiente también aspira a formar parte de los derechos de la tercera generación de los derechos del hombre, llamados derechos de la solidaridad, noción aparecida. Hace una quincena de

(*) N. de T.: La sigla SRU identifica una ley conocida como Ley de Solidaridad y Renovación Urbana, de diciembre de 2001.

años. Se trata de “derecho a los derechos”, oponibles y exigibles al Estado, pero cuya realización requiere una acción que se extiende al conjunto de los actores del tejido social: Estado, individuos y otras entidades públicas y privadas. Estos derechos se fundan sobre una solidaridad extendida al conjunto del planeta, merced al progreso de las comunicaciones y a la toma de conciencia de la identidad de las amenazas, que requieren acciones internacionales comunes. Se vuelve a encontrar aquí el espíritu de mesianismo, de universalismo y de mundialismo. De estos derechos se distinguen cuatro: el derecho a la paz, el derecho al desarrollo, el derecho al respeto del patrimonio común de la humanidad y el derecho al ambiente; es decir, la obligación de todos de tomar las medidas propias para garantizar el derecho de todos a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Estos derechos fundados sobre la solidaridad son al mismo tiempo deberes hacia el ambiente natural y cultural, lo que estimula la disputa sobre el eventual desarrollo de los derechos subjetivos.

Los principios del derecho del urbanismo no pueden pretender una sacralización tan grande. Siendo la diversidad una condición del urbanismo de calidad, capaz de adaptarse a situaciones diferenciadas y evolutivas, los principios se presentan más como principios de vida en una sociedad, ligados a respuestas políticas que pueden variar según el tiempo y el espacio, que como derechos *universales* del hombre. Se trata frecuentemente de objetivos a alcanzar, no como resultados, sino como medios, tal como lo ha recordado el Consejo Constitucional en su decisión del 7/12/2000 con motivo de ciertas disposiciones de la ley SRU.

Pero aunque modestos por mucho tiempo, los principios generales del derecho del urbanismo se han extendido merced al poderoso movimiento del buen gobierno, que impone una política de conjunto coherente e integrada, y por la irrupción masiva de la preocupación ambiental. La frontera entre estos dos derechos (ambiente y urbanismo) se hace cada vez menos neta en una evolución que se produce en un doble sentido: el derecho ambiental no se reduce a la protección de la naturaleza, sino que se conjuga grandemente en términos urbanísticos; el ambiente se urbaniza. A su vez, el derecho del urbanismo se encuentra cada vez más influenciado por el ambiente, por lo que el urbanismo se ambientaliza.

6. EL AMBIENTE URBANIZADO

Los lazos entre ambiente y urbanismo tienen orígenes antiguos. Las primeras reglamentaciones urbanísticas concernientes a la seguridad

y a la salubridad de las ciudades son también reglas ambientales, y las de las instalaciones clasificadas⁽⁷⁾ tuvieron tempranamente (ley del 20/4/1832) prolongaciones en el urbanismo, especialmente por la prohibición de implantarlas en zonas residenciales. El ambiente no se limita a la protección de la naturaleza, y el urbanismo no está restringido al espacio urban.⁽⁷⁾ Lo prueba bien la confusión existente en el seno de ciertos órganos, consejos de arquitectura, de urbanismo y de ambiente, asociaciones de defensa en materia de urbanismo y de ambiente. No obstante, la confusión se da en los límites, y no debe extenderse a las estructuras ministeriales que tienen interés en preservar su independencia la breve experiencia de una cohabitación desde 1986 a 1988 ha probado los riesgos a los cuales estuvo expuesto el modesto Ministerio del Ambiente destruido por el poderoso Ministerio del Equipamiento, no pudiendo, en adelante jugar su rol de contrapoder.

El ambiente urbano presenta relaciones complejas y problemas específicos que conviene tratar globalmente reforzando su coherencia. Esto aparece en el ámbito internacional: el capítulo 7 de la acción 21 está consagrado por completo a la “promoción de un modelo viable de establecimientos humanos” pueden ser rurales, pero que cada vez más son urbanos. Especialmente, una vivienda adecuada para todos; una mejor gestión de los establecimientos humanos; una infraestructura ambiental integrada en lo que concierne al hacinamiento, los desechos; una política viable de energía y de transportes, y de una manera general, la gestión integrada del ambiente. Una reflexión similar ha sido seguida igualmente por la Unión Europea. Las orientaciones *Libro verde* de 1990 se dirigen al ambiente humano, y en 1991 el Parlamento europeo adoptó una resolución reclamando “normas mínimas en lo que concierne al desarrollo y a la gestión urbana, así como las precauciones garantizar en las ciudades y las aglomeraciones un ambiente que no afecte a la salud pública”, resolución que se aproxima a una verdadera declaración de principios. La ciudad juega el rol de poderoso revelador de los derechos fundamentales que, más fuertemente amenazados aquí que afuera, requieren de titulares medidas de protección. La dimensión

(7) PRIEUR, Michel. “Urbanisme et environnement”. AJDA, número spécial, mai 1993, p. 80.

(*) N. de T.: La expresión “installations classées” (instalaciones clasificadas) se usa en el derecho francés para individualizar a las empresas contaminantes, que sólo pueden operar después de una autorización de la autoridad administrativa y funcionan bajo serios controles.

urbana de los problemas ambientales tiene en todos los países (ricos y pobres) un desarrollo rápido respecto del derecho del ruido, del aire, de los desechos, de la contaminación en general, y de los principios que le son aplicables, especialmente el del “contaminador pagador”.

En Francia, la necesidad de una gestión coherente de los espacios urbanos, naturales y rurales se hace sentir cada vez más. Es evidente que el ambiente es un todo y no se gestiona de manera fraccionada, del mismo modo que el derecho del urbanismo no se aplica sólo a las ciudades.

Los grandes principios movilizantes tienen distintas finalidades. La finalidad estética no se ha erigido en un principio general (podría ser el del derecho a una ciudad bella), pero el legislador se preocupa de este aspecto desde hace bastante tiempo. La ley sobre la arquitectura del 3/1/1977 proclama que “la creación arquitectónica, la calidad de las construcciones, la inserción armoniosa del medio ambiental (...), son de interés público”. Para proteger sus riquezas patrimoniales se proveerá a la ciudad de un sector protegido, o de una ZPPAU,^(*) y requerirá el auxilio de procedimientos imaginados por buenas y viejas leyes relativas a los monumentos históricos y sus alrededores para evitar los sacrilegios y conservar la memoria de los lugares y de los tiempos. La obligación que pesa sobre los constructores de no afectar “el carácter o el interés de los lugares vecinos a los sitios, a los paisajes naturales o urbanos” está establecida en una disposición que nace de un decreto (art. R 11 -21 del Código del Urbanismo) y que puede llegar a tener el nivel de una declaración de principios surgida de un real ámbito jurídico. La noción de paisaje ha sido consagrada por el legislador en 1983, paisaje que, bien entendido, puede ser tanto uno urbano como uno natural.

Pueden también ser presentados como principios comunes al ambiente y al urbanismo los expresados en el art. L110-1 que abre el Código del Urbanismo. La consagración del territorio francés como “patrimonio común de la Nación” se presta a diversas interpretaciones. Si uno lo relaciona con las disposiciones que siguen que hacen alusión a la gestión autónoma del suelo, la única consecuencia sería la “gestión de un buen padre de familia” que el derecho privado recomienda a los tenedores de un patrimonio. Pero esta ambiciosa proclama podría incitar a una interpretación menos literal, en tanto el carácter de

(*) N. de T.: La sigla ZPPAUP significa Zona de Protección del Patrimonio Arquitectónico Urbano y Paisajístico.

patrimonio común de la Nación se ha extendido. El Código Rural (art. L200-I) atribuye esta calidad a los espacios, recursos y medios naturales, sitios y paisajes, a la calidad del aire, a las especies animales y vegetales, a la diversidad y a los equilibrios biológicos; antes, en cambio, lo limitaba al agua. Si la idea de un *patrimonio común* parece excluir, o al menos limitar, la apropiación privativa, el principio se presentaría entonces como un derecho-deber: derecho de la comunidad nacional a gozar de sus espacios y de los recursos, y deber de interés general de los responsables públicos de proteger, valorizar, poner en estado, desarrollar el recurso utilizable (en lo que concierne al agua) en una preocupación constante de equilibrio y de armonía. Fundado sobre el objetivo del desarrollo sustentable y sobre la misión reguladora confiada al conjunto de colectividades públicas, el principio de equilibrio no es una simple declaración de intención, sino una fuente de obligaciones para los responsables de las políticas del urbanismo y del ambiente, especialmente tratándose de la elaboración documentos de planificación.

7. EL URBANISMO AMBIENTALIZADO

La indisolubilidad entre los derechos del urbanismo y del ambiente se manifiesta por el lugar cada vez más extendido que toman las preocupaciones ambientales y el derecho del urbanismo. El derecho del urbanismo tiene sus propios principios que, indirectamente, pueden enriquecer el derecho del ambiente. Pero la infiltración se ha producido, sobre todo, en el sentido inverso: los principios ambientales, comprendidos los más ambiciosos, han ingresado en el derecho del urbanismo y el efecto, por contagio, ha sido sublimizar el derecho urbanismo, por mucho tiempo un derecho positivista y técnico. De alguna manera, la consagración de los grandes principios ambientales ha tenido lugar a través de las convenciones internacionales, la prudente integración por el legislador nacional, el rápido contagio en el derecho del urbanismo y la consolidación por la jurisprudencia. Poco importa, entonces, la atribución de paternidad; lo esencial es la promoción prudente y fulgurante de los principios, próximos a los “mitos movilizados” de Georges Sorel, susceptibles de transfigurar hasta ahora técnicas, que por deslizamiento progresivo, se enriquecen de “instituciones puestas al servicio de una idea” según el proyecto de Maurice Hauriou.

La promoción de los principios generales propios del derecho del urbanismo se ha reforzado recientemente, cuando la ley SRU precisó su contenido y su ámbito. La protección del ambiente ocupa en esta ley un

lugar de privilegio. El principio del *equilibrio*, consagrado por el art. 110 del Código del Urbanismo, encuentra su origen en la ley de descentralización del 7/1/1983, y muchas veces modificado, se presenta como una suerte de “cubre todo”. Conciérne al manejo equilibrado del espacio: el buen reparto entre las poblaciones de zonas rurales y urbanas, la no discriminación en cuanto al hábitat, los servicios para las poblaciones residentes y futuras; pero también “protección de los medios naturales y del paisaje”. El art. 111-1 da a las directivas territoriales la difícil tarea de fijar los principales objetivos del Estado en materia de manejo del territorio buscando un equilibrio entre las perspectivas del desarrollo y de protección, la realización de los grandes equipamientos y la preservación de espacios naturales, sitios y paisajes.

La ley SRU se abre sobre un novel art. L121-1, (la redacción redundante y pesada, destinado a ubicar los principios generales que se imponen en los documentos urbanísticos. Se distinguen tres categorías de principios; dos son comunes al urbanismo y al ambiente. El principio de la *mixtura social del hábitat*, del reconocimiento de una diversidad de funciones urbanas que necesariamente deben ser tenidas en cuenta, puede ser considerado como principio específico del urbanismo. Por el contrario, se aplican indistintamente al urbanismo y al ambiente, el principio de *equilibrio* entre el desarrollo urbano y la protección de los espacios naturales y de los paisajes, el respeto de los objetivos del desarrollo sustentable así como el principio de utilización eficiente y equilibrado de los espacios, de preservación de la calidad del aire, del agua, de los ecosistemas, de custodia del patrimonio edificado y el principio de *prevención* de los riesgos naturales y tecnológicos, así como el de los daños de toda naturaleza.

Es sabido que el principio de *integración*, que implica tener en cuenta las preocupaciones ambientales en otras políticas y en el proceso de desarrollo, principio que el derecho comunitario ha hecho suyo siguiendo el impulso dado por la Conferencia de Río, no ha sido recogido por la ley del 2/2/1995. Pero la penetración por capilaridad de estas preocupaciones es evidente, e influye cada vez más el derecho del urbanismo y los derechos vecinos. Los ejemplos son múltiples, como por ej., en el derecho de expropiación. Entre los “intereses públicos” tenidos en cuenta en el balance de ventajas e inconvenientes de un proyecto susceptible de ser declarado de utilidad pública, los ataques al ambiente tienen su lugar y pueden ser determinantes para la anulación de la declaración. La dimensión ambiental se afirma cada vez más abiertamente en el derecho del manejo del territorio y emerge por

encima del derecho de las obras públicas o el del dominio público. El *estudio del impacto*, procedimiento exclusivamente ligado al ambiente, es hoy objeto de tentativas para extender su campo; ¿no se podría intentar, con poco éxito parece, el estudio del impacto legislativo?

El derecho no ha escuchado la ley SRU para integrar las finalidades ambientales en los documentos urbanísticos. A falta de un estudio del impacto, los antiguos POS^(*) incorporaron en sus informes de presentación un “*estudio del ambiente*” y prevalece la obligación de tener en cuenta la preservación de la calidad de los paisajes, de delimitar los sectores a proteger, o las áreas a valorizar por motivos de orden estético o ecológico, y asegurar su protección. Los esquemas directivos fijaron las orientaciones fundamentales de la protección de los lugares, sitios y paisajes y enumeraron reglas y documentos urbanísticos más específicos: espacios naturales sensibles, ley litoral y ley de montaña (...) integraron necesariamente esas finalidades. La ley SRU refuerza aún más la integración, lo que confirma los nuevos esquemas de coherencia territorial (SCOT)^(*) y los nuevos planes locales de urbanismo (PLU)^(*), en el seno de los cuales el proyecto de manejo y desarrollo sustentable (PADD)^(*) ocupa un lugar capital, proyecto que debe especialmente definir, respecto de los objetivos y principios enunciados en los arts. L110 y L121-I, las orientaciones susceptibles de preservar la calidad arquitectónica y el ambiente.

Las políticas urbanas no pueden escapar a los objetivos generales (de la protección y de revalorización del ambiente. Estos objetivos serán puestos en consonancia con otros objetivos de naturaleza económica y social. El juez deberá tener en cuenta estos objetivos y buscar la compatibilidad de las normas, relaciones que se quieren flexibles, como que la obligación ligada a estos principios no es de resultado sino simplemente de medios (Corte Constitucional 7/12/2000, antes citada). La gestión integrada está en el corazón del nuevo dispositivo y esta integración toma otra forma aún más ambiciosa cuando los grandes principios de envergadura internacional del derecho del ambiente vienen a irradiar su luz y su fuerza en el derecho del urbanismo.

(*) N. de T.: La siglas de texto significan:

POS: Plan de Ocupación de Sucios.

SCOT: Esquema de coherencia territorial.

8. EL DERECHO CON MAYÚSCULAS

Con esta vigorosa expresión, Jean Carbonnier expresaba el deseo de que el “gran derecho”, el de los principios fundamentales claramente transcriptos en la ley y en los reglamentos, se llevara al derecho pequeño, “locuaz, confuso, inestable, difícilmente accesible al ciudadano”.

El derecho del urbanismo y el del ambiente no pueden escapar a las reglamentaciones exageradamente puntillosas y detalladas. Los problemas planteados tienen una dimensión técnica acentuada cuando se trata, por ejemplo, de fijar los pisos de emisión o de construcción, de tratar los mejores sistemas de eliminación de desechos o de transferencia de los coeficientes de ocupación de suelos (COS).^(*) Es de lamentar la complejidad creciente de las reglamentaciones, su difícil inteligibilidad, y es deseable –sin demasiada ilusión– una simplificación en la redacción. Cabe estimar que la multiplicación de principios, su entrecruzamiento, su ámbito a veces poco preciso, ayudan a esta complejidad. Pero también se puede –y es nuestra opción– acoger con esperanza esta profusión de valores éticos, susceptibles de elevar y sublimizar disciplinas que en su origen estaban relegadas al derecho con minúsculas y eran tratadas, con buenas razones, sólo por la vía reglamentaria.

Los principios generales del derecho del ambiente tal como han sido traspuestos por la ley, del 2/2/1995, por ej. el de la acción preventiva y de corrección y el del contaminador pagador, son propios del ambiente.

Las observaciones siguientes están destinadas a los principios comunes de *precaución*, de *desarrollo sustentable* y de *participación*.

¡Qué decir del primero (principio de precaución) para escapar a la banalidad! ¡Tanto y tan bien se ha escrito sobre este tema por la comunidad de juristas de todas las disciplinas y de todos los países! Indudablemente, se puede insistir sobre la idea de un descubrimiento,

(*) N. de T.: Las siglas del texto significan:

PLU: Plan local de urbanismo.

PADD: Plan de gestión y desarrollo sustentable.

COS: Coeficiente de ocupación de suelos.

que no es sino un redescubrimiento; una presentación nueva del viejo precepto romano de la *prudentia*, principio ofrecido a todo hombre honesto dotado de memoria para inspirar las lecciones del pasado; de *intelligentia* para discernir lo esencial del presente, y de *providentia* para prever el futuro, principio que debe inspirar la conducta de los responsables políticos y de los jueces. Se trata de mantenerse despierto, y de proyectar en un futuro bastante lejano para responder, según Hans Jonas, a los deberes hacia las generaciones futuras, aun en ausencia de certeza científica absoluta.

El principio de precaución tiene su origen oficial en el principio 15 de la Declaración de Río, y en sus orígenes no se aplicaba sino al ambiente. Se encuentra consagrado en el Tratado de Maastricht (nuevo art. 174, parág. 2) y ha sido puesto en práctica por la jurisprudencia comunitaria. Se ha traspuesto en el derecho francés por la ley de 1995 y ha sido objeto de interpretaciones diversas en cuanto a su contenido, que permanece inasible; la intensa mediatización de la que ha sido objeto no arregla nada. Pero a pesar de las incertezas, su recepción por el derecho (no menos de unas quince de convenciones internacionales lo hacen suyo) no cesa de progresar. Una de las razones de este éxito es el aspecto transversal de las preocupaciones ambientales. Así, el principio de precaución encuentra un terreno de aplicación privilegiada respecto de las medidas de policía sanitaria y de policía del consumo, de las cuales da testimonio la jurisprudencia administrativa reciente. Y como las fronteras entre ambiente y urbanismo se hacen difusas, el principio de precaución debería penetrar cada vez más –y con precaución– en el contencioso del urbanismo; así, en una decisión de julio de 2000, el Consejo de Estado hace referencia a este principio tratándose de una autorización para hacer trabajos sobre un campo de golf. Esta integración, que se hace prudentemente en el contencioso de la legalidad, tendrá sin embargo, muchas dificultades –tal como ha sido observado a propósito del principio contaminador pagador– para modificar el contencioso de la responsabilidad, especialmente porque obligaría a tener en cuenta no sólo el perjuicio futuro sino también el perjuicio eventual.

El objetivo del *desarrollo sustentable* también tiene un origen internacional –principios 5 y 8 de la Conferencia de Estocolmo 1972, Informe Brundtland 1987, principios 3 y 4 de la Declaración de Río– y sus orígenes se aplicaba sólo al ambiente. Los recursos vivientes no son inagotables, por lo que su explotación debe ser medida, a fin de no comprometer su renovación y de respetar la diversidad biológica.

“También aquí se trata de prudencia y de respeto de los derechos de las generaciones futuras. Este principio ocupa un lugar importante en el derecho comunitario (art. 6º, tal como ha sido modificado por el Tratado de Amsterdam), como lo prueba el V Programa (La Acción sobre el Ambiente (1992-2000) realizado bajo sus auspicios).

La ley del 2/2/1995 hizo del desarrollo sustentable un objetivo más que un principio, pero el éxito fue inmediato y considerable. Son muy pocos los reglamentos, directivas, circulares, en muy diferentes ámbitos que no hacen alusión a él. Está expresamente introducido al inicio de la ley de orientación del 2/6/1999 para el manejo y desarrollo sustentable del territorio y es el *leitmotiv* (la ley SRU que, como se ha dicho, establece la obligación del Plan Local de Urbanismo (PLU) de incluir como pieza maestra un proyecto de gestión y desarrollo sustentable. Por la magia de la proclamación de tal objetivo, la política y la acción administrativa toman una dimensión nueva. Es tiempo de reaccionar contra las visiones estrechas a corto plazo, contra las respuestas inmediatas (o sea, no reflexivas) de conjeturas cambiantes (que apela a ajustes sumarios y provisorios), y tener en cuenta el futuro más lejano y sus preocupaciones esenciales, y gobernar “en el sentido pleno de la función”. Las preocupaciones ambientales han sido reveladoras de esta exigencia para tomar conciencia, efecto de moda, pero por detrás de él, un plan fundamental en lo económico, social y hasta filosófico.

Paradójicamente, estas preocupaciones no habían sido reveladoras de la exigencia, más difícilmente admitida, de la participación. Los poderes públicos franceses, empedrados en las viejas tradiciones del jacobismo centralizador, han cultivado por mucho tiempo el gusto del secreto y de las puertas cerradas. Las feudalidades del equipo y la gestión del territorio podían permitirse ignorar soberbiamente toda contestación y hasta toda demanda de información y de justificación de sus proyectos. Una presunción de actuar en favor del interés general santificaba sus proyectos, cuyas sabias características técnicas escapaban por definición al vulgo. ¡Cuánto camino recorrido en veinte años! ¡Qué tranquila facultad de olvido de un pasado próximo poco glorioso en las actuales proclamaciones de conductas ejemplares hechas por nuestros responsables políticos y administrativos!

Extrañamente, en este aspecto, el derecho del urbanismo ha sido más precursor que el derecho del ambiente. La reivindicación de la transparencia y de la concertación, bajo la presión de los movimientos asociativos, se ha manifestado en ocasión de operaciones de gestión,

trátase de gestión de territorios o urbanos. Los progresos fueron lentos pero regulares: la notificación de los documentos administrativos devino un principio, así como su motivación (ley de 1978 y 1979, con excepciones por supuesto). La encuesta pública se democratizó y se ambientalizó (ley de 1983). La concertación devino una obligación para los municipios cuando el manejo urbano fue descentralizado (ley de 1985): art. L300-2 del Código del Urbanismo, obligación que la ley SRU ha extendido especialmente a “toda elaboración o revisión de un esquema de coherencia territorial (SCOT) o de un Plan Local de Urbanismo (PLU)” y a toda operación de gestión que modifique de modo sustancial el marco de vida o la actividad económica de la comuna. Las modalidades de organización de la concertación dejan una cierta libertad al Consejo Municipal, que debe evitar la superficialidad. El “debate público” ha sido confiado por la ley del 2/2/1995 a una comisión, presidida por un consejero de Estado; pero esa comisión parece tener poca conciencia de la dimensión de la democracia participativa impuesta a los trabajos. Dado que interviene anticipadamente, antes que el proyecto haya tomado forma, puede ser una estructura de escucha y de debate útil para la pre-paración de los grandes proyectos de gestión del territorio, como lo fue, recientemente, para la elección de la *ubicación* de un tercer aeropuerto de la región parisina, aunque la discusión en la comisión no tratara la *necesidad* de ese aeropuerto, circunstancia que algunos lamentaron.

El principio de participación ha sido consagrado en el derecho internacional; aquí también el derecho del ambiente sirvió de revelador. La Declaración de Estocolmo de 1972 (principios 19 y 20) proclama un derecho a la información; la de Río de 1992 (principio 10) agrega que “la mejor manera de tratar las cuestiones del ambiente es asegurando la participación de todos los ciudadanos implicados, al nivel que convenga”. El derecho europeo hace referencia, cada vez más, al principio de participación; el 25/6/1998 fue adoptado un texto importante, la Convención de d’Aarhus, cuyo objeto es armonizar los procedimientos no contenciosos de participación de los ciudadanos en los procesos de decisión. Grandes esperanzas han sido puestas en esta Convención para un relanzamiento de la participación en el derecho francés.

**LA VALORACIÓN ECONÓMICA DE LOS ACTIVOS
DE PROPIEDAD INTELECTUAL**

Lic. Pedro Chaves Corrales^(*)

Profesor
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

SUMARIO:

1. Aspectos introductorios generales
2. Concepto de activos intangibles en la propiedad intelectual
 - a) Concepto de activo intangible
 - b) La propiedad intelectual como activo intangible
3. Capital intelectual
4. Importancia de valorar el capital intelectual y sus intangibles
5. Metodología de valoración del capital intelectual y sus activos intangibles
 - a) Fuentes de información directas
 - b) Fuentes de información indirectas
 - c) Diversos métodos de valoración
 - d) Método o modelo tropicalizado

Conclusiones

Bibliografía

1. ASPECTOS INTRODUCTORIOS GENERALES

En la actualidad, ya existe una nueva conciencia empresarial. Las principales compañías de todo el mundo están empezando a darse cuenta de que sus activos más valiosos son los inmateriales. Han descubierto que los valores ya no residen en los edificios o en la maquinaria, ni tan siquiera en los productos, sino en el capital o propiedad intelectual.

A la hora de valorar una empresa, los hombres de negocios se guían por el valor contable cuando lo cierto es que, aunque muchas organizaciones tienen un valor contable bajo; su valor real puede ser elevado. También cabe la posibilidad de que una empresa sea joven y de que tenga pocos activos materiales, a pesar de que su personal posea un magnífico historial, que en realidad se debería contabilizar como activos inmateriales.

La propiedad intelectual se ha convertido rápidamente en el punto más importante de las corporaciones, pero a la vez ésta requiere de investigaciones de cientos de millones de dólares para crearla.

La propiedad intelectual es el mecanismo legal destinado a la protección de innumerables activos corporativos. Los nuevos inventos, que luego se traducirán en productos, o sus componentes se pueden proteger mediante una o más patentes. Las patentes generalmente son más valiosas, ya que dan al propietario el monopolio sobre la invención planteada durante un período de tiempo. Las patentes tienen una especial importancia cuando están estrechamente ligadas a los productos, puesto que, en este caso, los protegen de los terceros que pudieran tener la intención de copiar el invento.

Por su parte el copyright o derecho de autor para las legislaciones latinoamericanas y europeas, protegen la palabra escrita y su expresión y es el mecanismo más comúnmente utilizado para la protección de libros, composiciones musicales y software informático y otros. Los activos de mercadeo, como por ejemplo las marcas comerciales están protegidas mediante marcas de fábrica y de servicios, etc. Por último, los secretos de fabricación se protegen a través de acuerdos de no divulgación, lo que significa que a la parte que le ha sido confiado el secreto acuerda no revelarlo a nadie más, exceptuando los terceros expresamente identificados en el acuerdo de no divulgación.

Curiosamente esta poderosa modalidad de propiedad es a veces difícil de percibir, muchas veces imposible de tocar y muy frágil y difícil de valorar.

2. CONCEPTO DE ACTIVOS INTANGIBLES EN LA PROPIEDAD INTELECTUAL

a) Concepto de activo intangible

Primero debemos analizar qué se entiende por activos intangibles para así comprender y aplicar apropiadamente ese concepto a la propiedad intelectual. Así tenemos que durante muchos años el concepto de bienes intangibles ha sido asociado a lo que se llama plusvalía o valor comercial, pero para un mejor análisis debemos contraponerlo al concepto de activo tangible.

“Dentro de la literatura se clasifica a los activos en dos tipos: tangibles e intangibles. Tradicionalmente los activos tangibles (capital físico y financiero) constituían el activo máspreciado de las empresas. Sin embargo, en los últimos años del siglo XX esta idea ha dado paso a la consideración de la categoría de activos intangibles como clave para competir en entornos dinámicos. El conocimiento organizativo se ha convertido en “el recurso” por excelencia. Este activo intangible satisface los requisitos para ser considerado estratégico: 1) no comercializable, desarrollados y acumulados dentro de la empresa, 2) fuerte carácter y complejidad social, 3) surge a partir de las habilidades y aprendizaje organizativo, 4) es móvil y está vinculado a la empresa, y 5) su desarrollo es “dependiente de la senda”, es decir, depende de los niveles de aprendizaje, inversión, stocks de activos y actividades de desarrollo previas.⁽¹⁾

Definimos los bienes intangibles como todos los elementos de los negocios de una empresa que existen después de lo monetario y de los bienes tangibles identificados, como elementos secundarios. Ellos son los elementos que hacen y contribuyen al aporte monetario de la empresa.

Los beneficios futuros que se encuentren en el presente, frecuentemente representados en forma intangible mediante un bien de

(1) ORDÓNEZ DE PABLOS (Patricia) <http://www.injef.com/revista/empresas/pop991217.htm>

naturaleza incorpórea, no tienen una estructura material ni aportan una contribución a la producción u operación de la entidad. El hecho de que carezcan de características físicas no impide que se les pueda considerar como activos legítimos.

b) La propiedad intelectual como activo intangible

Si vemos la propiedad intelectual como un conjunto de derechos (patentes,⁽²⁾ marcas,⁽³⁾ derechos de autor,⁽⁴⁾ secretos comerciales.⁽⁵⁾ etc.) es sin duda la propiedad intelectual el activo intangible por excelencia, toda vez que se encuentra en contraposición a los activos tangibles tales como el capital físico y financiero, que sí son perceptibles y cuantificables económica y contablemente con facilidad.⁽⁶⁾

-
- (2) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *Derecho de Patentes de Invención*. Patente “es un derecho exclusivo a la explotación de una invención durante un período determinado”, en donde se centra fundamentalmente el concepto del monopolio particular el cual no puede ser indefinido. Tomo I, Primera Edición, Buenos Aires, Editorial Heliasta SRL, 2001, p. 17.
 - (3) OTAMENDI, Jorge. *Derecho de marcas*. Tercera Edición, Buenos Aires Argentina, Editorial Abeledo-Perrot S.A., 1999, p. 7. Para OTAMENDI “la marca es el signo que distingue un producto de otro o un servicio de otro”.
 - (4) LIPSZYC, Delia. *Derechos de autor y derechos conexos*. Ediciones UNESCO/CELALC/ ZAVALIA, Argentina, 1993, p. 11. Para la tratadista Delis Lipszyc “es la rama de Derecho que regula los derechos subjetivos del autor sobre las creaciones que presentan individualidad resultantes de teatrales, artísticas, científicas y audiovisuales”.
 - (5) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *op. cit.*, p. 20. Para Cabanellas constituye un mecanismo apto para regir la creación, circulación y apropiación de tecnología, de forma compatible con los inventos para una producción eficiente de conocimientos técnicos y con la preservación de la competencia efectiva en los mercados”.
 - (6) SMITH GORDON, V. y RUSSELL L. Parr. *Valuation of Intellectual Property and Intangible Assets*. John Willey & Sons, United States of America, 1989, p. 7. Intellectual property such as a patent or trademark acquires its essential characteristics, from which value emanates, form the legal system. The property may have resulted from a long and

Para David Wong Cam⁽⁷⁾ “los principales intangibles son las marcas, patentes, franquicias, software, investigación, ideas y el expertise”. Así por ejemplo, el sistema scanner que permite la elaboración de una factura rápida y automáticamente, además de facilitar el control de inventarios y ofrecer información a tiempo real de la demanda, es un claro ejemplo de un intangible en una cadena de autoservicio exitosa”.

Es innegable que las patentes, los derechos de autor, las marcas comerciales de fábrica y otros activos intangibles similares, se pueden identificar con nombres bastante descriptivos de los derechos que representan, pero existen otros tipos de activos intangibles que no necesariamente representan derechos específicos como por ejemplo la plusvalía mercantil o derecho de llave para algunas legislaciones latinoamericanas, o simplemente clientela que posee la empresa mercantil, que también son intangibles pero que no son necesariamente parte de la propiedad intelectual.

Hoy día la propiedad intelectual es de los intangibles, el más valioso, con el cual cuenta una empresa, pues van desde los nombres comerciales, marcas, etc, hasta llegar a la transferencia de tecnología como expresión máxima de la transmisión de intangibles en la propiedad intelectual.

De todos ellos “las marcas tienen un valor económico incuestionable por lo que son factores que cada vez adquieren más fuerza como elementos de negociación”. La controversia prevalece en cuanto a la manera de calcular el valor y al método de aplicación en los sistemas contables de la organización. Hemos visto en los últimos años

expensive research program or by fortuitous discovery. Both, however, may bear significant responsibility for the earning power of the enterprise of which they are a part. Elements of intellectual property include:

Patents
Copyrights
Trademarks
Proprietary technology
Trade secrets.

(7) WONG CAM (David), www.docentes.up.edu.pe/Dwong/La_verdadera_ventaja_competitiva_los_intangibles.htm

que numerosas compañías de Estados Unidos, Australia, y Gran Bretaña han optado por incluir en sus balances la valoración de marcas en calidad de activos intangibles. El objeto ha sido fortalecer los estados financieros, primordialmente cuando se presentan batallas por una adquisición, lo cual refleja que para muchas organizaciones las marcas representan los activos intangibles más valiosos que adquieren relevancia ante la inminencia de traspaso de acciones.⁽⁸⁾

Ahora bien, desde hace algunos años, como consecuencia de la mayor competitividad existente, producto de la globalización de las transacciones comerciales, las marcas con las que las compañías designan a sus productos o servicios han adquirido un papel protagonista en el mercado, puesto que al haber aumentado considerablemente la competencia, hoy más que nunca la marca se presenta ante los ojos de consumidores y usuarios, como el signo identificador, que lo diferencia de la competencia. Ante esta nueva realidad, las distintas empresas comenzaron a ver a sus marcas como bienes muy preciados, lo que trajo aparejado no sólo que se las considerara contablemente, sino además de que se procediera a realizar grandes inversiones para que aquéllas adquirieran el mayor prestigio posible con el consiguiente aumento de su valor.⁽⁹⁾

No debemos dejar de lado que el proceso de crear y poseer en el mercado, hoy día cada vez más globalizado, una marca, no es un trabajo sencillo; implica una gran dedicación unida a un trabajo continuo dedicado y que depende de inversiones millonarias en publicidad que va desde la escrita hasta la radial y televisiva, pasando por una gran diversidad de técnicas y estrategias para lograr poseerla.

Este activo intangible que es la marca, genera a su vez otros activos intangibles de la propiedad intelectual como lo son las licencias y las franquicias. Tanto las licencias como las franquicias, generan otras alternativas de comercialización que constituyen la razón fundamental de desarrollo económico de la marca como activo intangible que es, pues produce altos ingresos como consecuencia de las royalties que

(8) CÉSPEDES (Marcia) *¿Cómo valorar las marcas de sus productos?* www.camarasantiago.com/infocamara/n35a6/como_valorar_las_marcas_de_sus.htm

(9) ETCHEVERRY (Marisa). *“El valor de las marcas”*. Etcheverry.com/value_esp.htm

hacen cada vez más indispensable determinar el valor real de la marca y en general de los activos intangibles de la propiedad intelectual.

“En la actualidad ya nadie duda que la lucha en el campo del marketing se centra en la competición y la batalla por el dominio real del mercado a través del posicionamiento de las marcas en los primeros puestos. En el futuro se augura una intensificación de esta lucha por lo que se espera que las compañías e inversiones reconocerán a la marca como el activo más valioso de la empresa. Siendo ello así, ya no basta con obtener una debida protección de las marcas, sino que además se necesita conocer su verdadero valor.

De este modo, las compañías podrán, conocer el valor real de la empresa; establecer los niveles de licencias o franquicias; utilizar sus marcas como garantía de financiamiento y para cualquier otra operación relacionada con su actividad comercial. Asimismo, estarán en condiciones de conocer en forma acabada sobre la conveniencia o no de realizar las inversiones que serían necesarias para incrementar el valor de las marcas, puesto que del desarrollo que se logre de ellas dependerá que sus propietarios consigan instalarse en el mercado con una presencia privilegiada y, lo que es tal vez más difícil, mantenerse en ese nivel”.⁽¹⁰⁾

Esta innegable primacía de las marcas dentro de los activos intangibles ha generado la existencia de un sinnúmero de registros marcarios a nivel internacional. La razón consiste en la protección legal de esos activos como medio de evitar la piratería y establecer las acciones civiles y en algunos países también penales (caso de Costa Rica)⁽¹¹⁾ para aquellos que no observan el cumplimiento de la propiedad intelectual.

A nivel internacional vemos una promulgación bastante fecunda en los últimos años de nuevas leyes en propiedad intelectual, así como leyes de observancia de esa propiedad intelectual.

Pero en la materia mercantil los usos y costumbres avanzan más rápidamente que las legislaciones y regulaciones administrativas, así como la legalización de la propiedad intelectual por parte de sus legítimos titulares.

(10) ETCHEVERRY (Marisa), *op. cit.*

(11) Artículos del 44 al 70: Ley de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual, número 8039 de fecha 05 de octubre del año 2000.

“El comercio tiende a ser generalmente mucho más dinámico y expedito que las leyes y que los procesos legales. Así observamos cómo en mercados como el venezolano se franquician marcas que no están debidamente registradas o se licencian marcas que no han cumplido con los requisitos de ley. La franquicia ha sido en la última década el modelo de crecimiento económico por excelencia en los países latinoamericanos y, en especial en Venezuela, nos hemos visto invadidos de un sinnúmero de franquicias que en la mayoría de los casos no cuentan con la protección legal adecuada.

Valorar una marca no es sólo una necesidad de su propietario, sino también de aquel que va a adquirirla de una u otra forma, así como a analizar el negocio desde el punto de vista del consumidor; a respaldar los intereses de la empresa en activos intangibles, alrededor del cual giran los mayores intereses de los accionistas, y a cuantificar el valor del activo más seguro que tenga la empresa”.⁽¹²⁾

Las marcas no poseen una vida económicamente estable, duradera y predecible en un espacio de tiempo determinado. Por el contrario encontramos que las marcas varían en el tiempo y requieren ser modificadas para así poder continuar en su existencia. Es claro que hasta las mejores y más reconocidas marcas comerciales deben estar continuamente en mantenimiento por medio de publicidad y estando asociados con un producto o productos que continúen encontrando favor con el público comprador. Esto requiere continuas inversiones de trabajo y capital.

Las marcas comerciales pueden morir con un producto si están tan identificadas con él, que no puedan ser desplegadas de nuevo. Es claro, por ello, que no son, por su naturaleza, eternas.

Las marcas comerciales cambian. Nuestra percepción es que muy pocas marcas comerciales han existido sin cambios por mucho tiempo, especialmente las asociadas con productos al consumidor.

Es necesario siempre efectuar un cambio en la imagen de la marca y es ahí donde nuevamente es fundamental el papel que juega la publicidad es ese cambio de imagen, mediante sus recursos técnicos variados.

(12) JONSON (John) y otros. *Cuánto vale el valor*. <http://www.producto.com/ve/productos/obtención>.

Al invertir en publicidad en una marca, se está generando un nuevo intangible de la propiedad intelectual que es la imagen de marca. Esta tendrá más valor en la medida en que esté posesionada en un mercado meta de consumidores con capacidad de compra y que hayan aprendido a asociar con la marca atributos positivos del producto o servicio. La marca como tal tendrá larga vida como bien intangible en la medida en la que ésta se adapte a los gustos y necesidades del consumidor y a los retos de la competencia. También es importante considerar que el valor de la imagen de marca está relacionado con el ciclo de vida del producto o servicio, sea que el producto esté en época de lanzamiento a un nuevo mercado o que se trate de un bien en etapa de madurez en sus ventas con tendencia a disminuir. Cada valor de imagen de marca dependerá de el presupuesto invertido en mercadeo y publicidad para su nacimiento, y posicionamiento en la mente del público meta y para su mantenimiento. Entre mayor sea el grado de aceptación de una marca mayor puede ser las ventas obtenidas y mayor será el valor de imagen de marca como bien intangible, pero respaldado por buenas proyecciones de ventas si se administra y usa esa marca de la forma más conveniente en términos de mercado.

Un buen ejemplo lo encontramos con la marca Mc Donald's en los años sesenta. "Mc Donald's debía proyectar una personalidad de sensibilidad, cordialidad y diversión. Estos conceptos eran significativos en otras áreas de ventas al por menor, pero eran extraños en la publicidad de restaurantes, que no salía de los rígidos límites de producto y precio. La publicidad por televisión prácticamente no existía para servicios de comida en 1970, pero una simple extensión de la filosofía corriente de la industria había dado por resultado comerciales de televisión con el mensaje de los bajos precios de Mc Donald's y formas de primer plano de humeantes hamburguesas".⁽¹³⁾

Este nuevo concepto de publicidad de Mc Donald's, no presentó un cambio de paradigmas en la forma de publicitarse generando nuevos activos intangibles en sí mismos como lo es la publicidad pero que constituyen además un plusvalor para otros activos intangibles de la propiedad intelectual como lo es la marca propiamente dicha así como su utilización tanto dentro como fuera del país, por medio de franquicias y el pago de royalties.

(13) LORE (John F.) *Mc Donald's. La empresa que cambió la forma de hacer negocios en el mundo*. Traducción de Jorge Cárdenas Nannetti. Editorial Norma, Colombia, 1987, p. 323.

“Sin embargo crear una marca y posicionarla en el mercado no es tarea fácil. En efecto, ante la infinidad de variedad de productos que se ofrecen en el mercado los que se incrementan día a día en forma considerable, las inversiones que suponen la creación y el desarrollo de una marca para designar un producto o servicio que se quiera ofrecer, es cada día más costosa. Si, además, se pretende un liderazgo de ese producto o servicio en el mercado las sumas que las empresas deben desembolsar se multiplican varias veces, puesto que la estrategias de marketing y publicidad idóneas, para tal fin requieren inversiones millonarias y un período que muchas veces es muy largo, Y si a todo ello se le suma que alrededor del 20% de las marcas nuevas en el mercado, muchas veces aparece como un hecho lógico que las compañías prefieran comprar una marca o y una empresa con marcas establecidas. Pero, para ello, es indispensable contar con métodos que permitan establecer cuál es el valor real de la marca, el que en la mayoría de los casos supera con creces el valor que representan los activos de la empresa en bienes tangibles. Como ejemplo, se pueden dar dos entre muchos otros: Kraft fue adquirida por alrededor de 13.000 millones de dólares, más el 600% de su valor contable. Asimismo, las marcas bajo el paraguas protector de RJR Nabisco fueron adquiridas en algo más de 25.000 millones de dólares. De lo dicho se deduce que en ciertas compañías, las marcas constituyen su activo más importante”.⁽¹⁴⁾

3. CAPITAL INTELECTUAL

Cuando nos referimos al concepto de capital intelectual sentimos que nos acercamos cada vez más a una traducción monetaria de la propiedad intelectual, y efectivamente así es. Bajo este concepto se unen aquellos activos intangibles de la empresa que no se encuentran reflejados en los estados financieros y contables pero que conforman entre sí, un todo que produce un plus valor que conlleva a que ese activo intangible tenga un mayor valor que si se encontrara por separado y valorado en forma individual e independiente.

“El conocimiento organizativo se mide a través de capital intelectual de la organización. Para la empresa sueca Skandia (pionera en el desarrollo de herramientas de medición de activos intangibles) el capital intelectual es “la posesión de conocimientos, experiencia

(14) ETCHEVERRY (Marisa), *op. cit.*

aplicada, tecnología organizacional, relaciones con clientes y destrezas profesionales que dan a Skandia una ventaja competitiva en el mercado”.

El capital intelectual ayuda a explicar la diferencia entre el valor de mercado y el valor en libros de la empresa porque el capital intelectual no se incluye en las cuentas financieras.

El valor total del mercado de la empresa está formado por el patrimonio visible tangible más tres tipos de activos intangibles, la estructura interna (la organización), la estructura externa (los clientes), y las capacidades (las personas), de modo que el valor del mercado de la empresa se puede interpretar como un reflejo directo del balance invisible”.⁽¹⁵⁾

El capital intelectual no es nada nuevo, sino que ha estado presente desde el momento en que el primer vendedor estableció una buena relación con el cliente. Más tarde se le llamó fondo de comercio. Lo que ha sucedido en el transcurso de las dos últimas décadas es una explosión en determinadas áreas técnicas clave, incluyendo los medios de comunicación, la tecnología de la información y las comunicaciones, que nos ha proporcionado nuevas herramientas con las que hemos edificado una economía global.

Muchas de esas herramientas aportan beneficios inmateriales que ahora se dan por descontado, pero que antes no existían, hasta el punto que la organización no puede funcionar sin ellas. La propiedad de tales herramientas proporciona ventajas competitivas y; por consiguiente, constituyen un activo.

Con el término capital intelectual se hace referencia a la activación de activos inmateriales que permite funcionar a la empresa.⁽¹⁶⁾

Y es ahí precisamente donde encontramos lo fundamental del capital intelectual toda vez que el concepto de capital intelectual es más amplio que el de activo intangible de propiedad intelectual. Es nuestro criterio que el capital intelectual está compuesto por activos intangibles en donde la suma de esos activos intangibles produce un mayor capital

(15) ORDÓÑEZ DE PABLOS (Patricia), *op. cit.*

(16) BROOKING (Anie). *El capital intelectual*. Ediciones Paidós Ibérica. España, 1997, pp. 25-26.

intelectual que se traduce en mayor valor contable y económico no sólo de la propiedad intelectual sino de la empresa como un todo dueña del capital intelectual y sus intangibles.

El capital intelectual está formado, por una parte, del saber y la experiencia de los empleados y, por otra, de determinados hechos cualitativos, siempre basados en la información y el conocimiento. Los activos derivados de la información, entendidos como elementos capaces de generar rentas, tienen carácter inmaterial o naturaleza “intangibles”. No se trata de objetos, como maquinaria e instalaciones, ni derechos, como concesiones administrativas o los saldos de deudores, sino promesas, expectativas o probabilidades de beneficios futuros. Tanto los intangibles debidos a empleados como a directivos representan una parte de su conocimiento que, por su carácter específico en relación con la empresa, les ha sido “expropiado”, por ésta, quien se verá en disposición de activarlo, en alguno de los siguientes conceptos: recurso humano y capital intelectual.⁽¹⁷⁾

En general podemos decir que el capital intelectual no es un concepto estricto, cerrado, por el contrario es un concepto amplio, dinámico, cambiante que motiva el calificarlo de *apertus* pues en el futuro podemos considerar como capital intelectual conceptos e intangibles que hoy día no aceptamos o concebimos como tales.

Veamos un ejemplo para ilustrar lo *apertus* y cambiante del concepto.

La información que hace no mucho se consideró un factor productivo, determinante en procesos como la valoración de carteras o de la propia empresa, se convierte al amparo de un paradigma teórico emergente, en un recurso específico susceptible de ser capitalizado y, por tanto, digno de ser valorado como parte de la empresa. La solución al problema de valoración del conocimiento se entiende necesariamente aproximativa, debido a que este tipo de activos está basado, en muchas ocasiones, en acuerdos informales. La información puede ser estudiada como coste o como activo, o clasificarse, desde el primer punto de vista, en función del origen, el grado de registro o el fenómeno a que se refiere; como activo, puede dividirse en humano, organizativo, tecnológico o relacional.⁽¹⁸⁾

(17) GALINDO. www.eumed.net/coursecon/colaboraciones/Galindo-empresa-A.htm

(18) *Ibidem*.

Pueden existir muchos otros intangibles que pasen a formar parte del capital intelectual como consecuencia del proceso de globalización en que se encuentra el mundo, y principalmente los países latinoamericanos vemos más expuestos y a muy corto plazo al existir una voluntad firme y concreta por parte de los Estados Unidos de América de firmar el Tratado de Libre Comercio con todo el Continente Americano.

4. IMPORTANCIA DE VALORAR EL CAPITAL INTELECTUAL Y SUS INTANGIBLES

Aunque la valoración del capital intelectual es una actividad que se realiza durante muchos años, lo cierto es que sólo se utiliza cuando se juzga necesariamente a efectos de venta o bien cuando es objeto de algún tipo de garantía.

El hecho de que una parte muy importante de los activos sean inmateriales no significa que no haya que asignarles un valor. Entre las diversas razones que justifican la valoración del capital intelectual figuran las siguientes: Que los gestores sepan donde reside el valor de la empresa. Disponer de una unidad de medida para calcular el éxito y el crecimiento. Como fundamento para obtener financiación o préstamos.

La pregunta fundamental que debemos hacernos es: ¿Por qué es importante valorar los intangibles?, cuya respuesta es: porque constituyen una verdadera ventaja comparativa. Bill Gates, el magnate de Microsoft dice: “nuestros activos principales, que son nuestros software y nuestras habilidades para desarrollar los mismos, no son en absoluto mostrados por el balance general”.⁽¹⁹⁾

Efectivamente el valorar adecuadamente el capital intelectual es su conjunto o bien sus intangibles en forma parcial e individual permite lograr un espacio competitivo y ventajoso frente a la competencia que cada día es más fuerte y veraz.

De todos los intangibles podemos identificar algunos como los fundamentales para ser valorados en razón de su importancia económica y financiera. La marca es su principal exponente unido a las

(19) WONG CAM (Davis) www.docentes.uo.edu.pe/DWong/La_verdadera_ventaja_competitiva_los_intangibles.htm

licencias y franquicias como modalidades de comercialización más usados hoy día en donde depende de la valoración económica que se haga y su alto valor que refleja el nivel de royalties que existirán.

Algunas compañías británicas, australianas y neozelandesas han incorporado el valor de la marca a sus balances. En 1998 Ranks Hovis McDougall incorporó en su balance el valor de 1.200 millones de dólares por sus 60 marcas. Esta suma excede en valor a todos los activos intangibles que se suponen están escrupulosamente contabilizados y afectan a la valoración que los accionistas hacen de la compañía. A partir de esta situación los expertos financieros y de mercado británico se han inmerso en una discusión conocida como el debate de las marcas; la mayor controversia contable de los últimos veinte años.⁽²⁰⁾

En realidad es una controversia actual que presenta multiplicidad de artistas que hacen necesario conocer los parámetros de las valoraciones de las marcas.

“Existen otros dos supuestos que toman de trascendental importancia la correcta valoración de marcas. En efecto, tal conocimiento suministra una seguridad a los futuros *cash flows*. Para poder planificar adecuadamente, invertir y continuar el desarrollo de un negocio, se necesita cierta “seguridad”. Siendo ello así, resulta claro que las marcas juegan un rol estratégico en un gran número de empresas; *ergo* la valoración también se justifica, por el alto costo que requiere el desarrollo de una marca y por ello el alto riesgo que se le asocia a dicho desarrollo, tal como fue dicho “*supra*”.

También adquiere relevancia determinar el valor de la marca cuando se la pretende usar para propósitos financieros o tributarios. En cuanto al primer propósito, cuadra decir que hoy los bancos consideran las marcas valorados como candidatas a la financiación. Ya algunas empresas han obtenido financiación en operaciones de compra-venta utilizando sus marcas como garantía. Se puede citar como ejemplo: el préstamo otorgado en 1991 por el Citibank, por 480 millones de dólares a la Borden, quien puso sus marcas como garantía de la operación.

Además, establecer el valor es útil en casos de absorción de compañías o de constitución de “joint ventures”.⁽²¹⁾

(20) ETCHEVERRY (Marisa), *op. cit.*

(21) ETCHEVERRY (Marisa), *op. cit.*

Nuevamente la globalización hace cambiar el concepto de lo tradicional para encarar una nueva modalidad de la valoración como consecuencia de las fusiones estratégicas que imperan por doquier. Por ejemplo tenemos el caso en donde “los activos intangibles pueden ser caros de adquirir, difíciles de manejar y complicados de contabilizar, ya que su valor se crea o se destruye sin que haya de por medio ninguna transacción. Entre 1994 y 1995, AOL capitalizó algunos de sus costos de adquisición de clientes, al considerar parte de esos costos como activos. Los analistas financieros consideraron esos como una trampa. AOL abandonó su intento y reflejó como gasto, sin contrapartida de activos, los \$385 millones invertidos en adquirir clientes. Cinco años más tarde, antes de su reciente fusión, AOL ya tenía un valor aproximado en bolsa de \$140.000 millones”.⁽²²⁾

Es precisamente en las fusiones de compañías en donde nos damos cuenta de cuán importante es la valoración del capital intelectual y de sus activos intangibles, pues ello permite poner a prueba los distintos tipos de valoración para justificar entre las partes contratantes y tomando en cuenta el precio de mercado de sus acciones en bolsa, cuánta cantidad de dinero debe cancelar una a la otra para perfeccionar esa fusión. En ese momento cuando realmente vemos el valor asignado a sus activos intangibles y en ese momento cuando aparecen reflejados en sus balances con montos millonarios en especial las marcas y las franquicias.

“En Gran Bretaña y en Australia las reglas contables establecen que las empresas incorporen en los libros el fondo del comercio por adquisición, lo que lleva a acelerar la controversia. Las cantidades pagadas por sobre el valor de los activos identificables es considerada como pérdida sin que medie un activo compensatorio, esto ha generado grandes pérdidas para las empresas. Las compañías británicas han protestado capitalizando sus marcas adquiridas basándose en que no representaban fondo de comercio sino activos identificables. El debate iniciado en Gran Bretaña afecta a las compañías en el mundo entero, aún cuando los principios contables de muchos países no permitan la capitalización de las marcas.

Con respecto a la amortización, en febrero de 1990 el Comité Británico de Principios Contables (BASC), propuso amortizar las marcas

(22) SANINT (Luis R.) <http://www.flar.org/edit4.htm>

adquiridas en veinte años, y cuarenta años para casos especiales. Nada se dijo con relación a aquellas marcas desarrolladas internacionalmente. En los Estados Unidos la amortización del fondo de comercio no puede superar los cuarenta años. Por el momento no existen principios para la amortización de los valores de la marca, pero sí existen precedentes para aquellas marcas adquiridas de terceros que puedan contabilizarse como activos.

No obstante lo dicho con relación a este método, la valorización de la marca y su incorporación al balance continuará siendo un tema de debate en los próximos años. Es muy posible que los principios contables restrinjan su práctica sólo a aquellas marcas comparadas. A largo plazo seguramente se asistirá a un replanteo profundo de las prácticas contables con impacto internacional.⁽²³⁾

Otro aspecto de vital importancia para la valoración del capital intelectual y sus intangibles lo encontramos presente en el proceso que se genera cuando se hace una transferencia de tecnología. La transferencia de tecnología presenta un panorama ideal para llevar a cabo la valoración del capital intelectual como un todo pues constituye el escenario idóneo para registros contables, económicos y de forma legal en el país receptor ese quantum del capital intelectual dentro de los balances financieros. Además de los aspectos económicos se encuentran presentes en ese registro de transferencia de tecnología, aspectos de índole tributario que las empresas siempre buscan satisfacer por medio de escudos fiscales y pagando la menor cantidad de impuestos que la ley y el país receptor les permite aplicar para así lograr mayores rendimientos y principios en la mayoría de los casos, nuevas reinversiones en el país receptor. El país receptor con el afán de atraer esa transferencia de tecnología promueve incentivos fiscales y tributarios muy atractivos.

“En ese sentido, uno de los aspectos a destacar, por la incidencia en la determinación de los rendimientos de la inversión, es la carga tributaria al que están sujetas las sociedades. Lógicamente que los inversionistas buscan formas de asociación y de materializar sus transacciones cada vez más audaces, con el propósito fundamental de reducir el impacto que en sus beneficios generan los esquemas de tributación impuestos por cada estado. Así las empresas multinacionales,

(23) ETCHEVERRY (Marisa), *op. cit.*

caracterizadas por estar estructuradas por una pluralidad de empresas subsidiarias unas de otras y ubicadas en dos o más países, frecuentemente utilizan la práctica de traslado de beneficios de un estado a otro, en donde la tasa efectiva del impuesto a los beneficios sea menor. No obstante, ese tipo de prácticas pueden ir en franco detrimento del fisco de un determinado país, constituyéndose en simples mecanismos de evasión fiscal. Tal es el caso de la práctica denominada por la doctrina económica y tributaria internacional como fijación de precios de transferencia.

Los precios de transferencia constituyen precios fijados por empresas relacionadas en las transacciones efectuadas entre ellas, con el propósito fundamental del traslado de beneficios de una empresa a otra ubicada en un país con menor presión tributaria de manera que permita maximizar el rendimiento de la inversión del grupo. En tal definición coincide la doctrina: “Precio de transferencia es la práctica de fijar el precio de los bienes y servicios que se transfieren entre varios países para los efectos de trasladar (junto con el bien o servicio) utilidades y pérdidas entre dos o más sociedades” (tomado de OTIS RODNER, James. La inversión internacional en países en desarrollo. Editorial Arte. 1993, pág. 265).⁽²⁴⁾

Nuestra experiencia nos permite concluir que la valoración del capital intelectual y sus activos intangibles obedece a múltiples razones. Entre ellas: valorar la empresa; fortalecer los estados financieros para obtener financiamientos de pasivos o capital de trabajo; vender o comprar la marca individualmente; cuantificar el valor de una licencia o franquicia, en fin, conocer a ciencia cierta la situación financiera de la compañía. Las estrategias gerenciales establecen los objetivos a seguir y determinar la razón principal para determinar el valor de una marca, sin desprestigiar los efectos colaterales de dicha valoración, los cuales pueden ser tanto o más importantes que la decisión de la gerencia.

Es por ello que “la valoración de cualquier empresa no puede estar en función sólo del beneficio y de un mercado sino que hay que tener en cuenta otros factores sociales, tales como la “riqueza creadora” y “el valor añadido” que aporta a la sociedad, siempre desde una perspectiva temporal dilatada.

(24) SOTELDO SILVA (Carolina) Consideraciones acerca del precio de transferencia y sus efectos en materia tributaria. http://noticiasjuridicas.com/areas/35-Derecho_20Fiscal,_20Financiero_20y_20tributario/10-Art_EDeulos/199910-transferencia.htm

Los factores analizados normalmente son:

- La naturaleza del patrimonio
- Antecedentes
- Perspectivas de la economía general y del sector correspondiente
- Oportunidades de crecimiento
- La tendencia histórica de los beneficios y el potencial de beneficios futuros
- Nivel de explotación actual existentes, y su correspondencia con las rentas obtenidas.
- La historia financiera
- El riesgo implicado en la inversión, relacionado con la estabilidad de las ganancias
- La estructura del capital
- La competencia y el potencial de mercado
- El nivel tecnológico
- La estructura humana
- Puntos fuertes y débiles”⁽²⁵⁾

Pero la riqueza creadora lo podemos analizar en su aspecto negativo en cuanto no en todos los casos la valoración es siempre un aspecto positivo.

Por el contrario podríamos encontrarnos en supuestos en donde el bien es valorado para generar un valor de retorno que puede ser muy pequeño debido a su obsolescencia funcional.

Para el tratadista Carlos Alberto Arroyo del Río, la “observancia funcional es la determinante del valor de los activos intangibles, pues constituye un concepto basado en el hecho de que un bien intelectual alcanza si íntegro valor de mercado solamente cuando es capaz de contribuir con las ganancias de dicho negocio, y cuando dichas ganancias pueden proveer una tasa de retorno razonable. Esta obsolescencia refleja el efecto de factores que se encuentran fuera del bien en sí mismo, esto quiere decir que el valor de mercado de un activo puede ser significativamente degradado con base en la economía del negocio sobre el cual existe, a su capacidad de generar beneficios y al hecho de que estos activos intangibles tienen poca funcionalidad en un ámbito diferente al negocio en que se desarrollan. Por ejemplo, el valor de un

(25) Véase: www.servicom.es/valoracion_global/

bien intelectual dentro de un proceso de liquidación (ya existe la necesidad de rematarlo) o venta de un negocio que genera pérdidas (en el cual importan más los bienes tangibles), necesariamente será inferior a aquel obtenido para celebrar contratos de licencia (ya que su éxito garantiza beneficios económicos) o presentarlo como garantía para un préstamo, precisamente por constituir un bien valioso”.⁽²⁶⁾

En razón de lo anterior podemos concluir que la importancia de considerar los activos intangibles dentro de un todo llamado capital intelectual y dentro de la propiedad intelectual se vuelve imprescindible valorarlos económicamente ya que son valiosos y una real fuente potencial de creación de patrimonio dentro de la empresa económicamente activa.

Sino los valorásemos, estaríamos privando a la empresa de sus más preciados bienes tanto económicamente hablando como jurídicamente existentes. Si los valoramos en forma inapropiada estamos descapitalizando a la empresa por no reflejar el verdadero valor de sus activos siempre y cuando hallamos asignado un valor menor al real. Si le asignamos un valor superior al que realmente poseen, inflamamos sin sustento económico contable y jurídico no sólo los balances contables sino los activos y la compañía en sí misma. De ahí la importancia, primero de otorgarles una valoración, y segundo de valorarlos correctamente.

5. METODOLOGÍA DE VALORACIÓN DEL CAPITAL INTELECTUAL Y SUS ACTIVOS INTANGIBLES

La valoración del capital intelectual y sus intangibles es normalmente muy subjetivo aún cuando se utilizan diversos métodos que en muchos casos son excluyentes entre sí por cuanto dependiendo del método utilizado se podía llegar a valoraciones diferentes para un mismo intangible.

“En el proceso de valoración de empresas se pueden utilizar muchos modelos dependiendo del sujeto que valora y la finalidad con que lo hace. Sin entrar en discernir cuáles son las virtudes e inconvenientes de cada uno de ellos, se acepta como más idóneos los

(26) ARROYO DEL RÍO (Carlos Alberto). *Valoración de la propiedad industrial*. www.producto.com/ve/productos/valoración.html

basados en descuentos de flujos económicos. Con independencia de modelo que se utilice, en todo proceso de valoración, se necesitan fuentes de información lo más objetivas posibles acerca de la empresa, a fin de comparar con un eventual precio de mercado el valor que ésta pueda tener para cada sujeto decidor, ya sea en mercados organizados o en la negociación privada. No es en la búsqueda y tratamiento de dicha información donde entra en juego la situación o interés de cada agente (comprador potencial o vendedor), sino en la posterior formulación de métodos valorativos donde se utilizará de un modo u otro las cantidades objetivamente obtenidas. Así pues, antes de aplicar cualquier método de valoración hará falta cuantificar una serie de circunstancias referentes a la empresa, unas más cuantitativas que otras y muchas de ellas, además, en forma prospectiva. Si el trascendental proceso de cuantificación, cualquiera de las pretenciosas fórmulas de valoración de empresas o de acciones no deja de ser una entelequia. Es más, los métodos considerados teóricamente más adecuados son los que más padecen la dificultad de estimar las variables de que constan. Para todos y cada uno de los modelos formulados, sus detractores han objetado como principal inconveniente la dificultad de concretar las estimaciones o las mediciones de hechos cualitativos. La escasez de información es la principal causa de la imperfección en los mercados y la consecuencia, a su vez de imperfecciones en los mercados en que se adquiere”.⁽²⁷⁾

La información es el elemento fundamental que debe existir en todo proceso de valoración de capital intelectual. Esos datos o información facilitan el trabajo de valoración por cuanto son indispensables para el perito valuador a la hora de materializar un monto económico del intangible concreto. La información la podemos clasificar en dos grandes grupos a saber: Fuentes directas e indirectas.

a) Fuentes de información directas

Entre más precisa sea la información que poseemos, mayor va a ser el grado de precisión en la valoración. De ahí que ninguna información es más precisa y confiable que la procedente de la propia empresa titular de los intangibles a valorar.

Tenemos entonces que las fuentes de información directas “son las que se obtienen directamente de la empresa objeto de la valoración,

(27) GALINDO, *op. cit.*

formuladas por los miembros de ésta y elaborada a cargo de la entidad, con los recursos de que dispone. Incluye la que se expresa oralmente o por escrito y, lógicamente suelen ser más accesibles a la persona que ponen en venta la empresa o sus acciones que al potencial comprador.

La principal ventaja para éstos es el carácter confidencial o privilegiado que tienen dicha información, en relación con aquellas disponibles para agentes externos. Para éstos el principal inconveniente que pueden tener las fuentes de tipo directo es su objetividad, debida a la parcialidad de quien la elabora.

El análisis de las cuentas anuales es, de las fuentes internas, las que más se utilizan, tanto por compradores como vendedores, exceptuando algunos casos de inversiones particulares en acciones, ante ofertas públicas de venta. En general el carácter reglamentado de dichos documentos les confiere gran objetividad y, sobre todo una publicidad garantizada, aunque no exenta de costes para interesados externos. Permiten entre otras operaciones el análisis de la cuenta de deudores (solventes, insolventes, dudoso cobro, etc.), la consulta de los saldos y características de los depósitos mantenidos en bancos y cajas de ahorro, para clasificarlos en función de su disponibilidad inmediata".⁽²⁸⁾

b) Fuentes de información indirectas

Las fuentes indirectas en contraposición a las directas, son otorgadas por sujetos o elementos externos a la propia empresa objeto de la valoración.

Estas fuentes pueden proporcionar elementos fundamentales al perito valorador por cuanto representan elementos objetivos externos que sin ningún tipo de favoritismos o perjuicios exponen la información tal cual es.

Es nuestro parecer que la información indirecta es la más confiable por cuanto en los intangibles de la propiedad intelectual y por ende en su valoración, la opinión externa así como la apreciación objetiva produce un crisol de elementos valorados que dibujan el mapa de costos, beneficios, oportunidades y posibles debilidades del intangible valorable.

(28) GALINDO, *op. cit.*

En un mundo globalizado en donde los mercados bursátiles son la regla en el proceso de compra y venta de activos, la información externa es la más valiosa pues es la que tiene los parámetros de percepción del negocio y su rentabilidad, riesgos, beneficios y se genera la especulación como algo natural producto del cúmulo de información con la que se cuenta. Un rumor en esa información y sus canales de distribución pueden generar pérdidas por la desconfianza que se genera si ésta es negativa. Por el contrario un rumor positivo dispara hacia arriba mercados productos acciones e intangibles a estudios nunca antes proyectados. Es por eso que la información indirecta es fundamental y al contraponerla a las fuentes de información directas se logra tener un panorama más claro que permite una valoración apropiada.

En la valoración del capital intelectual y sus intangibles individualizados nos encontramos con la realidad práctica del empleo de los métodos habituales de contabilidad para fijar valores normalmente tomando como base masas patrimoniales.

“En la valoración de activos y empresas, los modelos de cálculo más sencillos, basados en masas patrimoniales, son considerados también los más incorrectos, por no considerar como activos los intangibles. Los modelos basados en el valor actual de los flujos futuros de renta son más idóneos, desde el punto de vista teórico, aunque son también los menos exactos, pues dependen de la estimación, en términos probabilísticas de dichas corrientes, así como de la tasa de descuento para cada período.”⁽²⁹⁾

El problema comienza a complicarse aún más cuando la valoración recae sobre activos intangibles de la propiedad intelectual en donde la inmaterialidad es la regla general unido a que existen grados de complejidad muchas veces aún mayores dependiendo del tipo de activos a valorar.

No es lo mismo valorar una patente que valorar una marca. Sin duda la marca presenta mayor complejidad por cuanto intervienen aspectos distintos propios de su naturaleza que la patente no posee como por ejemplo la duración. La marca puede ser renovada muchas veces, por lo que su titular puede y de hecho mantiene un derecho perdurable y continuo debidamente protegido en el tiempo por medio

(29) GALINDO, *op. cit.*

del registro marcario. La patente posee un ciclo de vida, para algunos corto, para otros muy largo, pero en ambos casos es único y determinado por la ley (normalmente 20 años).

Mayor complejidad encontramos cuando el intangible de la propiedad intelectual es un intangible ligado al conocimiento y la información, pensamos por un momento en el caso de un brillante y prestigioso científico de la industria farmacéutica que se encuentra en su primer año de su contrato laboral pactado en diez años. ¿Cuál es el valor de ese intangible?

“Valorar el conocimiento no es como valorar otros bienes. La realización de contratos implícitos, el seguimiento de su grado de cumplimiento, el diagnóstico de su éxito, etc., implica necesariamente incurrir en costes de información y en estudios o adquisiciones de experiencia potencialmente activable. Por tanto, la valoración del capital intelectual padece el mismo problema que la de cualquier otro elemento y además, ahora la información utilizada no constituye netamente un coste que deteriore el valor medido, sino que puede suponer una inversión que se suma al importe de lo que se está valorando, en caso de que sea susceptible de ser utilizada en posteriores procesos valorativos. Por otra parte, la utilización de información también puede consistir en el uso y consiguiente depreciación de un activo intangible, distinto de aquel que se está valorando. En definitiva, la variable medible, a efectos de su valoración, es función de la que se utiliza para medirla”.⁽³⁰⁾

También existe complejidad al valorar dependiendo del tipo de método que utilicemos para efectuar la medición y en especial hay quienes sostienen que el método contable es inapropiado para valorar los intangibles.

“El análisis contable es inadecuado para valorar los intangibles, éstos les son incómodos a los contables. La contabilidad debido a su lógica mercantil y tributaria, se guía por principios como el conservador, que valoriza sólo lo que razonablemente es medible. No obstante, esto conlleva a la contabilidad a no registrar factores relevantes de una empresa, como son los intangibles. La contabilidad mide con una perfecta exactitud, pero equivoca el objeto a medir. En lugar de medir el núcleo de la empresa, mide su sombra. Un ejemplo de este principio

(30) GALINDO, *op. cit.*

de prudencia es el hecho que la marca Coca Cola, en agosto de 1994, fue valorada en US\$36.000 millones cuando la contabilidad sólo le reconocía US\$600 millones³¹⁾.

c) **Diversos métodos de valoración**

Existe diversidad de métodos utilizados para valorar los intangibles en la propiedad intelectual, alguno de ellos más apropiados que otros, dependiendo del intangible específico a valorar.

Así por ejemplo para la turista Marcia Céspedes³²⁾ para valorar una marca podemos utilizar cinco métodos de valoración a saber:

(I) Costo histórico. Una base obvia de valoración es la suma de todas las inversiones que se han hecho en la marca; promoción, investigación y desarrollo, distribución, etc. El problema radica en la definición de los costos que se deben aplicar a una marca que pertenece tiempo atrás a la organización. Es evidente que el éxito de una marca es el resultado de un esfuerzo conjunto de la compañía, cuya valoración discriminada sería imposible establecer. Este modelo presenta el inconveniente de que no necesariamente refleja el valor actual porque no toma en consideración la calidad o resultado obtenido sino solamente la cantidad además se sobrevalorarían marcas que no han sido exitosas y que no ofrecen perspectivas de rentabilidad en el futuro.

(II) Costos actuales o de reposición. El costo actual o de reposición es igual a lo que un tercero está dispuesto a pagar por una marca, que teóricamente sería igual a lo que costaría el proceso de consolidación de la marca, a partir de cero. Un enfoque más realista sería fijar el valor actual de la marca en razón de las utilidades que haya generado en el año anterior (o podría ser una ponderación promedio de los últimos años). Aunque este método podría proporcionar algunas luces sobre el valor actual, no ofrece ningún indicador que pueda proyectar las posibilidades de rentabilidad en el futuro.

(III) Valoración basada en la posición en el mercado. Podría darse una respuesta teórica a través de la ponderación de consolidación

(31) WONG CAM (Davis), *op. cit.*

(32) CÉSPEDES (Marcia), *op. cit.*

de la marca en el mercado, tomando como base datos tales como participación de mercado, grado de divulgación y posición competitiva en sondeos de imagen y preferencia, pero por valiosos que sean los datos del mercado, es muy poco lo que pueden aportar para calcular el valor financiero de una marca.

(IV) Proyecciones de rentabilidad futura. Es notable tratar de calcular la rentabilidad futura o el flujo de caja que generará una marca porque para la compañía que la posea estos cálculos representan el verdadero valor de ella. Este ha sido el método más difundido de valoración, habitualmente extrapolando las utilidades actuales, a precios corrientes. El principal inconveniente que acarrea esta modalidad es que al proyectarse el flujo de caja no se tienen en cuenta los posibles cambios en el entorno del mercado. Es factible que el flujo de caja no dependa enteramente de la marca sino de las habilidades administrativas y de marketing de los gerentes de marca, y en otros casos, del sistema de distribución diseñado para la marca.)

(V) El método interbrand. La firma de consultoría Interbrand ha diseñado y difundido un método de valoración que intenta equilibrar todos los factores que entran en juego en este proceso incorporando la información cuantitativa de indicadores de mercado, tales como participación de mercado, ventas y utilidades, combinada con juicios más subjetivos sobre la fortaleza de la marca, a fin de determinar las utilidades relacionadas con la marca. Se toma como base el nivel actual de rentabilidad, expresado como un promedio ponderado de las utilidades generadas en los últimos años. Existen siete factores ponderados:

1. **Liderazgo:** El líder tiene mayor valor por su influencia en el mercado.
2. **Estabilidad o longevidad,** ligada al liderazgo.
3. **Mercado:** Considera prioritariamente mercados de gran tamaño y estables, como el de los alimentos o las bebidas, que sean menos vulnerables a cambios súbitos causados por modas pasajeras o por innovaciones tecnológicas.
4. **Internacionalización.** Se supone que las marcas tienen un carácter internacional, tienen más poder a nivel mundial y doméstico, gracias a su status global percibido. Obviamente, una presencia global también proporciona el beneficio de economías

de escala, bien en producción, o bien en comercialización; además brinda protección en caso de variaciones bruscas en mercados regionales.

5. **Tendencia.** Se evalúa en función de su aplicabilidad para el consumidor, con el concepto de que las marcas que siguen siendo contemporáneas para los consumidores son las más valiosas.
6. **Soporte.** El apoyo que reciba la marca es igualmente importante. No se mide solamente el gasto total y la continuidad de esa inversión, también se mide la calidad.
7. **Protección.** Una marca registrada u otra clase de protección legal se califica como indicador de la fortaleza de la marca.

d) Método o modelo tropicalizado

Siguiendo la línea de pensamiento de John Jonson, Carlos Coto y Ricardo Colmener⁽³³⁾ podemos decir que “los sajones, como pioneros en el desarrollo de métodos de valoración marcaria, han traído innovadores conceptos que han revolucionado la especialidad. Cuando trasladamos y aplicamos estas técnicas a países latinoamericanos, es obvio que la incidencia de la protección legal en la valoración puede variar dependiendo de las instituciones legales que estén consagradas en las normas aplicables y el sistema que rija en ese determinado país. Evidentemente, a pesar de que existan estándares internacionales mínimos de protección de propiedad intelectual, los países que se rigen por el Common Law (Estados Unidos e Inglaterra) presentan grandes diferencias con los países del Civil Law (dentro de los cuales están los países latinoamericanos) lo cual incide de manera directa en la evaluación de las variables legales en la valoración.

En América Latina, como cualquier caso de valoración financiera, se hace pues necesario el desarrollo de un modelo de valoración marcaria especial, o la tropicalización de un modelo desarrollado en un sistema diferente al nuestro, debido principalmente a la legislación nacional y las especialísimas características del mercado en el que nos desempeñamos.

(33) JONSON (John) y otros, *op. cit.*

Es así como se ha desarrollado un sistema de valoración marcaria que básicamente obedece a la tropicalización del modelo Interbrand, desarrollados por la firma de origen inglés Interbrand. La razón de que se haya desarrollado un modelo, partiendo del inglés, es precisamente el hecho de que “considera tanto el potencial del negocio como la percepción de los clientes”. Factores como liderazgo de la marca en el mercado, estabilidad en el tiempo, tamaño de mercado, su nacionalidad, las tendencias de crecimiento, las inversiones en su desarrollo y finalmente la protección legal, son solo algunos de los factores que el modelo pondera para alcanzar un índice multiplicador de las ganancias obtenidas por la marca en los últimos años.

El modelo se nutre de múltiples trabajos y disciplinas que serán necesarios o no, dependiendo del desarrollo de las empresas en esas áreas. Estudios de mercado, encuestas, auditorías marcarias, son sólo algunas de las actividades que se han de llevar a cabo para nutrir el modelo de valoración marcaria de la información necesaria para la cuantificación deseada. La ponderación de los factores que se mencionan anteriormente dependerán del tipo de marca que se valore (productos o servicios).

Método tropicalizado presenta ventajas y desventajas. Dentro de las ventajas que podemos evidenciar está la adaptación de un método específico a una realidad latinoamericana en donde las empresas presentan sistemas contables y contabilidades muchas veces más confiables unidas a los activos intangibles no registrado contablemente y en muchos casos sin protección jurídica en unión a una escasa legislación. Es ahí cuando se hace necesario tomando en consideración esa realidad económico-jurídica tropicalizar el método o sistema de valoración de los activos intangibles de propiedad intelectual en particular para lograr fijar un valor lo más exacto posible. Pero es precisamente en las ventajas donde encontramos su principal desventaja y toda vez que al tropicalizar el método o sistema, se pierde la rigurosidad y por ende genera inseguridad en el resultado final obtenido.

Esta desventaja ha venido a desaparecer un poco pues en los últimos meses y como consecuencia de los escándalos contables de la gigante de las telecomunicaciones en los Estados Unidos de América, Enron ha dejado en evidencia una serie de prácticas contables inapropiadas, inmorales y algunas ilegales. Este escándalo ha traído una serie de investigaciones que involucra a muchas prestigiosas firmas estadounidenses que nos lleva a concluir que muchas veces no es el método lo que hace desconfiable una valoración sino por el contrario

es la honorabilidad de quienes están involucradas en la valoración el que va a determinar el valor real más ajustado de los intangibles.

Si de tropicalización de métodos o sistemas hablamos es de rigor en mi caso referirme al sistema que opera en Costa Rica para la determinación contable de un activo de propiedad intelectual.

Según investigaciones hechas entre contadores públicos debidamente autorizados y colegiados, así como el licenciado Rodrigo Meza Solano contador público autorizado quien a su vez es perito evaluador del Poder Judicial Costarricense, el método más utilizado en Costa Rica para fijar el valor de un activo intangible de la propiedad intelectual lo es tomar las utilidades de los últimos cinco años producidas por el intangible o bien la fracción de ese periodo y sumarlas para así determinar ese valor.

Este método es muy conservador pues limita mucho el potencial de productividad del intangible, más cuando se trata de marcas en donde el transcurso de los años fortalece la presencia de las marcas en el mercado y restringirla sólo a los últimos cinco años no parece ser lo más equitativo y justo.

Otra de las desventajas de este método radica en que aquellos activos intangibles como por ejemplo una patente en donde su primer año normalmente produce muchos dividendos por la novedad y protección monopólica que posee, tendría un valor relativamente pequeño en proporción al tiempo transcurrido, pues existen cuatro años que no son tomados en consideración para la valoración, pero que si utilizamos otro método como por ejemplo el Interbrand, se tomarían en cuenta en consideración el potencial futuro y exclusividad inicial que posee.

CONCLUSIONES

Los activos intangibles se han convertido rápidamente en el bien más importante de las empresas y corporaciones, pero a su vez esto requiere de investigaciones e inversiones de cientos de miles y a veces de millones de dólares estadounidense para crearlos.

El capital intelectual es un concepto mucho más amplio que el concepto de activo intangible y eso se debe a que el capital intelectual está compuesto por activos intangibles que unidos entre sí moldean el concepto de capital intelectual.

El capital intelectual es dinámico, amplio, cambiante y en términos jurídicos diríamos que es *apertus* pues permite la introducción de diversos y variados intangibles tanto como la imaginación y el intelecto lo permitan.

Ese concepto amplio de capital intelectual permite incluir dentro de sus intangibles a la publicidad; publicidad que sirve de base para crear otros activos intangibles que hoy día son cada vez más valiosos. Dentro de esos activos intangibles que son creados con la ayuda de la publicidad podemos encontrar la marca, que es la mayor exposición de valoración de los activos intangibles de la propiedad intelectual, por los cuales se han valorado y cancelado sumas millonarias en todo el mundo, así como por sus contratos derivados como son las franquicias.

La valoración del capital intelectual y sus intangibles es fundamental por lo que debe ser correcta, justa, ni sobrevalorarla ni tampoco omitir su valor real, pues ello contribuiría a no tener diseccionado adecuadamente el mercado y negocio de los intangibles dentro del capital intelectual, en especial en la propiedad intelectual como un todo.

Para valorar el capital intelectual existen diversos métodos de valoración algunos más apropiados que otros dependiendo de los diversos tipos de intangibles que se deseen valorar. Ante este panorama tenemos que los métodos contables no necesariamente son los más apropiados para todas las valoraciones, aunque para algunos casos sí son apropiados como por ejemplo, en las valoraciones de las marcas y casi en la mayoría de las patentes. El problema se presenta cuando encontrándonos en Latinoamérica debemos aplicar métodos que son extraños a la idiosincrasia y realidad tercermundista. En razón de lo anterior tenemos que se ha aplicado un método que se ajusta a la América Latina el que se ha llamado Método o Modelo Tropicalizado. Este método o modelo tropicalizado presenta una serie de ventajas y desventajas. La ventaja fundamental radica en la adaptación de un método extraño a una realidad latinoamericana que entiende, adapta y valora tomando en cuenta una serie de variables que no contempla el método original. Su principal desventaja se presenta en la inseguridad y falta de rigurosidad que produce la adaptación.

Esa tropicalización ocasiona que en algunos países latinoamericanos se produzcan métodos propios para valorar los intangibles

de la propiedad intelectual. Así por ejemplo en el caso de Costa Rica el método tropicalizado es equivalente a la suma de las utilidades de los últimos cinco años generada por el activo intangible.

Como conclusión general podemos decir que la valoración de intangibles de la propiedad intelectual es fundamental para el desarrollo económico y jurídico de una empresa y del mundo globalizado.

BIBLIOGRAFÍA

ARROYO DEL RÍO (Carlos Alberto). *Valoración de la propiedad industrial*.
www.producto.com/ve/productos/valoración.html

BROOKING (Anie). *El capital intelectual*. Ediciones Paidós Ibérica. España. 1997.

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *Derecho de Patentes de Invención*.
Tomo I, Primera Edición, Buenos Aires, Editorial Heliasta SRL, 2001.

CÉSPEDES (Marcia). *¿Cómo valorar las marcas de sus productos?*
www.camarasantiago.com/infocamara/n35a6/como_valorar_las_marcas_de_sus.htm

GALINDO. www.eumed.net/cursecon/colaboraciones/Galindo-empresa-A.htm

JONSON (John) y otros. *Cuánto vale el valor*. [http:// www.producto.com/ve/productos/obtención](http://www.producto.com/ve/productos/obtención).

LIPSYC, Delia. *Derechos de autor y derechos conexos*. Ediciones UNESCO/CELALC/ ZAVALIA, Argentina, 1993.

LORE (John F.) *Mc Donald's. La empresa que cambió la forma de hacer negocios en el mundo*. Traducción de Jorge Cárdenas Nannetti. Editorial Norma, Colombia, 1987.

OTAMENDI, Jorge. *Derecho de Marcas*. Tercera edición, Buenos Aires Argentina, Editorial Abeledo-Perrot S.A., 1999.

ORDÓÑEZ DE PABLOS (Patricia).
<http://www.injef.com/revista/empresas/pop991217.htm>

SANINT (Luis R.) <http://www.flar.org/edit4.htm>

SMITH, Gordon V. y RUSSELL, L. Parr. *Valuation of Intellectual Property and Intangible Assets*. John Willey & Sons, United States of America, 1989.

SILVA (Carolina). *Consideraciones acerca del precio de transferencia y sus efectos en materia tributaria*. <http://noticiasjuridicas.com/areas/35-Derecho%20Fiscal,%20Financiero%20y%20tributario/10-Art%EDeulos/199910-transferencia.htm>

WONG CAM (David), [ww.docentes.up.edu.pe/Dwong/ La_verdadera _ventaja_ competiiva_los_intangibles.htm](http://ww.docentes.up.edu.pe/Dwong/La_verdadera_ventaja_competitiva_los_intangibles.htm)

www.servicom.es/valoracion_global

**AUMENTANDO EL VALOR SEMÁNTICO
DE LA INFORMACIÓN JURÍDICA.
UN ENSAYO INFORMÁTICO**

Carlos Loría Sáenz^()*

(*) El autor es consultor, investigador y docente en el área de la Informática (en especial en razonamiento automático y lógica computacional) por muchos años en su mayoría con el ITCR. Tiene un doctorado en Informática y actualmente es colaborador en investigación y desarrollo de la empresa costarricense ArtInSoft (www.artinsoft.com) está vinculado al centro de investigación en computación que promueve el CENAT. Dirección Electrónica: cloria@artinsoft.com. Teléfonos: 247-3217 (ArtInSoft), 370-1537 ó 261-4971.

SUMARIO:

1. Resumen
 - Estructura general
 - Limitaciones, propiedad y reconocimientos
2. Explosión de información digital
3. Información versus conocimiento
4. De la macro visión a la micro visión
5. Un caso de análisis: el impacto en el ámbito judicial
6. Tendencias aplicables en el SCIJ
7. Conclusiones
8. Referencias

1. RESUMEN

Los sistemas informáticos que se pueden denominar en este contexto de corte *tradicional* tienden a *procesar* información para propósitos operacionales y comunes en situaciones bien estructuradas y relativamente rígidas. Transacciones bancarias o procedimientos de consulta o certificación de información son dos ejemplos comunes de este tipo de interacción. Los sistemas de esta clase corresponden a tecnología que se enfoca en la simbolización cuantitativa o numérica de los datos más que en su representación *semántica* o contenido *natural*, en el sentido de los seres humanos. Coyunturalmente se observa, en el ámbito global, un crecimiento realmente explosivo en datos e información accesibles en medios y sitios digitales. Por encima de los obvios problemas de almacenamiento, este crecimiento representa además, en muchas situaciones interesantes, un verdadero reto para las capacidades del procesamiento de datos tradicional, pues las cantidades de *información cruda* pueden ser tales que el esfuerzo humano para *digerirla* sea una limitante a la eficacia de los sistemas, por lo menos para aquellos que quieran o deban sobrepasar los límites de procesamiento tradicional.

El incorporar en los sistemas aquellas funcionalidades que faciliten los procesos de búsqueda de información textual es ciertamente una evolución y ayuda muy importantes; aún así, en situaciones complejas, otras formas aún más refinadas pueden ser requeridas. Ejemplos de tales situaciones corresponden a tareas de análisis y síntesis de información no tan estructurada para brindarles a los seres humanos mayor agilidad en ciertos trámites y tareas decisorias en su interacción con las computadoras. Las tendencias actuales para atacar este problema giran alrededor de crear e incorporar una mayor cantidad de conocimiento digital (por encima de *información digital cruda*) en los sistemas computacionales. Para conseguir esto, los sistemas deben poder poseer y *manejar* más *información semántica* (es decir conocimiento) acerca de los datos que procesan y las *reglas de razonamiento* que deben seguir para procesarlos. Para que los sistemas, por encima de sólo procesar, puedan también ayudar a *razonar*.

Este ensayo es una reflexión introductoria sobre esta clase de contexto y tendencias con el fin de evidenciar y resaltar el valor potencial de que se pongan en marcha iniciativas concretas en lo que debe ser una transición hacia un mayor manejo semántico de la información digital; en especial en aquellas situaciones (locales) donde sea realmente importante y de impacto social. Si bien las bases del análisis son

generales y livianas, se usa el ámbito legal como punto de referencia por considerarse un caso indicativo para los propósitos de este ensayo.

– **Estructura general**

El contenido de este ensayo se resume y estructura de la siguiente manera: Una breve visión y la problemática del acelerado crecimiento a nivel global de fuentes de información cruda es presentada como marco de contexto y de tendencias generales. La distinción entre información y conocimiento digital es clarificada así como las restricciones de los enfoques informáticos convencionales. Esta distinción resalta las limitaciones visibles aún en sistemas de búsqueda basados esencialmente en información textual. La visión de manejo semántico es analizada intuitivamente en el marco del ámbito de información legal y judicial, exponiendo la tesis acerca de la necesidad de un paradigma semántico en su concepción estratégica. El caso del Sistema Costarricense de Información Jurídica (SCIJ) es usado como plataforma para reforzar aún más esta tesis, lo que permite derivar conclusiones concretas para un posible aprovechamiento sobre las ideas ensayadas.

– **Limitaciones, propiedad y reconocimientos**

El material acá expuesto fue elaborado, en la medida de lo posible, con un enfoque más filosófico que técnico, manteniéndose dentro de los límites usuales de un ensayo. Más detalles específicos en el campo técnico pueden ser solicitados directamente al autor o fuentes indicadas. El uso del ámbito legal o judicial como tema de referencia es simplemente ilustrativo, dado su gran valor e impacto; no debe presumirse que el autor posee conocimientos más allá que los de un nivel intuitivo en dicho campo. Se ofrecen las disculpas del caso por cualquier uso incorrecto en esa materia.

El contenido de este ensayo puede ser utilizado únicamente con fines académicos o no comerciales siempre que se conserve y se explicita la fuente.

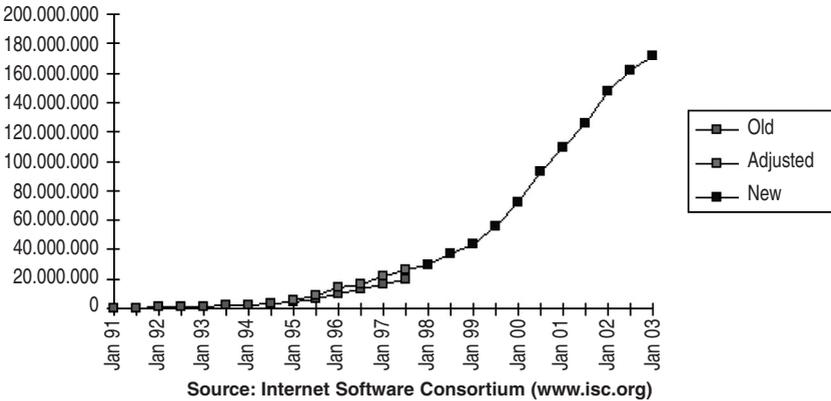
Se agradece a los funcionarios informáticos del Poder Judicial MSc. Fabio Muñoz y MSc. Fernando Ruiz por su apertura, sugerencias y motivación alrededor de este ensayo. La idea de probar el concepto acá expuesto alrededor del SCIJ por medio de un ‘asistente de sentencia’ proviene de conversaciones con ellos.

2. EXPLOSIÓN DE INFORMACIÓN DIGITAL

Es más que palpable en nuestra época el que realmente gigantescos volúmenes de información digitalizada estén disponibles a través de páginas en sitios de redes privadas o públicas en el *Web*. Diversas estimaciones estadísticas acerca de las tasas de crecimiento de la *Web* son evidencia de la magnitud de este gran crecimiento.

Por ejemplo, la gráfica de la Figura 1 muestra los volúmenes y tendencias de crecimiento en cantidad de direcciones accesibles en sitios de Internet (fue tomado de la encuesta del *Internet Software Consortium* <http://www.isc.org/>). Al inicio del 2003 se miden más de 170 millones de direcciones. Si bien la curva⁽¹⁾ de crecimiento no acelera de manera creciente como fue al inicio, es claro que los volúmenes alcanzados se traducen en millones de ventanas para potenciales enormes repositorios de servicios de información actuales y futuros.

FIGURA 1
Internet Domain Survey Host Count



(1) Los tres tipos distintos de curvas se deben a cambios en la metodología de medición.

Aunque no se muestra directamente en los datos, es de suponer que, al menos, similares tendencias gobiernen el crecimiento de requerimientos de fuentes y servicios de información digital que las direcciones de sitios proporcionan ahora o deban proporcionar en el futuro.

Otras fuentes de datos interesantes relacionados con el crecimiento del acceso a información digital se pueden inferir indirectamente de estudios acerca de la adopción de servicios del denominado enfoque de *Gobierno Digital* (*Government online*, o *e-government*). Por ejemplo, entre otros datos, la encuesta de la firma consultora *Taylor Nelson Sofres* (disponible en <http://www.tnssofres.com/gostudy2002/>) propone que en el 2002, en promedio, un 30% de la población adulta de los países encuestados (el estudio no incluye Latinoamérica) accede a esos servicios (que representa un 4% de incremento sobre el promedio del 2001). En una buena parte de esos países la adopción refleja incrementos de entre un 13% hasta un 17% entre esos dos períodos de tiempo. La encuesta demuestra así la creciente adopción del acceso a sitios de trámite gubernamental que sugiere una mejora de la apreciación ciudadana por este tipo de facilidad informática.

3. INFORMACIÓN VERSUS CONOCIMIENTO

No está con claridad establecido, dentro de las tendencias reseñadas sobre crecimiento de datos e información digital, cuál sea la correspondiente proporción de aprovechamiento *'inteligente'* que las organizaciones o los individuos estén logrando o puedan lograr en el futuro a partir de tales magnitudes de información; es decir, aprovechamiento por ejemplo, en procesos de ayuda a la toma de decisiones más eficaces, o incluso en el mejoramiento del entorno y la calidad del servicio informático sea hacia lo interno o externo de las organizaciones e individuos consumidores y proveedores de la información.

Tal aprovechamiento es entendido en este documento un nivel más allá del procesamiento de datos operativo y convencional que es usual en el quehacer rutinario informático, como puede ser por ejemplo, el asociado al usar una tarjeta de crédito o al consultar el estado de avance de un proceso administrativo o al realizar la declaración o pago de la renta electrónicamente; o aún entre otros procesos descentralizados electrónicamente entre sistemas computacionales. Todos estos son el resultado de una importante y valiosa infraestructura informática pero

esencialmente de *procesamiento* de datos e información. Como se quiere enfatizar reiteradamente en este ensayo, algo más que procesamiento e información es, en general, necesario en una informática basada en semántica.

Si aceptamos entonces que la información digital, digamos *cruda*, crece enormemente producto de la adopción del *Web*, es sin embargo, probable que la transformación de esta información en un mayor nivel de *conocimiento digital* no tenga lugar todavía tan uniforme y vertiginosamente aún. Esto sería así quizás porque, en general, los mayores esfuerzos informáticos históricamente se han concentrado más alrededor de la construcción de sistemas y bases de ‘datos’ y de ‘información’ que de ‘conocimiento’. Esto deriva en muchos casos en que, a pesar de haber más datos digitales, exista paradójicamente menos conocimiento digital en los sistemas; lo que significaría un margen de desaprovechamiento potencial de uno de los activos y paradigmas estratégicos organizacionales más valiosos de nuestros tiempos, cual es el *conocimiento digital* y la posibilidad de manejarlo computacionalmente. Tal desaprovechamiento será agravado aún más en función de la velocidad y los mismos volúmenes de crecimiento de la información digital cruda.

El objetivo de este ensayo es proveer un conjunto de elementos de análisis que permitan una reflexión sobre esta hipótesis y tratar de describir alternativas y tendencias tecnológicas que están siendo impulsadas para comenzar a mitigar sus efectos.

Para comenzar, es necesario plantear una pregunta aclaratoria la que es central en este contexto: ¿Es el uso de la palabra ‘*conocimiento*’ en vez de ‘*información*’ un simple juego de palabras? En búsqueda de mayor claridad sobre este aspecto, puede abrirse un paréntesis para ilustrar la distinción que estará siendo empleada de forma tácita y frecuente en este documento.

Aunque se trata de conceptos abstractos no siempre distinguibles de manera precisa, es usual en el campo informático referirse a la *información* como aquellas representaciones de datos relacionados que describen *realidades* o *dominios* los que tienen algún *sentido* e interés para un observador que los percibe. Son usualmente *factuales*, *extensionales*, se relacionan con formas de procesamiento que permiten respuestas a preguntas como *qué*, *quién*, *cuándo*, *dónde*, *cuántos*, usualmente determinadas por la misma estructura de los datos. Por ejemplo la información de quién es o fue el juez de un juicio es información sobre el expediente de un procedimiento.

El *conocimiento* por su parte representa más el nivel de la intención (es decir el *sentido*) de cierta información disponible, el por qué de las relaciones, la causalidad entre la misma. El conocimiento permite la comprensión y el aprendizaje, la generalización o especialización. El procesamiento del conocimiento es deductivo, *inferencial*, lógico, hipotético, decisorio; contesta preguntas de la forma: *cómo, qué-pasa-si, por qué*.

Por ejemplo, caen en la categoría de conocimiento los *criterios* (reglas de razonamiento lógico) que permiten a un analista clasificar una conclusión asociada a una sentencia digamos como *nueva* jurisprudencia en el campo constitucional. Ese mismo conocimiento puede ayudar a comparar normativas en términos de sus coincidencias o contradicciones, por ejemplo.

El reflexionar sobre este fenómeno no es un asunto puramente filosófico y académico, sus implicaciones informáticas pueden ilustrarse por medio del siguiente simple ejemplo cotidiano en un ámbito escolar o familiar.

Suponga para eso que se quisiera consultar a un sistema buscador en el *Web* datos acerca de algo como el *Jefe de Estado de Costa Rica*. Un nivel de conocimiento *natural* debería permitir inferir que (en Costa Rica) el *Jefe de Estado* y el *Presidente* son conceptos equivalentes y por ende denotan el mismo conjunto de datos. Sin embargo, normalmente las denominadas máquinas de búsqueda textual no ‘razonan’ así, semánticamente sino sintáctica y estadísticamente; la Figura 2 muestra el producto de hacer la consulta con uno u otro término (que verifica que la indización de documentos no conocen la citada equivalencia).

En dicha figura puede apreciarse que la consulta de la izquierda (usando ‘jefe de estado’) arroja distintos resultados con relación a los de la derecha (usando ‘presidente’). De hecho, en este último caso algunos de los resultados (asociado con un hotel) no están (probablemente) relacionados con la intención (es decir la semántica) de la consulta que estaba tratando de evacuarse.

Si se quisiera reflexionar más usando este ejemplo, uno podría pensar que tal vez la intención específica del usuario de la consulta tal vez era, por ejemplo, indagar acerca de ‘*los deberes constitucionales del presidente de Costa Rica*’. Al hacer esta consulta por medios no

semánticos los resultados no son necesariamente todo lo esperado,⁽²⁾ como se puede confirmar, ya sea usando ‘presidente’ o ‘jefe de estado’. Una consulta basada en razonamiento semántico debería identificar con mejor precisión los conceptos y relaciones (‘deber’, ‘constitucional’, ‘presidente’) en juego y de ahí moverse en un espacio de búsqueda semánticamente más específico.

En este caso (como en muchos casos similares pero normales), el no tener conocimiento acerca de una relación semántica entre los términos en juego, aún una relativamente simple, puede implicar obtener información incompleta o no relacionada si se opta por un camino o el otro. Las consecuencias en casos más relevantes y críticos pueden ser fácilmente inducidas.

Esta clase de ejemplo debe ayudar a visualizar mejor lo que se entiende en este ensayo por manejo semántico de información: uno que permita acceder, capturar y crear conocimiento digital en un sentido más amplio y natural. Se puede usar este enfoque para elaborar más sobre la evolución y tendencias importantes en el campo informático en las siguientes líneas.

FIGURA 2



(2) Se omite por razones de espacio la muestra de esos resultados.

En general, las *primeras generaciones* de sistemas de información digital (orientadas por razones pragmáticas⁽³⁾ a información más que a conocimiento) abarcaron sustancialmente los procesos informáticos administrativos, financieros y similares tipos de operaciones fundamentales del quehacer propio de las organizaciones. Algunas organizaciones (por ejemplo en nuestro medio) de hecho todavía están superando esta etapa, es decir aumentando el ámbito su capacidad de procesamiento de información aún dentro de las fronteras de esta primera generación.

La tendencia informática actual es incrementar en lo posible el acceso a la información a través de la *Web* por medio de arquitecturas distribuidas, protocolos, formatos y mecanismos de representación estandarizados y portables. Esto ha dado lugar a una *segunda generación* de sistemas de información que exponen sus servicios (por ejemplo, de primera generación) a sus clientes o usuarios externos o internos (incluyendo otros sistemas computacionales) mediante sitios y aplicaciones del *Web*. Estos servicios habilitan, por medio de interacciones estructuradas, trámites y transacciones electrónicas *regulares* para la obtención de servicios o recursos bien definidos y establecidos.

Un paso más allá es necesario cuando el servicio o las fuentes de información no están del todo o al menos suficientemente estructuradas, por ejemplo, cuando esas fuentes son en buena medida *textuales* (es decir en lenguaje natural) o heterogéneas y su volumen es alto y semánticamente complejo; el estado actual del desarrollo se concentra en poder facilitar la recuperación de la información por medio de búsquedas eficientes (usualmente de naturaleza indexada o estadística) para llegar a obtener posibles fuentes candidatas de información.

Aunque las técnicas de indización que dan soporte a la búsqueda textual son en verdad bastante acertadas, eficientes y valiosas, el tipo de procesamiento, o más bien dicho el razonamiento, requerido para poder determinar la (ir)relevancia de tales fuentes, o la (in)completitud o la fortaleza (debilidad) de su interrelación con el área o problema de interés sigue siendo fundamentalmente un espacio de esfuerzo y trabajo para el usuario de la información.

(3) Dado el estado tecnológico y de necesidades al momento de su concepción, usualmente.

Un razonamiento basado en semántica⁽⁴⁾ proporciona un mejor soporte a esta tarea ‘intelectual’ de evaluar y filtrar la información en casos de búsquedas complejas, no frecuentes o no estructuradas. Dado un requerimiento de información que un usuario tiene y sobre el que quiere consultar a una base de datos, si un mecanismo de inferencia computacional ‘dispone’ de una estructura de conocimiento rica semánticamente, entonces no necesita forzar al usuario (uno quizás no especialista) a estructurar su consulta demasiado o a reformularla en un vocabulario determinado, a más aún reducirla a llenar ‘formularios de captura de datos’ predeterminados a los que se tiene que ajustar.

El sistema puede por sí mismo compilar su consulta en los términos y conceptos que él conoce aliviando al usuario de esta tarea.

Por ejemplo, un hipotético usuario podría querer formular una consulta (no estructurada) a una base de conocimiento legal, requiriendo exactamente lo indicado a continuación:

“Sentencias en litigios de separación matrimonial en las que la potestad de los hijos haya sido concedida al padre”.

En este tipo de ejemplo, si un sistema computacional no estuviese adecuado a un razonamiento semántico, el usuario debe primero *traducir* la consulta a la estructura rígida (usando formularios) o recurrir a consultas libres, con el problema de que tal vez esté usando un vocabulario de ‘sentido común’ (por ejemplo, si no es un experto en el vocabulario técnico concreto y en vez de ‘matrimonial’ debería usar un ‘hiperónimo’⁽⁵⁾ como podría ser la palabra ‘conyugal’) y por esta razón no obtenga tan fácilmente todo lo que esperaría o debería poder obtener.

Como se puede extrapolar a partir de este ejemplo pensando en situaciones más realistas, un tipo similar de limitación puede ser realmente problemática y entabada en la medida que el quehacer natural de una organización esté girando alrededor de tareas basadas en razonamiento complejo, más analítico, por encima del procesamiento de información (como por ejemplo, podría ser el caso del ámbito jurídico).

(4) Por ejemplo, uno que tenga conocimiento de la materia que se busca y de su estructura de contenido.

(5) Queriendo decir una palabra que es más general pero de una misma categoría. Por ejemplo ‘moverse’ es hiperónimo de ‘correr’.

El siguiente paso en la evolución de los sistemas y las redes de información digital contemplaría el que la masa de información cruda pueda ser cada vez más accesible, convertible y digerible en la forma de conocimiento, de alto valor y sentido de oportunidad para las condiciones esperadas en una *situación informática* compleja o poco frecuente. Situaciones que son esperables en especial cuando cada vez más información rica semánticamente es abierta a una diversa variedad de usuarios en tareas de naturaleza intelectual.

Fuertes iniciativas al nivel mundial basadas en la visión presentada en la, ya famosa, propuesta de la “*Semantic Web*” de *Tim Berners-Lee*, pretenden compensar la desproporción (o brecha) entre información digital y conocimiento digital por medio de la introducción de mayor contenido semántico en el *Web*; esto es estandarizando, incorporando y aumentando la denominada ‘*meta información*’ digital, es decir aquella que recurrentemente sirva para describir la misma información digital disponible en las innumerables páginas y sitios del *Web*; para facilitar así su gestión, el acceso, localización, intercambio y evolución por encima de barreras semánticas; y he aquí lo más sustancial, que ese acceso se mejore en el mismo tanto para los seres humanos como también para *agentes computacionales* inteligentes.

Mucha tecnología e investigación alrededor de lenguajes para *Representación de Conocimiento, de Lógica Computacional, de Inteligencia Artificial, Procesamiento de Lenguaje Natural, de Computación Distribuida* entre otras muchas ramas, están siendo conjuntadas, adaptadas y (en especial) estandarizadas para poder disponer de repositorios de conocimiento globales distribuidos, interoperables, dinámicos e inteligentes. Con énfasis especial en que la disponibilidad de información debe existir tanto para los seres humanos como para los mismos sistemas computacionales.

Lo anterior se considera fundamental, pues debe ser evidente a esta altura que, dados los crecientes volúmenes de datos disponibles (como por ejemplo los que son observables en el *Web*) se estará en algún momento llegando a puntos donde, sólo por medio de la ayuda de la misma tecnología computacional, sea efectivamente posible seleccionar y filtrar (sin que por eso se incurra en pérdida de información valiosa) y realmente aprovechar aquellas fuentes que sean verdaderamente relevantes para ayudar a resolver un problema de interés particular, sea este de índole social, legal, comercial, académico o científico.

4. DE LA MACRO VISIÓN A LA MICRO VISIÓN

Aceptemos que toda esta visión macro, acerca de la necesidad de un manejo más semántico de la información digital y que ha sido delineada en párrafos previos, sea en verdad una iniciativa que debería ser considerada como relativamente inminente en el futuro de las sociedades digitales, en la escala mundial; resulta en ese contexto tecnológico altamente interesante realizar el ejercicio de evaluar y proyectar las ideas (aunque en nuestras escalas menores) hacia nuestro medio por ejemplo, en búsqueda de patrones organizacionales favorables o desfavorables hacia este tipo de visión.

Esto es, en los ambientes más locales, específicos y concretos de aquellas organizaciones que por su complejidad inherente dependen de un manejo computacional mucho más *inteligente* (menos operacional) de su información; aquellas en las que las computadoras podrían ofrecer formas de *razonamiento computacional* por encima de un nivel procesamiento de información; uno que ofrezca a sus usuarios la disponibilidad de vías más eficaces y flexibles de acceder a los servicios y beneficios propios de la función que le da sentido funcional a toda organización.

No es difícil imaginarse que los entes y organizaciones públicas (estatales) aparecen en este sentido como excelentes candidatos para el ejercicio propuesto; esto es así por la cantidad y calidad de información y conocimiento vital de interés público y social que por su naturaleza administran o custodian, por los procedimientos regulatorios que deben garantizar que se cumplan y muchas otras razones similares de peso.

Es evidente que, por las limitaciones de este trabajo, no se puede pretender profundizar para pensar en llevar a cabo un diagnóstico formal desde esta perspectiva del sistema estatal; eso puede ser con seguridad motivo suficiente para investigaciones derivadas específicas. Sin embargo, dado que el valor potencial de un manejo semántico de información puede ser mejor visualizado en los términos concretos de un caso, se considera valioso tocar superficialmente uno en particular: el objetivo se limita a tratar de resaltar las ventajas y oportunidades que presenta el ámbito de información jurídica para el tipo de análisis de este documento.

5. UN CASO DE ANÁLISIS: EL IMPACTO EN EL ÁMBITO JUDICIAL

Como persona común uno obviamente considera que el Sistema Jurídico de una sociedad organizada representa, por su definición, un pilar fundamental para los alcances e ideales de la justicia.

Bajo tales principios (y aceptando el sesgo que acompaña a una quizás *simplista* perspectiva '*techo-informática*') la búsqueda de la justicia debería poder ser aún más eficaz y eficiente en la medida que mayores niveles –basados en *conocimiento digital*– de la ley, su función y administración sean creados y brinden mejor acceso a aquellos que son encargados de hacer posible la difusión, administración y aplicación eficiente de la ley. No sea posible esto *sólo* con este tipo de tecnología, pero probablemente sea imposible *sin* la introducción de formas cada vez más avanzadas de ella.

Sin ignorar todas las limitaciones coyunturales del contexto que rodea a una sociedad como la nuestra, las tecnologías computacionales actuales pueden ser, sin duda, una importante pieza en la promoción del objetivo de continuar el mejoramiento del acceso inteligente a la información legal, pero asimismo incrementando la creación de conocimiento digital de naturaleza legal. Esto hacia lo interno de la organización judicial como a hacia el entorno de sus usuarios externos en los niveles que a estos les compete.

Bajo esta premisa, y por la alta sensibilidad social que ostenta la información jurídica, sería evidentemente más que deseable poder empezar a evolucionar la informática judicial hacia un aprovechamiento computacional cada vez más refinado e inteligente de su invaluable inventario cognoscitivo. Un enorme reto estratégico y tecnológico al que seguramente le esté llegando su mejor momento.

Esto en especial en tiempos en que las demandas sobre cualquier sistema de administración de la justicia son muy elevadas y quizás las capacidades de mejoramiento informático no estuviesen totalmente orientadas a los propósitos acá presentados. Tanto por su volumen como por su compleja naturaleza semántica, la que presupone capacidades de razonamiento de los sistemas basadas en tecnología del conocimiento.

La materia legal y jurídica, en general, resulta especialmente interesante desde el contexto del mejoramiento informático por muchas excitantes razones. Varias de esas razones evidencian concordancias con los sistemas computacionales, en especial aquellos que aspiran a ser basados en conocimiento digital. Sobre estas concordancias vale la pena reflexionar un poco por medio de una analogía.

Por ejemplo, vistas sólo de manera *funcional* (que es la usual en la mente del informático) las leyes constituyen formalmente *modelos*

que buscan abstraer, capturar y describir los propósitos, los razonamientos y lógica, las vías, los alcances, las responsabilidades, etc. que son convencionalmente aceptados como *válidos* o *justos*, mediante los cuales los entes de una sociedad deberían interactuar racionalmente.

Los sistemas computacionales son también modelos (en la misma dimensión que lo son las leyes) reflejan partes de lo que conocemos de cierta realidad en forma digital. Algunos, y cada vez más, sistemas computacionales y sus bases de datos también regulan, limitan o autorizan ciertas acciones que ocurren entre los individuos u organizaciones. Son en muchos casos implementaciones de regulaciones y conocimientos legales, que son denotados y *compilados* en el lenguaje computacional.⁽⁶⁾

En la actualidad en las organizaciones informatizadas cualquier regla operativa (o '*del negocio*' que se estila denominar) o política o procedimiento, usualmente va acompañada de un sistema computacional (o al menos un cambio al mismo) que debe ayudar a su realización y puesta en práctica de forma eficiente. Esto se considera *natural* en muchos campos convencionales organizacionales, pues esas *reglas* son conocimiento humano que distingue y mejora el ejercicio organizacional. Estas reglas deben también ser parte inherente del conocimiento digital.

A la luz de esta analogía, entre marco legal y sistema computacional, se vislumbra una base analítica interesante en el contexto del manejo semántico de información legal. Esta base permite levantar una tesis muy interesante sobre la clase de estructura cognoscitiva que debe usarse para representar el conocimiento legal del ámbito jurídico, para que se facilite su manejo computacional inteligente. Podemos entonces reflexionar y establecer algunos cuestionamientos:⁽⁷⁾

- ¿Deberían la materia legal y los sistemas computacionales del ámbito jurídico coincidir cada vez más, y así los marcos legales disponer de un correspondiente marco *computacional referente*, uno fuertemente basado en conocimiento digital, que sirva para

(6) Usual, y lamentablemente, más en una forma procedimental que en una declarativa.

(7) Que corresponden a expectativas y enfoques ya maduras en los campos legal e informático por varios autores, por ejemplo ver la referencia de J. Breuker (basado en M. Sergot).

aumentar su consulta, comprensión, aplicación, difusión, validez, cohesión, su acceso e interrelación con y desde otros marcos legales o no legales incluso?

- ¿Debe una mayor formalización computacional de la semántica y conocimiento legal ser empleada para esta clase de propósito?
- ¿Sería esta una forma efectiva, y bajo cuáles condiciones, de ayudar a agilizar los procesos de la administración de la justicia?

Sin intentar entrar en detalles técnicos de realización, bajo una visión idealizada el usuario (especializado o no) de una fuente de información legal debería poder interactuar con ella, por ejemplo, con una sentencia digital, como si esta fuese una base de *conocimiento digital* (¿como de hecho lo es!): poder *interrogarla* alrededor de las leyes que la sustentan y la forma en qué en el caso concreto lo hacen; o ayudar a analizar la jurisprudencia que de ella se deriva (entre otras posibilidades) de una manera natural y flexible no estructurada; a través de formas en las que el sistema computacional sea capaz de evidenciar en sus funcionalidades reglas de razonamiento legal que le dan contenido a una fuente de conocimiento jurídico.

Aunque es evidentemente una afirmación subjetiva, existen muchas pistas en la naturaleza de la realidad y la problemática asociada a la información judicial las que sugieren una respuesta afirmativa a estos cuestionamientos y necesidades jurídico-informáticos planteadas anteriormente; y que por ende las condiciones técnicas para este tipo de enfoque deban empezar a ser evaluadas, creadas o fortalecidas al corto o mediano plazo al menos en ámbitos y situaciones concretas. Antes de que el costo de moverse a un enfoque de manejo semántico resulte muy alto o se pierda parte o todo el control sobre el valioso activo que representa el conocimiento legal alrededor del ámbito judicial.

Algo es evidente de toda esta analogía presentada y es que la mayor oportunidad, calidad y cantidad de conocimiento y razonamiento del y sobre el dominio (o realidad contextual) que esté reflejado, integrado y formalizado en el *modelo* (sea este una ley o un sistema computacional o preferiblemente ambos) mayor será su capacidad para cumplir con su propósito funcional y poder desencadenar todos sus beneficios.

Si el ámbito de información judicial es uno en el que sea natural y quizás hasta imperativo disponer de una tecnología computacional

cada vez más sustentada en conocimiento digital, resulta evidente que el proyecto organizacional que conllevaría modelar, crear, mantener y evolucionar el conocimiento digital debe ser adecuadamente inducido en las esferas decisorias y estratégicamente concebido siguiendo expectativas realistas y sustentadas en la debida planificación, la capacidad *ingenieril* y la *expertisia* técnica, administrativa y legal: orientar los esfuerzos de cualquier organización compleja hacia este enfoque envuelve en sí mismo un cambio de paradigma en la visión y el manejo informático y su rol estratégico en la cultura institucional.

Esto en particular confronta el análisis con la pregunta de cómo inducir este tipo innovador de ideas que por su misma naturaleza técnica son, en ocasiones, difíciles de visualizar. Al fin y al cabo los entes judiciales no tienen por misión la innovación en el campo *tecnoinformático*. Con certeza no, pero tal vez sea imperioso velar porque el acceso al conocimiento que encierra el sistema judicial crezca en la proporción y con la debida anticipación que la sociedad (y por ende el mismo sistema operacional de la justicia) pueda requerir en el futuro cercano, o quizás hoy mismo.

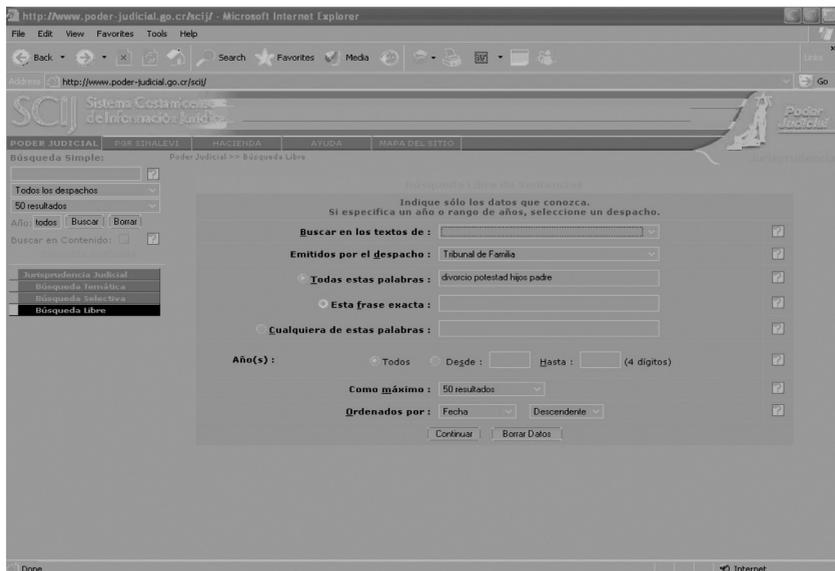
En el caso del Poder Judicial en Costa Rica existe un altamente interesante y pionero antecedente, que es coincidente con los principios básicos y tendencias acá expuestas, el que resulta valioso considerar como una base de partida para los propósitos y reflexiones de este ensayo. Este es el caso del *Sistema Costarricense de Información Jurídica*, o *SCIJ* en sus siglas (más detalles sobre el mismo en <http://www.poder-judicial.go.cr/scij/>, o por ejemplo en <http://www.hess-cr.com/publicaciones/dereinfo/scij.html>)

Presentado sólo muy someramente, este sistema permite en su frente principal al mundo exterior, y mediante una aplicación accesible en el *Web*, acceder por medio de búsquedas de distinta naturaleza a la información de jurisprudencia y normativa en forma interlazada y distribuida entre distintas entidades del sistema jurídico (Procuraduría General de la República, Ministerio de Hacienda entre ellos).

La formulación de consultas por el *Web* es basada en un modelo estructurado (sobre la base de formularios; para un ejemplo ver la Figura 3) dependiendo del tipo y naturaleza de la consulta: incluye libre, selectiva y temática con base a un vocabulario jurídico controlado por el mismo sistema. En otro frente del sistema, hacia adentro del Poder Judicial, en el Centro Electrónico de Información Jurisprudencial (CEIJ), o en su caso el Centro de Información de la Sala Constitucional (CISC),

el sistema permite a analistas sintetizar (extraer, clasificar, construir e indexar) sentencias por su distinto valor y relación jurídica para la formulación de consultas, creación e indización de jurisprudencia derivada de las sentencias y relación con los temas de normativa y doctrina. Un tesoro en Derecho está disponible para la definición de palabras clasificadoras (denominadas *descriptores* y *restringidores*) de modo que permitan la clasificación, tipificación, recuperación de las distintas materias. Es posible acceder hasta el texto de la sentencia y extractos.

FIGURA 3



6. TENDENCIAS APLICABLES EN EL SCIJ

Volvamos a una pregunta planteada anteriormente acerca de cómo demostrar la validez y utilidad del enfoque de manejo semántico, antes de dar un paso mayor que implique la elaboración de un proyecto de la correspondiente envergadura que esta clase de problema implica (técnica y administrativa) como ya se mencionó antes.

El SCIJ es un primer (ciertamente enorme y pionero) paso hacia facilitar el acceso a la información jurídica. Si se asume también que las necesidades estratégicas de conocimiento son una realidad que debe enfrentar el Sistema Judicial, y que un impacto aún mayor sería posible si

este sistema *evoluciona* hacia uno que permita el razonamiento basado en semántica, entonces es probable que dar un segundo paso sea una vía política y estratégica correcta en el ámbito informático del Poder Judicial; esto para hacer más tangible y ponderable cuáles son los beneficios que una tecnología basada en semántica pueda ofrecer, para demostrar que no se trata de *'las ropas del emperador'* o de simple ciencia-ficción.

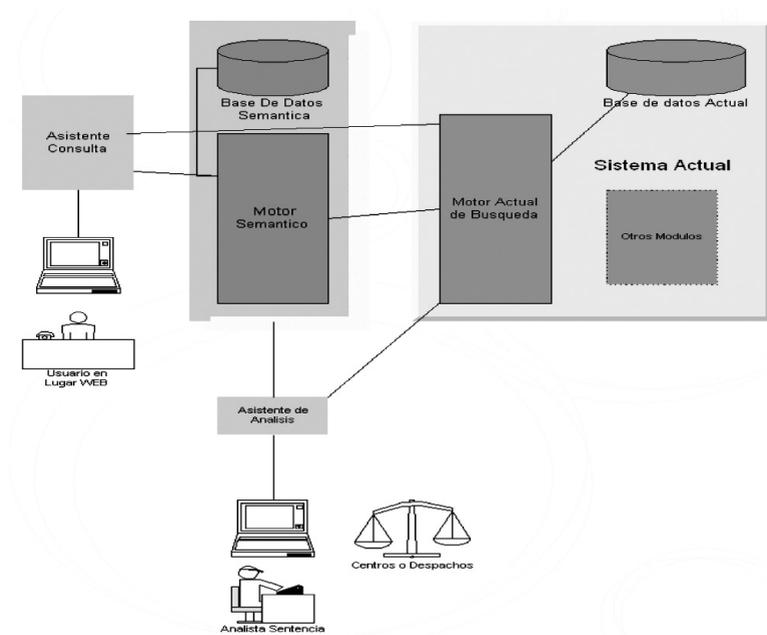
Por sus limitaciones y dadas las bases sobre las que se construye este ensayo no se puede sin embargo, determinar, con absoluta seguridad, cuál sea la forma mejor y la más concreta de materializar una iniciativa alrededor del SCIJ. Para poder hacerlo se tendría previamente que haber analizado más profundamente sus detalles técnicos internos; tampoco se dispone de estadísticas o la retroalimentación de sus usuarios para afinar áreas específicas donde se pudiera introducir tecnología basada en conocimiento. Otros detalles y consideraciones organizacionales no han sido evaluados tampoco. Este tipo de pregunta requiere un estudio que no es parte de este material por limitaciones obvias; tal vez la difusión de este documento sirva para este propósito y sea un disparador que evidencie esta posible necesidad y su eventual atención.

Salvadas estas limitaciones, se podría sin embargo, como un ejercicio estratégico, al menos especular en las siguientes posibilidades demostrativas: Tal como se ha ilustrado al inicio de este documento, una alternativa podría ser adaptarle, mediante un prototipo, una forma de manejo textual más inteligente (no sólo estructurada) por ejemplo durante el proceso de análisis y síntesis en alguno de los *frentes internos*, es decir, en los centros CEIJ o CISC. O quizás más agresivamente aún (y evidentemente con más esfuerzo técnico) durante la elaboración o redacción de una sentencia, como una herramienta *'asistente'* al redactor en el despacho mismo. Esta propuesta conlleva en particular la posibilidad derivada de plantear consultas (no estructuradas por formularios sino más flexibles) al sistema, por lo que el *frente al Web* también se podría ver ejercitado bajo este enfoque con el mismo *mecanismo de razonamiento* y por ende debería haber beneficios para los usuarios externos, un diagrama hipotético se muestra en la Figura 4. En un *diagrama de bloques* (y omitiendo muchos detalles de bajo nivel) se muestra a grandes rasgos una posible vía de interacción entre la arquitectura actual de SCIJ y los potenciales nuevos componentes basados en conocimiento que se pudieran integrar con aquel.⁽⁸⁾

(8) El término 'motor' usado puede entenderse por simpleza como sinónimo de mecanismo o procedimiento.

Basado en un análisis del contenido textual, el hipotético asistente de redacción podría ayudar al proceso de síntesis y valoración. Esta propuesta requiere la elaboración (o disponibilidad si ya existiese uno) de un *vocabulario semántico* más general y estructurado⁽⁹⁾ que el se supone acá ya dispone actualmente el tesoro actual del SCIJ, y probablemente sea por esto al inicio adecuado restringir la aplicación sólo a cierta clase de materia legal, para facilitar la evaluación de estas ideas. En la elaboración de este vocabulario puede requerirse asesoría en el campo del Derecho según corresponda. El mecanismo de inferencia debería poder integrarse con el de búsqueda actual, manteniendo al menos en esta funcionalidad el mismo performance que actualmente se ofrece una vez que las deducciones han sido procesadas por el motor semántico. Bajo estas condiciones debería ser posible desarrollar una *'prueba del concepto'* suficientemente clarificadora sobre alternativas para introducir manejo semántico en el SCIJ.

FIGURA 4



(9) No en el sentido del Derecho sino de acuerdo a los requerimientos técnicos más generales que puedan requerirse en este contexto.

No se ha elaborado mucho sobre este punto en este documento, pero se supone que herramientas y técnicas del campo de la ‘minería de datos’ (que es distinto pero cercano al de razonamiento semántico) podrían ser usadas también; esto puede ser útil en el caso de querer escalar aún más esta idea sin tener que invertir demasiado trabajo humano en la tarea de ‘*semantización*’ de la información legada, pensando en la futura posibilidad de ir moviendo la información a las estructuras que el modelo semántico demandara. Otras aplicaciones de este campo pueden también ser empleadas, como es usual, para inducir reglas de razonamiento estadísticas entre los datos.

7. CONCLUSIONES

La visión de manejo semántico expuesta ofrece un marco global sobre necesidades, tendencias y estrategias informáticas las que, debidamente entendidas, pueden ser adoptadas en organizaciones donde la introducción de tecnologías basadas en conocimiento y manejo semántico de la información pueda ser de alta relevancia (o eventualmente de urgencia), donde el simple procesamiento de datos convencional o rígidamente estructurado ya no sea suficiente y los volúmenes de información cruda estén creciendo vertiginosamente. El espacio de información y conocimiento de índole legal y por su naturaleza misma se presenta como muy adecuado como modelo para este tipo de propuesta. En el caso del Poder Judicial, el SCIJ parece ofrecer una plataforma muy adecuada y natural para probar y evaluar la utilidad y potenciales beneficios de este tipo de paradigma. Dar ese paso puede crear y abrir nuevos espacios de innovación y mejoramiento para el Poder Judicial y otras entidades del Sistema Judicial. O más aún a otras iniciativas más generales alrededor del esfuerzo denominado Gobierno Digital. La investigación académica y el desarrollo de software nacional también pueden resultar altamente beneficiados con este tipo de iniciativa.

8. REFERENCIAS

- BERNERS-LEE T., HENDLER, J. y LASSILA, O. '*The Semantic Web*'. Scientific American, mayo del 2001.
- BREUKER, J. On Legal Information Serving. En '*Legal Knowledge based System*'. Jurix 92: Inf. Tech. And Law'. 1994.
- HESS, C. y QUESADA, C. '*El Sistema Costarricense de Información Jurídica*'. Ponencia al VII Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática; Lima, Perú; enero del 2000.
- SAIAS, J. y QUARESMA, P. '*Using NLP techniques to create legal ontologies in a logic programming based Web IR retrieval system*'. ICAIL. 2003.
- VALENTE, A. '*Legal Knowledge Engineering. A Modelling Approach*'. Dissertation. IOS Press, Amsterdam. 1995.
- WEIGAND, H. '*A multilingual ontology-based lexicon for news filtering the TREVI project*'. En IJCAI Workshop on Ontologies and Multilingual. NLP. Agosto, 1997.

**EL PROCESO ELECTORAL COSTARRICENSE DE 1886.
ELEMENTOS FÁCTICOS Y NORMATIVOS**

Licda. Jéssica Girón Beckles^()*
Lic. Frank Alvarez Hernández^()*
Abogados costarricenses

(*) Profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

SUMARIO:

1. Introducción
2. La situación cultural de Costa Rica en la década 1880-1889. Elementos económicos, administrativos, demográficos, educativos y jurídicos
3. La normativa jurídica aplicada al proceso electoral de 1886
 - 3.1. La Constitución Política de 1871
 - 3.2. Las leyes y los decretos varios
4. El desarrollo de las votaciones
 - 4.1. Las votaciones de primer grado
 - 4.2. Las votaciones de segundo grado
5. Consideración final
6. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

El presente es un estudio del “proceso electoral” de 1886. Se analiza la situación cultural costarricense (económica, administrativa, demográfica, educativa y jurídica) de la década 1880-1889, la normativa jurídica que se aplica al proceso electoral de marras y el desarrollo de las elecciones en su primer y segundo grados. En relación con este último aspecto, la participación de los cuerpos editoriales de los diferentes medios de comunicación escrita de la época es interesante, pues resulta evidente su influencia sobre el apoyo del electorado a la candidatura de don Bernardo Soto, en detrimento de la postulación de don Víctor Guardia.

2. LA SITUACIÓN CULTURAL DE COSTA RICA EN LA DÉCADA 1880-1889. ELEMENTOS ECONÓMICOS, ADMINISTRATIVOS, DEMOGRÁFICOS, EDUCATIVOS Y JURÍDICOS

El Estado costarricense adquiere algunas características de “Estado Liberal” luego de los gobiernos del general don Tomás Guardia, sin embargo, una política abierta al capital monopolista se produce en actividades específicas, verbigracia, la construcción y explotación del ferrocarril al Atlántico y la economía de enclave bananero.

La economía costarricense para la segunda mitad de la década de 1880 tiene una relativa afluencia. Costa Rica comercia principalmente con Inglaterra, España, Alemania, Francia, Estados Unidos de América, Colombia, Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Panamá. El producto con mayor nivel de exportación es el café. En 1884 se exportan \$3.615.113,20 y en 1885, \$2.486.643,00. También se exportan productos como caucho, banano, maderas y cueros.⁽¹⁾

El equilibrio entre exportaciones e importaciones para 1885 no es el deseable: a Inglaterra se exportan 1.362.190,00 pesos y se importan 1.687.940,00 pesos; a Francia: 325.212,00 y 443.302,00; a Alemania: 375.192,00 y 605.016,00; y a España: 317,00 y 4.297,00. Aunque cabe notar que a Estados Unidos de América se exportan 1.058.519,00 pesos y tan solo se importan 856.645,00 pesos, y al resto de Centroamérica se exportan 101.299,00 pesos y solamente se importan 25.584,00 pesos.⁽²⁾ Para el 1 de abril de 1886, la deuda

(1) CALVO, Joaquín. *Apuntamientos geográficos, estadísticos e históricos*, San José, Imprenta Nacional, 1887, p. 110.

(2) CALVO..., p. 113.

nacional exterior es de 10.000.000,00 pesos y la deuda nacional interior, 872.093,00 pesos. El dinero efectivo en circulación es de 1.942.076,00 pesos.⁽³⁾

Respecto de los aspectos demográficos, según el Censo Nacional de Población de 1883, la división territorial administrativa de Costa Rica y su nivel de población son:⁽⁴⁾

PROVINCIA DE SAN JOSÉ

CANTONES	HABITANTES	EXTENSIÓN (KM ²)
1 San José	30.123	429,80
2 Escazú	5.550	95,91
3 Desamparados	5.408	117,47
4 Puriscal	1.942	1.050,43
5 Tarrazú	1.378	2.379,94
6 Aserrí	4.785	510,58
7 Pacayas	6.976	162,09
TOTALES	56.162	4.796,22

PROVINCIA DE ALAJUELA

CANTONES	HABITANTES	EXTENSIÓN (KM ²)
1 Alajuela	15.247	462,23
2 San Ramón	10.111	1.377,70
3 Grecia	7.178	5.868,08
4 Naranjo	4.593	1.637,34
5 Atenas	5.551	139,31
6 San Mateo	2.525	267,82
TOTALES	45.205	9.753,23

(3) CALVO..., p. 158.

(4) HERNÁNDEZ, Hermógenes. *Costa Rica: evolución territorial y principales censos de población 1502-1984*, San José, Editorial U.N.E.D., 1985, pp. 61-65.

PROVINCIA DE CARTAGO

CANTONES	HABITANTES	EXTENSIÓN (KM ²)
1 Cartago	20.398	738,56
2 Paraíso	7.114	2.341,28
3 La Unión	2.916	44,83
TOTALES	30.428	3.124,67

PROVINCIA DE HEREDIA

CANTONES	HABITANTES	EXTENSIÓN (KM ²)
1 Heredia	16.452	2.433,66
2 Barba	2.663	52,97
3 Santo Domingo	4.254	25,04
4 Santa Bárbara	2.449	52,17
TOTALES	25.818	2.563,84

PROVINCIA DE GUANACASTE

CANTONES	HABITANTES	EXTENSIÓN (KM ²)
1 Liberia	4.744	3.385,12
2 Nicoya	3.824	2.160,69
3 Santa Cruz	4.748	1.325,06
4 Bagaces	991	1.273,49
5 Cañas	595	1.273,59
TOTALES	14.702	14.902,00

COMARCA DE PUNTARENAS

CANTONES	HABITANTES	EXTENSIÓN (KM ²)
1 Puntarenas	4.018	3.660,76
2 Esparza	2.441	221,81
3 Golfo Dulce	1.441	8.326,00
TOTALES	7.700	12.208,57

COMARCA DE LIMÓN

CANTÓN	HABITANTES	EXTENSIÓN (KM ²)
1 Limón	1.858	9.188,52

Costa Rica está dividida administrativamente en cinco provincias (San José, Alajuela, Cartago, Heredia y Guanacaste) y dos comarcas (Puntarenas y Limón). En total son veintinueve cantones, los cuales no poseen lógicamente la extensión territorial actual. El país tiene para esa época un total de 182.073 habitantes, distribuidos en 51.100,00 kilómetros cuadrados.

El desarrollo de la educación se caracteriza entre 1885 y 1889 por la toma de una serie de medidas denominada “La Reforma”. Esta busca la organización, racionalización y profesionalización de la educación⁽⁵⁾. Para hacer tal reforma, el Secretario de Hacienda e Instrucción Pública de entonces, don Mauro Fernández, se ayuda de educadores e intelectuales como Pedro Pérez Zeledón, Miguel Obregón y Buenaventura Corrales.

El sustrato jurídico de La Reforma es la Ley Fundamental de Educación Común de 1886. Administrativamente el cambio es total, ya que aparece por primera vez una estructura precisa y delineada: la de la Secretaría de Instrucción Pública.⁽⁶⁾

(5) MONGE ALFARO, Carlos. *La educación fragua de nuestra democracia*. San José, Editorial Universidad de Costa Rica, 1976, p. 31.

(6) QUESADA CAMACHO, Juan. *La educación en Costa Rica: el apogeo del Liberalismo al nacimiento del Estado Benefactor 1886-1948*. En: MURILLO, Jaime. *Instituciones Costarricenses*, San José, Editorial Universidad de Costa Rica, 1989, p. 417.

A la educación secundaria, que durante un tiempo constituyó los estudios menores de la Universidad de Santo Tomás, se le separa de los estudios universitarios. Se le divide en cuatro secciones: a) clásica, para los jóvenes que seguirán profesiones liberales en la Universidad, b) técnica, para los que también irán a la Universidad en busca de profesiones de ese tipo, c) comercial y d) normal.⁽⁷⁾ Se organiza, entonces, la Segunda Enseñanza y para ese efecto se funda en 1887 el Instituto de Alajuela y el Liceo de Costa Rica, y en el año siguiente el Colegio Superior de Señoritas.

Sin embargo, la Universidad de Santo Tomás es cerrada y en su lugar se mantiene la Facultad de Derecho y Notariado, y se crea la Escuela de Ingeniería y la Escuela de Medicina. Pero, solo la primera logra funcionar ininterrumpidamente, situación que es lógica pues son los abogados los llamados a gobernar el país.

El desarrollo jurídico recibe la influencia directa del liberalismo de la época. Muestra de ello son las leyes emitidas en el Gobierno del general don Próspero Fernández –principalmente sobre la Iglesia Católica, el establecimiento del Registro Civil y la secularización de la enseñanza– puesto que según el Decreto XXXIII de julio de 1884:

“Se prohíbe al clero en ejercicio de su ministerio tomar injerencia alguna en la dirección de la enseñanza que se da en los establecimientos costeados con fondos del Estado, o combatir dicha enseñanza por ser exclusivamente laica.”

Para que la Iglesia no reaccione fuertemente a esa disposición, el Gobierno expulsa a los Jesuitas y al Obispo Bernardo Augusto Thiel, y se prohíbe el establecimiento de órdenes monásticas en el país.⁽⁸⁾

Por otra parte, se establece el Colegio de Abogados en 1881. Es a abogados, como Lorenzo Montúfar, Máximo Jerez y Antonio Zambrana, a quienes se atribuye la introducción y prédica de las ideas positivistas y reforzar las liberales, como lo afirma Víctor Sanabria:

(7) MONGE..., p. 38.

(8) FERNÁNDEZ RIVERA, Felipe. *Las leyes liberales: una centuria de su promulgación*, San José, Imprenta Nacional, 1984, pp. 105-106.

“...El Colegio de Abogados había sido creado en 1881... En 1883 y 1884 se hizo campeón de la legislación extremista, que en gran parte preparaban algunos de sus dirigentes...”⁽⁹⁾

El “positivismo jurídico” que nace en Europa, en la época del positivismo científico de Augusto Conte, cala en Costa Rica a partir de las clases que se imparten en la Universidad de Santo Tomás. Al respecto don Ricardo Jiménez comenta que:

“Ya había empezado a alborear un poco con los Ferraz y algunos maestros liberales españoles, en el Colegio San Luis Gonzaga de Cartago. Pero en realidad fue la Universidad la que plasmó esta nueva corriente, la del Liberalismo, y con él, ciertas ideas sobre la república realmente democrática y la organización social dentro de la libertad. Los principales abanderados de ese movimiento, los que lo impulsaron desde sus cátedras, fueron el Lic. don Salvador Jiménez, el doctor don Lorenzo Montúfar y el doctor don Antonio Zambrana... Los jóvenes de entonces acogieron bien las enseñanzas de estos profesores liberales y vino una generación de hombres que lucharon para aplicarlas y darles vida en nuestro medio... y llevaron a la política nacional un nuevo ideario democrático.”⁽¹⁰⁾

La actividad jurídica normativa es notoria en esta década de 1880. Se delinea el marco jurídico necesario para el funcionamiento del Estado Liberal.

En 1882, el entonces Presidente de la República, general don Próspero Fernández, forma una comisión, mediante Decreto de 28 de agosto, la cual se encarga de la elaboración de un nuevo Código Civil y otro de Procedimientos Civiles. Los miembros de esa comisión son los licenciados don Bernardo Soto Alfaro, don Ascensión Esquivel, don José Joaquín Rodríguez, don Ricardo Jiménez Oreamuno, don Cleto

(9) SANABRIA, Víctor. *Bernardo Augusto Thiel*, San José, Editorial Costa Rica, 1982, p. 130.

(10) *La Tribuna*, 25 de abril de 1944.

González Víquez, don José Astúa Aguilar, don Ricardo Pacheco y don Alberto Brenes Córdoba. La comisión es presidida por el doctor don Antonio Cruz Polanco, abogado liberal guatemalteco, quien por persecución política en su país emigra a Costa Rica.

Es significativo el grupo que integra la comisión citada: sus miembros representan un pensamiento jurídico determinado, sea, el liberal-positivista, y en el plano político serán más tarde protagonistas principales en el desarrollo institucional de Costa Rica durante finales del siglo XIX y gran parte del siglo XX,

“...como presidentes de la República, como presidentes del Colegio de Abogados, como presidentes de la Asamblea Legislativa y como presidentes de la Corte Suprema de Justicia, tuvieron en sus manos el destino del país y la configuración de una ideología política liberal, lo suficientemente estructurada, como para darle una gran solidez al sistema que ellos mismos concibieron e hicieron realidad.”⁽¹¹⁾

La Comisión trabaja durante cuatro años. Usa como obras de consulta el “Cours de Droit Civil Français” de Aubry y Rau; el proyecto del “Código Civil Español” de 1851; el “Droit Civil” de Planiol; el “Código Civil Chileno” de don Andrés Bello y el “Código Civil de Portugal”.⁽¹²⁾

El nuevo Código Civil se aprueba el 26 de abril de 1886, pero entra en vigencia el 01 de enero de 1888 –según lo ordena el Decreto No. 3 del 26 de septiembre de 1887–, debido a la reorganización de los Tribunales de Justicia.⁽¹³⁾

“El Código en su versión original consta de 1.450 artículos, regulándose todo lo relativo a las personas y sus relaciones familiares, los bienes, las obligaciones y los contratos. También las disposiciones que reglamentaban los cuasicontratos, los delitos y

(11) VOLIO, Marina. *Estado y desarrollo en la Costa Rica del siglo XX*. En: MURILLO..., pp. 246-247.

(12) VOLIO..., p. 247.

(13) VOLIO..., p. 249.

cuasidelitos como productores de obligaciones civiles. Siguiendo la línea del Código de Napoleón, no se ocupó del nombre de las personas morales ni de las asociaciones o de las fundaciones. Se establecen en cambio, por primera vez en Costa Rica, y como uno de los primeros casos de América Latina, el divorcio, el matrimonio civil y la capacidad de libre contratación de la mujer casada.”⁽¹⁴⁾

De tal forma, los hombres “preclaros” de la época, liberales-positivistas, establecen una gran parte de las bases para la consolidación de un “Estado Liberal”.

3. LA NORMATIVA JURÍDICA APLICADA AL PROCESO ELECTORAL DE 1886

La carta magna vigente en la República de Costa Rica para el año 1886 es la Constitución Política 07 de diciembre de 1871. En 1862, 1863, 1870, 1885 y 1886, se emite una serie de decretos y leyes, en la que se establecen disposiciones relacionadas con el proceso electoral de marras.

3.1. La Constitución Política de 1871

En la Sección I del Título VI de la Constitución Política de 1871 se establece la forma de las elecciones: en dos grados. En primer término corresponde a los hombres en ejercicio de la condición de ciudadanos elegir a quienes votarán luego en segundo grado —es decir, los electores— y además, de juntas populares se pasa a asambleas electorales.

Según la Sección II, para ser elector se requiere ser ciudadano en ejercicio, tener veintiún años cumplidos, saber leer y escribir, ser vecino de la Provincia a que pertenece el distrito que le nombra y ser propietario de cantidad que no baje de quinientos pesos o tener una renta anual de doscientos pesos. Por disposición del artículo 60 de la Constitución Política, no pueden ser electores el Presidente de la República, los Secretarios de Estado, los Magistrados de la Corte de Justicia, los Gobernadores y el Obispo.

(14) VOLIO..., p. 249.

La Constitución también norma la conformación del Poder Legislativo, del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial. En cuanto al segundo y más exactamente en referencia al Presidente de la República, se pide que éste sea costarricense por nacimiento, que haya cumplido treinta años y reúna las cualidades que se exigen para ser elector. Este último requisito hace que el optar a la Presidencia sea también restringido por su carácter censitario.

Sin embargo, lo dispuesto en el artículo 97 es en cierta forma de gran avanzada para aquella época: la no reelección presidencial inmediata, solo se permite luego de que transcurra un período de igual tiempo (cuatro años) después de su separación.

En cuanto al Poder Legislativo sucede –al igual que con el Presidente de la República– una situación de restricción por cuanto se pide la cantidad de quinientos pesos o tener una renta anual de doscientos pesos. Se exige ser costarricense por nacimiento o naturalizado con una residencia de cuatro años contados a partir de la fecha de la adquisición de la carta de naturaleza.

En el artículo 73 de la Sección II del Título VIII de la Constitución se atribuye al Congreso hacer la apertura de las actas electorales, la calificación y el escrutinio de los sufragios para Presidente de la República y declarar la elección de éste, cuando resulte por mayoría absoluta y si no la hay, hacer la elección entre los dos candidatos que obtengan mayor número de sufragios. Esta disposición es totalmente perjudicial para el régimen político de la época pues permite que en algún momento se interpongan intereses dentro de los miembros del Congreso al momento de elegir.

3.2. Las leyes y los decretos varios

El día 16 de julio de 1885 se emite el Decreto No. XXIV, en el cual se dispone la convocatoria a los ciudadanos costarricenses para las elecciones de primer y segundo grados, que se realizarán en el año siguiente.

Para estas elecciones se declara vigente el Decreto No. XXVIII del 20 de junio de 1870, más ciertas modificaciones. A diferencia de la Constitución, este Decreto pide que para ser elector propietario, la persona tenga bienes raíces cuyo valor no baje de mil pesos o tenga un

rendimiento anual que no baje de quinientos pesos provenientes de una industria lícita. Estas sumas bajan luego a quinientos pesos y a doscientos pesos correspondientemente.

La reforma al Decreto No. XXVIII de 1870 dictada por medio del Decreto No. XXIV julio 16 de 1885 dispone el número de propietarios y suplentes por cada provincia y comarca para las elecciones: por la Provincia de San José habrá 168 electores propietarios y 56 electores suplentes; por la Provincia de Alajuela, 135 propietarios y 45 suplentes; por la Provincia de Cartago, 90 propietarios y 30 suplentes; por la Provincia de Heredia, 75 propietarios y 25 suplentes; por la Provincia de Guanacaste, 42 propietarios y 14 suplentes; por la Comarca de Puntarenas, 21 propietarios y 7 suplentes; y por la Comarca de Limón, 6 propietarios y 1 suplente tan solo. Así, con esta reforma se establece una nueva comarca: Limón, pues en la ley electoral de 1870 solamente Puntarenas tiene tal rango.

Según el artículo 16 de la Ley Electoral del año 1870, los miembros de las juntas electorales de provincias y distrito gozan de inmunidad en los días de las votaciones y escrutinio, a menos que cometan un delito *in fraganti* de los que no dan lugar a fianza.

Los días de las votaciones son seis consecutivos de acuerdo con lo dispuesto en la ley de 1870, pero, según la reforma a esta última, solamente serán tres, pudiendo votar de las 11:00 a las 15:00 horas y de las 16:00 a las 18:00 horas, en un lugar público de fácil acceso, al cual nadie podrá ir con armas.

Según el artículo 9 del Decreto XXIV de 1885 el voto no es secreto, pues dispone que el sufragio debe emitirse delante de la Junta respectiva y que en presencia del sufragante se toma nota del voto dicho.

El artículo 10 del mismo Decreto XXIV de 1885, dispone que ningún ciudadano, durante los tres días de votaciones, puede ser exigido a servicio forzoso, que atente contra su derecho de ir a sufragar.

En la Ley de 1870 se asignan diez diputados principales y cuatro suplentes por la Provincia de San José; siete diputados principales y tres suplentes por la Provincia de Alajuela; seis diputados principales y dos suplentes por la Provincia de Cartago; cinco diputados principales y dos suplentes por la Provincia de Heredia; tres diputados principales y un suplente por la Provincia de Guanacaste, y un diputado principal y uno

suplente por la Comarca de Puntarenas. Mas, mediante el Decreto XXIV del 16 de julio de 1885, a San José se asignan siete diputados propietarios y cuatro suplentes; a Alajuela, seis diputados propietarios y tres suplentes; y la Comarca de Limón opta por un diputado.

En cuanto a las votaciones primarias, el artículo 14 del Decreto de 1885, dispone su realización en el cuarto domingo del mes de febrero de 1886 y las votaciones de segundo grado, el primer domingo del mes de abril de aquel mismo año. Según lo dispone la Constitución de 1871, el 01 de mayo de 1886 el Congreso Constitucional debe instalarse y el día ocho del mismo mes y año, tomar posesión el Presidente electo.

De acuerdo con lo señalado en el artículo 15 del Decreto de 1885 citado, los demás procedimientos en relación con las elecciones de primero y segundo grados deben ajustarse a lo estipulado en la Ley No. 25 emitida el 21 de octubre de 1862, y en su Adicional No. 2 del 26 de febrero de 1863.

4. EL DESARROLLO DE LAS VOTACIONES

En un primer apartado analizamos el desarrollo de las votaciones de primer grado y en un segundo punto estudiamos las de segundo grado. En ambas se presenta un examen histórico del papel de los grupos editoriales de los medios de comunicación de la época.

4.1. Las votaciones de primer grado

El 12 de marzo de 1885 fallece el entonces Presidente general don Próspero Fernández, por lo cual el general don Bernardo Soto es nombrado a la Presidencia de la República, en calidad de Primer Designado.⁽¹⁵⁾

(15) El General Bernardo Soto Alfaro es un hombre de tendencias liberales, quien nace en Alajuela, el 12 de febrero de 1854, siendo sus padres don Apolinar de Jesús Soto Quesada y doña Joaquina Alfaro Muñoz. Cabe destacar el hecho de que su esposa es doña Pacífica Fernández Guardia, hija del General don Próspero Fernández, Presidente de la República. Bernardo Soto casa el 19 de abril de 1885. Se gradúa de Bachiller en Ciencias y Artes en San José en el año 1871, se recibe abogado el 10 de diciembre de 1877 en la Universidad de Santo Tomás y ejerce tal

De acuerdo con lo que estipula el Ordenamiento Jurídico del país, el período constitucional presidencial correspondiente a la Administración de don Próspero Fernández finaliza en 1886, por lo cual deben realizarse elecciones presidenciales y diputadiles de medio período.

Según lo dispone la Constitución Política de la República de Costa Rica de 1871, en su Título VI, Sección I, artículo 54, las elecciones deben ser de dos grados. Por ello se realizan la primeras votaciones el 28 de febrero de 1886 y las de segundo grado, el domingo 04 de abril del mismo año.

El ambiente político es muy “activo” para estas votaciones en el sentido de que, aunque no se tienen los medios de que se dispone hoy para difundir la “imagen” de una personalidad política o de una agrupación, las discusiones y argumentaciones propagandísticas en favor de la candidatura de don Bernardo Soto son fuertemente alusivas.

Conviene advertir que no sólo existe propaganda para don Bernardo Soto, también la hay para un hombre que “se retira” de la contienda, faltando cerca de tres semanas para las votaciones de primer grado: el general don Víctor Guardia.⁽¹⁶⁾

Para esta época de 1886, los periódicos más difundidos son el *Diario de Costa Rica*, el *Otro Diario* y *El Nacional*. Los dos primeros apoyan al general y licenciado Soto y el tercero debía su respaldo a la candidatura del general Guardia.

El *Diario de Costa Rica* es un periódico josefino, impreso por la Imprenta El Albúm, ubicada en la calle Comercio 5. Su propietario es don Joaquín Bernardo Calvo y su editor y redactor principal, don Víctor

profesión hasta 1880. En el siguiente año se le nombra Gobernador de Alajuela. En 1882 le es asignado el cargo de Secretario de Gobernación y Policía, y luego es trasladado a la Secretaría de Guerra y Marina. El 15 de mayo de 1885 el Congreso le asciende a General de División y le nombra con el grado honorífico de “BENEMÉRITO DE LA PATRIA”. En 1885 es condecorado por el gobierno de la República de Venezuela y elegido Académico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España.

(16) El general don Víctor Guardia era hermano del General don Tomás Guardia y tío-político del general don Bernardo Soto.

Dubarry. También desempeñan el cargo de redactores los señores don Juan F. Ferraz, don Angel Castro y don Rafael Montúfar.⁽¹⁷⁾

El *Otro Diario* es un periódico editado y redactado por don Federico Proaño, siendo la imprenta *La Paz* la encargada de su impresión.⁽¹⁸⁾

El Nacional es el periódico “de oposición” –situación que lo lleva a su clausura–, según lo declara el *Diario de Costa Rica* al establecer que:

*“Va para veinte días que ha resucitado **EL NACIONAL** y ya también para veinte días que ese periódico, bajo una responsabilidad señalada con dos nombres y dos apellidos, ha emprendido la tarea de sostener la candidatura del Sr. Gral. D. Víctor Guardia.”*⁽¹⁹⁾

Se tienen datos, además, de una publicación en forma de boletín, llamada *Boletín Electoral*. Este es el órgano del grupo que postula la candidatura del general Soto. Consiste en un panfleto que recoge firmas de personas que dan su adhesión a aquél y la imprenta *La Paz* se encarga de su impresión.⁽²⁰⁾

El *Diario de Costa Rica* publica durante los meses de enero a abril de 1886 artículos que apoyan al general Soto. El martes 5 de enero de 1886, aparece en su primera página la prueba más clara de su parcialidad política-eleccionaria, al publicar que:

“Bernardo Soto es el candidato popular para Presidente de la República en el próximo período constitucional”⁽²¹⁾

(17) GUERRERO PORTALES, Rudy. *Semblanza de la prensa escrita costarricense*, San José, Editorial Universidad de Costa Rica, 1971, p. 56.

(18) GUERRERO..., p. 58.

(19) *Diario de Costa Rica*, 04 de febrero de 1886.

(20) GUERRERO..., p. 57.

(21) *Diario de Costa Rica*, 05 de enero de 1886.

El mismo don Bernardo, por su lado, es apoyado por la mayoría de los hombres “preclaros” de las cinco provincias y gran parte del “pueblo”. Así lo hace notar una manifestación de fecha 14 de febrero de 1886, un día después de recibir la aprobación de los arreglos con compañías norteamericanas, para el término del ferrocarril al Atlántico. Al respecto el *Diario de Costa Rica* publica acerca de la

“Espléndida ovación. *La que tuvo lugar el viernes en la noche en honor del señor Presidente Gral. don Bernardo Soto no había tenido semejante entre nosotros. Un numeroso concurso compuesto de los hombres más conspicuos de las provincias de Cartago, Heredia, Alajuela y la capital, seguidos del pueblo que llenaba las calles, se presentó aquella noche enfrente del Palacio Presidencial, después de haber recorrido una parte de la ciudad, con hachones encendidos, al son de las bandas militares y llevando en alto los retratos del General Soto, del General Fernández y de Mr. Keith y banderas y cuadros con inscripciones alusivas al actual Gobierno y a la candidatura popular del General Soto.*”⁽²²⁾

En tanto, aún cuando El Nacional sigue dándole su apoyo al general Guardia, este último retira su candidatura y por ello se señala en

“La carta abierta. *Ayer no pudimos comentar la que el Señor General don Víctor Guardia dirigió al Editor de “El Nacional”, retirando su nombre de la lucha eleccionaria.*”⁽²³⁾

Ante tal renuncia, el *Diario de Costa Rica* añade en su publicación que:

“Dice el señor General Guardia, en noble arranque de patriotismo, que no debe aceptar la designación de candidato para la Presidencia de la República, porque para él la unión de los costarricenses es condición de bienestar nacional.”⁽²⁴⁾

(22) *Diario de Costa Rica*, 14 de febrero de 1886.

(23) *Diario de Costa Rica*, 14 de febrero de 1886.

(24) *Diario de Costa Rica*, 14 de febrero de 1886.

Aún así, con la renuncia del general Guardia, *El Nacional* sigue infructuosamente apoyando la antigua candidatura de aquél. Esta actitud es tomada por el *Diario de Costa Rica* para “exponer” ante el pueblo costarricense la “posición antipatriótica” de *El Nacional*. Publican los miembros del *Diario de Costa Rica* una carta que supuestamente les es enviada por el general Guardia, con la cual:

“...Suponemos que después de publicada... no continuará la propaganda de oposición al Gobierno, encubierta con el nombre del señor General Guardia. (...) San José, febrero 18 de 1886. Sr. Redactor del Diario de Costa Rica. Muy señor mío: Suplico a U. se sirva hacer constar en su estimable periódico que insisto en que no se haga uso de mi nombre como candidato para la Presidencia de la República, y que todos los trabajos que se hayan hecho después de la publicación de mi carta abierta, ó se sigan haciendo con este objeto, son completamente desautorizados. Soy de U. atto servidor, (f) V. Guardia.”⁽²⁵⁾

Dadas las circunstancias, *El Nacional* no puede continuar con su campaña publicitaria a favor de la candidatura presidencial del general don Víctor Guardia. Este último declina en su intento por optar a la Presidencia de la República, por las *presiones ejercidas de parte de los sectores oficialistas*.

El Nacional es quien sufre más la derrota pues al ser “...una publicación perentoria que se opone a Bernardo Soto...”,⁽²⁶⁾ se halla en una posición que es “...lo que lo lleva en camino vertiginoso hacia la clausura”⁽²⁷⁾, hecho que es natural puesto que:

“...en Costa Rica la experiencia indica, que todos los periódicos que adoptan una línea política combativa, terminan por perder la fe de los lectores y

(25) *Diario de Costa Rica*, 19 de febrero de 1886.

(26) MORALES CASTRO Carlos. *Diarios costarricenses: nacen y mueren a la sombra de la política*, San José, Editorial Universidad de Costa Rica, 1971, pp. 44-45.

(27) MORALES..., p. 45.

acaban clausurados, por el gobierno, o por los acreedores”.⁽²⁸⁾

El 28 de febrero de 1886 inician las votaciones de primer grado. Según lo expresa el *Diario de Costa Rica*, estas elecciones

“...comenzaron el domingo (...), y se están verificando con entera tranquilidad y al amparo de las más positivas garantías. Mientras que en años pasados se abrían registros, por pura fórmula y se cerraban, con pocos nombres, hoy, el pueblo que anhela dar pruebas de vitalidad, acude presuroso a expresar su voluntad”.⁽²⁹⁾

donde, al no existir otra candidatura que la del general y licenciado don Bernardo Soto Alfaro,

“...esa voluntad, según los resultados hasta ahora recibidos, favorece completamente la candidatura simpática del General Soto, y resuelve el problema electoral”.⁽³⁰⁾

y por la misma razón

“Las candidaturas recomendadas por el Comité Electoral, han obtenido triunfo completo en casi toda la República”.⁽³¹⁾

Con esta situación, de ser la candidatura del Lic. Gral. don Bernardo Soto Alfaro la única, se efectúan las votaciones de segundo grado.

4.2. Las votaciones de segundo grado

Efectuadas las elecciones de primer grado, se realiza el escrutinio y la declaración por parte de las juntas populares de quienes se escogieron como electores, para sufragar en segundo grado en las asambleas electorales.

(28) MORALES..., p. 45.

(29) *Diario de Costa Rica*, 02 de marzo de 1886.

(30) *Diario de Costa Rica*, 02 de marzo de 1886.

(31) *Diario de Costa Rica*, 02 de marzo de 1886.

Según lo estipula el Decreto No. XXIV del año 1885, los electores son escogidos de acuerdo con el número correspondiente por provincia y comarca determinada.

Para estas segundas elecciones el periódico *El Nacional* deja de existir. El *Diario de Costa Rica* y el *Otro Diario* siguen apoyando la candidatura única del general Soto. Ese apoyo se constata cuando en *Otro Diario* se publica que:

“Las Juntas Electorales de provincia procederán mañana á elegir Presidente y Diputados. La opinión pública ha declarado desde hace días de una manera bien pronunciada que el Benemérito General don Bernardo Soto es su candidato para el primer puesto”.⁽³²⁾

Por su parte, el *Diario de Costa Rica* expresa:

“...que el Benemérito General don Bernardo Soto ha sido de antemano designado por la mayoría de los costarricenses, como el candidato de sus simpatías para el primero de aquellos puestos; y las asambleas electorales sabrán acatar, no hay que dudar, las manifestaciones de la opinión pública, de la cual deben ser fieles intérpretes”.⁽³³⁾

El resultado es obvio: el licenciado Soto es elegido unánimemente Presidente de la República por los electores de cada provincia y comarca.

Estas votaciones de segundo grado, al parecer, transcurren sin hechos que alteren el orden, por lo que, según el *Otro Diario*:

“...no tendrán los costarricenses mejor título de honor que ostentar ante los pueblos cultos del mundo, que esta paz y tranquilidad perfectas dentro de las cuales se ha verificado esa elección”.⁽³⁴⁾

(32) *Otro Diario*, 03 de abril de 1886.

(33) *Diario de Costa Rica*, 04 de abril de 1886.

(34) *Otro Diario*, 05 de abril de 1886.

El día 05 de mayo de 1886, el Congreso Constitucional, vía Decreto No. II, declara Presidente de la República, electo popularmente por unanimidad de votos, a don Bernardo Soto. Dispone, además, que el día ocho del mismo mes y año, a las doce horas, se verificará la toma de posesión.

En cuanto a las votaciones para los diputados, según el Decreto No. VI de 11 de mayo de 1886, por la Provincia de San José como propietarios son elegidos: el doctor don Daniel Núñez, con 167 votos; el licenciado don Andrés Venegas, con 166; don Manuel Aragón, con 168; don Fabián Esquivel, con 167 y don Juan Rojas, con 163. Como suplentes son elegidos: el doctor don Pánfilo J. Valverde, con 167, y don Juan Francisco Echeverría, con 166.

Por la Provincia de Alajuela son elegidos para diputados propietarios: el doctor don José María Soto Alfaro, con 147 votos; el licenciado don Máximo Fernández, con 148, el licenciado don José Antonio Castro, con 141; el licenciado don Juan Manuel Carazo, con 144, y don José María Ugalde, con 144. Para suplente: don Saturnino Lizano, con 144.

Por la Provincia de Cartago son elegidos diputados propietarios: el licenciado don Francisco María Fuentes, con 88 votos; don Manuel de Jesús Jiménez, con 40, y don Modesto Guevara, con 17. Para suplentes: don Francisco Aguilar Barquero, con 33, y don Fernando García, con 45.

Por la Provincia de Heredia, el diputado propietario elegido es don Manuel J. Zamora y como suplente, don Tranquilino Sáenz.

Por la Comarca de Puntarenas es elegido diputado propietario el doctor don Abel Santos, con 20 votos, y en calidad de suplente, don Juan Bautista Mata, con 20 votos también.

Por la Comarca de Limón es elegido para propietario el general don Rafael Villegas, al cual no se le permite aceptar el puesto pues le falta tiempo de residencia en el país. En su lugar es elegido don Manuel Montealegre, con 5 votos.

En la Provincia de Guanacaste solamente se efectúan las elecciones presidenciales, por tal razón los señores diputados del período anterior siguen en sus puestos.

Por otra parte, el Congreso Constitucional nombra el 05 de mayo de 1886, mediante Decreto No. III, como Primer Designado a la Presidencia, al general don Apolinar de Jesús Soto; como Segundo Designado, al licenciado don Ascención Esquivel, y como Tercer Designado, al doctor don Carlos Durán.

El mismo día 05, el Congreso declara electos para formar el Supremo Tribunal de Justicia a los señores: licenciado don José Antonio Pinto, para Presidente de la Corte; licenciado don Vicente Sáenz, para Presidente de la Sala Primera; licenciados don Ramón Loría y don Alejandro Alvarado, para Magistrados de la Sala Primera; licenciado don Manuel V. Jiménez, para Presidente de la Sala Segunda; licenciados don Camilo Esquivel y don Ezequiel Gutiérrez, para Magistrados de la Sala Segunda; licenciado don Juan José Ulloa, para Magistrado de tercera instancia de la Sala Segunda, y al licenciado don Gerardo Castro, para Magistrado Fiscal de la Sala Segunda. Esta disposición es emitida mediante Decreto No. IV de 5 de mayo de 1886.

5. CONSIDERACIÓN FINAL

La cultura costarricense está marcada por la falsa idea de que contamos con un sistema electoral democrático clásico, es decir, elecciones libres y con la participación de todos los sectores del país. Sin embargo, el sistema censitario es un aspecto difícil de esconder, aunque pareciera justificado para la segunda mitad del siglo XIX. Además, los medios escritos con mayor soporte económico tienen en aquella época una participación comprometida y parcializada respecto del general y licenciado don Bernardo Soto y aunque han transcurrido más de cien años, el panorama es sólo un poco diferente, pues hoy en algunos medios escritos –e incluso televisivos y radiofónicos– el compromiso no es político-partidista, sino de interés económico.

6. BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

CALVO (Joaquín). *Apuntamientos geográficos, estadísticos e históricos*, San José, Imprenta Nacional, 1887.

FERNÁNDEZ RIVERA (Felipe). *Las leyes liberales: una centuria de su promulgación*, San José, Imprenta Nacional, 1984.

GUERRERO PORTALES (Rudy). *Semblanza de la prensa escrita costarricense*, San José, Editorial Universidad de Costa Rica, 1971.

HERNÁNDEZ (Hermógenes). *Costa Rica: evolución territorial y principales censos de población 1502-1984*, San José, Editorial U.N.E.D., 1985.

MONGE ALFARO (Carlos). *La educación fragua de nuestra democracia*, San José, Editorial Universidad de Costa Rica, 1976.

MORALES CASTRO (Carlos). *Diarios costarricenses: nacen y mueren a la sombra de la política*, San José, Editorial Universidad de Costa Rica, 1971.

MURILLO (Jaime). *Instituciones Costarricenses*, San José, Editorial Universidad de Costa Rica, 1989.

SANABRIA (Víctor). *Bernardo Augusto Thiel*, San José, Editorial Costa Rica, 1982.

PERIODICOS

Diario de Costa Rica, 05 de enero de 1886.

Diario de Costa Rica, 04 de febrero de 1886.

Diario de Costa Rica, 14 de febrero de 1886.

Diario de Costa Rica, 19 de febrero de 1886.

Diario de Costa Rica, 02 de marzo de 1886.

Diario de Costa Rica, 04 de abril de 1886.

Otro Diario, 03 de abril de 1886.

Otro Diario, 05 de abril de 1886.

La Tribuna, 25 de abril de 1944.

LA AUTONOMÍA CONSTITUCIONAL DE LAS MUNICIPALIDADES^(*)

*Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez^(**)*

Catedrático de la Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica
Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas
Profesor de Derecho Administrativo

(*) Ponencia al Congreso Internacional de Estudios Municipales. Escuela de Administración Pública. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica, 18 al 20 de febrero del 2004.

(**) e-mail: jorgerp@hotmail.com; y, jorgerp9@yahoo.com.
Telfax (506) 250-1160; y, (506) 259-4844
Apartado postal 1264 Y Griega 1011, San José Costa Rica

SUMARIO:

Introducción

Municipalidades: aspectos relevantes

1. Algunas definiciones necesarias
2. Tributos
3. Empleo público
4. Planificación
5. Autonomía municipal en la sentencia clásica 5445-99
6. Concepto de autonomía municipal
7. Competencia municipal
8. Alcalde municipal
9. Una situación especial: ley No. 8114 del 2001
10. Partidas específicas con destinos específicos
11. Tributos con fines específicos
12. Criterios de la Sala Constitucional respecto de los tributos con destinos específicos
13. Patentes

Conclusión

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

En el sistema político costarricense, las municipalidades desempeñan un papel estratégico para los efectos de la participación ciudadana, la descentralización política y los intereses de las comunidades de los respectivos cantones, como circunscripciones territoriales del país.

Desde sus orígenes históricos en la colonia española al presente, las municipalidades han desempeñado una función democratizante y participativa de modo relativo y circunstancial. Es evidente, que los aspectos financieros, políticos y administrativos han sido limitantes reales para el desarrollo de estos entes públicos e institucionales.

La Sala Constitucional ha afirmado la autonomía municipal, con lo cual le ha dado un respaldo importante al artículo 170 de la carta Magna.

El enfoque de esta ponencia se hace desde la perspectiva del Derecho Constitucional, anclado en sentencias importantes de dicha Sala.

MUNICIPALIDAD: aspectos relevantes

1. Algunas definiciones necesarias

Estado: Una de sus acepciones posibles, de hacerlo sinónimo de Administración Pública, la cual abarca el Poder Central y el Poder Descentralizado.

Poder Central: Poder Ejecutivo

Poder descentralizado: Las instituciones públicas ubicadas fuera del Poder central.

Institución autónoma: Tiene potestades administrativas, normativas, políticas y financieras (ejemplos: municipalidades y universidades públicas).

Institución descentralizada: Respecto de las potestades de una entidad autónoma, carece de la potestad de gobierno.

Artículo 188, *antes de 1968*

Las instituciones autónomas del Estado gozan de independencia en materia de gobierno y administración y sus directores responden por su gestión.

Artículo 188, *después de 1968*

Las instituciones autónomas del Estado gozan de independencia administrativa y están sujetas a la ley en materia de gobierno. Sus directores responden por su gestión.

La reforma hecha al numeral constitucional 188 en 1968, le quitó la autonomía en materia de gobierno a esta institución.

Con esa reforma, quedo eliminada la autonomía en materia de gobierno, para dar lugar a la descentralización administrativa.

Esta reforma constitucional de 1968 no modificó el nombre del título XIV “*de las instituciones autónomas*”, como era lo procedente (tampoco se modificó el numeral constitucional 147, 3).

Por ello, la redacción técnicamente correcta del *numeral 188* debe ser así:

Las instituciones descentralizadas del Estado gozan de independencia administrativa y están sujetas a la ley en materia de gobierno. Sus directores responden por su gestión.

2. Tributos

Voto 1631-91: *municipalidades crean* los impuestos, la Asamblea Legislativa los autoriza o aprueba (también, el **voto 2311-95**).

Constitucionalmente no es posible que la Asamblea legislativa tenga un papel creador de los impuestos municipales, en cuanto que son las corporaciones las que crean esas obligaciones impositivas locales, en ejercicio de la autonomía consagrada en el artículo 170 de la Constitución y por su naturaleza de entidades territoriales corporativas, es decir, de base asociativa, capaz de generar un interés autónomo distinto del Estado, y las someten a la aprobación legislativa que condiciona su eficacia (considerando V).

Comentario:

El Poder Legislativo puede autorizar o desautorizar una propuesta municipal respecto de un determinado impuesto local. Lo que no puede

hacer es modificarlo o crear otro nuevo. La autonomía municipal constitucionalmente garantiza, le impide a la Asamblea Legislativa hacer esa modificación, sustitución o creación de un nuevo impuesto local. Esta potestad impositiva le corresponde exclusivamente a la municipalidad, que la tiene para su sostenimiento.

3. Empleo público

Voto No. 2934-93

Párrafo quinto del artículo 18 de la ley de enriquecimiento ilícito de servidores públicos, de 1983:

“Para cumplir con el espíritu de esta ley, cuando la Contraloría lo considere necesario, podrá permutar a los auditores de los diferentes entes públicos por el tiempo que ella fije, o los podrá sustituir por un plazo limitado para asignarlos a trabajos de investigación, dentro de la Contraloría o en el sitio que ella les fije”.

Esta *norma*, a juicio de la Sala y de conformidad con lo que señala el artículo 89 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, por conexidad, *resulta abiertamente inconstitucional por ser contraria a la Autonomía Municipal*, contenida en el artículo 170 de la Constitución Política.

La autonomía municipal, que proviene de la propia Constitución Política, esencialmente se origina en el carácter representativo de ser un gobierno local (*única descentralización territorial del país*), encargado de administrar los intereses locales y por ello las municipalidades pueden definir sus políticas de desarrollo (planificar y acordar programas de acción), en forma independiente y con exclusión de cualquier otra institución del Estado, facultad que conlleva, también, la de poder dictar su propio presupuesto.

Esta *autonomía política* implica, desde luego, la de dictar los reglamentos internos de organización de la corporación, así como los de la prestación de los servicios públicos municipales. Por ello se ha dicho en la doctrina local, que “se trata de una verdadera descentralización de la función política en materia local”. Dentro de esta concepción muy general de la autonomía municipal, la norma que se analiza resulta contraria a sus principios, puesto que entendida en su

justa dimensión, lo que se señala es ni más ni menos, que *el Auditor Municipal deja de ser un funcionario de la Comuna, para depender, jerárquicamente, de la Contraloría General de la República, que puede disponer de él libremente, con prescindencia del criterio de la propia Municipalidad*. Esto implica, a todas luces, que el párrafo antes transcrito sea, a juicio de la Sala, *inconstitucional* y deba, por ello, anularse y eliminarse del ordenamiento jurídico.

No lo sería en cambio, si todos los Auditores de los entes públicos, fueran funcionarios de la Contraloría General de la República y dependientes de ésta, que ejercieran sus funciones de control a priori por delegación, como se ha sugerido en algunas ocasiones, pero concepto, éste, que no es objeto de la acción.

La *autonomía municipal* no excluye el control de legalidad, del que la doctrina es unánime en admitir, en las manifestaciones de las autorizaciones y aprobaciones (control a priori y a posteriori, como requisitos de validez y eficacia de los actos, respectivamente), como compatibles con ella. La doctrina costarricense más calificada ha expresado sobre el punto: “No reputamos incompatibles con la autonomía municipal, sino más bien aconsejables, los controles de legalidad con potestades de suspensión, anulación y sustitución, por la Contraloría General de la República, de actos administrativos municipales totalmente reglados, pues ello vendría abonado por la lógica de ese tipo de control y por la conveniencia de frenar los desmanes administrativos antes de la vía judicial, como tal lenta e incumplida”. Es decir, que el control que emana de la Contraloría General de la República, que es de origen también constitucional según los textos de sus artículos 183 y 184, no contraría la autonomía municipal, porque su función principal es el control de legalidad de la administración financiera del sector público estatal y municipal, de donde se infiere que en lo que toca a los gobiernos locales, su procedencia tiene sustento en un texto constitucional expreso (artículo 184 inciso 2).

Este control se reduce a la verificación del cumplimiento de los presupuestos de legalidad aplicables, prescindiendo de toda alusión a las cuestiones de conveniencia y oportunidad. Así las cosas, estima la Sala que la sola aprobación de la destitución de un auditor municipal, como medida de verificación del cumplimiento de las reglas del debido proceso, no es una medida irrazonable, ni desproporcionada, capaz de violar la integridad administrativa de las Municipalidades.

Como una nota del ejercicio de las competencias de control, no estima la Sala que la Contraloría General de la República esté suplantando las competencias municipales. Por el contrario, la ley lo que está señalando, es un procedimiento de verificación de la legalidad de lo actuado que no resulta a nuestro criterio, contrario al artículo 170 de la Constitución Política. Esta norma jurídica, como no requiere de posterior desarrollo para su aplicación a los casos concretos, resulta de obligatorio acatamiento.

Comentario

En el caso concreto, los auditores municipales no son empleados de la Contraloría, son funcionarios de la respectiva municipalidad.

4. Planificación

Voto 3278-93

Los *planes y programas* del Estado no pueden ser impuestos a las municipalidades. Si es posible su adhesión libre y voluntaria.

Solamente, la coordinación voluntaria es compatible con la autonomía municipal. La dirección que establece la ley de Administración Pública no le es aplicable a las municipalidades.

Comentario

Esta sentencia establece parte del contenido de la autonomía municipal, quedando claro que la planificación del Poder Central puede ser voluntaria o indicativa para las municipalidades, pero de ninguna manera obligatoria.

5. Autonomía municipal, en la sentencia clásica constitucional

Voto 5445- 99

En lo que respecta a la autonomía territorial municipal, el ***voto 5445-99***, es el más importante de todos los que ha emitido la Sala Constitucional.

Esta sentencia **5445-99**, afirmó que las municipalidades o gobiernos locales:

- *Operan de manera descentralizada* frente al Gobierno de la República.
- *Gozan de autonomía constitucionalmente garantizada y reforzada*, que se manifiesta en materia política, al determinar sus propias metas y los medios normativos y administrativos, en cumplimiento de todo tipo de servicio público para la satisfacción del bien común en su colectividad.
- *Son entidades territoriales de naturaleza corporativa y pública* no estatal, dotadas de independencia en materia de gobierno y funcionamiento, lo que quiere decir, por ejemplo, que la autonomía municipal involucra aspectos tributarios, que para su validez requieren de la autorización legislativa, la contratación de empréstitos y la elaboración y disposición de sus propios ingresos y gastos, con potestades genéricas.
- La Contraloría General de la República no puede sustituir el presupuesto municipal; lo que sí puede es aprobarlo o improbarlo.
- A la Contraloría General de la República no se le puede atribuir las potestades de sentar responsabilidades civiles o disciplinarias de los empleados municipales o de ordenar sanciones. Lo que sí cabe es el ámbito de las recomendaciones, en esta materia del empleo público.
- Las municipalidades están sujetas a los *reglamentos* de la Contraloría General de la República en el campo de lo que se conoce como *autónomos y de servicio*. Los reglamentos para el uso de vehículos municipales, quedan excluidos.

6. Concepto de autonomía municipal

Aquí desglosaremos dos tipos de definición: gramatical y jurídica.

- *Gramaticalmente*, autonomía es la potestad que dentro del Estado pueden gozar municipios, provincias, regiones u otras

entidades de él, para regir intereses peculiares de su vida interior, mediante normas y órganos de gobierno propios.

- *Jurídicamente*, esta autonomía debe ser entendida como la capacidad que tienen las municipalidades de decidir libremente y bajo su propia responsabilidad, todo lo referente a la organización de determinada localidad (el cantón).

Esta autonomía municipal implica:

- Libre elección de sus propias autoridades
- Libre gestión en las materias de su competencia
- La creación, recaudación e inversión de sus propios ingresos.

El artículo 170 de la Carta Magna manda que:

Las corporaciones municipales son autónomas.

En el Presupuesto Ordinario de la República, se les asignará a todas las municipalidades del país una suma que no será inferior a un diez por ciento (10%) de los ingresos ordinarios calculados para el año económico correspondiente.

La ley determinará las competencias que se trasladarán del Poder Ejecutivo a las corporaciones municipales y la distribución de los recursos indicados.

Transitorio.–La asignación presupuestaria establecida en el artículo 170 será progresiva, a razón de un uno coma cinco por ciento (1,5%) por año, hasta completar el diez por ciento (10%) total.

Periódicamente, en cada asignación de los recursos establecidos en el artículo 170, la Asamblea Legislativa deberá aprobar una ley que indique las competencias por trasladar a las corporaciones municipales. Hasta que la Asamblea Legislativa apruebe cada una de las leyes, no se les asignarán a las municipalidades los recursos correspondientes a ese período, de conformidad con lo indicado en ese mismo numeral.

- (*) *El presente artículo ha sido modificado mediante Ley No. 8106 de 3 de junio del 2001. Gaceta 132 de 10 de julio del 2001.*

Esta norma constitucional sentó el principio de que las municipalidades son entidades de naturaleza territorial y corporativa, es decir, de base asociativa, capaz de generar un interés autónomo distinto del Estado.

La autonomía municipal abarca el campo político, normativo, tributario y administrativo.

Autonomía política: Da origen al autogobierno, que conlleva la elección de sus autoridades a través de mecanismos de carácter democrático y representativo, tal y como lo señala la Constitución Política en el artículo 169:

La administración de los intereses y servicios locales en cada cantón, estará a cargo del Gobierno Municipal, formado de un cuerpo deliberante, integrado por regidores municipales de elección popular, y de un funcionario ejecutivo que designará la ley.

La *autonomía política* es una posición jurídica que se expresa en la potestad de conducir una línea política propia, entendida como posibilidad, en orden a una determinada esfera de intereses y competencias, de establecer una línea propia de acción o un programa propio, con poderes propios y propia responsabilidad acerca de la oportunidad y la utilidad de sus actos.

Autonomía normativa: Las municipalidades tienen la potestad de dictar su propio ordenamiento en las materias de su competencia, potestad que en nuestro país se refiere únicamente a potestad reglamentaria que regula internamente la organización de la corporación y los servicios que presta (reglamentos autónomos de organización y servicios).

Autonomía tributaria: Potestad impositiva. Es la iniciativa para la creación, modificación, extinción o exención de los tributos municipales que corresponde a estos entes territoriales.

Autonomía administrativa: Potestad que implica no sólo la auto-normación sino también la autoadministración; y, la libertad, frente al Estado, para la adopción de las decisiones fundamentales del ente territorial.

Las municipalidades pueden gestionar y promover intereses y servicios locales, siendo esta gestión municipal autónoma.

Lo cual quiere decir, que los entes municipales tienen la libertad frente a los demás entes del Estado para la adopción de sus decisiones fundamentales.

Tienen la capacidad de fijarse sus políticas de acción y de inversión en forma independiente y más específicamente frente al Poder Ejecutivo y del partido gobernante.

Tienen la capacidad de fijación de planes y programas del gobierno local, por lo que ello va unido a la potestad de la municipalidad para dictar su propio presupuesto, expresión de las políticas previamente definidas por el Concejo Municipal, capacidad que a su vez, es política.

*El rasgo típico de la autonomía municipal reside en el hecho de que el órgano fundamental del ente territorial es el pueblo, como cuerpo electoral y de que del pueblo deriva su orientación política-administrativa, no del Estado, sino de la propia comunidad; es decir, de la mayoría electoral de esa colectividad, con la consecuencia de que tal orientación política puede divergir de la del Gobierno de la república y aún contrariarla (considerando IV, del **voto 5445-99**).*

7. Competencia municipal, ley 7794 (Código Municipal 1998)

La competencia municipal es específica, exclusiva y originaria. Con estas características ella tiene jerarquía en el ámbito local.

No está permitido desmembrar o quebrar esta competencia. (**voto 6469-97**, considerando VII).

Por esta razón, el **voto 6000-94** calificó de inconstitucionales los concejos municipales de distrito.

Artículo constitucional 169

La administración de los intereses y servicios locales en cada cantón, estará a cargo del Gobierno Municipal, formado de un cuerpo deliberante, integrado por regidores municipales de elección popular, y de un funcionario ejecutivo que designará la ley.

Ahora, este funcionario de elección popular se llama *alcalde*.

8. Alcalde Municipal

Lo que manda el *Código Municipal* respecto del alcalde, municipio y municipalidad.

Código Municipal, ley 7794 de 1998

Artículo 14.-

*Denomínase **alcalde municipal** al funcionario ejecutivo indicado en el artículo 169 de la Constitución Política.*

Existirán dos alcaldes suplentes, quienes sustituirán al Alcalde Municipal en sus ausencias temporales y definitivas, además de cumplir las otras funciones asignadas en este código.

Los funcionarios mencionados en los párrafos anteriores serán elegidos popularmente, mediante elecciones generales que se realizarán el primer domingo de diciembre, inmediatamente posterior a la elección de los regidores. Tomarán posesión de sus cargos el primer lunes del mes de febrero siguiente a su elección. Podrán ser reelegidos y sus cargos serán renunciables.

El Tribunal Supremo de Elecciones repondrá al alcalde propietario que cese en su cargo o sea destituido por las causas previstas en este código, con los suplentes del mismo partido político, siguiendo el orden de elección de estos.

Artículo 1.-

El Municipio está constituido por el conjunto de vecinos residentes en un mismo cantón, que promueven y administran sus propios intereses por medio del gobierno municipal.

Artículo 2.-

La municipalidad es una persona jurídica estatal con patrimonio propio y personalidad, y capacidad jurídica plenas para ejecutar todo tipo de actos y contratos necesarios para cumplir sus fines.

9. Una situación especial: ley No. 8114, artículo 5, inciso b), del 2001

Ley de simplificación y eficiencia tributarias del 2001, publicada en el Alcance a La Gaceta No. 131 del 9 de julio del 2001.

Artículo 5.- Destino de los recursos

Del producto anual de los ingresos provenientes de la recaudación del impuesto único sobre los combustibles, se destinará un treinta por ciento (30%) a favor del Consejo Nacional de Vialidad (CONAVI) y un tres coma cinco por ciento (3,5%), exclusivamente para el pago de servicios ambientales, a favor del Fondo Nacional de Financiamiento Forestal (FONAFIFO). El destino de este treinta y tres coma cinco por ciento (33,5%) tiene carácter específico y su giro es de carácter obligatorio para el Ministerio de Hacienda.

Del treinta por ciento (30%) destinado al Consejo Nacional de Vialidad, se asignará hasta el tres por ciento (3%) para garantizar la máxima eficiencia de la inversión pública de reconstrucción y conservación óptima de la red vial costarricense. Este treinta por ciento (30%) se distribuirá de la siguiente manera:

a) El setenta y cinco por ciento (75%) se destinará exclusivamente a conservación, mantenimiento rutinario, mantenimiento periódico, mejoramiento y rehabilitación; una vez cumplidos estos objetivos, los sobrantes se emplearán para construir obras viales nuevas de la red vial nacional.

La suma correspondiente al tres por ciento (3%) será girada por la Tesorería Nacional al CONAVI para que la entregue a la Universidad de Costa Rica, que la administrará bajo la modalidad presupuestaria de fondos restringidos vigente en esa entidad universitaria, mediante su Laboratorio Nacional de Materiales y Modelos Estructurales, el cual velará por que estos recursos se apliquen para garantizar la calidad de la red vial nacional, de conformidad con el artículo 6 de la presente Ley. En virtud del destino específico que obligatoriamente se establece en esta Ley para los recursos destinados al Laboratorio Nacional de Materiales y Modelos Estructurales, se establece que tales fondos de ninguna manera afectarán a la Universidad de Costa Rica en lo que concierne a la distribución de las rentas que integran el Fondo Especial para el Financiamiento de la Educación Superior, según las normas consagradas en el artículo 85 de la Constitución Política.

b) El veinticinco por ciento (25%) restante se destinará exclusivamente a conservación, mantenimiento rutinario, mantenimiento periódico, mejoramiento y rehabilitación; una vez cumplidos estos objetivos, los sobrantes se usarán para construir obras viales nuevas de la red vial cantonal, que se entenderá como los caminos vecinales, los no clasificados y las calles urbanas, según las bases de datos de la Dirección de Planificación del Ministerio de Obras Públicas y Transportes (MOPT).

La suma correspondiente será girada a las municipalidades por la Tesorería Nacional, de acuerdo con los siguientes parámetros: el sesenta por ciento (60%) según la extensión de la red vial de cada cantón y un cuarenta por ciento (40%), según el Índice de Desarrollo Social Cantonal (IDS) elaborado por el Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica (MIDEPLAN); los cantones con menor IDS recibirán proporcionalmente mayores recursos.

La ejecución de estos recursos se realizará de preferencia bajo la modalidad participativa de ejecución de obras. Conforme lo establece el Reglamento de esta Ley, el destino de los recursos lo propondrá, a cada Concejo Municipal, una junta vial cantonal nombrada por el mismo Concejo, la cual estará integrada por representantes del gobierno local, del MOPT y de la comunidad, por medio de convocatoria pública y abierta.

El Ministerio de Hacienda incorporará cada año en el proyecto de presupuesto ordinario y extraordinario de la República, una transferencia inicial de mil millones de colones (¢1.000.000.000,00), a favor de la Cruz Roja Costarricense, que será actualizada anualmente con base en el Índice de Precios al Consumidor, calculado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC). La Cruz Roja Costarricense asignará estos recursos de la siguiente manera:

- i) El ochenta y cinco por ciento (85%) a los comités auxiliares.*
- ii) Un cinco por ciento (5%) a la Dirección Nacional de Socorros y Operaciones.*
- iii) Un diez por ciento (10%) a la Administración General.*

El monto asignado a los comités auxiliares se distribuirá de acuerdo con los índices de población, el área geográfica y la cobertura de cada comité. Se respetarán los siguientes porcentajes:

- 1.- *El noventa por ciento (90%), a gastos de operación y a reparación, compra y mantenimiento de vehículos y equipo.*
- 2.- *Un diez por ciento (10%), a gastos administrativos.*

El aparte que nos interesa destacar es el inciso b) de este numeral 5.

b) El veinticinco por ciento (25%) restante se destinará exclusivamente a conservación, mantenimiento rutinario, mantenimiento periódico, mejoramiento y rehabilitación; una vez cumplidos estos objetivos, los sobrantes se usarán para construir obras viales nuevas de la red vial cantonal, que se entenderá como los caminos vecinales, los no clasificados y las calles urbanas, según las bases de datos de la Dirección de Planificación del Ministerio de Obras Públicas y Transportes (MOPT).

La suma correspondiente será girada a las municipalidades por la Tesorería Nacional, de acuerdo con los siguientes parámetros: el sesenta por ciento (60%) según la extensión de la red vial de cada cantón y un cuarenta por ciento (40%), según el Índice de Desarrollo Social Cantonal (IDS) elaborado por el Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica (MIDEPLAN); los cantones con menor IDS recibirán proporcionalmente mayores recursos.

Esta ley es parte del esfuerzo por darle recursos financieros a las municipalidades. Sin embargo, como estos recursos van al Ministerio de Hacienda, éste se los apropia y cede a las municipalidades o a los sujetos beneficiarios de los impuestos con destino específico, las cantidades que quiera. Y cuando quiera. Esta situación es vieja en el país y no hay forma de impedir que los contribuyentes a los cuales se les impone un impuesto con destino específico, sean respetados, pues el gobierno central dispone (inmune, impune e irresponsablemente) de esos recursos arbitrariamente, violando el principio constitucional del destino concreto del tributo impuesto por el legislador.

Existe una variedad de estos impuestos con destino específico que el gobierno central usa arbitrariamente en perjuicio de los contribuyentes, del Estado de Derecho y de los beneficiarios de estos tributos que no reciben del todo esos dineros o captan solo un parte.

Ahora le toca el turno a los municipalidades que de los nueve mil ochocientos millones de colones a que tienen derecho de lo captado

por el impuesto único a los combustibles, el gobierno central le ofrece dar solo setecientos millones de colones (**La Nación**, *jueves 1 de julio del 2004*).

De este modo, el Ministerio de Hacienda retiene 11 mil millones de colones para arreglo de calles, producto de ese impuesto único sobre los combustibles (Diario **Extra**, *21 de junio del 2004*).

Por esta razón la Unión de Gobiernos Locales expresó que planteará una denuncia penal por incumplimiento de deberes contra el Ministro de Hacienda. (Diario **Extra**, *5 de julio del 2004*).

10. Partidas específicas con destinos específicos

La Sala constitucional ha afirmado en lo que respecta a las partidas específicas ubicadas en el presupuesto nacional que:

Partidas específicas: son aquellas que están en el presupuesto nacional con un destino concreto. Se trata de erogaciones, pagos, egresos.

Concuero con la tesis de la Sala respecto de estas partidas o renglones presupuestarios.

IV. La sala no puede admitir que la simple previsión en la ley del Presupuesto, de una partida específica para un determinado beneficiario haga a éste acreedor de un derecho subjetivo y que el Poder Ejecutivo, sin causa alguna reconocida, este automáticamente obligado a desembolsar el monto destinado.

*Como bien lo indica la Contraloría General de la República en su informe a la Sala, la autorización legislativa de un gasto no conlleva que la previsión presupuestaria tenga que agotarse íntegramente y la administración, de acuerdo con sus prioridades, comprometerá los recursos con que efectivamente cuente. En efecto, durante un ejercicio presupuestario, en leyes posteriores, la misma Asamblea Legislativa estila modificar las partidas específicas y hasta alterar el destino de las que se encuentran pendientes de pago y todo ello sería inadmisibile si se concluyera que los beneficiados por el simple hecho de haber sido incluidos en esa condición en el Presupuesto Nacional tienen un derecho subjetivo al pago del monto previsto (**voto 513-95**).*

11. Tributos con fines o destinos específicos

Cosa diversa es el tema de los impuestos que son creados por la Asamblea Legislativa con destino específico. Se les llama tributos, contribuciones o impuestos afectados a un fin determinado.

Se trata de leyes tributarias que afectan a fines específicos los ingresos provenientes de la aplicación de esas leyes de impuestos (**voto 9317-99**).

Recordemos los principios del Derecho tributario:

– *Legalidad* de la tributación, mediante la reserva de ley: exclusiva regulación de la actividad tributaria por ley formal (es decir, emanada de la Asamblea Legislativa).

– *Igualdad* ante el impuesto y las cargas públicas: necesidad de asegurar el mismo tratamiento a quienes se encuentran en análogas situaciones, concepto relacionado más con la materialidad que con la formalidad. Este principio permite la formación de distintas categorías, en la medida que tales sean razonables, lo que a su vez exige que sea con total exclusión de discriminaciones arbitrarias.

– *Generalidad*: no deben resultar afectadas con el tributo personas o bienes determinados singularmente, ya que en este supuesto los tributos adquieren carácter persecutorio o de discriminación odiosa o ilegítima (voto 2197-92).

– *Progresividad*: las personas deben pagar impuestos en proporción a sus posibilidades económicas. Cada uno debe contribuir para los gastos públicos de acuerdo con su capacidad contributiva o económica.

A medida que aumenta la riqueza de los sujetos pasivos aumenta la contribución en proporción superior al incremento de la riqueza.

Este principio supone la conjunción del *principio de capacidad económica* y el objetivo de la redistribución de la riqueza.

Así lo manda el artículo 31.1 de la Constitución española:

Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario

justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrán alcance confiscatorio.

Nuestra Carta Magna no tiene una disposición igual, sin embargo, se puede indicar que la jurisprudencia de la Sala Constitucional sí ha afirmado este principio constitucional de naturaleza tributaria.

No confiscatoriedad: se refiere al hecho de que un tributo en particular o el sistema tributario en conjunto, no deben erosionar el patrimonio del contribuyente, de modo desproporcionado, irracional, arbitrario, injusto, lesionado la realidad económica de éste (**Menéndez**, cit., 2002, pp. 80 a 88).

El numeral 18 de nuestra Carta Magna lo dice así:

Los costarricenses deben observar la Constitución y las leyes, servir a la patria, defenderla y contribuir para los gastos públicos.

La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, 1789, en su numeral 13 lo afirmó.

Para el mantenimiento de la fuerza pública y para los gastos de administración, es indispensable una contribución común. Esta contribución debe ser repartida por igual entre los ciudadanos, en razón de su fortuna y capacidad.

La Constitución Francesa de 1791 lo dejó consignado de esta manera:

Los impuestos de todos los ciudadanos deben ser distribuidos en proporción a sus fortunas.

12. Criterios de la Sala Constitucional respecto de los tributos con destinos específicos

Voto 5754-94

La Sala ha declarado, siguiendo cabalmente la Constitución, que el legislador que dicta el presupuesto carece, en ese acto, de la potestad impositiva. Esta última debe ejercerse por su medio propio e idóneo, que es la ley de impuestos. De este modo, la Ley impositiva y la ley

presupuestaria siguen derroteros diferentes: la primera con vocación de permanencia, la segunda signada por el principio de anualidad.

Voto 4528-99

Se pronuncia favor de la constitucionalidad de las leyes que establecen impuestos con destino específico, ya que la voluntad del legislador constituyente fue no limitar constitucionalmente tales tributos. El legislador presupuestario no puede variar el destino de impuestos establecidos por la ley ordinaria (voto 9317-99).

El principio de unidad de caja es una manifestación contable del principio de universalidad, tiene rango constitucional, se refiere a la obligación de que exista una sola caja pagadora del Estado, que es la Tesorería nacional, lo cual implica a su vez, que todos los ingresos, aún cuando un destino específico, deban ingresar a la universalidad, para ser pagados de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 185 constitucional (voto 4884-02).

Voto 2075-01

La Sala Constitucional le da la razón a los recurrentes, declarando con lugar el recurso de amparo, afirmando que efectivamente el Patronato Nacional de la Infancia no está recibiendo los fondos que anualmente le corresponden de conformidad con las leyes especiales que se han encargado de asignarle un porcentaje específico de determinados ingresos que percibe el fisco. El incumplimiento en la asignación de recursos para el Patronato Nacional de la Infancia lesiona las posibilidades de hacer efectivo este derecho constitucional del que gozan todos los niños y adolescentes en situación de riesgo o desamparo, de ahí que el asunto discutido se logra enmarcar dentro del ámbito de competencia de este Tribunal de garantías fundamentales.

Las pretensiones de los recurrentes encuentran sustento en las consideraciones expuestas respecto de los *impuestos con destino específico*, la subordinación que debe guardar la formulación del presupuesto respecto de la ley ordinaria y el interés superior de los menores que goza de especial protección constitucional, lo que a su vez lo hace susceptible de ser tutelado en esta vía.

Voto 4884-02

IV.- La Sala mantiene la tesis de la constitucionalidad de los impuestos con destino específico para ingresos de naturaleza fiscal, sin embargo, no de igual modo en que lo ha venido haciendo recientemente sino retomando lo que en sentencia **No. 513-95** este Tribunal consideró, en el sentido de que por la misma naturaleza de la Ley de Presupuesto, la Sala no puede admitir que la simple previsión en ella de una *partida específica* para un *determinado beneficiario* haga a éste acreedor de un derecho subjetivo y que el Poder Ejecutivo, sin causa alguna reconocida, esté automáticamente obligado a presupuestar y desembolsar el monto destinado; que la autorización legislativa de un gasto no conlleva que la previsión presupuestaria tenga que agotarse íntegramente y que la administración, de acuerdo con sus prioridades comprometerá únicamente los recursos con que efectivamente cuente.

Lo que implica una visión más allá del deber por parte del Poder Ejecutivo de presupuestar los destinos específicos no estrictamente en el quantum establecido por ley, sino ajustándolo a la *realidad nacional actual y buscando una buena gobernabilidad*. El legislador ordinario, tiene competencia para crear impuestos y asignarles un destino específico, pero ello podría traer el riesgo de una intromisión del legislador ordinario dentro de las facultades del *legislador presupuestario*, lo que podría convertir una norma dictada por el primero en inconstitucional, salvo en los casos regulados por el artículo 180 párrafo tercero de la Constitución Política, que refiere a los *fondos atados*.

Se considera que este mecanismo constituye una herramienta válida, para hacer efectivo el precepto contenido en el artículo 50 constitucional –que obliga al Estado a procurar un adecuado reparto de la riqueza–, y que permite la satisfacción de necesidades sociales importantes de sectores específicos, que de lo contrario quedarían en el desamparo económico.

También se ha pronunciado este Tribunal sobre la constitucionalidad de otras posibilidades a las que ha recurrido el legislador para procurar la igualdad real de grupos sociales o personas que habiten en un sector económicamente deprimido como por ejemplo el caso de la *Creación del Depósito Libre de Golfito*, que establece la disminución de aranceles de importación o de la admisión de márgenes de utilidad en los establecimientos comerciales ubicados ahí, disposiciones dispares frente al régimen común, que favorecen la desigual-

dad real, empleando como herramienta una desigualdad formal, en tanto no se alcance la primera. Esto es lo que en doctrina se ha denominado *políticas de fomento de polos de desarrollo*, en las cuales se incentiva la instalación de industrias y empresas que logren compensar la depresión de determinadas zonas.

Sin embargo, *la Sala amplía su criterio*, señalando que todo lo expuesto anteriormente no resulta suficiente, por cuanto los mecanismos anteriormente citados, y, específicamente *los tributos creados mediante leyes* como la que en el caso de estudio se analiza, *deben tener un plazo de vigencia determinado*, el suficiente para que se satisfaga la necesidad que se pretende cubrir con el *impuesto con destino específico*. No pueden tener vigencia indefinida, ya que ello sí podría resultar inconstitucional, con fundamento precisamente en los principios constitucionales que rigen la materia presupuestaria y las potestades del *legislador presupuestario*. Los cambios de orientación o interpretación de la ley a los que se hace referencia anteriormente, dependen siempre de cambios en la demanda de servicios públicos y en la capacidad de respuesta de las instituciones.

El juez constitucional está obligado a permitir, dentro del marco normativo establecido, los instrumentos para que el gobierno sea capaz de dar respuesta a las necesidades sociales tal como se presentan hoy y no como se presentaron ayer. Estas características de vocación realista y conocedora de los problemas de la gobernabilidad que debe tener un juez constitucional, deben a su vez orientar las decisiones judiciales a su cargo para que las mismas sean propiciatorias de una maximización de la utilidad en el manejo de los recursos provenientes de impuestos.

Se trata de devolver a la sociedad lo que ella ha puesto para que se resuelvan problemas inmediatos; *no se trata de seguir tentaciones excesivamente gramaticales*, por cuanto tales *interpretaciones* podrían impedir el ejercicio del buen gobierno y en última ratio, perjudicarían sensiblemente los intereses sociales haciendo que los problemas principales no se resuelvan. *La demanda de cambio en las interpretaciones de la ley deriva, pues, de la percepción de que los nuevos arreglos institucionales o las nuevas interpretaciones que permitan esos nuevos arreglos institucionales, potencien no solo una mejor captura de recursos sino una mejor forma de gastarlos; mejor, al menos, que en el marco institucional vigente de previo a esta decisión que no ha demostrado funcionar y que ha demostrado ser generador de fuertes bolsas de ingobernabilidad.*

La oferta de cambio institucional está en función con la demanda y obliga al Estado como un todo (del que forma parte la función judicial) a coordinar decisiones y orientaciones de forma tal que cada función estatal principalmente la ejecutiva, disponga de suficiente discreción para que dirija y redirija el destino de los fondos públicos, producto o de tributos o de préstamos, *hacia donde más se necesitan en un momento determinado*. Lo contrario significaría que una interpretación excesivamente rígida de una norma por la institución judicial, vendría a perjudicar el bien común, a evitar que tal bien se genere y contradictoriamente al mandato constitucional, *la institución judicial estaría generando subdesarrollo mediante la creación de espacios de ingobernabilidad*. En el caso concreto, estas modificaciones en la interpretación de la norma van dirigidas a la *governabilidad económica*, responsabilidad del Poder Ejecutivo mediante el mejor uso de los fondos autorizados por el presupuesto y que abarca procesos de adopción de decisiones que afectan las actividades económicas de un país y sus relaciones con otras economías. Tiene, evidentemente, repercusiones de gran magnitud en cuanto a la equidad, la pobreza y la calidad de vida.

Además de la *governabilidad económica*, aquí aparece también *la gobernabilidad en los aspectos de administración de la cosa pública* que abarca el sistema de aplicación de las políticas. *La administración de los fondos públicos* mediante un plan racional de gasto es un ejercicio, en consecuencia de *governabilidad económica y administrativa* como también lo es, en consecuencia, *la administración de los tributos* según lo indiquen las reglas básicas de la *sana crítica administrativa*, o sea la conveniencia razonable y la distribución equitativa, funcional e inteligente de los recursos que el Estado consigue mediante el cobro de tributos.

De esta forma, *las autoridades supremas de las instituciones estatales encontrarán que algunas interpretaciones de las normas deben ser variadas de acuerdo al momento histórico y a que emerjan problemas nuevos*. Propiciar estos cambios en la interpretación de las leyes es hacer evolucionar al sistema jurídico, es permitir respuestas inteligentes a los problemas actuales y es proporcionar *herramientas de gobernabilidad sana* a la función estatal responsable, la ejecutiva. De ahí que surja un *nuevo planteamiento del tema*.

VIII. Permitir una vigencia del impuesto con destino específico más allá de la anualidad del presupuesto, transgrede el principio de equilibrio presupuestario.

La naturaleza misma del presupuesto es ser un instrumento de desarrollo social y planificación la economía del Estado. De modo que admitir una situación de esa naturaleza, puede incluso transgredir el principio constitucional de iniciativa del Poder Ejecutivo, toda vez que como ya fue indicado, un aumento excesivo y constante por parte de la Asamblea Legislativa en la creación de impuestos con destino específico, afecta seriamente el equilibrio financiero del presupuesto y la voluntad gubernamental de preparar dicho proyecto, pues es a través de éste, que el Gobierno, establece las prioridades económicas, políticas y sociales del Estado. Bajo estos términos, la Asamblea Legislativa en funciones de legislador ordinario, estaría atribuyéndose competencias que no le corresponden constitucionalmente, pues determina con ese proceder la estructuración del Presupuesto de la República, violentando de este modo el *principio de iniciativa presupuestaria*, que según la Constitución Política le corresponde al Poder Ejecutivo, lo que en modo alguno significa que la Asamblea Legislativa esté inhabilitada para ejercer posteriormente su competencia en materia presupuestaria otorgada constitucionalmente.

Por consiguiente, también en consideración del *principio de igualdad* ante el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, que implica que no es constitucionalmente válido que la satisfacción de estas necesidades pesen sobre los hombros de un sector específico de la sociedad, o de una determinada actividad económica, es que no podría entenderse como constitucionales tales impuestos en los términos señalados, sino como ya fue indicado, deberán estar sujetos a una temporalidad justificada que encuentra sus propios límites en el principio constitucional de la *anualidad del presupuesto* y por circunstancias excepcionales, de lo contrario, estos ingresos deben presupuestarse como todos los demás, y su destino se satisfecerá en la medida en que sea razonable, según su naturaleza.

IX. *La norma en estudio establece un destino específico*, en el sentido de que el 40% de lo recaudado por el impuesto sobre el consumo de refrescos gaseosos y bebidas carbonatadas de franquicia extranjera será destinado al Instituto de Fomento Cooperativo, específicamente para cubrir los gastos corrientes presupuestados anualmente.

Bajo esos términos, no se estima violatoria la omisión del Poder Ejecutivo de incluir en el Presupuesto Ordinario tal porcentaje pretendido, pues como ya fue expuesto, para que este Poder de la República se viese conminado a incluirlo, debe tratarse de un *impuesto*

que si bien tiene destino específico, éste debe serlo por un año, respetando el principio de la anualidad del presupuesto y por una necesidad especial, lo cual no se evidencia en el caso de estudio, toda vez que lo pretendido por el legislador, fue otorgarle a través de este ingreso, el financiamiento ordinario que requiere este Instituto para su funcionamiento en forma indefinida.

Desde esta percepción, no es que resulte inconstitucional la creación de tal impuesto, sino el que se obligue al Poder Ejecutivo a presupuestar todos los años y en forma continua dicho monto porcentual, pues de esta forma, se crea una desigualdad de este Instituto con relación a las demás instituciones del Estado, que se ven obligadas a recibir del presupuesto el ingreso deducido, una vez que se realiza el presupuesto de todos los ingresos y de los egresos previstos por el Gobierno cada año.

Aunado a lo anterior, el Poder Ejecutivo tiene que preparar un proyecto presupuestario que le permita cumplir con todas las obligaciones ordinarias que tiene el Estado *per se*, como el caso de los salarios, servicios públicos, educación, etc; y para ello debe tener la posibilidad de disponer de los ingresos de las arcas públicas, de lo contrario, la imposición de respetar los porcentajes antojadizos y sin previsión futura por parte de la Asamblea Legislativa, provocaría un caos económico y social importante, pues se provocaría un déficit fiscal que traería consecuencias funestas para la economía nacional, que se evidenciaría en aumentos considerables en los índices de inflación, devaluación acelerada de la moneda y en un aumento sustancial en las tasas de interés y del endeudamiento interno y externo, por ejemplo.

Correlativamente, se estarían desprotegiendo otros derechos constitucionales muy importantes, como en materia de salud, educación, justicia, etc, que deben ser proporcionados por el Gobierno, para uso y disfrute de los ciudadanos de este país.

Históricamente en sociedades subdesarrolladas como la costarricense agravado por *interpretaciones excesivamente rígidas de normas*, ha colocado a las autoridades ejecutivas en una posición que les dificulta la posibilidad de invertir los pocos recursos existentes con racionalidad y equidad. Corresponde por ello al *judicial interpretar de manera diferente las normas y sus efectos en el tiempo y evitar así la congelación del desarrollo*. No hay democracia sostenible si los actores económicos, políticos y sociales no tienen interiorizada la convicción de

que lo que les une es más importante que lo que les separa, para dar respuestas democráticas, oportunas y efectivas a las demandas. El nuevo Pacto Social generado por interpretaciones ajustadas a los problemas sociales actuales, necesario para superar los problemas de gobernabilidad que se nos presentan, obliga a crear espacios de consenso, de coordinación, de recíproco apoyo entre las instituciones y entre las funciones estatales.

La preservación de la democracia en Costa Rica exige, pues, la construcción progresiva de un Estado que garantice la eficiencia económica, no solo mediante su plan de gasto social, sino mediante el desarrollo de los mercados y debe garantizar también la legitimidad social oportuna mediante la prestación de los servicios públicos y la satisfacción de las necesidades que la sociedad requiere o muestra en un momento determinado. Resulta procedente aclarar que todo lo señalado en los considerandos anteriores no implica, bajo ninguna circunstancia, que deban dejarse sin efecto los programas sociales cuyo desarrollo ya ha sido gestado, pues éstos deberán continuar funcionando de acuerdo a las prioridades del Estado y al razonable uso de los recursos públicos. Eficiencia económica y equidad social son sólo separables en los planos teóricos o de política electoral, en la práctica, no hay gobernabilidad democrática sostenible sin ambas. Los servicios de equidad no acompañados de eficiencia económica, no se sostienen en el tiempo y una supuesta eficiencia económica sin orientación social, concentraría la riqueza y generaría violencia social.

– o –

Informamos que esta acción fue declarada sin lugar con una votación de 4 a 3 magistrados, pues afirmó que es constitucional que el Poder Ejecutivo hiciera la omisión *infra*.

Se había interpuesto contra la omisión por parte del Poder Ejecutivo y del Ministerio de Hacienda, al *no incluir* en el Presupuesto de la República para el ejercicio económico del 2000, la partida presupuestaria dispuesta en el artículo 4 de la ley número 3021 del 21 de Agosto de 1962, en cuanto a que un porcentaje del impuesto sobre el consumo de refrescos gaseosos y bebidas carbonatadas destinado al Instituto Nacional de Fomento Cooperativo.

Esta sentencia es sumamente importante, ya que constituye un cambio respecto de las resoluciones anteriores de la Sala. Por ello he

citado ampliamente este voto, que hace uso en sus argumentos de una serie de consideraciones orientadas a fundamentar su cambio de criterio.

En resumen, esta variación de la tesis anterior de la Sala consiste en afirmar que las leyes que establecen impuestos con destino específico van a la caja única del Estado (tesorería nacional), teniendo el Poder Ejecutivo la discrecionalidad de girar las respectivas partidas de los dineros (recaudados por esas leyes tributarias), a sus respectivos beneficiarios, de acuerdo a la disponibilidad de recursos que el Ministerio de Hacienda diga que tiene. Puede recaudar por esos impuestos cien colones que entran al citado ministerio y éste le da los beneficiarios con ese impuesto la suma que quiera, bajo el argumento de que esa cantidad es la que puede darle para no poner en peligro la estabilidad social, económica y política del país. Por esta vía de lo que viene sucediendo en la realidad hace años, los contribuyentes son timados por el Estado que le impone tributos, con el fundamento de asignarlos a fines específicos y luego los usa para otros fines, en un panorama en el cual la rendición de cuentas a los habitantes de este país es mera propaganda, en una ausencia plena de órgano de control y fiscalización efectiva.

Voto 8471-03

En este voto se reafirma el criterio de los destinos específicos de determinados impuestos:

IV.- Como punto de partida, es preciso reconocer que la Ley N° 7972 fue aprobada por el Poder Legislativo para gravar determinados bienes, con el fin de destinar el impuesto a unos fines concretos y el no hacerlo constituye una grave desviación de poder. Pero es que, además, de conformidad con lo expuesto en la sentencia transcrita, en los casos en que los destinos específicos contemplados en la Ley ordinaria se encuentren ligados al disfrute de los derechos fundamentales, la omisión de asignar en la Ley de Presupuesto de la República la partida correspondiente o de girar los montos previstos en ella debe ser conocida por este Tribunal Constitucional, con el fin tutelar el goce efectivo de los derechos reconocidos en la Constitución Política y en los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos vigentes en la República. Así, en este asunto es claro que la omisión del Ministerio de Hacienda de girar los montos contemplados en la Ley N° 7972 transgrede los derechos fundamentales de las personas adultas mayores, quienes, por un lado, merecen una protección por parte del Estado al amparo del artículo 51 constitucional y, por otra, son los destinatarios

finales de tales recursos, razón por la cual –teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional– no se encuentra vicio de legitimación alguno que impida un pronunciamiento respecto del fondo de la cuestión planteada en este amparo.

V. (...) la Sala considera que la omisión del Ministerio de Hacienda vulnera el Derecho de la Constitución, en la medida en que repercute sobre la protección especial a que tiene derecho toda persona adulta mayor, en los términos del artículo 51 constitucional. Cabe reiterar lo dicho en la sentencia transcrita en cuanto a que en tratándose de los *“recursos captados por impuestos con destino específico, no se aplican los principios de universalidad y no afectación y demás principios presupuestarios que rigen los ingresos percibidos para la satisfacción de necesidades generales”*; consecuentemente, la Sala considera que el principio de anualidad del presupuesto no puede servir de excusa al Ministerio de Hacienda para dejar de girar los recursos que ha percibido con destino específico. Por último, es preciso señalar que mientras la Asamblea Legislativa no modifique el destino del impuesto, el Poder Ejecutivo debe presupuestar y otorgarlo de acuerdo con la ley.

VI. Por lo anterior procede declarar con lugar el amparo y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se ha de prevenir al Ministro recurrido que no deberá incurrir nuevamente en las omisiones que dan lugar a esta declaratoria.

Voto 11165-04

Esta sentencia afirmó que los tributos con destino específico, a favor de las municipalidades deben ser girados por el Ministerio de Hacienda, en base en estas argumentaciones contenidas en los considerandos siguientes:

VII. Cabe reiterar a los recurridos –tal y como se hizo en la sentencia N° 2003-8471 de las 14:38 hrs de 13 de agosto de 2003– que en los casos en que los destinos específicos contemplados en la Ley ordinaria se encuentren ligados al disfrute de los derechos fundamentales, la omisión de asignar en la Ley de Presupuesto de la República la partida correspondiente o de girar los montos previstos en ella, debe ser conocida por este Tribunal Constitucional, con el fin de tutelar el goce efectivo de los derechos reconocidos en la Constitución Política y en los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos vigentes en la República. En la especie, la inactividad reclamada sin duda repercute

sobre los intereses y los derechos fundamentales de quienes habitan los cantones aludidos, en la medida en que sus municipios no cuentan con la posibilidad de obtener los recursos necesarios para mejorar las condiciones de los caminos vecinales.

VIII. Así, en este asunto es claro que la omisión del Ministerio de Hacienda de girar las sumas contempladas en la Ley N° 8114 vulnera los derechos fundamentales de las personas que habitan esos cantones, quienes son los destinatarios finales de tales recursos, de acuerdo con el artículo 5° ídem, que desarrolla con claridad la forma en que deben ser asignados. De ninguna manera se puede olvidar lo dicho en la sentencia transcrita en **(voto 8471-03)** cuanto a que en tratándose de los “recursos captados por impuestos con destino específico, no se aplican los principios de universalidad y no afectación y demás principios presupuestarios que rigen los ingresos percibidos para la satisfacción de necesidades generales”; además, el principio de anualidad del presupuesto no puede servir de excusa al Ministerio de Hacienda para dejar de girar las cantidades que ha percibido con destino específico. En virtud de lo expuesto, lo procedente es declarar con lugar el amparo, ordenándose al Ministro de Hacienda que tome las medidas pertinentes a fin de entregar los dineros que por concepto de destinos específicos deben recibir las corporaciones municipales para arreglar los caminos, en los términos del artículo 5° íbidem, sin que la inercia de las municipalidades de suministrar la información aludida sea motivo para suspender el giro, de acuerdo con la interpretación efectuada en el Considerando VI de esta sentencia. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se previene a los servidores recurridos no incurrir a futuro en los actos u omisiones que dieron mérito a la acogida del amparo.

13. Patentes

Este es otro aspecto grave en materia municipal, ya que las patentes para la venta de licores las pagan los patentados a las municipalidades, a razón de 25 a 150 colones por trimestre, en virtud de una *ley de licores* absoleta de 1936. Por su parte, el mercado real de los subarriendos en el mercado negro, es de trescientos mil colones mensuales; y, la venta –en ese mercado– de la patente se hace por la suma de 4 y cinco millones de colones (**La Nación**, 5 de julio del 2004; Diario **Extra**, 7 de julio del 2004).

Esa ley de 1936 no se ha podido modernizar, pues no existe voluntad política para ello. Existen 12.909 patentes en el país. Se da un tráfico escandaloso de patentes, acompañado del “*gemeleo*” de patentes, que consiste en duplicar o falsificar una patente de modo impune, exceso de cantinas y bares en el territorio nacional, el otorgamiento de esas patentes como botín político, como una de las formas de clientelismo de esta clase. Todo esto forma parte de la cultura del guaro y es parte de la triste situación del régimen municipal (*editorial de La Nación del 7 de julio del 2004*).

CONCLUSIÓN

Los problemas básicos de las municipalidades se pueden centrar en la inadecuada administración de sus recursos financieros y deficiencia en la formación de su personal (recursos humanos, capital humano). Hay otros problemas en estas instituciones de la administración local del país, como por ejemplo, la necesidad de conformar municipalidades regionales, ya que parece no ser idónea la organización de estos entes territoriales en cada cantón.

De todos modos, muchos de estos aspectos inciden en una discusión bizantina. Parece que no hay voluntad política para enfrentar en profundidad la problemática municipal, ligada estrechamente a una concepción democrática tanto del Estado como de la sociedad.

La Sala Constitucional ha afirmado que es una grave desviación de poder lo que hace el Ministerio de Hacienda al tomar los fondos derivados de impuestos con destinos específicos para usarlos en otros fines (voto 8471-03). Asimismo, por el voto 11165-04, este Tribunal Constitucional, ha establecido que ese Ministerio debe girar o entregar los dineros a las municipalidades, provenientes del impuesto establecido en el artículo 5 de la Ley 8114 (de simplificación y eficiencia tributaria). A su vez, rechazó, por el voto interlocutorio 12927-04, la adición y aclaración que le presentó ese Ministerio a ese Tribunal respecto de la sentencia 11165-04.

Empero, el Ministerio de Hacienda sigue deteniendo esos fondos municipales en la caja única del Estado, bajo el argumento de que las municipalidades deben presentarle documentos pertinentes para que este ministerio finalmente entregue esos dineros.

BIBLIOGRAFÍA

CORDERO, Julio; Manuel Jiménez. *La justicia administrativa municipal* (San José: IJSA, 2003).

CORRALES, Simón. *El régimen de impugnación de los actos municipales* (San José: tesis de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1992).

HERNÁNDEZ, Rubén. *El Derecho de la Constitución* (San José: Juricentro, dos volúmenes, 1994).

Derecho Procesal Constitucional (San José: Juricentro, 2001).

JIMÉNEZ, Manrique. *Justicia constitucional y administrativa* (San José: IJSA, 1999).

MENÉNDEZ, Alejandro, *et al Derecho Financiero y Tributario* (Valladolid: LexNova, parte general, 2002).

MURILLO, Mauro. *Voto 5445-99. Autonomía y competencia municipales* (San José: inédito, 1999).

Fijación de la política local en el nuevo Código Municipal (San José: Iustitia, No. 138, 1998).

ORTIZ, Eduardo. *La municipalidad en Costa Rica* (Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1987).

Control sobre municipios en Costa Rica (San José: Revista Judicial, No. 35, 1985)

ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique. *El Código Municipal y el Instituto de Fomento y Asesoría Municipal*, IFAM (San José: IFAM, 1975).

Normas jurídicas

Constitución Política
Código Municipal

Documentos

Documentos presentados al *Primer Foro Nacional sobre la sentencia 5445-99 de la Sala Constitucional*. Alcances e implicaciones en el régimen municipal y posteriores votos que lo han complementado. Instituto de Fomento y Asesoría Municipal y Colegio de Abogados, 7 de diciembre del 2000. San José. Costa Rica.

**CARÁCTER VINCULANTE DE LOS CRITERIOS
DE LA SALA CONSTITUCIONAL**

Dr. Mauro Murillo A. ^(*)
Abogado costarricense

SUMARIO:

1. Planteamiento del asunto
2. Concepto de jurisprudencia y de precedentes
3. El criterio y el caso concreto
4. Criterios implícitos
5. Criterios encontrados
6. El nivel constitucional del criterio
7. Localización de los criterios
8. Vinculación *erga omnes*
9. Naturaleza jurídica de los criterios
10. Consecuencias del incumplimiento
11. Problema de las materias en que la Sala “renuncia” a su competencia

1. El artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (LJC) es contundente:

*“La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes **erga omnes**, salvo para sí misma”.*

Es una norma sencilla, no reglamentista. Pese a su aparente exquisita redacción, genera sin embargo, numerosas dudas, que precisamente se tratarán de aclarar en este trabajo.

Por supuesto que la norma a lo que alude es a los fallos de la Sala Constitucional, que es la que se ocupa de la jurisdicción constitucional.

2. La LJC involucra dos cosas: “jurisprudencia” y “precedentes”. La jurisprudencia es el criterio reiterado de los jueces de última instancia. El precedente es el sentado en un caso concreto; en este sentido, la jurisprudencia es la reiteración de precedentes en la instancia superior. O sea, que si se comprende el caso de los precedentes es innecesario entonces hablar también de jurisprudencia. El tema queda reducido así a los precedentes; como estos son en sustancia criterios, en suma de lo que se trata es de que los criterios de la Sala son vinculantes.

3. El criterio que nos ocupa es por supuesto una valoración del Derecho frente a un caso concreto. Es una opinión jurídica, pero no abstracta (no es pura doctrina), sino emanada en función de hacer justicia en una situación concreta sometida a sentencia.

El problema de relacionarse el criterio con el caso es que éste lo sesga. Desde este ángulo, la actividad científica (del doctrinista) es neutra, ciega, mientras que la del Juez se ve afectada por la atención del valor justicia y en todo caso por la obligación de ceñirse a los hechos concretos que se prueben en un expediente.

Para nuestros efectos, esto induce a pensar que en algunos casos la opinión (o “doctrina”) resultante o comprendida en un precedente, puede no ser recibida como verdadera opinión aplicable *erga omnes*, si no pretende sentar un criterio elevable a regla sino simplemente resolver un caso matizado de particularidades.

4. Los criterios, en todo caso, no es que se formen siempre previo aviso y nítidamente. Es frecuente que haya que interpretar los

mismos criterios de la Sala y es frecuente que haya que deducirlos porque no están explicitados.

Lo importante es que los criterios estén allí, en el voto de la Sala. Encontrarlos y perfilarlos a veces es dificultoso y en todo caso es arriesgado pues fácilmente puede uno equivocarse. El Juez respectivo dirá la última palabra. Por supuesto que esta labor es obligada. Cierto que en ningún caso se podrá ir más allá de donde la Sala llegó.

5. No es solo porque la Sala no queda obligada frente a sus precedentes, sino casi siempre más bien por el gran volumen de trabajo, que la Sala, ya después de 14 años y probablemente con más de 100.000 votos a su haber, acaba por sentar precedentes contradictorios, hasta sin darse cuenta. ¿Cuál rige? Vincula lógicamente el último, pues se supone que el último siempre es el que refleja el criterio actual. Puede sin embargo, en algunas situaciones prevalecer un criterio anterior por razones de especialidad.

Por supuesto que partiendo de elementales reglas de transparencia y de buen funcionamiento, todo cambio de criterio debería razonarse. Si no hay razonamiento, puede haber arbitrariedad, por desigualdad, o, por lo menos por error inexcusable. Ciertamente en estos casos no habría invalidez del fallo de la Sala. De hecho, al no ser impugnables los fallos de la Sala, nunca la hay. Solo que la Sala ha abierto de facto una posibilidad de revisión, por error manifiesto. El cambio de criterio, en la Sala, sin razonarlo, sin advertirlo siquiera, podría ser un caso de error manifiesto y debe intentarse darle oportunidad a la Sala de que defina si cambió de criterio realmente o si fue un menor error inadvertido.

6. El nivel constitucional del criterio. Los criterios de la S.C. tienen una particularidad: su nivel, pues la Sala actúa a nivel constitucional. O sea, sienta criterios supuestamente frente a la Constitución. Aunque a menudo se enfrenta a leyes y reglamentos concretos, en definitiva lo que debe (y puede) determinar, especialmente en los amparos, es si hay o no violación a un derecho constitucional.

Esto obliga a un especial cuidado en el entendimiento de los precedentes de la Sala, pues puede ocurrir que no sean válidos frente a la legislación concreta, que el fallo de la Sala podría estar desconociendo de hecho. La Sala puede estimar una norma reglamentaria inaplicable al caso por ilícita y este criterio obliga, pero no puede hacer lo mismo con

la ley, aunque de hecho lo haga. Esta desaplicación de la ley, que podría implicar el criterio de la Sala, *no puede hacerla del todo la Administración*, la que está irreludiblemente obligada a respetar la ley.

¿Y si la Sala interpreta expresamente la ley? El caso se da a menudo. Pero debe estar claro que sea una verdadera interpretación y no una desaplicación. Si es una real interpretación, vincula el criterio que la Sala dé.

7. Los criterios de que hablamos están en los votos. Los votos están en los expedientes. En suma, no hay la publicidad normal atinente a las reglas vinculantes. ¿Cómo entonces vincula? Lo cierto es que por Ley vinculan.

Se darían dos supuestos: o el interesado los aduce, citándolos por número de voto, o no los aduce. En todo caso: o el funcionario que va a decidir los conoce, o no los conoce. Si los conoce, es normal que el criterio sea vinculante. Pero si no los conoce, aun porque no se le invocaron, la verdad es que respecto de su carácter vinculante da igual: siempre vinculan. Lo que vincula es el criterio existente, no solo el conocido.

Los criterios, los explicitados, lógicamente están en los “considerandos” de las sentencias. El problema es que a veces se encuentran criterios sin relación directa con el caso (“divagaciones”). O criterios emanados sin mayor análisis, “de paso”. Ningún principio exige que un criterio judicial tenga que estar bien sustentado, aunque haya un deber genérico de “convencer”. En tanto haya un criterio en el fallo, es un criterio de la Sala y como tal es vinculante, esté o no aceptablemente elaborado, se refiera o no al tema central del caso que se juzga.

Incluso a veces la Sala ha rechazado *ad portas* aclaraciones y adiciones y sin embargo, nos deja su criterio en los considerandos. Estos igualmente vincularán.

La Sala cumple numerosas funciones. Conoce *habeas corpus*, amparos y acciones de inconstitucionalidad. Pero también resuelve conflictos constitucionales y atiende consultas legislativas y judiciales. En realidad solo las consultas referentes a proyectos en trámite en la Asamblea Legislativa ofrecen dudas. Según el 101.1 LJC, la Sala “dictaminará sobre los aspectos y motivos consultados o sobre cualesquiera otros que considere relevantes desde el punto de vista

constitucional”; empero, “El dictamen de la Sala solo será vinculante en cuanto establezca la existencia de trámites inconstitucionales del proyecto consultado” (101.2). Cuando la Sala emite un criterio no vinculante en el caso, no ejerce siquiera función judicial; los precedentes a que se refiere el artículo 13 LJC son los sentados en el ejercicio de la función jurisdiccional. La autoridad de los precedentes dimana no del órgano en sí que opina, sino de la sede en que opina.

8. Tal y como reza la LJC, la vinculación es *erga omnes*, o sea para todo el mundo. Ya se dijo que solo se exceptúa la misma Sala y ya se expuso sobre el cambio de criterio en la Sala.

Todo el mundo es todo funcionario público, de cualquier órgano o ente público, y todo sujeto privado, pues la Sala también sienta criterios que atañen a las relaciones privadas. Quedan vinculados entonces hasta los legisladores y los jueces.

El principio de vinculariedad así expuesto no tiene una protección especial. Por ejemplo, no hay amparo por el simple y único hecho de la desatención de esta obligación, si no se involucra una violación a un derecho constitucional.

9. Ya es hora de atrevernos a intentar definir la naturaleza de estos criterios.

Que la jurisprudencia sea fuente de Derecho no es novedad. Así es desde la Ley General de la Administración Pública de 1978 (art. 7). Así está en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1993 (art. 5). Pero recuérdese que la LJC se refiere también a los precedentes, es decir a criterios aislados. Si algo vincula *erga omnes*, solo puede ser una norma, precisamente una norma no escrita (no formalmente emitida como tal). Al dictar sus fallos, la Sala interpreta la Constitución y los tratados, pero también eventualmente las leyes y los reglamentos, o sea todo el ordenamiento escrito. Además, crea o reconoce principios. En realidad es un asunto de “fuerza”: sus precedentes tienen fuerza de norma o principio constitucional o legal, según el caso, o incluso hasta reglamentario. El “rango (terminología de la LOPJ) dependerá del rango del texto escrito que interprete o integre.

10. ¿Qué ocurre con la desatención de los criterios de la Sala? Como solución general, debe verse el asunto respecto del funcionario y respecto de lo actuado, que son las dos vías normales de reacción del ordenamiento frente a sus lesiones.

Pese a que nadie puede alegar ignorancia de la ley (o sea de toda norma), la verdad es que los criterios de la Sala, completos, últimos, nadie los conoce ni están publicados, ni siquiera extractados exhaustivamente, pues incluso cualquier digesto es apenas una versión de quien lo hizo. En términos de lógica, el funcionario solo puede ser responsabilizado personalmente por separarse con culpa grave de los criterios que conocía. Esto supone que hay que probarle que los conoció.

En cuanto a lo actuado, el asunto es diferente. El incumplimiento respecto de los precedentes de la Sala necesariamente origina invalidez de lo actuado, los conociere o no el funcionario que decidió. Es la consecuencia normal del incumplimiento de la normativa aplicable.

11. En teoría, en un caso la Sala es o no es competente. Si lo es, supuestamente en los casos sucesivos que se planten, iguales, será también competente. Pero la Sala puede cambiar de criterio hasta en esto. En materia de amparo, probablemente nunca habrá un criterio que permita con certeza decir respecto de cualquier asunto si es o no amparable.

Esto nos plantea un curioso problema: ¿qué pasa con los criterios expuestos por la Sala luego de que ya no se estime competente para los casos en que sentó esos criterios? Como siempre, hay por lo menos dos tesis disponibles: una literal (lo que interesa es que la Sala dijo algo, y que no se haya desdicho); o, si la Sala abandona la materia entonces sus criterios respecto de ella dejan de ser vinculantes. La *ratio* de esta última tesis estaría en que tiene sentido el carácter vinculante de un criterio, solo si de hecho es revisable por la misma Sala, pues de otro de otro modo se convertiría en un criterio *pétreo* y en Derecho no puede haber nada *pétreo*.

JUSTICIA Y DESARROLLO: LA JUSTICIA COMO CENTRO DEL PROCESO DE REFORMA DEL ESTADO

*Licda. Nancy Hernández**

Abogada costarricense

*“...Los hombres tienen, ante todo, necesidad de vivir en paz; pero si no hay justicia, es inútil esperar la paz. **Por eso no debiera haber ningún servicio público al que el Estado dedicara tantos cuidados...**”*

(CARNELUTTI, 1997:157)

(*) Citado por BARRIENTOS, César. *Poder Judicial y Estado de Derecho*. Litografía Nawal Wuj, Guatemala, 2001.

SUMARIO:

1. Introducción
2. Justicia y desarrollo económico
3. Justicia y estado de derecho
4. Los pecados de la reforma judicial
 - a) El crimen y el conflicto social han aumentado
 - b) Las reformas se han abordado desde un punto de vista eminentemente técnico, dejando de lado el aspecto político
 - c) No ha existido una planificación estratégica que permita una reforma judicial integral y continuada
 - d) Hemos imitado en exceso y hemos innovado poco
 - e) Perdimos el norte sobre el verdadero fin de la justicia: la persona y la solución de su conflicto. Creamos jueces formalistas y autoritarios
 - f) No invertimos suficientes recursos
5. La necesidad de un nuevo modelo de justicia

A modo de conclusión

Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

El debate acerca del papel del Estado frente al desarrollo sigue siendo un tema central de la política mundial, especialmente frente a los desafíos que plantea el nuevo orden internacional.

Algunos sostienen, que el modelo de Estado está en crisis, otros, que es cuestión de ajuste, que el modelo de Estado debe entonarse con las necesidades de los tiempos.

Cualquiera que sea el enfoque que se le quiera dar, crisis o no, lo que está claro es que la nueva dimensión de Estado que reclaman los países de América Latina, no puede surgir del mero crecimiento del aparato público –por lo demás desordenado– sino de un complejo y profundo proceso de transformación institucional, de alcance estructural, sin el cual difícilmente podrá hablarse de desarrollo sostenible y de gobernabilidad.

Hasta aquí, no se ha dicho nada nuevo, pues sobre este tema existe prácticamente un consenso generalizado. Lo que este ensayo pretende evidenciar, es que el éxito de toda reforma del modelo de Estado, debe iniciar por la justicia y no al revés (de última), como ha sido el enfoque tradicional. Todo proceso de reforma del Estado debiera tener como punto central a la justicia, en la medida que el derecho es –o debiera ser al menos en las democracias–, el soporte de toda la estructura del Estado y de la economía.

El error de los organismos internacionales y de los políticos está, en no haberse dado cuenta a tiempo de una realidad evidente: no puede existir un Estado, ni mercado eficientes, con una justicia lenta, burocratizada y desfasada de las necesidades de la sociedad en la que está inmersa.

Sin un Poder Judicial eficiente e independiente, no hay estado de derecho, y sin éste, no puede haber un funcionamiento eficiente de la economía de mercado, ni condiciones que garanticen la seguridad y previsibilidad jurídica y política.⁽¹⁾

(1) JARQUÍN, Edmundo y CARRILLO, Fernando, (editors). *Justice Delayed, Judicial Reform in Latin America*, Inter-American Development Bank 1998, p. viii a xii.

Estos dos elementos: estado de derecho y desarrollo económico, simbióticamente relacionados, descansan en la eficiencia del sistema de justicia, de ahí que sea paradójico que no se le dé a su papel, el lugar central que debe ocupar en el Estado y por ende en el desarrollo y estabilidad del país. Sobre el tema de Justicia y Desarrollo me ocuparé en la primera parte del trabajo.

Pero así como la justicia debe ser el centro de toda reforma del Estado, estimo igualmente necesario, situar al ser humano como centro (razón de ser) del sistema de justicia, para que éste opere en función de sus necesidades y no al revés. Es decir, es el Poder Judicial el que debe adecuarse al perfil jurídico del ciudadano, y no éste a las necesidades y carencias del Poder Judicial.

Tanto debe ser la justicia el centro o punto de partida de la reforma del Estado, como el ser humano el centro o razón de ser de la justicia. Se parte de una justicia como servicio público, y no como poder. Una justicia que está para servir (a todos), no servirse de; es la concepción de la justicia como instrumento de paz y desarrollo, no de un poder que se considera un fin en sí mismo. A este tema se dedica la segunda parte del ensayo, junto con un breve análisis de los pecados del proceso de reforma judicial.

Un equilibrio entre los dos ítems señalados: una justicia eficiente y una justicia de cara al ciudadano, resulta pues indispensable. De lo contrario el desarrollo democrático que se obtiene es el de una “*democracia de baja intensidad*”, esto es, un conjunto de estándares formales que facilitan la acumulación de capital y que no proveen oportunidades para una amplia participación política y para la protección efectiva de los derechos de los marginados. Por lo tanto, el potencial emancipatorio del Estado de derecho –representado, entre otras, por disposiciones constitucionales que garanticen derechos y mecanismos de protección que permitan a la ciudadanía combatir los abusos del Estado y las desigualdades económicas, y por un poder judicial activista en la protección de dichos derechos– debe ser reforzado y no marginado de los programas de reforma del derecho, y de la reforma del estado.⁽²⁾

(2) RODRÍGUEZ, César. *El regreso de los programas de derecho y desarrollo, Globalización, Reforma Judicial y Estado de Derecho en América Latina*. Fuente: Internet.

El peor pecado de la reforma judicial, ha estado, a mi juicio, en no saber distinguir la necesidad de tener una justicia que responda a las necesidades del ciudadano de a pie (en palabras de Piza q.d.D.g), que tome en cuenta su perfil jurídico, y no sólo el del mercado –que aunque vital y necesario–, representa un enfoque parcial de la realidad social. Para que las reformas tengan un efecto igualitario –democratizador– es necesario que se realicen a través de mecanismos de participación que permitan la expresión de las necesidades locales, y se centran en aquellas áreas del sistema jurídico que son particularmente relevantes para los sectores marginados de la población –v.gr., el acceso a la justicia, los conflictos laborales y la protección de los derechos económicos y sociales–, y no sólo de los sectores tradicionales o económicamente poderosos.

Sin una justicia como centro del proceso de reforma del Estado, que tome en cuenta al ciudadano como centro o razón de ser de su actuación, no podrá darse ni un Estado eficiente, ni mucho menos un país con calidad democrática, es decir que base su modelo de desarrollo, en el beneficio de las mayorías.

2. JUSTICIA Y DESARROLLO ECONÓMICO

Tradicionalmente el debate acerca del papel del Estado frente al desarrollo, se había centrado en reconocer la importancia que tienen otras instituciones para el desarrollo sostenible y la gobernabilidad, sin darle al rol de los sistemas de justicia la preponderancia, que en efecto tiene, para alcanzar cualquier desarrollo.

Extraña mucho que hasta hace poco, la justicia había sido la “cenicienta” del proceso de reforma del Estado, cuando todos sabemos que la justicia y la seguridad, son quizás, las más básicas de las responsabilidades del Estado. Todo el funcionamiento de la estructura tradicional de nuestras sociedades, depende del sistema legal, y por lo tanto, el rol del Poder Judicial como garante de la eficacia y respeto de ese sistema, cobra una importancia capital. Sin un Poder Judicial robustecido y eficaz, simple y sencillamente no es posible tener, ni un Estado eficiente, ni mucho menos una economía de mercado competitiva. Es necesario entonces, rescatar el papel preponderante del Poder Judicial dentro de la institucionalidad del país.⁽³⁾

(3) A la misma conclusión parece llegar el Colegio de Abogados en su documento “Foro Agenda Nacional del Poder Judicial, 2002-2003”.

La existencia de esta relación directa e indisoluble entre la sustentabilidad del modelo económico y la calidad del sistema judicial, como parte esencial del funcionamiento del Estado, es de reconocimiento prácticamente unánime en el tema de la política judicial. Se sabe que no puede existir, ni calidad en el gobierno, entendido en su acepción general, ni condiciones aptas para el desenvolvimiento de una economía de mercado, sin un sistema judicial independiente, ágil y equitativo. Nadie cree hoy en día que la acción del mercado, por sí sola pueda producir competencia y promover el desarrollo, de ahí que la gobernabilidad y desarrollo de un país, dependa no sólo de la estabilidad política, sino también de otras condiciones de confianza y seguridad, que presuponen necesariamente la existencia, en *primer término*, de un marco legal apropiado para el desarrollo, en *segundo término*, de la protección de los derechos fundamentales, en especial los de propiedad y libertad contractual, y en *tercer lugar*, de un sistema de justicia, independiente, accesible, que inspire confianza y sea lo suficientemente ágil y moderno como para asegurar un ambiente propicio para la inversión y el crecimiento.

En otras palabras, *en un Estado sujeto al derecho, son requisitos indispensables un grado de seguridad jurídica y un sistema de justicia eficientes, no sólo para la consolidación del sistema democrático de gobierno, sino también para el desarrollo económico.*

En estos términos resulta estratégico fortalecer su sistema de derecho y dentro del él al Poder Judicial, de tal forma que cada centavo invertido producto de la inversión interna y externa en esta materia, no puede más que traducirse en desarrollo y prosperidad.

Esto es especialmente relevante en estos tiempos de globalización de los mercados, que han venido a cambiar no sólo los patrones del comercio internacional, sino el ya deteriorado equilibrio entre países en desarrollo y países desarrollados, o puesto más claramente, entre ricos y pobres, con una evidente acelerada acumulación de riqueza y poder para los primeros.

En palabras de Peter Kenen, prominente catedrático de la Universidad de Princeton, dentro de poco “el mundo va a quedar dividido entre estados ricos y estables, y una colección de estados fracasados y mediocres” que se han quedado rezagados al desarrollo tecnológico y el crecimiento económico, simplemente porque no han tomado a tiempo las medidas de infraestructura tecnológica y de

reforma legal necesarias. La polarización de la riqueza, y sin duda del poder, van a ser cada vez más evidentes. Frente a fenómenos como la globalización y la internacionalización de la economía, las normas de justicia deben mostrar su capacidad para asimilar y afrontar estas nuevas realidades. En ese proceso, América Latina, y en especial Centroamérica se encuentran especialmente vulnerables, no sólo por la reciente y débil estabilidad política imperante, sino porque sus sistemas jurídicos no ofrecen un clima que satisfaga el nivel de exigencia del inversionista extranjero, afectando naturalmente, su desarrollo y competitividad.

Naturalmente que una compañía transnacional si tiene que escoger entre dos países con condiciones de estabilidad política equivalentes y mano de obra relativamente similar, escogerá aquél que le ofrezca mayor seguridad a sus inversiones, y ello dependerá, no sólo del engranaje legal, sino de la calidad y confiabilidad de sus sistemas de justicia.

Un estudio reciente financiado por la Universidad de Harvard, el Banco Centroamericano para la Integración Económica, en asocio con el INCAE,⁽⁴⁾ determinó en forma clara e indubitable, que los sistemas de justicia, son parte importantísima en los indicadores que valoran los inversionistas extranjeros a la hora de determinar el lugar de sus inversiones. Se determinó en ese estudio que de un total de \$300 mil millones de dólares que se invierte anualmente en el extranjero, Latinoamérica y El Caribe, captan únicamente \$20 mil millones de ingresos netos, de los cuales tan sólo un 3% lo reciben los países centroamericanos. El estudio hace un análisis de las razones por las cuales se han quedado esos países rezagados con respecto a otras regiones en la atracción de inversión extranjera, y ha determinado que uno de los factores más importantes para motivar esa inversión, está, en la eficiencia, eficacia y transparencia de los sistemas judiciales. Según los expertos en este tema, la creación de una plataforma para atraer la Inversión Extranjera Directa (IED) incluye no sólo alcanzar la estabilidad política y económica, sino una serie de elementos cada vez más complejos, como reformar y modernizar la estructura institucional, y naturalmente la legal como parte de ella. Entre los factores cero, considerados como aquéllos que se necesitan para que el país sea siquiera contemplado para invertir, están el tratamiento y recursos legales

(4) *La atracción de inversión productiva en Centroamérica*. Centro Latinoamericano para la Competitividad y el Desarrollo Sostenible, INCAE, Alajuela, Costa Rica, 2000.

como componentes objetivos, y como factores discriminadores, es decir subjetivos, la efectividad y confiabilidad del sistema judicial. Esto quiere decir, que para ser considerados como lugares de inversión es indispensable que los países tengan una estructura legal y judicial que garantice un clima o plataforma para la seguridad de las inversiones, pero una vez determinado esto, es decir, una vez superado el “umbral de factores cero” (*condiciones sine qua non*), los potenciales inversionistas dependiendo del umbral o grado de calidad y confiabilidad del sistema judicial, discriminan entre unos y otros países. Tal vez ello sea uno de los factores que explica porqué más de la mitad (60%) de las inversiones anualmente captadas por Centroamérica (un total de un 3% de la cifra captada por América Latina), se queda en Costa Rica (60%).

La decisión de la compañía Intel de hacer una inversión en el país de más de \$300 millones de dólares, está fundada en parte –aparte de los factores cero que incluyen la estabilidad política y económica, que determinaron su instalación en Costa Rica y no en otro país del área–, en el sistema educativo y la mano de obra calificada como principales, así como en la confiabilidad del sistema jurídico.

En el estudio citado los sistemas legales y judiciales de los países centroamericanos fueron fuente de mucha crítica por parte de los inversionistas quienes ven a los empleados públicos y judiciales como obstáculos, en vez de facilitadores del comercio. Además calificaron el proceso de reforma legal como lento y engorroso y las leyes como complejas y contradictorias. En el área de derechos de propiedad y leyes de zonificación se menciona a El Salvador, Nicaragua, Honduras y Costa Rica, con distintos grados de conflictos, al igual que el área de la protección intelectual, en la cual toda el área se ha quedado corta con respecto a las expectativas de los inversionistas.

Según cita el estudio, en materia judicial, aparte de Costa Rica, donde el sistema judicial se considera justo, transparente y no politizado, –independientemente de si eso es o no cierto–, se tiene el concepto de que los demás países sufren de sistemas judiciales altamente corruptos. En general, se critica a toda el área por tener procesos jurídicos lentos, vagos y complejos, y existe una sensación general de impunidad, combinada con mecanismos débiles para hacer cumplir la ley.⁽⁵⁾

(5) *Ibid.*, pág. 38.

Algunos otros estudios en la materia, también resaltan el nexo entre estado de derecho y eficiencia económica, señalando que las altas tasas de criminalidad y la dificultad o complejidad de trámites para hacer exigibles los derechos, afectan la inversión, y por consiguiente la competitividad y crecimiento a largo plazo. Un ejercicio promovido por el Ministerio de Justicia de Colombia, ha logrado concluir que la inversión es altamente sensible a factores “no económicos”, tal vez en igual o mayor incidencia que las variables tradicionales de comportamiento de la inversión. Cita como ejemplo, que un aumento de 10 homicidios por cada 100 mil habitantes, puede tener un efecto negativo sobre la inversión del orden del 4% de su valor.⁽⁶⁾ Se evidencia que la tasa de criminalidad de un país, cumple un importante efecto negativo sobre el crecimiento, la productividad de los factores y la formación de capital.

Naturalmente, que un funcionamiento inadecuado del sistema de justicia, afecta también el ahorro y los costos de transacción. Se menciona que la volatilidad del ahorro es mayor en presencia de sistemas legales imperfectos, pues si bien existen seguros frente a riesgos de solvencia o liquidez, no existen decisiones erráticas o extemporáneas de los jueces. También se resalta el aumento en los costos de transacción, representados por gastos legales elevados, para enfrentar sistemas burocráticos y complejos por largos períodos.

Como ejemplos se citan que la mutabilidad de las normas que regulan la actividad empresarial, aparte de la incertidumbre que generan, conllevan gastos importantes para asimilar el cambio y ajustarse al orden legal. Por otra parte, el recaudo de obligaciones bancarias a través de los procesos ejecutivos es cada vez más lento, lo que obliga a las entidades financieras a cubrir las pérdidas durante el período de improductividad de los activos litigiosos, distribuyendo entre todos sus prestatarios dichas sumas como una mayor tasa de interés.⁽⁷⁾

De todo lo dicho, no cabe duda que, toda economía, especialmente aquellas en transición, derivan mayores beneficios si cuentan con sistemas judiciales modernos, accesibles, confiables y equitativos. En ese sentido, es absolutamente prioritario para los países, invertir en justicia,

(6) MARTÍNEZ, Humberto. *Estado de Derecho y Eficiencia Económica, publicado en La Economía Política de la Reforma Judicial*. Banco Interamericano de Desarrollo, 1997.

(7) *Ibid.*, pág. 19.

pues como se indicó, en la medida que la globalización ha significado una polarización cada vez más abismal entre los países en desarrollo, y los países desarrollados, es vital y prioritario potenciar las economías en transición, a través de la atracción de la inversión extranjera, que es tiene la capacidad de potenciar rápidamente las tasas de crecimiento económico, especialmente el empleo y la inversión tecnológica.⁽⁸⁾

Si se cumplen los pronósticos de los analistas económicos, sin mecanismos equilibradores que ayuden a reducir la brecha entre países pobres y ricos, el futuro de la humanidad se enfrenta a un triste futuro, en donde se potencian las migraciones de ilegales hacia los países ricos, la explotación de la mano de obra barata, la recurrencia de problemas de salud ya erradicados, y sin lugar a dudas, una regresión en la estabilidad política de la zona, en la medida que las masas perderán su fe en los gobernantes electos y el sistema político. Todo el avance en democratización y equilibrio se puede perder a mediano plazo, si no se le da a los poderes judiciales, su papel central y el apoyo en la modernización de los sistemas de justicia, entendidos en su acepción general.

3. JUSTICIA Y ESTADO DE DERECHO

Ciertamente, el papel tradicionalmente asignado a los poderes judiciales es y sigue siendo, el de sostén estratégico del estado de derecho, y del sistema democrático. Está comprobado que la democracia es esencial para alcanzar un desarrollo social justo, equilibrado y sostenible. América Latina, recientemente ha logrado dar el paso hacia la democracia, en medio de circunstancias difíciles, no superadas aún, que continúan amenazando su consolidación democrática. Nuestra región destaca por sus tener altos niveles de violencia social (3 veces mayores que Estados Unidos y Europa) existe una gran brecha en la concentración de riqueza, y los niveles de crecimiento económico, siguen siendo muy limitados.⁽⁹⁾

(8) Se ha determinado que cuando una economía está creciendo, se desencadena el interés de los inversionistas, lo que luego estimula el crecimiento ulterior. Lo que los economistas no han podido determinar es cómo una economía en desarrollo puede hacer arrancar este ciclo virtuoso de inversión y crecimiento económico. Lo que resulta claro de numerosos estudios en la materia es que la inversión atrae más inversión.

(9) Conferencia de Enrique Iglesias, dictada el 19 de mayo en el Teatro Nacional, San José.

Con este panorama, debemos enfrentar además, las consecuencias de la globalización económica, que a pesar de las muchas oportunidades que presenta, también ofrece retos imposterables para la supervivencia de nuestras economías.

La población en general siente temor y no está clara de cómo enfrentar las circunstancias cambiantes del presente. De ahí que vivamos momentos de gran efervescencia en torno a una serie de temas como el tamaño o dimensión del Estado, el rol del mercado, la participación de la sociedad civil, la corrupción política y el desencanto frente a las instituciones democráticas. Al mismo tiempo, no se ha podido reducir la brecha entre las bondades que se esperan de un régimen democrático, y lo que sucede en la realidad.

En estas circunstancias resulta absolutamente crucial e imposterable, procurar el fortalecimiento del estado de derecho y en él, de los poderes judiciales.

Sin embargo, la pérdida de confianza que reflejan las encuestas en los poderes judiciales, a niveles de 85% y hasta 90%⁽¹⁰⁾ en algunos países y las circunstancias mencionadas, están creando un peligroso vacío que procuran aprovechar los simpatizantes de los militares y los populistas.

A manera de ejemplo, en los años noventa varios presidentes de América en un momento u otro, señalaron, con distintos grados, su derecho a gobernar por encima de la ley, de los partidos, a través de su apoyo popular, y no existe razón para pensar que estos sean síntomas atípicos o pasajeros.

De continuar creciendo la brecha entre lo que se espera del régimen democrático y lo que en efecto provee, lamentablemente el panorama de América Latina se empieza a parecer mucho al de su pasado.

Nuestra región requiere urgentes cambios en la forma de hacer comercio y rescatar la credibilidad en las instituciones democráticas, especialmente de aquellas dedicadas a hacer cumplir la ley, para consolidarse democráticamente y aprovechar las ventajas del nuevo orden económico mundial.

(10) Venezuela por ejemplo. Ver *Judicial Reform and Democratic consolidation in America Latina*. Prillaman, William, University of Virginia.

Como ya se comentó, está comprobado que un sistema legal débil reflejado en un alto grado de criminalidad, de burocracia y obstáculos para el acceso a la justicia, afecta la inversión y el desarrollo de los países. En efecto, cada vez, se reconoce con más fuerza, el impacto de factores “no económicos” en la inversión. También, la burocracia legal, dentro y fuera del sistema judicial, añade costos de transacción que afecta la competitividad nacional e internacional de los productos y obliga a los empresarios a gastar tiempo y dinero en estudiar cómo evadir las leyes, en vez de invertirlo en producir o estudiar cómo mejorar sus productos.

Si a esto añadimos una duración de los procesos, de años, en el sistema judicial, el costo para los empresarios de esperar un resultado para la protección de sus derechos comerciales o derivados, se hace muy costoso.

Siendo, el fortalecimiento del estado de derecho en América Latina absolutamente crucial, tanto para alcanzar la consolidación democrática, como el crecimiento económico, ¿porqué ha fracasado la reforma judicial? ¿hacia dónde se deben orientar las estrategias de una política judicial moderna?

4. LOS PECADOS DE LA REFORMA JUDICIAL

Durante los últimos 15 años, se ha hablado sobre los requisitos indispensables para la existencia de poderes judiciales eficientes y confiables entre los que sabemos están: la independencia económica y funcional, accesibilidad, códigos procesales actualizados y menos burocráticos, carrera judicial, capacitación judicial, un régimen disciplinario eficiente, establecimiento de parámetros de rendimiento de los jueces, separación de funciones administrativas para que los jueces puedan dedicar la totalidad de su tiempo a la administración de justicia, en fin, de una serie de medidas que se han tomado en mayor o menor grado en la mayoría de nuestros países, con resultados muy positivos, pero incapaces de mejorar substancialmente nuestra credibilidad en la población o eliminar nuestros niveles de retardo.

Veamos algunas de los denominadores comunes que en nuestro país, que han afectado la reforma judicial:

Una de las principales lecciones que nos deja la reforma judicial de los últimos tiempos, es que subestimamos su complejidad y

posibilidad de evolución, mientras nos ocupábamos de seguir las medidas propuestas por organismos y asesores internos y externos, como recetas al pie de la letra (independencia, acceso, etc), sin tomar en cuenta los siguientes factores:

a) El crimen y el conflicto social han aumentado

A medida que crece la población, y aumenta la brecha entre ricos y pobres, se ha producido una demanda muy fuerte sobre el sistema de justicia. El crimen ha aumentado por encima de todo pronóstico, al igual que los niveles de violencia social (vgr. Violencia doméstica). A este incremento hay que sumarle la conducta extremadamente litigiosa del costarricense, que por razones históricas, tiende a resolver por medio de los tribunales de justicia, cualquier diferencia, antes de intentar alguno de los métodos alternativos de resolución del conflicto, o, –dichosamente– la justicia por mano propia. Sólo el año pasado, para una población aproximada de 3 millones de habitantes, tuvimos un ingreso de 710,000 causas nuevas.

Esta cifra refleja también, la existencia de un ciudadano bien informado sobre sus derechos y un importante grado de accesibilidad que le permite ejercerlos, aún sin costo alguno, como sucede en el caso de la jurisdicción constitucional.⁽¹¹⁾ En consecuencia, mayores niveles de acceso y un ciudadano mejor informado sobre sus derechos, conllevan un aumento de la litigiosidad, que al lado del aumento en el conflicto social, recarga en forma importante los sistemas de justicia. Para nosotros ese recargo, es positivo, en la medida que representa un grado de confianza en el derecho, como mecanismo pacífico de solución de conflictos.

b) Las reformas se han abordado desde un punto de vista eminentemente técnico, dejando de lado el aspecto político

En el caso costarricense, el Poder Judicial ha liderado todas las iniciativas legislativas producidas en materia de reforma judicial, desde la

(11) Los recursos de *habeas corpus* y *amparo*, que son para la defensa de los derechos fundamentales, son informales y pueden interponerse por cualquier medio, escrito (inclusive por fax o telegrama), o verbal; funciona las 24 hrs del día para la recepción de denuncias, y puede ser accesible hasta por menores de edad, sin necesidad de patrocinio letrado. En los 10 años que tiene de funcionamiento ha recibido cerca de 65,000 casos.

segunda mitad del siglo XX, con excepción de las reformas a la jurisdicción constitucional de 1989. Este fenómeno tan particular de nuestro país, resulta altamente positivo en el aspecto técnico-jurídico, sin embargo, la formación propia de los jueces y magistrados ha significado un ingenuo descuido de los aspectos políticos de la reforma judicial. Hemos pensado que la reforma es técnica, cuando en realidad es tan política como técnica. No en el sentido partidista –por supuesto–, sino porque implica grandes transformaciones en las reglas de juego sociales, y a fin de cuentas determina quién obtiene qué, cómo y cuándo. Además, nos hemos quedado cortos en la labor de convencimiento sobre la importancia de la reforma judicial para el desarrollo del país, dándole un tratamiento asilado de la realidad actual y del proceso de reforma del Estado. Nos hemos olvidado de convencer que el fortalecimiento de la justicia es estratégico no sólo para asegurar la estabilidad democrática, sino para propulsar el desarrollo económico. Nos hemos limitado a hacer los proyectos y enviarlos al legislativo, sin hacer el lobby necesario para asegurarnos un tratamiento prioritario.⁽¹²⁾ Cuando los proyectos finalmente se aprueban, han tardado tanto en la corriente legislativa, que las reformas vienen 4 o 5 años después de que eran requeridas.

c) No ha existido una planificación estratégica que permita una reforma judicial integral y continuada

La reforma judicial se ha caracterizado por ser mecanicista, es decir, dirigida a resolver problemas específicos, sin un enfoque sistémico y sin planificación.

No es sino hasta el año 2000, que el Poder Judicial costarricense, aprueba un plan estratégico con metas y objetivos claros. En ese proceso participó personal subalterno de todas las áreas, jueces de todo el país, y magistrados, para establecer la misión y visión del Poder

(12) En esto influye mucho un comportamiento conservador de la cúpula del Poder Judicial hacia sus responsabilidades políticas. Existe un temor a desenvolverse con diputados, políticos en un claro desconocimiento de las diferencias entre las funciones jurisdiccionales propias del cargo de magistrado, y las políticas, que incluyen además de lo señalado, las diplomáticas. Hay que recordar que en Costa Rica, la Constitución Política le otorga la responsabilidad de gobierno y administración del Poder Judicial, a los magistrados, de tal forma que éstos comparten funciones jurisdiccionales y políticas a la vez.

Judicial, con objetivos estratégicos y metas claras hasta el año 2005. Es la primera vez que la cúpula del Poder Judicial se propone trabajar con un plan confeccionado de forma participativa consultado a un grupo representativo de funcionarios y jueces de todas las áreas, para establecer cuáles son nuestras fortalezas y debilidades, y cuáles deben ser nuestras metas a corto y mediano plazo.

Es decir, hasta hace poco, los intentos de reforma se han venido dando a cuenta gotas, con una visión aislada dependiendo de iniciativas personales de los magistrados o de sus presidentes de turno. Si se trabajaba en la reforma penal, muy probablemente no se hablaba de los problemas de la jurisdicción civil y viceversa. O bien, si se trabajaba en el área de perfeccionamiento de los códigos procesales, no se veían con la misma intensidad las reformas administrativas, ni la inversión tecnológica. En ese sentido, el presupuesto no tenía, en materia de inversión, mayor dirección, prácticamente dependía de las preferencias subjetivas de los magistrados integrantes de la comisión de presupuesto. A manera de ejemplo, si eran penalistas, muy probablemente su área se vería favorecida, es decir, la inversión dependía prácticamente del entusiasmo, visión y preferencias particulares de cada integrante de la comisión. Como la Corte Plena tampoco tenía un plan de acción concreto, generalmente los proyectos de presupuesto se aprobaban conforme los proponía la Comisión de Presupuesto, cuya integración variaba prácticamente cada año. Sin duda el predominio de una visión mecanicista, caracterizada por medidas particulares dirigidas a problemas específicos, empañó los logros que en materia de independencia, acceso protección de derechos fundamentales y otros, se han alcanzado.

Una planificación estratégica es entonces, esencial para trabajar con un enfoque profesional –no improvisado– y abordar las prioridades en forma integral y planificada, evitando el desvío de recursos a áreas de menor urgencia.

d) Hemos imitado en exceso y hemos innovado poco

Imitábamos lo que veíamos sin detenernos a pensar. En la medida en que la reforma judicial se limitó durante mucho tiempo a resolver problemas específicos (visión mecanicista), generalmente limitados al cambio procesal y legislativo, hicimos lo mismo, tal vez pensando que como era la moda en países desarrollados, automáticamente debía ser lo mejor para nuestra realidad.

En esa línea, hasta hace poco pensamos que bastaba con estudiar los avances procesales y de fondo de países más desarrollados e importarlos con algunas adaptaciones propias para mantener actualizada nuestra justicia. La Ley General de la Administración Pública, el Código Procesal Civil, el Código Civil y muchos otros, respondieron en parte, a esta tradición. El mismo Código Penal aún vigente, en el momento de su promulgación, era idéntico al del Código de Córdoba, Argentina –si acaso con 2 ó 3 normas propias–. Nuestros jueces y abogados se formaban en el extranjero, principalmente en Europa, y las experiencias bastaban para reproducir sus enfoques en nuestro sistema de justicia, sin siquiera cuestionarnos su coherencia con nuestra idiosincrasia e historia particular.

No nos dimos cuenta que al no existir la fórmula mágica de la reforma judicial estuvimos en muchos casos, reproduciendo problemas de país a país, e importando soluciones ajenas a nuestra cultura e historia. Esto nos hizo confiarnos en exceso de que íbamos por buen camino y nos limitó a buscar nuestras propias soluciones.

Un ejemplo claro es el español. Durante años volcamos los ojos a dar seguimiento a sus soluciones. Las importamos con pocas adaptaciones, pese a que la mentalidad del costarricense es muy distinta a la española. El sistema español como lo reconocen ellos mismos, es formal, burocrático y poco accesible y probablemente producto de una forma distinta de ver la justicia. En cambio, nuestra informalidad y grado de libertad, exigen un sistema más accesible, celero, simple y nada burocrático; en consecuencia, la tolerancia del costarricense en estos temas es muy diferente a la del ciudadano español promedio.

El libro Blanco de la Justicia⁽¹³⁾ es un ejemplo de que nos empeñamos en copiar de un sistema que está muy alejado del nuestro, de lo que queremos y de nuestra realidad histórica. Actuamos con mentalidad de colonia y aún muchos creen que la solución la tiene el vecino sin que sea necesario innovar y por supuesto arriesgar en la búsqueda de nuestras propias soluciones.

(13) Ver *La Experiencia Española de Reforma Judicial: el libro blanco de la justicia*, López Guerra L., OEA sladciw@oas.org

e) Perdimos el norte sobre el verdadero fin de la justicia: la persona y la solución de su conflicto. Creamos jueces formalistas y autoritarios

Nuestra cultura jurídica durante años, ha sido formalista producto de la herencia napoleónica. Es esa la visión con la que aún se forman la mayoría de nuestros jueces en las universidades, y el sistema en general, estuvo diseñado para aplicar la ley en forma mecánica sin atención a la persona o conflicto social detrás del expediente. La forma se convirtió en el fondo, quedando un sin fin de conflictos sin solución, al sucumbir a una carrera de obstáculos burocráticos sin sentido. Nuestros Códigos procesales –como mencioné generalmente importados–, contribuyeron en gran medida a alimentar esa rigurosa y excesiva formalidad.

El ciudadano, luego de acceder la justicia, e invertir recursos y tiempo en el litigio, se encuentra con un juez frío, distante, desconectado de la realidad social, renuente al cambio, y sin ninguna conciencia sobre su verdadero rol en una sociedad democrática.

La herencia napoleónica, vertical y autoritaria, nos legó un juez que se ve como “amo y señor” de su despacho, convencido de que el aislamiento y la falta de controles son consecuencias naturales de la independencia judicial. Esta visión les resulta aún atractiva a muchos puesto que logran realizar su voluntad, a modo de soberanos indiscutidos no solo de las causas que juzgan sino de la oficina que administran. Se impuso además la noción del juez que opera con expedientes judiciales y no con personas; se desestimuló la discrecionalidad del juez y desaconsejó la “contaminación” que se producía hablando con las personas y tomando contacto con la realidad, en vez de limitarse a los hechos incluidos legalmente en el expediente. A esto contribuyó además grandemente el predominio de un sistema escrito que obligaba a las partes y a los jueces a expresarse a través de sus escritos. La ideología del sistema apoya esta conducta pues el juez no funciona –de conformidad con esa ideología– como garante de los derechos ciudadanos en una democracia, sino de los fines del sistema.

f) No invertimos suficientes recursos

Uno de los factores que más ha afectado los resultados de la reforma judicial, está la inversión insuficiente de recursos.

Me refiero no sólo a la falta de inversión planificada de los mismos que mencioné con anterioridad, sino a la falta de visión de la política nacional e internacional, de valorar a tiempo, la posición estratégica de la justicia como herramienta no sólo de estabilidad democrática, sino de desarrollo económico.

Al Poder Judicial se le veía hasta hace poco con la pasividad con la que éste se veía a sí mismo, y se menospreciaban las consecuencias políticas, sociales y económicas que una actuación deslucida o mediocre puede tener para un país en desarrollo. En consecuencia, nos limitamos durante años a darle un simple “mantenimiento”, con algunos esfuerzos mecanistas y por lo tanto asilados para su renovación, que resultaron a la luz de lo expuesto, absolutamente insuficientes para la construcción de un poder judicial moderno, actualizado y confiable. Se apostó en exceso a la reforma económica, que obviamente no traía, –ni puede traer– debajo del brazo, las soluciones para una América Latina subdesarrollada y en constante efervescencia. Ahora nuevamente aparece la reforma del Estado como un pre-requisito para el desarrollo sostenible y la gobernabilidad, y no es sino hasta ahora que se empieza a reconocer la posición estratégica de los poderes judiciales en ese proceso.

5. La necesidad de un nuevo modelo de justicia

Pero sin duda, el peor pecado de la reforma judicial está –según se advirtió en la introducción–, en los siguientes factores:

- a) No haber posicionado la reforma judicial como un elemento central de toda reforma del Estado, así como concebir el tema de la justicia y el desarrollo, con un énfasis mayor en el tema del desarrollo económico⁽¹⁴⁾ y no de desarrollo democrático. Como se indicó con anterioridad, la importancia de la justicia en el desarrollo de un país, no puede, ni debe, ser enfocada como si su función principal es la de facilitar la acumulación de capital, el flujo comercial y el desarrollo económico de un país. Naturalmente que en una democracia basada en la economía libre de mercado (independientemente del grado que se le dé), es vital que la justicia garantice la seguridad jurídica, y no se convierta en

(14) Sin duda por la presión de los organismos internacionales que tienen una visión bastante capitalista de la justicia.

un obstáculo para la actividad comercial, el flujo de capitales, etc.,⁽¹⁵⁾ lo cual sería desventajoso para el desarrollo del país. Pero el peor error histórico –del que puede depender en mucho la credibilidad entera del sistema democrático–, está en haber apostado a un modelo de justicia que no garantiza un pleno acceso, ni tutela efectiva de los derechos de los marginados. La justicia, al igual que la libertad, no dura cuando se espera de ella sólo beneficios materiales (Tocqueville). En una democracia de calidad, el desarrollo debe ser entendido de una forma comprehensiva, que vaya más allá de la sola búsqueda de bienestar material, por lo tanto, el sistema de justicia debe ser visto primero en función de las necesidades de las mayorías marginadas, antes que por metas generales de crecimiento económico. Hacerlo al revés, como parece ser la tónica en América Latina, impulsada fuertemente por los organismos internacionales (Banco Mundial, BID), revela la creencia de que la reducción de la pobreza depende fundamentalmente del crecimiento económico, lo cual no es necesariamente cierto, especialmente en un mundo que tiende cada vez más a concentrar la riqueza en unos pocos (empresas transnacionales), que son los que se beneficiarían directamente del crecimiento económico, sin que necesariamente éste permé a las clases más necesitadas.

Una visión estrecha de desarrollo es la que parece prevalecer en la actualidad, en donde los temas de la justicia son abordados desde un punto de vista pro-capital, según el siguiente orden de prioridades:

- a) Se busca garantizar el cobro eficiente de deudas, el cumplimiento coactivo de obligaciones contractuales y la protección de los derechos de propiedad como principales preocupaciones de los proyectos de reforma.
- b) Se protege con cárcel, las violaciones a la propiedad privada y el sistema económico se protege a través de diversos tipos penales.
- c) Se dirige la reforma judicial hacia la promoción de un clima adecuado para el crecimiento del sector privado, en general, y de la inversión extranjera, en particular.

(15) Especialmente si la atracción de inversión extranjera, generadora de empleo y oportunidades, toma en cuenta ese elemento como parte del “riesgo país”, es decir, que afecta la competitividad, frente a otras economías.

- d) Los programas buscan reforzar la estabilidad de la democracia liberal en la región mediante la consolidación de un poder judicial independiente y eficiente, capaz de controlar las acciones del ejecutivo y el legislativo (Buscaglia 1998: 15).
- e) Por último, se enfatiza en la necesidad de mejorar el acceso de los ciudadanos al sistema judicial. Aunque este objetivo ocupa todavía un lugar marginal tanto en la justificación teórica como en el funcionamiento efectivo de los proyectos, no se debe ignorar que hacia ésta resurge con fuerza una de las preocupaciones más recientes de los programas.

Es vital que la igualdad jurídica (igualdad de derechos y oportunidades), que descansa estratégicamente en el Poder Judicial como encargado de hacer cumplir la ley, sea real y efectiva para todos, independientemente de raza, sexo o condición, como lo pretende nuestra Constitución Política en su artículo 41 al desarrollar el principio de tutela judicial efectiva.

La traducción de ese ideal a la realidad ha sido uno de los fracasos más grandes de nuestra democracia, y el punto negro de los esfuerzos de la reforma judicial. Una democracia y una justicia del pueblo y para el pueblo, se hace cada vez más imperativa.

Un país con una justicia elitista, donde un gran sector de la población no puede acceder realmente a la tutela judicial efectiva, entre otras, por razones de costo, se expone a perder su equilibrio, lo cual es especialmente cierto en sociedades que basan su control social en el derecho y no en el poder del ejército.

Como afirma John Rawls, es necesario el establecimiento de leyes claras y respetadas (a través de la justicia), sin las cuales caemos en la apatía, el cinismo o la fuerza bruta. Ya Aristóteles señalaba que el hombre sin ley ni justicia es el peor de los animales.⁽¹⁶⁾ Agrego yo, ¿de qué sirve la ley sin un sistema de justicia que la haga valer? Obviamente que al perder su fuerza ejecutiva, pierde su poder, y es como si no existiera.

El reconocimiento de este rol estratégico de la justicia, como pilar del estado de derecho y herramienta del desarrollo nacional, obligó al Poder Judicial a replantear –a partir de la Presidencia del Dr. Luis Paulino

(16) *Op. cit.*, Barrientos, p. 51.

Mora Mora–, todo el esquema filosófico que durante los últimos 50 años rigió el actuar del Poder Judicial, hacia una justicia abierta y orientada hacia políticas de rendición de cuentas y transparencia, que sustituye un esquema de justicia-poder, que veía al juez como eje central de actuación, por un sistema de justicia como servicio público, con el ciudadano, *–no el juez–*, como eje central del quehacer institucional.

El cambio que se ha dado en el esquema filosófico costarricense, es equivalente al de un cataclismo que ha invertido los polos (de juez a ciudadano como eje central de actuación). El adoptar la concepción de la justicia como un servicio público de calidad, con la persona como eje central de actuación, y no como un poder en sí mismo, ciertamente obligó al Poder Judicial a reenfocar su actuar alrededor del ser humano, es decir incorporando modernos estándares de servicio al cliente, rendición de cuentas y calidad. Así, la independencia judicial y todo otro esquema tradicional, adquieren ahora un carácter instrumental para lograr una buena justicia, que no es más que aquella que aparte de ser eficiente y efectiva, sea transparente frente al ciudadano.

Por razones de espacio no puedo comentar en esta oportunidad, las consecuencias principales de ese enfoque, que son muy positivas en varios campos, especialmente en el de rendición de cuentas y servicio al cliente. Pero coincido con los expertos en que el Poder Judicial que se empieza a perfilar en Costa Rica, a partir de este cambio filosófico y de la incorporación de una nueva generación de magistrados, es un nuevo Poder Judicial más democrático, abierto y transparente.

Sin embargo, falta llevar ese cambio filosófico, con una mayor profundidad, ahora hacia la elaboración de un perfil jurídico del ciudadano, es decir, adaptar el sistema de justicia para satisfacer las necesidades jurídicas del ciudadano, especialmente de las clases marginadas, de acuerdo a sus distintas realidades para que no sea éste el que se adapte al sistema, sino el sistema a éste. En la actualidad, se habla de una justicia de cara al ciudadano, pero nadie se ha sentado a analizar qué es lo que realmente necesita el ciudadano del sistema de justicia, para que el sistema pueda abrirle las puertas a los conflictos que, en la realidad tiene, y no a los que se cree que tiene. Por ejemplo, el sistema es muy poco efectivo para tratar los problemas de la mujer, y otras minorías, así como los temas sociales en general.

Lo lógico sería que los más de 70 mil millones de colones que se invierten anualmente en justicia, sirvieran realmente para resolver los

problemas jurídicos (conflictos) generados, y no sólo los que tradicionalmente se han señalado como tales, con un acceso más aparente que real. El sistema actual, no sólo no contempla la totalidad de los temas que un ciudadano promedio necesita de la justicia, sino que además, no tiene mecanismos efectivos de tutela judicial efectiva para estos sectores. Si tomamos en cuenta que existe al menos un 30% de familias pobres, ya estamos reconociendo que un tercio de la población, ni siquiera puede pagar un abogado para hacer valer la mayoría de sus derechos, debido a la formalidad que impera en la mayor parte del sistema. Del 70% restante, al menos la mitad (un 35%), no pueden darse el lujo de pagar un abogado para un litigio que dure años, como es el caso de las jurisdicciones, civil, contencioso administrativo, familia y trabajo. De ahí que sólo un privilegiado 35% restante, tendrá el dinero y la paciencia suficiente para resolver sus conflictos en el Poder Judicial.

Este fenómeno es propio de otras latitudes, lo tienen incluso las democracias más desarrolladas y es sin duda el problema más grave de los poderes judiciales en la actualidad. Ni siquiera la mora judicial puede ser tan perjudicial para una sociedad, como la falta de tutela judicial efectiva de todos los ciudadanos, por obstáculos de acceso y costos del sistema. De ahí que lo lógico sería que determinado ese perfil jurídico de acuerdo a las distintas realidades del costarricense, se cree –al menos en materias de relevancia social– (vgr. alimentos, trabajo, niñez y adolescencia) un sistema que, al igual que funciona en materia constitucional, pueda ser accedido por cualquiera, sin necesidad de patrocinio letrado, y donde el juez estará obligado a actuar como un juez de garantías que tutele, verdaderamente los intereses del ciudadano frente a la ley. Esto unido a procesos más simples, celeros, con incorporación de la oralidad, serán sistemas justos y democráticos, sin añadir mayores costos a la justicia.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Los poderes judiciales son esenciales para el funcionamiento del estado de derecho y el desarrollo económico de los países. Resulta absurdo que siendo su rol tan estratégico en las sociedades –especialmente las democráticas–, no se les haya dado el papel central que merecen en los procesos de reforma del Estado.

Ningún proceso de reforma del Estado podrá ser exitoso, si no toma en cuenta esa realidad. Sin un poder judicial eficiente y eficaz, no es posible tener un Estado y un mercado eficientes. La importancia de los

poderes judiciales en el desarrollo económico no justifica sin embargo, el sesgo que se le ha dado a las reformas judiciales, con una *visión marcadamente pro-capitalista del sistema*, pues deja de lado otras áreas de igual importancia en la sociedad, como son las necesidades jurídicas de sectores sociales que también merecen la tutela del sistema judicial. En la actualidad las reformas que se impulsan con mayor fuerza a nivel internacional, son aquellas que facilitan la acumulación de capital y condiciones favorables para el mercado, pero que miran “secundariamente” la necesidad de que los poderes judiciales recobren su labor primordial de protección efectiva de los derechos de los ciudadanos.

En ese sentido, situar la reforma judicial como un tema central de la reforma del Estado, es sólo una parte de la deuda de nuestras democracias, pues, la otra es con el ciudadano que ha soportado pacientemente las consecuencias de una justicia de difícil acceso, burocrática y costosa. El rol instrumental que tienen los poderes judiciales debiera tutelar efectivamente *a todos* los ciudadanos de la sociedad, de modo tal que, así como la justicia debe ser el centro de toda reforma del Estado, es igualmente necesario, situar al ser humano como centro (razón de ser) del sistema de justicia, para que éste opere en función de sus necesidades y no al revés.

De continuar la política judicial con una visión parcializada de la sociedad, generará como resultado una “democracia de baja intensidad”, que es aquella basada en estándares formales que facilitan la acumulación de capital y que no proveen oportunidades para una tutela efectiva de todos los miembros de la sociedad. Montesquie resume muy bien los peligros de esa realidad al señalar: “la justicia contra uno es la amenaza para todos”.

Este último factor, debe ser el principal de cualquier proceso de reforma del Estado, si entendemos a la democracia no como una “democracia diluida”, sino una verdadera, en la que el concepto de desarrollo y bienestar debe estar guiado por las necesidades de las mayorías (especialmente las marginadas), y no sólo por metas generales de crecimiento económico.

BIBLIOGRAFÍA

- BARRIENTOS, César. *Poder Judicial y Estado de Derecho*. Litografía Nawal Wuj, Guatemala, Guatemala, 2001.
- Colegio de Abogados. *Foro Agenda Nacional de Reformas al Poder Judicial, 2002-2003*.
- DAKOLIAS, María. *The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean. Elements of Reform*. World Bank Technical Paper Number 319., Washington D.C., 1996.
- FAUNDEZ, Julio; FOOTER, Mary; NORTON, Joseph. *Editors, Governance, Development and Globalization*. Warwik, 2000.
- IGLESIAS, Enrique. *Conferencia dictada el 19 de mayo en el Teatro Nacional*, San José.
- JARQUÍN, Edmundo y CARRILLO, Fernando, (editors). *Justice Delayed, Judicial Reform in Latin America*. Inter-American Development Bank 1998.
- La atracción de Inversión Productiva en Centroamérica*. Centro Latinoamericano para la Competitividad y el Desarrollo Sostenible. INCAE, Alajuela Costa Rica, 2000.
- LÓPEZ GUERRA, Luis. *La Experiencia Española de Reforma Judicial: el libro blanco de la justicia*. OEA, en sladlcw@oas.org.
- MARTÍNEZ, Humberto. *Estado de Derecho y Eficiencia Económica*. Publicado en La Economía Política de la Reforma Judicial. Banco Interamericano de Desarrollo, 1997.
- MORA MORA, Luis Paulino y HERNÁNDEZ, Nancy. *Una Justicia de Cara a la sociedad, ensayo sobre el proceso de reforma judicial, presentado a ILSA*, (Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos), Bogotá, 2000.
- RODRÍGUEZ, César. *Globalization, judicial reform and the rule of law in Latin America*, ILSA (Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos), Bogotá, 2000.
- ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique. *Good Governance and Law*, inédito, 2002.
- RUBIO, M. 1995. *Crimen y crecimiento en Colombia. Coyuntura económica*. Citado por MARTÍNEZ, N. *Rule of Law and Economic Efficiency*, 1998. Inter American Development Bank.

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROPIA IMAGEN Y LA PUBLICACIÓN DE FOTOGRAFÍAS

Lic. Fernando Lara Gamboa^(*)
Abogado costarricense

(*) Especialista en Derecho Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España.

SUMARIO:

Introducción

1. Derechos en conflicto
2. Comentarios a la jurisprudencia
 - a) Los teleobjetivos y la vulneración de los derechos de imagen y de intimidad, ante la captación de fotografías a distancia
 - b) Fotografías en lugares públicos
 - c) Caso de publicación de top-less sin consentimiento
3. El derecho de imagen y su vulneración

INTRODUCCIÓN

Actualmente en Costa Rica sé esta empezando a hablar sobre el *derecho a la imagen* y la prohibición de publicar fotografías sin el previo consentimiento del titular. Se cuestiona si la libertad de información ampara captar imágenes de figuras conocidas en lugares públicos sin mediar autorización expresa del fotografiado –como por ejemplo, estar en la playa tomando el sol– para luego publicarlas con fines de lucro. Es allí adonde surge las dudas, *¿Que es prensa?*, *¿Qué es información?*, *¿Qué información se encuentra protegida por la libertad de información?*; *¿Cuándo y cuándo no, prima la libertad de información sobre el derecho a la intimidad y a la imagen y viceversa?*

Dado el caso, de que es un tema que está empezando a darnos problemas, es importante comenzar a hablar de él, examinando la legislación y la jurisprudencia de aquellos países que ya han tenido estas discusiones, e independientemente del resultado de las mismas, esto nos ayudará a prever lo que en un futuro se podría esperar en Costa Rica. Tanto las experiencias positivas como las negativas que ha experimentado el Reino Español nos permitirá formar una idea de cómo debe de ser, y cómo se debe enfocar una protección al derecho de imagen sin vulnerar el derecho de prensa.

1. DERECHOS EN CONFLICTO

En estos casos existen dos derechos fundamentales íntimamente relacionados, que en la práctica, la protección de uno de ellos podría vulnerar el otro o viceversa. En este caso estamos hablando del *derecho a la propia imagen*; íntimamente relacionado con el derecho a la intimidad, sin ser lo mismo; y el *derecho a la información*, conocido coloquialmente como derecho de prensa. Al ser ambos derechos fundamentales, la Constitución garantiza a los ciudadanos el cumplimiento de estos derechos o libertades.⁽¹⁾ Además en ambos casos existen normas jurídicas constitucionales que establecen la existencia de ambos derechos fundamentales.⁽²⁾

(1) CRUZ VILLALÓN, Pedro. *Enciclopedia Jurídica Básica*. Volumen II, p. 2398 y ss.; Editorial Civitas; 1era. edición; Madrid; 1995.

(2) Ver al respecto y por todos: ALEXY, Robert; *Teoría de los Derechos Fundamentales*; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales;

Primero que todo debemos entender qué es el derecho de la propia imagen que a mi juicio es el más vulnerado en el caso de la publicación de fotografías sin consentimiento.

La doctrina ha dicho, que dentro de los derechos de la personalidad se encuentra el derecho a reproducir o representar la figura corpórea de determinada persona, en forma reconocible, con entera independencia del objeto material en que se contiene.⁽³⁾ Basándome en esta definición se podría decir que *el derecho de la imagen no es el derecho de la intimidad*, ya que no se trata de que exista espacio reservado alguno, nadie vulnera el derecho a la imagen por conocer aspectos íntimos del sujeto, sin embargo, sí se vulnera el derecho a la intimidad por el conocimiento de aspectos reservados a la intimidad, mientras que *se vulnera el derecho a la imagen simplemente por la reproducción de una imagen reconocible sin el consentimiento del titular*.

En otras palabras la *imagen no es un bien jurídico del honor ni del secreto personal*, ya que la reproducción arbitraria de una figura humana puede no lesionar el honor ni la intimidad de la persona, pero sí podría estar vulnerando el derecho a la imagen.

En Costa Rica empieza a florecer la prensa del corazón. Ya existen revistas que pareciera tendrán una orientación similar a las de los países europeos, y secciones en los periódicos que tratan sobre lo que hacen los actores, los presentadores de televisión, los gerentes de empresas importantes, los periodistas, políticos y cualquier otra persona que tenga notoriedad en el país, lo que en estricto sentido para mí no sería información de interés de la sociedad.

En España la industria de la prensa del corazón, mueve una cantidad enorme de millones de euros,⁽⁴⁾ tanto la televisión como las

segunda reimpression; Madrid; 2001, Martín-Retortillo, Lorenzo; *La Europa de los derechos humanos*; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998; y PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; *Derecho y Derechos Fundamentales*; p. 323 y ss.; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

(3) MUNAR BERNART, Pedro A. *Derecho a la Propia Imagen*. Enciclopedia Jurídica Básica; volumen III, p. 5279 y ss.; Editorial Civitas; 1era. edición; Madrid; 1995.

(4) El Euro tiene un valor de 1,20 dólares y de 166,386 pesetas.

revistas. Además de ser, a mi criterio, uno de los países en que este tipo de prensa es más agresiva, y acosadora, ya que, pese a que en muchas ocasiones se obtiene el permiso, –y pagan muy bien los derechos de imagen al publicar información o fotografías– en otros casos no lo hacen, esperando no ser demandados, y en el caso de serlo, teniendo en consideración que la ganancia percibida por la publicación sería mucho mayor que el monto de la futura indemnización tasada por los tribunales.

Al reflexionar sobre el tema, y cuestionarme la existencia de medios de protección jurídicos existentes ante la industria de la prensa del corazón, encontré que según el artículo 18.1 de la constitución española, “*Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*”,⁽⁵⁾ concepto en donde encajarían

-
- (5) En ese sentido el Tribunal afirma: “*Cierto que, mediante la autorización del titular, la imagen puede convertirse en un valor autónomo de contenido patrimonial sometido al tráfico negocial y ello inducir a confusión acerca de sí los efectos de la revocación se limitan al ámbito de la contratación o derivan del derecho de la personalidad. Esto es lo que puede determinar situaciones como la que aquí se contempla porque los artistas profesionales del espectáculo (o quienes pretenden llegar a serlo), que ostentan el derecho a su imagen como cualquier otra persona salvo las limitaciones derivadas de la publicidad de sus actuaciones o su propia notoriedad, consienten con frecuencia la captación o reproducción de su imagen, incluso con afección a su intimidad, para que pueda ser objeto de explotación comercial; mas debe afirmarse que también en tales casos el consentimiento podrá ser revocado, porque el derecho de la personalidad prevalece sobre otros que la cesión contractual haya creado*”.

El Tribunal también afirma que “El derecho a la propia imagen, reconocido por el art. 18.1 de la Constitución a la par de los del honor y la intimidad personal, forma parte de los derechos de la personalidad y como tal garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona. En la medida en que la libertad de ésta se manifiesta en el mundo físico por medio de la actuación de su cuerpo y las cualidades del mismo, es evidente que con la protección de la imagen se salvaguarda el ámbito de la intimidad y, al tiempo, el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen, su identidad o su voz. El derecho a la intimidad limita la intervención de otras personas y de los poderes públicos en la vida

perfectamente los supuestos que estamos comentando. Sin embargo, es importante dejar claro que pese a que la Constitución no prevé límites a este derecho; la LO 1 /1982, de Protección Civil del Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, dice que “*la captación o publicación de imágenes en lugares públicos que afecten a personas de notoriedad o proyección pública no se repuntarán intromisiones ilegítimas*” a este derecho.⁽⁶⁾

Mientras tanto el artículo 20 d. de la misma constitución española reconoce y protege el derecho “*a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión*”⁽⁷⁾ –lo que coloquialmente se le llama derecho de prensa–. Según la jurisprudencia española estos dos derechos llegan a limitarse uno al otro, ya que cada uno de ellos llega hasta adonde empieza el otro, prevaleciendo siempre el derecho de comunicar información veraz sobre el derecho de imagen.

La constitución española cataloga estos derechos como derechos fundamentales y como tales el artículo constitucional 53, garantiza la tutela de estos, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. En Costa Rica, cabe destacar que, todos los derechos que consagra la Constitución son tutelables por amparo, según el artículo constitucional número 48.

Según la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica, el único derecho constitucional que podría proteger la publicación de imágenes sin el consentimiento del titular sería el artículo 24 al señalar

privada, intervención que en el derecho que ahora nos ocupa puede manifestarse tanto respecto de la observación y captación de la imagen y sus manifestaciones como de la difusión o divulgación posterior de lo captado. Estos derechos, como expresión de la persona misma, disfrutan de la más alta protección en nuestra Constitución y constituyen un ámbito exento capaz de impedir o limitar la intervención de terceros contra la voluntad del titular.”, Ana G. O. contra “Editorial Origen S.A., Tribunal Constitucional, Sala Segunda, sentencia de 25-4-1994, núm. 117/1994, Recurso de Amparo núm. 2016/1990, Aranzadi: RTC 1994/117, España.

- (6) Artículo 18.1, Constitución Española, Leyes Administrativas, Edición preparada por Luis Martín Rebollo, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 71.
- (7) Artículo 20.1 d), Constitución Española, Leyes Administrativas, Edición preparada por Luis Martín Rebollo, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 74.

que “*Se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones...*”.⁽⁸⁾

La jurisprudencia constitucional costarricense entiende como derecho a la intimidad “...el derecho del individuo a tener un sector personal una esfera privada de su vida, inaccesible al público salvo expresa voluntad del interesado”.⁽⁹⁾ Comparto en todo el sentido la definición hecha por los señores magistrados. Sin embargo, la encuentro incompleta, ya que para el caso en concreto además de definir el derecho a intimidad también existe necesariamente mencionar lo que significa el derecho de imagen que juega un papel importante en estos casos, ya que la imagen o la notoriedad pública de la persona es lo que desencadena la persecuciones dirigidas al robo de imágenes que luego se traducirán en dinero al plasmarlas en las revistas del sector de la prensa llamado “prensa rosa”. Es decir en Costa Rica todavía no existe la protección expresa del derecho de imagen en la Constitución.

Pese a que en Costa Rica todavía no se han presentado casos directamente relacionados con el derecho de imagen sin la vulneración del derecho a la intimidad, otro de los problemas es que la gran mayoría de la jurisprudencia relacionada con este artículo versa sobre las intervenciones telefónicas, el secreto bancario y la violación de correspondencia.

En cuanto a la libertad de información el artículo 29 de la Constitución costarricense garantiza el que “*todos pueden comunicar sus pensamientos de palabra o por escrito, y publicarlos sin previa censura, pero serán responsables de los abusos que cometen en el ejercicio de este derecho...*”,⁽¹⁰⁾ es un hecho que; siendo la Constitución costarricense una modificación hecha en el año 1949 a la Constitución de 1871, y la constitución española data de 1978; esta última es más clara, comprensible y completa para los problemas de hoy en día. Por

(8) Artículo 24, Constitución Política de la República de Costa Rica, concordada y anotada, Jorge Córdoba Ortega y otros, Programa para el Desarrollo Legislativo “PRODEL”, San José, Costa Rica, 1996, pp. 99 y ss.

(9) Sala Constitucional Voto 5376-94, Costa Rica.

(10) Artículo 29, Constitución Política de la República de Costa Rica, concordada y anotada, Jorge Córdoba Ortega y otros, Programa para el Desarrollo Legislativo “PRODEL”, San José, Costa Rica 1996, pp. 148 y ss.

ejemplo en cuanto al artículo destinado a la protección del derecho a la intimidad la constitución española toma en cuenta la imagen, mientras que la costarricense no lo hace, lo que permitiría que en el momento en que se desarrolle la prensa del corazón en Costa Rica, en el caso de que la publicación de imágenes sin consentimiento del titular, si no se vulnera el derecho a la intimidad, la constitución no protegería el derecho a la imagen. Es decir podría estar protegido por ley pero no por la constitución. Y en el caso del derecho de prensa, como queda claro al leer ambas constituciones la costarricense habla de libertad publicación, mientras que la española va más allá hablando de comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión.

Resulta contradictorio pensar, que si comparamos la teoría y la práctica entre estos dos países; que *el país cuya constitución protege el derecho de imagen de una manera clara y directa es el que tiene más reclamos en los Tribunales de Justicia por supuesta vulneración de este derecho*. Esto lo hace a uno cuestionarse si el sistema de protección de este derecho está siendo o no eficiente.

La incógnita que pretendo poner sobre la mesa, consiste en ver *si la garantía constitucional y el sistema judicial español, realmente protege, a las personas de notoriedad o proyección pública de las publicaciones de fotografías en revistas del corazón sin su consentimiento*.

Está claro, como lo dice la misma Constitución española que se debe de proteger el derecho de imagen, independientemente de si la imagen pertenece al ámbito íntimo o al privado del individuo. Pero; ¿qué es lo que esta famosa Ley Orgánica 1/1982, de Protección Civil del Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, nos dice con respecto a los límites de este artículo?

Primero deberíamos cuestionarnos; *¿quiénes son personas de notoriedad o proyección pública?* Ya que estas personas según parece no tienen los mismos derechos de imagen que cualquier otra persona.

Creo que personas no es un término que debemos de definir, ya que todos conocemos el significado del mismo; sin embargo; *¿qué es notoriedad o proyección?* Según la Real Academia Española se entiende por notoriedad: cualidad de lo público o sabido por todos; en el caso de proyección se entiende: acción y efecto de hacer visible la figura de otro. En otras palabras al estar junto a la palabra “pública”, significaría todo aquel que es sabido por todos, o es visible ante todos; lo que finalmente

podría ser un médico que descubrió una medicina, un escritor, alguien que se ganó la lotería y por ello es sabido por todos, en fin la definición legal es tan amplia que deja a la interpretación jurídica todo el poder de decidir quiénes tienen y quiénes no tienen notoriedad o proyección pública, quitándoles a éstos el derecho a su propia imagen.

¿Existirán diferencias entre médicos, abogados, ingenieros, policías, bomberos, taxistas, artistas de cine, presentadores de televisión o top models, que justifiquen que a los llamados “famosos” no se les garantice los derechos a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, de la misma manera que se les garantizan a otros miembros de la sociedad?

¿Es de interés público todo lo que hagan los famosos, si no son ni siquiera figuras públicas?

¿En el ámbito de la prensa de corazón, qué se considera como información y qué no?

¿Es igualmente información, comentar un festival de cine en donde asisten artistas y famosos, y la publicación en la primera página de una revista de fotografías de una artista tomando el sol en top-less en la playa?

¿Tienen derecho los dueños de las revistas de hacerse ricos publicando fotografías de personas que no han dado su consentimiento para la publicación?

¿La publicación de fotografías sin el consentimiento de quienes figuran en ellas es una violación a las garantías del artículo 18 de la Constitución Española?

Estas son algunas de las interrogantes que pretendo contestarme en a lo largo de este trabajo.

2. COMENTARIOS A LA JURISPRUDENCIA

a) Los teleobjetivos y la vulneración de los derechos de imagen y de intimidad, ante la captación de fotografías a distancia

Este caso es uno de los más comunes en el mundo de la prensa de corazón. Se trata de la divulgación en medio periodístico de fotografías

tomadas con teleobjetivo de persona en “top-less” que ejerce una profesión de proyección pública.⁽¹¹⁾

Hechos:

- Un semanario anuncia en su portada en caracteres bien visibles “Silvia M., desnuda al sol” y en páginas centrales, bajo la leyenda de “protagonistas del verano” a la que acompaña otra de “desnudos de S. M.”, publica tres fotografías tomadas en teleobjetivo y en que la demandante aparece vestida sólo con la pieza inferior de su traje de baño en una playa poco concurrida de Menorca.
- Las fotografías fueron tomadas por un profesional del ramo que las vendió a la editora de dicha revista con conocimiento de que la persona fotografiada no había consentido en serlo.
- El Juzgado de Primera Instancia Nº 3 de Barcelona condena a los demandados.
- El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por “Ediciones Zeta S. A.” y otro contra la sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona, confirmatoria de la dictada en primera instancia.

Como introducción al tema el Tribunal toma la definición de imagen de la sentencia de 11 de abril de 1987.⁽¹²⁾

El Tribunal afirma que aunque los límites de este derecho han sido siempre imprecisos y borrosos, lo cierto es que la mayoría de las veces la reproducción o difusión mediante procedimiento técnico o mecánico, sin autorización de la persona a la que pertenezca la imagen

(11) Silvia M.Q. contra Ediciones Zeta S.A., Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sentencia de 29-3-1988, Aranzadi: RJ 1988/2480, España.

(12) La sentencia citada dice que “por imagen se entiende la figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa; pero, a efectos de la Ley calendada, ha de entenderse que equivale a la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico de reproducción y que en tal sentido puede incidir en la esfera de un derecho de la personalidad de inestimable valor para el sujeto y el ambiente social en que se desenvuelve, incluso en su proyección contra desconocidos sujetos”.

reproducida, tendrá un derecho a su protección y, en su caso, un eventual derecho a una indemnización, al resarcimiento y que, la mayoría de las veces rozará o lesionará los derechos a la intimidad, bien personal o familiar y a la propia imagen.

Finalmente, el Tribunal concuerda con las dos sentencias de instancia, condenando a los demandados, con carácter solidario, por vulneración de los derechos de la personalidad. Se destacó el hecho de que no hubo consentimiento en la obtención de las imágenes y que éstas se lograron mediante la técnica de teleobjetivo, sin que pudiera percatarse la persona fotografiada.

Resalta que en este caso se trata de una artista profesional, que busca un lugar de playa escogido y poco concurrido de gente y alejado de los núcleos de población, con lo que claramente se destaca que las pautas de comportamiento de la demandante están proyectadas a la busca de salvaguardar su intimidad y su propia imagen, sin que sea lícito vulnerar este derecho.

En este caso el Tribunal Español no divagó en definiciones, sino más bien fue al punto en concreto y en una sentencia corta pero no por ello omisa dejó en claro *“que el derecho a la propia imagen no es un derecho absoluto, y buena prueba de ello es el artículo 8.2.a) de la Ley Orgánica; pero lo cierto que en el supuesto de autos no concurren los presupuestos que se recogen en dicha norma, pues quien ejerce un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública tiene derecho a su propia imagen y a su intimidad, cuando elude su presentación en un acto público o en lugares abiertos al mismo, pues consta en autos el decidido propósito de la actora de eludirlos para salvaguardar su intimidad que tan subrepticamente fue vulnerada.”*⁽¹³⁾

b) Fotografías en lugares públicos

Sobre este tema comento dos sentencias. La primera que trata sobre la publicación en portada de fotografía de persona de proyección

(13) Silvia M.Q. contra Ediciones Zeta S.A., Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sentencia de 29-3-1988, Aranzadi: RJ 1988/2480, España.

pública obtenida en una playa, sin el consentimiento de quienes figuran en la fotografía.⁽¹⁴⁾

Hechos:

- El demandante Alberto A. T., se encontraba en una playa no determinada, en compañía de unos amigos.
- Entregó su cámara fotográfica a Miguel S., a fin de que realizara unas instantáneas del mismo junto con Margarita H.
- El señor Miguel S. hace las fotografías que recogen imágenes de Alberto y Margarita tumbados uno al lado del otro en la playa en una de las fotos y en la otra dándose un beso.
- El señor Miguel S. devuelve la cámara fotográfica al señor A., quien procedió a su revelado posteriormente.
- Sin saberse cómo, las fotografías llegaron a poder del demandado don Luis G., que las vendió a la Editorial Gráficas Espejos, S.A., por la cantidad de cuatro millones de pesetas.
- La Editorial sin averiguar la procedencia ni obtener el consentimiento de los fotografiados, las publicó en portada en la revista “D. M.” de fecha 22 de febrero de 1991, con el titular *“tras el escándalo Alberto C.-Marta Ch., ahora gran exclusiva: las fotos definitivas de Alberto A. y Margarita H.”*.
- Las citadas fotos también sirvieron para confeccionar un cartel de publicidad de la revista distribuido en los lugares de venta de la misma, con la finalidad de aumentar la tirada y ventas de la citada publicación.
- Más adelante una de las dos fotografías, se volvió a publicar en un número posterior de la revista “D. M.”.

(14) Alberto A. T. contra “Editorial Gráficas Espejo, S.A.”, actualmente “Hachette Filipacchi S.A.” y Jesús L. C. –Director de la Revista–, Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sentencia de 17-12-1997, Recurso de Casación núm. 30/1994, Aranzadi: RJ 1997/9100, España.

- Alberto A. demanda en protección de su derecho a la intimidad y a la propia imagen, el Juzgado de 1ª Instancia núm. 6 de Madrid dictó sentencia estimándola y fijó una indemnización de veinte millones de pesetas.
- En apelación, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18ª, dicta Sentencia de fecha 27 septiembre 1993 (AC 1993/1634) confirmando íntegramente la del Juzgado de 1ª Instancia; declaró explícitamente que los hechos constituían un ataque al derecho a la intimidad, así como a su derecho a la propia imagen.
- Editorial Gráficas Espejo, S.A. interpone recurso de casación y el Tribunal Superior declara con lugar el recurso interpuesto, casa y anula la sentencia recurrida y desestima la demanda promovida.

En casación se alegan tres motivos que según el Tribunal, fueron los que al fin y al cabo dieron la razón a la Editorial.

Primero se alegó que los derechos a la intimidad y a la imagen en este caso quedan desplazados por el derecho constitucional a la libertad de información, por razón de la personalidad pública del demandante.

El Tribunal reconoce que el demandante es una persona ampliamente conocido por su actividad política, por su profesión, *por su relación con importantes sucesos, por su trascendencia económica y por su relación social.*

Según el Tribunal *“Se ha dicho que en la persona de proyección pública, el honor disminuye, la intimidad se diluye y la imagen se excluye... Se ha dicho también, exageradamente, que la persona pública no tiene vida privada y la persona privada no tiene vida pública. Lo que es cierto es que la persona que participa, en cualquiera de aquellos conceptos, en la vida pública, no pierde su derecho a la intimidad, pero sí le disminuye extraordinariamente el concepto de su intimidad, ya que el ciudadano tiene derecho a conocer detalles de su círculo íntimo, precisamente por la proyección pública de su persona.”*

Conuerdo con el Tribunal en el supuesto de que alguna persona que ejerza un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública se le disminuye notablemente la intimidad y por ende el margen de protección a la misma, sin embargo, en cuanto a la imagen, estoy de acuerdo en que cuando se fotografíe durante un acto público o en lugares

abiertos al público, se permite vulnerar el derecho a la imagen en beneficio del derecho a la información, con las salvedades que haré más adelante.

Finalmente, el Tribunal acepta la tesis de los demandados por tres motivos, en primer lugar porque la libertad de información ampara el reportaje objeto de autos, frente a la intimidación del demandante. En segundo, porque los usos personales del mismo y los usos sociales en general eliminan el concepto de intromisión en la intimidad, ya que el interés general no se halla en la importancia o trascendencia del reportaje, sino en que se trata de unos actos privados en que la persona, por los usos sociales y por el ámbito que mantiene reservado, le ha convertido en punto de atención de los medios de comunicación, y lo son, no sólo por el interés en los detalles de la vida de los demás, sino por constituir en casos semejantes, motivo para importantes cambios financieros. En otras palabras, *el Tribunal afirma que esta información es de interés en el tanto de que pueda ocasionar cambios financieros y de allí el interés público en ello.* Y finalmente en tercer lugar, porque concurre la exclusión de la intromisión al derecho a la imagen, que contempla el artículo 8.2, a) de la Ley 5 mayo 1982, ya que la playa es, indudablemente, un lugar abierto al público, no sólo por ley, sino por la realidad.

En síntesis, las razones de la Sala para casar las sentencias de instancia se basan primero, en que el demandante es persona de proyección pública; segundo, en que se da un interés general de la información; y tercero, en que la imagen se tomó en lugar abierto al público.

Discrepo con esta sentencia, ya que, si bien es cierto el demandante es una persona de proyección pública y la imagen se captó en un lugar abierto al público, la Sala dejó de lado el hecho de que para legitimar la captación, reproducción o publicación de imágenes protegidas por el derecho a la imagen, debe de ser únicamente con fines de mera información, y *la misma Sala en su propia sentencia acepta que es un reportaje sin trascendencia. En este caso, las imágenes carecen de ese fin informativo,* ya que, lo que perciben es despertar la curiosidad de los lectores acerca de un suceso de la vida privada de una persona de proyección pública y así subir sus ventas obteniendo dividendos, lo que a mi parecer la publicación únicamente persigue de una manera solapada que prevalezca el interés comercial de la venta de la revista –que dicho sea de paso, no es un periódico sino una revista de entretenimiento– sobre el interés informativo que se alegó. Si la noticia se hubiera enfocado desde el punto de vista de los cambios financieros que se podrían ocasionar a raíz de la relación entre los dos

demandantes, en ese caso, y sólo en ese caso podría prevalecer el derecho de prensa frente al de imagen.

Es un hecho que la Editorial pagó cuatro millones de pesetas por las fotos en cuestión, y que las sentencias de instancia tasaron una indemnización de veinte millones, que luego se anuló. Resultaría interesante poder valorar las ganancias de la Revista, al haber publicado esas fotos, para ver: ¿si aunque hubiera tenido que pagar los veinte millones seguía ganando a costa de la imagen de un tercero que disfrutaba en la playa?

c) **Caso de publicación de top-less sin consentimiento**

En este caso al igual que en el anterior se publicaron en una revista del corazón fotografías de personaje público en “top-less” en lugar apartado de pantano público, sin consentimiento previo.⁽¹⁵⁾

Hechos:

- La revista “D. M.” de 10 de junio de 1994, número 2233, tanto en la portada, concretamente en su recuadro de su parte inferior, como en las páginas 18, 19 y 20, publicó fotografías de los demandantes, sin el consentimiento de ellos cuando se encontraban en el pantano San Juan.
- Junto a las fotografías se incluyeron las siguientes frases: (en la portada) “Pillamos a Ángeles M. con su novio y en top-less”.
- En algunas fotografías la señora M. aparece con ambas prendas del traje de baño y en otras desprovista de la parte superior del bikini, y el otro demandante, Juan M. G., en todas las fotografías, aparece en calzoncillos.
- Se interpone una demanda contra los autores, directores y editores de la Revista, que termina en una sentencia condenatoria.
- La Audiencia Provincial de Madrid desestima el recurso de apelación interpuesto.

(15) Ángeles M. y Juan M.G. contra la Revista *Diez Minutos*, Audiencia Provincial De Madrid, Sección 11ª, sentencia de 24-3-1998, Rollo de Apelación núm. 730/1996, Aranzadi: AC 1998/4982, España.

El Tribunal señala que para que fuera legítima la vulneración al derecho de imagen no solo es necesario hallarnos ante una persona pública, sino también haberse realizado las fotografías en lugar público. Discrepo del Tribunal, no en el por tanto, sino en el resultando, ya que, si no existen fines informativos de por medio, no importa que la persona y el lugar sean públicos, ya que su imagen se deberá proteger.

Esta sentencia sigue muy de cerca las justificaciones de las demás que hemos estudiado, con una diferencia. La diferencia a la que hago referencia y a la vez no comparto, es que primero se toma como si fuera una fórmula matemática que si el lugar a donde se llevaron a cabo las fotografías, es lugar público, y las personas tienen una condición pública se está en derecho de publicar las fotos sin ningún consentimiento. Luego se hace una diferencia al examinar que las posturas e indumentaria de los fotografiados, si suponen situaciones de cierta intimidad, tanto en cuanto a doña Ángeles M. G., como en lo atinente al resto de los fotografiados. A criterio del Tribunal se revelen el deseo de los fotografiados de mantener una cierta intimidad, sin que ello se vea afectado por el lugar en que los hechos se desarrollan, pues también se ha acreditado que dentro del paraje público que es el Pantano de San Juan, el grupo del que formaban parte los demandantes, se retiró a un lugar apartado y sólo con el uso de teleobjetivos se les pudo fotografiar.

Basándose en que: pese a ser público el lugar se estaba en un ambiente íntimo y alejado, finalmente se desestima el recurso acogiendo la sentencia de instancia, en que se condena por daños morales a los demandados en 2.000.000 pesetas, pese a la importancia que le atribuyó la directora de la revista al publicar las fotografías en la portada a lado precio de la misma –210 pesetas–. En estos casos se debería cuantificar cuál fue la ganancia de la revista por publicar estas fotos, ya que esa ganancia se efectúa dada la imagen de los fotografiados se debería de adicionar esa ganancia económica de la revista a los daños y perjuicios tasados por el tribunal.

3. EL DERECHO DE IMAGEN Y SU VULNERACIÓN

Los *derechos de la personalidad son derechos subjetivos que recaen sobre aspectos o manifestaciones inherentes a la persona, como ser humano*. Tampoco constituyen un sólo derecho con varios aspectos “*ius in se ipsum*” sino un *conjunto de derechos; entre ellos se hallan los del honor, intimidad e imagen*, reconocidos en el artículo 18.1 de la

Constitución Española (RCL 1978/2836) y desarrollados en la Ley citada de 5 mayo 1982; no se trata de un derecho tricéfalo sino de tres derechos diferente pero semejantes.

Comparto el criterio jurisprudencial de que el honor queda muy diferenciado de los otros dos derechos,⁽¹⁶⁾ pero los de intimidad e imagen tiene una difícil separación dogmática y pragmática, e incluso en la doctrina italiana, francesa y especialmente la anglosajona se engloba la imagen dentro del derecho a la intimidad. En el caso costarricense la Constitución únicamente habla del derecho a la intimidad, pero por las definiciones que hace la Sala Constitucional del significado de intimidad se podría decir que al igual que las doctrinas antes citadas, *en Costa Rica la imagen también se encuentra dentro de la intimidad.*

Las primeras sentencias que se dictaron en protección al derecho a la intimidad (right to privacy, right to be alone) fueron en Estados Unidos de América, y se trataban de temas de imagen: Sentencias Roberson v., Rochester Foldin Box co. y Pavesich v. New England Life Insurance Co.

Se podría decir que para nuestros efectos *el derecho a la propia imagen forma parte de los derechos de la personalidad y como tal garantiza el ámbito de la libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos como son la imagen física, voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona.*

La Sentencia del Tribunal Supremo Español de 19 octubre 1992 (RJ 1992/8079) en concordancia con la STS 11 abril 1987, refiriéndose a la imagen la define “*como la figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa, entendiéndose por aquella a los efectos de la protección civil por la Ley Orgánica de 5 mayo 1982, la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción y en sentido jurídico, que es la facultad del interesado a difundir o publicar su propia imagen y, por ende, su derecho a evitar su reproducción, en tanto en cuanto se trata de un derecho de la personalidad*”.

(16) Ver por todos VIDAL MARÍN, Tomás, “*El derecho al honor y su protección desde la Constitución Española*”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

También dice que el derecho a la propia imagen no impedirá su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público, este último precepto establece *una excepción que hace decaer el derecho a la propia imagen en favor del derecho a la información cuando su objeto sea de interés público o también cuando verse sobre personas de notoriedad pública y siempre y cuando la información divulgada se realice en ámbito público.*

Hago hincapié en que esta excepción es en favor del derecho de información y no de la explotación comercial.

Ley Orgánica Española 1/1982, de 5 mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, tipifica como acto de intromisión ilegítima el que consiste en la utilización de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.

Únicamente se legitima dicha captación, reproducción o publicación si esta obedece a fines de mera información y predomina un interés histórico, científico o cultural relevante, pero nunca para fines comerciales o publicitarios, para los que sería indiscutiblemente necesaria la obtención del consentimiento del fotografiado.

Así mismo, en algunos casos se da el caso de que algunos fotógrafos obtienen un doble pago por sus trabajos. Primero cuando la persona famosa –por lo general se da en el caso de las modelos– contrata algunas fotos, para fines personales y paga por ello, y un segundo pago cuando éste vende las fotografías a alguna revista. Esta conducta refleja el enriquecimiento de algunos fotógrafos a costa de la imagen de sus clientes.⁽¹⁷⁾

(17) El caso de las fotografías artísticas el tratamiento debe de ser distinto y por ello se regula de manera diferente que vale la pena comentar. Para que una fotografía tenga carácter artístico, es necesario que el fotógrafo incorpore a la obra el producto de su inteligencia, haciendo que esta trascienda de la mera reproducción de la imagen de una persona bella, porque entonces el deleite que produzca la contemplación procede de ésta, pero no de la fotografía en sí. De esta manera la jurisprudencia nos da otro punto a tomar en consideración, además del carácter informativo de las imágenes publicadas.

El derecho no es una fórmula matemática en donde se pueda afirmar: *Persona con cargo público, profesión de notoriedad o proyección pública + Acto público o lugares abiertos al público = No es necesario el consentimiento*, ya que, como hemos visto, la misma jurisprudencia española ha dicho, que una imagen de una persona con proyección pública en un lugar abierto al público, requiere el consentimiento del fotografiado para la publicación de la misma, en aras de no vulnerar ilegítimamente el derecho a la imagen, y aceptando de manera tácita que en algunos casos lo importante no es definir si el lugar es público o no, sino más bien definir si la persona efectúa una conducta pública o una conducta privada. En ese sentido, creo que el derecho de la imagen va más allá de lo que se garantiza.

Dado el caso de que el derecho de información está limitado por el derecho de intimidad y el de imagen, y viceversa, y que la jurisprudencia no ha entrado a hablar sobre qué es información y qué no, conviene definir: ¿qué es la información? Coloquialmente se dice que la información es un “conjunto de noticias, informes o datos.”⁽¹⁸⁾

Visto de esa manera me atrevería a decir que existen dos tipos de información. La información en “sentido amplio”, que comprende todo tipo de datos. Una novela de ciencia-ficción sería información, una revista de automóviles, también lo sería, las instrucciones de un juego de mesa, la poesía, un libro de cocina, y por supuesto una revista del corazón, todo esto sería información en un sentido amplio, y obviamente esta definición no se debería utilizar para interpretar el derecho de información.

Luego estaría lo que yo llamo información en “sentido estricto”, que comprendería únicamente un conjunto de noticias de interés

Podríamos decir que en los casos de fotografía artística, quien tiene los derechos sobre las fotografías es quien las creó –el fotógrafo– y en los casos de una mera reproducción fotográfica prevalece el derecho a la imagen sobre los derechos del fotógrafo.

Tomando esta definición, se deduce que la gran mayoría de las fotografías que se publican sin consentimiento en la –mal llamada– prensa del corazón no son fotografías artísticas, sino meras reproducciones de gente famosa a quienes se les vulnera su derecho a la imagen y en algunos casos al honor.

(18) *Diccionario de la Lengua Española*, edición de 1989. Ediciones Océano-Éxito S.A., Barcelona, 1989.

público. En este grupo figurarían los periódicos, informativos, noticieros, y el boletín oficial, es decir aquella información periodística de interés general que usualmente se basa en una serie de reglas que buscan la objetividad para la difusión de información a la sociedad.

Partiendo de esta premisa me aventuraría a decir, que *para vulnerar el derecho a la imagen en beneficio del derecho a la información, al publicar fotografías sin el consentimiento del fotografiado, éstas deben de tener carácter informativo*. Es decir, la fotografía debe de ser una noticia de interés público. Así mismo lo ideal para que fuese legítima la intromisión en el derecho de imagen es que el medio que la publique, sea un medio informativo o por lo menos que sea en una sección de carácter informativo dentro del medio.

¿Las revistas del corazón son medios informativos en sentido estricto? A mi criterio las revistas del corazón no son más que una revista para el entretenimiento y como tal, cumplen su función. Nadie puede negar que las revistas del corazón entretienen a quién las lee, pero; ¿informan noticias de interés público?

Se podría decir que dentro de estas revistas aunque ellas no sean de carácter informativo, hay secciones en donde se dan información. Aquí es adonde se complica un poco el asunto, adonde un medio que no es informativo, tiene secciones que sí lo son.

Precisamente por esa indefinición de que es considerado medio informativo y a su vez, dentro de estos medios informativos, qué es información en sentido estricto y qué no, es el Juez el que debe de valorar en qué momento se está dando información y en qué momento es un simple entretenimiento. *Pero lamentablemente no he podido apreciar ninguna definición clara de lo que los Tribunales de Justicia entienden como información y como medio de información.*

En la prensa de corazón a mi parecer existen artículos informativos de interés público, como por ejemplo *el nacimiento de los hijos de Reyes, suceso trascendental para un reino, pero el hecho de que una actriz se esté bronceado top-less en una playa no es de interés público, sino más bien lo que se está haciendo es abusar de la imagen de esa persona para incrementar las ventas de una revista vulnerando el derecho a la imagen de ésta, y explotando su físico sin remunerarle.*

¿Una actriz famosa tomando el sol top-less, en una playa, tiene el mismo carácter informativo que el alza de los impuestos, publicado en algún periódico?

¿Un gran accidente ferroviario, tiene el mismo carácter informativo que la nueva casa que compró la hija de una cantante famosa?

Realmente no es lo mismo, y no tienen todos el carácter informativo de una noticia de interés pública, por eso *yo no calificaría a las revistas del corazón como medio informativo con derechos de información, sino más bien como una simple revista de lectura, como las revistas deportivas, las revistas de surfing, las revistas de buceo o las revistas de automovilismo*, que en ocasiones tiene artículos informativos, pero que en la mayoría de sus páginas lo que hay es material para entretener al lector y no para informarlo.

Nótese además que el objeto de las revistas de corazón no es dar noticias que afecten a la colectividad, sino más bien despertar el interés del lector en informarse de la vida de los famosos y así beneficiarse al incrementarse sus ventas.

A diario vemos como las revistas del corazón atropellan el derecho a la imagen de quienes figuran en ellas. Hace escasos años una revista del corazón, publicó unos desnudos parte de el portafolio personal de modelo, de la recién electa Miss España sin su consentimiento. La revista obtuvo las fotografías al comprárselas a un fotógrafo que las hizo por encargo de la Srta. Ella nunca había figurado desnuda en ninguna revista por lo que además de la explotación de su derecho de imagen se le lesionó su derecho al honor, ya que en algunos círculos se podría considerar inmoral el hecho de posar desnuda para alguna revista. Además en el caso específico de Miss España, quien tiene un juicio pendiente contra la revista, se le pudo crear aun más perjuicio, ya que esas publicaciones estuvieron a punto de impedirle concursar en Miss Universo, dada la normativa del certamen.

No queda de lado mencionar que hay personajes que viven de las revistas del corazón y necesitan de ellas para seguir siendo famosos. En estos casos tengo plena seguridad que este tipo de “famosos” van a dar su consentimiento con tal de seguir apareciendo en las páginas de la prensa rosa. Así que limitar la vulneración al derecho de imagen no acabará con las revistas del corazón, solamente se les impondría el respeto a la imagen.

Existen revistas del corazón que perciben muchas ganancias sin atropellar la imagen de sus personajes, revistas que piden el consentimiento para la publicación de fotos y que no se prestan al juego ilegal de la compra de imágenes robadas en la intimidad de los conocidos famosos.

Actualmente es tanto el beneficio que puede tener una de estas revistas al publicar un top-less robado, que aunque luego sea condenada a pagar daños y derecho de imagen, termina obteniendo ganancias con la publicación sin consentimiento.

Por ejemplo en el derecho estadounidense además de tasar los daños y perjuicios ocasionados al vulnerar el derecho de imagen se cuantifica por aparte las ganancias que tuvo el medio al publicar esas fotografías. Dado que el dinero percibido por el medio se debe a la imagen del fotografiado, a este se le otorga ese monto, ya que sin su imagen ese medio no hubiera percibido ese dinero.

Las sentencias de 9 mayo 1988 (RJ 1988/4049) y de 29 marzo 1996 (RJ 1996/2371), dicen:

“Que, si bien es cierto que el art. 8.2 de la misma Ley Orgánica de 5 mayo 1982 establece que el derecho a la propia imagen no impedirá su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público, también lo es que, como viene entendiendo la doctrina más autorizada, el carácter público de la persona cuya imagen se produzca sin su consentimiento, únicamente legitima su captación, reproducción o publicación a fines de mera información, pero nunca cuando se trata de su explotación para fines publicitarios o comerciales”.

Los tribunales españoles ha afirmado que aunque los límites de este derecho han sido siempre imprecisos y borrosos, lo cierto es que la mayoría de las veces la reproducción o difusión mediante procedimiento técnico o mecánico y sin autorización de la persona a la que pertenezca la imagen reproducida, tendrá un derecho a su protección y, en su caso, un eventual derecho a una indemnización, al resarcimiento, y que la mayoría de las veces rozará o lesionará los derechos a la intimidad, bien personal o familiar y a la propia imagen.

En varias de las sentencias que hemos comentado el punto más importante ha sido, el establecer si el lugar es público o no, para decidir si se requiere o no el consentimiento del fotografiado. En algunas se ha condenado al demandado aduciendo que pese a ser público el lugar estaba alejado y por ello se hace una excepción. Es decir al parecer *se está confundiendo lo que es el derecho de intimidad que ameritaría un*

lugar o un comportamiento íntimo con lo que es el derecho de imagen que finalmente es la explotación de la imagen de alguna persona con el único fin de percibir dinero.⁽¹⁹⁾

Me parece peligroso el hecho de que en estas sentencias se esté buscando como justificante el que la persona sorprendida por las cámaras tenga que estar buscando intimidad y alejada del público. El derecho a la imagen es un derecho de la persona, y si alguien toma fotografías para publicarlas y ganar dinero a costa de la imagen de otro, es casi igual que vender una casa que no es propiedad de uno, es ganar dinero apropiándose un derecho ajeno.

Sin embargo, además de ser una conducta privada tomar el sol en una playa pública, y por eso debería estar protegido por el derecho a la intimidad, el hecho de robar una fotografía de alguien que ejerce un cargo público, tenga una profesión de notoriedad o de proyección pública, y exponerla en una portada de una revista con el fin de que muchos clientes quieran adquirir la revista que tiene impresa esas fotografías vulnera también el derecho de imagen.

En lo concerniente al derecho de imagen, más que definir si el lugar es público o no, creo que se protegería de mejor manera el derecho a la imagen si lo que se evaluara fuera si se explota la imagen plasmada en esa fotografía o no para establecer si se debe pedir consentimiento para la publicación de las fotos.

En cuanto a los funcionarios públicos; la democracia nos permite, escoger dentro de los habitantes de una sociedad a algunos para que nos representen, y es por ello, que a estas personas se les llama

(19) De acuerdo con esta interpretación y amparados en el derecho a la intimidad, ¿si alguna persona con notoriedad pública hace su compra mensual en un supermercado, o compra unos medicamentos en una farmacia, eso facultaría a fotografiarle y describir lo que éste estaba comprando? Imagínense que una persona con notoriedad pública comprara algún medicamento que revele una dolencia poco honrosa y se sorprenda en el momento en que sale de la farmacia. ¿Tendría derecho la revista de publicar las fotos en donde alguien transita con este tipo de medicamento? Creo que, en este caso hipotético, aunque la calle esté abarrotada de gente y la persona tenga notoriedad pública, no tendrían derecho de publicar esas fotos sin consentimiento, ya que es una conducta meramente privada, así como también lo es tomar el sol en la playa.

personas o figuras públicas, se podría decir que estas personas trabajan para el resto de los habitantes, en otras palabras son sus empleados. *Es por eso que en este caso, yo catalogaría como información, todo lo relativo a la moral y buenas costumbres tanto de las personas públicas como de los aspirantes a estos puestos, ya que, la sociedad que lo elige tiene el derecho, de conocer su moral y costumbres, puesto que es su derecho el saber a quién esta eligiendo, y esto podría ser vinculante a la hora de la elección.* Sin embargo, en el caso de que no existiera interés público en las imágenes o detalles de estas personas, estas siguen teniendo derecho tanto a su imagen como a su intimidad. Ejemplo, ¿es información que un alto funcionario del gobierno esté en la playa de vacaciones? –en ese caso no sería información, ya que no es de interés público, no tiene ninguna repercusión en la sociedad de que un alto funcionario y su esposa estén en bañador en la playa. Es por eso que creo que en esos casos las revistas tienen que pedir la autorización para publicar una fotografía del funcionario en cuestión, ya que si no lo hace estaría violando su derecho a la imagen, y se estaría enriqueciendo con estas fotos al vender revista, para fines comerciales. Distinto sería el caso de que el mismo alto funcionario de gobierno y su esposa estén de vacaciones, en bañador, en la playa, junto con algún conocido narcotraficante o delincuente. En este caso creo que sí debería de prevalecer el derecho de información sobre el derecho de imagen; ya que, al ser el funcionario empleado de los ciudadanos es de interés conocer si éste tiene nexos con personas que están al margen de la ley y por ello dejaría de ser entretenimiento para convertirse en información.

Los tribunales de justicia españoles deben de castigar severamente la publicación de imágenes sin el consentimiento, ya que, solo así dejará de ser un negocio para algunas revistas. Recientemente una sentencia sobre vulneración del derecho de intimidad ha sido de gran relevancia por el hecho de que se condenó a 10.000.000 de pesetas a una revista por publicar detalles íntimos de una persona, la relevancia de la sentencia se debió al monto de la indemnización que pese a que la demandante pidió 50.000.000 de pesetas lo que finalmente tasaron es mucho más alto que lo que usualmente se viene otorgando por indemnización en este tipo casos.⁽²⁰⁾ Esperemos que este sea un comienzo para que se endurezcan las indemnizaciones en España y se logre llevar a la práctica la protección al derecho constitucional de imagen.

(20) Tribunal Constitucional, Sección Segunda, sentencia de 05-05-2000, Recursos de Amparo núm. 115/2000, BOE 07-06-2000. Referencia: 2000/8895.

No es lo mismo publicar un top-less, de una bailarina nudista, al de una modelo, al de una presentadora de televisión, de una política, de una campesina o de una simple bañista que está tomando el sol; sin embargo, todas tienen los mismos derechos de imagen, y deberían de poder ir tranquilas a cualquier lugar y tomar el sol en top-less, sin exponerse a que algún roba-imágenes haga dinero a costa de su intimidad e imagen.

En este sentido, la jurisprudencia española dice que *la esfera privada, como parte del honor de la persona, incluye aquel sector de circunstancias que, sin ser secretas, ni de carácter íntimo, merecen, sin embargo, el respeto de todos, porque el derecho que cada uno tiene a que se respete su esfera privada garantiza la inviolabilidad de su vida particular y merece también protección frente a la publicación indebida de hechos particulares o familiares, aunque no sean secretos, prece-diendo de si son ciertos o inciertos.*⁽²¹⁾

Realicemos, que cada individuo tiene derecho a que los demás no reproduzcan los caracteres esenciales de su figura sin su consentimiento, y que esta reproducción supone una violación a un derecho fundamental que puede ocasionar daños.

El derecho a la imagen es un derecho fundamental y como tal, tiene que ser protegido en todos sus extremos. Y en el caso de que sea necesaria su legítima vulneración en beneficio de otro derecho fundamental –como lo es el derecho a la información– se debe efectuar

El TC otorga el amparo dirigido contra sentencia del TS por la que se casa y anula la dictada por AP Barcelona, y aprecia una vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar de la recurrente –personaje con cierta notoriedad pública– por la publicación de amplio reportaje cuyo núcleo lo constituían declaraciones realizadas por persona que convivió con ella en su hogar y vinculada a la misma por una relación laboral. Entiende la Sala que la revelación de distintos aspectos de la vida personal y familiar de la recurrente que van desde supuestos o reales defectos físicos de ésta y los cuidados para paliarlos o evitar que sean conocidos, hasta la descripción pormenorizada de la vida cotidiana en su hogar y los hábitos de los familiares que con ella conviven, carentes además de total relevancia pública, entraña una intromisión ilegítima en la esfera de intimidad de la recurrente constitucionalmente garantizada.

(21) Sentencia del Tribunal Supremo de 26 julio 1995, Aranzadi: RJ 1995/6596, España.

con fines meramente informativos, de interés público, y no con el fin de subir las ventas de una revista de lectura que le dejara ganancias a sus dueños a costa de la imagen de un tercero.

Me siento en la obligación de dejar en sobre la mesa una interrogante que me surgió efectuando este trabajo. ¿Se puede legitimar la vulneración de un derecho fundamental consagrado en la constitución por medio de una Ley Orgánica? Ya que la constitución no hace ninguna limitación al derecho de imagen ni lo delega, y la ley habla de un límite únicamente con fines de información.

En Costa Rica la Constitución, al contrario que en España, no habla expresamente de derechos de imagen y derechos de información. Sin embargo, nuestra Constitución en su artículo 24 dice que “Se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones”.

La jurisprudencia costarricense, refiriéndose a este artículo, además de haber dicho que la intimidad es:

“El derecho del individuo a tener un sector personal una esfera privada de su vida, inaccesible al público salvo expresa voluntad del interesado”,⁽²²⁾ ha dicho también que “en una democracia todo ciudadano tiene derecho a mantener reserva sobre ciertas actividades u opiniones suyas y obtener amparo legal para impedir que sean conocidas por otros.”⁽²³⁾

Si se interpreta que las actividades privadas de los costarricenses pueden entrar en esa esfera de “ciertas actividades”, citadas por la jurisprudencia, se podría decir que aunque la legislación sea diferente, ya que no está escrita igual, protege los mismos derechos.

Para que no quede ninguna duda acerca de la buena interpretación del artículo 24 costarricense se debe volver a citar a la Sala Constitucional cuando dice que:

(22) Sala Constitucional Voto 5376-94, Costa Rica.

(23) Sala Constitucional Voto 3308-94, Costa Rica.

“El numeral 24 de la Constitución Política consagra el derecho fundamental a la intimidad. Se trata de un fuero de protección a la vida privada de los ciudadanos. La intimidad está formada por aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona que normalmente están sustraídos al conocimiento de extraños y cuyo conocimientos por éstos puede turbarla moralmente por afectar su pudor y su recato, a menos que esa misma persona asienta a ese conocimiento... El derecho de honor y prestigio, al igual que sus correlativos de intimidad y de imagen, se tornan en los límites de la libertad de información y de la potestad de investigación del Estado sobre hechos punibles.”⁽²⁴⁾

El artículo 29 de la Constitución Costarricense dice que: *“Todos pueden comunicar sus pensamientos de palabra o por escrito, y publicarlos sin previa censura, pero serán responsables de los abusos que cometan en el ejercicio de este derecho, en los casos y del modo que la ley establezca”*. La jurisprudencia constitucional ha interpretado que el derecho a la información está plasmado en este artículo y como vimos anteriormente limitado por el derecho a la intimidad y a la imagen.

Al evaluar la legislación costarricense me parece que en esencia es muy similar a la española y que con el desarrollo de la prensa del corazón en Costa Rica, en cualquier momento se presentarán casos a ser ventilados en los tribunales por vulneración a los derechos de imagen.

Es por ello que a fin de tener las normas constitucionales claras, no estaría de más incluir en nuestra constitución –la constitución costarricense– el derecho de imagen como un derecho fundamental, para no atenernos a que estará protegido únicamente por la interpretación de la jurisprudencia constitucional.

Siempre es bueno adelantarse a los acontecimientos, por lo que no está de más que en Costa Rica empecemos a hablar de la convivencia del derecho de información y el derecho de intimidad y de imagen en cuanto a la publicación de fotografías sin consentimiento.

(24) Sala Constitucional Voto 1026-94, Costa Rica.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Segunda reimpresión. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- HERRERO-TEJEDOR, Fernando. *La Intimidación como Derecho Fundamental*. Primera edición. Editorial Colex, Madrid, 1998.
- MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo. *La Europa de los Derechos Humanos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*. Madrid, 1998.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo, y otros. *Enciclopedia Jurídica Básica*. Primera edición. Editorial Civitas, Madrid, 1995.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Derecho y Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- RUBIO LLORENTE, Francisco. *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales*. Primera edición. Editorial Ariel, Barcelona, 1995.
- VIDAL MARÍN, Tomás. *El Derecho al Honor y su Protección desde la Constitución Española*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

Leyes:

- Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978 y sus reformas.
- Constitución Política de la República de Costa Rica, de 7 de noviembre de 1949 y sus reformas.

Sentencias:

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sala Segunda, Sentencia de 25-4-1994, núm. 117/1994, Recurso de Amparo núm. 2016/1990, BOE 31-5-1994, Aranzadi: RTC 1994/117.
- AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO, Civil, Sentencia de 24-10-1994, Rollo de Apelación núm. 148/1994, Aranzadi: AC 1994/1897.
- TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Civil, Sentencia de 3-10-1996, núm. 776/1996, Recurso de Casación núm. 4033/1992, Aranzadi: RJ 1996/7012.
- TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Civil, Sentencia de 29-3-1996, núm. 234/1996, Recurso núm. 2895/1992, Aranzadi: RJ 1996/2371.
- TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Civil, Sentencia de 29-3-1988, Aranzadi: RJ 1988/2480.
- AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, Sentencia de 23-1-1996, Rollo de Apelación núm. 691/1995, Aranzadi: AC 1996/127.
- TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Civil, Sentencia de 17-12-1997, Recurso de Casación núm. 30/1994, Aranzadi: RJ 1997/9100.
- AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, Sección 11ª, Sentencia de 24-3-1998, Rollo de Apelación núm. 730/1996, Aranzadi: AC 1998/4982
- Tribunal Constitucional, Sección Segunda, Sentencia de 05-05-2000, Recurso de Amparo núm. 115/2000, BOE 07-06-2000. Referencia: 2000/8895.
- SALA CONSTITUCIONAL Voto 5376-94, San José, Costa Rica.
- SALA CONSTITUCIONAL Voto 3308-94, San José, Costa Rica.
- SALA CONSTITUCIONAL Voto 1026-94, San José, Costa Rica.

**LA JUSTICIA COMO SUPREMA VIRTUD EN PLATÓN
A LA LUZ DEL MARCO DE LA SOCIEDAD CIVIL
Y LA JUSTICIA EN ISRAEL**

Licda. Marcela Ebandi G.

Abogada costarricense

SUMARIO:

Introducción

Capítulo Primero: La idea de lo justo en la sociedad

1. La idea del Estado: la República
2. Unidad de la virtud privada y de la virtud pública

Capítulo Segundo: La justicia como problema ético

1. Concepto de justicia en Platón
2. Concepto de justicia en Israel

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es un análisis comparativo del concepto de justicia en dos mundos distintos: Grecia e Israel. El primero lo enmarca dentro de lo filosófico-político y nos lega el campo de la racionalidad y la conciencia; el segundo, lo enmarca en lo ético-religioso legándonos el campo de la fe y la revelación.

This is a comparative analysis of the concept of justice in two different worlds: Greece and Israel.

The first one is embraced within the boundaries of the philosophic politic view and it leaves us the field of rationality and conscience; the second one is embraced within the ethic-religious view and leaves us the field of faith and revelation.

Esta investigación consta principalmente de dos partes: una, la justicia como suprema virtud en el pensamiento griego, representado éste por Platón y la otra, aspectos generales del tema de la justicia en Israel.

Escogimos a Platón porque consideramos interesante llevar a cabo las relaciones entre ambas culturas –griega y hebrea–, partiendo sin ninguna duda de la existencia de un sistema filosófico con todo el sentido de la palabra. Este está ya consolidado con Platón. Pero además, Platón ha sido considerado a través de la historia del pensamiento, como uno de los filósofos que mayores y más importantes aportes ha dado a la doctrina cristiana.

Del mismo modo que una religión conlleva como columna vertebral un conjunto de preceptos de orden moral, Platón es un pensador que reside en el campo axiológico; del deber-ser. Postula la justicia como suprema virtud y la ética como los fines últimos a perseguir. Sólo mediante la virtud de un individuo enérgico e inteligente que dirija la comunidad, puede restaurarse una República corrompida, en aras del bien común de todos los hombres.

De esta manera resultan algunas relaciones entre el judaísmo que se ofrece a nuestros ojos como la religión de Israel con el carácter distintivo de monoteísta y de revelada por Dios al pueblo escogido y Platón como representante del genio griego fundador del primer sistema filosófico de Occidente.

CAPÍTULO PRIMERO: LA IDEA DE LO JUSTO EN LA SOCIEDAD

1. La idea del Estado: La República

La contribución imperecedera de los griegos a la civilización occidental está en el dominio del hombre y de la naturaleza por medio de la razón. Los griegos no fueron los primeros en pensar en las regularidades recurrentes de los hechos inanimados, pero sí en desarrollar –llegando más allá de la observación– la actitud científica. En el campo de las relaciones humanas, la originalidad griega está en el descubrimiento del estudio científico de la política.

El primer trabajo que merece llamarse ciencia política por aplicar un razonamiento sistemático y una investigación crítica a las ideas políticas y a las instituciones es la República de Platón. Después de 2.300 años, continúa siendo la única introducción a las cuestiones básicas para considerar a los seres humanos como ciudadanos. Una de las relevantes y nuevas ideas de la República es que la mejor forma de gobierno debe ser objeto legítimo del pensamiento científico.

Todo el pensamiento platónico y socrático lleva implícita la idea de la supremacía de la razón y la inteligencia como vehículos de la investigación filosófica para llegar al descubrimiento de los grandes problemas. Ningún estudio político es viable para Platón sin abordar en primera instancia el estudio del hombre mismo.

Como griego de su tiempo, Platón nunca pudo tener una idea clara de la oposición del individuo frente al Estado, ya que la ciudad-estado no era solamente una unidad social, económica y política, sino también una unidad espiritual y religiosa. No es posible conocer una historia de la cultura griega sin aludir a la POLIS.

Los griegos se dividieron en gran cantidad de pequeños Estados, independientes entre sí y que mantenían soberanías locales. En su recinto se localizaban el gobierno y la administración de justicia, además de comercio, industrias rudimentarias y agricultura.

Siendo el hombre un animal político, significa esto que, sólo en la ciudad-organización, fundada no sobre la fuerza bruta, ni sobre intereses pasajeros, ni sobre las prescripciones de los dioses puede el hombre realizar la virtud. La virtud, vista como la capacidad de razonar inscrita en su esencia, puede desplegarse en la forma política de la

ciudad-estado, la que permite a la colectividad instaurar un orden justo y al individuo vivir de manera tal que alcance la satisfacción legítima, bajo el imperio de las leyes.

Resulta imposible para Platón, desligar aunque sea en teoría, el problema ético del problema político. La razón fundamental se debe a que precisamente el fin primario del orden político (Estado) es un problema ético, cual es la consecución del bien común o bienestar general:

“...en la filosofía política clásica de Platón... se considera la vida política desde el punto de vista de una razón dialécticamente desarrollada, emancipada del Nomos de la Polis y soberana. Pero esta razón está dominada por la idea del bien; es una razón moral. La filosofía política clásica del siglo IV está animada de una victoriosa fe en el poder de la razón moral sobre las pasiones. Su ética política es, como toda la ética helénica en general, una ética didáctica de la visión racional. Educa adoctrinando al hombre e ilustrándolo sobre sus verdaderos fines. Cree en la posibilidad de dominar las voluntades híbridas mediante el conocimiento racional, reposado y claro, de lo justo y de lo bueno”.⁽¹⁾

De aquí que hemos elegido el análisis de la justicia como virtud suprema a la luz del marco de la sociedad civil, tema central de su obra capital: *La República*.

En esta obra, se propone de manera explícita determinar la naturaleza de la justicia. Ninguna comunidad humana puede subsistir sin la justicia y ésta es condición fundamental del nacimiento de la vida del Estado. El Estado debe estar constituido de tres clases: la de los gobernantes, la de los guardianes o guerreros y la de los ciudadanos que ejercen cualquier actividad (agricultores, artesanos, comerciantes, etc.). La prudencia pertenece a la primera de estas clases, porque basta que los gobernantes sean sabios para que todo el Estado sea sabio. La fortaleza pertenece a la clase de los guerreros. La templanza, como acuerdo entre gobernantes y gobernados sobre quién debe regir el

(1) RITTER, Gerhard. *El problema ético del poder*. Biblioteca de Política y Sociología. Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1972, p. 17.

Estado, es virtud común a todas las clases. Pero la justicia abarca estas tres virtudes y se realiza cuando cada ciudadano atiende a su propia tarea y a la función social que le corresponde dentro de la *polis*. La justicia garantiza entonces, la unidad y con ella la fuerza del Estado; pero de igual manera, la unidad y la eficacia del individuo. En el alma individual Platón diferencia al igual que en el Estado, tres partes: la parte racional, mediante la cual el alma razona y domina los impulsos; la parte concupiscible, que obedece a todos los impulsos corporales; y la parte irascible, que ayuda a la parte racional y se irrita y lucha por lo que la razón estima justo. Corresponderá a la parte racional la prudencia, a la parte irascible la fortaleza y a la templanza, el acuerdo de las tres partes en otorgar el mando a la parte racional. Al igual que en el Estado, en el alma del individuo se logrará la justicia cuando cada una de sus partes realice su propia función. De este modo, vemos claramente que la realización de la justicia en el hombre y en el Estado solo puede darse paralelamente. El Estado será pues justo, cuando cada individuo atienda solamente a la tarea que le es propia, y el individuo que la cumpla es justo. La justicia se hará realidad, no sólo en la unidad del Estado en sí mismo y del individuo en sí mismo, sino en la unidad del individuo y del Estado en sí mismos, al mismo tiempo.

Dos condiciones estima Platón necesarias para la realización de la justicia en el Estado: una, la eliminación de la riqueza y la pobreza; la otra, la abolición de la vida familiar. La primera, porque ambas imposibilitan al hombre para cumplir su misión, la riqueza lo corrompe, la pobreza le hace indigente. Según Platón, las dos clases superiores –de los gobernantes y de los guerreros– no deben poseer nada ni recibir compensaciones aparte de los medios de vida, pero la clase de los artesanos no está excluida la propiedad y a esta tercera clase se dejan los medios de producción y distribución.

Respecto a la abolición de la familia, ésta deriva de una idea visionaria única en muchos siglos, cual fue la participación de las mujeres en la vida del Estado bajo el principio de igualdad con los hombres, con la única condición de su capacidad. La unión entre hombre y mujer se establece por el Estado con miras a la procreación de hijos sanos; y éstos se crían y educan por el mismo Estado tratando de conformarse todo él como una gran familia. Dadas estas dos condiciones; el principal y gran fundamento de las mismas es el gobierno a cargo de los filósofos.

Toda esta organización política está cobijada bajo la forma del Estado aristocrático, concebido como el gobierno de los mejores. Hay

que aclarar que, esta forma de aristocracia, no corresponde de manera alguna a las existentes en épocas recientes. Estas son todas degeneraciones del hombre justo.

El Estado cifra su razón de existir en satisfacer las necesidades a los hombres. Se requiere para la vida humana de la ayuda y cooperación de los demás, de aquí que el origen de la ciudad-estado sea fundamentalmente una dicotomía entre lo ético y lo económico. De esto se siguen los preceptos de justicia, y de la división y especialización del trabajo. Dado que no todas las personas poseen las mismas dotes naturales y habilidades, deben servir a la comunidad de diversas maneras.

Los tres estamentos o clases solo convivirán pacíficamente dentro de la diversidad de sus intereses y realizando cada grupo su propia función. Así la *polis* cumple su cometido, cuando contribuye a la realización en cada clase de la perfección moral.

La constitución del Estado ideal es aquella monarquía en que el más sabio manda sin leyes y dispone de la dirección con gran facilidad, tal y como lo demanda el bien común.

Tres son las degeneraciones del Estado y tres son las que corresponden al hombre. La primera, es la timocracia, gobierno fundado en el honor, que se da cuando los gobernantes se apropian de tierras y casas, le corresponde el hombre timocrático, ambicioso y amante del mando y los honores, pero incrédulo de los sabios. La segunda forma es la oligarquía, gobierno fundado en el patrimonio y en el cual mandan los ricos; le corresponde el hombre ávido de riquezas, calculador y laborioso. La tercera forma es la democracia, en la cual los ciudadanos son libres siendo lícito hacer lo que se quiera; le corresponde el hombre democrático que no es calculador como el oligárquico sino que, tiende a entregarse a deseos inmoderados. La más baja de todas las formas viene a ser la tiranía, que con frecuencia resulta de la excesiva libertad en la democracia. Es indeseable porque el tirano, para mantenerse en el poder se suele rodear de los peores individuos. El tirano es el más infeliz de los hombres, ya que es esclavo de sus pasiones a las cuales se entrega desordenadamente.

Para Platón la tarea suprema del Estado es la de educar al hombre en la virtud del “sentido de lo justo”, de la *dikaiosyne* (δικαιοσύνη). Se educará con esmero la juventud de los dos estamentos superiores. Por medio de la gimnasia, la música, y la poesía, la juventud se hace

acreedora a recibir los conocimientos que brinda la filosofía. Los mejores estudiantes son seleccionados entre los 20 y 30 años y se les forma con la mayor diligencia y cuidado en la filosofía para que a los 50 años se retiren de la función pública a cumplir la función directora que va a regir el destino del Estado.

La diferencia principal entre los filósofos gobernantes y los productores, es la diferencia entre sabiduría política y conocimiento técnico: “Porque no acabarán los males de los pueblos hasta que los filósofos sean reyes y los reyes filósofos”.

2. Unidad de la virtud privada y de la virtud pública

La teoría del Estado contenida en *La República*, culmina en la concepción de la justicia. La justicia es el vínculo que mantiene la unión en una sociedad, una unión armónica de hombres cada uno con su ocupación dentro de la ciudad-estado de acuerdo a su aptitud natural y a su capacitación. La justicia como suprema virtud es a nivel social el producto de la acción de los hombres justos que viven en armonía consigo mismos y con sus semejantes. Esta armonía nace de la íntima conformidad de las facultades de su alma y esto hará posible del mismo modo, la conformidad de las almas unas con otras. De aquí que, la justicia siendo una virtud individual en su origen se transforma en virtud social.

La injusticia, por el contrario, no solo hace que nuestras facultades y tendencias luchen entre sí en nuestro interior, sino que se encuentren en oposición con los demás hombres. Dado que con la justicia reina el orden en el individuo y en el Estado, es que se afirma que es tanto una virtud pública como privada, toda vez que por medio de ella se procura el máximo bien en el hombre y en la sociedad:

“Así el hombre justo y bueno, posee un alma donde lo racional adquiere pleno imperio sobre sí mismo. Esta manera de ser del alma es la salud y lo adecuado a la naturaleza humana. La injusticia por el contrario, es la sedición () de los tres elementos del alma, donde cada uno no cumple “su función”, sino que una parte de ella que es inferior por naturaleza, usurpa el mando en lugar de obedecer. Esta perturbación y extravío de las especies anímicas es la injusticia, que específicamente, se

expande a través de la indisciplina, vileza, ignorancia y total perversidad. Por tanto, la injusticia es la enfermedad, fealdad y flaqueza del alma, puesto que es contraria a la naturaleza. Esta discordia Platón la contempla tanto a nivel estatal como a nivel anímico, siguiendo así el mismo paralelo entre el Estado y el hombre”.⁽²⁾

En general puede afirmarse que Platón aceptó la identificación socrática de la virtud con el conocimiento. De aquí que, tan inseparable es de la sabiduría el coraje como la templanza. Para Platón hay distintas virtudes según sean los objetos y las partes del alma a cuyos hábitos se refieran, pero todas las virtudes forman una unidad, en la medida que son expresiones del conocimiento del bien o del mal. Las distintas virtudes se unifican en la prudencia o conocimiento de lo que es verdaderamente bueno para el hombre y del modo de alcanzarlo.

Platón se aferró a la idea de que la virtud es conocimiento y es enseñable, por esta razón la educación adquiere el relieve tan grande que tiene en su pensamiento.

En *La República*, considera Platón cuatro virtudes principales o cardinales:

la sabiduría (), el coraje o fortaleza, ()
la templanza () y la justicia ().

La sabiduría es la virtud de la parte racional del alma, el coraje de la parte irascible o vehemente, y la templanza consiste en la unión de las partes vehemente y apetitiva bajo el gobierno de la razón. La justicia es una virtud general que consiste en que cada parte del alma cumpla su propia tarea con la debida armonía. Pero como el individuo es un animal social por naturaleza, inmerso en una sociedad que es la ciudad-estado, el determinar la genuina naturaleza y la función del Estado se torna una necesidad imperiosa.

(2) CAÑAS QUIRÓS, Roberto. *El filósofo y su degeneración. Una investigación basada en la filosofía platónica*. Tesis de grado para optar por el título de licenciado en Filosofía, Universidad de Costa Rica. Facultad de Letras. Escuela de Filosofía, Feb. 1994, p.p. 135-136.

El ideal de *La República* parece quedar en cambio, abandonado en el *Libro de las Leyes* para dejar paso a un proyecto más realizable. Ya no se habla ni de la educación de los filósofos ni de su gobierno que hace útiles las leyes. Platón proclama la necesidad de éstas y las establece hasta con el más minucioso detalle, con una frecuente búsqueda de la exactitud matemática. Es un libro de senectud y ofrece los resultados finales de la reflexión platónica sobre los problemas de la ciudad-estado. Guarda muchas diferencias con *La República* tanto en su calidad literaria como en su teoría. En lo referente al presente trabajo, me interesa destacar únicamente lo relacionado al tema de la realización de la justicia; la ley escrita es la expresión de la ley no escrita, que no es otra que la idea misma de lo justo. Como esta idea se dirige a la razón, a la razón también debe dirigirse la ley escrita.

CAPÍTULO SEGUNDO: LA JUSTICIA COMO PROBLEMA ÉTICO

1. Concepto de justicia en Platón

Expuestos a grandes rasgos los lineamientos centrales de la política de Platón, nos encontramos en el momento de contestar a la pregunta: ¿qué es la justicia?

En el pensamiento humano hay tres conceptos fundamentales igualmente difíciles de definir: la justicia, la belleza y la verdad. Platón se aboca al tema de la justicia y nos dice que la justicia consiste en poseer y hacer lo que es propio de cada cual. Esto quiere decir sin más que cada cual recibirá el equivalente de lo que produzca y ejercerá la función para la que esté más capacitado.

Un hombre justo será entonces aquel que se halle situado justamente en el lugar que le corresponda, actuando lo mejor posible y retribuyendo a la comunidad lo equivalente de lo que recibe.

George Sabine,⁽³⁾ citando a Barrer nos da la siguiente definición:

“Puede definirse, pues, la justicia como el principio de una sociedad compuesta de diferentes tipos de

(3) SABINE, George citando a Barrer Ernst “Greek Political Theory” en: *Historia de la teoría política*. Fondo de Cultura Económica, IV edición en español, México, 1968, p. 51.

hombres que se han unido bajo el impulso de su necesidad recíproca y que por su combinación en una sociedad y su concentración en sus diversas funciones han constituido un todo que es perfecto por ser el producto y la imagen de la totalidad de la mente humana”.

En un sentido global esta definición considera la justicia como “dar a cada uno lo suyo”, porque lo suyo de cada uno que se le trate como lo que es, según su preparación y capacidad corresponde a lo que él debe a la sociedad en la realización de las tareas que en ella se le atribuyen.

Para nosotros, en los umbrales del siglo XXI, esta definición no guarda relación con nuestro concepto de justicia; porque no comporta la noción jurídica que comprenden el término latino “ius” y el inglés “right” y que conllevan necesariamente a situarnos en una realidad donde el hombre está protegido por la ley y apoyado por la autoridad del Estado. Platón a lo sumo llega a concebir en tal concepto el mantenimiento de la paz y el orden público producto de la armonía que reina en el Estado. Esta armonía deriva a su vez de derechos y obligaciones de los individuos si, pero éstos son inherentes a los servicios y funciones que realizan dentro de la comunidad. Recordemos que el desarrollo del Estado o Ciudad-Estado se debe a las necesidades de los hombres y por lo tanto Platón lo analiza bajo el marco de los servicios no de los poderes. Ni siquiera el gobernante es analizado en términos de un concepto de poder, sino de función, ya que su función como gobernante es gracias a su sabiduría.

La noción del poder soberano que conocemos hoy proviene de Roma y de Platón, ni el mundo griego la concibieron.

Como uno de los ejes medulares del pensamiento platónico es la educación, y a través de ella se puede enseñar a los hombres a ser virtuosos, este principio del bien está implícito en la sociedad. Siendo el carácter social un rasgo inherente a la naturaleza humana, la máxima ventaja para el Estado es la máxima ventaja para el individuo. De esta manera, vemos claramente cómo el ajuste perfecto, la eficaz armonía del conjunto, el acoplamiento exacto de los hombres a las posibilidades de empleo y función a desempeñar que ofrece el Estado, pueden conducir al Estado de lo justo. El acto concreto justo es la realización táctica de la justicia.

2. Concepto de justicia en Israel

El vocabulario jurídico hebreo es muy variado y difuso; nada hay en él que recuerde la precisión de términos o conceptos del derecho romano. En el presente trabajo tratamos con mayor énfasis de lo que se puede denominar justicia distributiva o justicia social por enmarcarse el tema dentro del marco de la sociedad civil. No obstante lo anterior, merecen mencionarse aún a grandes rasgos, la justicia de Dios y la justicia original; para coronar la exposición, con la teoría de la justificación religiosa por ser de incidencia capital en la doctrina cristiana.

En la cultura hebrea resulta imposible separar la justicia humana del mundo religioso.

Los términos más frecuentes son mispat () con un amplia gama de valores que comprende, tanto el derecho establecido como el acto justo, la norma jurídica y su recto uso; sédeq, sedaqah (), que también puede ser tanto norma recta como acción ordenada y justa; hesed () que acentúa los sentimientos de humanidad en las relaciones sociales; hoq, huqqah () que de ley escrita (hqq. “grabar”) pasa a significar el derecho derivado de la misma.

La distinción entre unos y otros no se mantiene constante y más bien van empleados como sinónimos, aplicándose tanto a la acción de Dios como a la conducta del hombre frente a Dios y frente a sus semejantes.

A pesar de que muchas de las costumbres y leyes israelitas son comunes con las de otros pueblos y revelan los usos jurídicos tradicionales en el Medio Oriente, la justicia y los consiguientes procesos judiciales fueron siempre interpretados en estrecha relación con la divinidad: la justicia es cualidad divina y exigencia que Dios impone a los hombres. Porque Dios es el Santo y en igual medida es el Justo. El Dios Santo va a mostrar Su Santidad por Su Justicia; va a premiar el bien y castigar el mal.

Esta verdad –la Santidad–, es inexpresable por ser cualidad originaria: lo que él tiene de propio y radical. *Isaías 40/26 Isaías 6/3.*

Como la lengua hebrea carece del adjetivo divino, Yahvé y Santo son sinónimos: *Salmos 7/22 Isaías 5/24.*

Los profetas son los que hacen que la santidad de Dios adquiera relevancia moral, en torno al tema de la justicia que se perfila como un tema religioso con matiz social. Tenemos por ejemplo: en Deuteronomios 24/14 y sgtes, cómo se erige la defensa del pobre, del huérfano, la viuda o el extranjero desvalido, cuyo grito clama a Dios.

Por ello la justicia social o humana bíblica es mucho más amplia que el aristotélico “dar a cada cual lo suyo” (también para los griegos la diké fue originariamente una divinidad que solo con el progreso de racionalización se trocó en mero producto humano).

La justicia bíblica no es simplemente una de las llamadas virtudes cardinales, sino que comprende y abarca toda la vida honrada y santa; a quien nosotros llamaríamos “un santo” en la Sagrada Escritura se le califica de “un justo” que está en orden con Dios y con el prójimo, porque guarda todos los mandamientos divinos y está así sin pecado. No es pues, una virtud parcial, sino la expresión de una conducta intachable. El calificativo de “justo” apunta sobre todo a los deberes sociales de honradez y misericordia respecto del prójimo. Incluso justicia dicen los estudiosos del judaísmo llega a significar toda obra de misericordia. Pero lo específicamente bíblico de la justicia en Israel es su religiosidad esencial. La mejor religiosidad de Israel verá en la justicia del hombre el más noble don divino: no solo la justicia asemeja el hombre a Dios, sino que es concesión y misericordia divina y no logro humano. Se cita a colación en este sentido, que antes de la ley, antes de la circuncisión, Abraham cree confía en Dios y ese abandono se le atribuye como mérito y justicia. Lo que interesa en este sentido, es que la justicia no es tanto cualidad que el hombre adquiere sino don y premio que Dios generosa y misericordiosamente le concede.

Los profetas son los primeros hombres cuya visión del ser humano tienen una profundidad tal que se cuestiona a los desamparados, a los dejados de las manos de Dios. Esto marca un hito, ya que en la antigüedad fue Israel el único pueblo no esclavista. Los profetas van hacia el punto medular de esta realidad de los desamparados, que ofende la santidad y la justicia. Israel es el pueblo de la Alianza, dejar que parte del pueblo esté desamparado es quebrar esa Alianza.

La noción del prójimo se da por primera vez en Israel (reá) como el que está cerca de mí en un principio, y poco a poco se fue espiritualizando.

“Ama a tu prójimo como a tí mismo”, ya aparece en el Antiguo Testamento y un ejemplo de ello lo tenemos en Levítico 19/18. Esto conlleva necesariamente a suponer que toda reconciliación con Dios se da a través del prójimo.

La Alianza comprende tres categorías:

1. Hézed: amor, piedad. *Levítico 19/18*.
El amor a Dios que no abrace el amor al prójimo no tendrá razón de ser.
2. Emét: verdad o fidelidad, lo vemos en *Isaías 49/15*. “Yo no me olvido de mi pueblo”. Al pueblo se le exigirá una solidaridad para que perdure. Esta disposición prohíbe la tenencia de esclavos judíos.
3. Justicia (sédeq o sédeqáh)

La contravención de estas categorías supone “el pecado social”, que en la tradición cristiana se ignoró por años. Israel es pionero en la toma de conciencia respecto a la iniquidad que implica la existencia de ciertas capas sociales.

Ejemplos de lo anterior los encontramos en: *Levítico 25/35* y siguientes.

La justicia de Dios en el Antiguo Testamento descansa sobre la base de la Alianza con su pueblo. De este modo, hay que entenderla no tanto de un modo teórico, a partir de la idea universal de justicia, sino de relación social, de garantía del derecho fundada en un pacto. La justicia de Dios comprende un concepto central teológico e histórico-soteriológico, más extenso que el concepto de “iustitia” romano.

La justicia de Dios se manifiesta muy especialmente en el Antiguo Testamento en la reprobación de los enemigos exteriores de su pueblo, pues ya Yahvé había dado su palabra a Abraham de que poseería la Tierra Prometida. También el individuo se halla bajo el amparo de la justicia de Dios esencialmente justo, apoyado en principios jurídicos –la ley del Sinaí– que supera en alto grado las compilaciones legales de otros pueblos. El hecho de considerar a Yahvé como el único protector del derecho, encierra una gran diferencia con la Grecia antigua, politeísta, carente de una fuerte línea religiosa unificadora en donde

además las fuerzas naturales personificadas no estaban libres de caprichos, arbitrariedad, celos y todo tipo de pasiones. En la Alianza Dios se perfila ante todo como supremo juez asistido de sólidas normas jurídicas que responden y van en concordancia con su propia naturaleza moralmente impecable. Por esto, puede Él, asimismo exigir absoluta sumisión y recurrir ante Él con suma confianza. En esta medida, los conceptos de *sedaqah* y *hésed* se fueron aproximando a los que conocemos como caridad y bondad.

En Isaías, la justicia de Dios está vinculada estrechamente a su absoluta Santidad. Tras la purificación que se alcanza después del destierro, la justicia de Dios puede volverse a entender en conexión con su amor y fidelidad.

Con la confianza en la justicia de Dios se relaciona de forma muy natural la esperanza en el premio de los buenos y el castigo de los malvados.

En relación con la justicia original, ésta se refiere al estado de la primera pareja humana antes del pecado. No entraré a detallar este punto por cuanto además de alejarnos del tema de la justicia normativa, me llevaría a otro estudio y a otro trabajo.

Partamos entonces hacia el tercer punto mencionado que es la “justificación”. El término “justificación” expresa la condición o estado, efecto de la justicia, que comprende en la doctrina católica no sólo el perdón de los pecados, sino también la santificación y renovación interior del hombre. Ambos términos, justicia y justificación, responden a los términos hebreos *sédeq* y *sédaqah* () que provienen de *sadaq* (). *Sadaq* en su significado fundamental tiene varias acepciones:

- 1) “Ser justo”, de modo que esa justicia pueda ser declarada en un juicio legal, puede también designar conformidad a una norma objetiva, como por ejemplo un precepto y también a una norma subjetiva dictada por la conciencia. También comprender los conceptos afines de fidelidad y benevolencia. Encontramos ejemplos de lo anterior en *Job 10/15* y *15/14* *Isaías 43/9* *Salmos 19/10*.
- 2) “Declarar a uno justo”, “reconocer que su causa es justa”: *Exodo 23/7*. *Deuteronomio 25/1*, *Isaías 5/23*.
- 3) “Hacer justo”: *Isaías 53/11*.

Es interesante subrayar la diferencia que asume el término según se trata del sujeto agente de la acción. Si se trata de un hombre o de un juez humano, la declaración de justicia puede ser de un valor únicamente declaratorio, como el caso de justificar al culpable, ya que esto podría ser contrario a la verdad objetiva. En cambio cuando es Dios quien declara la justicia, esta declaratoria es la realización de una verdad, ya que Él no puede declarar como justos a los que no lo son. De aquí pasamos al concepto de “hacer justos”, sobre todo en lo que se refiere al perdón del pecado. La actitud de Dios ante el pecado es la de un Juez que aplica la justicia reivindicativa, sin embargo, como el perdón se expresa por el término de justicia, el pecador debiendo ser castigado es objeto de pura misericordia, traduciéndose el juicio de Dios en un juicio salvador.

Los derivados de sadaq, sédeq y sedaqah que se traducen como justicia, aún cuando son sinónimos presentan matices –en opinión de los entendidos– que conviene aclarar: sédeq. Por ejemplo, expresa relaciones de la justicia entre los hombres o de norma o regla que las regula; así tenemos en *Isaías 1/21-26, 33/5 54/14, Génesis 30/33, Proverbios 10/2*. En cambio, sedaqah, está considerado como la justicia divina, en su manifestación del Ser de Dios en relación con los hombres. De esta manera las cosas podemos resumir en cuatro las acepciones de sédeq y sedaqah:

1. Cuando se refieren a las relaciones de los hombres entre sí o a las relaciones del hombre con Dios, prevalece la noción de justicia judicial tanto punitiva como absolutoria; ejemplos, *Isaías 11/5, 32/1, Proverbios 25/5*.
2. Cuando se refieren a la idea de obediencia a los preceptos divinos en las relaciones del hombre con Dios, ejemplos en *Deuteronomio 9/14, Job 27/6 y 35/8*.
3. Cuando se refieren al atributo divino en virtud del cual Dios castiga al culpable y absuelve al inocente a la manera de un juez imparcial, ejemplos en *Isaías 5/16, 10/22 51/6-8*.
4. Cuando se refieren a la justicia divina que es más bien bondad y misericordia, en virtud de este concepto, Dios nos concede el perdón del pecado. Se refiere específicamente a la justicia salvadora de Dios y a la concesión de beneficios al pueblo de Israel que no tiene más mérito que el de haber sido elegido por Él. Ejemplos al respecto se pueden encontrar en: *Isaías 33/5, 45/8, 51/5. Deuteronomio 6/25*.

CONCLUSIONES

En el presente trabajo resultan difíciles las comparaciones, principalmente porque el tratamiento del concepto de justicia es sustancialmente diferente en el judaísmo y el helenismo. No obstante en lo personal, estimamos que más que comparar, lo importante radica en valorar que son dos culturas opuestas que se influyen mutuamente y que se heredan al pensamiento occidental. Como señala Kaufmann:

“El judaísmo encarnó la idea de la revelación divina, de la profecía y del espíritu sacro; fue la fe en un Dios que dio al hombre la Torá y la mitsvot para mostrarle la senda de la vida y de la virtud, y su aspiración, la de amoldar la existencia conforme a los preceptos inspirados en sus antiguos profetas. La cultura griega, en cambio, se distingue por su idea de la razón científica: pretendió perfeccionar un sistema del pensamiento, una visión cósmica basada en una conciencia racional; creyó en el poder de redención del intelecto, creó la ciencia y la filosofía, y estimó que la razón era capaz de mostrarle al hombre su senda de la vida y de la virtud”.⁽⁴⁾

De esta manera, vemos el teocentrismo, que da primacía y valor supremo a Dios, frente al antropocentrismo que da primacía y valor al hombre en tanto ser racional.

La contribución del pensamiento hebreo a la herencia política del mundo ha sido elemental: la idea de la fraternidad entre los hombres de “un mundo” que ha estado profundamente enraizado en la idea del monoteísmo; tal y como lo transmite la Biblia. Aunque esta contribución no es en modo alguno exclusiva del mundo hebreo, pues se dio en otros pueblos incluso más antiguos, sí se destaca mucho en su pensamiento y modo de vida. El politeísmo griego, por el contrario, hizo difícil la unidad de la humanidad y su pluralismo religioso refleja su incapacidad para sobresalir institucionalmente de los límites de la ciudad-estado.

(4) KAUFMANN, Iejezkel. *La época bíblica*. Editorial Paidós, Buenos Aires. Argentina, 1ª edición, 1964, p. 149.

Los griegos no pueden tener una idea clara de la oposición entre el individuo y el Estado, ya que la ciudad-estado no era tan solo una unidad social, económica y política, sino también una unidad espiritual y religiosa. En la religión politeística de las ciudades-estado, los dioses eran comunidades de dioses y no había problema si un individuo fuese miembro de una comunidad en un sentido y no lo fuese en el otro. Aún cuando el griego desconociera la oposición entre individuo y Estado, sí conocía la “res publica” o cosa común entre los seres humanos.

La religión hebrea separa el alma del hombre de la condición de ciudadano y establece la idea de un espíritu inalienable e indestructible fuera del dominio y de la jurisdicción del gobierno, una filosofía desconocida para todos los griegos.

Desde el punto de vista social, Israel es visionario; puesto que desde el Antiguo Testamento se consigna la máxima social primordial “Ama a tu prójimo como a tí mismo” (*Lev. 19/18*) fuente de inspiración no solamente de doctrinas comunitarias sino de todo humanismo. Israel se opone a toda esclavitud –fenómeno por lo demás muy común en la Antigüedad–, y establece un día de descanso –desconocido en la mayoría de los lugares de la tierra– y contiene una serie de normas protectoras a favor de los trabajadores, deudores, mujeres, niños y pobres.

En Israel el sistema jurídico normativo y el mundo religioso se confunden y Yahvé se considera como el único protector del Derecho; en cambio en Grecia el sistema jurídico normativo no se encuentra unido a la religión, sino que va a adosarse más bien a la normativa que organiza políticamente al interior de las ciudades-estado.

Este sistema alcanzará su plenitud en Roma.

Como el mundo hebreo y griego son esencialmente diferentes, la semántica es también notoriamente diferente.

Mientras que en el hebreo se dan características totalizantes en el sentido que los términos son poco concretos y poco específicos en sus conceptos, (una palabra designa decenas de contenidos), en el griego existe un esfuerzo constante por delimitar los contenidos en aras de lograr nociones únicas, específicas y concretas de significado.

Mientras se configuraba el mundo hebreo, Grecia llegaba a su culminación, con Platón a la cabeza como genio fundador del primer

sistema filosófico en Occidente, creador de una estructura racional de pensamiento donde la razón se erigía por primera vez para dar cuenta de todo lo existente. Israel entre tanto, levantaba una religión.

Meditando sobre este hecho, he llegado a conclusiones personales. La filosofía pudo surgir gracias a que la teogonía no supo dar respuesta a las inquietudes, como sí lo hizo la razón a través del nacimiento de la filosofía en Grecia. Esta no hubiera podido florecer nunca dentro del mundo de religiosidad de Israel.

En cambio, para este pueblo y más tarde para la mayoría del mundo, la fe cumple un papel alterno a la razón, satisfaciendo la respuesta a la pregunta de ser en el mundo.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUS, Jacob Bernard. *La evolución del pensamiento judío*. Editorial Paidós. Buenos Aires. Argentina, 1959.
- AHARONI, Yohanan. *Notas sobre el judaísmo*. Editorial Paidós. Buenos Aires. Argentina. 1ª edición, 1974.
- ALONSO, Schokel Luis. *El mundo bíblico*. Editorial Labor. Barcelona, 1973.
- CAÑAS, Roberto. *El filósofo y su generación. Una investigación basada en la filosofía platónica*. Tesis de Grado para optar por el título de Licenciado en Filosofía. Facultad de Letras. Escuela de Filosofía U.C.R. 1994.
- CHATELET, Francois. *El pensamiento de Platón*. Editorial Labor. Barcelona, 1973.
- CHATELET, Francois. *Historia del pensamiento político*. Editorial Tecnos, 2ª edición, 1992.
- EBENSTEIN, William. *Los grandes pensadores políticos*. Editorial Revista de Occidente. Madrid. 1969.
- IMSCHOOT van P. *Teología del antiguo testamento*. Ediciones Fax. Madrid. 1969.
- JAEGER, Werner. *Paideia*. Editorial Fondo de Cultura Económica. 1ª edición, 9ª reimpresión. México. 1987.
- KAUFMANN, Iejezkel. *La época bíblica*. Editorial Paidós. Buenos Aires, Argentina. 1ª edición. 1964.
- MAS HERRERA, Oscar E. Apuntes del curso *Lo sapiencial en Grecia e Israel*. Sistema de Estudios de Posgrado. Facultad de Letras. U.C.R. II semestre. 1995.
- RITTER, Gerhard. *El problema ético del poder*. Revista de Occidente. Madrid. 1972.
- SABINE, George. *Historia de la teoría política*. Editorial Fondo de Cultura Económica. México. 4ª edición. 1968.

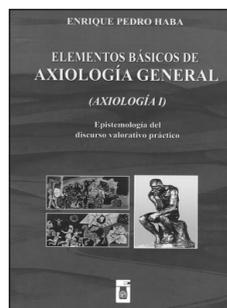
Reseñas bibliográficas a cargo de Jorge Enrique Romero Pérez

Haba, Enrique Pedro. Tomo I. **Elementos básicos de axiología general**. Axiología I (403 páginas); Tomo II. **Axiología jurídica fundamental**. Bases de valoración en el discurso jurídico. Materiales para discernir en forma analítico-realista las claves retóricas de esos discursos. Axiología II (367 páginas) (San José: Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2004).

Esta obra fundamental del Dr. Haba se divide del siguiente modo:

Tomo I:

- A. Elementos de descripción
- B. Planos de enfoque
- C. Posiciones valorativas
- D. Lenguaje y razonamiento
- E. Categoría discursiva - lógica de las cuestiones
- F. ¿Qué juicios de valor, y cómo pueden ser sostenidos científicamente?
- G. El problema de la demostración
- H. Criticismo realista



Tomo II:

- A. Cuestiones preliminares
 - B. ¿Qué significa “justicia”?
 - C. Variadas pautas de valor en el derecho
 - D. Tensiones, antinomias
 - E. Derecho natural y positivismo jurídico
 - F. El “mito jurídico básico” y la seguridad del Derecho
 - G. Modos de fundamentación falaciosos
 - H. Interpretaciones del Derecho
 - I. “Sistema” y apoliticidad como mitología del discurso profesional
- Apéndice Derecho e ideología

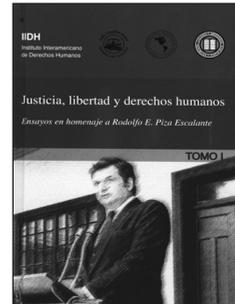
Estos libros de madurez del autor, reflejan la evolución del pensamiento del maestro Haba. Es un aporte esencial en América Latina de

uno de intelectuales más relevantes, en el campo de la teoría general del Derecho y de la filosofía jurídica.

– o –

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Colegio de Abogados de Costa Rica. **Justicia, libertad y derechos humanos.** *Ensayos en homenaje a Rodolfo Piza Escalante* (San José: Editorama, dos tomos, total 1210 páginas, 2003).

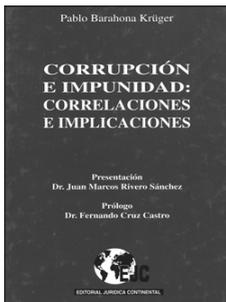
Los importantes ensayos de juristas nacionales y extranjeros en Derecho Público, Constitucional, Derechos Humanos y Tributario en honor del *Dr. Rodolfo Piza Escalante*, se han clasificado para su publicación de acuerdo al criterio institucional de cada una de las partes que ha auspiciado esta valiosa obra.



Su *Prólogo* está escrito por Roberto Cuéllar, Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos; y, sus respectivos *Pre-facios* por el Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Antonio Augusto Cançado Trindade y el Presidente del Colegio de Abogados de Costa Rica, Manuel Amador Hernández.

– o –

Barahona Kruger, Pablo. **Corrupción e impunidad: correlaciones e implicaciones.** Presentación: Dr. Juan Marcos Rivero Sánchez. Prólogo: Dr. Fernando Cruz Castro. (San José: Editorial Jurídica Continental, 209 páginas, 2004).



El contenido de esta obra es:

Delimitación conceptual y aproximación al tema
La impunidad
Correlaciones entre la corrupción y la impunidad
Implicaciones de la corrupción e impunidad
Recomendaciones
Conclusiones
Bibliografía
Anexos.

El *Dr. Marcos Rivero*, en la presentación afirma que basta con abrir las páginas de los diarios en Costa Rica para encontrarse prácticamente todos los días, un nuevo caso, un nuevo problema, relacionado con la impunidad y la corrupción. No es de extrañar que todo ello se traduzca en una constante pérdida de confianza de la población en el funcionamiento de las instituciones democráticas.

Por su parte el *Dr. Fernando Cruz*, en el Prólogo, indica que la mayor parte de los puestos en la Administración pública dependen de consideraciones estrictamente político partidistas. Siendo la financiación de los partidos políticos la madre de todas las corrupciones.

En el tiempo actual del país, la corrupción tiene dimensiones enormes, recordando la ecuación:

Corrupción: control del poder (monopolio) *más* discrecionalidad *menos* rendición de cuentas (transparencia, responsabilidad).

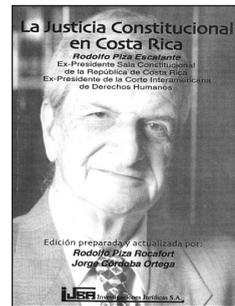
– o –

Piza Escalante, Rodolfo. ***La justicia constitucional en Costa Rica.***

Edición preparada y actualizada por Rodolfo Piza Rocafort y Jorge Córdoba Ortega (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 217 páginas, 2004).

Esta importante obra está dividida en varias partes:

- Primera:* la justicia constitucional en Costa Rica
- Segunda:* ámbito y parámetros del control de constitucionalidad
- Tercera:* modalidades del control de constitucionalidad de normas
- Cuarta:* modalidades de protección de los derechos fundamentales

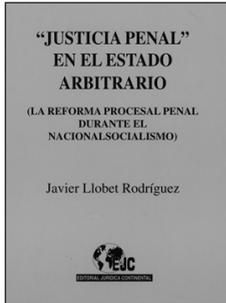


En el *Prólogo* Rodolfo Piza Rocafort hace una semblanza de su padre y en la *Presentación*, Jorge Córdoba Ortega realiza una reflexión sobre la trayectoria vital del autor de este libro.

– o –

Llobet Rodríguez, Javier **“Justicia penal” en el Estado arbitrario. La reforma procesal penal durante el nacionalsocialismo** (San José: Editorial Jurídica Continental, 161 páginas, 2004).

El índice de este libro es:



1. Proceso penal y sistema político
 2. El surgimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como consecuencia de los horrores del régimen nazi y en particular del holocausto
 3. El nacionalsocialismo y sus relaciones con la doctrina de la seguridad nacional latino-americana
 4. El desmontaje del Estado de Derecho durante el nacionalsocialismo
 5. El Derecho en el nacionalsocialismo
 6. La dualidad policía y administración
 7. Los juristas y la reforma penal y procesal penal nazi
 8. Los proyectos de Código Penal y Ordenanza Procesal Penal durante el nacionalsocialismo
 9. La reforma procesal penal durante el nacionalsocialismo
 10. Derecho Penal y Procesal penal del enemigo en la actualidad
- Conclusiones
Bibliografía

En las *conclusiones* su autor afirma que se podría caer en engaño si se estudiara la justicia penal nacionalsocialista a partir de la normativa legal que se fue aprobando durante el mismo, puesto que la base legal fue desbordada totalmente por la actuación meramente policial, que actuaba sin sujeción a ley alguna.

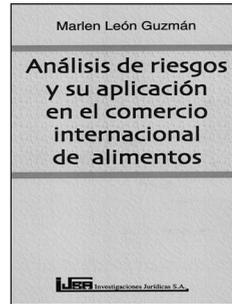
Debemos valorar más la importancia que tienen las garantías penales y procesales, como consecuencia del necesario respeto a la dignidad humana.

– o –

León Guzmán, Marlen. **Análisis de riesgos y su aplicación en el comercio internacional de alimentos** (San José: Investigaciones Jurídicas, S.A., 120 páginas, 2004).

El contenido del libro es:

Capítulo I: análisis del riesgo
Capítulo II: los elementos del análisis del riesgo
Capítulo III: el nivel adecuado de protección en
relación con el análisis de riesgos
Conclusiones
Bibliografía



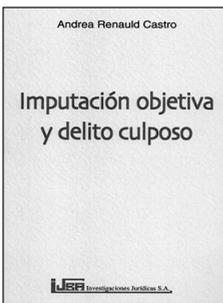
En la *Introducción general*, la autora nos expresa que se analiza jurídicamente el riesgo en el Derecho Alimentario y Sanitario Internacional. De este modo, el análisis del riesgo alimentario es un instrumento técnico y jurídico que permite justificar las medidas sanitarias, como potestades públicas, encaminadas a lograr la protección de la salud humana, animal y la sanidad vegetal (*conclusiones*).

– o –

Israel Barrantes Sánchez. ***Ley general de control interno. Comentada y concordada. Anexo: manual de normas generales de control interno.*** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A. 133 páginas, 2004).

Renauld Castro, Andrea. ***Imputación objetiva y delito culposo*** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A. 254 páginas, 2004).

Las siguientes partes componen esta obra:



I. La acción penalmente relevante
II. La imputación objetiva
III. Tipicidad culposa e imputación objetiva
Conclusiones
Bibliografía

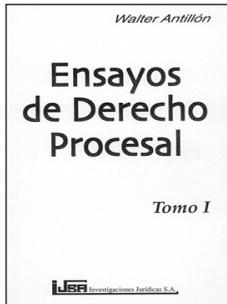
En la *Introducción* su autora nos indica que el objetivo general del libro es examinar el tipo comisivo culposo a partir del método de análisis de la imputación objetiva, partiendo de la

bipótesis de que a pesar del aporte que resulta de la aplicación de la teoría de la imputación objetiva en cuanto a la fijación de controles y límites en la determinación de la conducta culposa, su planteamiento lesiona el principio de responsabilidad penal personalísima.

– o –

Antillón Montealegre, Wálter. **Ensayos de Derecho Procesal** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., dos tomos: primero, 390 páginas, segundo, 413 páginas, 2004).

Esta obra del maestro Antillón, tiene este contenido:



Primer tomo:

Introducción: el camino recorrido

1. La acción penal
2. Notas en el proceso ejecutivo común
3. El proceso ejecutivo según el proyecto de Código de Procedimientos Civiles elaborado por la Comisión de la Corte Suprema de Justicia.

Segundo tomo:

4. La insolvencia del no comerciante y el concurso civil de acreedores
5. El auxilio judicial internacional
6. Modelos procesales para la justicia revolucionaria
7. Aspectos procesales de la nueva Ley de Inquilinato
8. ¿Es el proceso una relación jurídica?
9. El proceso como cultura
10. Derecho Procesal Civil de Centroamérica
11. Una reflexión histórica sobre la casación
12. Jurisdicción y resolución alternativa de conflictos
13. La carga de la prueba en materia civil
14. El sistema de la oralidad
15. Organización judicial y Administración de Justicia

Ese sendero vital que el maestro Antillón construyó, lo matiza así en la *Introducción*:

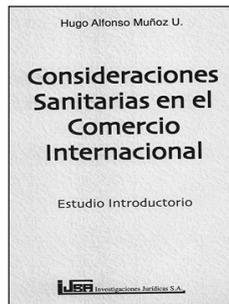
Eclecticismo jurídico en los años juveniles, 1950-1960
Por el camino de la dogmática jurídica, 1961-1975
Tras una epistemología jurídica marxista, 1975-1989
Los retos de la globalización neoliberal, lo actual

– o –

Muñoz Ureña, Hugo Alfonso. **Consideraciones sanitarias en el comercio internacional**. Estudio introductorio (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 276 páginas, 2004).

Esta obra está dividida en estas partes:

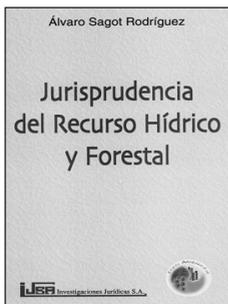
Primera: Aspectos generales
Segunda: Ámbito internacional
Tercera: Centroamérica y Costa Rica
Conclusiones
Anexo: Acuerdo sobre la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias
Bibliografía



En la *Introducción* su autor nos expresa que los países son soberanos para determinar sus niveles de protección sanitaria. Asimismo, los pueblos tienen derecho de exigirle a sus autoridades sanitarias que los protejan de riesgos para su salud, para la salud de sus animales y para la sanidad de sus cultivos.

– o –

Sagot Rodríguez, Alvaro. **Jurisprudencia del recurso hídrico y forestal** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 252 páginas, 2004).



Esta obra contiene dos secciones:

Primera: Recurso hídrico
Segunda: Recurso forestal

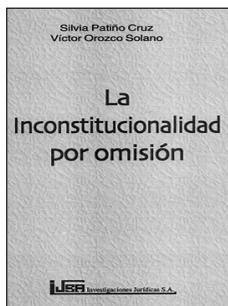
Su autor en la *Presentación* nos indica que este libro tiene como fin primordial el entregar al público una compilación de jurisprudencia muy importante, relacionada con dos áreas vitales para

el futuro de la especie humana, como es lo que tiene que ver con el recurso hídrico y el recurso forestal. A la vez que cita las palabras de un indígena amazónico: *tan sólo cuando el último río sea contaminado, el último pez muerto, el último árbol talado, ustedes se darán cuenta que el dinero no se come.*

Gutiérrez, Jorge Presidente de la Comisión Permanente de Estudio y Revisión del **Código Sísmico de Costa Rica** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 321 páginas, 2004).

Patiño Cruz, Silvia; Víctor Orozco Solano. **La inconstitucionalidad por omisión** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 308 páginas, 2004).

El contenido de esta obra está clasificado en varios títulos:



- I. Supremacía constitucional: fundamento de control de las omisiones constitucionales
 - II. La inconstitucionalidad por omisión
 - III. Garantías de protección de la inconstitucionalidad por omisión
 - IV. Implicaciones jurídicas y políticas del reconocimiento de la figura de la inconstitucionalidad por omisión
- Conclusiones generales
Bibliografía
Anexos

En el *Prólogo* el Dr. Gilbert Armijo afirma que esta investigación va dirigida a destacar el fundamento jurídico del control de constitucionalidad, en sentido amplio, ante las omisiones parciales o totales de las autoridades públicas con poder normativo que violan la Constitución Política.

La autoría del libro afirma que se puede definir la inconstitucionalidad por omisión como una falta de desarrollo por parte de los poderes públicos con potestad normativa, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación (pp. 65-66).

Lozano Chang, Leyla Kristel. ***El curador como órgano auxiliar en los procesos concursales liquidatorios*** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 414 páginas, 2004).

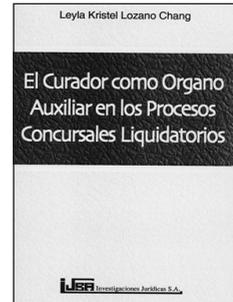
El contenido de este libro se divide en los siguientes capítulos:

- Primero: El curador o síndico
- Segundo: Funciones del curador: administración, gestión y representación
- Tercero: Régimen disciplinario.

Conclusiones

Bibliografía

Anexos: Jurisprudencia.

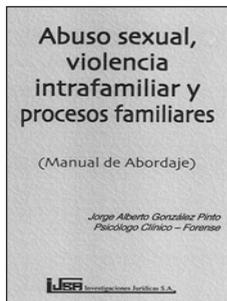


En la *Introducción* su autora nos expresa que esta monografía tiene como objetivo exponer (mediante análisis de doctrina, legislación, jurisprudencia proyectos de ley y otros aportes), la importancia, tecnicismo y responsabilidad con que se deben desempeñar las funciones por el curador.

– o –

González Pinto, Jorge Alberto. ***Abuso sexual, violencia intrafamiliar y procesos familiares***. Manual de abordaje (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 115 páginas, 2004).

Los capítulos que conforman esta obra son:



- I. Violencia intrafamiliar
- II. Abuso sexual a menores
- III. Menores involucrados en procesos familiares

Conclusiones

Bibliografía

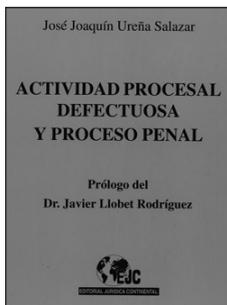
Apéndice: Entidades donde referir, solicitar información y/o atención en materia de violencia intrafamiliar

El autor, psicólogo clínico-forense, nos indica en la *Introducción* que la presente obra tiene como propósito, no sólo ofrecer al estudiante y al profesional en el área de la psicología, derecho y medicina, educación y trabajo social, una visión global de la temática de la violencia

intrafamiliar, del abuso sexual y de los procesos familiares donde hay menores involucrados, sino fundamentalmente proveer a los funcionarios judiciales, así como al personal de otras entidades, de un instrumento de trabajo que incluya las técnicas apropiadas del abordaje, que les permita obtener la más amplia y objetiva información posible sobre un determinado hecho o situación judicial, en la que una víctima de violencia intrafamiliar o un menor se encuentren involucrados, salvaguardando ante todo la estabilidad emocional y la salud psíquica de éstos.

– o –

Ureña Salazar, José Joaquín. **Actividad procesal defectuosa y proceso penal** (San José: Editorial Jurídica Continental, 103 páginas, 2004).



Sin lugar a dudas este libro, afirma el *Dr. Javier Llobet Rodríguez*, en el Prólogo, contribuirá a la discusión dogmática y jurisprudencial con respecto al tema de la actividad procesal defectuosa en Costa Rica, ello luego de la recepción eufórica y acrítica que había recibido el voto 141-2002 y por ello mismo de las reacciones negativas que en ciertos sectores producirá el abandono del criterio vertido en ese voto, ello a través del voto 984-2003 de la Sala Tercera.

Por su parte, su autor señala, en el *Prefacio*, que el tema de este libro es la actividad procesal defectuosa en el proceso penal costarricense y su relación con el principio de preclusión procesal.

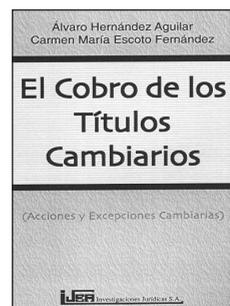
– o –

Hernández Aguilar, Alvaro; Carmen María Escoto Fernández. **El cobro de los títulos cambiarios. Acciones y excepciones cambiarias** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 407 páginas, 2004).

El contenido de este libro se divide en estos capítulos:

- I. Acciones cambiarias
- II. Excepciones cambiarias

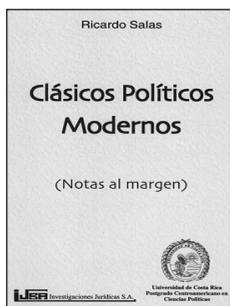
Bibliografía



El objeto de esta obra es brindar a los lectores una visión sistematizada y coherente acerca de las singulares vicisitudes que se presentan estrechamente ligadas, en el ámbito procesal, respecto a las pretensiones cobratorias sustentadas en títulos cambiarios (letra de cambio, pagaré y cheque).

– o –

Salas Porras, Ricardo. **Clásicos políticos modernos**. *Notas al margen* (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., Universidad de Costa Rica, Posgrado Centroamericano en Ciencias Políticas, 261 páginas, 2004).



Este libro trata de *notas al margen* de clásicos en Ciencia Política como: Nicolás Maquiavelo, Francisco de Vitoria, Bartolomé de las Casas, Ginés de Sepúlveda, René Descartes, Marqués de Sade, Federico Engels, Federico Nietzsche, Robert Michels, Max Horkheimer, Antonio Gramsci, Michel Foucault y Roland Barthes.

Su autor nos indica que a lo largo del 2003 tuvo ocasión de elaborar una serie de reacciones ante ciertos clásicos políticos de la modernidad.

Los revisó y aprestó para ser sometidos a consideración de alguna editorial. Hoy ese texto ha sido publicado.

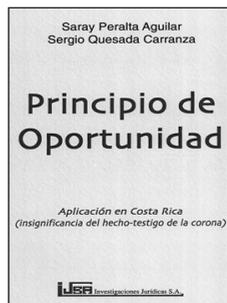
– o –

Peralta Aguilar, Saray; Sergio Quesada Carranza. **Principio de oportunidad**. *Aplicación en Costa Rica (insignificancia del hecho-testigo de la corona)* (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 357 páginas, 2004).

El contenido del libro contiene estos capítulos:

- I. Caracterización del estudio
- II. Marco teórico
- III. Principio de oportunidad reglado en Costa Rica
- IV. Resultados e interpretación

Conclusiones y recomendaciones



En el *Prólogo*, el *Magistrado Daniel González Álvarez*, señala que esta obra analiza el funcionamiento de un vital instrumento jurídico que ha sido puesto en manos del Ministerio Público, constituido por el principio de oportunidad, según el cual dicho órgano del Estado puede prescindir de la acusación penal en ciertos supuestos previamente definidos por el legislador, no obstante que en el caso concreto, subsistan suficientes elementos probatorios para concluir que una persona ha cometido un hecho delictivo reprimido con una sanción penal.

En esta investigación se pone al descubierto que la práctica ha tergiversado los objetivos de política criminal que se persiguieron, en virtud de la arbitrariedad con que se le asigna la etiqueta de “bagatela” a los casos en que se opta por aplicar el *principio de oportunidad*, con el único propósito de eludir trabajo, caracterizado por un interés interno y gremial, más que el de buscar una mayor eficiencia en la persecución de los delitos.

– o –

Chinchilla Coto, José Carlos; Maynor Antonio Mora Alvarado. ***El debate costarricense sobre la fertilización in vitro. La disyuntiva de Frankenstein*** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 169 páginas, 2004).

Su contenido está dividido así:

- I. Ni a favor ni en contra
 - II. El anhelo de procrear
 - III. La persona es una persona
 - IV. Los grupos de células
 - V. Religión contra ciencia
 - VI. La racionalidad ética
 - VII. Amor inconstitucional
 - VIII. El cuarto poder
 - IX. Todo lo contrario
- Fuentes.



El libro inicia su exposición informando que el 11 de octubre del 2000, la Sala Constitucional dio a conocer su *voto 2306-00* sobre la fertilización *in vitro* y la transferencia de embriones.

Este libro plantea un debate sobre esa resolución constitucional. Es una reflexión sobre la tecnociencia y sus efectos sobre la integración social y la acción del sujeto en la sociedad contemporánea.

INDICE

	<i>Pág.</i>
<i>Presentación</i>	9
 Ensayos:	
La colegiatura obligatoria al Colegio de Abogados como requerimiento para ejercer el Derecho en Costa Rica <i>Licda. Iliana Arce Umaña</i>	11
Los “grandes principios” del derecho del ambiente y del derecho del urbanismo <i>Prof. Jacqueline Morand Deviller</i>	29
La valoración económica de los activos de propiedad intelectual <i>Lic. Pedro Chaves Corrales</i>	49
Aumentando el valor semántico de la información jurídica. Un ensayo informático <i>Carlos Loría Sáenz</i>	81
El proceso electoral costarricense de 1886. Elementos fácticos y normativos <i>Licda. Jéssica Girón Beckles</i> <i>Lic. Frank Alvarez Hernández</i>	103
La autonomía constitucional de las municipalidades <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	125
Carácter vinculante de los criterios de la Sala Constitucional <i>Dr. Mauro Murillo A.</i>	155
Justicia y desarrollo: la justicia como centro del proceso de reforma del Estado <i>Licda. Nancy Fernández</i>	163
El derecho fundamental a la propia imagen y la publicación de fotografías <i>Lic. Fernando Lara Gamboa</i>	187
La justicia como suprema virtud en Platón a la luz del marco de la sociedad civil y la justicia en Israel <i>Licda. Marcela Echandi G.</i>	215
Reseñas bibliográficas <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	235

Impreso por
Litografía e Imprenta LIL, S.A.
Apartado 75-1100
San José, Costa Rica
378334