

**UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO**

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA
de
CIENCIAS JURIDICAS
97



SAN JOSE, COSTA RICA
ENERO - ABRIL
2002



Revista de Ciencias Jurídicas
Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho
Colegio de Abogados
No. 97 - Cuatrimestral
enero - abril - 2002 - 184 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:

Máster Christian Hess Araya (*Vocal 1º*)

Lic. Rafael Picado Chaves (*Vocal 2º*)

Lic. Salvador Arauz Figueroa (*Vocal 3º*)

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

Dr. Alfredo Chirino Sánchez

Lic. Jorge Sáenz Carbonell

Lic. Federico Sosto López

JUNTA DIRECTIVA
COLEGIO DE ABOGADOS

2002

Presidente:

Dr. Manuel Amador Hernández

Vicepresidente:

Dr. José Manuel Arroyo Gutiérrez

Secretaria:

Dra. Rosa María Abdelnour Granados

Prosecretaria:

Licda. Alexandra López Soto

Tesorero:

Dr. Paul Rueda Leal

Fiscal:

Lic. César Augusto Mata Rodríguez

Vocal 1:

Máster Christian Hess Araya

Vocal 2:

Lic. Rafael Picado Chaves

Vocal 3:

Lic. Salvador Arauz Figueroa

Vocal 4:

Licda. Shirley Montoya Villalobos

Vocal 5:

Licda. Ana Belicia Miranda Rivera

Fiscal

Lic. Gilberto Corella Quesada

**AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS**

Rector:

Dr. Gabriel Macaya Trejos

Director Consejo Universitario:

Dr. Claudio Soto Vargas

Vice-Rector de Docencia:

Dr. Ramiro Barrantes Mesén

Vice-Rectora de Investigación:

Dra. Yamileth González García

Vice-Rectora de Acción Social:

Dra. Leda Muñoz García

Vice-Rectora de Vida Estudiantil:

Máster Alejandrina Mata Segreda

Vice-Rector de Administración:

Máster Jorge Badilla Pérez

Decano Facultad de Derecho:

Dr. Rafael González Ballar

Vice-Decano Facultad de Derecho:

Lic. Wilberth Arroyo Alvarez

Decana Sistema de Estudios de Posgrado:

Dra. María Pérez Yglesias

Coordinador de la Comisión Editorial:

Dr. Fernando Durán Ayanegui

PRESENTACION

En este número se publican investigaciones en los campos del Derecho laboral, informático, ambiental, comercial e historia del Derecho. Se publican reseñas bibliográficas relevantes.

El director y editor



In Memoriam

Ha fallecido el distinguido jurista

Don Armando Arauz Aguilar

Este notable jurista fue Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y Vicepresidente de la República.

Expresamos las más sentidas condolencias a su estimable familia.

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez
Director - Editor



In Memoriam

Ha fallecido el distinguido jurista

Don Edgar Cervantes Villalta

Este notable jurista fue Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Presidente del Colegio de Abogados y Presidente del Poder Judicial.

Expresamos las más sentidas condolencias a su estimable familia.

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

Director - Editor

EL PRINCIPIO
“PARA IGUAL TRABAJO IGUAL SALARIO”
(Noción y fundamento)

Lic. Gustavo González Solano^()*

Profesor de Lógica Jurídica. Facultad de Derecho.
Universidad de Costa Rica.

SUMARIO:

El principio de derecho laboral: “Para igual trabajo igual salario”

Sección I: Noción general del PTS

A) Concepto del PTS

- 1) El PTS: Contenido normativo formal
- 2) El PTS: Contenido normativo sustancial

B) Función del PTS

- 1) El PTS: autoridad y en el sistema de autoridades
- 2) El PTS: como razonamiento normativo

Sección II: El fundamento del PTS

A) Justicia formal y concreta

B) Justicia e igualdad

El siguiente trabajo pretende mostrar el uso (s) o sentido (s) jurídico (s) que tiene el Principio de Derecho: “para igual trabajo igual salario” (que por comodidad y economía narrativa abreviaremos como PTS) en el Derecho Laboral para las soluciones de los conflictos laborales.

EL PRINCIPIO DE DERECHO LABORAL: “PARA IGUAL TRABAJO IGUAL SALARIO”

Este punto brinda una noción del PTS con énfasis en el funcionamiento real o empírico del PTS.

SECCIÓN I: NOCIÓN GENERAL DEL PTS

A) CONCEPTO DEL PTS

1) EL PTS: CONTENIDO NORMATIVO FORMAL

Los principios generales del Derecho son directrices básicas utilizadas para la creación o interpretación de las normas jurídicas y la resolución de casos jurídicos. Como principios que son ellos indican la forma como debe ser regulada una situación X para alcanzar la realización de “Y” fines (la resolución de casos o conflictos de acuerdo a ciertos valores o hechos determinados.).

Para tal efecto cada rama específica del Derecho cuenta con una serie de principios que se incluyen en su conjunto de normas, sea como verdaderas normas jurídicas o como un conocimiento extra-jurídico con relevancia jurídica. El Derecho laboral no es la excepción y para ello ALONSO GARCIA nos señala que:

“...Por principios informadores del Derecho del Trabajo entendemos aquellas líneas directrices o postulados que inspiran el sentido de las normas laborales y configuran la regulación de las relaciones de trabajo con arreglo a criterios distintos de los que pueden darse en otras rama del Derecho...”⁽¹⁾

Señala esta definición que los principios del Derecho Laboral son puntos de partida que inspiran o dan el sentido (o uno de esos sentidos lingüísticos) a las normas jurídicas laborales. Continúa el autor señalando en contra de una noción muy amplia de los principios que:

(1) ALONSO GARCIA, MANUEL. *Introducción al estudio del Derecho del trabajo*. Barcelona, casa editorial BOSCH S.A., no indica edición, 1958, p. 300.

“...Si quisiéramos aplicar, con un sentido muy *amplio* y salvadas todas las posibles diferencias, esta noción al Derecho del Trabajo, tendríamos que decir que los principios del derecho Laboral son las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica laboral. La correspondencia entre uno y otro concepto no es, ni puede ser, exacta, toda vez que lo que denominamos principios informadores del derecho del trabajo se manifiestan en preceptos normativos expresamente formulados y con absoluto valor legal, por consiguiente, se trata, en definitiva, de verdaderas normas que inspiran y definen el sentido de los preceptos laborales y el criterio con arreglo al cual quedan resueltos una serie de problemas dentro del Derecho del Trabajo y en un sentido distinto del que cabría darles en otras ramas jurídicas...”⁽²⁾

Como bien reconoce el autor, los principios son como verdaderas *normas* que definen el sentido de los preceptos legales y criterios por los cuales se resuelven variados problemas presentados en el Derecho Laboral. Por ahora queremos ampliar el punto someramente insinuado por el autor al final del texto. ¿Cuáles problemas en específico se pueden resolver? El autor nos da la solución en un texto posterior en el cual amplía su concepto de principios del Derecho Laboral y sobre ellos dice:

“...Por tales entendemos aquellas líneas directrices o postulados básicos de la tarea interpretativa que inspiran el sentido con que han de aplicarse las normas laborales, ser desentrañado –en caso de duda– el contenido de las relaciones de trabajo, o desvelada justamente la intención que presidiera la voluntad de los sujetos contratantes...”⁽³⁾

Los principios del Derecho Laboral (o cualquier otros principios) representan (o al menos las consecuencias que de ellos se derivan representan) valores y conductas consideradas como necesarias en las resolución y regulación de las relaciones laborales. Como más concretamente indica PLA RODRÍGUEZ:

“...Los principios pueden definirse como las directrices que informan algunas normas e inspiran directa e indirectamente una

(2) *Ibidem.*

(3) ALONSO GARCIA, MANUEL. *Curso de Derecho del Trabajo*. Barcelona. Editorial Ariel, sexta edición actualizada, 1980, p. 251.

serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos...”⁽⁴⁾

Son a tal punto tan necesarios para resolver los casos y el contenido de las relaciones de trabajo que se les quiere otorgar casi todas las funciones interpretativas y de aplicación posibles:

“...Según DE CASTRO, los principios de Derecho cumplen una triple misión:

- a) Informadora: inspiran al legislador, sirviendo como fundamento del ordenamiento jurídico.
- b) Normativa: actúan como fuente supletoria, en caso de ausencia de ley. Son medios de integrar el Derecho.
- c) Interpretadora: Operan como criterio orientador del Juez o del intérprete.

Esta pluralidad de funciones explica que haya algunos de esos principios que sirvan más para el legislador o el creador de normas laborales, es decir, que cumplen una misión de inspiración o información de la norma; y otros que sean más útiles para ese triple papel...”⁽⁵⁾

Conclusiones generales extraídas de las nociones dadas por los autores son que:

Los principios generales del Derecho son:

- a) Puntos de partida para otorgar el sentido jurídico a las normas.
- b) Directrices o *normas* que señalan la *forma* de interpretar (dar sentido) a otras normas.
- c) Son considerados como indispensables en las resoluciones de los conflictos jurídicos.

(4) PLA RODRIGUEZ, AMERICO. *Curso de Derecho laboral*. Montevideo, Acali Editorial, no indica edición, 1976, p. 33

(5) PLA RODRIGUEZ, AMERICO. *Los Principios del Derecho del trabajo*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, segunda edición actualizada, 1978, p. 11.

- d) Además se les reconoce el papel *creador* de las normas mismas (sea en su función integradora o informadora del Derecho) rebasando su papel señalador de la forma de interpretación de una norma y constituyéndose en fuente misma de ella.
- e) Es decir cumplen los papeles de indicador del sentido de una norma, norma y *fuentes* misma de ella.

Como bien se sabe para determinar los mandatos que indica un texto jurídico hay que interpretarlo. Interpretar es proponer un sentido jurídico que se le impute como contenido semántico a un texto jurídico.⁽⁶⁾

Ese sentido jurídico, será el significado del mismo y el que usualmente le corresponde y se le atribuye al texto de modo convencional.⁽⁷⁾ Suele ocurrir que por la convencionalidad del sentido jurídico del texto jurídico, dicho texto puede tener hasta tantos significados como sujetos interpretando el texto. Ya que cada sujeto es el que propone un significado jurídico, pudiendo darse diversas imputaciones de sentido jurídico de un texto, variadas tanto en su alcance normativo como en su dirección normativa.⁽⁸⁾

Partiendo de la necesidad e importancia que tienen los principios en la regulación general de las relaciones entre las personas y si se acepta su mejor capacidad explicativa de un texto normativo se ve que a los principios generales se les *agrega* la capacidad normativa o prescriptiva que tienen los mismos textos normativos. Adquieren una función reguladora directa y autónoma de las situaciones y hechos concretos. Ya que dan, al fin y al cabo, un sentido normativo a otra norma o a la situación de hecho. Refinándose posteriormente la técnica jurídica, llegan los principios generales, a plasmarse posteriormente en leyes.

“...la significación que, a nuestro juicio, cabe aplicar a estos principios, con mayor eficacia, y ligada a su auténtico sentido, es la de actuar como *orientadores de la labor interpretativa*, indicando el método esclarecedor de las normas, y, en cada caso, **la**

(6) HABA MULLER PEDRO, ENRIQUE. *Apuntes sobre el Lenguaje Jurídico III*. Alternativas para el intérprete. **Revista de Ciencias Jurídicas**, San José, Setiembre-Diciembre, 1979, p. 159.

(7) *Ibid*, p. 60, 162.

(8) *Ibid.*, p. 199.

fórmula interpretativa que se debe elegir.⁽⁹⁾ (subrayado y negrilla es nuestro).

El principio es lo que su nombre indica, una autoridad que fundamenta una norma o un conjunto de ellas, regulando a su vez la forma de interpretar esa norma o conjunto y la forma de solucionar la situación fáctica concreta.

2) EL PTS: CONTENIDO NORMATIVO SUSTANCIAL

A diferencia del contenido formal, la discusión del contenido **sustancial** es tan escasa en la Doctrina que si acaso uno que otro autor le dedica un párrafo o sección. Ello debe ser causado por la fácil comprensión y aceptación de su significado lingüístico que tienen los operadores jurídicos y personas en general del mismo. No por ello dejan de surgir dudas acerca de su correcta aplicación en los casos concretos, dudas que sólo se pueden resolver a través del estudio de la jurisprudencia. La cual le toca definir y delimitar los usos y aplicaciones del PTS. en cada caso concreto.

B) FUNCION DEL PTS

La noción y aplicación del PTS presupone inicialmente que A TODAS LAS PERSONAS que entran en la categoría⁽¹⁰⁾ general de "Trabajo" –los trabajadores– excluyendo por consiguiente a los no trabajadores, SE LES DEBE DAR UN TRATAMIENTO IGUAL. Ese tratamiento que a todos los sujetos se les da en igual forma para todos y a cada uno de los integrantes de la categoría sin excepción es la retribución salarial. El salario es idéntico por el hecho de integrar la misma categoría, no por el único hecho de dar un tratamiento igualitario a todos. Como no todos los trabajos son iguales ni tampoco las ejecuciones del mismo en las mismas condiciones de eficiencia, es que todos los trabajos no se pueden remunerar de una única e igual forma. Hay distintos trabajos y distintas clases del mismo, los cuales constituyen

(9) ALONSO GARCIA, MANUEL. *Curso de Derecho del Trabajo*, p. 251.

(10) En la sesión de las 15 horas del 1 de agosto de 1949 celebrada por la Asamblea Nacional Constituyente se discutió el contenido de dicha norma, explicando el señor LUIS ALBERTO MONGE ALVAREZ su inclusión en la constitución.

a su vez diversas categorías a las cuales ingresarán solo los sujetos que cumplan los requisitos para estar en ellas.

La categoría "Trabajo" establece para los integrantes de ella un tratamiento igual y proporcional a sus labores plasmado en un salario igual y proporcional para todos y cada uno de ellos. Si sus trabajos son distintos sus salarios deben de ser distintos. Así a cada categoría o puesto de trabajo le ha de corresponder un único salario específico. A cada subclase de trabajos le ha de corresponder un salario específico y distinto del de otras subclase.

Las dos categorías básicas que manejan el PTS son :

TRABAJO _____ SALARIO.

Obviamente el trabajador debe pertenecer a una categoría específica, siempre dentro de la categoría de Trabajo (por el hecho de realizar un trabajo específico) para que pueda optar al salario de ese trabajo. ¿Cómo se pertenece a esa categoría de Trabajo? Se pertenece a esa categoría cumpliendo con los requisitos determinados que esa categoría señale y / o realizando las labores que los otros integrantes de esa categoría también realizan. Si se cumple con los requisitos y se ejecutan de la misma forma las labores de la categoría concreta se tiene derecho que lo traten de igual forma, es decir que lo remuneren de la misma forma con que remuneraría a otro sujeto de esa categoría, sino se comete una injusticia.

Si un trabajador se puede incluir en la categoría de trabajo o de la sub-categoría o subclase del trabajo a la cual le corresponde (por el

"...En relación con el artículo 53 la fracción Social Demócrata presentó moción para que se lea del modo siguiente: "todo trabajador tendrá derecho a un salario mínimo por jornada normal, de fijación periódica, y que procure al trabajador bienestar y existencia digna. El salario será siempre igual para trabajo igual en idénticas condiciones de eficiencia."

El señor MONGE ALVAREZ explicó brevemente la moción anterior. Indicó que en realidad no estaban innovando, ya que en el fondo la moción coincide con el artículo 53 que se refiere al salario mínimo. *Solo han incluido un principio fundamental de que a trabajo igual en idénticas condiciones de eficiencia corresponde salario igual.* Por lo demás este principio se incluye en nuestro Código de trabajo." Actas de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, San José, imprenta Nacional, no indica edición, acta No. 121. tomo III, 1956, p. 3.

hecho de cumplir los requisitos de la categoría o sub-categoría) debe de recibir el salario correspondiente a dicho trabajo.

Se analiza para la aplicación concreta del PTS: los requisitos del puesto y si el trabajador los cumple, que las labores efectuadas sean las mismas a las señaladas por el puesto. Que las funciones y las responsabilidades sean las mismas que las que desplegaría otro sujeto ubicado en esa categoría. De lo contrario (si se cumplen otras funciones o se tienen otras responsabilidades) se pertenecerá a otra categoría con otra asignación salarial distinta. Si se cumplen las funciones con las mismas responsabilidades y cumpliendo con los requisitos necesarios de la categoría y se gana un salario menor o distinto al de esa categoría se está cometiendo una violación al PTS, se está cometiendo una *injusticia*. No se está aplicando la *regla de justicia* que dice que a cada quien se le retribuye según su trabajo. La regla es precisamente proceder a atribuir a la persona que se encuentre en la categoría de "Trabajo" de la misma forma que se retribuiría a las demás personas que la integran. Si no se procede así se está incumpliendo esa regla o norma.

Por los diversos trabajos se debe de establecer una gama escalonada sobre los cuales recaerá un salario escalonado y proporcional, acorde y correspondiente a las distintas categorías o puestos de trabajo para los distintos trabajadores. Si dos sujetos se encuentran en iguales categoría cumpliendo iguales funciones o servicios hay que atribuir un salario idéntico a ambas personas, sino como dije se infringe la regla de justicia establecida por el PTS.

1) EL PTS: AUTORIDAD Y EN EL SISTEMA DE AUTORIDADES

El PTS es un principio *constitucionalmente* reconocido. La Constitución Política de 1949 en su artículo 57 indica lo siguiente:

“ARTICULO 57: Todo trabajador tendrá derecho a un salario mínimo, de fijación periódica, por jornada normal, que le procure bienestar y existencia digna. El salario será siempre igual para trabajo igual en idénticas condiciones de eficiencia...”⁽¹¹⁾

(11) El uso del término "CATEGORIA" en esta explicación teórica no representa precisamente el significado técnico-jurídico utilizado en el Derecho Laboral. Pero la similitud que tienen para indicar la existencia de un puesto (general o específico) al cual corresponde un grupo determinado de personas con ciertos elementos en común nos brindará más ventajas que confusiones a la hora de entender la noción del PTS.

El artículo 7 de la Constitución Política señala que los tratados y convenciones internacionales aprobados y ratificados por nuestro país tienen autoridad superior a las leyes. Los Tratados Internacionales que mencionan el PTS destaca la Declaración Universal de Derechos Humanos (Artículo 23: inc. 2,); el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Artículo 7 . inc. “ a”, sub-inciso: i); y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Artículo 11, inciso 1, sub-inciso: d) entre otros.

En nuestras leyes destaca el Código de Trabajo que dice en su artículo 167:

“... ARTICULO 167: Para fijar el importe del salario en cada clase de trabajo se tendrán en cuenta la cantidad y calidad del mismo. A trabajo igual, desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia iguales corresponde salario igual, ...”

Las normas estudiadas sugieren un concepto legal del PTS que en lo de fondo no varía de las apreciaciones teóricas brindadas arriba. El concepto legal del PTS se extrae de los art. 167, 162 y 18 del Código de Trabajo.

Por salario se entiende:

“... ARTICULO 162: Salario o sueldo es la retribución que el patrono debe de pagar al trabajador en virtud del **contrato de trabajo**...”

El contrato de trabajo señala el tipo de prestación que da el trabajador por la remuneración salarial.

Por contrato individual de trabajo se entiende:

“...ARTICULO 18: Contrato individual de trabajo sea cual fuere su denominación es todo aquel en que una persona se obliga a prestar a otra sus servicios o a ejecutarle una obra, bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada de ésta, y por una remuneración de cualquier clase o forma...”

El artículo 18 tiene un aspecto relevante para el PTS, resalta la característica específica y requisito necesario para incluirse en la categoría general de Trabajo, que es ser trabajador: Es aquel sujeto que se encuentra bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o

delegada de ésta. Agregando la consecuencia necesaria de que a los sujetos que integran ésta categoría **tiene que dárseles la remuneración** por sus servicios o la realización de una obra. El artículo 162 recalca la **obligación de pagar** tales servicios pero como lo indica el artículo 167, de una **manera igual para todos los trabajadores que realicen iguales servicios o realización de una obra en condiciones de puesto jornada y eficiencia iguales.**

Así se definiría legalmente (en nuestro sistema jurídico) el PTS como aquella norma mediante la cual a:

aquel (aquellos) sujeto (s) que se encuentra (n) bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada de ésta tiene que dársele (s) la remuneración por sus servicios o la realización de una obra de una manera igual que a todos los trabajadores que realicen iguales servicios o labores en condiciones de puesto jornada y eficiencia iguales.

Aunque consideremos el PTS como el fundamento de una norma es imposible descartar el sistema de rangos que el mismo derecho establece. El cual ubica jerárquicamente a todas las normas incluyendo el PTS también como norma. Pudiéndolo ubicar en cualquiera de los niveles previstos. En Costa Rica existe la ventaja de que al PTS se le confiere rango constitucional, el máximo grado de acatamiento jurídico.

2) **EL PTS: COMO RAZONAMIENTO NORMATIVO**

¿Cómo se le presenta al operador jurídico la aplicación del PTS? El PTS se le presenta al operador jurídico como una regla que determina la atribución salarial idéntica a un grupo de trabajadores que cumplen los requisitos y las tareas idénticas, es decir, que se ubican en las mismas condiciones de la categoría del trabajo o puesto respectivo, pretendiendo la atribución salarial respectiva. En nada varía el concepto del PTS de su aplicación, ya que justamente su concepto establece un salario idéntico a las personas que realizan trabajos iguales. Lo importante del PTS se da en los Despachos judiciales. Ya que por un lado con sus resoluciones delimitan el ámbito de aplicación concreto del PTS, por otro lado señalan los presupuestos básicos para hacer del tal principio una realidad como lo que debe ser probado. En los procesos lo importante es probar que se pertenece a la categoría X, de la cual pretendemos la equiparación salarial; o que se debe recibir el mismo salario ya que se ejecutan las mismas funciones de una categoría o puesto X, teniéndose que recibir el

salario respectivo . Las cuestiones probatorias juegan un gran papel en la aplicación del PTS, probar que se es trabajador, que se desempeña iguales funciones a los de la categoría X y / o que se recibe una retribución menor, etc., son vitales para la puesta en marcha del principio por parte de nuestros tribunales.

En igual sentido las distinciones que la jurisprudencia plantea a raíz de los casos concretos, delimita y limita, el concepto y aplicación del PTS.

Veamos, el PTS se presenta como el acatamiento de una regla, y su aplicación toma la forma de un razonamiento normativo:

“Todo **trabajador** que realiza funciones idénticas en condiciones idénticas a los de la **categoría X** debe de ser remunerado según el **salario X** estipulado para todos los integrantes de tal categoría”.

SECCIÓN II: FUNDAMENTO DEL PTS

Cuando se solicita el fundamento de un juicio o decisión determinada se está solicitando algo que la justifique: se pide el o los enunciados (que reflejan una realidad existente) en los cuales se basa la norma, el principio, la conducta o conclusión que han de ser justificados. Se pide este *otro juicio* para que justifique la existencia o aplicación del primero. Ello no descarta que si no nos convence ese otro juicio se busque o se elabore otro juicio o justificación que consideremos más acorde o que represente una mejor explicación de la existencia o aplicación de la norma o decisión o enunciado que queremos justificar.

En igual sentido, el proceso justificatorio (la postulación de un juicio como la justificación de un enunciado) puede seguir dándose sobre la misma justificación, como la justificación de la justificación y así sucesivamente, por lo que para no seguir con el proceso de la justificación continua es que hay que detenerse arbitrariamente en un punto determinado de la misma. Tal que a partir de allí, con la elección arbitraria y convencional del punto de partida podamos justificar (el punto de partida será la justificación) el enunciado que queremos justificar, con la seguridad o al menos con la incerteza de que tal justificación es la explicación sino más acorde, la menos incoherente del enunciado, caso contrario estaremos cayendo en un engaño y posiblemente engañemos a los demás. En el caso concreto, la justificación o el fundamento del PTS se observa cuando vemos que el PTS es como toda norma un **medio** para alcanzar un **objetivo** determinado y generalmente buscado por la mayoría de las personas. Ese objetivo que es el fundamento de la existencia y aplicación del PTS es la **Justicia**.

Resumidamente el PTS es el medio por el cual se pretende alcanzar la realización de la Justicia, en las relaciones laborales, más concretamente las atribuciones salariales.

El fundamento del PTS ha de cumplir al menos tres requisitos:

- 1) Que sea CIERTA: es decir, que sea verdadera o adecuada a la realidad. Para saber si es cierta la adecuación del PTS como medio para alcanzar tal finalidad, la finalidad ha de existir en la realidad y no ser una invención de la imaginación.
- 2) Para saber si existe ha de SER COMPROBADO EMPÍRICAMENTE: verificarse tanto la existencia de la Justicia como de la utilidad del PTS en la eficiencia o no, como medio para alcanzar la realización de la Justicia.
- 3) Si es comprobable empíricamente para que otras personas puedan comprobar tales fines y tal adecuación ha de ser posible la comunicación de tal objetivo –la justicia–, los medios –el PTS– de realización y los resultados obtenidos al respecto.

La siguiente descripción de la Justicia es la que creemos cumple a cabalidad con los requisitos necesarios para considerar al PTS como el medio que pretende realizar las correctas distribuciones y atribuciones salariales que las personas en razón de su desempeño profesional, merecen.

Como acertadamente indica CERVANTES VILLALTA a la hora de definir el principio (que él denomina “igualdad de salario”) dice:

“... Esto es que si dos trabajadores efectúan exactamente el mismo trabajo en cantidad e intensidad, no sería *JUSTO* que a uno se le pagara más que al otro...”⁽¹²⁾ (Lo destacado en cursiva es nuestro).

No en vano (y a pesar de las posiciones escépticas que puedan darse al respecto) señala el autor la importancia que tiene la Justicia como fundamento de las decisiones de las personas y en nuestro caso del PTS en especial. La justicia es un principio rector de las acciones de las personas, con características muy definidas y verificables en la realidad.

Para una exposición más competente del concepto de la justicia tengo que transcribir literalmente los completos y fructíferos textos de

(12) CERVANTES VILLALTA, EDGAR. *Curso de Trabajo y Legislación Social*. San José, s.f.i., tercera edición, 1985, p. 88.

CHAIM PERELMAN de su libro "DE LA JUSTICIA". Los cuales estimo que ofrecen las explicaciones más claras y concisas sobre el tema y los cuales no necesitan ni permitirían comentarios de las mismas sin que se pierda en el proceso la sencillez, la exactitud y la precisión que los caracteriza.

A) LA JUSTICIA: LA JUSTICIA FORMAL Y LA JUSTICIA CONCRETA

"... La noción de justicia sugiere inevitablemente la idea de una cierta igualdad. Desde Platón y Aristóteles, pasando por Santo Tomás, hasta los juristas, moralistas y filósofos contemporáneos, todo el mundo está de acuerdo en este punto. La idea de justicia consiste en una cierta aplicación de la idea de igualdad..."⁽¹³⁾

"...Cualquiera que sea su desacuerdo sobre otros puntos, todos coinciden en el hecho de que ser justo es tratar de la misma manera a los seres que son iguales desde un cierto punto de vista, que poseen una misma característica, la única que hay que tener en cuenta para la administración de la justicia. Califiquemos esta característica de esencial. *Si la posesión de una característica cualquiera permite siempre agrupar a los seres en una clase o categoría definida por el hecho de que sus miembros poseen la característica en cuestión, los seres que tienen en común una característica esencial formarán parte de una misma categoría, la misma categoría esencial.*

Se puede por tanto definir la justicia formal y abstracta como un principio de acción de acuerdo con el cual **los seres de una misma categoría esencial deben ser tratados de la misma manera...**"⁽¹⁴⁾

"...Resulta de ahí que la aplicación de la justicia supone una clasificación u ordenación de los seres a partir de la característica esencial que sirve de base.

Se puede dividir a los seres considerados en dos categorías esenciales, según la presencia o ausencia de la única característica que se toma en cuenta. Se les puede dividir en más categorías si cada categoría esencial está determinada por otra especie de un mismo género o por el grado con que se presenta una

(13) PERELMAN, CHAIM. *De la Justicia*. Centro de Estudios filosóficos de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., primera edición en español, 1964, p. 23.

(14) *Ibid.*, p. 27-28.

característica de intensidad variable. En este último caso se llegará no solo a dividir al universo del discurso en clases, sino incluso a ordenar estas clases según el grado de intensidad en que sus miembros posean la característica esencial...”⁽¹⁵⁾

Agregamos que tales categorías esenciales pueden ser las distribuciones que se hagan por los méritos, las obras, las necesidades, el rango, **el trabajo** u cualesquiera otro elenco caracterizador de la clase. Determinado ese elemento esencial de la clase se puede aplicar la justicia formal: que a los integrantes de una misma categoría (como un mismo trabajo) deben ser tratados de la misma manera.

B) JUSTICIA E IGUALDAD

“...Sea lo que fuere, la buena aplicación de la justicia exige, en todo caso, un tratamiento igual para los miembros de la misma categoría esencial. Ahora bien, ¿en qué se basa esta exigencia de tratamiento igual? *Simplemente en la determinación de la manera como será tratado cualquiera de los miembros de la categoría. Es en la medida en que no importa cual miembro de la categoría cae bajo la regla, que al aplicarla se está obligado a tratarlos a todos de manera igual... La igualdad de tratamiento no es más que la consecuencia lógica del encontrarse ante miembros de la misma categoría, y de ahí se deriva el hecho de que no se les distinga, de que no se establezca diferencia entre ellos, de que al respetar la justicia formal se les trate de la misma manera. Actuar de acuerdo con la regla es aplicar un tratamiento igual a todos los que la regla no distingue.*

Resulta de lo anterior que la igualdad de tratamiento en la justicia no es otra cosa que la aplicación correcta de una regla de justicia concreta que determina cómo deben ser tratados todos los miembros de cada categoría esencial. Cuando el hecho de pertenecer a la misma categoría esencial coincide con la igualdad de tratamiento reservado a sus miembros, nuestro sentimiento de justicia formal está satisfecho. Y a la inversa: desde que un tratamiento igual es considerado justo, existe una categoría esencial a la que pertenecen todos aquellos a los que se les aplica.

(15) *Ibid.*, p. 43.

Nuestro análisis muestra que, contrariamente a la opinión corriente, *no es la noción de igualdad la que constituye el fundamento de la justicia, incluso formal, sino el hecho de aplicar una regla a todos los miembros de una categoría esencial.* La igualdad de tratamiento no es más que una consecuencia lógica del hecho de atenerse a la regla.

Si en la práctica, no obstante, la igualdad parece desempeñar un papel tan grande es porque la regla de justicia contiene muy a menudo elementos cuya determinación depende del número de personas a las que la regla es aplicable, y la regla misma parece fundarse así en una relación entre los miembros de la misma categoría, a saber su igualdad...⁽¹⁶⁾ (el subrayado es nuestro)

La regla de justicia que PERELMAN menciona es la que también utilizamos en el apartado anterior a la hora de definir el concepto de PTS solo que de manera implícita y la cual el autor de manera explícita menciona diciendo que:

“... estas precisiones permiten ofrecer una tercera definición de la justicia formal, que consiste en observar una regla que enuncia la obligación de tratar de cierta manera a todos los seres de una categoría determinada...”⁽¹⁷⁾

Perelman plantea un concepto formal presente en todos los diversos sentidos que a la justicia se le dan. Es un marco normativo y explicativo del funcionamiento de la justicia en general. Tal concepto como marco que es necesita ser llenado con las categorías específicas con las cuales se realiza la justicia concreta. Si se llena tal marco con la categoría de trabajo como categoría esencial de la justicia, tenemos el concepto del PTS. Ya que todos los integrantes de una categoría determinada por el trabajo o por los diversos tipos de trabajos tienen que ser tratados de la misma forma. Si se concreta ese tratamiento como el salario correspondiente a esa categoría, el PTS se configura plenamente.

Al respecto la jurisprudencia de la SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ha mostrado diversas tesis al respecto. Sugieren algunas sentencias que el principio de igualdad es el fundamento del

(16) *Ibid.*, p. 52-53.

(17) *Ibid.*, p. 55.

PTS.⁽¹⁸⁾ Esto a la luz de las observaciones teóricas efectuadas no es correcto ya que como se mencionó la igualdad y la justicia no son lo mismo. Otras sentencias están mejor orientadas y señalan que el quebranto del PTS quebranta TAMBIÉN (conjuntamente) el Principio de Igualdad. En este caso se afirma implícitamente que existe el PTS independientemente del Principio de Igualdad y que cuando se viola el PTS se viola también el Principio de Igualdad ya que no se está aplicando igualitariamente (a todas las personas) el PTS.⁽¹⁹⁾ Esta es una tímida apreciación que pareciera que establece que puede darse la violación del PTS por sí misma, pero que lo unen con el Principio mucho más general de la Igualdad. Que si bien es cierto tiene gran parecido con el PTS no son exactamente iguales.

Esta última distinción la hago porque la Igualdad no es el núcleo del PTS sino que es la Justicia ya que ésta última es la que mejor explica el funcionamiento del PTS. No sería correcto para la debida aplicación del PTS recurrir a la Igualdad como el fundamento del primero ya que no describe, como sí lo hace la Justicia, las necesarias distribuciones de las personas en categorías ni explica la necesaria obligación de estipular un trato idéntico a dichas personas. El PTS no es solo la apreciación discrecional de la existencia de igualdad entre varios sujetos, es también una regla que establece que a ese grupo de iguales se les DEBE tratar igualmente, regla que permite conceptualizar al PTS como se hizo. La igualdad en el PTS es solo la consecuencia lógica de aplicar la regla de la Justicia, de exigir a un grupo determinado que la Categoría de justicia reconoce, el mismo trato no por la igualdad sino por pertenecer a ese grupo, exigiéndose en razón de la Justicia que a ese grupo se le trate igual.

Aparecen sentencias⁽²⁰⁾ más recientes que son más tajantes (o al menos eso aparentan) y que destacan que el PTS es un principio distinto

-
- (18) SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las 15 horas 30 minutos del 11 de diciembre de 1992. Proceso ordinario establecido por G.P.F. contra la U.C.R. Sentencia 311.
 - (19) SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia **190** San José, a las 9 horas del 14 de agosto de 1992, Proceso Ordinario establecido por A.M.U.A. y otras contra la C.C.S.S.; SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia **185** San José a las 9 horas 10 minutos del 7 de Agosto de 1992. Proceso ordinario establecido por O.O.C. contra C.C.S.S.; SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia **25**. San José, a las 9 horas y 40 minutos del 3 de marzo de 1993. Proceso ordinario establecido por C.F.R.Q. y otros contra el B.C.A.C.
 - (20) SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia **115** San José a las 11 horas 40 minutos del 20 de mayo de 1994. Proceso

del Principio de Igualdad. Ellas distinguen con mayor precisión las normas en que se ubica el PTS en nuestro sistema normativo. Aunque no indican explícitamente su fundamento, solo la norma en la cual se ubica. Aun así, constituyen un avance en la definición y aplicación más precisa de dicho principio.

Otra sentencia⁽²¹⁾ enuncia el papel de fuente del Derecho que tienen la Justicia y la Equidad, a tal grado que ellas pueden permitir y ordenar la creación de nuevos puestos de trabajo si en razón de la justicia y la equidad así se exigen. En este caso hay un acatamiento implícito y ampliado del PTS ya que aquí no se constató la desigualdad salarial en identidad de funciones, sino que, como era justo atribuir un salario mayor a esas personas era justo crear y ordenar que se crearán dichos puestos. Como decía antes esta es solo una sentencia que no refleja el criterio reiterado de la Sala sobre la materia. Por el contrario en sus últimas sentencias la Sala ha establecido que la aplicación del PTS se da cuando al trabajador se le compara con las labores de otro puesto y recibiendo un salario menor al del puesto realice las labores del mismo. Pero tienen que existir esos puestos previamente con sus respectivos salarios previamente establecidos para que el trabajador pueda pretender como **derecho subjetivo preexistente y preestablecido** el salario al cual no se le dio como es debido. Es decir, hay que tener derechos subjetivos preestablecidos para pretender una igualdad. Ellos se adquieren con la existencia del puesto, del cual se realizan sus funciones y el cual, por disposición constitucional debe tener su correspondiente atribución salarial la cual es un derecho (derecho subjetivo) que la persona puede reclamar, por aplicación del PTS.

Las observaciones de la Sala al respecto del PTS son las precisiones señaladas en las sentencias 115-94 y 257-93 en donde con un criterio actualizado estableció la Sala que el PTS es un principio distinto del Principio de Igualdad. Aunque es lamentable que aún no se destaque claramente el fundamento y funcionamiento de la Justicia en el PTS, sino que se recurra a veces al Principio de Igualdad para explicar su mecanismo. Confundiendo a la Justicia con el Principio de Igualdad, siendo la segunda apenas la consecuencia de la primera; además de que los presupuestos, requisitos, conclusiones y aplicaciones finales no son las misma.

Ordinario establecido por A.L.C.A. contra el Estado...; SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia **257**. San José a las 9 horas y 10 minutos del 12 de noviembre de 1993. Proceso ordinario establecido por M.M.A.F y otros contra la U.C.R.

- (21) SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 89. San José a las 16 horas del 3 de julio de 1990. Proceso Ordinario establecido por R.A.A.E. y H.A.T.E. contra el Estado.

**VACIOS LEGALES EN COSTA RICA
POR EL USO DE LA RED
EL “e-practice”**

Prof. Bernal Arias Ramírez⁽¹⁾

-
- (1) Realizó el Programa de doctorado en Derechos Fundamentales en la Universidad Complutense de Madrid. Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política por el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid (CEC). Abogado y Politólogo. Asesor Parlamentario en la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Profesor de la Maestría Centroamericana en Ciencias Políticas de la Universidad de Costa Rica.

SUMARIO:

- I. Introducción
- II. Bases liminares
 - a) Aproximación
 - b) Nuestra legislación
- III. Red y esencia del Estado-Nación
 - a) El mercado universal
 - b) La competencia territorial del Estado
 - c) Principio de Extraterritorialidad
- IV. La protección de datos
- V. Comercio Electrónico y vacíos en la legislación mercantil costarricense
 - a) E-Commerce
 - b) El documento electrónico validado: Firma digital
 - c) Cambios en la normativa tributaria
 - d) Los dominios y la propiedad intelectual
- VI. Conclusión
- VII. Bibliografía

I. INTRODUCCION

El presente trabajo surge de la preocupación de un lego en las Ciencias de la Computación y la Informática que ha observado el impacto que tiene y va a tener en el futuro inmediato, el uso de la red (Internet)⁽²⁾ en las relaciones jurídicas y contractuales de los sujetos de Derecho en Costa Rica.

El artículo pretende concienciar al ámbito universitario, particularmente a la Universidad de Costa Rica y al Colegio de Abogados, copatrocinadores de la presente publicación, para que a través de investigaciones, proyectos de tesis o extensión docente amplíen el marco de estudios acerca de una temática tan poco estudiada en Costa Rica.

Somos conscientes de la existencia de un sinnúmero de aristas que comprende el “e-practice”, abrazar cada una de ellas consumiría un considerable espacio, por lo que tuvimos que disminuir el curso de lo tratado a cuestiones que a juicio del autor son significativas por urgentes, nos referimos a protección de datos de carácter personal y su protección constitucional el “Habeas Data” y el comercio electrónico y sus consecuentes vacíos en la legislación mercantil costarricense, tópico que comprende el e-commerce propiamente dicho, el documento electrónico validado, como lo es la firma digital, los nuevos cambios que sufriría la normativa tributaria, los dominios y la propiedad intelectual. Previo a ese desarrollo, estimamos oportuno ubicar el fenómeno de Internet dentro del marco del uso de la RED y su impacto en el Derecho Internacional Privado, concretamente en el Estado-Nación.

Es evidente que quedan fuera de análisis vacíos legales en el Código de Trabajo con las nuevas tendencias del Teletrabajo; en el Derecho de Familia en términos del impacto hacia la institución de la adopción; en el Derecho Administrativo con la implantación de nuevos procesos con el llamado “e-government”; en el Derecho Penal y sus

(2) Desde el punto de vista de interés jurídico, la naturaleza de Internet, es entendida como una herramienta de carácter transfronterizo, multijurisdiccional, descentralizada, sin legislación, de uso las 24 horas del día durante los 365 días del año. Lo anterior de acuerdo con documentación gráfica del MSc. Edwin Aguilar Sánchez, en: “La economía digital y los negocios electrónicos”. Seminario “Notariado Digital”, auspiciado por el Instituto Centroamericano de Administración Pública y el Instituto Costarricense de Derecho Notarial. San José, Costa Rica, mayo 2001.

consecuencias civiles con los nuevos delitos que se fraguan en Internet tales como violaciones al derecho a la intimidad y al honor, apologías al racismo y la xenofobia, configuración de terrorismo internacional, robo de diseño y propiedad industrial e intelectual, difusión de pornografía⁽³⁾ infantil, difusión de virus informáticos, etcétera. Quedarán estos últimos temas y otros, que se pueden sugerir, para otro artículo a publicar en el futuro.

Sin más preámbulo, iniciaremos con algunas ideas y fundamentos generales siguiendo la quimera de lo que significa para nuestro país las nuevas relaciones de producción en un mundo interconectado.

II. BASES LIMINARES

a) Aproximación

El ciberespacio lejos de ser un conjunto de computadoras interconectadas a una red telefónica sin fronteras, es hoy, un medio de producción de relaciones afectivas, de investigación, de intercambio, de negocios, de mensajería, contratación de bienes y servicios, en síntesis, de información general sobre cualquier tema, organización, país, etc. En el orden negativo, instrumento idóneo para la corrupción, explotación sexual, venta de órganos y personas, terrorismo, entre otros.

Ante un elenco tan amplio de posibilidades a emplear, se está gestando una nueva forma de organización social y de trabajo, así como nuevas relaciones en el marco de lo jurídico. Los niveles físicos son cada vez menores, en muchos casos, en buena medida, desplazados por los instrumentos electrónicos o virtuales, evidentemente desregulados.

Jordi Blasco⁽⁴⁾ nos señala que frecuentemente se ha comparado Internet con el Viejo Oeste, con la intención de ilustrar por un lado una

(3) Hace pocos días se aprobó en la Asamblea Legislativa de Costa Rica el Expediente No. 13.909 que establece una adición al artículo 174 del Código Penal, Ley No. 4573, por medio del cual se impone una fuerte pena "...a quien exhiba o difunda *por cualquier medio* material pornográfico en el que aparezcan personas menores de edad." Decía la exposición de motivos: "Con tristeza hemos observado a nuestros niños, niñas y adolescentes ser expuestos sexualmente en todos los medios de comunicación, en especial los medios informáticos como INTERNET, con el propósito de promover el turismo de carácter sexual..."

(4) BLASCO, Jordi, "Problemas jurídicos que suscita la utilización de Internet". Vid. elegalBCN.com. Legal Advice for e-business.

actitud de los emprendedores digitales (una suerte de pioneros conquistadores de nuevas tierras vírgenes –léase negocios y oportunidades–) y por otro por una pretendida falta de un marco jurídico regulador de la nueva actividad.

A ello, se ha opuesto el hecho, de que por más que Internet sea para algunos un nuevo mundo (virtual), para otros un nuevo canal de distribución en sentido amplio o, para los más escépticos, una simple tecnología militar reconvertida al uso civil, lo cierto es que está creada y utilizada por humanos, que reproducen en la Red buena parte de sus comportamientos más loables y más deleznable.

Sea como fuere, hay utilización masiva de Internet en la actividad económica y humana, lo que ha generado una constelación de problemas jurídicos y conflictos que crecen incesantemente.

b) Nuestra legislación

Nuestra legislación (Costa Rica), en el campo bancario, mercantil, comercial, de trabajo, civil, penal, etc., se ha quedado sumida en conceptos jurídicos antiguos de relaciones orgánicas y físicas, donde el principio de territorialidad, básico de la conformación misma de un Estado es superado por la integración y uso de tecnologías avanzadas.

La única norma jurídica que valida y le da eficacia a los bancos de datos y los archivos almacenados o transmitidos por medios electrónicos, informáticos magnéticos, ópticos o telemáticos producidos por nuevas tecnologías es el artículo 6 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial.⁽⁵⁾

(5) Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley No. 7733. **Artículo 6 bis.**- Tendrán validez y eficacia de un documento físico original, los archivos de documentos, mensajes, imágenes, bancos de datos y toda aplicación almacenada o transmitida por medios electrónicos, informáticos, magnéticos, ópticos, telemáticos o producidos por nuevas tecnologías, destinados a la tramitación judicial, ya sea que contengan actos o resoluciones judiciales. Lo anterior siempre que cumplan con los procedimientos establecidos para garantizar su autenticidad, integridad y seguridad.

Las alteraciones que afecten la autenticidad o integridad de dichos soportes los harán perder el valor jurídico que se les otorga en el párrafo anterior.

La respuesta de nuestro sistema legislativo en llenar vacíos legales, es sumamente lenta, máxime cuando se trata de temas novedosos. Al momento de verter estas líneas, en nuestro país, hay pocos intentos de legislación en materia electrónica y de datos.⁽⁶⁾ De las iniciativas presentadas ninguna ha sido aprobada en la Asamblea Legislativa, todas han corrido la suerte del archivo o el empantanamiento.

Cuando un juez utilice los medios indicados en el primer párrafo de este artículo, para consignar sus actos o resoluciones, los medios de protección del sistema resultan insuficientes para acreditar la autenticidad, aunque no se impriman en papel ni sean firmados.

Las autoridades judiciales podrán utilizar los medios referidos para comunicarse oficialmente entre sí remitiéndose informes, comisiones y cualquier otra documentación. Las partes también podrán utilizar esos medios para presentar sus solicitudes y recursos a los tribunales, siempre que remitan el documento original dentro de los tres días siguientes, en cuyo caso la presentación de la petición o recurso se tendrá como realizada en el momento de recibida la primera comunicación.

La Corte Suprema de Justicia dictará los reglamentos necesarios para normar el envío, recepción, trámite y almacenamiento de los citados medios; para garantizar su seguridad y conservación; así como para determinar el acceso del público a la información contenida en las bases de datos, conforme a la ley.

- (6) **Expediente No. 8431** *“Creación del Centro Nacional de Cómputo”*, proyecto de ley del Poder Ejecutivo, iniciado el 21 de mayo de 1979. Referencia de archivo: 7083.

Expediente No. 11.027 *“Ley de creación del registro de programas informáticos”*, iniciativa del exdiputado Rudín Arias, iniciado el 12 de septiembre de 1990. Referencia de archivo: 8512.

Expediente No. 11.822 *“Ley de Regulación de la comercialización de programas informáticos”*, iniciativa del exdiputado Soto Zúñiga, iniciado el 18 de noviembre de 1993. Referencia de archivo: 8771.

Expediente No. 12.827 “Adición de un nuevo capítulo IV, denominado “Del Recurso de Habeas Data”, al Título III, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, Ley No. 7135 del 19 de octubre de 1989”, iniciativa del exdiputado Urcuyo Fournier, iniciado el 29 de noviembre de 1996. Dictamen Afirmativo de Mayoría de la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa de fecha 21 de octubre de 1997, trámite de Primer Debate el 29 de julio de 1998 efectuado por la Comisión con Potestad

Tenemos en un primer orden, proyectos de ley incipientes en nuestro país, anteriores a la puesta en ejecución de la Red (Exps. 8.431, 11.027 y 11.822); en segundo lugar, un proyecto de ley sobre protección de datos, cuyo objetivo principal es garantizar el derecho a la intimidad, mediante el instrumento especializado del Amparo especial, denominado "Habeas Data" (Exp. 12.827) y, por último, un pequeño grupo contemporáneo de iniciativas que han ido dirigidas a la universalización del uso de Internet (Exps. 13.888 y 14.029), el fomento de la productividad mediante la incorporación de tecnología informática (Exp. 14.274) o el recién convocado Proyecto del Poder Ejecutivo sobre Firma y Certificados Digitales, que viene a regular el uso y el reconocimiento jurídico de la firma digital con validez y eficacia jurídica igual como si fuese manuscrita u otra análoga (Exp. 14276).

Si se observa el contenido de cada uno de esos proyectos de ley, en realidad no vienen a cambiar, regular y llenar los vacíos legales de

Legislativa Plena Segunda, con un Voto posterior desfavorable de la Sala Constitucional por considerar ese órgano judicial vicio de procedimiento debido a la delegación del Proyecto de Ley a una Comisión Plena cuando en realidad debió conocerlo el Plenario Legislativo por requerir una votación de mayoría reforzada de al menos 38 votos. Posteriormente, la Comisión de Consultas de Constitucionalidad de la Asamblea, dictó un Informe Afirmativo de Mayoría de fecha 23 de octubre de 2000 quedando el expediente paralizado hasta la fecha.

Expediente No. 13.888 "*Ley sobre acceso a la red (Internet)*", iniciativa del diputado Merino del Río, iniciado el 7 de febrero de 2000, en el Orden del Día de la Comisión Permanente de Asuntos Sociales.

Expediente No. 14.029 "*Ley de derecho de acceso a Internet*", iniciativa del diputado Alvaro Trejos Fonseca, publicado de nuevo en La Gaceta 168 del 1 de septiembre del 2000 por error en el original. Iniciado el 13 de julio de 2000, recientemente aprobado y dictaminado en la Comisión Permanente de Asuntos Económicos.

Expediente No. 14.274 "*Ley de fomento de la productividad mediante la incorporación de Tecnología informática*", iniciativa del diputado Sánchez Sibaja, iniciado el 13 de febrero del 2001, pendiente en Comisión.

Expediente No. 14.276 "*Ley de firma digital y certificados digitales*", iniciativa del Poder Ejecutivo, iniciado el 22 de febrero de 2001, pasó a estudio de la Comisión Especial de Propiedad Intelectual.

naturaleza sustantiva desde el punto de vista social, moral y contractual que está generando la Red –Internet–. Sin rodeos nos referimos a las nuevas regulaciones sobre los aspectos jurídicos relacionados con:

- a) El llamado Teletrabajo;
- b) Cambios en la normativa tributaria para evitar pérdidas de recaudación por localización de la actividad;
- c) Ingovernabilidad del tráfico de información (¿censura?);
- d) Protección de datos de carácter personal;
- e) Protección de datos de los usuarios (Safe Harbor for Data);
- f) Normas contractuales de comercio electrónico desencadenadas por constituirse en una nueva vía para el consumo de todo tipo de bienes y servicios;
- g) Conflictos derivados de los nombres de dominio y confusiones sobre marcas registradas;
- h) Infracción de derechos de propiedad intelectual o industrial (protección de intangibles);
- i) Competencia desleal;
- j) Fraudes;
- k) Liberalización de la publicidad;
- l) Cibercrimen organizado;
- m) Solicitud de indemnizaciones por incumplimientos contractuales;
- n) Seguridad y valor probatorio del documento electrónico (firma digital)
- o) Daños a la imagen de las personas y las empresas, etc.

Hecha la lista y catalogados sólo algunos elementos de interés, inquietan algunas interrogantes adicionales, las que a continuación señalamos: Está nuestro vetusto Código de Comercio a tono con las nuevas oportunidades de comercio electrónico? Resuelve el Código de Trabajo de nuestro país las nuevas relaciones patrono-trabajador producto de la cada vez más utilizada categoría laboral denominada teletrabajo la cual traspasa fronteras? Se está haciendo algo en el Registro Público de Costa Rica sobre la protección de los intangibles que transitan por Internet? Irán a desaparecer los Notarios Públicos para ser sustituidos por certificadores digitales? ¿Qué sucederá con los documentos archivísticos por sustitución de los electrónicos? Cuenta nuestro código penal con delitos y sanciones para ilícitos cometidos en Internet? Prohíbe nuestro Código de Familia la adopción o venta de niños por Internet? ¿Dónde y a quién se pagan impuestos por tráfico, compra y venta de mercancías por Internet? ¿Quién o qué Estado tiene jurisdicción y competencia para conocer de un litigio emanado de una relación en Red?

Será necesario valorar el perjuicio hacia los Estados nacionales sino se atienden ciertas reglas mínimas a lo interno y por que no, en adelante, con Tratados o Convenios Internacionales?

Podemos añadir docenas de interrogantes que a la fecha han surgido y son de notoria ansiedad y perturbación de Gobiernos y de Organismos Internacionales. Si contrastamos estas dudas con un minucioso y exhaustivo inventario “mapeo de las normas que tenemos vigentes en nuestro ordenamiento a disposición de los operadores jurídicos, nos damos cuenta, de inmediato, que hay grandes agujeros o lagunas que pueden agudizar el uso de la Red en sus diversas manifestaciones, creando incertidumbre, cuando en realidad es un instrumento bondadoso de relaciones humanas y empresariales si se sabe aprovechar.

En nuestro entorno comienzan atisbos de preocupación, principalmente en las autoridades que administran justicia, desvelo aislado por interés personal y académico de unos pocos, sin que necesariamente sea una estrategia o tema de agenda en el Poder Judicial. Asimismo, en el Poder Legislativo, comentarios generales como tema accesorio, sin claridad, por parte de la gran mayoría de diputados de la Cámara. Empero, donde ciertamente hay mayores elementos de juicio y ponderación de la problemática es en el Ministerio de Ciencia y Tecnología, es decir, en el Poder Ejecutivo, cuya cabeza visible es el reconocido pionero de Internet en Costa Rica, Dr. Guy de Terramond, lógicamente, en un plano científico y no tanto bajo la óptica del Derecho.

Mientras casi todos estamos consultando periódicos virtuales o distrayéndonos con páginas electrónicas tipo FIFA, CNN, etc., hay otros que están haciendo negocios legales e ilegales. ¿Y la ley? El consultor costarricense CASTRO, pone las barbas en remojo y nos dice: “...en Internet no existe la palabra “ley” ese es uno de los problemas principales. Veremos más adelante, Internet no espera a los abogados, no tiene tiempo para ello. Internet no espera a las leyes ni a la legislación, no tiene tiempo para ello. No puede esperar que haya todo un proyecto de ley que dure su período de tiempo para sacar un negocio electrónico. Los últimos en darse cuenta de lo que sucede en Internet son los abogados”.⁽⁷⁾

(7) CASTRO, Franklin, participante en el Foro “Legislación y Comercio Electrónico”, auspiciado por la Asamblea Legislativa de Costa Rica, efectuado el 22 de marzo, 2001. Transcripción a cargo del Departamento de Servicios Parlamentarios.

Tiene razón el señor Castro, pasar del paradigma de la Revolución Industrial del Siglo XVIII a la economía digital de finales de Siglo XX y principios de este, conlleva implicaciones legales, especialmente, en la protección de datos, seguridad en las transacciones y nuevas formas de explotación de actividades y servicios. A estos podemos añadir crédito, comercio electrónico, bases de datos, correo, distribución y ventas, gestión de documentos. Todo, absolutamente todo, está al descubierto en Costa Rica.

Después de estas notas preliminares de aproximación a la materia que nos ocupa, sin pretender agotar temas, queremos abordar de seguido algunos asuntos de interés:

III. RED Y ESENCIA DEL ESTADO-NACIÓN: LA TERRITORIALIDAD

a) El mercado universal

El mercado universal, con las nuevas tecnologías depende de equipos no solo terrenos sino satelitales, los que llevan los mensajes a cualquier parte del planeta, vía microondas, fibra óptica, etc. Esta primer apreciación ubica el mercado en un nivel de producción jurídica distinta. Si se quiere, el primer reducto de interconexión mundial lo constituye el reconocimiento y control mutuo de entidades financieras por circulación de capitales y armonización del derecho de sociedades, con algunas zonas inmunes como lo serían los paraísos fiscales. Esta inicial experiencia puede ser perfectamente presupuesto de las regulaciones que vendrán en el futuro sobre el “electronic practice”.

Conviene destacar que se han transformado los procesos de índole empresarial, gubernamental e individual. Esos procesos rebasan las fronteras físicas con nuevos procedimientos, técnicas y toma de decisión. Se liberaliza la información, la compra, la venta, el pago, los precios, la publicidad al 100%; empero, el Estado, continuará controlando el ingreso y salida de mercancías transadas en red, exigirá normas técnicas de calidad y sanitarias –controles veterinarios y fitosanitarios–, derechos de ingreso –aduanas–; siendo los puestos fronterizos, puertos y aeropuertos plataformas de fiscalización del “mercado universal”.

Con lo anterior queremos decir que la territorialidad del Estado-Nación se ha quebrado parcialmente de “hecho por la puesta en ejecución de las nuevas tecnologías en lo que se refiere a algunas

categorías de transacción o tránsito intangible, mientras que conserva su soberanía sobre el ingreso o salida de bienes “duros” o “físicos” como sería un automóvil, computadora, producto agrícola, etc. Esto hay que tenerlo sumamente despejado a efecto de clarificar de que la supresión de fronteras cuando hablamos de RED tiene un sentido “psicológico importante, que se manifiesta en la sustitución de las Oficinas de Correo, desplazamiento físico de personas, documentos, escritos con valor legal, académico o simplemente informativo. Por citar un ejemplo, una Teleconferencia médica sustituye el desplazamiento de científicos de diferentes nacionalidades de sus unidades de trabajo hacia las locaciones receptoras del mensaje. Con audio y video esos médicos se pueden interconectar y enviar el mensaje a hospitales de un país o varios países simultáneamente. Esta maravilla de procesos está rompiendo las fronteras de una forma inconmensurable; recalcamos, siempre en el plano informativo con imagen gráfica, voz y texto. Un alimento, una vacuna, un chocolate, por su naturaleza nuclear, obviamente, tienen que pasar por el filtro del Estado en el proceso de exportación-importación.

Otra de las contribuciones al rompimiento de la territorialidad, se refleja en los bajos costos para las empresas, al soslayar una serie de procedimientos administrativos y usuales atrasos que conlleva la existencia de fronteras interiores y el uso de vehículos de transporte, terrestres, marítimos o aeronáuticos en el envío de órdenes, transferencias, pedidos, etc. Los conceptos contables de costo administrativo, costo de atraso, costo derivado del lucro cesante y algunos costos de control aduanero están siendo disminuidos sensiblemente.

b) La competencia territorial del Estado

En todo ordenamiento jurídico, el concepto territorio está ligado al ámbito material y dentro de éste a varios tipos de normas. La importancia del territorio, hasta hace pocos años era determinante porque constituía un factor constitutivo de la existencia misma del Estado.

Suena a broma, hace pocos días apareció en medios de comunicación, la fundación del primer Estado Virtual en el mundo llamado “La República de Virtualia”, fundado por nacionales de Chile. Se concibe ese país sin soporte territorial, lo que está revolucionando el concepto de Estado y sus componentes. La relación intrínseca territorio, soberanía estatal, súbditos, poder, se transforma debido a que se remueven los cimientos doctrinarios de raíz.

Tradicionalmente se ha entendido por territorio estatal "...el ámbito espacial en el que ejerce sus funciones y competencias un Estado determinado (Basdevant), o también como el soporte material de la autoridad estatal, todo el espacio sometido a esta autoridad (Cavaré)".⁽⁸⁾ La variable territorio ha sido un principio estructural de composición, expresión que alude a una unidad física (geográfica o cartográfica) que se amplía por el espacio aéreo, territorios insulares y derechos de subsuelo y de mar. Con el ciberespacio, el concepto justamente espacio-territorio se fractura, en ese sentido, la dimensión tradicional histórica se desdobra ya no a espacios adyacentes sino a cables y señales invisibles que suben y bajan de la tierra al espacio –cosmos–.

Los intereses económicos, de seguridad nacional se llevan a conceptos más allá de lo físico, lo metafísico. El uso de las tecnologías de interconexión plantea el deterioro del principio de autoorganización política, desdibujándose paulatinamente el término "poder" hacia las relaciones internas y externas que ejercía el Estado federal, el Estado regional, o simplemente el Estado como unidad integradora.

Inmersos en la RED no hay soberanía que valga, no hay restricciones ni se trazan cotos, en su lugar, hay vínculos de interés entre empresas, personas, gobiernos.

Ninguna de las teorías de naturaleza jurídica de territorio estatal es conteste con la aparición de las nuevas relaciones del "e-practice"; así tenemos que la teoría del territorio-objeto, territorio-sujeto o construcción de territorio-límite no resuelven el marco supraestatal que significa la implantación de la RED. Bajo estas teorías, el punto de partida se sitúa en el dato de que la competencia estatal es ciertamente territorial, no puede ser ejercida fuera del territorio sino en virtud de una regla permisiva que se deriva del Derecho Internacional consuetudinario o de un convenio internacional.

Ahora bien, fue permisivo el Estado Costarricense para aceptar un nuevo sitio de soberanía universal dentro de su territorio "la red". No es que haya sido permisivo es que simplemente se omitió acto formal de aceptación. Internet llega a nuestro país como inquietud privada del hoy

(8) GONZALEZ CAMPOS, Julio; SANCHEZ RODRIGUEZ, Luis I.; ANDRES SAENZ DE SANTA MARIA, María Paz: *Curso de Derecho Internacional Público*. Vol. I, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1990, p. 439.

Ministro de Ciencia y Tecnología, Dr. Guy de Terramond, quien la desarrolla como iniciativa individual, luego la extiende en el plano universitario, concretamente en la Universidad de Costa Rica, hasta llegar a ser implantada en la empresa pública Radiográfica Costarricense S.A. (RACSA), y últimamente por el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), matriz de la primera.

Nuestra Constitución Política prevé el principio “lo que no está prohibido está permitido”, tal es el caso de la importación o traída del avance científico y tecnológico que significó Internet; no obstante, la nota diferenciadora para poder correr dicha herramienta, radicó en la obligación constitucional de hacerlo mediante instituciones del Estado o sus empresas, cuyo monopolio constitucional recae sobre los servicios inalámbricos.⁽⁹⁾

c) Principio de extraterritorialidad

Volviendo al tema de la territorialidad, como manifestación está el polémico principio de extraterritorialidad. Las corrientes jurídicas en el Derecho Internacional van hacia la extraterritorialidad como principio y no como la creencia en Costa Rica que es la excepción. Si repasamos el Convenio que da base a la Corte Penal Internacional, notamos que delitos tales como genocidio, lesa humanidad o violaciones sistemáticas a los derechos humanos, tienen la capacidad de ajusticiar a cualquier infractor este donde esté. Incluso posiciones individuales de los Estados han validado la extraterritorialidad como norma, sólo observar lo ocurrido con el asunto Pinochet, con órdenes de captura en España y detención en Inglaterra, nos brinda ejemplo de lo que está pasando con la extraterritorialidad. En caso de regulación de algunos aspectos derivados como consecuencia de la utilización del “e-practice”, sean contratos, relaciones que se tipifican como jurídicas, conductas, etc., se debe aplicar análogamente, por ser un antecedente apropiado, la jurisprudencia internacional que sostiene que los Estados pueden hacer valer sus leyes y someter a la jurisdicción de sus tribunales, personas, bienes o actos fuera de su territorio dejándoles una amplia libertad a este respecto.⁽¹⁰⁾

(9) Sobre si es o no conveniente que exista monopolio estatal en este tipo de servicio, no es el tema de este ensayo, obviamos adrede la discusión para no perder espacio y tiempo. Adicionalmente, es el inciso 14) del artículo 121 de la Constitución Política el que establece el monopolio de los servicios inalámbricos.

(10) Corte Permanente de Justicia Internacional, transformada en Corte Internacional de Justicia, con sede en La Haya (Holanda), Sentencia caso Lotus, 1927, Serie A, Núm. 10, p. 19.

Los antecedentes jurisprudenciales permiten a los Estados extender su competencia legislativa o judicial respecto a situaciones que no estén conectadas en absoluto con dichos ordenamientos, pudiendo traspasar sus propias fronteras, esto se puede hacer, generalmente, en el ámbito del Derecho Privado, para regular y juzgar hechos que acontecen en el extranjero, competencia de base extraterritorial incluidos los espacios sometidos a un régimen de internacionalización siempre que esa jurisdicción se emplee hacia la afectación de personas o cosas que tienen la nacionalidad⁽¹¹⁾ del Estado que ha normado conductas aplicables por extensión.

Hay que tomar en cuenta que la Institucionalización que rodea a la Red es de un sinnúmero de empresas y personas que venden el servicio de Internet en todo el mundo, sin que existan tribunales arbitrales, jurisdicciones, tribunales estatales o internacionales, etc. Siendo que la sociedad internacional tiene un gran vacío de institucionalización, se plantea con mayor fuerza el principio de extraterritorialidad de los Estados. Por otra parte, la institucionalización que existe es de soporte y venta del servicio, no así de “paraguas a conductas ilícitas, incumplimientos contractuales, competencia desleal, violación a los derechos de autor, secreto de empresa, etc. En otras palabras no hay obligación moral ni jurídica para aquellas empresas que venden y administran el servicio o aquellas que han diseñado los “navegadores”⁽¹²⁾ como para exigirles indemnizaciones por relaciones de terceros. Lógicamente son irresponsables de lo que pase porque su trabajo es de facilitación de uso, marginándose de lo que libremente hagan con ese uso las otras personas. El núcleo o dominio reservado es de atracción de usuarios, de gente conectando gente, ciertamente con algunos intereses

(11) Vid. MANCINI, Pasquale Stanislao: *“Sobre nacionalidad”*, Título original: *“La nazionalità come fondamento del diritto delle genti”*, Edición de Antonio Pérez Luño, Traducción de Manuel Carrera Díaz, Editorial Tecnos S.A., Madrid (España), 1985, 92 p.p.

(12) Sobre las empresas prestadoras de este servicio, en el Foro *“Legislación y Comercio Electrónico”*, Franklin Castro manifestó: “Los que entran a Yahoo, American Line o a Limoterra y creen que están navegando inocentemente, eso no es cierto, es una mala noticia. La forma como están navegando, adonde están entrando, qué están buscando, queda completamente almacenado. Esas empresas han evolucionado por supuesto a que no pueden divulgar ninguna información personal, pero el perfil de cada uno de los que están ahí navegando, está almacenado. Se explota, efectivamente, anónimamente pero se explota.”

comerciales. Empero el uso discrecional del nuevo modelo social virtual corre a cargo del buen saber y entender de cada uno.

La aplicación es personal, voluntaria, en un ámbito espacial intangible que despliega efectos o afectaciones. Nadie tiene poder sobre nadie, excepto si se legitima y explica por los servicios que se presta, es decir, por la categoría de contrato que se firma con la casa que proporciona el servicio, que es de adhesión, no individual para cada usuario, sino un único contrato típico y repetitivo para un nicho de mercado particular. Esta es solo una situación, la menor entre todas, lo fuerte está en las relaciones jurídicas que se entablan en Red por trasiego de órdenes, compras, pagos, etc., donde evidentemente hay una íntima finalidad social, económica y jurídica. En este estadio hay exclusividad, autonomía, plenitud y libertad hasta ahora no regulada.

Hay que poner énfasis en el contenido económico que significan las relaciones de sujetos en Red. Esta fuga, estas puertas, este océano de posibilidades de negocio sí pueden afectar en un futuro cercano países como el nuestro, por ello, el énfasis hay que ponerlo en el control de los recursos económicos sobre todo los de tipo fiscal. La posesión, uso y disposición sobre ciertos reductos es un imperativo para Costa Rica si queremos que no se fugue la riqueza y las actividades económicas, todo lo contrario, sacar provecho de las grandes oportunidades que ofrece el instrumento para desarrollarnos como Nación.

Si alguien nos vilipendia en Red como Nación, podemos hacer algo? Se han dado varios casos de un llamado comando Viviana Gallardo, con anonimato individual, de página puesta en Internet desde Miami u otros sitios, que han puesto en vilo al Gobierno de la República, pues precisamente de este tipo de conductas estamos precisando sean objeto de ejercicio reglado y de ampliación de la competencia territorial, dado que continuamos con el derecho a monopolizar exclusivamente nuestra justicia sobre personas y bienes y en el deber de respetar la integridad territorial y no injerencia en asuntos internos.

Somos del criterio que en nuestro país no puede pasar ningún proyecto de ley relacionado con elementos que giren alrededor de las tecnologías digitales si antes no se dicta y aprueba una ley que proteja a cada uno de los nacionales de los excesos en el tráfico y manejo de sus datos.

Los países europeos iniciaron el camino de la regulación (Vg. Alemania y España), con sendas legislaciones de protección de datos.

Después sobrevino legislación en comercio electrónico, firmas digitales, etc. Otro ejemplo es México, país que inició el camino de la regulación con un gran diagnóstico de cuáles eran sus vacíos legales en toda rama de legislación ello con el objeto de llenarlos mediante una sola ley marco. Esta vía, la mexicana es sumamente compleja, por cierto equivalente a la francesa.

Lo cierto es que, en nuestro caso, enfatizaremos la protección de datos de carácter personal como una reafirmación del nacional frente a los vertiginoso, dañino y feroz que puede resultar la utilidad de la Red y el mal uso de las bases de datos.

IV. LA PROTECCION DE DATOS

Observando la documentación que hemos tenido a mano, la cual es sumamente abundante, de cómo ha avanzado Europa en el mundo digital, notamos que ellos primero se abocaron a aprobar leyes y directivas –en algunos países el orden se invierte– de protección de datos de carácter personal antes de desarrollar e impulsar otro tipo de normativa, situación que adelantamos líneas “ut supra”. En nuestro país no hemos aprobado un proyecto de ley sobre “Habeas Data y leyes de protección de datos⁽¹³⁾

-
- (13) Hay un proyecto de reforma al Código Penal a punto de aprobarse en el Plenario Legislativo, se trata del Expediente No. 14.097, que reforma los artículos 196, 217, 229 del Código Penal Ley No. 4573, de 4 de mayo de 1970 y al artículo 9 de la ley sobre registro, secuestro y examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones, Ley No. 7425 de 9 de agosto de 1994, para reprimir y sancionar los delitos informáticos. El proyecto dice.

ARTÍCULO 1.-Adiciónanse los artículos 196 bis, 217 bis, un inciso 5) al numeral 229, y un artículo 229 bis al Código Penal, Ley N^o 4573 de 4 de mayo de 1970, para que en lo sucesivo se lean así:

“Artículo 196 bis.-Violación de comunicaciones electrónicas

Será reprimida con pena de prisión de uno a dos años la persona que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere, accese, modifique o altere, suprima, intercepte, interfiera, utilice, difunda o desvíe de su destino, mensajes, datos e imágenes contenidas en soportes: electrónicos, informáticos, magnéticos y telemáticos.

La pena será de uno a tres años, si las acciones descritas anteriormetne, son realizadas por personas encargadas de los soportes: electrónicos, informáticos, magnéticos y telemáticos.”

cuando aparece en la corriente parlamentaria el Proyecto de Ley sobre Firma y Certificados Digitales, amén de que puede ser el inicio de otros proyectos de ley relacionados con el comercio electrónico. Parece que a diferencia de las sociedades más avanzadas, hemos tomado un camino incorrecto. A nuestro modo de ver, el primer paso era aprobar una plataforma dispositiva capaz de proteger y garantizar la intimidad de las personas, como un derecho fundamental, frente a la avalancha de tráfico de información y bases de datos que representa la Red.

“Artículo 217 bis.-Fraude informático

Se impondrá pena de prisión de uno a diez años a la persona que, con la intención de procurar u obtener un beneficio patrimonial para sí o para un tercero, influyera en el procesamiento o en el resultado de los datos de un sistema de cómputo, mediante programación, utilización de datos falsos o incompletos, utilización indebida de datos o cualquier otra acción que influyere sobre el proceso de los datos del sistema.”

“Artículo 229 bis.-Alteración de datos y sabotaje informático

Se impondrá pena de prisión de uno a cuatro años a la persona que por cualquier medio accese, borrar, suprimiere, modifique o inutilizare sin autorización los datos registrados en una computadora.

Si como resultado de las conductas indicadas se entorpeciere o inutilizare el funcionamiento de un programa de cómputo, una base de datos o sistema informático, la pena será de tres a seis años de prisión. En caso de que el programa de cómputo, base de datos o sistema informático contenga datos de carácter público, se impondrá pena de prisión de hasta ocho años.”

ARTÍCULO 2.-Refórmase el párrafo primero del artículo 9 de la Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones N° 7425 de 9 de agosto de 1994. El texto será:

“Artículo 9.-Autorización de intervenciones

Los Tribunales de Justicia podrán autorizar la intervención de comunicaciones orales, escritas o de cualquier otro tipo, dentro de los procedimientos de una investigación policial o jurisdiccional, cuando involucre el esclarecimiento de los siguientes delitos: el secuestro extorsivo, los previstos en la Ley sobre Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado y actividades conexas y cualquier otro delito vinculado con el uso de comunicaciones telemáticas, comunicaciones de tipo remoto, correo electrónico o cualesquiera otro tipo, documentos magnéticos, o la utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación, reproducción del sonido o de la imagen, cualquier señal de comunicación telemática y en general cualquier delito que utilice como instrumento o tenga por objetivo los accesos no autorizados a computadoras o sistemas informáticos.”

Los regímenes más avanzados sobre protección de datos, tal como el Alemán, se rigen por el principio de la llamada autodeterminación informativa, en virtud de la cual el individuo dispone autónomamente sobre el uso de sus datos personales. Hay medidas de carácter excepcional, donde el individuo es obligado a brindar datos, debido a un interés general superior, por ejemplo, en cuanto contribuyente, en cuyo caso, la administración está imposibilitada a entregarlos a terceros.⁽¹⁴⁾

El sistema alemán es el extremo en defensa y garantía de datos personales, manejo que está prohibido, salvo excepciones expresamente autorizadas por reserva de ley. Como derecho legítimo de defensa, la persona tiene la garantía a ser informada sobre qué instancias manejan sus datos, de qué datos se trata y cómo y para qué fines se utilizan. HORSTKOTTE, señala que la Directiva de la Unión Europea (UE) de 1995⁽¹⁵⁾ ha reforzado aún más los derechos de los ciudadanos en este ámbito.

Ahora se teme, tanto de las bases de datos de la Administración, como de la compilación e indexación de datos del sector privado, muchas veces amasada al calor de la compra indebida de información vital a funcionarios inescrupulosos. Casi todos hemos padecido de llamadas de empresas comerciales que ofrecen viajes, hoteles, crédito, etc.

La persona se pregunta, ¿quién les facilitó mis datos? Sea, que se dieron voluntariamente a boca de supermercado para participar en una rifa o sorteo o, sea, que fueron comprados fraudulentamente; la persona

(14) HORSTKOTTE, HERMANN: *"La protección de datos en Alemania"*. Inter. Naciones, Basis-Info, In-press, 26-1999/ Política interior. En el artículo se encuentran las siguientes direcciones y enlaces de interés: Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz (Delegado Federal para la Protección de Datos), <http://www.bfd.bund.de>; Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (Oficina Federal para la Seguridad de la Tecnología Informática), Berufsverband der Datenschutzbeauftragten Deutschlands (BvD) e.V. (Asociación Profesional de los Delegados para la Protección de Datos), y, el Bayerische Landesbeauftragter für Datenschutz (Delegado para la Protección de Datos de Baviera) que dispone de una completa página informativa en la red Internet), que incluye diversos textos legales como la Ley Federal de Protección de Datos, la Ley de Protección de Datos de Baviera, la Directiva europea sobre la materia y otros enlaces de interés.

(15) Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 24 de octubre de 1995. *"Tratamiento de datos y libre circulación de datos"*.

no firmó en blanco para que se utilizaran y reutilizaran por una o varias empresas. Esto no es más que riesgo de divulgación involuntaria de datos personales. La divulgación, evidentemente, puede afectar la intimidad de las personas en contraposición al derecho y acceso a la información.

Según CASTRO, "...Ahora las empresas pueden y tienen información sobre todos y cada uno de nosotros, sobre todos los que trabajamos mucho en Internet, que pueden explotarla cuando quieran o cuando lo permitamos legalmente que la exploten."⁽¹⁶⁾ Esos rastreadores de información saben qué consume, dónde compra, cuáles son sus amigos, qué habla, qué busca, qué quiere, qué tiene, datos de la infancia, académicos, profesionales y laborales, uso del dinero plástico, relaciones personales, creencias, ideologías y toda la información alrededor de la persona. Para ese consultor, ahora se pueden detectar perfiles de comportamiento, tipificación y esquematización de personas, por la información que se maneja de ellas.

La protección de datos de carácter personal ha generado serias divergencias entre Europa⁽¹⁷⁾ y los Estados Unidos, motivado por las limitaciones legales que tienen los europeos en beneficio y garantía de las personas, frente a los intereses de las transnacionales norteamericanas, que consideran estos aspectos como un impedimento para el buen funcionamiento y venta de productos de esas empresas.

En EE. UU. se apela al principio de autorregulación del sector mediante la suscripción de códigos deontológicos, por el hecho de ser miembro de una determinada asociación o por la afirmación de la empresa en su propio "website de salvaguardar la información personal y confidencial. La incertidumbre se genera cuando se venden y fusionan empresas incluida la base o lista de clientes, situación de un trasvase de datos a terceros. Imaginemos que esto suceda en establecimientos bancarios –telebanking– y compañías de seguros, o "electronic commerce", sería nefasto para la persona que circulen sus datos de un lado a otro, difundidos sin un imperativo de protección.

(16) CASTRO, Franklin, *op. cit.*, Foro....

(17) En octubre de 1995 el Parlamento Europeo adoptó los lineamientos generales que, desde entonces, ha regido la protección del ciudadano frente al procesamiento de datos personales.

El común denominador apunta hacia la regulación de la información en el acopio, origen y toma de datos; en segundo término, en la permisibilidad de su venta, intercambio o alquiler; en tercer lugar, la finalidad y seguridad de su uso. Lo anterior ha sido posible regularlo, con la creación de órganos o agencias de protección de datos.

Ahora bien, ¿qué se entiende por dato de carácter personal? Para la mayoría de los textos legales aprobados en otros países, consiste en cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables, nos referimos a datos tales como el nombre y los apellidos, el número de cédula de identidad, la identificación fiscal, el número de carnet del Seguro Social, la dirección, el código postal, el número de tarjeta de crédito, los datos de ingresos, el número de la cuenta bancaria, bienes, salud, hábitos de compra, en general, preferencias u opciones en cualquier ámbito de la vida, ya sean públicos o privados.

Según el tipo de dato existen varios niveles de seguridad relacionados con la sensibilidad de la información, por ejemplo, el lugar de nacimiento de una persona correspondería a un nivel de seguridad básico. Los datos fiscales, los relativos a infracciones administrativas o penales o los relativos a deudas o cumplimiento de nuestras obligaciones dinerarias corresponderían al nivel medio de seguridad, mientras que se ubicarían en el nivel alto de seguridad los datos especialmente protegidos como ideología, religión, creencias, raza, salud, vida sexual, enfermedades, etc.⁽¹⁸⁾

En Gran Bretaña se han hecho encuestas tomando opinión de la gente y pruebas de lo perjudicial que puede resultar el uso y manejo indiscriminado de bases de datos. Mariano Limongi, sobre el particular nos relata:

“Desde el punto de vista social, las últimas encuestas realizadas (1997) dentro de la Unión Europea han arrojado como resultado que 3/4 partes de los 1600 ciudadanos consultados en 5 países han expresado su preocupación respecto de la confidencialidad de sus datos, mientras que un tercio de ellos manifestó haber

(18) Estos mismos rangos de seguridad se manifiestan en la legislación española sobre la materia. Vid. Artículo 4 de la “Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal”. Texto suministrado en soporte electrónico por el Boletín Oficial del Estado (BOE), inserto en Red, “bajado” por el autor de Internet.

experimentado personalmente un “abuso” respecto de sus datos personales. Vale señalar que este clima había alcanzado su pico más alto algunos años antes en 1995, cuando el Sunday Times del Reino Unido decidió demostrar el carácter de *ipso* irrestricto respecto de los datos personales, ingresando a bancos de datos financieros, crediticios, de mercadeo e incluso de salud, logrando acceso a centenares de archivos, entre ellos el del Dr. Sandy Macara, Presidente de la Asociación Médica Británica. Aceptamos que todo este proceso, que se desarrolló en menos de tres horas, podrá sostenerse que tal vez sólo buscaba el impacto periodístico, pero creemos que muestra a las claras la situación actual.⁽¹⁹⁾

Es obvio que la protección de datos de carácter personal va de la mano del manejo y seguridad de las bases de datos,⁽²⁰⁾ es así como Alemania tiene aprobada desde 1991 la Ley Federal de Protección de Datos, otorgando al ciudadano el derecho a saber qué autoridades estatales tienen acceso a sus datos personales y de qué datos se trata concretamente, igual sucede frente a la empresa privada.

Habíamos adelantado que en nuestro país hubo preocupación por parte del exdiputado Urcuyo Fournier en el sentido de posibilitar y robustecer a la Sala Constitucional con un capítulo sobre Habeas Data en la Ley de la Jurisdicción Constitucional. En aquella oportunidad, el exlegislador había contado con la ayuda del Máster Alfredo CHIRINO quien en su obra apuntó:

“La evolución del derecho comparado presenta gran número de ejemplos de cómo será la estructura futura de las formas de tutela del derecho a la autodeterminación informativa: preventiva más que reactiva, dirigida a potenciar los derechos de

(19) LIMONGI, Mariano Pablo, *“La protección de datos personales en la Unión Europea”*, Estudios sobre Tecnología y Privacidad - Datos personales - Habeas Data - V, GENIHome, publicaciones Internet.

(20) Sobre protección de bases de datos la Unión Europea tiene un marco dispositivo detallado, tal es el caso de la DIRECTIVA 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa, del 11 de marzo de 1996, sobre protección jurídica de las bases de datos.

información del ciudadano, la utilización de órganos independientes y con capacidad técnica para contrarrestar los avances vertiginosos de la tecnología de la información; así como también el desarrollo de leyes específicas en los diversos campos en que el procesamiento de datos personales incide./.../ La idea de tutela parece, además, orientada a una posible acción preventiva del Tribunal Constitucional, aún cuando el artículo 77, de manera muy optimista, aunque tímida se refiere a diversas fases del procesamiento, donde teóricamente podría funcionar preventivamente la acción de la Sala Cuarta...⁽²¹⁾

Ese derecho a la protección de datos es recalado también por EKMEKDJIAN y CALOGERO, cuando establecen que la intimidad tiene reconocimiento internacional el cual ha sufrido cambios, por ende, desarrollo por incidencia de las tecnologías. Sobre esa evolución indican: "Fue necesario reconstruir el concepto –intimidad– después del impacto tecnológico. La penetración informática es un peligro para la intimidad de las personas, que no existía entonces y que se debía evitar. Era necesario formalizar una nueva garantía, el derecho a la protección de datos".⁽²²⁾

A conclusión similar llega FALCON cuando señala que "Si bien la informática ha provocado una explosión que motivó la urgente normativa sobre el Habeas Data, los registros de cualquier naturaleza, manuales, mecánicos, electrónicos, etcétera, pueden ser alcanzados por la protección."⁽²³⁾

(21) CHIRINO SANCHEZ, Alfredo: *"Autodeterminación Informativa y Estado de Derecho en La Sociedad Tecnológica"*, Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de la Justicia, San José (Costa Rica), 1997, pp. 54-55.

(22) EKMEKDJIAN, Miguel Angel y CALOGERO, Pizzollo (h.): *"Hábeas Data: El derecho a la intimidad frente a la revolución informática"*, Ediciones Depalma, Buenos Aires (Argentina), 1996, p. 41.

(23) FALCON, Enrique M.: *"Hábeas Data: Concepto y procedimiento"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires (Argentina), 1996, p. 97.

Como se observa, la tendencia es hacia la protección de datos personales antes de tomar el camino hacia cualquier otro intento de legislación; ello, considerando que las bases de información –hoy por hoy– manejan textos, gráficos, voces y video con la misma facilidad con la que los sistemas manipulan datos; en ese sentido, el ser humano y, desde luego, el costarricense, se halla expuesto en su intimidad.

V. COMERCIO ELECTRONICO Y VACIOS EN LA LEGISLACION MERCANTIL COSTARRICENSE

a) E-Commerce

Nuestro Código de Comercio, Ley No. 3284 y sus reformas, es, a todas luces, insuficiente, por no decir ayuno en su totalidad de normas que vengan a regular el incipiente Comercio Electrónico,⁽²⁴⁾ lo que nos lleva a pensar que estamos sumamente atrasados en este tipo de legislación. El Salvador y Colombia, sólo para citar dos ejemplos en América Latina, han avanzado en esta materia, siendo que, actualmente, sus respectivas Cámaras conocen Proyectos de Ley.⁽²⁵⁾

Es interesante rescatar el concepto que aparece en el Proyecto de Ley colombiano, el cual expresa que Comercio Electrónico “Abarca las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de cualquier otro medio similar. Las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las siguientes operaciones:

(24) La Organización Mundial del Comercio (O.M.C.) define el comercio electrónico como la producción, mercadeo, ventas y distribución de productos y servicios vía redes de telecomunicaciones y siete principales instrumentos: teléfono, fax, televisión, pago electrónico, transferencia electrónica de fondos, EDI e Internet. Concepto facilitado por el Lic. Juan José Obando en el Seminario “Notariado Digital” auspiciado por el Instituto Centroamericano de Administración de Empresas y el Instituto Costarricense de Derecho Notarial. San José (Costa Rica), 2001.

(25) En el caso de El Salvador se trata del Proyecto de Ley “Ley de Comunicaciones y Comercio Electrónico”, por su parte en Colombia se tramita el Proyecto de Ley No. 227 de abril 21 de 1998 por medio del cual se define y reglamenta el acceso y uso del Comercio Electrónico, incluye firma digital y certificadoras digitales.

toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; de factoring, de leasing; de construcción de obras; de consultoría, de ingeniería, de concesión de licencias, de inversión; de financiación de banca; de seguros; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera”.⁽²⁶⁾

Tal y como se aprecia en ese concepto, la economía digital cambia completamente la forma de hacer transacciones y relaciones entre empresas. Aflora el negocio electrónico. Los “tangibles” comienzan a perder preponderancia a cambio de servicios intangibles, los que deben ser regulados y protegidos. Los activos típicos de una empresa como propiedades, máquinas, muebles, entre otros, dejan de tener el peso económico de antes.

El consultor Franklin Castro, Gerente de Europa MC Costa Rica, señaló con propiedad de experto en la Asamblea Legislativa de nuestra Nación: “Entonces, pasamos del capital estructural al capital intelectual y luego al capital relacional. Esos dos nuevos capitales abren un nuevo marco de legislación, de comprensión, de regulación, de relaciones que antes no estábamos acostumbrados a lidiar con ellos”.⁽²⁷⁾

Cuando el señor Castro habla de capital relacional, estamos posicionados frente a la nueva realidad, de empresa o gobierno, cuyas características deben ser: ligero, ágil, rápido, flexible, orientado al usuario o cliente. Que relacione variables o situaciones con mucha información a mano o disponible, lo que facilita la toma de decisión política o empresarial.

Esta competencia estridente, es criticada ampliamente por los que no estamos del todo convencidos con la “globalización”; no obstante, la realidad dicta que las empresas están obligadas a insertarse en la economía global-digital. En nuestro entorno, las empresas que han adecuado sus sistemas son, mayoritariamente, las transnacionales. Tanto Estado como empresa privada nacional deberán elaborar planes contingentes y de apoyo en la modernización y capacitación de la pequeña y mediana empresa en este nuevo marco potencial de desarrollo.

(26) Artículo 2 del Proyecto de Ley No. 227 de abril 21 de 1998 de Colombia.

(27) CASTRO, *ibid.*, Foro “Legislación y Comercio”...

Trayendo de nuevo a colación a CASTRO, nos decía en el Foro organizado por el Parlamento costarricense “...Cuántos sabemos realmente como regular toda la implicación que tiene una empresa como Yahoo, Laicos, Telefónica, American on Line, que tienen un impacto –no es loco– (sic) sino un impacto universal. Donde hay gente en Costa Rica haciendo transacciones con esas empresas. Añadía: “Ahora puedo montar una empresa en Internet que se encargará de tener y buscará socios con distribuidores para que comercien lo que vendo, que distribuirá socios financieros para que me den el apoyo económico que necesito, que tendré también que asociarme con empresas de tecnología para que me den soporte tecnológico. Entonces, ya la visión tradicional de empresa cambia también sustancialmente.”⁽²⁸⁾

Así como la visión tradicional de empresa ha sido superada por el contexto, igualmente de esa forma ha sido desbordada la legislación mercantil. Es inevitable hacer una profunda reforma en el Código de Comercio de Costa Rica ya que las nuevas obligaciones que contraen las partes son diferentes a las tipificadas en nuestra obsoleta normativa. Nuestro Código de Comercio en su artículo 2, señala que cuando no exista en dicho cuerpo legal u otras leyes mercantiles disposición concreta que rija una determinada materia o caso, se aplicarán, por su orden y en lo pertinente, las disposiciones del Código Civil, los usos y costumbres y los principios generales de derecho. Pero resulta que ni el Código Civil ni los usos y costumbres o principios generales de derecho resuelven el problema.

A falta de adecuada legislación, el riesgo empresarial, el peligro en el respaldo de negocios y transacciones y, la inseguridad jurídica van a tender a acrecentarse. Es probable, que los Tribunales Civiles a corto plazo, vayan a tener en sus despachos causas producto de malos entendidos con el uso del “e-practice”. No obstante dejar todo a la apreciación del juez por “costumbre mercantil” puede ser contra-producto para los intereses y pretensiones de las partes, ya que si bien la costumbre sirve para suplir el silencio de la ley y suple como regla para apreciar el sentido de las palabras o términos técnicos del comercio usados en los actos o contratos mercantiles; lo cierto es, que hace falta un mínimo de legislación que dé contenido a un número no desdeñable de actos esenciales del comercio electrónico.⁽²⁹⁾

(28) CASTRO, *ibíd.*, Foro ...

(29) Dentro de los actos esenciales podríamos citar: El reconocimiento jurídico de los mensajes de datos; las firmas digitales y el reconocimiento de

Los españoles han comenzado a “desgajar” una novedosa rama del derecho que se denomina “Derecho de la Contratación Electrónica” dentro de los cuales se encuentra el tratadista ILLESCAS ORTIZ,⁽³⁰⁾ quien añade a esa nueva disciplina, algunos aspectos accesorios o periféricos como el fiscal, el jurídico-internacional, la propiedad industrial o intelectual, la intimidad personal de los contratantes, la seguridad pública y la competencia empresarial.

Con la nueva materia tenemos un diseño de principios generales del derecho del comercio electrónico; además, se han elaborado elementos conceptuales novedosos para este tipo de comercio con aplicaciones en la contratación mercantil siempre dentro del entorno electrónico cuya equivalencia funcional es exactamente la misma de los contratos documento-escrito.

Esta temática es tan vasta que se podrían llenar múltiples líneas alrededor de ella, queremos suspender el tema aquí para abordar rápidamente tres cuestiones que giran alrededor del comercio electrónico cuales son: a) la firma y los certificados digitales; b) la cuestión fiscal o tributaria y, c) los dominios en la Red.

b) El documento electrónico validado: Firma digital

El documento digital y su respectivo refrendo, la firma digital se ha puesto a discusión en Costa Rica con la presentación a la corriente legislativa del expediente No. 14.274 “Ley de firma digital y certificadores digitales”. El proyecto de ley pretende otorgar mayor seguridad a los documentos electrónicos, es decir, a la técnica de producción y reproducción de documentos, espacio no regulado y menos garantizado de su uso. Simplificadamente se trata de que el documento enviado electrónicamente es, en efecto, de quién lo envió.

Este proyecto, en caso de configurarse como ley de la República tendrá necesariamente que modificar substancialmente el Código

mensajes; la integridad del mensaje; la fuerza probatoria; la formación y validez de los contratos electrónicos; los acuse de recibo; los efectos jurídicos; lugar del envío y recepción del documento con valor jurídico, entre otros.

(30) Vid. ILLESCAS ORTIZ, Rafael: “*Derecho de la Contratación Electrónica*”, Civitas Ediciones, S.L., Madrid (España), 1ª Edición, 2001, 371 pp.

Notarial, Ley No. 7764 y sus reformas; así como, la Ley sobre Inscripción de Documentos en el Registro Público, Ley No. 3883 y sus reformas.⁽³¹⁾ Adicionalmente tendrá una elevada afectación en lo que sería a futuro el papel del Notario Público y los Registros de carácter público. La labor estoica de armonización legal es sumamente compleja, ya que no se trata de aprobar un proyecto con afán “modernizante” sino se afina paralelamente la legislación complementaria que estaría sirviéndose de la firma digital y los certificadores digitales.

Para avanzar, una firma electrónica sería simplemente cualquier método o símbolo basado en medios electrónicos utilizado o adoptado por una parte con la intención actual de vincularse o autenticar un documento, cumpliendo todas o algunas de las funciones características de una firma manuscrita.⁽³²⁾ Desde el punto de vista técnico-informático se puede entender como un procedimiento (algoritmo) de encriptación, mecanismo mediante el cual un documento se traduce a una serie numérica única llamada digesto, en aplicación de un algoritmo llamado “Hash”. El digesto se encripta con clave privada, dando como resultado la Firma Digital.

Se pretende, entonces, identificar al autor del documento y de los datos contenidos en él, confirmar la identidad del signatario y que esa identidad no haya sido modificada durante el transcurso del proceso de envío del contrato o información respectiva.

Los principales componentes descansan en un dispositivo seguro que abarque, la creación de la firma, la apertura del documento, la verificación y la certificación de una empresa, autoridad o persona reconocida como certificador.

(31) Lógicamente, también tendrá incidencia en varias disposiciones del Código Civil (Registro de Propiedad, Registro de Hipotecas, Registro de Personas e inscripciones provisionales y cancelaciones de inscripciones registrales); Código de Comercio (Registro Mercantil: sociedades mercantiles; Registro de Muebles: prendas, vehículos, etc.; Registro de la Propiedad Industrial: nombre comercial, marcas, expresiones o señales de propaganda, entre otros); Registro de Derechos de Autor y conexos; Registro de Asociaciones; Registro de marcas de ganado. Asimismo tendrá afectación el Reglamento del Registro Público y el Reglamento de Organización del Registro Público de la Propiedad Mueble.

(32) MARTINEZ NADAL, Apolonia: *“Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación”*. Segunda Edición. Estudios de Derecho Mercantil. Cívitas Ediciones S.L. en copatrocínio con la Universitat de les Illes Balears y el Govern Balear, 2000, p. 39.

Hay cuatro aspectos principales interrelacionados con la seguridad, a saber:

- a) La autenticación, demostrar que el firmante es quien dice ser,
- b) La encriptación,⁽³³⁾ que es la cuida de datos privados, su confidencialidad frente a terceros,
- c) El control de acceso, ¿hasta dónde puedo ir con esa información?,
- d) La vista y alteración, si puedo leer la información, escribir sobre ella o modificarla o si por el contrario hay integridad, lo que quiere decir que no se puede modificar o disponer sobre ella.

El país puede optar por tener un mecanismo de seguridad jurídica o no tener mecanismo (ley). El problema radica en el valor de las transacciones que ahora se hacen por medios electrónicos, hoy en día son cada vez más cuantiosas, lo que requiere algún grado de certeza.

Tuvimos la suerte de llevar un Seminario con el experto guatemalteco Aguilar Sánchez⁽³⁴⁾ quien con lujo de detalles explicó al auditorio las reglas generales del uso y aplicación de la firma digital. Para este experto el desafío en marco legal radica en hacerlo de forma uniforme, simple y predecible, acatando principios y normas de nivel nacional y global, cuyo fin de regulación, para empezar, pueden ser: a) los certificados digitales, las firmas digitales y los contratos digitales. Al mismo tiempo nos ilustra que hay avances importantes en el mundo sobre normativa, así pues, tenemos la “Ley Modelo de Comercio Electrónico” de UNCITRAL que es un organismo de la ONU, en Europa las directivas del EU Parliament and Council Directive on E-Commerce, en los Estados Unidos la “Uniform Electronic Act”, “The Millennium Digital Commerce Act” y “Electronic Signatures in Global and National Commerce Act”. También regulaciones en países como Japón, Australia, España y Francia. En América Latina leyes o proyectos de Ley en México, Argentina, Chile, Colombia, El Salvador.

(33) La criptografía es la ciencia que se ocupa de transformar mensajes en formas aparentemente ininteligibles y devolverlos a su forma original. Utiliza generalmente algoritmos matemáticos para cifrar datos. Los métodos asimétricos permiten intercambiar datos sin que sea necesaria una clave compartida.

(34) Seminario de “Notariado digital” a cargo del M.Sc. Edwin Aguilar Sánchez, auspiciado por el Instituto Centroamericano de Administración Pública y el Instituto Costarricense de Derecho Notarial, San José, 2001.

La firma digital es un instrumento necesario para dar confianza a las partes en el tráfico mercantil y de datos electrónicos⁽³⁵⁾ por lo que el clásico documento de papel es sustituido, correlativamente desaparecen las tradicionales firmas manuscritas que pueden ser reemplazadas usando una variedad de métodos que son incluidos en el concepto amplio de firma electrónica. Así añadimos otro concepto de firma electrónica cual es “cualquier método o símbolo basado en medios electrónicos utilizado o adoptado por una parte con la intención actual de vincularse o autenticar un documento, cumpliendo todas o algunas de las funciones características de una firma manuscrita.”⁽³⁶⁾

Para validar las firmas digitales se utiliza como medio “certificados digitales” que son estructuras de datos a cargo de una Agencia, Empresa, Notario o persona autorizada, cuya función es verificar, identificar, autenticar y garantizar mediante el no repudio e integridad del mensaje que quien dice ser es efectivamente esa persona física o apoderado de una jurídica.

c) Cambios en la normativa tributaria

La pincelada anterior sobre Comercio Electrónico y firma digital como potenciales –en estos momentos reales– precursores de negocios desentraña uno de los puntos más preocupantes para los Gobiernos, sin duda el tema tributario. Muchos países en los últimos meses se han

(35) Para AGUILAR SANCHEZ, sectores de alto valor agregado suelen ser: *A) En el Sector Privado*: subastas, e-brokers, one-to-one marketing, massive customization, home-banking, pagos en-línea, venta de divisas en-línea, digital marketplaces (exchanges). También pueden participar intermediarios tales como: servicios de logística, de distribución, de pagos (cheques y tarjetas), certificación digital, seguridad de pagos (wallets), efectivo digital (mondex), garantías (Fidelity National Finance), mercadeo y ventas (Ebay, Yahoo, Amazon), servicios TI (Store fronts, hosting, farming), financieros. *B) El Sector Estatal* puede aprovechar estas tecnologías para Recaudación de impuestos, compras gubernamentales, Banca estatal y Cámara de compensación, programación y ejecución presupuestaria, administración de proyectos, servicio diplomático, consular y de comercio exterior, registros nacionales y servicios de certificación, reclutamiento de personal, administración y control de expedientes y apoyo logístico en caso de desastres naturales.

(36) MARTINEZ NADAL, *op. cit.*, p. 39.

abocado a la tarea de plantear reformas a la legislación para evitar cuantiosas pérdidas de recaudación de impuestos.

La tecnología ofrece un amplio abanico de posibilidades de intercambio de bienes y servicios lo que obliga a realizar cambios substanciales en la estructura tributaria. Nuestro país con un grave problema de Deuda Interna, donde los ingresos son escasos y de paso los impuestos no se cobran bien, a ello hay que sumar que el nuevo orden o giro que ha dado el mundo, puede tornar en caótica la situación financiera del Estado.

En este momento tenemos una estructura mental que nos dicta que el criterio de prestación de un servicio es un lugar “siempre físico” donde se produce el consumo, por tanto donde se produce la acción imponible o gravable, o sitio específico donde la empresa tiene sede de domicilio o actividad. Este esquema se rompe en mil pedazos, ahora el traslado de tecnología es tan fácil que desde una “móvil” o “portátil” se pueden hacer negocios en un barco en alta mar, en un avión, en diferentes países al mismo tiempo, etc. ¿A quién se le pagan los impuestos?

El concepto de establecimiento (comercial) o permanencia se vino al suelo, por ende, la localización de la actividad. Ahora las empresas buscan, como lo buscaron los bancos con los paraísos fiscales, países donde colocar servidores, Estados, por supuesto de baja tributación, desde donde se hacen transacciones económicas y que no disponen de normativa alguna.

En 1999 las autoridades tributarias españolas integraron una Comisión Administrativa para el estudio del impacto del comercio electrónico en la fiscalidad española.⁽³⁷⁾ Nuestro país muy pronto deberá hacer ese tipo de estudios, no en vano el tema de las apuestas virtuales o casinos virtuales que operan, sobre todo, en San José, nos ha puesto a pensar en la viabilidad de nueva legislación.

Hay que recordar, que en el comercio electrónico los protagonistas son múltiples, así tenemos transacciones que se realizan entre empresas (B2B), entre empresas y consumidores (B2C o C2B), entre consumidores (C2C) o entre empresas y Gobierno (B2G o G2B), tanto en

(37) Vid. Resultado del Informe de la Comisión, mismo que se encuentra en la página web del Ministerio de Hacienda español, emitido el 26 de julio de 2000.

la modalidad “on line” (entrega de bienes intangibles a través de Red) como en la modalidad “offline” (pedido electrónico de bienes y servicios tangibles). Estas transacciones se hacen las 24 horas del día, los 365 días del año y entre cualquier punto del planeta.

Es obvio que nuestro Ministerio de Hacienda, con costos, cobra al Impuesto sobre la Renta y el Impuesto de Ventas, por lo que deberá hacer un doble esfuerzo para acometer acciones contra este tipo de evasión fiscal. El problema es cómo legislar con eficacia en Internet en materia tributaria al margen de otros Estados, siendo la Red un fenómeno universal que afecta a múltiples jurisdicciones simultáneamente? Parece que la respuesta es por la vía del Derecho Internacional Privado con medidas de carácter internacional, adoptadas desde instituciones u organismos internacionales, los que serán capaces de dar soluciones a los problemas tributarios derivados de su generalización.

Mientras tanto, en nuestro caso, podemos gravar las patentes, o las actividades con cifras importantes de impuesto, ya que el volumen de lo apostado o transado (Vg. casinos o sitios de apuestas electrónicas) es casi imposible de determinar y perseguir por el Ministerio de Hacienda. En alguna oportunidad se pensó en gravar los “bits” transferidos, cuestión que quedó descartada por no determinarse cuando un “bit” tenía valor comercial y cuando de otro tipo. Ningún foro internacional ha establecido con exactitud el modelo a seguir en virtud de que aparecen nuevas posibilidades complejas de comercio electrónico.

Terminar este aparte diciendo que con la nueva Ley de Simplificación y Eficiencia Tributaria, Ley No. 8114, puesta en vigor a partir del 1 de agosto del año 2001, su artículo 27 modificó el artículo 122 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, Ley No. 4755 y sus reformas, numeral mediante el cual la administración tributaria podrá disponer el empleo de otros medios según el desarrollo tecnológico existente, expresando elementos de seguridad tales como clave de acceso, la tarjeta inteligente u otros que se autoricen que equivaldrán a su firma autógrafa. Esto si bien es importante no responde el problema de fondo planteado en líneas anteriores.

d) Los Dominios y la Propiedad Intelectual

Nuestro Registro Mercantil cuida sobremanera que una marca, registro, patente, sociedad, etc., no sea igual o parecida a una ya inscrita.

Esta misma lógica opera con los dominios de Internet.⁽³⁸⁾ La concesión de un dominio de primer nivel está basado en el criterio “primero en tiempo primero en derecho”. Con Internet se ha dado el fenómeno del “cybersquatting” que consiste en registrar un dominio igual o similar a una marca registrada y esperar que el titular, haga una oferta de compra por no poder acceder con su derecho previo a Internet.

Para evitar esos inconvenientes se han creado organismos encargados de ordenar la concesión de dominios (nuestro Registro Mercantil debería hacer esas labores) aunque creemos no está autorizado por ley. Con esto queremos decir que todos aquellos sitios que terminen en “.cr” deberían ser ordenados atendiendo un análisis previo de marcas registradas o búsqueda de marca igual como se hace con patentes, marcas, propiedad intelectual o industrial.

Otros países han tomado la iniciativa de aprobar leyes que obliguen al “cyberquatter –ocupante sin derecho– a transferir el dominio al titular de la marca registrada.

El dominio no es más que un sitio o dirección de Internet que está basado en un código que asigna una serie numérica única a cada computadora conectada a la Red (IP), cifras que se traducen a palabras fáciles de recordar. Como lo adelantamos estos dominios se asignan por medio de organismos estatales que funcionan sobre la base de convenios internacionales, sobre todo los impulsados por la OMPI (Organización Mundial de Propiedad Intelectual), organismo que ha intervenido dictando algunas resoluciones arbitrales en casos polémicos.

En los Estados Unidos se están dando condenas judiciales ejemplares, con fuertes sumas de dinero en daños y perjuicios y pago de honorarios de Abogados del titular de la marca en contra de aquellos que han visto la ocupación de dominios como negocio peligroso.

También algunos países no permiten la asignación de dominios si no se cumple con una serie de requisitos del mundo real como

(38) Estos dominios se convierten en una extensión de la empresa, en un canal a mano para ingresar en todos los rincones del mundo, se hace de forma sencilla con registros abiertos, siendo el “.com” el máximo exponente de los dominios genéricos formados por tres letras. En este tipo tenemos también “.org”, “.gov”, “.int.”, “.net” etc. Hay territoriales que se componen de dos letras “.cr”, “.es”, “.fr” , etc.

denominación social y otras comprobaciones. Nuestro país al igual que Italia es sumamente flexible en la implantación de dominios cuestión que últimamente ha entrado en discusión sobre todo en la Comisión Especial de Propiedad Intelectual de la Asamblea Legislativa.

Lo que sí queda claro es que el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI basa la resolución de las disputas en tres cuestiones esenciales:

- Que el nombre registrado por el demandado sea idéntico, u ofrezca que produzca la confusión, con una marca de productos o servicios anterior sobre la que el demandante tenga derechos.
- Que el demandado carezca de derecho o interés legítimo en relación con el nombre de dominio, y
- Que el nombre de dominio haya sido registrado de mala fe (básicamente tres supuestos: finalidad de venta, aprovechamiento de un tercero, obstrucción de acceso a Internet)

Queda claro que los dominios y la reclamación de marcas se entrelazan en los intereses de las compañías y organizaciones a la hora de usar Internet. A esto hay que agregar otros problemas adicionales como la infracción de derechos de propiedad intelectual o industrial como copias ilegales de programas y obras protegidas en general; la competencia desleal entre empresas de alta tecnología y otras empresas por problemas sensibles derivados de la vulneración de secretos empresariales cuyos activos principales son los "intangibles". Otras molestias o inconvenientes son: a) el abuso con las tarjetas de crédito por compras en RED, b) la creación de estructuras piramidales de venta, c) pagos por adelantado que en ocasiones no van seguidas de la entrega del bien, d) difusión de informaciones falsas que provocan caída de cotización de acciones de compañías afectadas por manipulación de información; e) confusión por el abuso de los "link", es decir, referencia de información a páginas web de terceros.

VI. CONCLUSION

La primera conclusión a la que llegamos sin mayores ambages es que Costa Rica desde el punto de vista normativo está en "pañales respecto al desarrollo y uso de la RED (Internet); ello debido a que no existe legislación adecuada en ninguna disciplina o materia que venga a

regular, en alguna medida, los efectos positivos (negocios, comercio, intercambio) y negativos (configuración de delito, derivación de indeseables informaciones, robos de intangibles) por citar algunos. Esto, lógicamente, nos convierte en un país vulnerable “paraíso informático” apetecido por aquellos que pretenden aprovecharse de las tecnologías con el objeto de burlar restricciones que ya tienen la mayoría de los países desarrollados.

Son pocos los sectores y las instituciones costarricenses las que están conscientes de la problemática que presentan las comunicaciones⁽³⁹⁾ y las nuevas tecnologías aplicadas a ellas (Vg. Tecnologías de la Información –TI–). Se espera muy pronto, que desde un teléfono móvil que a la vez es computador podamos hacer todo tipo de transacciones, esto implica, cero domicilio, establecimiento, territorio, nación, todo queda desbordado.

Organismos internacionales como OMC, OMPI, UNCITRAL, etc. están trabajando arduamente textos de tratados internacionales con la idea de emitir regulaciones de carácter universal, vía que a nuestro juicio es la más recomendable para estandarizar la legislación internacional con incidencias en la local. No vemos representantes nuestros, trabajando cerca de esos organismos y defendiendo los puntos de vista del Gobierno y de nuestras empresas.

Por otro lado, agrada que el asunto se haya puesto en el “tapete” de discusión nacional en este año 2001, con varios Foros y Seminarios, lo que hace creer que la discusión irá en aumento beneficiando enormemente con material de apoyo a los diputados, que serán, a fin de cuenta, los que aprueben la legislación respectiva.

De nuestra parte, concluir diciendo que hay que tomar la decisión de adoptar una vía, la francesa o mexicana de llevar adelante una gran reforma integral que envuelva todos y cada uno de los códigos y leyes

(39) La República de Costa Rica ha suscrito y ratificado algunos convenios internacionales en material de telecomunicaciones: Ley No. 7261 “Aprobación del Convenio relativo a la Organización internacional de Telecomunicaciones por satélite (INTELSAT)”; Ley No. 7486, “Aprobación del Convenio constitutivo de la Organización Internacional de Telecomunicaciones Marítimas (INMARSAT) y su anexo”; Ley No. 7617, “Aprobación de la enmienda del artículo XVIII del Convenio relativo a la Organización Internacional de Telecomunicaciones por satélite.”

cuya afectación es evidente, lo que llevará un trabajo a tiempo completo de expertos ó; ir avanzando progresivamente con leyes especiales, vía que sugerimos con la salvedad de aprobar en primerísimo lugar, la Ley de Protección de Datos de carácter personal, antes de cualquier otro tipo de ley, incluida la de Firma Digital y Certificados Digitales.

No hay que evadir la realidad, está allí presente, la sentimos en nuestra cotidianidad, desde niños accediendo pornografía sin ningún control, pasando por mensajes xenofóbicos, evasión de impuestos, apuestas, contratos, etc.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ASAMBLEA CONSTITUYENTE: *“Constitución Política de la República de Costa Rica”*, Publicaciones Jurídicas, Edición actualizada, 1999.

BLASCO, Jordi, *“Problemas jurídicos que suscita la utilización de Internet”*. Vid. e-legalBCN.com. Legal Advise for e-business.

CHIRINO SANCHEZ, Alfredo: *“Autodeterminación Informativa y Estado de Derecho en La Sociedad Tecnológica”*, Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de la Justicia, San José (Costa Rica), 1997.

EKMEKDJIAN, Miguel Angel y CALOGERO, Pizzollo (h.): *“Hábeas Data: El derecho a la intimidad frente a la revolución informática”*, Ediciones Depalma, Buenos Aires (Argentina), 1996.

FALCON, Enrique M.: *“Hábeas Data: Concepto y procedimiento”*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires (Argentina), 1996.

GONZALEZ CAMPOS, Julio; SANCHEZ RODRIGUEZ, Luis I.; ANDRES SAENZ DE SANTA MARIA, María Paz: *“Curso de Derecho Internacional Público”*. Vol. I, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1990.

HORSTKOTTE, Hermann: *“La protección de datos en Alemania”*. Inter. Naciones, Basis-Info, In-press, 26-1999/ Política interior.

ILLESCAS ORTIZ, Rafael: *“Derecho de la Contratación Electrónica”*, Civitas Ediciones, S.L., Madrid (España), 1ª Edición, 2001.

LIMONGI, Mariano Pablo, *“La protección de datos personales en la Unión Europea”*, Estudios sobre Tecnología y Privacidad - Datos personales - Habeas Data - V, GENIHome, publicaciones internet.

MANCINI, Pasquale Stanislao: *"Sobre nacionalidad"*, Título original: *"La nazionalità come fondamento del diritto delle genti"*, Edición de Antonio Pérez Luño, Traducción de Manuel Carrera Díaz, Editorial Tecnos S.A., Madrid (España), 1985.

MARTINEZ NADAL, Apolonia: "Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación". Segunda Edición. Estudios de Derecho Mercantil. Civitas Ediciones S.L. en copatrocinio con la Universitat de les Illes Balears y el Govern Balear, 2000.

Foros y Seminarios:

AGUILAR SANCHEZ, Edwin: *"La economía digital y los negocios electrónicos"*. Seminario *"Notariado Digital"*, auspiciado por el Instituto Centroamericano de Administración Pública y el Instituto Costarricense de Derecho Notarial. San José, Costa Rica, mayo 2001.

CASTRO, Franklin, expositor en el Foro *"Legislación y Comercio Electrónico"*, auspiciado por la Asamblea Legislativa de Costa Rica, efectuado el 22 de marzo, 2001. Transcripción a cargo del Departamento de Servicios Parlamentarios.

OBANDO, Juan José: Expositor en el Seminario *"Notariado Digital"* auspiciado por el Instituto Centroamericano de Administración de Empresas y el Instituto Costarricense de Derecho Notarial. San José (Costa Rica), 2001.

Leyes y directivas:

Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley No. 7733.

Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal de España. Texto suministrado en soporte electrónico por el Boletín Oficial del Estado (BOE), inserto en Red, "bajado" por el autor de Internet.

DIRECTIVA 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 24 de octubre de 1995. "Tratamiento de datos y libre circulación de datos".

DIRECTIVA 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa, del 11 de marzo de 1996, sobre protección jurídica de las bases de datos.

Convenios Internacionales:

Ley No. 7261 "Aprobación del Convenio relativo a la Organización internacional de Telecomunicaciones por satélite (INTELSAT)".

Ley No. 7486, "Aprobación del Convenio constitutivo de la Organización Internacional de Telecomunicaciones Marítimas (INMARSAT) y su anexo".

Ley No. 7617, "Aprobación de la enmienda del artículo XVIII del Convenio relativo a la Organización Internacional de Telecomunicaciones por satélite."

Proyectos de Ley:

Costa Rica:

Expediente No. 8431 "Creación del Centro Nacional de Cómputo".

Expediente No. 11.027 "Ley de creación del registro de programas informáticos".

Expediente No. 11.822 "Ley de Regulación de la comercialización de programas informáticos".

Expediente No. 12.827 "Adición de un nuevo capítulo IV, denominado "Del Recurso de Habeas Data", al Título III, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, Ley No. 7135 del 19 de octubre de 1989".

Expediente No. 13.888 "Ley sobre acceso a la red (Internet)"

Expediente No. 14.029 "Ley de derecho de acceso a Internet".

Expediente No. 14.274 "Ley de fomento de la productividad mediante la incorporación de Tecnología informática".

Expediente No. 14.276 "Ley de firma digital y certificados digitales".

Expediente No. 13.909 que establece una adición al artículo 174 del Código Penal, Ley No. 4573.

Expediente No. 14.097 "Proyecto de reforma de los artículos 196, 217, 229 del Código Penal Ley No. 4573, de 4 de mayo de 1970 y al artículo 9 de la ley sobre registro, secuestro y examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones, Ley No. 7425 de 9 de agosto de 1994, para reprimir y sancionar los delitos informáticos".

El Salvador:

Proyecto de Ley "Ley de Comunicaciones y Comercio Electrónico".

Colombia:

Proyecto de Ley No. 227 de abril 21 de 1998.

Jurisprudencia:

Corte Permanente de Justicia Internacional, transformada en Corte Internacional de Justicia, con sede en la Haya (Holanda), Sentencia caso Lotus, 1927, Serie A, Núm. 10, p. 19.

**LA FUNCION SOCIAL, ECONOMICA Y AMBIENTAL
DE LA PROPIEDAD
(Limitaciones agroambientales a la propiedad)**

Prof. Enrique Ulate Chacón^()*

(*) Profesor del Posgrado en Derecho Agrario y Ambiental de la Universidad de Costa Rica. Juez Superior Agrario. Miembro del Comité Científico de la Unión Mundial de Agraristas Universitarios. Secretario Ejecutivo de la Asociación Costarricense de Cultores en Derecho Agrario y Ambiental. Especialista en Derecho Agrario y Ambiental.

SUMARIO:

1. El Fundamento Constitucional del Derecho de Propiedad. Propiedad como Institución y como derecho subjetivo. Principios y valores constitucionales que informan el instituto de la propiedad. La función económica, social y ambiental en la Constitución Política.
2. La función económica, social y ambiental en la legislación agraria promulgada antes de la reforma del artículo 50 Constitucional. La prevalencia de la función económico y social, motivada por el fomento a la producción, la equidad en la distribución de la tierra.
3. La Jurisprudencia Constitucional, respecto de la normativa agroambiental, antes de la reforma al artículo 50 de la Constitución Política. El dinamismo de la propiedad. Los límites como imposición al ejercicio del derecho de propiedad. El Contenido mínimo: Límites y limitaciones indemnizables:
4. Las consecuencias de la función económica y social. La cultura agraria tradicional y el ejercicio abusivo del derecho de propiedad, en detrimento de la naturaleza, la calidad de vida y la propia existencia humana.
5. El rol de la Jurisprudencia en la delimitación de la función económica, social y ambiental de la propiedad. Los principios desarrollados en el ámbito jurisprudencial sobre la función ecológica y el ejercicio abusivo del derecho de propiedad.
6. El impacto de la reforma constitucional de los artículos 46 y 50, en la nueva legislación agraria y ambiental. Hacia una nueva cultura agraria orientada por el modelo del desarrollo sostenible de las actividades agrarias.
7. Las nuevas limitaciones agroambientales impuestas por el legislador al ejercicio de la propiedad.
8. Límites agroambientales, función ambiental de la propiedad, y responsabilidad por daño ambiental.
9. La función ecológica de la propiedad como catalizador del ejercicio de la propiedad, cumpliendo con su destino económico y social. El impacto de la función ambiental en los institutos vinculados a la propiedad agraria, y su desarrollo en la jurisprudencia de los Tribunales agrarios.
10. La función ambiental de la propiedad en la Ley de Biodiversidad. Las limitaciones agroambientales reafirmadas en la nueva Ley. Implicaciones jurídicas.

INTRODUCCION

1. **El Fundamento Constitucional del Derecho de Propiedad. Propiedad como Institución y como derecho subjetivo. Principios y valores constitucionales que informan el instituto de la propiedad. La función económica, social y ambiental en la Constitución Política.**

Desde el siglo pasado, nuestro Constituyente se ha preocupado por regular el Instituto de la Propiedad como uno de los derechos fundamentales del Ser Humano. La propiedad fue la máxima expresión en el ámbito de la libertad económica del ciudadano. Se concibió como un derecho sagrado, absoluto e inviolable.

Sin embargo, desde la Constitución de 1821, se establece la posibilidad de imponer limitaciones a través de la Ley. Ello fue evidente con la promulgación de la legislación especial agraria. Lo cierto es que nuestro Constituyente nunca se ocupó de indicar cuál sería el contenido mínimo o esencial del derecho de propiedad. Es al legislador a quien corresponde establecer dicho contenido mínimo y esencial, a través de las limitaciones al derecho, y es al Tribunal Constitucional, a quien le corresponde ejercer el control de esa facultad legislativa, para evitar que por la vía de las limitaciones de prive del dominio a los titulares.

El artículo 45 de la Constitución Política, es la norma que hace referencia explícita al Derecho de propiedad. Tal norma dispone:

“La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley. En caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea previa. Sin embargo, el pago correspondiente se hará a más tardar dos años después de concluido el estado de emergencia.

Por motivos de necesidad pública podrá Asamblea Legislativa, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponer a la propiedad limitaciones de interés social.”

Como lo ha dicho en forma reiterada la Jurisprudencia, los dos párrafos de la norma constitucional, se originaron en momentos históricos diferentes: uno influenciado por los principios y valores del

Estado Liberal, y otro influenciado por los derechos económicos y sociales propios del Estado Social de Derecho.

Ahora bien, la pregunta que nace de inmediato es: Se trata de una sola propiedad o puede admitirse diversos tipos de propiedades. Indudablemente, la distinta naturaleza y función de los bienes, nos impone la distinción entre diversos tipos de propiedades.

Sin duda alguna, la Constitución Política reconoce, como en la mayoría de Constituciones modernas, la propiedad como Institución. Y como tal, es una sola.

Sin embargo, respecto del derecho de propiedad como derecho subjetivo hoy se distinguen "las propiedades", a partir de la doctrina italiana del Prof. Salvatore Pugliatti, pues sin duda difieren en su función y en su estructura.

La función de la propiedad, está referida a la utilidad social del bien, a su diversa naturaleza productiva: así podríamos hablar de naturaleza agrícola, ganadera, forestal, urbana, etcétera. Y la estructura, referida al conjunto de derechos y obligaciones del propietario los cuales, van a diferir dependiendo de la función que le venga asignada al bien. En otros términos, los derechos y obligaciones de un titular de un terreno forestal, son distintos a los derechos y obligaciones del titular de un inmueble ubicado en zona urbana.

Hoy esa tesis es compartida por la más sobresaliente doctrina, tanto nacional como internacional, y también por los criterios vertidos por la Jurisprudencia.

Para nadie es un secreto que el Derecho de propiedad, como derecho subjetivo, entraña un conjunto de derechos y deberes, facultades y obligaciones para su titular, que viene siendo moldeados por la legislación especial agraria, atendiendo a la naturaleza de los bienes sobre los cuales recaiga, y a los nuevos principios y valores que van moldeando el entero ordenamiento jurídico.

2. La función económica y social en la legislación agraria promulgada antes de la reforma del artículo 50 Constitucional. La prevalencia de la función económico y social, motivada por el fomento a la producción, la equidad en la distribución de la tierra.

El Código Fiscal, la Ley de Terrenos Baldíos⁽¹⁾, la Ley de Informaciones Posesorias y la Ley de Tierras y Colonización, fue la primer normativa de ocuparse de una regulación en el uso racional de los recursos naturales, para conservarlos. Pero también propiciaron la ocupación, titulación y destrucción de los bosques.

En la segunda mitad de éste siglo, prevalecieron el interés en la producción y la explotación de la tierra, lo cual venía justificado por la imposición de la función económica y social de la propiedad agraria.

En efecto, la doctrina agraria costarricense ya se había manifestado por una cultura agraria tendiente a poner a producir la tierra para cumplir con su destino económico:

“...La tierra multiplicó su feracidad con el auxilio de la mecanización y la técnica, que supone el uso creciente de ciertos bienes muebles... Pero si la tierra comparte su importancia con el capital mueble agrario, perdiendo su primacía, ha adquirido un nuevo relieve como asiento de los bienes que constituyen la explotación agropecuaria... Dichos bienes son considerados propiedad agraria en su aspecto económico, en cuanto a instrumentos o medios de producción agropecuaria, y en su aspecto social, relativo a su control y a la distribución de sus beneficios... La propiedad agraria, se caracteriza por la exigencia individual y social de la necesaria destinación a la producción, para preservar la calidad y la capacidad productiva del bien. La exigencia social de la producción se hace más obvia en las normas que autorizan la expropiación de los bienes agrarios no utilizados en la explotación o empleados deficientemente y en las que vedan o limitan las formas indirectas de tenencia y explotación...”⁽²⁾

(1) Ley de Terrenos Baldíos No. 13 del 10 de enero de 1939. Derogada por la Ley de Tierras y Colonización No. 2825.

(2) BARAHONA ISRAEL, Rodrigo. *Derecho Agrario*, San José, Universidad de Costa Rica, 2ª edición, 1982, página 228-229.

La misma Ley de Terrenos Baldíos permitió la adquisición de tierras por particulares, hasta un máximo de 30 hectáreas. Quedó prohibido, salvo ese caso, cerrar con cercas los terrenos baldíos propiedad del Estado, derribar montes o establecer en ellos construcciones o cultivos o extraer leña, madera u otros productos. Con ello era evidente la intención de nuestro legislador de conservar los recursos forestales.

La Ley de Tierras y Colonización de 1961, reguló la función económica y social de la propiedad con mayor prevalencia que la ambiental. Ello era una exigencia cultural, en garantizar no solamente el "acceso" real a la propiedad, a través de la intervención del Instituto de Tierras y Colonización, sino también exigir que se cumpliera con el destino económico de los bienes productivos (entre otros, artículo 1, 2 y 5).

La doctrina patria afirmó que "A partir pues, de la promulgación de la Ley de Tierras y Colonización es ilegal la ocupación de tierras del Estado. Pero las comenzadas antes de su vigencia son lícitas, dentro de los límites y condiciones establecidas por la Ley General de Terrenos Baldíos u otras cualesquiera vigentes al iniciarse la ocupación y sirven a los efectos de la prescripción positiva".⁽³⁾

Fue así como en la Ley de Tierras y Colonización, junto a la función económica y social, se dictaron una serie de disposiciones tendientes a conservar los recursos naturales (artículo 1 inciso...). En particular, se establecía que las tierras que no tuvieran implantado el régimen de conservación y uso adecuado de las reservas que en ellas existían de recursos naturales renovables de la nación estaban incumpliendo la función social de la propiedad.⁽⁴⁾

Sin embargo, su aplicación desmedida, por la cultura que le era inherente, en cuanto a la función económica y social, llevaron al ejercicio abusivo del derecho de propiedad. Por ello también se advierte que "La apropiación indebida de tierras en las reservas nacionales por particulares adquiere caracteres alarmantes cuando es realizada por propietarios de latifundios con el fin de aumentar su cabida y más aún si el propósito que se persigue se limita a acaparar tierras sin cultivarlas."⁽⁵⁾

(3) *Ibid*, página 231.

(4) Ley de Tierras y Colonización, artículo 153 inciso 4.

(5) BARAHONA ISRAEL, *op. cit.*, página 235.

El legislador impuso a la propiedad, en particular a la propiedad agraria una serie de limitaciones dirigidas a cumplir su función económica y social. La Ley de Tierras y Colonización hace referencia expresa a ambas funciones⁽⁶⁾. Por un lado, le impone la obligación al Estado de dotar a personas que carecen de tierras o las poseen en forma insuficiente, de las tierras suficientes para su desarrollo individual y social (artículo 2).

También se establece la obligación de poner a producir la tierra, pues el incumplimiento de esa función económico productiva implicaría eventualmente la expropiación de las tierras que se encuentran incultas, abandonadas, explotadas indirectamente, o insuficientemente explotadas. Y castiga el ejercicio antieconómico de terrenos aptos para la agricultura destinados a la ganadería (artículo 144).

Pero también se le impone a los beneficiarios del Instituto de Desarrollo Agrario, como una de sus obligaciones la conservación de los recursos naturales renovables, pues la falta a estas disposiciones pueden implicar la revocatoria de la parcela.

Por otra parte, la Ley de Titulación Múltiple de Tierras⁽⁷⁾ sujeta a las fincas tituladas, a limitaciones agroambientales impuestas por la Ley de Aguas⁽⁸⁾, pues se excluyen del dominio privado las aguas, álveos o cauces y vasos de las aguas que sean de dominio público; y se impone servidumbre de uso público sobre las riberas de los ríos no navegables.

Otras limitaciones contenidas en dicha Ley están vinculadas con la Ley General de Caminos y la prohibición de destruir bosques y arboledas que contengan especímenes vegetales o animales que estén en proceso de extinción en el país.⁽⁹⁾

La Ley Forestal de 1961⁽¹⁰⁾ también impuso importantes limitaciones a la propiedad agraria tendientes a someter obligatoriamente al régimen forestal aquellos bosques y terrenos que el Poder Ejecutivo

(6) Ley de Tierras y Colonización, artículos 6; inciso 1; 58, 142, 144, 150.

(7) Ley de Titulación Múltiple, No. 5064 del 22 de agosto de 1972.

(8) Ley de Aguas, No. 276 del 15 de agosto de 1942, artículos 72 y 73.

(9) Ley de Titulación Múltiple, artículo 5 inciso c).

(10) Ley Forestal No. 4465 del 25 de noviembre de 1969.

considerase indispensables para establecer en ellos zonas protectoras, reservas forestales, reservas nacionales y reservas biológicas. En caso de negativa de los propietarios procedería la expropiación.⁽¹¹⁾

En efecto, a partir de la promulgación de dicha Ley comienza a manifestarse con mayor profundidad la función ambiental de la propiedad. Se contemplan políticas de conservación, forestación y reforestación de los bosques y terrenos, y de promoción, por medio de incentivos, a la actividad forestal.

El Patrimonio forestal del Estado les constituyen las reservas nacionales, las reservas forestales, los parques nacionales, los viveros forestales del Estado, las zonas protectoras y las reservas biológicas.

“Cuando la conservación del bosque y de los terrenos forestales está inspirada en el propósito de proteger los suelos, o de mantener y regular el régimen hidrológico, el clima o el medio ambiente, las áreas destinadas a esos fines se denominan zonas protectoras. En ellas se detiene el proceso de erosión de los suelos, ya que las raíces de los árboles sujetan y retienen la capa vegetal y las hojas que caen cubren el suelo por donde corre el agua, evitando así que arrastre las partículas de la tierra.

Las zonas protectoras pueden estar situadas en propiedad estatal o en propiedad privada. En una y otra se prohíben las labores agrícolas que impliquen la destrucción de la vegetación.

El mantenimiento y regulación del régimen hidrológico es otra función importante de los bosques. Por ello han merecido un tratamiento detallado en la Ley Forestal, la cual declara zonas forestales las que bordean manantiales y una pequeña franja de la ribera de los ríos, arroyos, lagos, lagunas o embalses naturales. Dentro de las reservas nacionales, son áreas protectoras una ancha franja a uno y otro lado de las riveras de los ríos, y una amplia a uno y otro lado de la depresión máxima de las cuencas hidrográficas.

(11) Ley Forestal, artículo 2 inciso b, 71 y 72.

La función de los bosques en relación con las aguas es tan importante que puede trascender del ámbito nacional, como sería el caso de un río que corre por varios países.”⁽¹²⁾

3. La Jurisprudencia Constitucional, respecto de la normativa agroambiental, antes de la reforma al artículo 50 de la Constitución Política. El dinamismo de la propiedad. Los límites como imposición al ejercicio del derecho de propiedad. El Contenido mínimo: Límites y limitaciones indemnizables

Desde hace muchos años, la Doctrina⁽¹³⁾ ha distinguido entre límites y limitaciones del derecho de propiedad, en el contexto del contenido de ese derecho. Según ALBALADEJO, el contenido normal del Derecho de propiedad debe enmarcarse mediante la indicación de los límites del dominio⁽¹⁴⁾. Estos pueden establecerse por razones de interés privado, o por razones de interés público, siendo estos últimos los predominantes. Por ejemplo los establecidos en la Ley de Aguas o en la Legislación especial agraria o ambiental.

(12) BARAHONA ISRAEL, *op. cit.*, página 706.

(13) ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*, Tomo III, Derecho de bienes, Barcelona, 8ª edición, 1994, páginas 259 a 262.

(14) “A veces el límite consiste en que el propietario no puede hacer algo; otras en que tiene el deber de hacerlo, quitándosele así la libertad de omitirlo (por ejemplo, la de no revocar la fachada del inmueble o la de no cultivar la finca rústica)... Como los límites del dominio constituyen régimen normal del mismo, ni hace falta un acto especial para imponerlos a cada cosa en particular, ni hay que probarlos... sino que basta invocar (cuando proceda) la norma jurídica que los establece. Por el contrario, tratándose de limitaciones han de establecerse por un acto especial relativo a la cosa de cuya propiedad se trata, y, como son excepcionales, han de ser probadas, pues, en otro caso, la propiedad se presume libre de ellas.” *Ibid*, página 262.

Nuestra Jurisprudencia patria hizo la distinción entre los límites y limitaciones al Derecho de propiedad⁽¹⁵⁾. Considera los límites al derecho de propiedad originados en el interés social, del cual habla el artículo 45 párrafo segundo de la Constitución Política.⁽¹⁶⁾ Identificando dicho concepto con los problemas de las clases sociales, con las medidas necesarias para mejorar las condiciones económicas de las clases y lograr la convivencia humana, orientado por el bien común y la justicia social.⁽¹⁷⁾

La Jurisprudencia emanada, en aquél entonces de Corte Plena, conociendo como Tribunal Constitucional, señaló muy claramente el principio de la función económica social de la propiedad, como una restricción impuesta a la propiedad con efectos generales. Específicamente, en el ámbito de la propiedad forestal, la Jurisprudencia estableció la importancia de este límite desde el punto de vista ambiental:

“En el recurso se alega la inconstitucionalidad de los artículos 30, 71, 88, 98, 101, incisos b) y d), 103, 104 y 105 de la Ley Forestal por encontrarlos lesivos de lo dispuesto en el artículo 45 constitucional, pues según el criterio del recurrente, el primer artículo citado atenta contra la inviolabilidad de la propiedad al exigir aprobación de la Dirección General Forestal para poder efectuar trabajos de eliminación de bosques con el objeto de realizar colonizaciones o parcelación de tierras o cualquier empresa agrícola o ganadera, toda vez que con esas (sic) intromisión del

(15) “Tradicionalmente se han usado como sinónimos “límites” y “limitaciones”, pero ya hoy día se hace la diferencia entre ambos términos, para entender como “límites” los que son impuestos por la ley en forma generalizada sin referirse a una cosa o a un propietario individualizados, se aplican a todos los que están en una misma situación; mientras que las “limitaciones” por regla general son impuestas voluntariamente por los propietarios, aunque sea con base en la ley, y siembre para casos concretos...Pero nótese que la votación de dos tercios no constituye autorización para imponer toda clase de limitaciones a la propiedad, pues el texto se refiere únicamente a las de “interés social” (Corte Plena, Sesión Extraordinaria, del 25 de marzo de 1983)

(16) Corte Plena, Sesión Extraordinaria del 16 de junio de 1983.

(17) Corte Plena, Sesión Extraordinaria del 25 de marzo de 1982.

Estado se pone en manos de éste la facultad de administrar la propiedad privada. A lo anterior es de señalar que ningún choque se produce entre el artículo 30 de la Ley Forestal y el 45 de la Constitución Política, pues el derecho de propiedad no es absoluto. En efecto, si bien el constituyente declaró categóricamente que la propiedad es inviolable, de seguido estableció restricciones a ese principio, una de ellas la posibilidad de expropiación “por interés público legalmente comprobado”, y por otra en que se dispone que la Asamblea Legislativa puede imponer a la propiedad limitaciones de interés social “mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros”, de donde debe concluirse que la primera declaración tiene dos limitantes referidas al interés público y al interés social. ...El concepto clásico de propiedad que la tenía como absoluta y sin límites, ha variado notablemente, permitiendo ahora que se impongan “limitaciones de interés social”, conforme lo autoriza el párrafo segundo del artículo 45, con lo cual ha sido posible que el legislador estableciera, como función esencial del Estado, la de “velar por la protección, aprovechamiento, conservación y fomento de los recursos forestales del país” (artículo 1º de la Ley Forestal), función que se cumple con la serie de restricciones que la citada Ley impone a la explotación de los bosques. De la misma norma constitucional se concluye que esos límites no son un desconocimiento del derecho de propiedad, como lo alega el recurrente, sino una limitante para lograr el cumplimiento de fines superiores, más importantes que los estrictamente individuales en favor del propietario, sean los de la comunidad y de las futuras generaciones que deben contar con recursos forestales, incluso en protección del ambiente y la sanidad... Es cierto que se le ha limitado en su ejercicio, en protección de los intereses forestales del Estado que procuran la conservación de los recursos naturales y la sanidad ambiental; pero ello está permitido por la norma constitucional que el propio recurrente estima

lesionada. Dicho lo anterior es de concluir que el artículo 30 de la Ley Forestal no presenta roce alguno con el 45 de la Constitución Política, y en tal razón el recurso debe ser declarado sin lugar en cuanto a ese extremo, lo mismo que en cuanto a los demás puntos planteados, de acuerdo con las razones que se darán para cada uno. IV. El criterio ya externado lleva a la conclusión de que tampoco es procedente el reproche que se le hace al artículo 71 de la ley, pues la facultada acordada al Poder Ejecutivo, de someter a Régimen Forestal los bosques y terrenos de propiedad privada con aptitud forestal, deviene de las restricciones que el artículo 45 constitucional posibilita para dar cumplimiento a la función social que la propiedad debe cumplir en un Estado como el nuestro... . VIII.- Ya en forma reiterada esta Corte ha dicho que el ejercicio de las libertades acordadas por la Constitución no es absoluto, y que pueden ser objeto de reglamentación y aún de restricciones cuando se encuentren de por medio intereses superiores. Mal podría tildarse de inconstitucional, por ejemplo, el artículo 371 de la Ley General de Salud, en cuanto reprime con prisión a quien cultivare plantas de adormidera, coca o marihuana, por atentar contra la libertad de agricultura establecida en el artículo 46 de la Constitución, norma que el recurrente estima como violada por las restricciones que a la labor agrícola impone la Ley Forestal. Y si se toma en consideración el criterio ya externado de que esa Ley protege intereses de mayor rango que los meramente individuales del poseedor o propietario de terrenos sometido a regulación forestal, se concluye aquí también que las restricciones que se acusan de inconstitucionales no lesionan la garantía del artículo 46 de la Carta Política, pues ya se dijo que lo que ha hecho el Estado es restringir por razones de interés social el ejercicio de los atributos de la propiedad. IX. La Ley Forestal pretende proteger los recursos naturales, circunstancia que incide en la organización de la producción. Los recursos hidrológicos, los cambios ambientales, la sanidad del lugar son factores que

influyen en la producción agropecuaria y se encuentran directamente relacionados con los recursos forestales de la zona; por ello las regulaciones sobre explotación forestal no lesionan sino que, por el contrario, afirman la garantía constitucional del artículo 50, en cuanto dispone que el Estado debe organizar la producción. X. Con la Ley Forestal no se le está impidiendo al recurrente la posibilidad de lograr trabajo, honesto y útil, con el que procure por la subsistencia y bienestar de él y de su familia. Es indudable que el derecho que otorga el artículo 56 de la Constitución Política no es irrestricto, pues se encuentra sometido a las leyes y reglamentos respecto a la modalidad y condiciones de ejercerlo. Así el señor Elizondo Villegas puede dedicarse a la agricultura si ése es su deseo; pero en ejercicio de tal derecho no le es lícito actuar contra la legislación vigente que protege los recursos forestales y regula la producción agrícola. Existen cultivos prohibidos (como el señalado anteriormente, la marihuana), y prácticas agrícolas restringidas (como las quemas), por normas jurídicas que imposibilitan a los agricultores para dedicarse a esos cultivos o utilizar las prácticas dichas. Sin embargo, esas normas no son inconstitucionales, pues no restringen ilegítimamente el derecho al trabajo, sino que lo regulan para salvaguardar otros intereses de mayor rango que garantizan la convivencia, fin último al que tiende el sistema jurídico.”⁽¹⁸⁾

La Sala Constitucional, a partir del año 1990, reconoce más claramente el carácter dinámico del derecho de propiedad, y la posibilidad de imponer dentro de su estructura —conjunto de derechos y obligaciones del propietario— límites de interés social, para evitar el ejercicio antisocial o abusivo de ese derecho que no es ilimitado.⁽¹⁹⁾

Dentro de dicho contexto reconoce, implícitamente, la existencia de propiedades especiales, con particularidades distintas atendiendo a la

(18) Corte Plena, sesión extraordinaria celebrada el 17 de mayo de 1984.

(19) Sala Constitucional, No.5305-93.

naturaleza del bien de que se trate, y su función específica: “El poder del propietario sobre la propiedad está determinado por la función que ésta cumpla. El objeto del derecho de propiedad ha sufrido transformaciones importantes. Actualmente, no sólo se tutela el derecho de los propietarios, sino también diversos intereses generales o sociales que coexisten con aquél. El derecho objetivo enmarca del contenido de los derechos subjetivos. Cada objeto de derecho implica una peculiar forma de apropiación. Así por ejemplo las facultades del dominio relativas a un fundo agrícola son muy distintas de las correspondientes a una finca ubicada en el sector urbano de intensa utilización.”⁽²⁰⁾

Dichos límites, según la Sala Constitucional, deben ser razonables y no vaciar el contenido del derecho, pues pasaría a ser una privación total del mismo.⁽²¹⁾

4. Las consecuencias de la función económica y social. La cultura agraria tradicional y el ejercicio abusivo del derecho de propiedad, en detrimento de la naturaleza, la calidad de vida y la propia existencia humana

El ejercicio de la función económica y social de la propiedad, sin considerar la ambiental, fue algo normal dentro de la cultura agraria imperante. Se titularon gran cantidad de terrenos. Los Bancos del Estado propiciaron, con el financiamiento, el desmonte y la destrucción del bosque para aumentar la frontera agrícola, a través de actividades agrícolas y ganaderas, con mínimas prácticas de recuperación de suelos y áreas devastadas.

La propiedad agraria recaía sobre un bien esencialmente de naturaleza productiva. Pero se hizo caso omiso a los mandatos del legislador en conservar adecuadamente los recursos naturales, lo que implicaba formas distintas de ejercicio de la actividad agraria. Pero el aumento de la población, las escasas técnicas en la producción agraria, la dependencia de los agroquímicos por la pérdida de fertilidad del suelo, y la misma cultura agraria fueron minando la destrucción de nuestros preciados recursos, con el escaso control Estatal.

(20) Sala Constitucional, No. 5097-93 de las 10:24 horas del 15 de octubre de 1993.

(21) Sala Constitucional, No. 5097-93.

Pero no existían criterios claros para poner coto al ejercicio abusivo y antisocial de la propiedad, pues la mayoría de las normas han protegido y propiciado el ejercicio egoísta de ese derecho, y la explotación desmedida de los recursos naturales.

Si bien es cierto el Legislador desde hacía muchos años venía procurando que, a través de claras limitaciones agroambientales, se propiciara un desarrollo sostenible, no es sino cuando los Derechos Humanos de la Tercera Generación que se da un cambio cultural trascendental para el entero ordenamiento jurídico.

En el medio costarricense, ya la más destacada doctrina ambientalista, ha mostrado gran preocupación, por la falta de una tesis jurisprudencial –en el ámbito constitucional– en cuanto a los límites agroambientales que deben o no ser indemnizadas, lo que puede constituir un obstáculo para una política ambiental orientada al desarrollo sostenible.

“Debemos tomar en consideración que el creciente desarrollo de las preocupaciones ambientales en nuestro país ha puesto en descubierto áreas o zonas críticas cuyo estudio y discusión se constituyen en puntos de central interés. Uno de estos está constituido por el de los límites al derecho de propiedad por motivos de interés ambiental. La evolución del derecho de propiedad o mejor dicho de los diferentes derechos de propiedad existente, ha pasado desde la concepción de un derecho absoluto e ilimitado, hasta concebirlo como un derecho que debe ser ejercido en función social (que incluye, como lo ha dicho la Sala Primera, el respeto al ambiente) y que puede ser válidamente limitado por razones de interés público ambiental. Precisamente una de las razones que se aducen para efectuar esta limitación esta constituida por la protección del ambiente.

La necesidad de definir con claridad la relación de coexistencia de estos dos valores fundamentales, por un lado la propiedad privada y por el otro el derecho a disfrutar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, han aumentado de conformidad con el incremento de la intervención

estatal en procura de satisfacer este último y del surgir de numerosas organizaciones no gubernamentales encargadas de vigilar su entorno.

Lo anterior, se debe al hecho de que para alcanzar el desarrollo sostenible es necesario tomar una serie de medidas de la más variada índole. Ellas han traído consigo la imposición de límites a los derechos individuales como el derecho de propiedad y el derecho del libre comercio. Si se estudia con detenimiento la legislación que en nuestro país califica como ambiental, se observa que la misma contiene con diverso grado de intensidad limitaciones a la propiedad, por ejemplo la Ley Forestal, la Ley de Conservación de la Vida Silvestre, la Ley de Planificación Urbana, Ley de Aguas...⁽²²⁾

Por lo anterior, el establecimiento de los límites agroambientales de la propiedad, en el ámbito de su función económica, social y ambiental, es fundamental para alcanzar verdaderamente un desarrollo sostenible, ponderando los valores y principios constitucionales que deben orientar este modelo de desarrollo.

5. El rol de la Jurisprudencia en la delimitación de la función económica, social y ambiental de la propiedad. Los principios desarrollados en el ámbito jurisprudencial sobre la función ecológica y el ejercicio abusivo del derecho de propiedad.

La Jurisprudencia patria hace una clara distinción entre los diferentes tipos de propiedad, siguiendo la tesis de PUGLIATTI⁽²³⁾. Si bien es cierto se define a la propiedad agraria como esencialmente posesiva, como una propiedad de actividad empresarial tendiente a lograr el mejor

(22) CABRERA MEDAGLIA, Jorge. *La Jurisprudencia de la Sala Constitucional en materia ambiental*. En: **Gestión Ambiental Municipal**, San José, Colegio de Abogados, 1995, página 157.

(23) PUGLIATTI, Salvatore. *La proprietà nel nuovo Diritto.*, Milano Editores Giuffré, 1964, 309 p.

destino productivo del bien⁽²⁴⁾, también se impone el interés de conservarla.

En el ámbito del ejercicio del derecho subjetivo, para proteger su derecho se le exige al propietario que "... la ejerció cumpliendo con el destino económico del bien, que ejerció en ella actos posesorios tendientes a *cultivarla y mejorarla*, y que sobre el bien desarrolló una actividad agraria empresarial, entendiéndose por tal una actividad económicamente organizada con el fin de la producción de animales o vegetales, con el uso de los recursos naturales...".

Bajo esa concepción, claramente nuestra Jurisprudencia integra la función ambiental, como parte de la económica y la social cuando expresa:

"Hoy este principio ha evolucionado y se le identifica como el principio económico social de la propiedad, en cuanto el mismo se desdobra en dos: 1) Por una parte denominado función subjetiva, y se refiere a las obligaciones del propietario con la propiedad, las cuales podrían sintetizarse en su deber de cultivar el bien productivo de que es propietario, cumpliendo así con el fin económico del bien: de ser productivo o de aptitud productiva; también tiene la obligación de mejorar su propiedad con el objeto de que aumente *la producción y productividad, debe respetar el adecuado mantenimiento y desarrollo de un ambiente ecológicamente equilibrado*, y tratándose de algunas propiedades particulares cumplir con todas las obligaciones que la normativa especial le impone; 2) La función

(24) "La más productiva entre las cosas es la tierra, la cual de sus frutos y productos espontáneamente, ero de ella, de la tierra, el hombre civil vive, no ya solamente recogiendo sus productos espontáneos, sino fecundándola con su obra. La natural potencialidad productiva de la tierra deviene en producción actual, por el trabajo del hombre. Con el trabajo la tierra se humaniza, deviene espiritual posesión y propiedad del hombre, no cosa, no natural, dominada por el caso o por la causalidad, sino nutrida por el hombre que la cuida, la cultiva; entre en el ámbito no solo de los intereses humanos y de los motivos de acción del hombre, sino también en los fines de los valores, deviene base del consorcio humano, sede y cuna de la sociedad de los hombres, reguladas por las leyes del vivir social, por el derecho" PUBLIATTI, *op. cit.*, página 203.

objetiva es la obligación del Estado de dotar a todos los sujetos que no tengan bienes productivos, o los tengan en forma insuficiente, y ellos tengan capacidad para desarrollar una actividad empresarial, con esos bienes para que puedan los sujetos incorporarse al proceso productivo, desarrollándose humanamente en los planos social y económico. La primera es la función básicamente económica, la segunda es sobre todo social...⁽²⁵⁾

En dicha sentencia, se evidencia una clara tendencia jurisprudencial, reiterada en muchas otras⁽²⁶⁾, de introducir, como parte de la misma función económica y social, la función ambiental para alcanzar el desarrollo sostenible.

Pero es en el ámbito de la propiedad forestal, como propiedad limitada, en donde ha alcanzado un mayor desarrollo jurisprudencial el principio de la función ecológica de la propiedad. Particularmente nos referimos a las limitaciones que sufre el titular de un terreno que se ha declarado zona protectora bajo el régimen forestal, y reclama sin éxito su derecho a ser indemnizado.⁽²⁷⁾

La Sala Primera se refirió hace varios años al Derecho Ecológico, y la función ambiental inherente a la propiedad, cuyos principios son consagrados en gran cantidad de normas y tratados internacionales:

“Todas las anteriores, aun cuando abundantes, tienen lineamientos de altísimo contenido axiológico cuyo desarrollo no es exclusivamente nacional, sino, por el contrario, se trata de un movimiento de

(25) Sala Primera de la Corte, No. 230 de las 16 horas del 20 de julio de 1990.

(26) En igual sentido, Sala Primera de la Corte, No. 241 de las 16:25 horas del 27 de julio de 1990, No. 50 de las 14:20 horas del 5 de agosto de 1993.

(27) Aquí puede disiparse el primer problema en relación con la tesis de la actora de haber sufrido una limitación en sus derechos de goce y disfrute de la finca afectada como zona protectora, la cual al haber sido declarada como reserva forestal –y con base en el pronunciamiento de la Procuraduría– no se le siguió el trámite de compra o expropiación correspondiente, de donde el Decreto N° 12608-A resulta inconstitucional

carácter universal cuyo resultado ha sido el de colocar al derecho al ambiente sano y ecológicamente equilibrado como un verdadero derecho humano. Se le ubica dentro de los denominados derechos de la tercera generación: un paso adelante de los derechos humanos clásicos, civiles o políticos (de la primera generación) y de los económicos, sociales y culturales (de la segunda generación). Ello ha dado base para formular una nueva clasificación jurídica: la del Derecho Ecológico, el cual hoy tiene un objeto muy definido en los recursos naturales, y su complejo de fuentes caracterizados por la organicidad y completos. Solo para mencionar dos documentos fundamentales impulsados por Naciones Unidas, en los cuales Costa Rica ha participado, deben recalcar la "Declaración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente", celebrada en Estocolmo en junio de 1972, y la "Declaración sobre el Derecho al Desarrollo", aprobado por la Asamblea General en su resolución 41-128 del 4 de diciembre de 1986. La primera, partiendo de que "el hombre es a la vez obra y artífice del medio que lo rodea, el cual se da el sustento material y le brinda la oportunidad de desarrollarse intelectual, moral, social y espiritualmente" establece como principios fundamentales

e ilegal. Ello no es así pues lo constituido fue una zona protectora y no una reserva forestal. Sería indemnizable si el bien se destina a reserva forestal pero no lo es si se le declara dentro de una zona protectora. El artículo 45 de la Constitución Política distingue dos situaciones distintas: procede la indemnización cuando hay expropiación, pero no debe mediar indemnización si se establecen limitaciones a la propiedad. En el régimen forestal, cuando se le declara de orden público, se está en presencia del conocido fenómeno de los "límites administrativos a la propiedad privada" (GIANNINI, Massimo Severo. *Il beni pubblici*, Libreria Ricerche, Roma, 1963). El Decreto Ejecutivo N° 12608-A sometió a régimen forestal obligatorio tanto a los bienes públicos como privados ubicados dentro de la "Zona Protectora El Rodeo", declarando inalienables y no susceptibles de inscripción en el Registro los de las reservas nacionales. Ese era el trato jurídicamente posible para los distintos tipos de bienes, en consecuencia la finca de la actora se afectó con una limitación de interés social. Sala Primera de la Corte, No. 189 de las 14:20 horas del 30 de octubre de 1991.

—entre otros— los siguientes: “Los recursos naturales de la Tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación y ordenación... Debe mantenerse y, siempre que sea posible, restaurarse o mejorarse la capacidad de la Tierra para producir recursos vitales renovables... El hombre tiene la responsabilidad especial de preservar y administrar juiciosamente el patrimonio de la flora y fauna silvestres y su habitat, que se encuentran actualmente en grave peligro por una combinación de factores adversos. En consecuencia, al planificar el desarrollo económico debe atribuirse importancia a la conservación de la naturaleza, incluidas la flora y la fauna silvestres... Los recursos no renovables de la tierra deben emplearse en forma que se evite el peligro de su futuro agotamiento y se asegure que toda la humanidad comparte los beneficios de tal empleo... Deberían destinarse recursos a la conservación y mejoramiento del medio, teniendo en cuenta las circunstancias... A fin de lograr una más racional ordenación de los recursos y mejorar así las condiciones ambientales, los Estados deberían adoptar un enfoque integrado y coordinado de la planificación de su desarrollo con la necesidad de proteger y mejorar el medio humano en beneficio de su población... Todos los países, grandes o pequeños, deben ocuparse con espíritu de cooperación y en pie de igualdad de las cuestiones internacionales relativas a la protección y mejoramiento del medio ...”. Por su parte en la “Declaración sobre el Derecho al Desarrollo” se proclama: “El derecho humano al desarrollo implica también la plena realización del derecho de los pueblos a la libre determinación, que inclusive, con sujeción a las disposiciones pertinentes de ambos pactos internacionales de derechos humanos, el ejercicio de su derecho inalienable a la plena soberanía sobre todas sus riquezas y recursos naturales...”⁽²⁸⁾

(28) Sala Primera de la Corte, No. 189 de las 14:20 horas del 30 de octubre de 1991.

En efecto, el peligro que causaba el ejercicio antisocial del derecho de propiedad, sin respetar su función ambiental, llevó a nuestros tribunales, a replantear los viejos criterios jurisprudenciales en torno a la tutela de la propiedad, para exigirle a los poseedores y propietarios el cumplimiento de la triple función: económica, social y ambiental o ecológica.

La Sala Constitucional ha acogido recursos de amparo frente a actividades agrarias o de otra naturaleza, abusivas de parte de los propietarios que, irrespetando los límites agroambientales impuestos por el legislador, pongan en peligro los bienes o recursos naturales y la vida humana.

Así, se han protegido los recursos forestales, frente a actividades que produzcan la tala indiscriminada de árboles aledaña a una Reserva Forestal, con motivo de una actividad minera, estableciendo como cánones de orden constitucional la protección y preservación, así como la explotación racional de los recursos naturales.⁽²⁹⁾

Las actividades privadas, ejercidas dentro del ámbito de ejercicio del derecho de propiedad y de la libertad de empresa, deben respetar los límites agroambientales, y particularmente el interés colectivo. Esa situación es aplicable a las actividades agrarias productivas de cría de animales o cultivo de vegetales, pues no pueden ejercitarse en daño a la salud o al medio ambiente. Ello sería permitir el abuso del derecho. Así lo ha establecido también la Sala Constitucional, cuando señala:

“Por otra parte, si bien es cierto que el Estado debe respetar el derecho de los individuos al trabajo y a la empresa privada, también lo es que debe velar por el bienestar de la comunidad. Cualquier persona puede dedicarse a la cría de animales como negocio, siempre y cuando no amenace con ello la salud o la seguridad de las personas, debiendo evitar que la explotación empresarial se constituya en foco de infección u ocasione contaminación ambiental. La Salud Pública y la protección del medio ambiente son principios tutelados tanto a nivel constitucional (artículos 21, 74 y 89 de la Carta Magna), como a través de la normativa internacional.”⁽³⁰⁾

(29) Sala Constitucional, No. 2233-93.

(30) Sala Constitucional, No 741 de las 10:55 horas del 13 de marzo de 1992. En el caso concreto se estableció que ordenar el cierre definitivo o el traslado de una porqueriza por razones de salud, contaminación ambiental u otra, implicaría una privación total del derecho de propiedad, por lo que se debe indemnizar al recurrente.

La Jurisprudencia Constitucional fue delineando las bases para incorporar los principios del Desarrollo Sostenible como modelo⁽³¹⁾, para reorientar en su justo equilibrio todas aquellas actividades productivas, entre la actividad agraria, que atentaban contra el ambiente y ponían en peligro el equilibrio ecológico, la libertad de empresa y la defensa de la salud de los consumidores.

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

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

(31) “Se debe tomar en consideración que la protección del medio ambiente y la promoción del desarrollo económico no son desafíos independientes –dice la Sala–. El desarrollo no puede subsistir en un ambiente de deterioro de la base de recursos y no se puede proteger cuanto los planes de crecimiento constantemente hacen caso omiso de ello. *Es preciso optar por el desarrollo sostenible, el cual satisface las necesidades del presente sin comprometer nuestra capacidad para hacer frente a las del futuro*. Este desarrollo significa reconocer que si deseamos tener acceso continuo a los recursos que posibilitan la vida y si hacemos expandir los beneficios del progreso industrial, tenemos que estar conscientes de las implicaciones y limitaciones que supone tomar ese derrotero”. Sala Constitucional, Sentencia No. 4423-93.

explotación agrícola y turística, como el éxito de importantes inversiones en infraestructura dependen, en última instancia, de la conservación de aquellos. Las metas del desarrollo sostenible tienen que ver con la supervivencia y el bienestar del ser humano y con el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales, es decir, de la calidad ambiental y de la sobrevivencia de otras especies. Hablar de desarrollo sostenible en términos de satisfacción de las necesidades humanas presentes y futuras y del mejoramiento de la calidad de vida es hablar de la demanda de los recursos naturales en el ámbito individual y de los medios directos o de apoyo necesarios para que la economía funcione generando empleo y creando los bienes de capital, que a su vez hagan posible la transformación de los recursos en productos de consumo, de producción y de exportación”⁽³²⁾

6. El impacto de la reforma constitucional de los artículos 46 y 50, en la nueva legislación agraria y ambiental. Hacia una nueva cultura agraria orientada por el modelo del desarrollo sostenible de las actividades agrarias.

Cuando se consagran expresamente en nuestra Constitución Política el derecho fundamental de todo ciudadano a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado –Artículo 50–⁽³³⁾ y se establece el derecho de los consumidores a la protección de la salud, ambiente, seguridad e intereses económicos –artículo 46–⁽³⁴⁾, surgen nuevos principios y valores constitucionales que impregnan la legislación especial.

Es importante integrar, a través de la interpretación constitucional (sistemática, material y evolutiva), todas aquellas normas dedicadas a tutelar las relaciones económicas, con los principios y valores del desarrollo sostenible.

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

(33) Reformado por Ley No. 7412 del 24 de mayo de 1994.

(34) Reformado Por Ley No. 7607 del 29 de mayo de 1996.

La libertad de iniciativa económica privada supone, en el ámbito de la iniciativa privada del empresario agrario⁽³⁵⁾, el derecho de elegir la actividad agraria (artículo 56), la libertad de contratar libremente para el ejercicio o la constitución de la empresa agraria (artículo 46), la libertad de circulación territorial de los bienes agrarios vegetales o animales; el derecho de formar asociaciones agrarias (artículo 25), el derecho a gozar de la propiedad agraria productiva en función económica, social y ambiental (artículo 45), la libertad de competencia, el derecho subjetivo de acceder al mercado y permanecer en él (artículo 46).

Pero todas las manifestaciones de la libertad de iniciativa económica en el ámbito de la actividad agraria, y en el ejercicio de la propiedad deben estar en función de los principios constitucionales consagrados en los artículos 50 y 69 de la Constitución Política, es decir el fomento del desarrollo sostenible a través de la actividad productiva, garantizando la distribución equitativa de la producción y el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Como son disposiciones de orden constitucional, que no establecen una normativa distintiva para lo agrario, se entiende que las empresas agrarias y los propietarios de inmuebles quedan afectas al cumplimiento de dichas obligaciones.⁽³⁶⁾

Las exigencias de los consumidores dentro mercado agroalimentario van dirigidos a consumir productos agrarios (vegetales o animales), sometidos a procesos de producción, agroindustria o agrocomercialización con el mínimo de sustancias contaminantes que puedan afectar la salud. Por ello se exigen aspectos de calidad higiénico-sanitarias adecuadas tanto en el proceso productivo, como en los procesos sucesivos de manipulación de los productos agrarios.

La actividad agraria empresarial debe basarse en técnicas más naturales y menos artificiales. La disminución del riesgo biológico, propio de la actividad productiva no debe ir en detrimento de la salud de los consumidores. La actividad agroambiental debe reconciliarse con la

(35) MORALES LAMBERTI, Alicia. *Introducción al Derecho Agrario Ambiental (Nacional y Regional)*, Argentina, 1ª Edición, Editora Córdoba, 1996, pág. 49-51.

(36) Ley de Promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor, artículo 28.

naturaleza en aras de garantizar un ambiente sano a los consumidores. En ello juega un rol fundamental el hecho técnico de la agricultura, para buscar procesos productivos y agroindustriales menos nocivos para la salud y el ambiente.

Toda actividad agraria basada en métodos artificiales, con sustancias químicas tóxicas daña la salud y el medio ambiente. Por ello se impone el cumplimiento de los principios constitucionales, que protegen los derechos del consumidor, a favor de la salud y la vida humana.

7. Las nuevas limitaciones agroambientales impuestas por el legislador al ejercicio de la propiedad.

Dentro del contexto de los principios y valores constitucionales descritos, comienza a dictarse gran cantidad de leyes agroambientales, que no solo marcan la consolidación de un modelo de desarrollo sostenible, sino que además, imponen una serie de limitaciones agroambientales a la propiedad y la libertad de empresa, buscando consolidar también una nueva cultura agraria y ambiental o ecológica.

La **Ley Orgánica del Ambiente**⁽³⁷⁾ establece la obligación del Estado de propiciar un desarrollo económico y ambiental sostenible, lo que implica, necesariamente imponer límites ambientales al ejercicio de las actividades económicas productivas y al ejercicio del derecho de propiedad.

Pero para que esos límites tengan una verdadera aplicación, es necesario un cambio cultural. De la cultura agraria tradicional, en donde solo importaba lo económico, debe pasarse a una cultura ambiental o agroambiental para el desarrollo sostenible.⁽³⁸⁾

Entre los límites más importantes impuestos a la propiedad, para garantizar la función económica, social y ambiental, pueden destacarse los siguientes:

(37) Ley Orgánica del Ambiente, No. 7554 del 4 de octubre de 1995.

(38) Ley Orgánica del Ambiente, artículos 12, 13, 14, 15 y 16.

- a. El ejercicio de toda actividad agroambiental, que pueda alterar o destruir elementos del ambiente, requiere necesariamente de una evaluación de impacto ambiental, cuya aprobación debe ser previa al proyecto.⁽³⁹⁾ También se exige la evaluación cuando por obras o infraestructura puedan afectarse recursos marinos, costeros y humedales.⁽⁴⁰⁾
- b. El ordenamiento territorial, para equilibrar el desarrollo sostenible, implica la reubicación territorial de las actividades productivas, lo que podría significar límites importantes al derecho de propiedad, pues deben tomarse en consideración, entre otros aspectos, los recursos naturales, las actividades económicas predominantes, la capacidad de uso de los suelos y la zonificación por productos y actividades agropecuarias, en razón de consideraciones ecológicas y productivas.⁽⁴¹⁾
- c. El Poder Ejecutivo está facultado para incluir dentro de las áreas silvestres protegidas las fincas de particulares necesarias para el cumplimiento de la función ambiental, o crear las servidumbres legales para la protección ecológica. En los casos donde la Ley exija indemnización, los particulares pueden someterse voluntariamente al régimen forestal, caso en el cual la propiedad queda afectada en el Registro Público.⁽⁴²⁾
- d. Están prohibidas las actividades orientadas a interrumpir los ciclos naturales de los ecosistemas de humedales, que puedan provocar su deterioro y la eliminación.⁽⁴³⁾

(39) Ley Orgánica del Ambiente, artículo 17 y siguientes. Existe responsabilidad, directa y solidaria, del interesado, el autor del estudio y quienes lo aprueben, si aún con la evaluación se causan daños al ambiente. Por ello se exigen garantías de cumplimiento y funcionamiento a las obligaciones ambientales que deba asumir el interesado (artículo 20 y 21).

(40) Ley Orgánica del Ambiente, artículos 40, 43, 44.

(41) Ley Orgánica del Ambiente, artículos 28, 29 y 30.

(42) Ley Orgánica del Ambiente, artículo 37.

(43) Ley orgánica del Ambiente, artículo 45.

- e. Las actividades productivas deben evitar la contaminación del agua, dar tratamiento a las aguas residuales, impedir o minimizar el deterioro o contaminación de cuencas hidrográficas, así como del suelo.
- f. La agricultura orgánica⁽⁴⁴⁾, como forma de ejercicio de actividades agrarias sostenibles, implica una forma de cumplimiento de la función económica, social y ambiental, pues se exige una certificación ambiental de los productos orgánicos que se hayan obtenido sin aplicar insumos o productos de síntesis química.⁽⁴⁵⁾
- g. El crédito ambiental: está destinado a financiar los costos de reducción de la contaminación en procesos productivos. Cuando implican el uso del suelo se requiere un plan de manejo y uso de tierras de conformidad con la capacidad de uso.⁽⁴⁶⁾ Indudablemente, la estructura de la propiedad y su función está condicionada, en este caso por el elemento ambiental, requerido en el ejercicio empresarial.

La **Ley Forestal**⁽⁴⁷⁾, orientada por los principios constitucionales de uso adecuado y sostenible de los recursos naturales renovables, establece regulaciones en cuanto a la conservación, protección y administración de los bosques naturales, y por la producción, aprovechamiento, industrialización y fomento de los recursos forestales, buscando la incorporación de los particulares al ejercicio sostenido de actividades silviculturales.

Si bien es cierto, el MINAE está facultado para crear áreas silvestres protegidas en terrenos privados, ello requiere indemnización, salvo que el propietario decida someterse voluntariamente al régimen forestal.

(44) “Se entenderá por agricultura orgánica la que emplea métodos y sistemas compatibles con la protección y el mejoramiento ecológico sin emplear insumos o productos de síntesis química...” (Artículo 73).

(45) Ley Orgánica del Ambiente, artículos 74 y 75.

(46) Ley Orgánica del Ambiente, artículo 113.

(47) Ley Forestal, No. 7575 de 5 de febrero de 1996, reformada por leyes No. 7609 de 11 de junio de 1996, 7761 de 2 de abril de 1998 y 7788 de 30 de abril de 1998.

La Ley prevé dos claros límites, en interés de las áreas protegidas:

- a. "Tratándose de reservas forestales, zonas protectoras y refugios de vida silvestre y en caso de que el pago o la expropiación no se haya efectuado y mientras se efectúa, las áreas *quedarán sometidas a un plan de ordenamiento ambiental que incluye la evaluación de impacto ambiental y posteriormente, al plan de manejo, recuperación y reposición de recursos.*"⁽⁴⁸⁾ Lo cual constituye un claro límite para el cumplimiento de la función ambiental de la propiedad.

- b. "Cuando, previa justificación científica y técnica de interés público, se determine mediante ley que *el terreno es imprescindible para conservar la diversidad biológica o los recursos hídricos, quedará constituida una limitación a la propiedad que impedirá cortar árboles y cambiar el uso del suelo.* Esta restricción deberá inscribirse como afectación en el Registro Público."⁽⁴⁹⁾ Como se observa, no se trata de un límite irrazonable. Por el contrario el propietario podría ejercer su actividad siempre y cuando sea compatible con la función ambiental que, por naturaleza, viene asignada al inmueble, para conservar recursos hídricos o diversidad biológica.

El Título III de la Ley, referido a la propiedad forestal privada, como propiedad especial, establece un conjunto de derechos y obligaciones para los propietarios de bosques que condicionan el cumplimiento de la función ambiental, atendiendo a la naturaleza del bien:

- c. No es permitido a los titulares cambiar el uso del suelo, ni establecer plantaciones forestales. Sin embargo, la Administración Forestal del Estado puede otorgar permiso para realizar obras complementarias a la actividad agroforestal, siempre y cuando la corta del bosque sea limitada, proporcional y razonable.⁽⁵⁰⁾

(48) Ley Orgánica del Ambiente, artículo 37, en relación con el artículo 2 de la Ley Forestal. Dicha reforma fue introducida por la Ley de Biodiversidad, en el artículo 14.

(49) Ley Forestal, artículo 2 párrafo segundo.

(50) Ley Forestal, artículo 19. Cuando sea necesario, se exigiría evaluación de impacto ambiental.

- d. El aprovechamiento del bosque solo se puede realizar si el propietario cuenta con un plan de manejo que contenga el impacto que pueda ocasionar al ambiente, según criterios de sostenibilidad científica.⁽⁵¹⁾
- e. El pago por servicios ambientales⁽⁵²⁾, constituye una de las manifestaciones más modernas de ejercicio de la función ambiental, pues el propietario se compromete a conservar el bosque por un período no inferior a los veinte años, para recibir el Certificado de Conservación del Bosque. También lo recibe los propietarios que deseen someter su inmueble a la regeneración del bosque, para áreas que por su estado deteriorado y necesidades ambientales, deben convertirse al uso forestal. Las afectaciones y limitaciones, así como los incentivos se inscribe en el Registro Público como afectación a la propiedad.⁽⁵³⁾
- f. Las plantaciones forestales, incluidos sistemas agroforestales y árboles plantados individualmente, no requieren permiso de corta, transporte, industrialización ni exportación, salvo cuanto exista plan de manejo derivado de un contrato forestal con el Estado.⁽⁵⁴⁾
- g. Todo propietario tiene prohibiciones de cortar o eliminar árboles en las áreas de protección establecidas por Ley para las nacientes permanentes, ríos, lagos y manantiales.⁽⁵⁵⁾

(51) Ley Forestal, artículo 20.

(52) La Ley define los servicios ambientales como: “Los que brindan el bosque y las plantaciones forestales y que inciden directamente en la protección y el mejoramiento del medio ambiente”. Son los siguientes: mitigación de emisiones de gases efecto invernadero (fijación, reducción, secuestro, almacenamiento y absorción), protección del agua para uso urbano, rural o hidroeléctrico, protección de la biodiversidad para conservarla y uso sostenible, científico y farmacéutico, investigación y mejoramiento genético, protección de ecosistemas, formas de vida y belleza escénica natural para fines turísticos y científicos.

(53) Ley Forestal, artículo 22, 25, 68 y 69.

(54) Ley Forestal, artículo 28.

(55) Ley Forestal, artículo 33 y 34.

- h. Está prohibido realizar quemas en terrenos forestales, ni aledaños, sin obtener el permiso respectivo de la Administración Forestal del Estado.⁽⁵⁶⁾
- i. Como parte de la función ambiental, los inmuebles sometidos voluntariamente al régimen forestal o dedicados a esa actividad, gozan de una protección especial respecto de invasiones, pudiendo solicitar la protección inmediata de las autoridades de policía.⁽⁵⁷⁾
- j. El crédito forestal, se consolida como instituto para financiar a pequeños y medianos productores, mediante créditos y otros mecanismos de fomento del manejo de bosques, procesos de reforestación, viveros forestales, sistemas agroforestales, recuperación de áreas denudadas. El financiamiento comprende, además, el pago de los servicios ambientales que brindan los bosques y plantaciones forestales. La tierra con bosque y los árboles en pie servirán como garantía de dichos créditos, quedando anotadas como afectaciones a la propiedad.⁽⁵⁸⁾

La Ley de Protección Fitosanitaria⁽⁵⁹⁾ tiene como propósitos generales, proteger a la actividad agraria de cultivo de vegetales, por los perjuicios causados por las plagas, que amenacen la seguridad alimentaria y la actividad económica. El manejo integrado de plagas, en el ámbito del desarrollo sostenible, implica la utilización de nuevas formas de producción agraria, como la agricultura orgánica, que permitan el control de plagas sin deteriorar el medio ambiente.⁽⁶⁰⁾

Lógicamente, el cumplimiento de los objetivos de la Ley, dependerá del compromiso de los productores y poseedores de inmuebles dedicados a actividades agrarias, en cumplir con los límites impuestos por el propio legislador, a saber:

(56) Ley Forestal, artículo 35.

(57) Ley Forestal, artículo 36.

(58) Ley Forestal, artículos 46, 48 y 49.

(59) Ley de Protección Fitosanitaria, No. 7664 del 8 de abril de 1997.

(60) Ley de Protección Fitosanitaria, artículos 1 y 11.

- a. Los propietarios u ocupantes de predios tienen la obligación de poner en práctica las medidas técnicas necesarias —establecidas por el Servicio Fitosanitario del Estado— para combatir las plagas y evitar su diseminación.⁽⁶¹⁾
- b. Cuando el propietario u ocupante, a cualquier título no combata las plagas de importancia económica o cuarentenal, el Servicio Fitosanitario puede disponer la ejecución de los trabajos necesarios y la destrucción sin ninguna responsabilidad, de los focos de infección.⁽⁶²⁾
- c. También están obligados, los propietarios u ocupantes de inmuebles, a tratar, procesar o destruir los rastrojos, desechos y residuos, de acuerdo con las medidas técnicas que se dicten.⁽⁶³⁾

La Ley de Salud Animal⁽⁶⁴⁾, también está orientada a la protección sanitaria de las especies animales, en el ámbito de la actividad productiva y su repercusión directa en la salud del hombre. Por ello, el Ministerio de Agricultura, a través de las autoridades sanitarias, puede tomar las medidas necesarias para controlar el brote de enfermedades que pongan en peligro la salud pública o la salud animal.

Dichas medidas inciden directamente en actividades esencialmente agrarias de cría de animales, pues pueden consistir en el sacrificio⁽⁶⁵⁾ o el aislamiento.

(61) Ley de Protección Fitosanitaria, artículo 14.

(62) Ley de Protección Fitosanitaria, artículo 15.

(63) Ley de Protección Fitosanitaria, artículo 20.

(64) Ley de Salud Animal, No. 6243 de 2 de mayo de 1978, reformada por Ley No. 7472 de 20 de diciembre de 1994.

(65) Como el caso de la fiebre porcina o la sigatoca negra.

8. Límites agroambientales, función ambiental de la propiedad, y responsabilidad por daño ambiental.

Es evidente que todos los límites agroambientales a la propiedad, tienen como finalidad preservar el ambiente con el ejercicio de actividades agrarias sostenibles, y por ello una de las notas comunes, que se observa en toda la legislación es la responsabilidad objetiva por daño ambiental.⁽⁶⁶⁾

La normativa constitucional y legal, a tenido una evolución impresionante en materia de responsabilidad por daño ambiental:

- a. Constitución Política: “Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado... La Ley determinará las responsabilidades y sanciones correspondientes” (Artículo 50).
- b. Ley Orgánica del Ambiente: “Quien contamine el ambiente o le ocasione un daño será responsable...” (Artículo 2 inciso d). “En cualquier manejo y aprovechamiento de agua susceptibles de producir contaminación, la responsabilidad del tratamiento de los vertidos corresponderá a quien produzca la contaminación” (artículo 66). “El daño o contaminación al ambiente puede producirse por conductas de acción u omisión y les son imputables a todas las personas físicas o jurídicas que la realicen” (artículo 98). “Solidariamente también responderán los titulares de las empresas o las actividades donde se causen los daños, ya sea por acción o por omisión”. Igual responsabilidad corresponderá a los profesionales y los funcionarios públicos que suscriban una evaluación de impacto ambiental contra las disposiciones técnicas imperantes o no den el seguimiento debido al proceso originado en un daño al ambiente o a la diversidad biológica.” (artículo 101).
- c. Ley Forestal: “...cuanto se trate de personas jurídicas, la responsabilidad civil se extenderá a sus representantes legales. Asimismo, tanto las personas físicas como jurídicas serán responsables, civilmente, por el daño ecológico causado, de acuerdo con lo que establece el artículo 1045 del Código Civil.” (artículo 57).

(66) Salazar, Roxana y Jorge Cabrera. *Responsabilidad por daño ambiental* (San José: Fundación Ambío. 1996).

“Se le concede acción de representación a la Procuraduría General de República, para que establezca la acción civil resarcitoria sobre el daño ecológico ocasionado al patrimonio natural del Estado.” (artículo 59, segundo párrafo).

- d. Ley de Protección Fitosanitaria: “Quienes realicen investigación, experimentación, movilización, liberación al ambiente, importación, exportación, multiplicación y comercialización de vegetales o de los organismos o productos referidos en el artículo 41, serán responsables de los daños y perjuicios que ocasionen a la agricultura, el ambiente y la salud humana y animal.”(artículo 31). “Quienes importan, fabriquen, formulen, reenvasen, reempaquen, distribuyan, almacenen, transporten, ventan y apliquen sustancias químicas, biológicas o afines para uso agrícola, estarán obligados a resarcir los daños y perjuicios que, con sus acciones u omisiones ocasionen a la agricultura, la ganadería, la salud humana y el ambiente” (artículo 32).

9. La función ecológica de la propiedad como catalizador del ejercicio de la propiedad, cumpliendo con su destino económico y social. El impacto de la función ambiental en los institutos vinculados a la propiedad agraria, y su desarrollo en la jurisprudencia de los Tribunales agrarios.

Uno de los temas más controvertidos, en materia de límites a la propiedad, para el cumplimiento de su función ambiental, es el de la posesión y titulación de bosques y terrenos ubicados en áreas protegidas.

El tratamiento de este tema, en el ámbito de la protección posesoria, de la propiedad privada y de la usucapión han sido objeto de análisis y discusión, tanto en doctrina como en jurisprudencia.

El tema de la posesión ecológica, no es de pacífica aceptación. Se han dado diversos planteamientos doctrinales y la jurisprudencia exige demostrar el cumplimiento de la función ecológica para proteger la posesión y propiedad.

Todo se origina en la aplicación del artículo 7 de la Ley de Informaciones Posesorias, que en la actualidad establece:

“Artículo 7.—Cuando el inmueble al que se refiera la información esté comprendido dentro de un área silvestre protegidas, cualquiera que sea su

categoría de manejo, el titular deberá demostrar ser el titular de los derechos legales sobre la posesión decenal, ejercida por los menos con diez años de antelación a la fecha de vigencia de la ley o decreto en que se creó esa área silvestre.

Las fincas ubicadas fuera de esas áreas y que contengan bosques, sólo podrán ser tituladas si el promovente demuestra ser el titular de los derechos legales de posesión decenal, ejercida por lo menos durante diez años y haber protegido ese recurso natural, en el entendido de que el inmueble tendrá que estar debidamente deslindado y con cercas o carriles limpios...”.⁽⁶⁷⁾

La función ecológica incide en la solución de conflictos agrarios específicos, pues se le da mayor importancia a aquellas actividades productivas sostenibles. Dentro de dicho contexto, la Jurisprudencia ha venido jugando un papel protagónico en la búsqueda del equilibrio entre agricultura y medio ambiente.

La Sala Primera admitió la existencia del Derecho ecológico y su objeto⁽⁶⁸⁾: la protección de los recursos naturales. En ella estableció que la propiedad forestal es limitada, y en caso de creación de una Zona Protectora no es necesaria la indemnización, pues el propietario puede continuar con el ejercicio de una actividad agroforestal, conservando y protegiendo el recurso boscoso.

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

“La falta de entrega de una parcela no es motivo suficiente para pretender el mejor derecho de

(67) Ley de Informaciones Posesorias, artículo 7. Reformado por Ley Forestal, No. 7575 del 5 de febrero de 1996.

(68) *Sala Primera de la Corte*, Sentencia No. 189 de las 14 horas veinte minutos del 30 de octubre de 1991

posesión. Lo más importante hubiera sido la conservación del recurso forestal... se exigió una posesión agraria efectiva e incluso la demostración de actos posesorios encaminados a la conservación del bosque. Este aspecto no fue demostrado por el recurrente, al contrario se convirtieron terrenos de aptitud forestal en potreros... Es decir, a pesar de la limitación existente con fines de conservación los poseedores siguieron explotando el bosque. Evidentemente, los trabajos realizados no tendían al ejercicio de una posesión forestal conforme a la naturaleza del bien. Al contrario deforestaban para sembrar. Hicieron caso omiso a las limitaciones y siguieron destruyendo el bosque. Sus actos posesorios son, en consecuencia, contrarios a la función ecológica de conservación de los recursos naturales para mantener el equilibrio de los ecosistemas en la Reserva Forestal de la Cordillera Volcánica de Guanacaste".⁽⁶⁹⁾

En otras sentencias⁽⁷⁰⁾ la Sala desarrolló el tema de la responsabilidad objetiva por quemas que afectan las actividades agrarias y los recursos naturales. El problema debe enfrentarse –afirma la Sala– no solo en el ámbito agrario sino también ecológico en cuanto a la protección de los recursos naturales. Los incendios contaminan el medio ambiente, destruyen los hábitats y ecosistemas. El desarrollo de los principios generales del Derecho Agrario y del Derecho ambiental, entonces, deben orientarse hacia la preservación de la naturaleza para permitir el desarrollo sustentable, aún cuando no exista suficiente legislación encargada de resolver tan grave problema.

En fallos más recientes, el Tribunal Superior Agrario ha planteado los nuevos institutos agro-ambientales para la solución de casos

(69) *Sala Primera de la Corte*, No. 51 de las 15 horas 15 minutos del 25 de mayo de 1995

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

concretos⁽⁷¹⁾, vinculando la empresa agro-ambiental, con los contratos como forma de ejercer la posesión ecológica y así cumplir la función ambiental de la propiedad forestal:

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

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

–No. 12 de las 9:10 horas del 17 de enero de 1997 (Reivindicación en un área protegida, donde los demandados en lugar de proteger el recurso forestal, procedieron a quemar para sembrar).

–No. 77 de las 9:10 horas del 12 de febrero de 1997 (Conflicto de mejor derecho de posesión en una Reserva Forestal, en donde el actor ejerce su posesión con un contrato agro-ambiental para proteger el bosque).

–No. 154 de las 9:20 horas del 4 de abril de 1997 (La actora es una empresa agroambiental, y cumple la función ecológica de la propiedad, a través de un contrato con la Fundecor).

–No. 721 de las 11:40 horas del 7 de noviembre de 1997 (Conflicto de mejor derecho de posesión en una Reserva Forestal de Golfo Dulce, no se demuestra la posesión “ecológica”, calificada antes de la creación del área silvestre protegida, por lo que se niega a ambas partes del derecho).

–No. 113 de las 14:50 horas del 20 de febrero de 1998 (se otorga el Derecho de propiedad en un área protegida, porque se demostró la posesión decenal anterior y la protección del recurso forestal).

–No. 147 de las 15:15 horas del 27 de febrero de 1998 (Se ampara –indirectamente– la posesión “ecológica” ejercida por una Ong, en un terreno adquirido para conformar un corredor biológico, frente a un conjunto de poseedores en precario que pretenden derechos de posesión).

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

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

En tres fallos muy recientes, el Tribunal Agrario ha ido incorporando el criterio de la función ambiental, para resolver casos concretos, a través de las limitaciones agroambientales establecidas por algunas Leyes especiales.

En relación con el tema de aguas de dominio público señaló:

“V. Durante muchos años, nuestro legislador se ha preocupado por imponer limitaciones agroambientales a la propiedad. Desde el siglo pasado, el Código Fiscal establecía una serie de restricciones en ese sentido, sobre todo para proteger las áreas aledañas a los ríos, quebradas y cursos de aguas, así como los bosques. La Ley General de Terrenos Baldíos No. 13 del 6 de enero de 1939, estableció la prohibición de enajenar los terrenos del Estado. Concretamente, en su artículo 7 dispuso: “Tampoco podrán enajenarse los terrenos de las islas, ni los

situados en los márgenes de los ríos, arroyos y, en general de todas las fuentes que estén en cuencas u hoyas hidrográficas en que broten manantiales, o en que tenga sus orígenes o cabeceras cualquier curso de agua del cual se surta alguna población o que convenga reservar con igual fin. En terrenos planos o de pequeño declive tal prohibición abrazará una faja de doscientos metros a uno y otro lado de dichos ríos, manantiales o arroyos, y en las cuencas u hoyas hidrográficas, una fija de trescientos metros a uno y otro lado de la depresión máxima, en toda la línea, a contar de la mayor altura inmediata.” Es evidente, la intención del legislador, en cuidar desde hace décadas las fuentes de agua, que surtan alguna población o que convenga reservar con igual fin...

VI. La Ley de Informaciones Posesorias (1941), dictada año y medio después, guardó una relación estrecha con la Ley General de Terrenos Baldíos y refiriéndose a la inscripción de fincas por particulares mediante ese trámite, les impuso las reservas o restricciones contenidas en el artículo 19, que en su inciso b) señala: “b) A las reservas que indica la Ley de Aguas en sus artículos 72 y 73, cuando existieren aguas de dominio público o privado, en su caso;...”. La Ley de Aguas, No. 276 del 27 de agosto de 1942 coincide plenamente con las limitaciones agroambientales impuestas en las dos leyes que le precedieron. En efecto, el artículo 1 señala que son aguas de dominio público, entre otras, en su inciso “IV.-Las de los ríos y sus afluentes directos o indirectos, arroyos o manantiales desde el punto en que broten las primeras aguas permanentes hasta su desembocadura en el mar o lagos, lagunas o esteros.”, y en su inciso “VIII. Las de los manantiales que broten en las playas, zonas marítimas, cauces, vasos o riberas de propiedad nacional, y en general, todas las que nazcan en terrenos de dominio público.” La misma Ley, en el Capítulo III referido al tema “De las playas, zonas marítimas y otras de propiedad nacional. De las zonas de propiedad particular y accesiones”, contiene disposiciones referidas al dominio público y privado. El artículo 72

-al que remite la Ley de Informaciones Posesorias-hace referencia a que “Los Jueces encargados de extender títulos de propiedad sobre tierras baldías no tituladas, deberán hacer reserva consiguiente en cuanto a las aguas, álveos o cauces y vasos de las aguas que sean de dominio público, haciéndolo constar en la sentencia de adjudicación de tierras y debiendo el Registro Público tomar nota de esas reservas nacionales. La omisión de ese requisito no confiere derecho alguno al denunciante o poseedor sobre esos bienes.” Con esta norma, se permite, conforme a lo dispuesto en aquél entonces por el artículo 7 de la Ley General de Terrenos Baldíos, la titulación de terrenos, por los particulares, pero siempre y cuando se respeten las áreas reservadas al dominio público en materia de aguas. Véase que el artículo 1 de la Ley de Aguas, se refieren a las de dominio público, y entre ellas incluye las que provengan de ríos, arroyos o manantiales. Las “aguas” de dominio público, que son todas las ahí indicadas, no incluyen los álveos o cauces y vasos de dichas aguas, pues ellas son considerados independientemente por el legislador, en el artículo 69 de la Ley como parte del dominio público, cuando indica: “Se entiende por vaso de un lago laguna o estero, el depósito de la capacidad necesaria para contener las aguas de las mayores crecientes ordinarias. Se entiende por álveo o cauce de un río o arroyo, el terreno que cubren sus aguas en las mayores crecidas ordinarias.”. Ello se reafirma con la lectura del artículo 70 que dispone: “La Nación tiene la propiedad de las aguas que se determinan en el artículo 1º de esta ley, de los álveos o cauces de las playas y vasos indicados en el artículo 3º, así como las riberas de los mismos.” VII. De las anteriores disposiciones citadas, se pueden extraer las siguientes conclusiones: 1.) Desde 1939 todas las fuentes que estén en cuencas u hoyas hidrográficas en que broten manantiales, o en que tenga sus orígenes o cabeceras cualquier curso de agua del cual se surta alguna población o que convenga reservar con igual fin, son de dominio público (Artículo 7 de la Ley

General de Terrenos Baldíos, y 7 inciso c) de la Ley de Tierras y Colonización). 2.) Es posible titular mediante Información Posesoria terrenos sometidos a la posesión particular, en áreas de baldíos nacionales, si se demuestra una posesión con diez años de antelación a la citada Ley de Terrenos Baldíos, para efectos de las reservas correspondientes en cuando a las aguas del dominio público (artículos 19 inciso b) de la Ley de Informaciones Posesorias y 70, 71 y 72 de la Ley de Aguas). 3.) Entre las aguas de dominio público, están comprendidos los nacientes que surtan de agua a alguna población o que convenga resolver con igual fin. Debiendo, en consecuencia, demostrarse una posesión anterior a la Ley de Terrenos Baldíos, para poder titular áreas en donde broten manantiales que surtan de agua alguna población o convenga reservar con igual fin. (T.S.A. No. 770 de las 10:40 horas del 13 de noviembre de 1998).

En un voto, también muy reciente, el Tribunal destacó las limitaciones agroambientales para el ejercicio de actividades productivas que contaminen el ambiente o pongan en peligro la salud humana, echando mano a los principios y valores constitucionales. En el caso concreto rechazó la tutela interdictal que planteó un poseedor de una chanchera que funcionaba en un centro de población sin permisos, y que las autoridades de Salud ordenaron desalojar:

“IV. No lleva razón el recurrente en sus agravios. Nuestro Legislador, desde hace muchos años, ha venido imponiendo una serie de límites agroambientales a actividades productivas, con el fin de proteger la salud de las personas y el medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado. La actividad productiva, de cualquiera naturaleza que sea, debe ejercitarse dentro de un marco de respeto a la vida y existencia humana. Los límites a dichas actividades productivas están enmarcadas dentro de claros principios constitucionales donde, si bien se garantiza la propiedad privada y la libertad de empresa, dichos derechos deben ser ejercidos dentro del marco global del ordenamiento jurídico,

respetando sobre todo los intereses públicos o el interés de la colectividad. El artículo 50 Constitucional garantiza que “Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y reclamar la reparación del daño causado. El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho...”. Por eso se han creado una gran cantidad de Instituciones (MAG, MINAE, MS, entre otros), que ejercen un control sobre las actividades productivas dañinas al medio ambiente. Con ello se pretende evitar, de alguna manera, el abuso del derecho –prohibido por el artículo 22 de nuestro Código Civil–, al ejercitar la propiedad o posesión sobre actividades agrarias productivas, desatendiendo los principios fundamentales de la Constitución Política. La salud de la población, como bien de interés público tutelado por el Estado –artículo 1 Ley General de Salud–, está por encima de cualquier interés individual, y por ello cualquier persona está en la obligación de acatar las órdenes generales y particulares emanadas de las autoridades de salud –artículo 4–. Las actividades agrarias, sean de cría de animales o cultivos de vegetales, están sujetas a dichas disposiciones. Por ello “La tenencia de animales sólo será permitida cuando no amenace la salud o la seguridad de las personas y cuando el lugar en que se mantienen reúna las condiciones de saneamiento que exija el reglamento, a fin de que no constituya foco de infección, criadero de vectores de enfermedades transmisibles o causa de molestias o de insalubridad ambiental” –artículo 195–. El control de los riesgos que produzcan las actividades agrarias en la salud o seguridad de las personas corresponde, en este caso, al Ministerio de Salud, y sus Departamentos competentes, quienes pueden decretar por autoridad propia medidas cuya finalidad tiendan a evitar la aparición de peligros y la agravación o difusión del daño –artículo 355–. Entre otras, sino se acatan las disposiciones o se desarrolla una actividad agraria productiva sin la debida autorización, puede ordenarse la clausura o cierre

formal del establecimiento o instalación. Pero ello es una atribución, como se ha indicado, que corresponde a las Autoridades Administrativas correspondientes. V. Como puede observarse, los anteriores principios y límites agroambientales, fueron los que sirvieron de base, a las Autoridades del Ministerio de Salud, concretamente al Departamento de Control Ambiental de la localidad de Alajuelita, a dictar las medidas administrativas necesarias para ordenar la clausura de una instalación en donde funcionaba irregularmente –según se desprende de la documentación traída a los autos– una chanchera, sobre la cual el actor ejercía la posesión agraria actual y momentánea. Esa era su actividad principal. La medida se justificó, en intereses de orden superior, en intereses colectivos, y se ordenó en el marco de un estudio y procedimiento administrativo... Justamente, el interdicto agrario protege una posesión agraria, de cría de animales o cultivo de vegetales. Pero en este caso, dicha protección interdictal no procede, por no ser ésta la vía para demostrar que la actividad agraria que se venía desarrollando no contaminaba o no afectaba la salud o seguridad de las personas. Si se acogiera, en ese sentido, la tesis del demandante había que ordenar la restitución del bien al accionante para que éste siga ejerciendo una actividad agraria, que en principio, según consta en autos, se ha demostrado causa daños a la salud y pone en peligro el ambiente. Ello sería contrario a los principios y valores superiores protegidos a nivel Constitucional, en materia agroambiental.” (T.S.A., No. 771 de las 10:40 horas del 13 de noviembre de 1998).

En una situación idéntica, un poseedor de una plantación de plátano hizo caso omiso a las recomendaciones impartidas por las Autoridades del Ministerio de Agricultura, encargadas del control fitosanitario, por lo cual ordenaron la destrucción de la plantación, pues ponía en peligro la actividad productiva de las plantaciones vecinas y constituía un riesgo para la propagación de la enfermedad. El poseedor planteó un interdicto agrario, alegando la perturbación de su actividad productiva, el cual fué desestimado, considerando el interés colectivo.

“III. No lleva razón el recurrente. Los hechos que motivaron la destrucción de la plantación, en el fundo poseído por el actor, se fundaron en disposiciones administrativas y judiciales. Fueron realizadas en virtud de que los funcionarios del Ministerio de Agricultura y Ganadería detectaron una plaga de sigatoka negra, que estaba afectando las plantaciones vecinas. El Ministerio procedió a realizar los estudios correspondientes, y solicitó al Juzgado de Instrucción de Siquirres y Matina un allanamiento para proceder a la destrucción del plantío, luego de que al aquí actor había hecho caso omiso de las prevenciones del Ministerio para que tomara las medidas sanitarias respectivas para el control de la plaga.” (T.S.A., No. 301 de las 10:30 del 7 de mayo de 1998).

10. La función ambiental de la propiedad en la Ley de Biodiversidad. Las limitaciones agroambientales reafirmadas en la nueva Ley. Implicaciones jurídicas.

La máxima reafirmación de la función ambiental de la propiedad, cuyo fundamento constitucional es ya indiscutible, se encuentra en la recién promulgada Ley de Biodiversidad.⁽⁷²⁾

Esta Ley responde al compromiso asumido por Costa Rica, en el ámbito mundial, de conservar la diversidad biológica, los recursos genéticos, las especies y los ecosistemas, dentro del marco del desarrollo sostenible.⁽⁷³⁾

(72) Ley de Biodiversidad, No. 7788 de 30 de abril de 1998.

(73) La Ley Orgánica del Ambiente, en el capítulo IX, introdujo tímidas regulaciones sobre el tema de la diversidad biológica, que vinieron a constituir el marco general para la nueva Ley, pues lo que se pretendía fundamentalmente era dar cumplimiento a los postulados del Convenio, porque no solo se declara la soberanía del Estado sobre la diversidad biológica, sino también el interés público de las actividades destinadas a conservar, mejorar y recuperar la diversidad biológica para asegurar su uso sostenible (artículo 46 y 47).

Se proyecta dentro del marco del Convenio sobre la Biodiversidad Biológica, y va más allá –siguiendo el mismo convenio– de la conservación, pues se regula la utilización sostenible de los recursos biológicos, se incorporan normas sobre el acceso a los recursos genéticos, y se pretende lograr una distribución equitativa de los costos y beneficios derivados de la utilización del material genético⁽⁷⁴⁾, el acceso a la tecnología y la biotecnología.

El artículo 8 de la Ley incorpora en forma expresa la función ambiental de la propiedad en su texto:

“Como parte de la función económica y social, las propiedades inmuebles deben cumplir con una función ambiental.”

El legislador no hizo otra cosa que reconocer un principio que tenía un sólido fundamento constitucional, y un desarrollo en nuestra Jurisprudencia. Sin embargo, era imprescindible reafirmar no solo el principio, sino también las limitaciones agroambientales a la propiedad, en aras del alcanzar un verdadero desarrollo sostenible en la utilización de los recursos de la diversidad biológica.

Era imprescindible integrar la conservación con el uso sostenible de la biodiversidad, la participación activa de los sectores sociales, para garantizar una sostenibilidad social, económica y cultural, a través de la formación de la cultura y conciencia ambiental⁽⁷⁵⁾.

También era imprescindible lograr la consolidación del Sistema Nacional de Areas de Conservación⁽⁷⁶⁾, creando sistemas de incentivos y retribución de servicios ambientales para la conservación, el usos sostenible y los elementos de la biodiversidad, pues solo de esa manera

(74) Ley de Biodiversidad, Artículo 1 y 3. El ámbito de su aplicación no alcanza el material bioquímico y genético humano, regulado por la Ley de Salud, ni el intercambio de recursos bioquímicos y genéticos ni al conocimiento asociado resultante de prácticas, usos y costumbres, sin fines de lucro, entre los pueblos indígenas y las comunidades locales (artículo 4).

(75) Ley de Biodiversidad, artículo 10 incisos 1, 2 y 3.

(76) Ley de Biodiversidad, artículos 22 al 44.

se podría garantizar el cumplimiento de la función ambiental de la propiedad pública y privada.

Las Areas de Conservación⁽⁷⁷⁾, cuya competencia territorial alcanza todo el territorio tanto en áreas protegidas, como en áreas privadas de explotación económica, tienen la difícil tarea de aplicar la legislación agroambiental, en especial, la Ley Orgánica del Ambiente, La Ley Forestal, la Ley de Conservación de la Vida silvestre y la Ley de Creación del Servicio de Parques Nacionales.

(77) “Cada área de conservación es una unidad territorial del país, delimitada administrativamente, regida por una misma estrategia de desarrollo y administración, debidamente coordinada con el resto del sector público. En cada uno se interrelaciona actividades tanto privadas como estatales en materia de conservación sin menoscabo de las áreas protegidas.” Ley de Biodiversidad, artículo 28, párrafo segundo

COMERCIO ELECTRONICO^(*)

Un breve acercamiento

*Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez^(**)*

Catedrático de la Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

Profesor de Derecho Económico Internacional

(*) Ponencia al IX Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática (San José, Costa Rica: 1 al 5 de abril 2002; exposición hecha el jueves 4 de abril).

(**) 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

1. Generalidades
2. Definición
3. Tipos de comercio electrónico
4. Aspectos sobresalientes del comercio electrónico
5. Legislación
 - A. Código de Comercio
 - B. Ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
6. Firma digital
 - A. Definiciones
 - B. Países que han aceptado la firma digital
 - C. Legislación
 - a. Código de Comercio
 - b. Ley digital del Estado de Utah, 1995
 - c. Ley modelo de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional
 - D. Principales temores de los consumidores españoles
 - E. Obligaciones del proveedor o vencedor
 - F. Derechos del consumidor

A modo de conclusión

Minibibliografía en web

INTRODUCCION

Con el desarrollo de la *informática y la electrónica*, el mundo de las comunicaciones y de los negocios se ha revolucionado, adquiriendo una velocidad y masificación de las operaciones financieras y de todo orden, nunca antes vista en el Mundo.

Estamos en una sociedad *virtual de la información* mediante los mecanismos electrónicos de negociar, entre otros efectos y dimensiones. Por ello se habla del comercio electrónico.

Este **comercio electrónico** se sostiene de una *red* que se dice es global, abierta, difusa e ingobernable.

En este mismo sentido el tema de la **firma electrónica o digital** (en nuestro país existe un proyecto de ley en la Asamblea Legislativa) es de suyo relevante en esta sociedad de la red. Esta *firma* es el conjunto de datos electrónicos o asociados funcionalmente con ellos, utilizados como medio para identificar al autor o autores del documento que la recoge.

1. GENERALIDADES

Comercio electrónico y tarjetas electrónicas: comercio anónimo

Con el comercio electrónico (*e-business*) por *internet*, desaparece la maquinilla donde se pasaba la tarjeta electrónica para su chequeo financiero, no se entrega copia del *voucher* ni se firma.

Con ello, tiende a desaparecer la tarjeta plástica y su función de identificación física frente al comerciante o su representante, del usuario de la tarjeta. Tampoco, el cliente conoce al comerciante ni tiene a su disposición mecanismos rápidos y directos para enmendar errores de la compra o neutralizarla; o, evitar que le sigan corriendo los cobros, salvo los medios que tiene el cliente de ir a la entidad financiera de la tarjeta para hacer el reclamo de la compra o de los cobros o de los intereses, etc., bloqueando la respectiva tarjeta o cambiando el número de ella.

El medio y sistema operativos son hostiles para el usuario de la tarjeta o consumidor, en donde en la mayoría de las veces lleva las de perder, a pesar de la legislación en materia de *protección al consumidor*, dado que los factores reales que inciden en la aplicación efectiva de la legislación, la hacen nugatoria.

La **tendencia comercial** es hacia la eliminación de las tarjetas electrónicas y en su lugar implantar **microchips** o micro circuitos en el dedo anular de la mano derecha de los usuarios.

*Este proyecto lo está construyendo Mastercard de Europa - VISA con Microsoft. La pretensión u objetivo es incorporar en estos chips información sobre fecha de nacimiento, tipo de sangre, huellas dactilares, código genético, etc. Este proyecto recuerda la visión de vigilancia sobre los seres humanos a cargo del estado (el Estado policía o vigilante) o de las empresas del sector privado para los fines que quieran, manipulando al ser humano y convirtiéndolo en un títere y esclavo de la informática, de los intereses confesados y ocultos estatales y empresariales, con fines policíacos, militares, comerciales, etc. Este futuro es macabro y debe ponerse el límite que el ser humano demande para la protección de su vida, integridad y dignidad. Esto es sumamente peligroso para la libertad, integridad y dignidad de las personas (Hernández, Cynthia, *El uso de la tarjeta de crédito como medio de pago alternativo al crédito documentario en la compraventa internacional de mercancías. El caso de la compraventa en línea o internet*, San José, tesis de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, págs. 238- 295, 1997).*

En algunos países de Europa, funciona en los comercios una maquinita en la cual se pasa la tarjeta de crédito y a la vez hay una tecla de color verde, la cual debe ser accionada por el dedo índice del tarjetahabiente.

Actualmente con el **banco de datos** gigantesco que manejan los gobiernos y las empresas nacionales y supranacionales (transnacionales) de las personas, se da el panóptico de que habló **Jeremías Bentham** (*filósofo y economista inglés, 1748 - 1832; El panóptico*, Madrid: Eds. La piqueta, 1979, *in toto*). Es el *ojo del Poder* político, comercial, religioso, financiero, jurídico, etc., volcado sobre la vida privada del ser humano, en donde nada queda privado todo queda expuesto y a disposición de los empresarios del sector público y del sector privado para lo que les dé la gana hacer, en perjuicio directo e inmediato de la persona.

Panóptico: construcción circular con una torre de vigilancia en el centro para tener a los presos bajo control día y noche. Es un establecimiento para guardar a los presos con más seguridad y economía (**Jeremías Bentham**, *op. cit*, pág. 33, 1979).

El efecto mayor del **panóptico** es inducir en el preso o detenido un estado consciente y permanente de visibilidad que garantiza el funcionamiento automático del Poder, a la vez que provoca un placer en espiar y castigar, de parte de los agentes del Poder (Michel Foucault, filósofo francés, 1926-1984; *Vigilar y castigar*, México: Siglo XXI, págs. 205-206, 1978).

2. DEFINICIÓN

El **comercio electrónico** es el intercambio telemático de información entre personas que da lugar a una relación comercial, consistente en la entrega en línea de bienes intangibles o en un pedido electrónico de bienes tangibles.

Este **comercio electrónico**:

- * Es la producción, publicidad, venta y distribución de productos vía redes de telecomunicaciones (*World Trade Organization*, 1998),
- * Es la conducción de actividades de negocios por medio de comunicaciones y tecnología de todo tipo (*Electronic Commerce in Canada*, 1998),
 - Comercio conducido vía un mecanismo de comunicación electrónico (*Consejo de Negocios entre Japón y Estados Unidos de América*, 1999),
- * Comercio que incluye la producción, publicidad, venta y distribución de productos por medios electrónicos basados en el procesamiento y transmisión de datos digitalizados (*International Telecommunication Union*, 1999),
- * Este comercio abarca las transacciones financieras y comerciales realizadas *electrónicamente* y por ende las ventas a minoristas consumidores en las cuales las transacciones y los pagos se llevan a cabo en redes abiertas como **internet** (*Organization for Economic Cooperation and Development*, 1999),
- * *Negocio electrónico (e-business)* es cualquier proceso que una organización lleva a cabo mediante una red de computadoras, siendo el comercio electrónico cualquier transacción completada

mediante una red de computadoras e incluye la transferencia de derechos de la propiedad o de derechos de bienes o servicios. Las redes de computadoras son dispositivos de enlace electrónico que comunican interactivamente a través de canales de red (*Gobierno de los Estados Unidos de América*, 1999) (Sarra, Andrea *Comercio electrónico y derecho*, Buenos Aires: Astrea, págs. 279 a 283, 2001).

El tema de la **protección al consumidor** es clave en esta clase de contratos, al igual –por supuesto– que en los restantes figuras negociales. Empero, la modalidad de estos negocios electrónicos le da una sensibilidad especial, dado que la presencia de las partes es virtual; no, real.

3. TIPOS DE COMERCIO ELECTRÓNICO

1) *Busines to busines*: de empresa a empresa

Este tipo consiste en una comunicación directa entre las empresas; pudiendo reestructurarse la cadena de producción entre ellas, para que los suministros se manejen de una forma más rápida y eficiente.

2) *Busines to consumer*: de empresa al consumidor.

Se logra una mayor eficiencia y rapidez en la comunicación entre las empresas y los consumidores en el mercado mundial, lo cual fortalece el comercio internacional.

3) *Directo*: entrega en línea de bienes intangibles. Director se llama porque la transacción como la entrega del bien se realiza directamente a través de *internet*. Ejemplos: compra de música, software, servicios profesionales o técnicos.

4) *Indirecto*: pedido electrónico de bienes tangibles. Se realiza en línea (*on line*) la negociación; siendo la entrega del bien, de modo material o real (Knorr, Jolene y Marcelo Roldán, *La protección del consumidor en el comercio electrónico*, IJSA, págs. 59 a 63, 2001).

Contrato de hosting (*host*: huésped, hospedero): *aquel por el cual se contrata el servicio por el que una empresa gestiona y realiza el mantenimiento de los archivos web de internet. Estos contratos son de adhesión, no negociados individualmente, en el que las condiciones de la prestación del servicio se establecen para todos* ([www.vlex.com/redi/No. 41](http://www.vlex.com/redi/No.41), diciembre 2001, **Contratos de hosting**, Javier Prenafeta).

4. ASPECTOS SOBRESALIENTES DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

La *transnacionalización de sus efectos*, es decir que los límites políticos y geográficos no significan nada en entornos digitales.

Esta característica, en realidad, es compartida por todas las actividades en las redes.

La *ausencia de grandes barreras de entrada* que posibilita el surgimiento de organizaciones virtuales o el ofrecimiento de bienes y servicios a través de Internet por parte de empresas que no estén sujetas a controles adecuados o que podrán carecer de patrimonios suficientes en el caso de tener que responder por el daño.

La *urgencia de implementar un eficiente sistema de resolución o de disputas* a escala internacional en transacciones de pequeños montos.

Como ya hemos dicho, en los acuerdos por montos considerables se pactan los tribunales y la legislación a los que se someterán las partes en caso de conflicto.

Pero cuando las transacciones son por pequeñas sumas (p.ej., la compra de un libro o de *software* a través de Internet), las partes, generalmente, no pactan a ese nivel de detalle.

La *necesidad de adecuación de las legislaciones* que requiere el medio digital, debido a que estos entornos han transmutado conceptos tradicionales e incorporado otros, por lo que no puede considerárselos incluidos en las normativas vigentes.

El requerimiento de una *elaboración coordinada de principios sobre la materia a escala internacional*. Al tener como objetivo el

crecimiento del comercio electrónico, deben incluir principios generales sobre políticas internacionales encaminadas a tornar confiables los medios digitales para el pleno desarrollo de la sociedad de la información.

Obviamente, ello es así porque se ha cambiado la concepción primigenia del *comercio electrónico* debido a que las redes abiertas, con sus protocolos independientes, permiten un mejor amalgamamiento de algunas de las formas que constituían el *comercio electrónico* originario (Sarra, *op.cit.*, pág. 287, 2001).

5. LEGISLACIÓN

A. Código de Comercio

Artículo 411:

Los contratos de comercio no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales, cualesquiera que sean la forma, el lenguaje o idioma en que se celebren, las partes quedarán obligadas de manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse.

De ahí que los contratos electrónicos son plenamente aceptables. Quedando, como todo asunto jurídico, a un problema de *prueba*, en caso de disputa. (cf. Knorr y Roldán, *op.cit.*, págs. 57 a 71).

B. Ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

(Resolución 51/162 de la Asamblea General del 16 de diciembre de 1996, sobre el **Comercio Electrónico**).

Artículo 1. Ambito de aplicación

La presente ley será aplicable a todo tipo de información en forma de mensaje de datos utilizada en el contexto de actividades comerciales.

Artículo 2. Definiciones

a) Mensaje de datos

La información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

Artículo 3. Interpretación

- 1) *En la interpretación de la presente ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.*
- 2) *Las cuestiones relativas a materias que se rijan por la presente ley y que no estén expresamente resueltas en ella, serán dirimidas de conformidad con los principios generales en que ella se inspira.*

Artículo 12. Reconocimiento por las partes de los mensajes de datos

En las relaciones entre el iniciador y el destinatario de un mensaje de datos, no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a una manifestación de voluntad u otra declaración por la sola razón de haberse hecho en forma de mensaje de datos. (www.uncitral.org.)

6. FIRMA DIGITAL

A. DEFINICIONES

a. Firma digital o electrónica

La firma digital:

- * Es el conjunto de datos, en forma electrónica, anejos a otros datos electrónicos asociados funcionalmente con ellos, utilizados como medio para identificar formalmente al autor o autores del documento que la recoge.
- * Es un conjunto de datos que se añaden al contenido de una transmisión y permiten que el receptor pueda comprobar la integridad de la información enviada y la veracidad de la fuente.
- * Se ha asociado con una determinada tecnología. Ha sido creada usando un sistema de criptografía asimétrica o de clave pública, la que básicamente funciona en base a un par de claves asociadas: una clave privada y una clave pública.

- * Es el resultado de *encriptar* (codificar), empleando una clave privada, un conjunto de datos que son el resultado de aplicar a un documento o mensaje una función *hash* (procedimiento capaz de generar una representación simbólica, matemática del original).
- * Consiste en la utilización de un método de encriptación llamado asimétrico o de clave pública. Este método consiste en establecer un par de claves asociadas a un sujeto, una pública, conocida por todos los sujetos intervinientes en el sector; y, otra privada, sólo conocida por el sujeto dado (Carlino, Bernardo, **Firma digital y derecho societario electrónico**, Santa Fe –Argentina–, Ed. Rubinzal-Culzoni, págs. 40 a 43, 1998).

*Podemos comprender la **firma digital** como un bloque de caracteres que acompaña un documento, acreditando quién es su autor y que no ha existido ninguna manipulación posterior de los datos* (Echegaray, Edgar, **Comercio electrónico y una necesaria regulación para la protección de los derechos del consumidor**, San José: tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, pág. 59, 2001).

b) Certificado digital

Es una estructura de datos empleada dentro de un sistema de clave pública para ligar a una persona determinada con una clave pública única y creada conforme a ciertos estándares reconocidos. Un **certificado digital** contiene el nombre del usuario, su clave pública, un número de serie y una fecha de expiración (Hess, Christian, pág. 4, 2001).

c) Firma electrónica avanzada

Permite la identificación del signatario y ha sido creada por medios que éste mantiene bajo su exclusivo control, de manera que está vinculada únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, lo que permite que sea detectable cualquier modificación ulterior de éstos.

d) Signatario

Es la persona física que cuenta con un dispositivo de creación de firma y que actúa en nombre propio o en el de una persona física o

jurídica a la que representa (*Legislación de comercio electrónico*, Madrid: Tecnos, 2001, Decreto-ley No. 14 del 14 de setiembre de 1999, págs. 263-264; Hernández, Cynthia, *El uso de la tarjeta de crédito como medio alternativo al crédito documentario en la compraventa internacional de mercancías. El caso de la compraventa en línea o internet*. San José: tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, pág. 285, 1997).

e) **Firma electrónica**

Es cualquier sonido, símbolo o proceso electrónico, que permite al receptor de un documento electrónico identificar al menos formalmente a su autor.

Si bien son conceptos que suelen confundirse, la relación existente entre ellos es de género (*firma electrónica*) a la especie (*firma digital*) (www.vlex.com, De Paladella - Guasch, 08/11/01).

f. **Criptología**

Viene del griego, *cripto*: oculto. Se define como aquella ciencia que estudia la ocultación, disimulación o cifrado de la información, así como el diseño de sistemas que realicen dichas funciones.

g) **Criptografía**

Datos, texto e imágenes. Es el arte de escribir con clave secreta o de un modo enigmático (Alfonso Arce y Federico Díaz, *La firma digital*, www.v2.vlex.com.es.; Mauricio Devoto y Horacio Lynch, *Banca, Comercio, moneda electrónica y firma digital*, www.v2.vlex.com.es).

h) **Criptofonía**: voz oculta o secreta

i) **Criptoanálisis**

Ciencia que estudia los pasos y operaciones orientados a transformar un *criptograma* en el texto claro original pero sin conocer inicialmente el sistema cifrado utilizado y / o la clave (Ramos, pág. 3, 1999).

Detienen a un hombre acusado de realizar compras *on-line* con los números de tarjetas de otras personas que acudían a su empresa y efectuaban alguna compra. Posteriormente, el empresario utilizaba esos números de tarjetas para hacer compras desde su propio ordenador (PC) (Madrid: redacción de la *Revista Vlex de Derecho penal*, No. 10, 3 octubre del 2001, www.Vlex.com).

B. PAISES QUE HAN ACEPTADO LA FIRMA DIGITAL

Entre algunos de los países que han aprobado legislación sobre firma digital, están:

Alemania (1997), Australia (2000), Austria (1999), Canadá (2000), Colombia (2001), Corea del Sur (1999), España (2000), India (2000), Italia (1997), Japón (2000), Malasia (1997), México (2000), Perú (2000), Singapur (1998) (Sarra, págs. 378 a 388, 2001).

Nuestro país, en este año, tiene presentado un proyecto sobre *firma digital* y *certificados digitales* en el Poder Legislativo (*expediente No. 14.276*) que a grandes rasgos sigue la Ley modelo sobre firmas digitales de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, peca de omiso y de falta de rigurosidad en algunos extremos (Christian Hess, *Firma digital, ya*, **La Nación**, 24 de agosto del 2001; Echegaray, *op. cit.*, págs. 156 a 160, 2001).

C. LEGISLACIÓN

a. Código de Comercio

Artículo 414:

La firma reproducida por algún medio mecánico NO se considerará eficaz. Salvo los negocios, actos o contratos en que la ley o el uso lo admitan, especialmente, cuando se trate de suscribir valores emitidos en número considerable.

Criterio de la Procuraduría General de la República
(Dictamen C – 283-98 del 24 de diciembre de 1998):

*No es posible el reconocimiento con valor jurídico en nuestro medio de la **firma digital**.*

De acuerdo a la redacción del citado numeral 414, esta **firma digital** puede ser admitida cuando los usos o costumbres comerciales así lo permitan y requieran (cit., Knorr y Roldán, págs. 74, 75).

b. Ley de firma digital del Estado de UTAH, 1995

Esta ley del 27 de febrero de 1995, entró en vigor el 1º de mayo de ese año, de acuerdo con el artículo VI, Sección 25 de la Constitución de

Utah; siendo el primer sistema legal en el mundo que adoptó un estatuto que abarcaba el comercio electrónico utilizando la firma digital. Esta ley, parte de la base de que un documento electrónico es cualquier documento generado o archivado en un computador. Todos estos documentos pueden ser firmados digitalmente.

Esta ley se divide en estas partes:

Primera: Título, interpretación y definiciones

Segunda: Concesión de licencias y la regulación de las *autoridades certificadoras*

Tercera: Deberes de la *autoridad certificante* y del contenido de los certificados

Cuarta: Efectos de la firma digital

Quinta: Servicios estatales en la organización de los “repositorios” o archivos de claves públicas

Algunos de los conceptos que esta ley utiliza son:

Autoridad de certificación con licencia: autoridad de certificación que tiene una licencia expedida por la repartición; y, que dicha licencia está en vigencia.

Repartición: es la División de sociedades –corporations– y Código de Comercio del Departamento de Comercio del Estado de Utah, que será la autoridad de control.

Firma digital: transformación de un mensaje usando un sistema de ***criptografía asincrónica*** tal que una persona, teniendo el mensaje inicial y la *clave pública* del firmante, puede determinar con precisión si la transformación ha sido creada usando la *clave privada* que corresponde a la *clave pública*; y, si el mensaje ha sido alterado desde que se ha hecho la transformación.

La *clave pública* del firmante puede determinar con precisión si la transformación ha sido creada usando la *clave privada* que corresponde a la *clave pública*.

Sistema de criptografía asincrónica: algoritmo o serie de algoritmos que proveen un par de claves seguras.

Algoritmo: conjunto de pasos o instrucciones ordenado para la resolución de un problema, como por ejemplo, una fórmula matemática. El término algoritmo proviene del nombre del matemático árabe *Al-Khuwarizmi*. Antiguamente, era la descripción de un cálculo; en la actualidad, es toda descripción de un cálculo en general con un esquema de proceso que se repite (Strobl, Walter, *Diccionario de matemáticas*, Madrid: Rioduero, pág. 22, 1977; Boni, *Lamberto Enciclopedia de filosofía*, Barcelona: Eds. B, SA, pág. 21, 1992; Elosua de Juan, Marcelino, *Diccionario capital de la nueva economía*, Madrid: Ed. Empresarial, pág. 26, 2000).

Al-Khuwarizmi (*Abu Ja'far Muhammad ibn Musa*): 800-850 d.c. Matemático, astrónomo y geógrafo (Crystal, David, *The Cambridge Biographical Encyclopedia*, pág. 22, 1998).

Falsificar una firma digital: crear un firma digital sin la autorización del legítimo propietario de una clave privada o que se verifique que su suscriptor no existe o no es el propietario de la clave privada correspondiente a la clave pública listada en el certificado.

Derecho calificado de pago: recompensa por los daños contra una autoridad de certificación con licencia, establecida por una Corte que tiene jurisdicción sobre la autoridad de certificación en una acción civil.

Para realizar esa ***firma digital*** en un documento electrónico se requiere la autenticación del *remite*nte, la integridad del mensaje y que el mismo no puede ser negado (*repudiation*) (Carlino, *op. cit.*, págs. 53 a 64, 1998).

c. ***Ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional, adoptado por las Naciones Unidas el 5 de julio del 2001.***

Artículo 1. Ambito de aplicación

La presente ley será aplicable en todos los casos en que se utilicen firmas electrónicas en el contexto de actividades comerciales. No derogará ninguna norma jurídica destinada a la protección del consumidor.

Artículo 2. Definiciones

- a) **Firma electrónica:** los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que puedan ser utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el firmante aprueba la información recogida en el mensaje de datos.
- b) **Certificado:** todo mensaje de datos u otro registro que confirme el vínculo entre un firmante y los datos de creación de la firma.
- c) **Mensaje de datos:** la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el teléx o el telefax.
- d) **Firmante:** la persona que posee los datos de creación de la firma y que actúa por cuenta propia o por cuenta de la persona a la que representa.
- e) **Prestador de servicios de certificación:** la persona que expide certificados y puede prestar otros servicios relacionados con las firmas electrónicas.
- f) **Parte que confía:** la persona que pueda actuar sobre la base de un certificado o de una firma electrónica. (www.uncitral.org)

D. PRINCIPALES TEMORES DE LOS CONSUMIDORES ESPAÑOLES A LA COMPRA ON-LINE:

* Falta de seguridad en las transacciones económicas	70%
* Inseguridad al dar los datos personales en internet	52%
* Desconocimiento ante quien reclamar	44%
* Dificultades para el acceso a internet	38%
* Poca confianza en la calidad del producto	32%
* Desconfianza a que llegue el producto comprado	28%

(Víctor Tascón, España: *derechos y deberes de los consumidores y comerciantes en el business to consumer*, www.v2.vlex.com.es.)

E. OBLIGACIONES DEL PROVEEDOR O VENDEDOR

- * De dar información al consumidor sobre las características reales del producto o servicio objeto de la contratación
- * Identificación general del proveedor
- * Procedimiento, modo y plazo para realizar la compra y ejecutar el contrato
- * Formas de pago
- * Prohibición de incluir cláusulas abusivas en el contrato (Víctor Tascón, *op. cit.*)

F. DERECHOS DEL CONSUMIDOR

- * Al retracto de la compra
- * Devolución del producto, si éste no cumple con las características ofrecidas por el proveedor
- * Devolución de cargos indebidos
- * Derecho a ser informado sobre los aspectos de la transacción
- * Derecho a que los tribunales competentes y la legislación aplicable sea la del domicilio del consumidor (Claudio Magliona, *Marco jurídico de la contratación electrónica*, www.v2.vlex.com.es; Echegaray, *op. cit.*, págs. 109 a 124, 2001).

A MODO DE CONCLUSION

El primer escollo del consumidor en las relaciones comerciales por medios informáticos es la falta de conocimiento acerca del comercio electrónico (Echegaray, *op. cit.*, pág. 132, 2001).

A continuación presentamos algunas notas relevantes para este tema, como parte del cierre de este ensayo.

A. Presentada una demanda colectiva contra IBM por venta de un producto defectuoso

Un grupo de consumidores californianos ha interpuesto una demanda en contra de la compañía informática IBM por conducta

negligente en la venta de un modelo de disco duro que contiene fallos de fabricación que provocan su mal funcionamiento a los pocos días de compra.

La demanda ha sido interpuesta ante la Corte Superior de Alameda (California) como una acción colectiva contra el gigante informático norteamericano IBM. El modelo de disco duro supuestamente defectuoso es el Deskstar 75GXP que, según los denunciantes representados por el bufete Sheller Luwig & Badey, contiene un error de diseño o funcionamiento en su fabricación que provoca el mal funcionamiento del mismo y la consiguiente pérdida de toda la información allí almacenada.

Este modelo de disco duro fue introducido por IBM en el mercado norteamericano en el mes de marzo del 2000 y, según la demanda interpuesta ante el tribunal californiano, el alto índice de fallos detectados en el mismo hace pensar que esta compañía era consciente del error de su producto, continuando aun así con la venta del mismo (www.v2.vlex.com/es; 23/10/01).

B. La supervivencia del más apto

Internet bien enfocada es el centro fundamental para la colaboración de los empleados, clientes, aliados de negocios y organizaciones; la empresa que así lo enfoque, tendrá una enorme oportunidad de hacer negocios (Richard Delgado, *Actualidad económica*, 6 de junio del 2001).

Tras desarrollo de e-business

En América Latina se mueven actualmente US \$ 9.000 millones mediante el comercio electrónico, de los cuales entre el 4% y el 7% corresponde a Centro América. En esta región, las empresas sólo realizan entre un 7% y 10% de sus transacciones en *internet* (José Luis Mora, *El Financiero*, del 12 al 18 de noviembre del 2001).

C. Cláusulas abusivas

Estas cláusulas son aquellas que dan demasiadas prerrogativas o ventajas a una parte en perjuicio de la otra y generalmente entran por la desigualdad pre-existente de los contratantes, por la necesidad lesionada o por el modo de contratar, como lo es el contrato de adhesión (Gabriel Bessonart, www.monografias.com, accesado 08/11/01).

Bibliografía en web: www.vlex.com.es

Alejandro Martínez. *Argentina: empresas de riesgo crediticio, habeas data y derechos del consumidor.* www.vlex.com/redi/No.41, 2001.

Alfonso Arce y Federico Díaz. *La firma digital.*

Carlos Sánchez. *La criptografía como derecho.*

Cristian Calderón. *El comercio electrónico.*

Claudio Magliona. *Marco jurídico de la contratación electrónica.*

Christian Hess. *Comentarios al proyecto de la firma digital.*
www.derecho.org.

De Paladella-Guasch. *Firma electrónica.*

Fabiana Sánchez. *E-commerce.*

Fernando Ramos. *La firma digital.*

¿Cómo aplicar la normativa de firma electrónica?

¿Qué es una firma electrónica?

Fernando Núñez. *La firma electrónica en España.*

Fernando Ocampo. *Hacia una incorporación definitiva del comercio electrónico.*

Freddy Escobar. *Firma electrónica en Perú.*

Gaspar Clavell. *El concepto de documento y firma electrónica.* Comisión Nacional de valores. Argentina. La ley de Utah. Efecto de la firma digital.

Ignacio Alamillo. *La firma electrónica.*

José Maltese. *El pago electrónico en Argentina.*
www.vlex.com/redi/No.39, 2001.

José Mucientes. *El marco legal de la firma digital en USA y UE.*

Juan Obando. *Los contratos electrónicos y digitales.*
www.vlex.com/redi/No.39, 2001.

Juan Ortega. *El cumplimiento del pago por medios electrónicos.*

Macarena Silva. *Comercio electrónico: la firma electrónica.*
[www.vlex.com/redi/ No. 40](http://www.vlex.com/redi/No.40), noviembre 2001.

María Martín. *El documento y la firma electrónica*.

Mauricio Devoto y Horacio Lynch. *Banca, comercio, moneda electrónica y la firma digital*.

Miguel Ruz. *Compra y venta a través de internet*

Mónica Vitoria. *Las pruebas en el comercio electrónico*.

Rafael García. *La firma electrónica*. www.aulavia.com.

Ramón Castilla. *El comercio electrónico*.

Víctor Tascón. *España: derechos y deberes de los consumidores y comerciantes en el e-business*.

Minibibliografía

Bruce, Oswald. *Comercio electrónico y derecho del consumidor*. (San José: inédito, 2002).

Carlino, Bernardo. *Firma digital y derecho societario electrónico*. (Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni eds., 1998).

Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio. *Firma electrónica y comercio electrónico*. (Madrid: Dykinson, 2000).

Echegaray, Edgar. *Comercio electrónico y una necesaria regulación para la protección de los derechos del consumidor*. (San José: Investigaciones Jurídicas, S.A., 2001).

Knorr, Jolene; Marcelo Roldán. *La protección del consumidor en el comercio electrónico*. (San José: IJSP, 2001).

Pinochet, Ruperto. *Contratos electrónicos y defensa del consumidor*. (Madrid: Parcial Pons, 2001).

Rengifo, Ernesto. *Comercio electrónico*. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002).

Romero Pérez, Jorge Enrique. *Comercio electrónico*. (San José: ponencia presentada el jueves 4 de abril al IX Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática, 2002).

Sarra, Andrea. *Comercio electrónico y derecho*. (Buenos Aires: Astrea, 2001).

Congresos:

Memorias VIII Congreso Iberoamericano de *Derecho e Informática*. (México: noviembre del 2000).

Memorias IX Congreso Iberoamericano de *Derecho e Informática*. (Costa Rica: abril del 2002).

**CONSIDERACIONES ACERCA DEL EXAMEN
DE LA CAUSA EN LA LETRA DE CAMBIO**

Lic. Guillermo Salas C., MBA^()*

(*) Profesor Universidad Escuela Libre de Derecho.

SUMARIO:

Introducción

1. La necesidad de la causa
2. La causa implícita y la presunción de la causa
3. El concepto de abstracción
 - Abstracción y atipicidad
 - Abstracción y negocio formal
 - Perfiles de la abstracción
 - Abstracción en sentido procesal
 - Abstracción en sentido funcional
 - La abstracción como inoponibilidad de excepciones: abstracción personal
4. Caracteres de la circulación cambiaria para configurar abstracción
5. Posibles resultados del examen causal
6. Problemas del examen causal en sede sumaria

Conclusiones

INTRODUCCION

En el derecho contractual uno de los temas más controvertidos y al mismo tiempo más incomprendidos es el de la causa. La causa de las obligaciones cambiarias no tenía por qué ser la excepción. El contrapunto de este tópico es la *abstracción*, por la cual la cual la problemática de la causa es sencillamente indiferente a los efectos de ejecutar la obligación, porque las obligaciones nacen desgajadas de la causa de origen.

Entendida la causa de la obligaciones cambiarias como el negocio previo, antecedente o subyacente, reviste particular importancia abordar algunos fundamentos del binomio –o quizás debiera decir de la antinomia– causalidad-abstracción –que son dos caras de una misma moneda–. La cuestión se torna práctica debido a la acogida que, de manera más o menos frecuente, vienen dándole los juzgadores al examen de este negocio previo a la emisión de la letra dentro del juicio sumario –causalidad–, o bien la afirmación de que es imposible analizarla cuando ya ha circulado –abstracción–. Ese examen judicial ordinariamente se hace con el objeto de determinar si sus resultados son capaces de desvirtuar la ejecutividad del título base de la acción –léase cualquier título ejecutivo– y particularmente de la letra de cambio, que es nuestro centro de atención.

En otras palabras, siguiendo los pasos a las nociones de causa y abstracción de las obligaciones cambiarias, viene la práctica del examen del negocio subyacente en sede judicial. A partir del resultado de esa averiguación, eventualmente la desnaturalización de la letra de cambio y por ende la pérdida de su fuerza ejecutiva.

Trataremos de responder a la cuestión de si la obligación contenida en la letra es causal o más bien abstracta como se ha afirmado comúnmente, y si es abstracta, qué tipo de abstracción reside en la obligación cartular.

Es, pues, el binomio causalidad-abstracción un problema de potenciales consecuencias fatales para la obligación cambiaria, según la posición que al respecto se asuma.

1. LA NECESIDAD DE LA CAUSA

La causa, es requisito civil indispensable de la contratación, pues así resulta de los artículos 1007, 627 inc. 3) y 835 inc. 1) del Código Civil.

El ordenamiento jurídico no tolera la falta de causa en el nacimiento de las obligaciones, pues lo estima indigno de tutela. Dicho en palabras más sencillas, todo desplazamiento patrimonial debe fundarse en una causa justa.

La causa ha sido concebida como la *función económico y social* reconocida y tutelada por el derecho que induce a las partes a contratar.⁽¹⁾ Es decir, bajo esta concepción se identifica causa con la función del negocio.

Sin embargo, a esta noción funcional de la causa se le objeta que entonces no es un elemento del negocio sino el negocio mismo. Por ejemplo, causa-función de la compraventa es el intercambio a título oneroso de la propiedad sobre una cosa. Así evidentemente no podría faltar la causa, porque entonces faltaría todo el negocio.⁽²⁾ Se critica también que una causa conceptuada de esa manera se encuentra incluso en los negocios no patrimoniales, como los que tutela el derecho de familia:⁽³⁾ v.gr.: causa de la adopción es ingresar al extraño en una familia, etc.

Críticas similares son opuestas a la noción de causa como resultado jurídico objetivo que el sujeto puede conseguir valiéndose de determinado negocio, pues en vez de contemplar todo el negocio se fija

(1) Según la expresión recogida por CERTAD, Gastón. *La Teoría del Negocio Jurídico frente a la legislación civil costarricense*, en **Revista Judicial** No. 2, Año I, Diciembre de 1976, Corte Suprema de Justicia, página 22 y Los Requisitos Cambiarios, en *Revista Judicial* No. 7, Año II, Marzo de 1978, Corte Suprema de Justicia, página 57. Para ampliar sobre la causa, puede verse la obra de DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El Negocio Jurídico*. Editorial Civitas, Madrid, 1991, *in totum*. Puede consultarse además el estudio de UMAÑA ROJAS, Ana Lorena y PEREZ VARGAS, Víctor. *Elementos del Negocio Jurídico*, en **Derecho Privado**, por PEREZ VARGAS, Víctor, Editorial LIL, San José, 1994, página 207 y ss.

(2) Seguimos a MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. T. II, Doctrinas Generales, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1979, páginas 369-371.

(3) "En los negocios familiares falta también el concepto de causa, pues los particulares no pueden fijar a su placer los fines que habrán de alcanzar por el acto jurídico, careciendo de relevancia sus propósitos individuales. El fin impuesto por el ordenamiento jurídico es de carácter superior en todo el derecho de familia..." ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*. T. II, editorial Porrúa S.A., México D.F., 1980, página 108.

la atención en el resultado de cada sujeto que interviene: causa de la compraventa es, para el vendedor, obtener el precio, y para el comprador, adquirir el bien. Se objeta que esta visión no agrega nada respecto de la anterior, y que solamente da una descripción parcial del negocio.⁽⁴⁾

Frente a las nociones de *causa-función* y *causa-resultado* se levanta el concepto de *causa-finalidad*, por la cual el negocio es el teleos que el sujeto se propone conseguir mediante el negocio para satisfacer sus necesidades o deseos: la obtención de una finalidad es lo que el sujeto tiene en vista, y el negocio es el medio para lograrlo. Así, esa finalidad es la razón de ser del negocio que el sujeto se propone llevar adelante, para lograr su propósito.⁽⁵⁾ Se trata de la finalidad típica y constante, cualquiera que sea el sujeto y sin que importen sus móviles individuales, pues la finalidad no varía de sujeto en sujeto. La *causa-finalidad* es, pues, de carácter objetivo.⁽⁶⁾

Así, la *causa-finalidad* no son los motivos,⁽⁷⁾ que son enteramente dependientes de la voluntad, como lo proclama la concepción subjetiva de la causa. Lo anterior es cierto pese a que los intereses en juego pueden afectar la validez del negocio si no son dignos de tutela, lo cual debe reconocer, por otro lado, la tesis opuesta –enteramente objetiva–, de la causa.

En la Edad Media, la letra de cambio es un instrumento de pago, originado en el deseo de evitar el desplazamiento material del dinero, que tan azaroso podía resultar para los mercaderes viajeros. La letra es

(4) *Ibidem.*

(5) *Ibidem.*

(6) A la concepción de *causa-finalidad* (objetiva), parece adherirse DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, página 191.

(7) “Por motivo del negocio debe entenderse propiamente, la representación de la realidad, en cuanto tal representación pone en movimiento, o detiene (es decir, es su razón determinante), la voluntad del sujeto, al dar vida al negocio. Por tanto, parece término más apropiado para el concepto, el de móvil...Motivo es una representación (hecho subjetivo); causa es un elemento objetivo (finalidad) para conseguir el cual, el sujeto da vida al negocio (es elemento teleológico)...causa no es motivo, o sea representación de la finalidad, sino que es la finalidad en sí y por sí considerada... *Ibidem*, página 378.

pues, en ese entonces, instrumento del cambio trayecticio –*distantia loci*– y la causa es *permutatio pecuniae*, pues el comerciante entregaba al *campsor* una cantidad –*valuta*– que cobraría con la exhibición del documento una vez que había recorrida el trayecto. Es decir, la *causa cambii* es la finalidad de la letra. Más adelante, al permitirse la *valuta* en especie e introducirse el endoso, conjugado ello con la permisión eclesiástica del préstamo con intereses –*usus*– y la desaparición de la *distantia loci*, la letra surge entonces como un instrumento de crédito,⁽⁸⁾ que es su función primordial de hoy.

En materia cambiaria a la causa se le atribuyen varios sentidos que es necesario precisar: en el primero, la causa se conoce como el negocio que da origen a la declaración cambiaria, es decir, es el negocio subyacente, básico, llamado también la relación fundamental, que es un contrato anterior: compra, préstamo, fianza, depósito. En el argot cambiario, a este negocio que subyace en la emisión de la letra se le conoce como relación de *valuta* –en la Edad Media, cantidad de moneda local entregada para recibir a cambio el mandato de pago distante– y hay que precisar desde ya que esta relación de *valuta* hoy puede ser muy variada: por ejemplo, tanto se emite una letra para garantizar la devolución de una suma de dinero –préstamo–, como se hace para saldar a plazo parte del precio de una compraventa, o bien para pagar las acciones suscritas en una sociedad, e incluso nada impide que la donación se haga entregando una letra de cambio.

En todos los casos antedichos, ordinariamente la letra se recibe “salvo buen pago” –*pro solvendo*–, por lo cual en el acreedor original –el tomador de la letra– residen dos derechos de crédito: uno originado en el negocio que da origen a la letra –*ex causa*– y otro netamente cartular. Este concurso de acciones viene así estipulado en el artículo 683 del Código de Comercio. La implicación de esto es que el acreedor puede retomar la acción derivada del negocio subyacente, a cambio de no ejercer la cartular, a condición de reintegrar al deudor la letra emitida, con todos sus derechos accesorios –no perjudicada–. Para nosotros, este dato viene a ser indicio de la importancia de la causa de emisión, misma que mantiene latente una acción causal aun cuando se haya suscrito una deuda cambiaria.

(8) Un resumen de esta historia, aquí referida sólo en sus rasgos salientes, puede verse en ASCARELLI, Tullio. *Iniciación al Estudio del Derecho Mercantil*. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Barcelona, 1962, páginas 29-61.

En el segundo sentido, la causa es concebida como el acuerdo de emisión mismo. Es decir, causa en el primer sentido es la relación básica o subyacente, y en el segundo, el acuerdo de emisión y entrega de la letra al que llamamos pacto de entrega o convenio ejecutivo.

Causa de la letra de cambio es entonces, en el primer sentido, el negocio precedente, básico o fundamental al cual sirve, la relación de *valuta*, mismo que también tiene su propia causa; una compraventa con saldo insoluto sirve de causa a la emisión de la letra cuando esta se utiliza para garantizar parte del precio; un crédito puede documentarse con letra de cambio si los términos en que la letra puede emitirse se avienen a los términos del préstamo.

Además, el término “causa de las obligaciones cambiarias”, que se refiere a las obligaciones que aparecen a lo interno de cada letra, se refiere más bien a la causa de cada obligación de quienes aparecen mencionados en la letra (la relación de *valuta*, entre librador y tomador; la relación de provisión, entre librador y librado; la prestación del valor de la letra, entre el endosante y el tenedor).⁽⁹⁾

Hasta aquí es posible afirmar que no hay letra válida, sin causa eficiente. La relación de *valuta* —aún una gratuita, como la donación— es un presupuesto indispensable de la emisión de la letra.

Detengámonos a notar cómo la letra cumple una función facilitadora del negocio precedente, básico, relación fundamental o de *valuta*; es decir, la letra viene a servir de punto de apoyo para la ejecución, desarrollo o cumplimiento de los términos, por ejemplo, de la compraventa, el crédito o la donación. Podemos decir entonces que el negocio cambiario es, un negocio *ejecutivo*⁽¹⁰⁾ de uno que es precedente,

(9) Así como la emisión, la transmisión de la letra ha de tener su propia causa, v.gr.: el endoso para el pago tiene como fin la cancelación de una deuda contraída; en el descuento, la transferencia de propiedad se da a cambio de obtener liquidez. Como dijimos, la ley concede la posibilidad de readquirir la acción causal en estos casos, si el título se reintegra al deudor, a condición de que este no haya sido perjudicado (art. 683 Código de Comercio). Para ampliar, puede verse PAVONE LA ROSA, Antonio. *La letra de cambio*. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, páginas 57-58 y 65-67.

(10) Acogemos la terminología de DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. T. I, Editorial Tecnos, Madrid, 1979, página 162.

subyacente, que es su finalidad y que es entonces siempre su causa. Lo mismo vale decir de las restantes obligaciones cambiarias, pues, por ejemplo, quien endosa una letra para abonar en cuenta, asume la obligación que ello conlleva —en cuanto responde por el pago, salvo que la endose *pro soluto*—, pero como un medio cuyo fin inicial es saldar su adeudo. Si su adeudo no existiera al momento de endosar la letra, la obligación cambiaria asumida por el endosante estaría falta de causa.

No hay, pues, negocio cambiario sin causa eficiente: una causa que exista y que el ordenamiento valide. La relación de *valuta* es un presupuesto indispensable tanto de la emisión como de la transmisión de la letra.

A la par de la denominación *ejecutiva* de la función del negocio cambiario, es todavía más precisa la terminología de PAVONE LA ROSA, que al referirse al carácter de la declaración cambiaria, la denomina “reconocitiva” por un lado y “constitutiva” por otro.⁽¹¹⁾ Es decir, según el crédito incorporado sea hecho valer por aquel ligado al deudor por una relación causal o bien por un tercero tenedor del título, la declaración habrá de considerarse “reconocitiva” o “constitutiva”, respectivamente. Estos caracteres no son propios de la letra, sino que la acompañan según el momento de que se trate, puntualicemos: según haya circulado o no.

De la idea anterior se sigue, entonces, que la declaración cambiaria es causal —reconocitiva— *inter partes*, y abstracta —o sea constitutiva— *inter tertios*.

Entre las partes, la declaración cambiaria desarrolla, ejecuta y “reconoce” —digamos ahora— el crédito originado en el contrato causal al cual sirve ejecutándolo o desarrollándolo o más genéricamente facilitándolo; tanto así que el acreedor tiene tanto la acción cambiaria, vía letra, como la acción causal, vía reclamación de los términos del negocio subyacente, para hacer valer su crédito.

Inter tertios, la declaración cambiaria más bien “constituye” una obligación nueva a favor del poseedor —tomador, como preferimos llamarlo—, pues está desligada de aquella causa que le dio origen, y respecto de la cual este es enteramente ajeno. En ese caso la letra presenta un perfil de abstracción, porque su causa de emisión es sencillamente ajena a un tercero que tiene en sus manos una declaración cambiaria válida en sí misma.

(11) Por supuesto que hay que tener presente que PAVONE LA ROSA habla más bien de la naturaleza de la declaración cambiaria.

Es decir, entonces que la letra tiene carácter bivalente: causal y abstracto, según el crédito sea reconocitivo o dispositivo, en cada circunstancia en que se encuentre: entre las partes o haya circulado.⁽¹²⁾

En consecuencia, no somos de la tesis que afirma que en los títulos valores en general, y particularmente en los títulos cambiarios (letra, cheque, pagaré), pueda válidamente faltar la causa;⁽¹³⁾ es decir, que haya títulos sin causa y que tal circunstancia no afecte su validez. Por supuesto que la causa puede faltar o estar viciada, pero ante tal situación la obligación contenida quedaría seriamente desvalida, porque la causa es requisito indispensable de toda obligación, y de esa generalidad no están eximidas las obligaciones comerciales, de las que las cambiarias son una parte.

En contra de lo antes dicho, parece estar Cervantes Ahumada, por ejemplo, al distinguir entre títulos causales y abstractos, afirma que son abstractos aquellos en los que la causa queda desvinculada de estos desde el momento de su creación y "...ya no tiene ninguna relevancia posterior sobre la vida de los títulos",⁽¹⁴⁾ lo cual reafirma cuando de seguido dice que será abstracto aquel título que "...una vez creado, su

(12) PAVONE LA ROSA, *op. cit.*, páginas 44 y ss. El autor da cuenta de la evolución de la doctrina italiana que, tradicionalmente apegada a la tesis monista del carácter de la letra (Asquini, Santini, Martorano, Spada, por un lado y Redenti, Carnelutti, Candian, Mazzone, Querci, Mossa y Ferri, por otro), a partir de la mitad de los años 50 ha ido girando su postura hacia la admisión del carácter más bien bivalente –causal-reconocitivo, y abstracto-constitutivo de la letra, según las circunstancias–, entre cuyos adherentes se encuentran Caiani, Scarpelli, Galgano, Lipari, D'Alessandro, Libertini, él mismo e incluso recientemente la Corte de Casación. Menciona particularmente el caso de FERRI, que recientemente ha reconstruido su posición inicial. GARRIGUES por su lado da cuenta de VIVANTE y WIELAND como adherentes del carácter causal y también abstracto de la letra y de BONELLI como defensor de su carácter enteramente abstracto, vid. GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*. T. I., Imprenta Aguirre, Madrid, 1976, páginas 790-791; y lo mismo hace PAZ ARES, Cándido. *Naturaleza Jurídica de la letra de cambio*, en **Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque**. Editorial Civitas, Madrid, 1992, páginas 109 y siguientes.

(13) Coincidimos con CERTAD. *Los requisitos...*, página 58.

(14) CERVANTES AHUMADA, Raúl. *Títulos y Operaciones de Crédito*. Editorial Herrero S.A de C.V., México D.F., 1984, página 30.

causa o relación subyacente se desvincule de él y no tenga ya ninguna influencia ni sobre la validez del título ni sobre su eficacia...”⁽¹⁵⁾

La causa no solamente debe existir al momento de su creación sino que además no se desvincula del todo del título durante su existencia: tanto debe existir causa, y una que sea justa, que los resultados del examen de esta pueden hasta frustrar la acción cambiaria en las relaciones entre librador y tomador o entre endosante y endosatario,⁽¹⁶⁾ como veremos más adelante. A lo sumo, cierta ficción desvinculatoria de la causa ocurre cuando el título circula, que es un perfil de abstracción, pero es precisamente eso: una ficción que ocurre solamente una vez que el título cambia de manos, y nunca desde su creación como lo afirma Cervantes Ahumada.

Ya dijimos que la causa, es requisito civil indispensable de la contratación (Código Civil, arts. 627 inc. 3), y 1007). La tesis de la falta de causa, usualmente alegada en sede judicial para evadir el examen de la relación subyacente o negocio causal, más bien terminaría de obrar en contra de la letra de cambio, porque si así fuera se tornaría inválida la emisión del documento, cuyo cobro entonces sería ilegítimo por carecer de causa sustentativa. Esa invalidez resultante por “falta de causa” se obtiene del art. 627 precitado, *sensu contrario*: “Para la validez de la obligación es esencialmente indispensable: 1.-... 3.- Causa justa.”

Resulta sin duda alguna entonces que toda atribución patrimonial debe estar sustentada por una causa, y en particular por una causa justa. Del fundamento que da esta piedra angular en el derecho contractual no se eximen ni siquiera las obligaciones cambiarias. Causa justa quiere decir que sea lícita, que no sea contraria a la ley, el orden público o las buenas costumbres (art. 805 del Código Civil).

Se sigue de lo que hasta aquí decimos que no es correcto afirmar que la causa de los títulos valores cambiarios resida en el título mismo, pues no hay título sin relación subyacente, que es su causa. En este erróneo concepto, incuriría alguna jurisprudencia que hoy parece estar superada, como veremos más adelante:

(15) *Ibidem*.

(16) Ver PAVONE LA ROSA, *op. cit.*, página 48, nota del traductor, cuando afirma que “...entre los sujetos de la relación fundamental la eficacia del título está condicionada a la existencia de una relación subyacente válida.”

“Si de acuerdo con el principio de autonomía de que están revestidos, en general, los títulos valores, comprendidos en ellos los constantes en pagarés, *la causa de la obligación reside en el título mismo*, en el presente caso no puede discutirse nada en cuanto a la causa de la obligación constante en ese pagaré...”⁽¹⁷⁾ (la cursiva es nuestra).

2. LA CAUSA IMPLICITA Y LA PRESUNCIÓN DE LA CAUSA

Ahora bien, por otra parte, ciertamente la letra no hace mención de la causa, pues por el principio de autonomía, no necesita de esa mención para existir; los requisitos formales de la letra no exigen mención de la causa de emisión; pero como se ve, tal cosa no significa que no la tenga.⁽¹⁸⁾

No es que la literalidad o cierto tipo de abstracción puedan cubrir la falta de causa ni la causa ilícita.⁽¹⁹⁾ Parafraseando a MUÑOZ: los títulos valores no nacen por generación espontánea, alguna causa han de tener. En idéntico sentido opina GARRIGUES cuando dice que “Ninguna obligación cambiaria se funda sólo en una relación estrictamente cambiaria.”⁽²⁰⁾

Ahora bien, para efectos procesales, el artículo 373 del Código Procesal Civil establece, en las obligaciones constantes en documentos,

(17) Tribunal Superior Contencioso Administrativo, resolución No. 3781 de las 10:10 hrs. del 24 de enero de 1980, en ejecutivo del B.N.C.R. contra M.C.V.M. y otro.

(18) “El negocio abstracto no está desprovisto de causa. Todo negocio debe llenar este requisito. A lo sumo puede aceptarse, dentro de un concepto más restringido, que hay una zona en la cual la voluntad soporta límites insuperables, se trata de negocios en los cuales la causa señala un esquema negocial rígido, rigurosamente determinado por la norma, de acuerdo a la función del negocio y a los intereses que trata de realizar.” UMAÑA ROJAS et. al. *Op. cit.*, página 277.

(19) MUÑOZ, Luis. *Títulos Valores Crediticios*. Editorial Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1973, página 216.

(20) GARRIGUES. *Op. cit.*, T. I., página 786.

el principio de presunción de la causa, y de una causa apegada a derecho. Presunción que se sostiene mientras el deudor no alegue lo contrario, en cuyo caso pesa sobre el acreedor el *onus probandi* de existencia y licitud de la causa, a cuyo efecto el mismo documento servirá como principio de prueba por escrito.⁽²¹⁾ Este perfil de la abstracción de la causa lo llamamos *abstracción procesal*, y opera incluso *inter partes*.

Sin embargo, a partir de la presunción de la causa no se puede afirmar la acausalidad o abstracción como una cualidad innata de la letra. Probablemente el equívoco de afirmar la ausencia de causa en los títulos cambiarios tenga una razón histórica: el contrato de cambio de los siglos XII y XIII es típicamente un documento *confessionati*: se trata de una afirmación (*confessio*) vertida ante un escribano de haber recibido una determinada cantidad y el compromiso correspondiente (*promissio*) de efectuar a la contraparte la prestación respectiva en dinero o especie. La causa por ningún lado se mencionaba en estos documentos *confessionati*, y la prestación se debía al margen de la demostración de justa causa.⁽²²⁾

En atención a los efectos prácticos, hay que preguntarse cuáles son los términos del alegato de vicio o ausencia de causa del deudor que son suficientes para obligar al acreedor a probar su existencia y licitud. Es decir, cómo es que se hace desaparecer esa presunción. Dicho de otro modo, ¿será suficiente la mera negación de la existencia o licitud de la causa?

En nuestra opinión, el alegato de inexistencia o vicio en la causa debe acompañarse de prueba suficiente que desvirtúe la que ya implica el documento mismo en que la obligación consta, que es —en sí mismo— principio de prueba por escrito de la causa. Es decir, el deudor debe alegar y, a consecuencia del principio general de que quien alegue una acción o intente una excepción debe demostrar en qué se basa (art. 317 inciso 2) del Código Procesal Civil), también debe probar apropiadamente su dicho. Hecho esto, al desvirtuarse la existencia y licitud de la causa por la prueba del alegato del deudor, el cobijo favorable al acreedor que implica la presunción decaería entonces, y así es como queda sometido a comprobar aquello que antes se presumía en su favor.

(21) DE CASTRO Y BRAVO expone la evolución que el tema ha tenido desde la época romana, *op. cit.*, págs. 236 y ss.

(22) PAVONE LA ROS, *op. cit.*, página 18.

Ahora bien, si es cierto que la letra no necesita mención de la causa para operar válidamente como título valor, es oportuno preguntarse qué sucede si pese a ello la menciona. Al respecto se ha pronunciado el Tribunal Superior Contencioso Administrativo, respecto de la mención del negocio subyacente en un pagaré, en el siguiente sentido:

“...Examinando el documento base –pagaré– debe determinarse que sí resulta apto a los fines de dar curso a la demanda y dictar las medidas concernientes a este tipo de proceso, porque en toda obligación se presume la causa y ciertamente resulta innecesaria su indicación, pero el hecho de que se haga constar en modo alguno altera la naturaleza del documento...”⁽²³⁾

Aunque el resultado final es similar, a nuestro juicio una respuesta más precisa debería darse en términos de cuánto afecte esa mención de la causa la validez del título; si de esa mención no se extrae que el negocio básico contradice los términos de título cambiario o que la convención ejecutiva –acuerdo de entrega– no legitima la tenencia actual del título, éste no tiene por qué verse afectado. Así, una mención de la causa, en sí misma inocua, podría eventualmente afectar el título si de ella se extraen elementos que afecten sus requisitos. Entonces no se puede generalizar diciendo que ninguna mención de la causa afecta la validez del título.

Acto seguido la cuestión que surge es si la mención de la causa afectaría la circulación cambiaria del título. Es decir, si quien adquiere el título asume uno que es abstracto, o bien la abstracción ya no opera en su favor en virtud de la mención expresa del negocio que dio origen a la obligación cambiaria que adquiere. Nos inclinamos a pensar que la mención de la causa en el título opera como un impedimento a la abstracción del mismo, pues la literalidad del documento impide al tercero alegar buena fe respecto de su ajeneidad del negocio subyacente, que es el requisito primario de la abstracción, una vez sentada la circulación.

(23) Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Segunda, resolución No. 286 de las 10:00 hrs. del 4 de julio de 1991, en proceso ejecutivo de I.N.V.U. contra I.M.E.S.A.

3. EL CONCEPTO DE ABSTRACCION

Si hablamos de negocio acausal, abstracto, realmente esto sólo es frente a terceros de buena fe y como un efecto de la protección que el derecho dispensa para tutelar la seguridad en el tráfico de los títulos.⁽²⁴⁾ Es decir, se trata simplemente de una ficción protectora de la vocación circulatoria del título. Es una creación jurídica destinada *a poner a salvo al tenedor de buena fe* –y exclusivamente a él– de los intrínquilis del negocio que dio origen a la letra. Como se ve, este tipo de abstracción, más allá de aquel que tiene carácter procesal y que operaría incluso inter partes, tiene un carácter personal y va en beneficio deliberado de la circulación.

La Sala Primera de la Corte se expresa en términos similares a lo que acabamos de decir:

“En los títulos abstractos, como la letra de cambio y el pagaré, se opera una desvinculación de la relación fundamental o negocio originario y los documentos circulan desprendidos del negocio originario. En ellos las obligaciones cartulares son abstractas, lo que no implica que no hayan nacido con base en alguna causa, sino que el legislador lo ha sistematizado como si no tuvieran causa, con el fin de facilitar su circulación y proteger los derechos de poseedores de buena fe.”⁽²⁵⁾

Expuesto esto, entendemos entonces que en materia cambiaria se escucha hablar de negocio acausal o abstracto en más de un sentido.

Ahora bien, la abstracción en busca de la cual andamos es aquella que desvincula al título de la causa que lo originó, y esa un perfil personal de la acausalidad, pero no un carácter inmanente de ésta, pues tiene lugar solamente bajo determinadas circunstancias: circulación que pone el título en manos de un tercero.

(24) GARRIGUES, *op. cit.*, T. I., páginas 789 y ss.; y en idéntico sentido PAVONE LA ROSA, *op. cit.*, páginas 19 y 76.

(25) Sala Primera de Corte Suprema de Justicia, resolución No. 278 de las 15:20 hrs del 26 de abril del 2000 en proceso ejecutivo de C.A.C.T. contra la C. A. de la C. S. C. de T. y otros.

Abstracción y atipicidad

Puesto que en los contratos típicos el esquema negocial está fijado de antemano por la ley (v.gr.: compraventa, arrendamiento, mandato), y su causa se considera suficiente, se dice que son atípicos aquellos en que hay ausencia de expresión de la causa o sea abstractez.⁽²⁶⁾ En sentido contrario, se ha dicho que son obligaciones causales aquellas para las cuales existe una específica causa de la promesa, o sea, determinada razón jurídica.⁽²⁷⁾

Este paralelismo entre abstracción y atipicidad tampoco acierta. No acierta porque la insensibilidad del crédito cartular a los problemas de la causa también tiene lugar tratándose de declaraciones cambiarias típicas –causales– como ocurre en el aval. La causa en el aval es obviamente la prestación de una garantía, y por lo tanto se le aplica la disciplina reguladora de tal relación negocial típica, aunque el avalista queda expuesto, en sus relaciones inter tertios, a la consabida inoponibilidad de excepciones derivadas de la causa del negocio fundamental.⁽²⁸⁾

Abstracción y negocio formal⁽²⁹⁾

Ya en el derecho romano la *stipulatio* permitía el nacimiento de obligaciones al amparo del seguimiento de determinada forma, consistente en una pregunta formulada de manera exacta y su correspondiente respuesta. Observadas las fórmulas prescritas, las obligaciones nacían y sus motivos, y aquello que nosotros llamamos causa, era sencillamente sin importancia.⁽³⁰⁾

(26) Para ampliar, DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, página 202 y ss., y página 205 y ss.

(27) MESSINEO, Francesco. *I Titoli di Credito*. Vol. I, CEDAM, Padova, 1964, pág. 140.

(28) Véase para ampliar PAVONE LA ROSA, *op. cit.*, páginas 75-80.

(29) DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, página 290.

(30) Véase para ampliar ARIAS RAMOS et.al., *op. cit.*, páginas 114-115. Detallan estos autores que la sencillez casi esquemática de este contrato

La letra de cambio, que es rigurosamente formal, requiere para su existencia válida del seguimiento estricto de los requisitos legales, mismos que de observarse cumplidamente importan el nacimiento de obligaciones para sus suscriptores, no importando en principio si así se lo propusieron o no. Así, quien firma aceptando, se coloca en la posición de principal obligado, y quien suscribe como avalista, lo es con el rigor exorbitante que esta garantía conlleva. Los rasgos de la *stipulatio* parecen estar presentes en la letra de cambio.

Esta dinámica que permite el surgimiento de obligaciones a partir de la observancia de determinadas formas, ha conducido a afirmar que la letra, en cuanto es negocio formal, es entonces un negocio abstracto.

Pero a nuestro juicio la solemnidad de las declaraciones cambiarias, en busca de seguridad para los que ella intervienen, no conduce en sí misma a la abstracción. La formalidad es más bien un vehículo de la abstracción, por el cual la observancia de la forma impuesta por ley deviene suficiente para la existencia de la obligación sin que sea necesaria la mención de la causa –autonomía, abstracción procesal– y sin que el deudor pueda oponer al tercero de buena fe excepciones derivadas de la causa –abstracción personal–.

Es decir, la formalidad al mismo tiempo que impone al deudor la gravedad de la obligación que está por asumir, anuncia las ventajas a efectos de la circulación, de la obligación contenida en el documento.⁽³¹⁾

Pero, como sabemos, la formalidad no conduce por sí sola a la abstracción, pues no hay abstracción sin circulación. La abstracción es una figuración que adquiere eficacia sólo en cuanto la letra circule efectivamente, mientras que si permanece entre las partes del negocio precedente, aunque sigue siendo de rigurosa observancia la forma, la letra no puede decirse abstracta sino más bien causal.

la hizo adaptable a gran variedad de finalidades y fue muy difundida. El interrogatorio oral era muy simple: por ejemplo: ¿“Spondes mihi centum dari?”, inquiría el acreedor –stipulator-, y la respuesta del deudor –promissor– era aceptando: “Spondeo”, o bien más simplemente “¿fideipromittis?, fideipromitto; ¿dabis?, dabo; ¿facies?, facio.” Véanse al respecto páginas 584 y ss.

(31) Para ampliar, MESSINEO, *Manual de Derecho...*, T. VI, Relaciones Obligatorias Singulares, página 377.

En el antiguo derecho romano, como explican ARIAS RAMOS y ARIAS BONET, la *stipulatio*, negocio en el que las partes preguntaban y respondían de una manera prefijada y exacta, permitía la existencia del contrato por el cumplimiento de esa formalidad, por lo cual lo que hubiera dentro de aquella promesa era indiferente para el derecho objetivo. Pero estos autores agregan: “Claro es que ello no significa que en el negocio jurídico formal o abstracto, la causa no exista. En la *stipulatio* nadie prometía por prometer, vacío de motivos... por otra parte, esa indiferencia de la ley ante el motivo próximo en el negocio abstracto es muy relativa y más bien aparente, porque lo que sucede es que esos negocios formales suelen ser parte o elementos de negocios causales más complejos.”⁽³²⁾

– **Perfiles de la abstracción**

– ***Abstracción en sentido procesal***

Ya adelantamos que se habla de abstracción en ocasiones para referirse a la presunción de la causa: a este perfil lo denominamos abstracción en sentido procesal, porque no desvincula la causa de la letra, y ni siquiera es requisito de su operatividad la circulación del título.

La abstracción procesal es el sentido de la abstracción más frecuentemente aludid.⁽³³⁾ Esta opera en sentido presuntivo, porque implica el acreedor, ya sea el tomador o un bien un tercero, no está obligado a probar la causa, como tampoco el título requiere contener mención de ella para ser válido.⁽³⁴⁾ Es decir, la causa, y particularmente una que sea justa, se presume, y es el obligado cambiario el llamado a deshacer esa presunción de causa justa –que es uno de los significados de la abstracción– por medio de prueba suficiente. No se requiere entonces que el acreedor, cualquiera que sea, demuestre la existencia y justificación de la causa por la que exige el pago de la obligación cambiaria, porque en todo caso no es la obligación causal la que exige

(32) *Ibidem.*

(33) Aquí seguimos conceptos de DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, páginas 290-291.

(34) Así por el artículo 373 del Código Procesal Civil.

sino la cambiaria –aunque sea el tomador–, en cuyo tenor no se le menciona y la prueba del vicio o inexistencia de la causa está inicialmente a cargo del demandado (art. 835 del Código Civil).

– ***Abstracción en sentido funcional***

Dijimos que el negocio cambiario sirve para contener en sí diversas causas, ya se le considere a esta causa-función, causa-resultado o bien causa-finalidad; entre otras, las causas a las que la letra sirve pueden ser *credendi, solvendi, donandi*. Esta atipicidad del negocio cambiario conduce a llamarlo abstracto, pues es capaz de servir para buscar finalidades diversas y muy dispares. Algo de esto adelantamos cuando hablamos de la función ejecutiva o complementaria del negocio cambiario, que es secundario.

Por ello se dice que el negocio cambiario tiene causa indiferente, neutra, atípica, insensible o fungible, y en ese sentido esa abstracción es solamente *funcional*, porque alguna causa ha de tener siempre y entonces este sentido de la abstracción ni lo exime ni lo desvincula de la causa.⁽³⁵⁾

– **La abstracción como inoponibilidad de excepciones: abstracción personal**

Pero la abstracción que excluye el examen del negocio causal tiene otro carácter. El sentido excluyente de la abstracción cambiaria significa que cuando la letra se encuentra en manos de un tercero, obviamente ajeno a la relación subyacente, lo que ocurre es que las excepciones derivadas de ésta le son *inoponibles* por el deudor. En otras palabras, el tercero está excluido de responder a las excepciones derivadas la causa. Es decir, el sentido excluyente de la abstracción cambiaria implica *ajeneidad* del tercero respecto de las excepciones derivadas de la causa; esto se reduce a inoponibilidad.

De lo expuesto se comprende que ya que toda obligación válida debe sustentarse en una causa justa, la abstracción no es otra cosa que una ficción, un artificio, por la que se prescinde momentáneamente de la causa como requisito esencial del negocio, y esto ocurre únicamente cuando la letra circula. Es decir, tiene un carácter personal.

(35) En el mismo sentido de la exposición puede verse MESSINEO, *ibid. ult. cit.*, página 376 y PAZ ARES, *Naturaleza Jurídica...*, páginas 186 y ss.

La abstracción es un intento de independizar el efecto jurídico de las vicisitudes o defectos del negocio, y que su *destinatario* no sufra sus consecuencias.⁽³⁶⁾ La consecuencia de la ficción es enteramente práctica: se desea facilitar y asegurar la adquisición de ciertos derechos, sustrayéndolos a algunas excepciones que el deudor podría intentar, a cuyo efecto se desvincula la causa de la obligación contenida en el documento.⁽³⁷⁾ Ese es el sentido de la abstracción contenida en el artículo 668 del Código de Comercio, cuando impide oponer al poseedor excepciones personales derivadas de la relación del deudor con precedentes poseedores.

Es en este sentido que se dice que la letra es abstracta; porque aunque deriva necesariamente de una relación fundamental que es su causa, la verdad es que la obligación en ella contenida no va dirigida a la persona con la que el deudor se encuentra relacionada en la relación causal, sino a cualquier poseedor de la letra, incierto y futuro: un tercero, y respecto de este se trata de una obligación distinta de la causal. Ese es el sentido de la abstracción *cambiaria personal*. Así, entonces el deudor cambiario no puede sustraerse a la obligación contraída invocando aspectos de la relación causal, que es extraña, es decir, ajena al tenedor sucesivo. La abstracción opera *inter tertios*.

Más claro todavía: la abstracción opera no como una característica ínsita de la letra, sino más bien a consecuencia de su circulación efectiva.⁽³⁸⁾ De ahí el carácter bivalente de la declaración cambiaria: causal entre las partes, y abstracta cuando circula.

(36) UMAÑA ROJAS, et al., *op. cit.*, página 277.

(37) En este sentido también MESSINEO, *ibid. ult. cit.*, pág. 376.

(38) Por su parte, se afirma: "*l'insensibilità non è cioè l'effetto del carattere di circolabilità impresso al titolo dall'emittente, ma è l'effetto della sua effettiva circolazione ed è effetto che si determina purchè la circolazione risponda ad un effettivo interesse dell'acquirente e non sia un mero schermo artificialmente creato al fine di impedire la reazione prevista dall'art 1988 c.c.*" FERRI, Giuseppe, La Teoria "Realista" dei Titoli di Credito, en **Estudios Jurídicos en Homenaje a Joaquín Garrigues**, T. II, editorial Tecnos, Madrid, 1971, página 318.

Al respecto, el Tribunal Superior Primero Civil de San José ha dicho:

“CONSIDERANDO II.- La parte actora, presentó al cobro, como fundamento de su pretensión, siete letras de cambio, todas endosadas a su favor.- *Al haber circulado esos documentos, el negocio causal entre deudora y acreedora original no es posible analizarlo.*”⁽³⁹⁾ (la cursiva es nuestra).

Esta “inoponibilidad de excepciones causales *inter tertios*”, que expresa mejor el contenido específico de la abstracción cambiaria en la ruta de la ejecución del crédito que contiene, es sin embargo, también relativa, como relativo era también –como vimos– el perfil presuntivo de la abstracción. La relatividad consiste en que la inoponibilidad perdura mientras la adquisición del título por parte del actual tenedor no sea atacada con éxito en virtud del reclamo del deudor de que ha sido hecha para causarle daño. Esto es, la inoponibilidad de excepciones derivadas de la relación causal subsiste en el tanto no aparezca en escena, actuando con éxito, la *exceptio doli*.⁽⁴⁰⁾ Así lo contempla el tenor del artículo 668 del Código de Comercio cuando expresa: “El deudor podrá oponer al poseedor del título solamente las excepciones personales que tenga directamente contra él. Podrá oponerle excepciones fundadas en relaciones personales con precedentes poseedores, *solo si al adquirir el título el poseedor hubiere actuado intencionalmente en daño del deudor mismo.*”

Recapitulando, la abstracción de la causa es una ficción, una figuración jurídica, por la que estando la letra *inter tertios*, se torna ajena la causa que le dio origen. Como han explicado, entre muchos, Garrigues y Pavone La Rosa, el propósito de esta ficción es facilitar y asegurar el tráfico cambiario, impidiendo la oponibilidad de excepciones derivadas de aquella causa (relación subyacente) frente a quienes no participaron en su formación. Es decir, es cuando la letra ha circulado que el derecho se vuelve insensible a la relación subyacente que le dio origen, y esta

(39) Tribunal Superior Primero Civil, resolución No. 98-R de las 8:25 hrs. del 26 de febrero de 1997, en ejecutivo de C. de C. R. Contra R. M. Q. J. En el mismo sentido puede consultarse la resolución 1122-L del mismo Tribunal, de las 7:40 hrs. del 15 de noviembre de 1995, dictada en ejecutivo de C. de C. R. contra M. Ch. U.

(40) Que no es lo mismo que la *exceptio mala fidei*, que se obtiene a partir del artículo 669-bis del Código de Comercio.

insensibilidad se manifiesta haciendo inoponibles –por la vía de excepciones– las vicisitudes del negocio causal por parte del deudor frente al acreedor.

En este mismo sentido de la abstracción se expresa el Tribunal Superior Primero Civil cuando dice:

“El documento aportado como fundamento de esta demanda sumaria ejecutiva, lo es una letra de cambio que por sí sola reúne los requisitos legales necesarios para ser título ejecutivo. Sin embargo, la jurisprudencia reiterada de este Tribunal, ha establecido que atendiendo a la oposición del demandado, y en aquellos casos en que el documento, título valor, no ha circulado; esto es, que no ha sido transmitido a terceras personas, el negocio subyacente se puede analizar y determinar las circunstancias, condiciones y razón de la expedición del documento, el negocio jurídico que dio origen a su emisión. Todo lo cual no podría analizarse cuando la letra ha circulado, porque conserva su independencia del negocio que le dio origen por ser un derecho abstracto...”⁽⁴¹⁾

Recientemente, PAZ ARES refiriéndose al moderno derecho cambiario español, con singular precisión reduce estos razonamientos que explanamos diciendo que la Ley Cambiaria española “...separa analíticamente la causa del supuesto de hecho negocial desde el momento en que la letra circula y pasa a manos de terceros. La razón de esta “separación” radica pues, exclusivamente, en el destino circulatorio del título, en su suscripción “a la orden”⁽⁴²⁾

Por eso es que en este sentido, cuando se habla de acausalidad de la letra frente a terceros, se le denomina externidad de la relación causal: ajeneidad del tercero respecto de la relación de donde derivan las excepciones causales que esgrime el deudor.⁽⁴³⁾

(41) Tribunal Superior Primero Civil, resolución No. 784 de las 7:40 hrs. del 8 de junio, en proceso ejecutivo de T.I.S.A. y otra contra C.M.L.J.

(42) PAZ ARES, *Naturaleza Jurídica...*, página 204.

(43) PAZ ARES, *ibidem*, página 205.

El efecto de la circulación sobre la oponibilidad de excepciones causales ha sido reconocido también por la Sala Primera de la Corte cuando, frente a una excepción de incompetencia por razón de la materia, desestimó el reparo por haber circulado el documento, así:

“CONSIDERANDO:

II.- Con este proceso se pretende el cobro de una letra de cambio suscrita por los demandados a la orden de Costafrut L.C., por un monto de \$125.000.00 y que posteriormente se endosó a favor de Costafrut S.A. (folios 1 y 2). A tal efecto, se solicita el embargo de los cultivos producidos por los demandados en la zona de Parrita, de los fertilizantes, materiales agrícolas, maquinaria, material de empaque, y mobiliario de oficina que se encuentre en el terreno. Aunque el embargo solicitado recaiga en su mayoría sobre objetos propios del quehacer agrario, *por haber circulado la letra de cambio, surgen los principios de literalidad y autonomía que cobijan a los títulos valores y imposibilitando analizar la relación subyacente que sirve de fundamento inicial*, por lo que procede aprobar la resolución consultada. Por lo demás, en la letra no consta el origen ni el destino del crédito.”⁽⁴⁴⁾ (la cursiva es nuestra).

Podemos objetar solamente la afirmación de que es a partir de la circulación que surgen la literalidad y la autonomía, que en nuestro criterio estuvieron siempre presentes. Lo que ocurre es que cuando circula, la causa es externa al título, y en ese sentido la abstracción acude en refuerzo de la literalidad del mismo, al impedir que convenciones ajenas a este la afecten.

Es factible sintetizar el sentido correcto de la abstracción cambiaria, su sentido personal, diciendo que se trata de una ficción

(44) SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, resolución de las 14:45 hrs. del 20 de agosto de 1997, dictada en el proceso ejecutivo simple establecido por Costafrut S.A. contra C. M. R. y otro. El Juzgado Primero Civil de San José denegó la excepción de incompetencia por razón de la materia interpuesta por el demandado, quien inconforme apeló, por lo que se elevó en consulta a la Sala.

jurídica que, por la vía de la inoponibilidad de excepciones, protege el tercero de buena fe de las vicisitudes del negocio causal. Es decir, es *inter tertios*, que la letra actúa insensiblemente a la causa que le dio origen, precisamente para proteger la circulación del título.

4. CARACTERES DE LA CIRCULACION CAMBIARIA PARA CONFIGURAR ABSTRACCION

La inoponibilidad *inter tertios* de excepciones originadas en el negocio causal exige como condición *sine qua non* delimitar el concepto de circulación a consecuencia de la transmisión.

Circulación efectiva la entendemos como aquella que pone el título en manos ajenas al círculo causal. Puntualizando: no por muchos endosos la letra necesariamente circula, si es que termina en poder de uno que está vinculado al negocio causal. Tenemos también que, por otra parte, un endosante está vinculado al sucesivo endosatario —como es obvio—, y entre ellos la letra no ha circulado, o mejor dicho, la circulación de la letra es, respecto de ellos, irrelevante, pues requiere que caiga en manos de un tercero respecto de quienes se hallaba, para hablar de circulación.

La delimitación del concepto de circulación puede abordarse desde dos perspectivas: una real y otra formal.

Perspectiva real de la circulación

Desde el punto de vista real no habrá circulación cuando la transmisión de la letra no la coloque en manos de un tercero; es decir, cuando la letra no vaya a caer en manos de un sujeto que sea ajeno al negocio que le dio origen. No importa cuantos endosos —transmisiones— evidencie el título, el último debe ponerla en manos de un tercero, de lo contrario no habrá circulación.

Ahora bien, la condición de tercero requiere del análisis previo de la independencia y autonomía material —no sólo formal— de sus intereses; cuestión que siempre será particular e individual. Sin entrar en casuismos extenuantes, digamos por ejemplo que en el endoso de una letra a una sociedad representada por el endosante, no parece haber circulación cambiaria, porque el tercero no ostenta independencia y autonomía

material –no solamente formal– de intereses respecto del endosante. Lo mismo habría de decirse de empresas relacionadas entre sí, tal y como lo ha sentenciado el Tribunal Superior Primero Civil de San José:

“Los documentos fueron endosados a la actora D.C.D.C. S.A. y normalmente, cuando el documento ha circulado no es posible analizar el negocio causal que dio origen a los documentos. Sin embargo, en autos se demostró, en virtud de la prueba confesional pedida a los personeros de la actora, y a la cual no concurrieron los confesantes, por lo que se les tuvo por confesos conforme a lo dicho en el considerando primero, que la primitiva acreedora y la actual actora, *ambas forman parte de una agrupación societaria con un mismo interés económico, por lo que la adquirente conocía la causa y garantía del contrato de descuentos de facturas por lo que en esas condiciones si es posible el análisis de esa relación subyacente que dio origen a la emisión de los documentos al cobro.*”⁽⁴⁵⁾ (La cursiva es nuestra).

En ese mismo sentido, probablemente tampoco el endoso entre cónyuges sea óptimo para configurar “circulación cambiaria”, puesto que la comunidad e integridad conyugal impide distinguir entre los intereses de cada miembro.

Por otra parte, cuando la letra suscrita en las ventas masivas al detalle se descuenta con una entidad profesionalmente dedicada al negocio, que este último alegue desconocimiento del negocio causal parece improbable, con lo cual desaparece la buena fe que debe subyacer en la independencia y autonomía de intereses. En pocas palabras, la ajeneidad respecto del círculo de origen de la letra deriva no solamente de que quien reclame la condición de tercero alegue ser persona distinta de quienes lo integraron, sino también de la verdadera independencia y autonomía material de intereses, examinable caso por caso.

(45) Tribunal Superior Primero Civil, resolución No. 963-L de las 8:10 del 8 de octubre de 1997, en proceso ejecutivo de D.C.D.C. contra C.L.S.A.

Desde esta perspectiva, no es posible compartir el sentir del Tribunal Superior Civil del año 1975 cuando afirmaba, frente a una transmisión que en apariencia era solo figurativa, lo siguiente:

“Si la parte demandada alega...que el verdadero exdueño de la obligación hizo endoso de la misma a una sociedad fantasma y ésta a favor de su esposa para burlar los procedimientos de insolvencia que se siguen contra el endosante, no puede enervar dicho alegato la presente ejecución, pues no puede perderse de vista que el pagaré...está gobernado por los conocidos principios de autonomía y literalidad, de tal suerte que el hecho invocado por el recurrente, en nada impide al actor para cobrar la obligación.”⁽⁴⁶⁾

El subjúdice evidencia el reclamo del demandado en el sentido de que la transmisión del título en el fondo no implicaba circulación, debido a la identidad de intereses entre las partes. Sin embargo, el alegato fue desestimado al amparo de los principios de autonomía y literalidad, ninguno de los cuales en verdad puede servir de cobertura a la circulación figurada, falsa, para impedir la invocación de excepciones derivadas del negocio causal. Ni la literalidad ni la autonomía pueden, decía MUÑOZ, encubrir la falta de causa o la causa ilícita; y obviamente ninguno de estos principios sirven para convalidar una transmisión que no implica verdadera circulación.

Puesto que hemos venido aludiendo al concepto de tercero como elemento indispensable para que la transmisión de la letra implique circulación cambiaria, un tópico de radical importancia es definir también quiénes son parte de la relación subyacente, entendido que todo aquel que no aparezca con intereses relevantes en ese negocio, tendría aptitud para ser entonces tercero cambiario. Al respecto, conviene traer a colación un caso examinado judicialmente en el cual la letra se emite a la orden de una parte, que no es la misma con la que ocurre la relación subyacente; es decir, aquel con quien se dio el negocio base no aparece mencionado en la letra.⁽⁴⁷⁾ El librado se opone a la ejecución cambiaria

(46) Tribunal Superior Civil, resolución No. 702 de las 14:00 hrs. del 27 de agosto de 1975, en ejecutivo de O.B.C. contra E.P.C.

(47) La citas corresponden al TRIBUNAL SUPERIOR PRIMERO CIVIL resolución No. 258-R, de las 16:00 hrs. del 4 de abril de 1997, en ejecutivo simple de A. V. Contra R. I. S. A.

porque estima que no hubo entre él y la acreedora relación negocial alguna y el Tribunal consideró lo siguiente:

“El argumento fundamental que esgrime el señor P. R., personero de la sociedad demandada R. I. S. A. y avalista en su condición personal, es que no ha habido ninguna relación jurídica con el actor. Resulta extraña esta afirmación puesto que él aceptó las letras de cambio en las que aparece como acreedor precisamente el actor señor A. V. La relación jurídica en este caso es entonces así: acreedor el señor V., y deudora la sociedad R. I. S. A...”

Está claro que efectivamente hay una “relación cartular” constante en la letra entre la sociedad deudora y el tomador, pero lo que la sociedad demandada reclama es que en el trasfondo de esa relación cartular no hay ninguna relación subyacente entre las partes, lo cual equivale a falta total de causa. La relación cartular en sí misma no demuestra la relación subyacente, como parece entenderlo erróneamente el Tribunal. Recordemos a GARRIGUES: “Ninguna obligación cambiaria se funda sólo en una relación estrictamente cambiaria.”⁽⁴⁸⁾

De seguido continúa diciendo el Tribunal:

“...Por tratarse de un título valor prevalecen las características de literalidad y autonomía. Esto quiere decir que si el título se transmite, no es posible analizar la relación jurídica subyacente...”

Como sabemos, en realidad la imposibilidad de analizar la relación jurídica subyacente no nace ni de la literalidad ni de la autonomía, sino de la abstractez en sentido personal, que surge de la circulación.

Sigue diciendo el Tribunal:

“...Por el contrario, cuando el título no circula, sí es posible analizar dicha relación debido a que la relación jurídica se mantiene entre las partes. En el caso que nos ocupa ninguna de las letras aportadas con la demanda ha sido endosada, razón por la cual sí es posible el análisis de la relación subyacente...”

(48) GARRIGUES, *op. cit.*, T. I., página 786.

Efectivamente, la no circulación posibilita el examen del negocio precedente. Lo que interesa es definir cuáles son las partes de la relación jurídica subyacente.

De inmediato, dice el Tribunal lo siguiente:

“...No obstante, esa relación consiste en una contratación con un tercero: la sociedad N. S. P. A. y de consiguiente no es posible su análisis. Esa imposibilidad se presenta por la circunstancia de que aquella contratación lo fue con un tercero; su análisis significaría tomarla en cuenta en el proceso sin haber sido parte, con lo cual podría además producirse indefensión. Para que sea posible el análisis de la relación subyacente es necesario que ésta se haya producido entre las partes originales que se mencionan en el título aportado, lo cual no es lo que ocurre en este caso...”

Si efectivamente el negocio entre la sociedad librada y N.S.P.A. es completamente ajeno a la emisión de la letra, ¿cuál es la causa de emisión de esta?

Considerar que ese negocio es externo a la letra, deja sin causa la letra. Lo anterior a menos que se afirme que la “relación jurídica” que le da origen está explícita en la letra misma, como se afirma al principio del considerando al decir *“La relación jurídica en este caso es entonces así: acreedor el señor V., y deudora la sociedad R. I. S. A...”*

Las afirmaciones del fallo implican tomar la obligación cartular –la declaración de deuda– por la causa de la obligación cartular –el fin a que la declaración de deuda sirve, ejecuta o desarrolla–. Además, lo que interesa a efectos de revisar la relación causal, es que la letra no haya circulado –como en efecto sucede en este caso– y no que las partes de la relación subyacente y las de la relación cambiaria sean las mismas. El nexo entre relación de valuta y obligación cartular lo brinda la *no-circulación* de la letra, no la identidad de todas las partes.

Dicho con respecto, no dudamos de que en este caso la causa de emisión de la letra es aquel negocio entre N.S.P.A. y la sociedad deudora, porque si no fuera así, la letra a favor de A.V. carecería por completo de causa. Ese es el *fin al que la letra sirve*, por lo tanto esa es su causa.

Como la letra no ha circulado, la causa de emisión es revisable, aunque de su análisis surjan sujetos que no figuran en la letra.

Perspectiva formal de la circulación

Por otra parte, la circulación debe tener carácter cambiario. Esto es, de aquel tipo que coloca al *accipiens* como un sujeto no expuesto a la problemática causal precedente, lo cual es un régimen de excepción de la circulación de los créditos. Esta clase de circulación es la tutelable en punto al tráfico cambiario. Es decir, no es cualquier circulación la que el derecho cambiario protege, sino aquella específica y particularmente típica de los títulos que incorporan créditos. Los modos de transmisión no cambiaria no cubren al *accipiens* de la exposición al reclamo de irregularidades del negocio subyacente; entre estas destacan la cesión ordinaria, la sucesión *mortis causa*, la adquisición mediante remate judicial, la sucesión por venta, escisión o fusión de la empresa.

Desde nuestra óptica, la circulación cambiaria es, necesariamente, onerosa. El régimen de excepción de la transmisión cambiaria no parece tener razón de ser sino es para proteger la circulación onerosa de los créditos incorporados, para salvaguardar el patrimonio del tercero de buena fe que confía en la bondad del título que adquiere. La transmisión gratuita de la letra más parece un expediente para impedir la invocación de excepciones derivadas del negocio causal por el deudor, que un título natural de circulación cambiaria. Ningún perjuicio causa a quien recibe la letra a título gratuito la oponibilidad de excepciones de parte del deudor; no hay por qué ponerlo a salvo de ellas porque en nada se compromete su patrimonio.

Aparte de la onerosidad, en los títulos al portador bastará la entrega material al tercero para que la circulación se configure. En los títulos a la orden, la entrega material debe precederse del endoso, y este debe hacerse dentro del término válido para que surta los efectos de tal: antes del vencimiento o antes del protesto por falta de pago (art. 704 y 745 del Código de Comercio). Caso contrario, el endoso deja de producir efectos cambiarios y surte los efectos de la cesión ordinaria.

El endoso debe ser traslativo de dominio y la razón es sencilla: si no hay traslado del dominio (el endoso para el cobro del art. 700 del Código de Comercio, y el endoso en administración del art. 137 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores) el endosatario no es un tercero, y la

inoponibilidad de excepciones *inter tertios* no opera, porque no hay un interés tutelable que proteger. En esos casos, el interés del endosatario no es propio, sino que actúa en interés del endosante y entonces su interés no es autónomo ni diferente.

En el endoso en garantía, aunque la ley en principio lo pone a cubierto de las excepciones causales, el endosatario queda sin embargo expuesto a la *exceptio doli* (art. 700 *in fine* del Código de Comercio).

Por otro lado, el endoso debe ser total, pues el endoso parcial está prohibido (art. 698 del Código de Comercio), y al estarlo no merece tutela jurídica y entonces no es oponible al deudor para franquear las excepciones originadas en el negocio causal.

5. POSIBLES RESULTADOS DEL EXAMEN CAUSAL

El que desvirtúa el carácter ejecutivo del título

Que el examen de la causa sea suficiente para desvirtuar la fuerza ejecutiva de la letra, dependerá de que el resultado arroje evidencias de que alguno de sus requisitos esenciales falta o está viciado. En otras palabras, la pérdida de ejecutividad del título pasa primero por la desnaturalización de éste. Esto se obtiene de la combinación de los artículos 727, 728 y 783 del Código de Comercio, con el artículo 438 inc. 6) del Código Procesal Civil, que reconocen fuerza ejecutiva al título que sea letra cambio, no así, *sensu contrario*, al que carezca de ese carácter.

Hablando de la importancia del cumplimiento apropiado de las exigencias formales de la letra, al reiterar la sentencia No. 81 de las 15:50 hrs. del 5 de marzo de 1971, el Tribunal Superior Primero Civil de San José ha dicho:

“II.- Que la legislación comercial costarricense, al igual que la mayoría de los ordenamientos mercantiles foráneos, revisten a la letra de cambio de una serie de requisitos formales que, con carácter “*ad solemnitatem*” y no “*ad probationem*” dan a este particular título de crédito un carácter esencialmente formalista, en el interés de que pueda circular sin posibles dudas respecto de la naturaleza jurídica del título, como tal letra de cambio; se trata entonces de

requisitos y formalidades de cuya cabal existencia en el documento depende el surgimiento a la vida jurídica de la relación cambiaría... La forma constituye la propia esencia; faltando la forma o siendo defectuosa, el contenido carece del valor jurídico que se buscaba..."⁽⁴⁹⁾

Requisitos esenciales de la letra son los enunciados en el artículo 727 del Código de Comercio, uno de los cuales es, por ejemplo, que contenga el "mandato puro y simple de pagar una cantidad determinada".⁽⁵⁰⁾

De esta forma, si del examen de la relación subyacente se obtiene que al momento de emisión de la letra la suma debida no era determinada, estaremos en presencia de un caso en el que el resultado de la averiguación causal tiene como faltante un elemento indispensable de la letra, por lo que al desnaturalizarse ésta pierde entonces su cualidad ejecutiva. Así lo explana el Tribunal Superior Primero Civil del Primer Circuito de San José, al examinar una letra de cambio librada a propósito de servir de garantía a un crédito utilizable mediante tarjeta:

"I.- Se tienen por acreditados los siguientes hechos por parte del Tribunal por cuanto el a-quo omitió el considerando respectivo, lo cual no implica nulidad del fallo: 1)- Que la letra de cambio base de este proceso fue pactada en dólares, llevando además impreso el logotipo de VISA PREMIA y el número... el cual corresponde al estado de cuenta del demandado en custodia en este despacho...
II.- En este asunto apela el representante de la sociedad actora basa su inconformidad en que el endoso se ajusta a lo dispuesto por la normativa del Código de Comercio, además de que no hay duda que la letra se pactó en dólares por lo que la sentencia debe revocarse para declararse con lugar.

(49) Tribunal Superior Primero Civil, resolución No. 975 de las 10:05 hrs. del 1 de agosto de 1991, en proceso ejecutivo de E.J.B.C. contra R.A.S. y J.

(50) Se trata de una orden de pago, pues el término mandato no ha sido usado en su sentido técnico, sino más bien con la connotación de encargo y la cantidad por pagar debe ser dineraria, esto es, una suma de dinero.

Las razones por las que el a-quo rechaza este proceso no son las correctas, por cuanto está claro que la parte demandada se obliga a pagar dólares, en vista de ello la razón del rechazo de la demanda no es acertada. En este proceso aunque la letra se haya endosado, existe en la misma de acuerdo con el principio de literalidad que informa los títulos valores un vicio de forma el cual desnaturaliza la letra como tal, en el sentido de que no se firmó porque existía una deuda, sino que se emitió para garantizar la tarjeta de crédito N° ..., ello se desprende del logotipo que contiene el propio título que indica "VISA PREMIA", además del número del estado de cuenta del demandado, por ello la letra base de este proceso carece de rango de título ejecutivo constándole a la parte actora esa circunstancia a la hora del endoso, por ello se debe confirmar la sentencia desestimatoria, por estas razones, no por las que indica el a-quo en la sentencia."⁽⁵¹⁾

La orden de pago ha de ser "pura y simple", esto es sin condiciones. Si el examen de la relación causal arroja algún condicionamiento al que quedó sujeto el pago de la letra, nuevamente ocurre la desnaturalización y ello acarrea la pérdida del privilegio ejecutivo:

"Los demandados, recurren la resolución inicial que cursó la pretensión sumaria ejecutiva, por considerar que el documento base –letra de cambio– no es título ejecutivo porque se dio en garantía de cumplimiento de un contrato de construcción. Este reclamo se puede hacer con fundamento en el último párrafo del artículo 440 del Código Procesal Civil, que admite apelación del auto inicial únicamente

(51) Tribunal Primero Civil, Primer Circuito, San José, resolución No. 599 de las 8:15 hrs. del 5 de mayo de 1999, dictada en Proceso Ejecutivo de Procard de Costa Rica S.A., contra P.M.C. y otra. Hay más pronunciamientos en sentido similar: por ejemplo resolución No. 474-R de las 7:40 hrs. del 11 de junio de 1997; resolución No. 1058-R de las 8:15 hrs. del 29 de octubre de 1997 y resolución No. 1172-M de las 7:50 hrs. del 26 de noviembre de 1997.

cuando se alegue que el título no es ejecutivo. El actor reconoce en sus escritos presentados a los autos, que efectivamente recibió el documento al cobro como garantía de cumplimiento de un contrato de construcción. En esas condiciones el título perdió ejecutividad porque quedó condicionado a ese contrato de construcción, y por consiguiente no hay suma líquida y exigible porque se desconoce el resultado final de ese contrato. Esta demanda ni siquiera debió cursarse, porque el actor en el hecho tercero de la demanda así lo indica expresamente..."⁽⁵²⁾

La letra debe estipular un vencimiento de la obligación que contiene (art. 727 inc. d) del C. de Comercio), de aquellos que son posibles para este título, o sea los indicados en el artículo 758. Una vez más, el examen del negocio subyacente es capaz de hacer prueba sobre vicios en este requisito y por esa vía desnaturalizar la letra y quitarle su fuerza ejecutiva:

III.- ...En el caso que nos ocupa, se cobra un documento que contiene los requisitos previstos en el artículo 727 del Código de Comercio y en principio tendría fuerza ejecutiva a tenor de los numerales 438 inciso 6o. del Código Procesal Civil y 783 del Código Mercantil. Sin embargo, en este asunto la solución es diversa en virtud del contrato de crédito aportado por el mismo Banco actor con su escrito de contraprueba. Ese convenio, aún cuando no se encuentra firmado por el demandante, éste hace suyo el contenido al adjuntarlo como prueba y reconocer su existencia en el escrito de folio 36, lo que equivale a confesión extrajudicial y espontánea con base en el artículo 341 del Código Procesal Civil. El contrato de crédito constituye, sin lugar a dudas, la relación subyacente que originó la obligación al cobro, la que resulta analizable en esta vía porque el documento no circuló. Como lo admite el propio

(52) Tribunal Superior Primero Civil, resolución No. 778-L de las 7:40 horas del 28 de agosto de 1996. En sentido similar puede verse la resolución No. 505-E de las 7:35 hrs. del 18 de junio de 1997, y la resolución No. 533-E de las 7:40 hrs. del 25 de junio de 1997.

actor, ese convenio se suscribió el mismo día de la letra de cambio, y la cláusula G es clara al identificar el título: "Las obligaciones de este contrato se garantizan con la letra de cambio número 008 emitida el día 28 de setiembre de 1993". Esos datos coinciden con el documento al cobro, y la forma de pago pactada lo es a tractos y no en un sólo pago. En el documento se indica como fecha de pago "28 de diciembre de 1993", pero en realidad se trata de una obligación pagadera en tractos sucesivos, lo que resulta ilegal tratándose de letras de cambio. En la cláusula F se estipula: "...Forma de pago: 24 cuotas mensuales iguales y consecutivas de US \$ 862.64 a partir del 28 de Octubre de mil novecientos noventa y cinco" (lo que se justifica porque en el mismo contrato de crédito se establece un plazo de gracia de dos años, desde luego a partir de la fecha de pago estipulada en la letra). Esa cláusula quedó incorporada a la letra de cambio en razón de la cláusula G descrita, de ahí que la letra de cambio se desnaturalizó como total de conformidad con la doctrina del artículo 758 del Código de Comercio. Esa disposición legal no permite otros vencimientos distintos a los ahí previstos, y la sanción la establece la misma norma al decir en su párrafo final: "Las letras de cambio que indiquen otros vencimientos, o vencimientos sucesivos serán nulas". No comparte el Tribunal la tesis del a-quo que las condiciones del contrato de crédito no desnaturaliza el documento con letra de cambio, pues de haberse cumplido las cláusulas pactadas, como lo afirma el Juzgado, la obligación estuviere cancelada conforme a los tractos pactados, lo que al parecer no ocurrió porque se ejecuta el crédito. Por el contrario, la relación subyacente o negocio causal apunta la existencia de una obligación pagadera en tractos sucesivos, garantizada por la letra de cambio, lo que contraviene el artículo mercantil mencionado y que establece en forma imperativa la nulidad del documento como letra de cambio, y por ende carece de ejecutividad."⁽⁵³⁾

(53) Tribunal Superior Primero Civil, resolución No. 1122-R de las 08:40 hrs. del 12 de noviembre de 1997.

6. PROBLEMAS DEL EXAMEN CAUSAL EN SEDE SUMARIA

Hasta aquí el plano del examen causal realizado por los Tribunales se ha mantenido, en la generalidad de los casos, en la comprobación de excepciones llamadas reales, entendiendo por ellas las que pueden acusar vicios de forma de la letra. Siendo que la forma cambiaria es *ad substantiam*, tales defectos —comprobados por el examen causal— acarrean inevitablemente la pérdida del carácter cambiario del documento y también la pérdida consecuente de su categoría ejecutiva.

Vicios en la convención ejecutiva: *exceptio iniusta causa traditionis* y *exceptio mala fidei*

Pero el examen del negocio subyacente bien podría arrojar resultados que invaliden ya no la letra al cobro por vicio de forma, sino el contrato de entrega mismo, sea el acuerdo que da origen a la emisión o entrega de la letra, llamado también convención ejecutiva (*pactum de cambiando*), lo que abriría la puerta a otro tipo de excepción cambiaria. El contrato de entrega es la convención por la que el deudor que firma la letra la emite, es decir, la entrega en manos del acreedor.⁽⁵⁴⁾ La compraventa a crédito es la relación fundamental, pero es el acuerdo de garantizar el saldo mediante la emisión y entrega de la letra lo que se denomina convención ejecutiva o también contrato de entrega.⁽⁵⁵⁾

El contrato de entrega, que liga entonces la relación obligatoria cartular con el negocio subyacente, es entonces la *iusta causa traditionis*.⁽⁵⁶⁾

(54) Aquí lo denominamos indistintamente convención ejecutiva o contrato de entrega. Sin embargo, GARRIGUES distingue, amén del contrato fundamental, el convenio ejecutivo como el pacto para emitir la letra y también un paso más, el pacto de entrega o pacto de cambio, como el acuerdo de entregarla. La relación fundamental sería la causa remota y el convenio ejecutivo la causa próxima. Vid. *Op. cit.*, T. I., páginas 787 y 788.

(55) MUÑOZ lo denomina sencillamente negocio de emisión, y habla de este como el acuerdo de entrega voluntaria de la letra a una persona ligada con la relación fundamental, *op. cit.*, páginas 89 y ss.

(56) *Ibidem*, página 90.

La emisión válida de la letra conlleva necesariamente, en el orden natural de las cosas, una convención ejecutiva libre vicios. Nada de lo que hemos establecido con respecto al examen de la relación subyacente, posible *inter partes*, debe entenderse modificado por la introducción de esta división interna en la etapa causal que implica el *pactum de cambiando*.

Solamente se exime de la existencia del contrato de entrega al tenedor de buena fe. Al respecto la regla contenida en el artículo 678 del Código de Comercio va en el sentido de que la obligación cambiaria priva por encima de la emisión involuntaria del título, siempre que el poseedor de la misma sea de buena fe. Tal previsión normativa obliga al deudor no solamente a probar el defecto en la causa de emisión, *iniusta causa traditionis*, sino también a demostrar la *mala fidei* del poseedor al momento de su adquisición. Es decir, no es suficiente con oponer la exceptio *sine causa* o *iniusta causa traditionis* si no se hace acompañar esta de la *exceptio mala fidei* del poseedor al momento de la adquisición del título. ¿De qué serviría probar la emisión involuntaria o contra la voluntad del título, si el poseedor es de buena fe?

La buena fe del artículo 678 es la misma que requiere el artículo 669 bis *ibídem*, para el adquirente *a non domino*. Entendemos que la regla del 678 que es una enunciación general y que el artículo 669 bis contempla su aplicación práctica, pues quien adquiere un título sin o contra el consentimiento del deudor –678– es en todo caso un adquirente *a non domino* –669 bis–. Así pues, la aplicación del artículo 678 exige el cumplimiento contemporáneo de los cuatro requisitos del artículo 669 bis: *justo título, ausencia de culpa grave, buena fe y que la circulación discurra por el cauce cambiario correspondiente*.

Qué haya de ser buena fe no parece plausible determinarlo con carácter general, sino que es necesario examinarlo caso por caso. Sin embargo, la buena fe del artículo 678, necesaria para adquirir bien el título que sale de manos del deudor sin o contra su voluntad, por la vía del complemento que ofrece el artículo 669 bis, excluye de plano la culpa grave. No hay buena fe entonces cuando el adquirente no toma previsiones mínimas que de haberse realizado hubieran puesto al descubierto la irregularidad de la transmisión, pues esto es culpa grave; es decir, la buena fe del artículo 678 es una ignorancia justificable de la irregularidad que con el título circula.

El conocimiento sobrevenido de la irregularidad no parece ser suficiente para desvirtuar la buena fe requerida para validar la

adquisición. Dos razones operan en ese sentido: por una parte, la tutela dispensada por el ordenamiento protege la circulación, el tráfico cambiario, y es ese el momento en que la ley exige el requisito de la buena fe, no luego.⁽⁵⁷⁾ Es cuando la transmisión ocurre que la ley abriga al adquirente si en él hay buena fe, en otras palabras, ignorancia justificable de la irregularidad de *la circulación*, y, según entendemos, en *el momento mismo de la circulación*. Por otra parte, el conocimiento posterior no está expresamente castigado con la inversión de los efectos protectores que el ordenamiento dispensa al adquirente de buena fe, por lo que no hay razón para entenderlo así, sin importar si ese conocimiento se adquiere antes o después del vencimiento del título.

En este mismo orden de ideas, el conocimiento sobrevenido del adquirente de buena fe no perjudica a los adquirentes posteriores, porque al cumplir el adquirente de buena fe los requisitos del artículo 669 bis para la adquisición a non domino, el derecho lo reconoce entonces como propietario a partir de su adquisición, y el que es propietario no necesita tener buena fe para transmitir a su vez. Otra perspectiva para analizar un problema similar: el adquirente sucesivo de un adquirente a *non domino* no requiere tener también buena fe, porque el adquirente sucesivo adquiere de un propietario, y la buena fe es requisito para adquirir solamente de quien no lo es; así se desprende del artículo 669 bis en cita.⁽⁵⁸⁾

Pero problemas en el contrato de entrega bien podrían venir de otro lado, ya no por vicios del consentimiento (sin o contra) en la emisión, sino porque el supuesto de hecho al que está ligada la entrega de la letra no se ha cumplido. Tal es el caso de la letra entregada en garantía. El acreedor que persigue el cobro sin haberse configurado la mora necesaria para el cobro, queda expuesto a que al examinarse la relación causal, particularmente la fase en la que se halla la convención ejecutiva, su acción resulte denegada porque de ella se extrae que no se han configurado los supuestos de hecho que lo autorizan a ejecutar el crédito cambiario. Estos hechos tienen efecto suspensivo, en el tanto han sido acordados por las partes como los necesarios para ejecutar el crédito cambiario, e impiden por tanto el reclamo del crédito cambiaria hasta una vez que acaezcan.

(57) En el mismo sentido, PAZ ARES, Cándido. *Las Excepciones Cambiarias*, en *Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque*. Editorial Civitas, 1992, página 354.

(58) En este mismo sentido, MUÑOZ, *op. cit.*, página 91.

La *exceptio doli*

Por otra parte, una vez que la letra ha circulado, el examen de la relación causal necesariamente tiene que pasar por el cuestionamiento de la circulación misma, a fin de poder retrotraer la letra a aquella posición, “posesión” podríamos decir figurativamente, donde el negocio subyacente era examinable. En tal circunstancia el deudor cambiario debe entonces desbaratar la circulación, atacando la transmisión con la demostración de que ha sido hecha “intencionalmente” para perjudicarlo –con lo cual no la invalida, solamente le resta eficacia respecto de él–, para así obtener la aplicación de la *exceptio doli* prevista en el artículo 668 del Código de Comercio. Intencionalmente con el objetivo de dañar quiere decir con dolo. Ahora bien, como el dolo no se presume, se impone la carga de la prueba a quien lo reclame (art. 701 del Código Civil).

De manera similar puede ocurrir con la adquisición *a non domino*, pues se trata de una transmisión que en principio implica circulación. Recordemos que son cuatro los requisitos que impone la ley para validar, frente al deudor, la adquisición de la letra por parte del tercero cuando de quien no es propietario: *justo título, buena fe, ausencia de culpa grave y que la transmisión se haga por el medio cambiario propio del documento de que se trate*. La ausencia de cualquiera de estos requisitos daría lugar a atacar la adquisición *a non domino* por parte del tercero, para así levantar el muro de la inoponibilidad de excepciones causales por parte del deudor.

Sin embargo, el dolo de la *exceptio doli* es más bien una incorrección en el actuar en perjuicio conciente del deudor, que una simple ausencia de buena fe que es lo encontramos en la *exceptio mala fidei*. En otras palabras, hay grandes diferencias entre la ausencia de aquella buena fe requerida por los artículos 669 bis y 678, que es una buena fe equivalente a ignorancia justificable de la irregularidad de la circulación sin incurrir en culpa grave, es decir, sin incurrir en desatenciones inexcusables, y el dolo del artículo 668, que es además específicamente un dolo, una intención o una conciencia –son conceptos distintos, pero entendemos que están asimilados en sus efectos–, de causar daño al deudor. Aquella es ignorancia, este otro es conciencia o bien intención de perjudicar. Aquella es ausencia de conocimiento del vicio circulatorio, este otro es claridad en que la circulación es dañina. No quiere decir lo anterior que la circulación dañina sea simulada, porque la adquisición puede ser perfectamente real, sino que la circulación impedirá al obligado librarse del pago, al quedar desarmado de las excepciones causales por la vía de la circulación.

Ahora bien, en caso de que la transmisión sea simulada, lo que realmente ocurre es que no hay circulación y bastaría con demostrarlo para darle entrada inmediata al examen de la causa, aunque el *accipiens* alegue que no conocía del daño que la circulación acarrearía.

CONCLUSIONES:

El tratamiento aquí concluido no es exhaustivo, como tampoco eso fue lo que nos propusimos. Sin embargo, es posible afirmar que el anticipo sobre la fatalidad de las consecuencias que el tema acarrea para la letra ha quedado sobradamente confirmado.

Hay suficiente evidencia para desterrar la premisa de la acausalidad *innata* de la letra. El negocio cambiario será siempre causal y, como dijimos, eficacia ejecutiva de la letra estará siempre sujeta a la validez del negocio que le dio origen, al menos *inter partes*. Que la letra no exprese la causa, ni necesite de esa expresión para tener vida a plenitud, no significa que no la tenga. Nuestro derecho común no conoce obligaciones sin causa, y el derecho cambiario no es la excepción.

La ficción de la falta de causa está ideada para proteger al poseedor de buena fe, poniéndolo a salvo de alegatos del deudor relativos a negocios que son ajenos a la obligación contenida en la letra. Tal protección de la obligación cambiaria salvaguarda el tráfico mercantil de los títulos, por un lado, y la buena fe del poseedor. Ese es el perfil personal de la abstracción a que alude el artículo 668 del Código de Comercio. Pero si el título no ha circulado, no hay protección alguna que dispensar al tomador, y por ende no hay motivo alguno para impedir el examen de la causa: la letra mantendrá solamente sus perfiles funcional y procesal de la abstracción.

Así, la abstracción, en su sentido de inoponibilidad de excepciones, es un carácter *eventual* y relativo de la letra, que *puede* asumirlo cuando haya *circulado cambiariamente* y solamente en presencia de terceros respecto del círculo causal. La circulación es un requisito indispensable de la abstracción cambiaria, y es tal solamente si la transmisión coloca el título en manos ajenas al negocio subyacente. Esta ajeneidad viene configurada por la independencia y autonomía formal y también sustancial de intereses del tercero respecto de quienes participaron en el negocio que dio origen al título. Al mismo tiempo, la circulación protegida por la abstracción ha de ser cambiaria: *sensu contrario*,

transmisiones extrañas a las cambiarias no implican circulación, ya sea porque el título de la transmisión está fuera de los previstos con ese carácter (cesión, fusión, escisión, adquisición *mortis causa*, adjudicación por remate, etc.), o bien porque siéndolo no contiene sus efectos (endoso posterior al vencimiento). Pero todavía pese a que la letra haya circulado cambiariamente, la abstractez necesita para operar que la circulación no haya sido intencionada para dañar al deudor. Por ello es que la abstractez es un carácter relativo y no absoluto a consecuencia de la circulación, porque aún una circulación cambiaria podría dejar el paso abierto al examen de la causa si fue hecha con intención de dañar al deudor (*exceptio doli*).

En los casos de entrega involuntaria de la letra, la averiguación que nos interesa, de la causa de origen de la letra, pasa por la demostración de la falta de causa en el contrato de entrega, pero paralelo a la prueba de la falta de buena fe en el poseedor —sentados, eso sí, los demás requisitos del 669 bis del Código de Comercio—. En este sentido, *bona fides* no equivale a ausencia del deseo de causar un daño. La buena fe, examinable siempre caso por caso, excluye de plano la culpa grave. No hay buena fe entonces cuando el adquirente no toma previsiones mínimas que de haberse realizado hubieran puesto al descubierto la irregularidad de la transmisión, pues esto es culpa grave; es decir, la buena fe del artículo 669 bis es una ignorancia justificable de la irregularidad que con el título circula.

**LA GALERIA LEGISLATIVA DE GOBERNANTES
DE COSTA RICA**

Lic. Jorge Francisco Sáenz Carbonell

Profesor de Derecho
Universidad de Costa Rica

(*) 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

Algunas veces ha habido discusiones, tanto al interior de la Asamblea Legislativa como en la prensa nacional, con respecto a la galería de retratos de gobernantes de Costa Rica que existe en la sede de aquella. Esa colección de retratos es conocida habitualmente como “la galería de ex Presidentes”, aunque también incluye a varios de los Jefes de Estado que gobernaron entre 1824 y 1847.

Sin embargo, lo que le da un carácter *sui generis* a la mencionada galería es que no es una mera colección de retratos de gobernantes, sino únicamente de aquellos a los que el Poder Legislativo, mediante una decisión expresada formalmente, ha considerado dignos de figurar en ella por el modo en que ejercieron el poder. Eso explica, por ejemplo, que en la colección se encuentren personajes como Don Salvador Lara Zamora, Don Carlos Durán Cartín y Don Santos León Herrera, quienes no fueron Presidentes titulares de la República sino únicamente designados en ejercicio de la Presidencia, o que estén ausentes otros gobernantes a los que tácita o expresamente, el Poder Legislativo, por alguna razón en particular, no ha considerado merecedores de tal honor.

Valga la oportunidad para aclarar que en algunos casos la ausencia se debe a una mera omisión: por ejemplo, los retratos de los Presidentes Don Saturnino Lizano Gutiérrez (julio-agosto de 1882) y Don Juan Bautista Quirós Segura (agosto-setiembre de 1919) no fueron colocados sino hasta el último decenio del siglo XX y no porque se objetasen sus actuaciones como gobernantes, sino debido a un olvido puro y simple, motivado al parecer en la creencia, histórica y jurídicamente equivocada, de que no habían sido Presidentes titulares sino solamente Designados en ejercicio del Ejecutivo (lo cual, en todo caso, no hubiera dado razón para excluirlos de la galería, ya que según indicamos en ella hay varios Designados que no fueron Presidentes). Por esa misma razón, suponemos, faltan en la galería los retratos de varios gobernantes *titulares* de breve duración a los que se suele considerar en muchas publicaciones como meros encargados interinos del poder, a pesar de que no estaban sustituyendo a nadie. Tal es el caso, por ejemplo, de Don Manuel Fernández Chacón (marzo-mayo de 1835), Don Joaquín Mora Fernández (marzo-mayo de 1837), Don Antonio Pinto Soares (setiembre de 1842) y Don Miguel Mora Porras (noviembre de 1849).

Para comprender mejor el carácter de la galería es necesario conocer la ley que le dio origen, emitida en marzo de 1833, poco después de concluido el prolongado gobierno del primer Jefe de Estado, Don Juan Mora Fernández, y cuando apenas se iniciaba la administración de Don José Rafael de Gallegos y Alvarado, quien había tomado posesión el 9 de ese mes.

La ley que estableció la galería, que en nuestra colección oficial de leyes se identifica como Decreto N° 4 de 16 de marzo de 1833, fue aprobada por la Asamblea Legislativa el 11 de ese mes y sancionada por el Consejo Representativo (especie de Senado y Sala Constitucional de aquellos tiempos) el 16, y disponía colocar el retrato del ex Jefe Mora en el salón de sesiones del cuerpo legislador. Como la galería se inició como homenaje a Don Juan, en ella no fueron incluidos los gobernantes anteriores a éste, es decir, quienes habían ejercido el poder entre 1821 y 1824.

La medida, según indica la parte considerativa de la ley, tenía como propósito no solamente reconocer los méritos del ex Jefe Mora y hacerle una expresión pública de gratitud, sino además promover la práctica de las virtudes por parte de los futuros titulares del Poder Ejecutivo. Por ello, la ley expresamente indicó que al pie del retrato se pondría una inscripción indicando que Mora ocupaba ese sitio *por sus virtudes* (o sea, no por el mero hecho de haber sido titular del Ejecutivo) y que lo ocuparían en lo sucesivo los que en el mismo cargo *se hicieran dignos* de ese honor.

Salen sobrando pues, las discusiones sobre si falta o no tal o cual gobernante en la galería legislativa: no es una colección de retratos de gobernantes para propósitos históricos, sino éticos. No se llega a ella de modo automático, sino después de que la Asamblea Legislativa examine la actuación del gobernante y, mediante una votación, decide sobre si se coloca el retrato correspondiente, lo cual equivale a decir si el ex Presidente de que se trate demostró virtudes y se hizo digno del honor por sus actuaciones en ejercicio del Poder Ejecutivo. Es, en cierta forma, una galería moral, como la de los Beneméritos de la Patria. Distinto es por supuesto, el caso de la colección de retratos de gobernantes que existe en el Museo Nacional, donde el interés fundamental es por supuesto el histórico y para cuyos efectos no resultan de relevancia que el retratado haya sido buen o mal gobernante, sino que haya gobernado y punto.

DECRETO 4 DE 16 DE MARZO DE 1833

El Jefe Supremo del Estado libre de Costa Rica

Por cuanto la Asamblea ha decretado y el Consejo sancionado lo siguiente:

La Asamblea Constitucional del Estado libre de Costa Rica, penetrada del sentimiento de que es justo premiar el mérito: que procurando hacerlo, insinúa la gratitud a que es acreedor, al mismo tiempo que empeña en la práctica de las virtudes; y que señalando un lugar distinguido al retrato del Ciudadano Juan Mora, jefe que ha gobernado con acierto dos períodos consecutivos, satisface un triple laudable objeto, ha venido en decretar y decreta.

Art. 1º.—El retrato del Ciudadano Juan Mora se colocará en la sala de Sesiones.

Art. 2º.—Al pie del mismo, se pondrá la inscripción siguiente: *“Ocupa este lugar el ex Jefe Ciudadano Juan Mora por sus virtudes, y le ocuparán sucesivamente los que en el mismo destino se hagan dignos de él. Decreto de la Asamblea de 11 de marzo de 1833.”*

Al Consejo Representativo.—Dado en San José a los once días del mes de marzo de mil ochocientos treinta y tres.—Nicolás Ulloa, Presidente.—Juan Diego Bonilla, Diputado Secretario.—José Francisco Peralta, Diputado Secretario.—Sala del Consejo, San José, marzo dieciséis de mil ochocientos treinta y tres.—Félix de Bonilla, Presidente.—José Anselmo Sancho, Secretario.—Por tanto: EJECUTESE. San José, marzo dieciséis de mil ochocientos treinta y tres.—José Rafael de Gallegos.—Al Ciudadano Joaquín Bernardo Calvo.

Reseñas bibliográficas a cargo de Jorge Enrique Romero Pérez

Arias Ramírez, Bernal. **Reformas constitucionales**. Constitución de 1949. Costa Rica (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 2001, 351 páginas).

En la *Presentación*, el Dr. Francisco Antonio Pacheco afirma que este volumen es una obra jurídica sorprendente, ya que es una explicación de los procesos que condujeron a cada una de las más de setenta reformas. Esta obra, como todo buen libro, abre nuevos caminos.

Este valioso libro está dividido en cuatro capítulos:

Capítulo I: Poder reformador

Capítulo II: Las primeras reformas constitucionales (1949-1970)

Capítulo III: Período intermedio "boom" reformista (1970-1989)

Capítulo IV: Período reciente después de la creación de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (1989-2001)

El autor nos expresa que este es un libro con material de consulta abundante, proclive a la reflexión y un encuentro con nuestra historia constitucional. Es producto de la revisión, valoración y análisis sereno y riguroso de fuentes primarias.



Borja Jiménez, Emiliano. **Tendencias contemporáneas en la teoría jurídica del delito** (San José: Ed. Areté, 2000, 192 páginas).

En el *Prólogo*, el Dr. Juan Marcos Rivero Sánchez nos dice que la obra del Profesor Dr. Emiliano Borja es portavoz de las mejores ideas y nuevos vientos, representará una contribución muy importante al desarrollo de la dogmática penal costarricense. Agregando, que el sombrío panorama del derecho penal sustantivo costarricense se agrava, por momentos, gracias a una anti-ilustrada corriente que se manifiesta con toda su fuerza a nivel de los corrillos legislativos y en los discursos de los medios de comunicación colectiva, grupos de presión y políticos de turno, cuyo ideario jurídico-penal puede sintetizarse en: más penas, más cárceles y más policías. Es decir, se trata de la tenencia a convertir el

derecho penal en un tecnología social, esto es, un saber puesto al servicio de los más variados fines políticos.

Salas Murillo, Evelyn y Jaime Eduardo Barrantes Gamboa. **Código de Comercio de Costa Rica y jurisprudencia**. Síntesis de jurisprudencia de la Sala Constitucional, Sala Primera y Sala Segunda, Tribunal Primero Civil, Tribunal Segundo Civil, Tribunal de Heredia, Juzgados de Instancia y Contraloría General de la República. Prólogo: Magistrado, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Luis Guillermo Rivas Loáiciga (Medellín-Colombia: Ed. Diké, 2001, 668 páginas).

Quesada Ureña, Hugo A. (compilador). **Código alimentario**. Con índice analítico. *Uso de normas codees, comercio internacional, regional y local. Etiquetado, calidad e higiene. Protección al consumidor. Productos de origen animal y vegetal. Responsabilidad civil y penal*. (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 2001, 637 págs.)

En la *Presentación*, el *compilador* nos informa que por la importancia de los alimentos, esas sustancias ingeridas para nutrir el organismo y mantener la vida con energía y salud, el Estado se ha visto en la imperiosa necesidad de dictar normas relativas a la *buena calidad, propiedades nutritivas e inocuidad de los productos alimenticios*. Otras regulaciones rigen su comercio (internacional, regional o local) y la protección al consumidor.

Así surge el Derecho Alimentario, rama jurídica que se ocupa de la tutela de los alimentos, sus procesos productivos y de comercialización. La protección de los alimentos se debe ejercer “de la finca a la mesa”.

El desconocimiento de algunas normas resulta generalizado por los diversos sectores de la población, sean profesionales del derecho o no; por ello, esa ignorancia lleva a su desaplicación y ambos factores atentan contra el desarrollo de esta nueva rama del derecho, que además, debe contar con un sólido respaldo interdisciplinario.

Sin duda esta valiosa obra es de suma importancia en la configuración y consolidación del Derecho alimentario.

Herrera Fonseca, Rodrigo (compilador). **Compendio de jurisprudencia penal-constitucional**. Tomo I: *parte general* (404 págs.) y tomo II (487 págs.): *parte especial*. (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 2002).

En su *Presentación* el compilador, nos informa que la Ley No. 4573 del 4 de mayo de 1970, que es el Código Penal, ha sido revisada e interpretada por la Sala Constitucional durante más de una década ya, tanto en su parte general como en lo concerniente a los tipos penales.

Por ello, este compendio de jurisprudencia contiene tanto votos referentes a la revisión de la constitucionalidad de las normas, como resoluciones que las han interpretado o aplicado a casos concretos.

Esta importante jurisprudencia es de mucho valor para el desarrollo del penal y el constitucional.

—o—

Falsea, Angelo. **Eficacia Jurídica**. Traductor: Walter Antillón Montealegre. (San José. Investigaciones Jurídicas S.A., 2001, 257 págs.).

El traductor nos presenta un *Prefacio* muy interesante, del cual entresacamos lo siguiente:

El ensayo denominado Eficacia Jurídica del Profesor Angelo Falsea, quien fue Catedrático, Decano y Rector de la Universidad de Messina, Italia, es ampliamente conocido en los medios académicos de Costa Rica, gracias a la docencia que, por muchos años, ha realizado aquí su discípulo el Profesor Víctor Pérez Vargas; pero también, aunque en una medida mucho más modesta, gracias a una versión al español de dicho ensayo, hecha por mí (con el correspondiente permiso del autor); la cual se ha venido publicando, mimeografiada y sin notas, desde hace alrededor de treinta años. Hasta el punto de que el nombre del Profesor Falsea ha llegado a ser familiar a profesores y alumnos de Introducción al Derecho, de Derecho Privado y hasta de Filosofía del Derecho, no solo en nuestra Facultad estatal, sino en muchas de las privadas.

Sin duda la publicación del clásico ensayo del Profesor Falsea, con las notas respectivas, es un acierto editorial y una excelente contribución para el Derecho en nuestro país.

Solera Viquez, José Antonio. **El cartel de la licitación** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 2001, 168 págs.).

En la *Presentación*, su autor, nos informa que el tema de las compras del sector público despierta mucho interés en una serie de usuarios muy diferentes entre sí. El trabajo que se presenta en este momento es eminentemente práctico y expositivo.

El *contenido* de esta obra abarca, entre otros temas los de principios del cartel, su publicidad, cláusulas, garantías, muestras, documentación complementaria, aclaraciones y modificaciones al cartel, de objeción al pliego de condiciones.

Se trata de una valiosa contribución al tema de la contratación administrativa, en la que este mismo autor ha publicado **El recurso de objeción al cartel en contratación administrativa** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 2001, 70 págs.).

Revista Jurídica Estudiantil **Hermenéutica**

Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica.

Publicación de la Asociación de Estudiantes.

Mayo del 2002. No. 10.- 46 páginas.

Directores: *Diego Brenes Villalobos y Néstor Morera Viquez*

El contenido de esta valiosa revista es el siguiente:

La necesidad de cambios en el procedimiento administrativo para obtener una verdadera justicia pronta y cumplida.

Carlos Ubico Durán

Algunos principios rectores del Derecho Ambiental

Daniel Aguilar Méndez, Oscar Morera González

La hipoteca legal del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados.

Néstor Morera Viquez

Validez y efectividad del voto en blanco: un enfoque jurídico-político

Paola Barabona Krueger

Desaplicación de normas estatutarias por inconstitucionales por parte del Tribunal Supremo de Elecciones.

Luis Diego Brenes Villalobos

El derecho a la nacionalidad.

Eduardo Zúñiga Brenes

La extemporaneidad de la solicitud de prisión preventiva.

Fernando Martínez Jiménez

INDICE

	<i>Pág.</i>
<i>Presentación</i>	8
Ensayos:	
El principio “para igual trabajo igual salario” <i>Lic. Gustavo González Solano</i>	9
Vacíos legales en Costa Rica por el uso de la red El “e-practice” <i>Prof. Bernal Arias Ramírez</i>	29
La función social, económica y ambiental de la propiedad <i>Prof. Enrique Ulate Chacón</i>	67
Comercio electrónico <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i>	113
Consideraciones acerca del examen de la causa en la letra de cambio <i>Lic. Guillermo Salas C., MBA</i>	133
La galería legislativa de gobernantes de Costa Rica <i>Lic. Jorge Francisco Sáenz Carbonell</i>	173
Reseñas bibliográficas <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	179

ISSN
0034 7787

