



Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

340-R

96 / Sep-Dic

2001

C-6

7-Dias

Reserva

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO
CALLE 10
SAN JOSE, COSTA RICA
TEL: 222-3541
FAX: 222-3541

BIBLIOTECA

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS

96

SAN JOSE, COSTA RICA
2001
SETIEMBRE-DICIEMBRE

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

Directora Instituto de Investigaciones Jurídicas:

Dra. Ligia Roxana Sánchez Boza

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 Constitucional, Contratación, Económico, Público, Ambiental e Historia del Derecho. Además de las reseñas bibliográficas respectivas.

El director y editor

In Memoriam

Ha fallecido el distinguido académico

Ing. Mario Murillo Rodríguez

Director de la Editorial de la Universidad de Costa Rica y profesor de la Escuela de Zootecnia, cuyo aporte e impulso al desarrollo editorial y divulgación de la producción de los académicos universitarios y la intelectualidad costarricense, le hicieron ejemplo de tesón y empeño en su compromiso con la Institución hasta el final de su vida.

Expresamos las más sentidas condolencias a su estimable familia.

*Dr. Jorge Enrique Romero Pérez
Director - Editor*

PRESENTACION

In Memoriam

Ha fallecido el distinguido jurista

Dr. Rodolfo Piza Escalante

(1930-2002)

Este notable jurista fue Profesor universitario, Magistrado de la Sala Constitucional, Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Diplomático, Diputado, abogado litigante.

Fue, sin duda, un jurista de protección internacional, con un alto sentido del respeto al Derecho y a la Libertad, como instrumentos de la convivencia social democrática.

Entre otros de sus excelentes escritos, están los votos salvados y también los votos de mayoría –en los que participó–, que constituyen documentos esenciales para la comprensión del Estado Democrático y Social de Derecho, en nuestro país.

Expresamos las más sentidas condolencias a su estimable familia.

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez
Director - Editor

DERECHO CONSTITUCIONAL CLASICO E "INMADUREZ INSTITUCIONAL DEL TERCER MUNDO"

Dr. León Cortiñaz-Peláez^()*

*Escribo como un homenaje a Manuel García Pelayo, a quien admiré por su ciencia y docencia en Venezuela y México, y por su jurisdicción en la España de la democracia restaurada. En particular, en la Universidad Central de Venezuela contrastando con la voracidad crematística, la mediocridad científica y la, por Ramón Mateo definida, "inautenticidad imbatible" (de algún oportunista pseudorepublicano), García-Pelayo, auténtico hombre de ciencia trasterrado, formó docentes e investigadores, sirvió a la República y a la Universidad, con la solidez de su cultura germánica y con la sencillez del verdadero sabio. Dedicadas a don Manuel, con emocionado respeto, van estas páginas.^(**)*

(*) Doctor en derecho; Profesor-investigador por oposición abierta de carrera en la Universidad Autónoma Metropolitana (México) y, en período sabático, de la Universidad Carlos III de Madrid [beca sabática del Ministerio de Educación y Ciencia de España, en misión de la U.A.M. - Azcapotzalco]; investigador honorario de la *Alexander von Humboldt-Stiftung* (Bonn / Tübingen, Alemania); Ex-Maitre-assistant de droit public en la Universidad de París I; profesor honorario de la Universidad Mayor de San Marcos (Lima, Perú) y de la Universidad de Guadalajara (Jalisco, México); miembro honorario del Instituto de Derecho Administrativo de la Universidad de la República (Montevideo, Uruguay); Investigador Nacional de México.

(**) Capítulo de libro, "avance" del editado en Venezuela bajo la dirección del Maestro Humberto NJAIM, en cuanto *Libro-homenaje a Don Manuel García-Pelayo*, 2 vols., sp. el vol. II en la revista "Politeia", Caracas: U.C.V., tentativamente 2001, en prensa.

SUMARIO:

I. LA REFORMA DE LA CONSTITUCION

1. Algunos principios esenciales de la Constitución: El caso de México. 2. Reformas a la Constitución. 3. A) El llamado "Poder Constituyente Permanente". 4. a) Su conformación. 5. b) Sus facultades de los principios esenciales de la Carta Magna. 6. aa) El poder revisor sería soberano. 7. bb) El poder revisor no es ilimitado. 8. cc) El poder revisor no es un constituyente soberano. 9. B) Críticas al "Poder Constituyente Permanente" 10. Comentarios a la Propuesta de Jorge Carpizo.

II. DE LA DIVISION DE PODERES

11. Un caso concreto: "La división de poderes en México". 12. Breve reseña histórica del principio. 13. Precisiones conceptuales y objetivos del principio. 14. La operatividad del principio. 15. A) La inobservancia relativa. 16. B) La tradición autoritaria. 17. C) Estado de servicio y concentración. 18. D) La materia económica. 19. E) Las facultades políticas. 20. F) La inuencia sobre el Judicial. 21. G) Recuento de las facultades presidenciales. 22. H) El presidente en turno: naturaleza arbitraria de posibles correctivos. 23. I) Una nueva concepción de coordinación entre los órganos del poder público (Michel Miaille). 24. a) Del juridicismo de Montesquieu hacia un contemporáneo. 25. b) Un nuevo garantismo: la multiplicación de los centros de decisión y el principio trinitario. 26. c) ¿Un problema insoluble? 27. d) Convergencia de las doctrinas francesa y alemana: de Tocqueville a Hermann Heller.

III. ALGUNAS REFLEXIONES Y PARADOJAS EN EL HORIZONTE COMPARATIVO DEL SIGLO XXI

28. A) Liberalismo clásico y constituciones. 29. B) Teleología clásica de una Constitución. 30. C) Inmadurez constitucional del Tercer Mundo. 31. D) Estado de derecho, Estado social y Estado democrático: lucidez trinitaria del enfoque del maestro García Pelayo. 32. E) Impli-cancias formales de una supremacía constitucional. 33. F) Una supre-macía reglada, tanto formal como material. 35. H) El constitucionalismo clásico y su viabilidad tercermundista. 36. D) Imperatividad del control difuso de constitucionalidad para los tribunales autónomos de lo contencioso administrativo. 37. J) Garantismo clásico y soberanía

constituyente. 38. K) Acatamiento, incumplimiento y responsabilidad. 39. L) Determinación y contenido preciso de los principios esenciales. 40. M) Acotamiento del constituyente permanente y abogacía de intereses "globalizados". 41. N) Del Constituyente y de los poderes constituidos. 42. Ñ) La difícil ampliación del consenso ante la "inmadurez tercermundista". 43. O) Reglas constitucionales contrarias a la Constitución. 44. P) "Dictadura perfecta" y Constitución. 45. Q) ¿Una supremacía potestativa? 46. R) Supremacía constitucional y hegemonía planetaria. 47. S) La supremacía de los elementos extranormativos del Derecho.

Bibliografía

340-R

#96 / Sep-Dic

2001

C.6



GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del 25 año contemporáneas*, Madrid, Alianza, 2ª ed., 1985, múltiples reimpresiones, 224 pp., m. tomo, esp. 76-98 énfasis resacas. En la línea de este formalismo señalamiento "trinitario" del maestro GARCÍA PELAJO, por los académicos mexicanos y en particular para las mejores universidades, no dice de ser "paciente" que, habiéndose prohibido por la tradición católica mexicana, a una profesora mexicana la sustitución (y se refiere) de una tesis doctoral en teología de la Trinidad, esta acaba de ser aceptada y distinguida con la mención máxima por una universidad alemana (Philosophisch-Theologische Hochschule Sankt Elisabeth, Universität, Frankfurt). ANDRÁS, Béla, *Das neue alte des Christen einer herzoglichen Hochschule* (Dios en medio de nosotros. Estudio de una teología trinitaria hermenéutica), Frankfurt a M. / Berlin / N. York / Paris Peter Lang, 1986/96 pp.; ya existe una versión castellana en colaboración Secretariado Trinitario, PVE, 164 pp.

RESUMEN

El trasvase de categorías, principios esenciales y prácticas, del mundo constitucional clásico a los económicamente inermes países latinoamericanos, plantea revisiones desgarradoras (aquí sólo esbozadas a partir del complejo caso de México). La "pura" técnica normativa mal las describe y peor las resuelve. La distancia entre regla y realidad, la tensión —tan lúcidamente analizada por el tratadista español don Manuel García Pelayo— entre los elementos jurídico, democrático y social (del Estado democrático y social de derecho) exige creatividad científica y sabia voluntad política. Para los juristas del naciente siglo XXI, es y será nuestra "ordalía de la experiencia" (L.C. P.).

I. LA REFORMA DE LA CONSTITUCION

1. ALGUNOS DE ESTOS PRINCIPIOS ESENCIALES DE LA CONSTITUCION. En el marco del derecho constitucional clásico,⁽²⁾ dentro de toda Constitución, existen ciertos principios esenciales llamados, por algunos autores de raigambre schmittiana,⁽³⁾ decisiones

(2) Cfr., HAURIUO, André. *Cours de droit constitutionnel étranger. Les pays du Tiers Mondes*, Paris: Les cours de droit, 1961-1963, mis notas personales; para la compleja y a menudo frustrante inserción de las categorías del derecho constitucional clásico en los países que el maestro francés categorizara como aquellos que "todavía no han alcanzado su madurez". En el mismo sentido, la edición póstuma de HAURIUO, André, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris: Monchrestien, 1a ed., 1966, 5ª ed., póstuma, 1972, 978 pp.; así como, recientemente, la versión castellana de una diversa contribución de HAURIUO, André, "De los vínculos entre estructuras económicas y estructuras políticas", ciudad de México: *Alegatos*, Univ. A. Metropolitana / Depto. Derecho, No. 27, mayo-agosto 1994, pp. 293-294.

(3) Respecto de esta postura autoritaria, cfr. SCHMITT, Carl, *Verfassungslehre* [Doctrina de la Constitución], Berlín: Duncker & Humblot, 1928, XX + 404 pp.; múltiples traducciones al castellano, de este libro y de varios trabajos posteriores, facilitaron su difusión entre numerosos constitucionalistas de tendencia autoritaria y otros "ingenuos compañeros de ruta", tanto en la Península Ibérica como particularmente en las tercermundistas cátedras de América Latina. Cfr. HABA, Enrique Pedro, "Decisionismo e iusnaturalismo como ideologías. Algunas (otras) nociones en torno a las ideologías de Carl Schmitt sobre el derecho y el estado", San José de Costa Rica: *Revista Judicial*, año VII, No. 24, marzo 1983, pp. 10-27, in 4ª, el

políticas fundamentales, que no son determinados artículos, no son tales o cuales artículos en concreto, sino los principios mismos que informan la Constitución.⁽⁴⁾ Ellos deben estar contemplados dentro del concepto de supremacía constitucional y, por consiguiente, deben ser debidamente protegidos por algún medio eficaz de defensa constitucional.

Queremos, en esta obra, que asumimos como un renovado *Libro-Homenaje a don Manuel García Pelayo*, referirnos a la "reformabilidad" de estos principios en la Carta federal mexicana, particularmente en la vigente de 1917-2000 (art. 135 y concordantes), que reitera en cuanto a su procedimiento de reforma (aunque, claro, en otro contexto histórico), la normatividad (art. 127) de la Carta que estuviera vigente de 1857 a 1917.⁽⁵⁾

profesor Haba nos remite al estudio omnicompreensivo y analítico del catedrático de Würzburg, Hasso HOFMANN, *Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts* [Legitimidad contra legalidad. El camino de la filosofía política de Carl Schmitt], Neuwied y Berlín: Luchterhand, 1964, 304 pp. Para el científico más reciente relativo al decisionismo schmittiano, v. HOFMANN, Hasso, *Recht - Politik - Verfassung (Studien zur Geschichte der politischen Philosophie)* [Derecho - Política - Constitución. Estudios sobre historia de la filosofía política], Frankfurt a.M.: Metzner, 1986, X + 299 pp.; v., en el marco de irrupción de la «nueva derecha» europea y noratlántica posterior a 1989, y su inquietante conexión con el "conservadurismo alemán en los umbrales del Tercer Reich", la documentada investigación de Andreas KOENEN, *Der Fall Carl Schmitt (Sein Aufstieg zum "Kronjuristen des Dritten Reiches")* [El caso Carl Schmitt. Su ascenso a "jurista de la corona" del Tercer Reich], Darmstadt: Wiss. Buchgesellschaft, 1995, X + 981 pp.

(4) MADRID HURTADO, Miguel de la, *Elementos de derecho constitucional*, 1a. edición, ciudad de México: Instituto de Capacitación Política del P.R.I., 1982, pp. 275-276.

(5) Ambas constituciones, tanto la liberal jurista de 1857 como la intervencionista revolucionaria de 1917, son en su versión prístina de una redacción muy sencilla, cuya flexibilidad normativa contrasta con el procedimiento alga "pétreo" de la Constitución de 1824, en sus artículos 166 a 171. Para todos los textos constitucionales federales mexicanos, sigue siendo insustituible la rigurosa recopilación dirigida y actualizada desde 1957 por el ilustre Maestro de la UNAM Felipe TENA-RAMÍREZ (1905-1995), *Leyes fundamentales de México (1808-1999)*, ciudad de México: Porrúa S.A., sucesivamente revisada, aumentada y puesta al día aún después de su muerte; ed. 2000, 1109 pp.

El tema ha sido muy debatido y, aunque en la doctrina existen matizadas posturas coincidentes, también hay diferencias notables.

Son varios los puntos en los que coinciden los constitucionalistas. Así, nadie cuestiona que la soberanía, la división de poderes, los derechos humanos (incluyendo los derechos sociales), y la separación Iglesia-Estado (aunque algunos se refieran más específicamente a la supremacía del segundo sobre la primera), deben estar incluidos en nuestra lista.

En lo que toca a algunos otros como el municipio libre, la no reelección del Ejecutivo Federal, la representación política y acaso el juicio de amparo, no podemos negar la importancia que han tenido dentro de nuestra vida constitucional, por lo que cabría con matices considerarlos quizá como principios esenciales.

No obstante, el principio relativo a la rectoría económica o intervención estatal en materia económica, es el que ha causado verdadera polémica, dado que se le ha interpretado de muy diversas formas. Miguel de la Madrid,⁽⁶⁾ afirma que la necesidad de que el Estado interviniera en la vida económica del país, fue reconocida desde la Carta de 1917, por varias razones: *a)* Condiciona y limita la propiedad en atención al interés público; *b)* Establece un régimen de propiedad pública sobre cierto tipo de bienes; *c)* Instauro un control —y hasta exclusivo y no concesionable— del poder público sobre ciertas actividades o cometidos;⁽⁷⁾ *d)* Garantiza la libertad económica pero la condiciona y limita por el interés público;⁽⁸⁾ *e)* Atribuye al poder público facultades para intervenir en la economía a fin de impulsar el desarrollo de la sociedad de una forma equitativa.

(6) Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM y, posteriormente, vanguardia del neoliberalismo como Presidente de la República (1982-1988), postulado por el Partido Revolucionario Institucional (P.R.I.). Cfr., *supra*, nota 4.

(7) Hoy convertidos en la noción clave del derecho administrativo: Cfr., CORTIÑAS-PELÁEZ, León (dirección), *Introducción al derecho administrativo I*, ciudad de México: Porrúa Hermanos S.A., 28 ed., 1994, pp. 52-95, esp. 86.

(8) MARTÍNEZ-CASTAÑÓN, José Antonio, *El interés público y la intervención estatal*, ciudad de México: UNAM-Campus "Acatlán" / División de Ciencias Jurídicas, tesis de licenciatura, con mención honorífica, 1984, 423 ff.

Sin embargo, Ramón Sánchez Medal,⁽⁹⁾ apoyándose en el schmittiano de "decisiones políticas fundamentales", objetó la llamada rectoría económica, por considerarla violatoria de aquellas. Así, Sánchez Medal consideró que el de rectoría económica ingresa en la Carta Magna de 1917, a partir de la reforma constitucional lamadridiana-salinista del 3 de febrero de 1983, y que violenta nuestro orden constitucional, sin contar con que, en su opinión, habría sido una reforma realizada por un poder sin facultades para ello (el poder revisor de la Constitución)⁽¹⁰⁾ por tratarse de un poder constituido, ergo, no constituyente.

Así, meollo de este tema sería determinar quién o quiénes, son los autorizados para decidir cuáles son los principios esenciales que nuestra Constitución sanciona y de qué forma se deben entender éstos.

Para finalizar este punto, mencionaremos una lista aún mayor de estos principios, enunciada en diversas ocasiones, tanto en mis cátedras de derecho constitucional como de derecho administrativo, en la Univ. A. Metropolitana (México) y en la U.N.A.M., aclarando que no configuran una lista exhaustiva:

1. La existencia de principios esenciales en la Constitución (arts. 40 y 136).⁽¹¹⁾
2. La soberanía nacional y popular (arts. 39 y 41).
3. El Estado social de Derecho (arts. 3º, 25-1º, 27-3º).
4. La democracia (arts. 3º, 39, 40, 41).
5. La igualdad (arts. 1º, 12, 13).
6. La libertad (arts. 5º, 11).
7. La legalidad (arts. 1º, 5º, 14, 16).
8. La igualdad de sexos (arts. 3º y 4º).
9. La laicidad (arts. 31, 24, 82-IV, 130).
10. El interés general (arts. 3º c, 25-28).
11. El nacionalismo (arts. 3º primer párrafo, 82-I).
12. La potestad reglamentaria presidencial (art. 89-I).

(9) De notoria militancia vaticana y profesor de la Escuela Libre de Derecho.

(10) Cfr. SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *El fraude a la Constitución*, ciudad de México: Porrúa S.A., 1988, esp. pp. 24-25, 31, 80.

(11) Los artículos citados son de la Constitución federal mexicana, y sólo pretenden ilustrar sintéticamente los principios señalados, sin que con ellos se agote el contenido del principio, en la mayoría de los casos.

13. La sumisión del poder militar al poder civil (art. 129).
14. La responsabilidad de los servidores públicos (arts. 108-114, 134).
15. Las facultades de principio pertenecientes, en nuestro régimen federal, a los Estados de la Unión (art. 124).
16. La preferencia en los empleos públicos, de los nacionales sobre los extranjeros (art. 32-1°).
17. Los principios normativos de la política exterior (la auto-determinación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; y la lucha por la paz y la seguridad internacionales; art. 89-X).
18. La autonomía de la enseñanza superior (art. 3° VIII).
19. La protección al trabajador (art. 123).
20. La rectoría estatal de la economía y, por ende, la intervención de principio (principal) del Estado en la vida económica del país (art. 25-1°).
21. Los cometidos esenciales, o "áreas estratégicas" (en la jerga de nuestros economistas improvisados en el ejercicio de la jurídica función constituyente) del Estado federal (art. 28-4°).
22. La planeación (art. 26).
23. La existencia de una administración pública tanto centralizada como paraestatal (art. 90).
24. La economía mixta (art. 25-3°).
25. El juicio de amparo (arts. 103 y 107).
26. La existencia de tribunales administrativos (arts. 73-XXIX-H, 104 I-B, 116-V y 122 C. base quinta).
27. La defensa de los derechos humanos por vía no judicial (art. 102-B).

En los siguientes párrafos comentaremos, con algunas referencias al derecho comparado, en qué medida y a través de quién, se puede reformar la Constitución y especialmente los principios esenciales de la Constitución.

2. REFORMAS A LA CONSTITUCION. ¿Qué es lo que la Constitución autoriza a hacer al Poder reformador de su propio texto? ⁽¹²⁾ Esto nos llevará a estudiar cuál es el órgano facultado para llevar a cabo

(12) Cfr., en su 2ª ed. de 1967 en Aalen: Scientia Verlag, la fina y documentada investigación de LOEWENSTEIN, Karl, *Erscheinungsformen der Verfassungsänderung*, [Formas de aparición del cambio de la Constitución], reimpresión de Tübingen: Mohr, 1931, XIX + 308 pp.

Complementariamente: JELLINEK, Georg, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung. Eine staatsrechtlich-politische Abhandlung von Georg Jellinek*, Berlín: O. Häring, 1906; de esta última, hay una trad. castellana, *Reforma y mutación de la Constitución*, revisada y con un "Estudio preliminar" (pp. XI-LXXX) de Pablo LUCAS-VERDÚ, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 91 pp., STEINER, Udo, *Verfassungsgebung und verfassunggebende Gewalt des Volkes* [Forja de una Constitución y Poder Constituyente del pueblo], Berlín: Duncker & Humblot, 1966, 244 pp.; DICHGANS, Hans vom, *Grundgesetz zur Verfassung. Überlegungen zu einer Gesamtrevision* [De la ley fundamental a la Constitución. Reflexiones de una revisión total], Düsseldorf-Wien: Econ, 1970, 216 pp.; SALADIN, Peter y WILDHABER, Luzius, *Der Staat als Aufgabe - Gedenkschrift für Max Imboden* [El Estado como cometido - Libro en memoria de Max Imboden], Basel / Stuttgart: Helbing & Lichtenhahn, 1972, X + 411 pp., en particular las tres contribuciones de Karl LOEWENSTEIN, "Ketzerische Betrachtungen über die amerikanische Verfassung" [Reflexiones heréticas sobre la Constitución estadounidense, pp. 233-254], del propio Peter SALADIN, "Die Kunst der Verfassungserneuerung" [El arte de la renovación constitucional, pp. 269-292], y de Dian SCHEFOLD, "Rousseaus doppelte Staatslehre" [La doble doctrina del Estado en Rousseau, pp. 333-353]; SCHEUNER, Ulrich, "Das Grundgesetz in der Entwicklung zweier Jahrzehnte" [La ley fundamental en la evolución de dos décadas], *Archiv des öffentlichen Rechts* [Archivo del derecho público], Tübingen: Mohr, t. 95, 1970, pp. 353-408; GRIMM, Dieter, "Verfassungsfunktion und Grundgesetzreform" [Función de la Constitución y reforma de la Ley Fundamental], *Archiv...*, *ibidem*, t. 97, 1972, pp. 489-537; HESSE, Konrad, "Bundesstaatsreform und Grenzen der Verfassungsänderung" [Reforma del estado federal y límites de la transformación de la constitución], *Archiv...*, *ibidem*, t. 98, 1973, pp. 1-52; FIEDLER, Wilfried, *Sozialer Wandel Verfassungswandel Rechtsprechung* [Cambio social, cambio constitucional, jurisprudencia], Freiburg / München: Karl Alber, 1972, 119 pp.; "Probleme um die Gesamtänderung der Bundesverfassung" [Problemas relativos a la transformación total de la constitución federal], *Dimensionen des Rechts. Gedächtnisschrift für René Marcic* [Dimensiones del derecho. Libro en memoria de René Marcic], Berlín: Duncker & Humblot, 2 vols., 1974, VIII + 1232 pp., esp. 905-920; STERN, Klaus, "Verfassung und Verfassungsreform in der Bundesrepublik Deutschland" [Constitución y reforma constitucional en la República Federal de Alemania], en *Festschrift für Hermann Jahrreiß zum 80. Geburtstag - 19. August 1974* [Libro homenaje a Hermann Jahrreiß en su 80º cumpleaños], Köln / Berlín: Carl Heymanns, 1974, VIII + 349 pp., y esp. 271-295; HÄBERLE, Peter, "Zeit und Verfassung. Prolegomena zu einem "zeitgerechten Verfassungsverständnis" [Tiempo y constitución. Prolegómenos a una comprensión de la constitución acorde con nuestro tiempo], en DREIER, Ralf y SCHWEGMANN, Friedrich (dirección

tales modificaciones y, si esta actividad, tiene o no límites y cuáles, en su caso; desembocando en un breve estudio sobre la soberanía, planteándonos el problema de saber a la luz de lo anterior, en quién radica realmente la soberanía.⁽¹³⁾

científica), *Probleme der Verfassungsinterpretation* [Problemas de la interpretación constitucional], Baden-Baden: Nomos, 1976, 353 pp., esp. 293-326. Aún después de la reunificación alemana de 1990, siguen siendo de inestimable utilidad: en primer lugar, las conclusiones (tanto preliminares como conclusivas) de la Comisión Indagatoria del Parlamento Federal alemán de la reforma constitucional [*Zwischenbericht y Schlußbericht der Enquete-Kommission für Fragen der Verfassungsreform gemäß Beschluß des Deutschen Bundestages*], Bonn: Deutscher Bundestag, 6. Wahlperiode, 21 sept. 1972 (*Drucksache VI/3829*, 115 pp., in 4º) y 7. Wahlperiode, 2 dic. 1976 (*Drucksache 7/5924*, 292 pp., in 4º); y, en segundo lugar, las jóvenes aportaciones de la doctrina, tales como la de SOMMERMANN, Karl-Peter, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen* [Fines del Estado y definición de los fines del Estado], Tübingen: Mohr Siebeck, 1997, XXI + 593 pp.

- (13) Cfr., en doctrina mexicana: CUEVA, Mario de la, "La idea de la soberanía" en *Estudios sobre el decreto constitucional de Apatzingán*, ciudad de México: U.N.A.M. / Coordinación de Humanidades, sobretiro, 1964, pp. 245-333; UORES-OLEA, Víctor, *Ensayo sobre la soberanía del Estado*, ciudad de México: U.N.A.M., 1969, IV + 143 pp.; PANTOJA-MORÁN, David, *La idea de soberanía en el constitucionalismo latinoamericano*, ciudad de México: U.N.A.M. / I.I.J., 1973, 167 pp.; LÓPEZ-PORTILLO, José, *Soberanía nacional y anticolonialismo*, ciudad de México: Secretaría de Programación y Presupuesto, 2ª ed., mayo de 1979, 66 pp. En la doctrina de lengua alemana, quizá haya todavía epígonos postkantianos de la escuela de Viena, que podrían solazarse, con alguna diversión, en la lectura de Hans Kelsen, *Das Problem der Souveränität* [El problema de la soberanía], Tübingen: Mohr, 1928, reimpresión facsimilar en Aalen: Scientia, 1960, XII + 320 pp. Sería empero más nutritivo un acercamiento al pensamiento de SCHEUNER, Ulrich "Art. 146 GG und das Problem der verfassunggebenden Gewalt" [El artículo 146 de la Ley Fundamental y el problema del Poder Constituyente], así como, en general, a las contribuciones de la obra colectiva editada por Hanns KURZ, *Volkssouveränität und Staatesouveränität* [Soberanía popular y soberanía del Estado], Darmstadt: Wiss. Buchgesellschaft, 1970, XIV + 416 pp.; sin excluir las cada vez más profundas y creativas contribuciones de Peter HÄBERLE, "Zur gegenwärtigen Diskussion um das Problem der Souveränität" [Respecto de la discusión contemporánea acerca del problema de la soberanía], *Archiv des öffentlichen Rechts* [Archivo del Derecho Público], 1967, t. 92, pp. 259 ss.

El artículo 135 constitucional señala en la parte conducente: "La presente Constitución puede ser adicionada o reformada...".

En el diccionario Porrúa de la Lengua Española se señala que: "ADICIONAR: Hacer o poner adiciones. Añadir. Sumar"; y en lo que respecta a: "REFORMAR: Volver a formar, rehacer".⁽¹⁴⁾ Son diversas las interpretaciones que la doctrina ha dado a estos términos.

El profesor Miguel de la Madrid considera que: "Reformar quiere decir volver a dar forma, *pero no significa modificar la sustancia de las cosas*, sino modificar la forma de una misma sustancia. Las adiciones, por otra parte, significan agregar algo a lo existente, pero sin destruir la existencia y tampoco transubstanciar lo existente"⁽¹⁵⁾ (cursivas nuestros).

En virtud de que considera que la substancia de la Constitución radica en los principios esenciales de la misma, para él, el artículo 135 no autoriza en forma alguna la transformación de fondo de aquéllos (*infra*, 3.A), apoyándose para ello en los mismos verbos utilizados en el aludido.

Por su parte, Tena Ramírez afirma que: "Adicionar es agregar algo nuevo a lo ya existente. Toda adición supone la supervivencia íntegra del texto antiguo, para lo cual es necesario que el texto que se agrega no contradiga ninguno de los preceptos existentes, pues si hubiera contradicción, el precepto que prevalece es el nuevo, en virtud del principio que la norma nueva deroga la antigua...". "Reforma es también la supresión de un precepto de la ley, sin sustituirlo por ningún otro;... es, por último, en su acepción característica, la sustitución de un texto por otro dentro de la ley existente".⁽¹⁶⁾

(14) *Diccionario Porrúa de la Lengua Española*, 32a. edición, ciudad de México: Porrúa S.A., 1991, pp. 11 y 641, respectivamente.

(15) MADRID HURTADO, Miguel de la, *Elementos de derecho constitucional*, 1a. edición, ciudad de México: Instituto de Capacitación Política del P.R.I., 1982, p. 275.

(16) TENA RAMÍREZ, Felipe, *op. cit.*, p. 46. Este autor parece lamentar el llegar a la conclusión de que el "Poder Constituyente Permanente" está investido de plenitud de soberanía para reformar o adicionar la Constitución a su voluntad, matizando esta afirmación, para volver a reconocerla sin cortapisas (*infra*, 45). En el

En la Constitución mexicana comentada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas, se argumenta que el texto mismo del art. 135 constitucional, no nos autoriza a pensar que las reformas o adiciones sean tales que resulten en una reforma total de la Constitución, dada que el mismo artículo determina que "para que las reformas o adiciones lleguen a ser parte de la misma", por lo que "esta redacción presupone necesariamente que con las reformas y adiciones la misma Constitución sigue existiendo".⁽¹⁷⁾

Nos adherimos, en lo general y con matices, a las tesis que afirman que los términos empleados por el artículo 135 constitucional, "reformular" y "adicionar", no otorgan facultades omnímodas al poder reformador de la Constitución para alterarla substancialmente pues, como veremos, sería depositar en ese *poder constituido* la soberanía, arrebátandose la al pueblo. Esto nos lleva a cuestionarnos ahora, sobre la conformación de este poder y sus facultades.

3. A) EL LLAMADO "PODER CONSTITUYENTE PERMANENTE". En el artículo 135 constitucional que venimos comentando, se establece el mecanismo a través del cual la Constitución puede ser adicionada o reformada, que transcribimos textualmente: "...se requiere que el Congreso de la Unión por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados. El Congreso de la Unión o la Comisión permanente en su caso harán el cómputo de los votos de las legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas".

A este conjunto de órganos o "sistema orgánico"⁽¹⁸⁾ de autoridades que concurren a fin de producir una modificación a la Regla Suprema,

mismo sentido irrestricto, CORTIÑAS-PELÁEZ, León, (Dirección, coordinación y redacción general), *Introducción al derecho administrativo I*, México: Porrúa S.A., 2ª ed., 1994, en referencia al Poder constituyente originario, p. 106; a las facultades del Poder constituyente federal, p. 107; y al Poder constituyente estadual, pp. 116-117.

(17) Cfr. en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985, la contribución de MADRAZO-CUÉLLAR, Jorge, p. 340.

(18) Cfr., MÉNDEZ, Aparicio. "Introducción a los sistemas orgánicos", en *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX*,

Tena-Ramírez lo ha denominado: Poder Constituyente Permanente. Este autor determina llamarlo así dado que, afirma, participa de la función soberana en tanto que puede afectar la obra que es expresión de la soberanía, por lo que su función es constituyente, sobreviviendo además, al mismo autor de la Constitución. No obstante, el profesor Miguel de la Madrid cuestiona tal denominación en virtud de que el verdadero Poder Constituyente "...es la soberanía misma, crea la Constitución...; no está limitado por normas positivas... y... es una facultad inherente al pueblo mismo"; en tanto que el poder revisor de la Constitución: "...es un poder constituido... sujeto al ordenamiento que le da vida... que debe obrar, dentro de sus estrictas competencias... [y]... de ninguna manera es soberano..."⁽¹⁹⁾

4. a) SU CONFORMACION. Lo anterior nos plantea el problema de determinar qué alcances tiene la función de ese poder y finalmente en quién radica la soberanía, temas sobre los que volveremos en breve.

Veamos algunos problemas que surgen del propio artículo comentado.

aa) En primer lugar: ¿quién o quiénes pueden presentar iniciativas para reformar la Constitución? Entendemos que procede aplicar la regla, genérica en materia de legislación federal, contenida en el artículo 71 de la propia Constitución. Son así titulares de la facultad de iniciativa: el Presidente de la República; los diputados y senadores al Congreso de la Unión; y las legislaturas de los Estados.

bb) El segundo problema sería: ¿ante qué instancia se deben presentar las iniciativas? Se deben seguir las mismas reglas de los

Homenaje al profesor Enrique Sayagués-Laso (Uruguay), "Préface" del profesor Marcel Waline [ahora, como pequeño artículo del propio WALINE, en versión castellana de Gabriela Fouilloux Morales, publicada en ciudad de México: *Alegatos*, No. 28, dic. 1994, pp. 643-644, bajo el título "La reconfortante lección de que los juristas todos (más allá de hábitos de pensar y de métodos divergentes) integramos una única y gran familia que intenta racionalizar y humanizar las relaciones sociales"], Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 5 vols., 1969, en el t. IV, pp. 937-957; y, más ampliamente, del mismo MÉNDEZ, *Sistemas orgánicos*, Montevideo: Amalio M. Fernández, 1973, 293 pp.

(19) MADRID HURTADO, Miguel de la, *op. cit.*, p. 274.

cuerpo(s) electoral(es) pues, a diferencia de la mayoría de los ordenamientos ibéricos y latinoamericanos, tanto la Constitución de 1917 (vigente) como las anteriores (las de 1814, 1823, 1824 y 1857) desde la insurgencia contra España, carecen de la figura del *referéndum* en materia constituyente.

gg) El Ejecutivo Federal deberá limitarse a publicarlas en el *Diario Oficial* de la Federación, y el Decreto que ordene tal publicación, tendrá que ser refrendado por el Secretario de Gobernación, como responsable del *Diario*. El presidente de la República no tiene en recta teoría pero sí en desviada práctica la facultad de vetar una modificación aprobada en los términos legales,⁽²⁰⁾ dado que el posible voto ha sido superado de antemano, por el número de votos requeridos para tal aprobación.

hh) El Presidente de la República, dada su virtual irresponsabilidad, tiene la [facultad] de determinar el momento en que hará la publicación del decreto de reformas sin que exista procedimiento formal alguno por virtud del cual se le conmine a que lo haga dentro de determinado plazo.

Estudiaremos ahora los alcances de la función del llamado "Poder Constituyente Permanente".

5. b) SUS FACULTADES RESPECTO DE LOS PRINCIPIOS ESENCIALES DE LA CARTA MAGNA. Sobre este punto existen, en términos generales, dos grandes posiciones.

6. aa). EL PODER REVISOR SERIA SOBERANO. La primera afirma que el poder revisor de la Constitución puede hacer tantas modificaciones como estime necesarias y aún llegar a dictar una nueva Constitución, por lo que para él, no representan ningún límite intocable los principios esenciales de la Constitución. Su argumento fundamental es que en ese poder radica la soberanía.⁽²¹⁾

(20) Práctica que consideramos una "praxis de veto de bolsillo". Cfr., CORTIÑAS-PELÁEZ, León, *Introducción al derecho administrativo I*, pp. 107 y 116-117, respectivamente.

(21) No ignoramos que el tema de la soberanía es muy polémico, pero para los fines del presente trabajo, además de los trabajos citados *supra* en nuestra nota 13, nos basta con considerar, con Hermann HELLER, que "Llamamos soberana a aquella unidad decisoria que no está subordinada a ninguna

En efecto, señala Tena-Ramírez, quien entre otros autores sostiene esta teoría, que si el art. 39 constitucional otorga al pueblo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno, y en virtud de que la Constitución Federal no aclara en qué forma puede ejercitar el pueblo ese derecho, "no nos queda sino admitir que el órgano constituyente del art. 135 es el único investido de plenitud de soberanía para reformar o adicionar en cualquiera de sus partes la Constitución mexicana"; así, en todo régimen representativo el pueblo no tiene más autoridad que la de elector; él es la fuente de toda autoridad pero no la ejerce por sí mismo.⁽²²⁾

7. bb). EL PODER REVISOR NO ES ILIMITADO. No termina de convencernos esta postura, no sólo por las razones que al citar a los autores que sostienen la segunda posición se darán, sino porque aún de las propias características que posee el de soberanía, se desprende lo contradictorias que resultan las afirmaciones que venimos de estudiar.

A este respecto, entendemos que la función constituyente, la más importante del Poder Público en ejercicio de la soberanía, merece una reivindicación normativa mexicana tanto federal como estadual. La Ley Suprema y las Constituciones de los Estados la regulan, oblicuamente, en cuanto a los procedimientos de iniciativa, promulgación y publicación: ello permite desvirtuaciones, particularmente a nivel del Ejecutivo que exigen un acotamiento más preciso del ejercicio de ésta, la función jurídica suprema de nuestro ordenamiento.⁽²³⁾

otra unidad decisoria universal y eficaz": *La Soberanía*, ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, traducción de Mario de la Cueva, 1965, p. 122 (con reimpresión facsimilar del Fondo de cultura económica, 1997). Con este criterio, actúan en *función constituyente* "Los sistemas orgánicos" previstos, por ejemplo, por las constituciones de: Alemania (art. 144, ejercida por los legislativos federal y estatales, sin referéndum); España (art. 166-168, pero con referéndum de ratificación); Francia (arts. 11 y 89, con referéndum de ratificación); Uruguay (art. 331, con variadas modalidades que, en su mayoría, incluyen el referéndum de ratificación).

(22) TENIA RAMÍREZ, Felipe, *op. cit.*, p. 58.

(23) Cfr., CORTIÑAS-PELÁEZ, León, *Introducción al derecho administrativo I*, págs. 107-108 y 116-117; además, del mismo CORTIÑAS, "Del régimen de la administración pública mexicana (Elementos para una reflexión prospectiva en 1992)", ciudad de México: *Alegatos*, sept.-dic. 1992, No. 22, p. 122.

En efecto, el art. 39 de la Constitución mexicana de 1917⁽²⁴⁾ habla de que "la soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo" y declara inalienable el derecho de éste a alterar o modificar la forma de su gobierno. Si bien confunde los conceptos de soberanía popular y nacional,⁽²⁵⁾ se cuida de anotar que la soberanía reside "esencial y originariamente en el pueblo". Es decir, de principio e invariablemente la soberanía le pertenece al pueblo, por definición es inalienable e indivisible.⁽²⁶⁾ Lo anterior se reafirma al establecer el mismo artículo, en forma específica, que el derecho del pueblo a alterar su forma de gobierno es inalienable, es decir que no se puede transmitir a otro, ni aunque ese otro sea el "Poder Constituyente Permanente". Para esta primera doctrina (la ilimitada), lo único que debe cuidar el Poder Constituyente Permanente, es que las reformas que realice sean congruentes con la historia de ese pueblo, con los conceptos de la época de la Constitución y con el propio contexto constitucional.⁽²⁷⁾

(24) En esto, similar a la de 1814 y al Acta de 1823, omitido en la de 1824, idéntica a la de 1857.

(25) El concepto de soberanía nacional es de corte conservador. En éste la soberanía reside en la nación, que es una persona independiente de los individuos que la componen, que necesariamente deberá expresarse a través de sus representantes, quienes tendrán la libertad de interpretar y adaptar la voluntad de sus representados, que devienen meros electores cuya única misión será la de designar a aquéllos. Por su parte, el de soberanía popular "consiste en admitir que el poder de mandar reside en forma directa (y expresable directamente) en la universalidad de los ciudadanos"..., "en la perspectiva de la soberanía popular cada individuo es a la vez, o en todo caso alternativamente, súbdito y portador de una parte de la soberanía". Cfr. HAURIOU, André, *op. cit.*, 1972, pp. 132-134.

(26) Señalaba al respecto Rousseau: "no siendo la soberanía sino el ejercicio de la voluntad general jamás deberá enajenarse... el poder se transmite, pero no la voluntad... La soberanía es indivisible por la misma razón que es inalienable; porque la voluntad es general o no lo es...". ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El contrato social*, ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1984, pp. 33 y 35.

(27) Pero, suelen omitir los intérpretes, 1917 carece de la restricción de 1824, que, a la letra establecía: Art. 171. "Jamás se podrán reformar los artículos de esta constitución y de la acta constitutiva que establecen la libertad e independencia de la nación mexicana, su religión, forma de gobierno, libertad de imprenta, y división de los poderes supremos de la federación y de los Estados"; y de la restricción de 1814, que establecía: "Art. 237 [...] "y no podrá proponerse alteración, adición ni supresión de ninguno de los artículos en qué consiste esencialmente la forma de gobierno que prescribe. Cualquier ciudadano tendrá derecho para reclamar las infracciones que notare".

8. cc). EL PODER REVISOR NO ES CONSTITUYENTE SOBERANO. La segunda posición considera que el poder revisor de la Constitución, en tanto que es un poder constituido, obra también del Poder Constituyente, no puede realizar modificaciones a los principios esenciales de la Carta Magna. En efecto, dado que ella establece las funciones y facultades de aquél, y por su carácter de poder constituido no puede, desde luego, atentar contra el que lo creó.

Esta corriente doctrinal presupone que la soberanía radica en el pueblo y éste no puede en forma alguna enajenarla a favor, ni de la Constitución, que es la obra del ejercicio de aquélla, ni de un poder que ella misma instituyó y que queda siempre bajo su voluntad.

En palabras del profesor Miguel de la Madrid: "todo poder constituido es un poder limitado que debe obrar, dentro de sus estrictas competencias, sin contrariar las decisiones políticas fundamentales que enmarquen la vida estatal por la propia Constitución". Mientras que "La existencia del poder constituyente deriva de la existencia del propio pueblo, ya que es una facultad inherente al pueblo mismo".⁽²⁸⁾

Evidentemente, en forma alguna se pretende que la Constitución se convierta en un conjunto de preceptos y principios estáticos e inalterables, pues la existencia del poder reformador es necesaria, en virtud de que "Las reformas constitucionales o las adiciones al texto constitucional son plenamente justificables, en cuanto precisen con mayor exactitud las decisiones políticas fundamentales o en cuanto tiendan a armonizar, en la práctica, las distintas decisiones políticas fundamentales que sirven de apoyo a la Constitución".⁽²⁹⁾

Ninguno de los autores que sostienen esta posición, cuestiona el hecho de que los principios esenciales de la Constitución puedan cambiar, desaparecer o renovarse. Así lo reconoce la propia Constitución mexicana en el art. 39, al declarar que el pueblo posee el inalienable derecho de cambiar su forma de gobierno (principio incuestionablemente esencial).

No hay duda tampoco de quién es el legitimado para decidir estos cambios; a la luz de la propia Constitución es el pueblo mismo, esencial

(28) MADRID HURTADO, Miguel de la, *op. cit.*, p. 274.

(29) *Op cit.*, p. 276.

y originariamente soberano. Si alguien más intentara hacerlo, caería en el supuesto del art. 136,⁽³⁰⁾ tal acción sería tomada como una rebelión; solamente el pueblo podría hacerlo legítimamente. El meollo de la discusión es: ¿a través de qué medios puede hacerlo el pueblo? No es necesario acudir al concepto del derecho a la revolución para saber que un movimiento armado promovido o respaldado por el pueblo no requiere de ningún fundamento o reconocimiento jurídico. Pero no creemos que nadie considere que la respuesta ideal sea que el pueblo tenga que hacer una revolución para transformar estos principios. Por el contrario, debemos buscar los métodos jurídicos a través de los cuales, el pueblo pueda participar en forma más directa en la adopción de los principios esenciales que, finalmente, le beneficiarán o perjudicarán a él (*infra*, 10).

Ahora formularemos algunos apuntes sobre el llamado "Poder Constituyente Permanente".

9. B) CRITICAS AL PODER CONSTITUYENTE PERMANENTE.

Parece arduo de admitir que un grupo de personas, elegidas normalmente por una minoría de electores (no olvidemos el alto grado de abstencionismo que ha reinado hasta 2000 en la República Mexicana), con el propósito de que gobiernen con el carácter de poderes constituidos, por y para el pueblo, se erijan sobre éste y decidan su destino, tomando (aún facultadas por texto expreso) las decisiones más trascendentales sin mayor intervención de la población, que la antes mencionada "elección" periódica.

En el terreno práctico, el considerar omnipotente al poder reformador de la Constitución, plantea algunos problemas. Así, si en su labor este poder realizara alguna reforma incongruente con los principios esenciales de la Carta Fundamental, no habría ningún medio de defensa posible en contra de tal reforma,⁽³¹⁾ con tal de que cumpliera con los

(30) Art. 136 (de la Constitución de 1917, vigente en 2000): "Esta Constitución no perderá su fuerza y vigor, aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia. En caso de que por cualquier trastorno público se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad se restablecerá su observancia, y, con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren expedido, serán juzgados, así los que hubieren figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren cooperado a ésta".

(31) Hecho que le parece "obvio" a Arturo GONZÁLEZ COSÍO: "De conformidad con la Constitución mexicana vigente desde 1917, existen

requisitos formales mencionados en el art. 135 comentado. Así lo reconoce Miguel de la Madrid: "Sin embargo, reconocemos que ante una reforma que desvirtuara alguna, o algunas, de sus decisiones políticas fundamentales, no sería posible acudir a procedimientos jurisdiccionales para obtener una declaratoria de anticonstitucionalidad de la reforma constitucional, porque tampoco en la Constitución se confiere al Poder Judicial Federal facultad alguna para determinar en este tipo de conflictos".⁽³²⁾

Por lo demás, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en idéntico sentido.⁽³³⁾

actualmente controles legales y políticos de los actos de los tres Poderes derivados de la Federación (no, como es obvio, del Poder Constituyente)". Cfr. *El poder público y la jurisdicción en materia administrativa*, 2a. edición, México: Porrúa S.A., 1982, p. 65; en el mismo sentido, enfatizando la amplitud irrestricta de la habilitación constitucional normada por el artículo 135 de la Carta de 1917, se pronuncia CORTIÑAS-PELÁEZ, León, en *Introducción al derecho administrativo I*, págs. 107 y 116-117, con nota en contra de Bachof.

(32) MADRID HURTADO, Miguel de la, *op. cit.*, p. 276.

(33) En la tesis No. 739: "CONSTITUCIÓN FEDERAL, SUS ESTATUTOS NO PUEDEN SER CONTRADICTORIOS ENTRE SÍ. Las reformas a los artículos 49 y 131 de la Constitución, efectuadas por el Coogreso de la Unión, no adolecen de inconstitucionalidad, ya que jurídicamente la Carta Magna no tiene ni puede tener contradicciones, de tal manera que, siendo todos sus preceptos de igual jerarquía, ninguno de ellos prevalece sobre los demás; por lo que no se puede decir que algunos de sus estatutos no deban observarse por ser contradictorios a lo dispuesto por otros. La Constitución es la norma fundamental que unifica y da validez a todas las demás normas que constituyen un orden jurídico determinado y conforme al artículo 133, la Constitución no puede ser inconstitucional; es un postulado sin el cual no se podría hablar del orden jurídico positivo, porque es precisamente la Carta Fundamental la que unifica la pluralidad de normas que componen el derecho positivo de un Estado. Además, siendo 'la Ley Suprema de toda la Unión', únicamente puede ser modificada o adicionada de acuerdo con las disposiciones de la misma que en el derecho mexicano se contienen en el artículo 135 constitucional, y únicamente por conducto de un órgano especialmente calificado pueden realizarse las modificaciones o adiciones, y por exclusión, ningún otro medio de defensa legal como el juicio de amparo es apto para modificarla". Cfr., Amparo en revisión 8165/1962. Salvador Piña Mendoza, marzo 22 de 1972, unanimidad de 16 votos, ponente: Enrique Martínez Ulloa, Pleno, Séptima Época, vol. 39, Primera Parte, pág. 22. Jurisprudencia y tesis sobresalientes 1974-1975, actualización IV civil, ciudad de México: Mayo, 1984, p. 381.

Únicamente se podría impugnar una reforma a la Constitución por grosero vicio de forma en su emisión, es decir, en el caso de que no cumpliera con los requisitos formales que señala el art. 135 comentado. Esto podría darse en varios supuestos: *a)* que el Congreso de la Unión o la Comisión Permanente, aprobaran las modificaciones sin contar con los votos de las Legislaturas estatales (sea de buena o mala fe, se contarán mal los votos, o se tuvieran por afirmativos votos negativos); *b)* que los votos de las Legislaturas estatales no hubieran sido emitidos por la propia Legislatura, sino por la Comisión o diputación permanente; *c)* que no se cumpliera con los quórum de asistencia y votación en el Congreso; *d)* que la iniciativa no proviniera de los entes autorizados; éstos por vía de ejemplo.

El juicio de amparo sería plenamente eficaz para impugnar las modificaciones que no observaran los requisitos marcados por el art. 135: "De otra suerte la seudorreforma o adición *no forma parte* de la ley suprema y el juicio de amparo conserva su plena eficacia en contra del acto atentatorio que, con el falso título de reforma o adición, pretende vulnerar el contenido de la norma suprema, cuya defensa corre a cargo del juicio de amparo".⁽³⁴⁾ Cabe hacer notar empero lo limitado de los efectos del juicio de amparo, amén de sus pobreza y contradicciones detectadas ya en el siglo XIX y enfatizadas por la doctrina del siglo XX y la práctica reciente.

En la práctica, el poder reformador de la Constitución ha operado en función del criterio y de los planes del presidente de la República en turno, dado que, como es bien sabido, la mayoría de las modificaciones constitucionales provienen de iniciativas de él, y no han reconocido otro límite que la autolimitación y prudencia de éste, combinada desde los noventa con su "sagacidad" para lograr el apoyo congresional de algún partido "de oposición".⁽³⁵⁾

10. UNA PROPUESTA DEL PROFESOR JORGE CARPIZO. Este autor señala que ante la imposibilidad de que el pueblo mismo gobierne y decida sobre los asuntos que le conciernen, ha sido necesario acudir a la figura de la representación; no obstante, y a fin de atenuar los inconvenientes que hemos venido comentando, propone, siguiendo la

(34) TENA-RAMÍREZ, Felipe, *op. cit.*, p. 63.

(35) Hasta ahora, la de derechas, es decir, la del Partido de Acción Nacional.

normatividad y doctrina helvéticas⁽³⁶⁾ y del Uruguay,⁽³⁷⁾ instrumentar mecanismos de “gobierno semidirecto”, y analiza tres procedimientos: a) el veto popular, que “es la aceptación o no aceptación de la ‘ley’ por el pueblo. La ley la crea el órgano legislativo, pero en un plazo determinado, cierto número de ciudadanos pueden exigir que esa ley sea sometida a la consideración del pueblo. Si el pueblo no sanciona la ley, los efectos de su decisión se retrotraen...”; b) el referendo, cuando “La asamblea legislativa hace un proyecto de ley, pero éste no adquiere el carácter de ley sino hasta que sea aprobado por el número de ciudadanos que la Constitución señale”; c) la iniciativa popular, si “un número de ciudadanos presenta a la asamblea un proyecto de ley, y la asamblea está obligada a considerar la iniciativa. Si dicha iniciativa no prospera dentro del órgano legislativo, entonces el pueblo es quien decide sobre el destino de dicha iniciativa”.⁽³⁸⁾

La idea sería instaurar alguno (o algunos) de estos métodos, para dar mayor intervención al pueblo, especialmente en lo relativo a la reforma de la Constitución.

La propuesta es interesante, aunque no debemos dejar de señalar que estos sistemas señaladamente helvéticos de democracia semidirecta presuponen a *diferencia de nuestro Tercer Mundo*, de una ciudadanía informada e interesada en la cosa pública, y de una voluntad real de los gobernantes en promover la participación consciente de la población.

Es ilustrativo el caso del gobierno del Distrito Federal, en el que, habiéndose insertado, por ley pero no en el renovado (1993) texto del art. 122 de la Carta Magna, las figuras del referendun, la iniciativa popular y la consulta pública, los resultados han sido: el primero desapareció al crearse la Asamblea de Representantes del D. F., y las dos restantes siguen careciendo de un ejercicio real, escasamente regulados por el Reglamento para el gobierno interior de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal. Cabe mencionar que los efectos de la iniciativa popular serían potestativos pues, de utilizarse, sólo impondrían su “consideración” por la Asamblea sin vinculatoriedad para ella.

(36) Constitución federal helvética, artículos 89 bis y 120 a 122.

(37) Constitución de la República Oriental del Uruguay, 1967, artículos 304-305 y 331 (literales A, B, C, D y E).

(38) Cfr. CARPIZO, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, ciudad de México: Porrúa S.A., 1990, p. 222.

Parecería que los “representantes del pueblo” tienen temor de activar mecanismos de mayor participación a éste, desconfiando así de los que, teóricamente, los eligieron, y para los que supuestamente gobiernan. Habrá que estar pendientes de probables reformas en el sexenio próximo (2000-2006).

Ahora analizaremos un principio esencial de la Constitución mexicana de 1917, el de la “división de poderes”. Su violación impide el ejercicio verdadero de cualquier sistema de control de la constitucionalidad. Como indicaba André Hauriou, “bajo un régimen de tipo dictatorial, ningún sistema de control de la constitucionalidad puede dar buenos resultados”.⁽³⁹⁾

II. DE LA DIVISIÓN DE PODERES

11. UN CASO CONCRETO: “LA DIVISIÓN DE PODERES” EN MÉXICO. Principio vertebral de un Estado de Derecho, mucho se ha cuestionado su efectiva vigencia, en México y en la mayoría de los países latinoamericanos. Más aún, en las últimas décadas, y particularmente en México, la marcada centralización del poder en manos de la Federación y su concentración en las del Ejecutivo, nos permite poner en duda la operatividad del principio y es necesario preguntarnos seguidamente las causas de esto y analizar si existe una solución aceptable.

12. BREVE RESEÑA HISTÓRICA DEL PRINCIPIO. Desde la antigüedad existía el planteamiento de la división de poderes, encontrando en Aristóteles y Polibio la referencia más antigua al tema que ahora comentamos. Sin embargo, “hasta entonces, la diversidad de órganos y la clasificación de funciones parecían obedecer exclusivamente a la necesidad de especializar las actividades, esto es, a una mera división del trabajo”.⁽⁴⁰⁾

La idea de emplear la fórmula de la división del poder público, a fin de limitar sus posibles excesos, en detrimento de la libertad individual, suele ubicarse en Locke⁽⁴¹⁾ y aún más claramente definida en

(39) HAURIUO, André, *op. cit.*, nota 2, mis notas personales.

(40) TENA-RAMÍREZ, Felipe, *op. cit.*, p. 206.

(41) Señalaba Locke: “Al poder legislativo incumbe dirigir el empleo de la fuerza de la república para la preservación de ella y de sus miembros...”.

Montesquieu. Esta consideración requiere empero una precisión hispánica. En efecto, en las Leyes de Indias se señalaba: "Por cédula de 1603 expresamente se decide que los virreyes y gobernadores 'por ningún caso se mezclen, ni entrometan en los negocios concernientes a administración de justicia; porque éstos están cometidos a las Audiencias, y no las deben poner en ellos estorbo (sic), ni impedimento alguno...'"⁽⁴²⁾

Cabe sí complementar la reflexión normativa del derecho indiano, con las precisiones de Locke y Montesquieu; para Locke el peligro mayor consistía en que las mismas personas tuvieran en sus manos la tarea de formular las leyes y ejecutarlas, pues, o bien podrían desobedecerlas, o bien podrían formularlas a la medida de sus intereses; se vio así, en la división de poderes, un postulado político para contrarrestar al absolutismo.

Por su parte, Montesquieu fundamenta sus postulados en una idea básica: "Pero se sabe por experiencia eterna que todo hombre investido de autoridad propende a abusar de ella, no deteniéndose hasta que encuentra límites", por lo que "...Para que no pueda abusarse del poder, es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder contenga al poder".⁽⁴³⁾ Montesquieu distingue en el Estado tres tipos de poderes: el

"Pero por disponer las leyes hechas de una vez y en brevísimo tiempo, de fuerza constante y duradera, y necesitar de perpetua ejecución o de especiales servicios, menester será que exista un poder ininterrumpido que atienda a la ejecución de las leyes en vigencia, y esté en fuerza permanente. Así acaece que aparezcan a menudo separados el poder legislativo y el ejecutivo...". "...el poder de paz y guerra y alianzas y todas las transacciones con cualquier persona y comunidad ajena a tal república,... puede llamársela (facultad) federativa..." Cfr. LOCKE, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, ciudad de México. Fondo de Cultura Económica, traducción de José Carner, 1941, pp. 94 y 95.

- (42) Ello, ya en 1603, según la obra *Política indiana*, por SOLÓRZANO Y PEREYRA, Juan de, comentada por CORTIÑAS-PELÁEZ en "Notas, a propósito de la actualidad de la administración de indias", Madrid: **Revista de estudios de la administración local y autonómica**, julio-septiembre 1986, No. 231, pp. 545-558, esp. 552-554.
- (43) MONTESQUIEU, Carlos Luis, *El espíritu de las leyes*, Madrid: Librería general de Victoriano Suárez, traducción de Siro García del Mazo, tomo I, 1960, pp. 225-226. Literalmente y en su original francés, el principio de que *Il n'ya que le Pouvoir qui arrête le pouvoir* fue expresamente reivindicado por el profesor GILES-ALCÁNTARA, Enrique, en su "Prólogo" a CORTIÑAS-PELÁEZ, León, *Poder ejecutivo y función jurisdiccional*, 1ª ed., ciudad de México: U.N.A.M., 1982, 314 pp., en su pág. 18.

poder legislativo (que hace leyes o deroga las existentes); el poder ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes (hace la paz o la guerra, envía o recibe embajadas, establece la seguridad pública y precave las invasiones); el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil o poder judicial (castiga los delitos y juzga las diferencias entre particulares).⁽⁴⁴⁾

Este principio es comentado posteriormente por diversos autores, pero su cristalización jurídica en un documento de trascendencia mundial se da en 1789, en "*La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*", que en su art. 16 señala: "Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes carece de Constitución".

13. PRECISIONES CONCEPTUALES Y OBJETIVOS DEL PRINCIPIO. Una de las críticas más severas que se han enderezado en contra del principio que nos ocupa, ha sido en contra de su propia denominación: "división de poderes". Parecería sugerirse con ésta, que los órganos del Estado (Constituyente, Legislativo, Ejecutivo, Judicial y el Reformador de la Constitución —éste no mencionado por Montesquieu—),⁽⁴⁵⁾ se fraccionan entre sí la soberanía, de la cual no tienen sino el ejercicio. En contra de este sentido se pronunciaba Rousseau: "No es posible dividir la soberanía, diría el ginebrino; lo que se nombra como poderes no son sino emanaciones de la autoridad soberana, a la cual estan supeditados".⁽⁴⁶⁾

De esta manera, en la actualidad ha sido mejor aceptado el denominar al principio como "separación de funciones", e incluso "coordinación de funciones".

(44) Cfr. ARMIENTA CALDERÓN, Gonzalo M., "La justicia administrativa. Una moderna concepción de la división de poderes", **Revista del Tribunal Fiscal de la Federación**, ciudad de México: enero de 1989, No. 13, pp. 101-118; MADRID HURTADO, Miguel de la, *op. cit.*, pp. 373-376.

(45) Pero reivindicado ahora por CORTIÑAS-PELÁEZ, León, *Introducción al derecho administrativo I*, pp. 106, 107 y 116-117, respectivamente; así como por el mismo autor en el artículo "Del régimen de la administración pública mexicana (elementos para una reflexión prospectiva en 1992)", ciudad de México: *Alegatos*, septiembre-diciembre 1992, No. 22, p. 122.

(46) MADRID HURTADO, Miguel de la, *op. cit.*, p. 376.

La Constitución mexicana, a pesar de que se refiere, en el título tercero, capítulo I, a "De la División de Poderes", adopta la tesis de la indivisibilidad del poder, dado que: "La historia constitucional mexicana reiteradamente ha afirmado lo anterior (que existe un solo poder y lo que se divide es su ejercicio en diferentes órganos), como se aprecia en el artículo 49 de la Constitución de 1917 vigente: 'El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial' ".⁽⁴⁷⁾

La segunda crítica en contra del principio, no es menos severa: nunca, e inclusive ni en el modelo inglés tomado por Montesquieu, las diferentes funciones estuvieron asignadas por completo a un solo órgano estatal.

¿Era la idea de Montesquieu la separación, estricta y absoluta de las funciones asignadas a los diferentes órganos estatales? Madison considera que no, pues analizando la Constitución británica, fuente de inspiración para aquél, deduce que los departamentos legislativo, ejecutivo y judicial, no se encontraban totalmente separados y diferenciados entre sí. Lo que es más, tomando algunos pasajes de la obra de Montesquieu, Madison llega a la conclusión de que lo que aquél quiso decir fue: "que donde *todo* el poder de un departamento es ejercido por quienes poseen todo el poder de otro departamento, los principios fundamentales se hallan subvertidos".⁽⁴⁸⁾

Por el contrario, Armienta Calderón considera que: "Montesquieu formuló su teoría de la división de poderes en términos de legalidad mecánica de poder, demasiado rígidos para los problemas modernos y contemporáneos...".⁽⁴⁹⁾

(47) OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús, *Diccionario jurídico mexicano* (Instituto de Investigaciones Jurídicas), tomo IV, ciudad de México: Porrúa S.A. y U.N.A.M., 1991, p. 2450.

(48) HAMILTON, Alejandro y otros, *El federalista*, 4a. edición, ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1987, p. 206.

(49) ARMIENTA CALDERÓN, Gonzalo M., "La justicia administrativa. Una moderna concepción de la división de poderes", ciudad de México: **Revista del Tribunal Fiscal de la Federación**, enero de 1989, No. 13, p. 117.

En la actualidad sería ciertamente difícil encontrar algún autor que afirmara la separación rígida de las funciones que desempeñan los órganos del Estado; por el contrario, la realidad nos muestra, que entre los diferentes órganos estatales se establece una relación de coordinación. Aunque de principio cada órgano posee una determinada y exclusiva función,⁽⁵⁰⁾ pueden atribuírsele nuevas funciones,⁽⁵¹⁾ o bien, establecerse que para el cumplimiento de determinados actos, sea necesaria la concurrencia de dos o más órganos estatales.

En este orden de ideas, consideramos, que los objetivos de la fórmula de la división de funciones, específicamente en el derecho comparado ibérico y latinoamericano, son: "1) Atribuir en forma preferente una función a uno de los tres poderes sin excluir la posibilidad de que los restantes poderes participen de ella o les sea atribuida cierta forma de actuar en ella; 2) que se permita la posibilidad de que los poderes se neutralicen unos a otros; 3) que se dé entre ellos una forma de colaboración⁽⁵²⁾ o cooperación de la que derive la cumplimentación o perfeccionamiento del acto, y 4) establecer mecanismos por virtud de los cuales uno de los poderes se defiende de la acción de los otros".

(50) Definimos función como "una manifestación de la voluntad general que, mediante la emisión de actos jurídicos y/o la realización de operaciones materiales, tiende al cumplimiento de los fines supremos del Estado, preceptuados por la Constitución y demás reglas subordinadas del ordenamiento jurídico objetivo". Vid. CORTIÑAS-PELÁEZ, León, "Teoría general de los cometidos del Poder Público", San José de Costa Rica: **Revista de Ciencias Jurídicas**, No. 57, 1987, p. 50 y en Madrid: **Revista de Administración Pública**, sept.-dic. 1986, No. 111, pp. 51-93.

(51) Al respecto se explica que "las funciones del poder público son cuatro: la constituyente, la legislativa, la jurisdiccional y la administrativa" y, si bien a cada órgano corresponde en principio realizar la función a que se refiere su propio nombre, a cada uno de los órganos se le pueden atribuir, por texto constitucional expreso, funciones que se podrían considerar propias de otro, vgr. "En efecto, puede haber función legislativa, por atribución, en el Ejecutivo (reglamento, actos-regla subordinados) o en el Judicial (regla jurisprudencial); puede haber función administrativa en el Legislativo (presupuesto, ratificación de nombramientos) o en el Judicial (licencias)". CORTIÑAS-PELÁEZ, León, *ibidem*, p. 50.

(52) Comentando el principio señalado, Carpizo en lo tocante a los objetivos 1 y 3 opina: "La Constitución de 1917 se basa en dos principios para otorgar la competencia a los órganos estatales, a saber: 1) el principio de colaboración y 2) la noción de funciones formales y materiales". Vid. *La Constitución mexicana de 1917*, ciudad de México: Porrúa S.A., 1990, p. 203.

Veamos sucesivamente estos cuatro objetivos.

- A fin de ejemplificar el punto 1), señalaremos que el Poder Constituyente del artículo 135 puede emitir un acto administrativo, como la supresión de una Secretaría de Estado, o un acto jurisdiccional como la declaración de cosa juzgada definitiva en una categoría de juicios (artículos 14° y 13°, de la Carta de 1917); que el presidente de la República tiene a su cargo la función administrativa,⁽⁵³⁾ pero puede expedir reglamentos, función materialmente legislativa. Así, el Congreso de la Unión es titular de la función legislativa, pero puede hacer nombramientos, función materialmente administrativa. Finalmente, el Poder Judicial Federal tiene a su cargo la función jurisdiccional, pero el Pleno de la Suprema Corte de Justicia puede expedir su reglamento interior, función materialmente legislativa.
- En lo tocante al punto 2), que en la Constitución se intenta lograr un equilibrio (bien teórico, como veremos *infra*, 14), entre los órganos estatales, tendría estos ejemplos: el veto neutraliza la acción del Congreso de la Unión, a favor del Ejecutivo; el Judicial lo hace a través del amparo contra leyes (con algunas reservas, por sus afortunadamente limitados efectos), y reglamentos; el Senado puede enjuiciar a un servidor público en perjuicio del Ejecutivo, etc.
- En el punto 3), las leyes que aprueba el Congreso de la Unión, son promulgadas y publicadas por el Ejecutivo; el Judicial dicta sentencias, pero las ejecuta con el auxilio del Ejecutivo.
- En el punto 4), si la Cámara de Diputados omite, en el Presupuesto de Egresos, señalar la remuneración de un servidor público, se entiende que le corresponderá la del presupuesto anterior.

(53) Al referirnos a la función administrativa, hacemos una importante diferenciación: "mientras las funciones constituyen una categoría abstracta y universal, válida para todos los países y para todas las épocas; los cometidos, por el contrario, constituyen una categoría concreta y particular, que puede variar según el 'genio propio' de cada país y de cada circunstancia histórica, según el grado mayor o menor de intervención estatal en la vida civil". Vid. CORTIÑAS-PELÁEZ, León, "Teoría general de los cometidos del Poder Público", San José de Costa Rica: **Revista de Ciencias Jurídicas**, mayo-agosto 1987, No. 57, p. 53; y en Madrid: **Revista de Administración Pública**, sept.-dic. 1986, No. 111, pp. 51-93.

Igualmente, todos los servidores públicos tendrán una remuneración adecuada e irrenunciable. Y cuando el presidente de la República da la tercera propuesta para que una persona ocupe el cargo de Ministro de la Corte, sin que el Senado manifieste nuevamente su acuerdo, ésta ocupará el cargo provisionalmente, aún sin dicho consentimiento, para evitar un perjuicio al Judicial.

Hasta aquí hemos visto los objetivos teóricos del principio comentado; es hora de ocuparnos de la forma en que éste ha operado en la práctica mexicana (y, por extensión matizada, ibérica y latinoamericana).

14. LA OPERATIVIDAD DEL PRINCIPIO. Como vimos, la concepción teórica del principio respondió a la necesidad de crear mecanismos, al interior del propio Estado, que mantuvieran a sus diferentes órganos dentro de sus esferas competenciales (aunque no en forma tajante y estricta, sino dentro de un marco de colaboración), evitando así que unos se enseñoreasen de otros, en detrimento de la libertad y los derechos de la población.

15. A) LA INOBSERVANCIA RELATIVA. Sin embargo, ninguna doctrina se atreve a afirmar la estricta observancia del principio en nuestros países, pues los autores, en mayor o menor medida, manifestándose en favor o en contra, e invocando diversas causas, reconocen que la balanza se ha inclinado en favor del Ejecutivo; esto, claro, en detrimento de los otros poderes.

16. B) LA TRADICIÓN AUTORITARIA. Podríamos hacer referencia a la tradición autoritaria mexicana⁽⁵⁴⁾ y de los sistemas de los países latinoamericanos;⁽⁵⁵⁾ pero no es necesario irnos tan lejos para ver que la concentración de funciones y cometidos,⁽⁵⁶⁾ en manos del Ejecutivo tiene más causas.

(54) RABASA, Emilio, *La Constitución y la dictadura*, ciudad de México: Porrúa S.A., "Prólogo" de Andrés Serra Rojas, 1990, 246 pp.; DÍAZ Y DÍAZ, Martín, *Emilio Rabasa: teórico de la dictadura necesaria*, ciudad de México: Escuela Libre de Derecho y Miguel Angel Porrúa, 1991, 117 pp., *in totum*.

(55) VALLENILLA-LÁNZ, Laureano, *Cesarismo democrático*, (Estudio sobre las bases sociológicas de la Constitución efectiva de Venezuela), 4ª ed., Caracas: Garrido, 1961, 238 pp.

(56) Para la distinción de funciones y cometidos en el actual derecho público latinoamericano, v. CORTIÑAS-PELÁEZ, León, *Introducción al derecho administrativo I*, 1994, págs. 62-63 y su esquema (pp. 64-65).

Si bien, de acuerdo a la opinión de Cosío Villegas, en las Constituciones mexicanas de 1824 y 1857, se dio supremacía al Legislativo,⁽⁵⁷⁾ en la Constitución actual la tendencia se revierte y "La Constitución de 1917 en este aspecto... se pronunció por un régimen presidencialista muy acentuado".⁽⁵⁸⁾

Así en un primer momento encontramos que la propia Constitución favorece la primacía del llamado por ésta, "Supremo Poder Ejecutivo".⁽⁵⁹⁾

17. C) ESTADO DE SERVICIO Y CONCENTRACION. En efecto, el constitucionalismo mexicano del siglo XX, desde 1917, "concibe ya un Estado de Servicio, manifestado en el imperativo de una potente administración prestacional, radicalmente inescindible de la esencia democrática del Estado, aclarándose que: El Poder Público no es una colección de prerrogativas para su ejercicio abusivo de los titulares de sus órganos. Muy por el contrario, Morelos... plantea la exigencia de que los gobernantes sean los 'siervos de la nación'"⁽⁶⁰⁾

Evidentemente un Estado de estas características llevaba consigo la concentración de funciones en manos del Ejecutivo, el órgano que por su característica de unipersonalidad y los recursos técnicos a su alcance,

(57) Citado por GONZÁLEZ COSÍO, Arturo, *El poder público y la jurisdicción en materia administrativa en México*, 2a. edición, México: Porrúa S.A., 1982, p. 41.

(58) Cfr. MADRID HURTADO, Miguel de la, *op. cit.*, p. 204, *in totum*.

(59) No dejamos de mencionarlo porque, no deja de ser curioso que mientras el art. 49 dice "El Supremo Poder de la Federación se divide..."; el art. 50 señale: "El Poder Legislativo de los Estados Unidos Mexicanos..."; y el 94 "Se deposita el Poder Judicial...", el art. 80 califique de "supremo" al Ejecutivo: "Se deposita el ejercicio del *Supremo* Poder Ejecutivo de la Unión". (énfasis nuestro).

(60) CORTIÑAS-PELÁEZ, León, "Constitución y empresas públicas", ciudad de México: **Alegatos**, mayo-agosto de 1989, No. 12, pp. 4 y 8; y en MARTÍN-RETORTILLO BÁQUER, coordinador, *Estudios sobre la constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, 5 vols., III + 4345 págs., Madrid: Cívitas, 1991, en el vol. V, "Economía y hacienda", pp. 3885-3903.

facilitaba el cumplimiento de los muy diversos cometidos que un Estado prestacional iba a poner en sus manos.⁽⁶¹⁾

De esta forma, la propia Constitución abría la puerta para que, poseyendo el Ejecutivo nuevos cometidos, y sin darse los contrapesos idóneos para controlar la ejecución de ellos, la concentración se fuera acentuando cada vez más con el transcurso del tiempo.

18. D) LA MATERIA ECONOMICA. En materia económica, el presidente de la República posee el manejo coordinado del Banco Central (ahora ya con autonomía formal, aunque es interesante ver cómo opera en la práctica); de los organismos descentralizados y de las empresas de participación estatal (cada vez menos, por cierto), del mayor flujo de recursos (a nivel federal, en detrimento de los Estados); y es el titular de la rectoría y de la planeación nacional.⁽⁶²⁾

“Se permitió así, constitucionalmente, la primacía del Ejecutivo sobre los otros poderes, al convertirse al primero en el titular de cuatro funciones diversas: la ejecutiva, la federativa, la de gestión económica y la de planeación, y al no establecer un sistema de equilibrios por lo que se refiere a estas dos últimas”, afirma con errónea pero sugestiva terminología el malogrado profesor Vázquez Pando,⁽⁶³⁾ coincidentemente con Manuel González Oropeza, quien considera que: “El efecto de que sea el Poder Ejecutivo el órgano de planeación nacional tiene que incidir

(61) Para esta precisión, válida en general del derecho comparado ibérico y latinoamericano, cfr. CORTIÑAS-PELÁEZ, León, “Evaluación de la Administración Pública Federal mexicana: su evolución a partir del México independiente hasta 1976”, **Revista de Investigaciones Jurídicas**, ciudad de México: Escuela Libre de Derecho, Año 13, No. 13, 1989, 156 pp. y en Madrid: **Revista de administración pública**, mayo-agosto 1988, No. 116, pp. 359-407. En el mismo sentido complementariamente, del mismo autor: “Teoría general de los cometidos del poder público”, San José de Costa Rica. **Revista de Ciencias Jurídicas**, mayo-agosto 1987, pp. 43-80, *in totum*; y en Madrid: **Revista de Administración Pública**, sept.-dic. 1986, No. 111, pp. 51-93.

(62) Así por ejemplo: México, artículos 25, 26; Uruguay, artículos 230 a 232; Ecuador, artículos 90-91, constitucionales.

(63) VÁZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro, *La crisis de la deuda externa y los desequilibrios constitucionales*, 1a. edición, ciudad de México: Escuela Libre de Derecho y Miguel Angel Porrúa, 1990, p. 207.

en una centralización política y económica a todos los niveles de un Estado Federal".⁽⁶⁴⁾

19. E) LAS FACULTADES POLITICAS. En el plano político, las facultades que posee el presidente mexicano son aún más abrumadoras: es el jefe del gobierno y del Estado, tiene un amplio control sobre el Legislativo, derivado a su vez del sistema de partido dominante⁽⁶⁵⁾ que aún en 2000-2006 existe en México, del cual es el "jefe nato", así como de las Fuerzas Armadas mexicanas;⁽⁶⁶⁾ sin contar con que su intervención en el proceso legislativo y constituyente derivado (iniciativa, veto, promulgación y publicación de las leyes), lo hace en la actualidad el

-
- (64) GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, "Planeación y división de Poderes", en ÁLVAREZ DEL CASTILLO, Enrique, *La Constitución mexicana: Rectoría del Estado y economía mixta*, ciudad de México: Porrúa S.A., 1985, p. 392, REYES-HEROLES, Federico, Neoliberalismo y rectoría estatal, en *ibidem*, pp. 219-237.
- (65) "Y en los países donde hay un partido predominante, es decir, donde existen varios partidos pero uno es el que tiene casi toda la fuerza política y el otro u otros no tienen importancia o no constituyen una real oposición, el sistema de gobierno aparentemente se lleva a cabo con normas constitucionales, pero en la realidad hay casi un monopolio del poder, aunque se hagan algunas concesiones con el objeto de aparentar un real juego de partidos". CARPIZO, Jorge, *Estudios constitucionales*, ciudad de México: Porrúa S.A., y U.N.A.M., 1991, p. 307. Además de que "la gran mayoría (de los miembros del Legislativo) son miembros del partido dominante y saben que si se oponen al presidente las posibilidades de éxito que tienen son casi nulas y que seguramente están así frustrando su carrera política". Cfr., del mismo autor, en *El Diccionario jurídico mexicano* (Instituto de Investigaciones Jurídicas), tomo IV, ciudad de México: Porrúa S.A. y U.N.A.M., 1991, p. 2509.
- (66) Citemos a Arturo GONZÁLEZ COSÍO, aparentemente un admirador, como "tipo ideal" weberiano, de la figura presidencial en el régimen postrevolucionario de México: "El Presidente de los Estados Unidos Mexicanos sustenta los principios del Partido en el poder y es escogido como candidato por el P.R.L.; no sólo es el más distinguido de sus miembros, el Jefe nato del Partido y de las Fuerzas Armadas, sino el Líder de las Instituciones Nacionales, asumiendo al mismo tiempo las atribuciones de jefe de Estado, jefe de Gobierno y jefe de la Sociedad". Véase, *El poder público y la jurisdicción en materia administrativa en México*, 2a. edición, ciudad de México: Porrúa S.A., 1982, p. 63.

legislador número uno, inclusive en materia constitucional⁽⁶⁷⁾ (en la que, aclaramos, no posee el veto, pero lo ha "practicado", ante la carencia de norma prohibitiva expresa como la de algunos Estados).⁽⁶⁸⁾ No debemos olvidarnos tampoco, del control que ejerce sobre los Estados de la Federación, cuyos gobernadores son nombrados y removidos por el presidente de la República.⁽⁶⁹⁾ No menos importante es la facultad de nombrar a (desde 1999, de "gravitar decisivamente" en el nombramiento de) su sucesor.⁽⁷⁰⁾

20. F) LA INFLUENCIA SOBRE EL JUDICIAL. Lamentable también es la influencia que ejerce sobre el Judicial,⁽⁷¹⁾ especialmente en

(67) "La actividad legiferante que, desde todos los conceptos, incluyendo el semántico, debiera corresponder y estar totalmente controlada por el Poder Legislativo ha sido realmente llevada a cabo por el Ejecutivo". GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, *op.cit.*, p. 394. De hecho, el que el partido dominante tenga, con raras excepciones (éstas, crecientes desde la instauración federal en 1982 de la "Dictadura Fondomonetarista"), mayoría en los Congresos Federal y Estaduales, permite al presidente modificar sin cortapisas la Constitución Federal, al alcanzar sin mayor problema, los quórumos requeridos, eventualmente con "facturas" bien pagadas al Partido de derechas (P.A.N.).

(68) Cfr. CORTIÑAS-PELÁEZ, León, *Introducción al derecho administrativo I*, precitado, pp. 107 y 116-117, respectivamente.

(69) Por ello, el federalismo (en México, como en Argentina, Brasil y Venezuela) es casi puramente "semántico"; lo cual contrasta con el vigoroso regionalismo de las "autonomías" españolas desde la Constitución de 1978. Afirma Jorge CARPIZO respecto del caso mexicano: "Ha sido común que a los gobernadores indisciplinados se les aplique la declaración, por parte del Senado, de que todos los poderes de esa entidad federativa han desaparecido. Quien presenta la solicitud al Senado para que haga la declaración es generalmente el secretario de Gobernación": *Estudios constitucionales*, ciudad de México: Porrúa S.A. y U.N.A.M., 1991, p. 392.

(70) "Así es claro que el presidente saliente escoge [aún mal disimuladamente en las elecciones internas de 1999-2000] a su sucesor. Tiene un margen de libertad muy amplio, quizá su única limitación sea que el 'escogido' no vaya a ser fuertemente rechazado por amplios sectores del país, lo que en realidad es difícil". CARPIZO, Jorge, *Estudios constitucionales*, p. 327.

(71) Crudamente señalado por Daniel Moynihan, senador demócrata del Estado de Nueva York: "El sistema judicial, nominalmente independiente,

la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con la facultad de nombrar a los ministros (con la aprobación del Senado), nombramientos que solo aunque no en todos los casos, responden a motivos políticos más que de buena impartición de justicia.⁽⁷²⁾

21. G) RECUENTO DE LAS FACULTADES PRESIDENCIALES.

El tema es amplio y rebasa los objetivos de esta contribución, pero brinda, un completo recuento de las facultades presidenciales: "Es el jefe del estado y el jefe del ejecutivo; el director de la política internacional; la voz del pueblo y la voz del país; el verdadero legislador o cuando menos el colegislador más importante; el jefe nato del ejército; el jefe de su partido; el coordinador de las fuerzas económicas; el encargado de la educación pública; el administrador de la hacienda pública y de los bienes nacionales; el director del crédito y de la moneda y el autor de la prosperidad o el responsable de la bancarrota. Sus palabras tienen enorme trascendencia y suelen revestir las dimensiones de un credo político, susceptible de aglutinar intereses o creencias o de dividir al país en antagonismos irreconciliables".⁽⁷³⁾ O, más brevemente: "En México, el presidente ocupa el lugar de un rey europeo del siglo XVIII. Sus poderes son amplios y en su campo de acción casi no tiene restricciones".⁽⁷⁴⁾

22. H) El presidente en turno: naturaleza arbitraria de posibles correctivos. Ante este apabullante desequilibrio entre los órganos del poder público, tan ajeno al derecho constitucional clásico,

está plagado de politiquería y corrupción. La prensa y la televisión, nominalmente independientes, están controlados por el gobierno". En PUIG, Curios, "En Estados Unidos discuten sobre México como si fuera Iowa o Montana", ciudad de México: **Proceso**, 5 de octubre de 1992. No. 831, p. 16. Cabría no olvidar que, en diciembre de 1994, por reforma constitucional fulminante, pactada con la oposición de derechas (P.A.N.) e iniciada en su primer día de gobierno, por el presidente entrante (1994-2000), se "jubiló" a la totalidad de los ministros integrantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para reemplazarlos por una integración proclive al flamante titular del Ejecutivo.

(72) Ello, sin desconocer que hay algunos verdaderos ministros y ministras de lo más respetable, en la Corte.

(73) F. Jorge GAXIOLA, citado por CARPIZO, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, ciudad de México: Porrúa S.A., 1990, p. 293.

(74) *Idem*, p. 294.

estamos en manos de la prudencia y sabiduría del presidente en turno,⁽⁷⁵⁾ quien decide cuáles son y cómo interpretar, los principios constitucionales esenciales, qué artículos constitucionales reformar para adecuarlos al proyecto político-económico que desea instrumentar en su sexenio, y cuándo y cómo respetar los derechos individuales de los mexicanos.⁽⁷⁶⁾

Cabe preguntarnos ahora, si existe un correctivo para tan extremo desequilibrio. Al respecto existen varias respuestas.

(75) El retrato que nos hace Daniel COSÍO VILLEGAS de la situación en el porfiriato (1876-1910) es revelador: “*Primero*, que trazar el camino más conveniente al país, así como determinar los medios de salvar los obstáculos que en él se presentaran, quedaba a cargo del Presidente de la República. *Segundo*, las cámaras de senadores y de diputados debían aprobar lo que el Presidente les propusiera porque ellos carecían de la información técnica que le dan al Presidente sus secretarías de Estado, y porque el Presidente no tiene otro afán que el desinteresado de servir al país. *Tercero*, la opinión pública y el pueblo han de confiar en la habilidad y de su Presidente, y renovar esa confianza al palpar los frutos benéficos de su acción. *Cuarto*, la fórmula significa que la confrontación abierta, pública, de intereses, opiniones o intereses opuestos resulta estéril, y lo único es la acción presidencial, encaminada siempre al progreso material, manteniendo el orden y la paz como su condición necesaria”. “El tramo moderno”, *Historia mínima de México*, 7a. edición, ciudad de México: El Colegio de México, 1983, p. 129.

(76) En efecto, sobre este último punto, una de las críticas más serias que se han enderezado en contra de la Comisión de Derechos Humanos, es su clara vinculación con el Ejecutivo, del cual es jurídicamente y como “organismo descentralizado”, un mero “auxiliar”. Cfr. CORTIÑAS-PELÁEZ, León, “Del régimen de la administración pública mexicana (elementos para una reflexión prospectiva en 1992)”, ciudad de México. **Alegatos**, septiembre-diciembre 1992, No. 22, p. 124, en donde el autor afirma: “La Comisión Nacional de Derechos Humanos empieza con innegable valor civil, pero con un régimen jurídico vulnerable. En efecto, a pesar de todos los sabios y prudentes argumentos jurídicos y políticos en pro de su creación como un órgano ajeno al Ejecutivo y eventualmente congresional, es un descentralizado, ergo, y según la propia Ley Orgánica, un simple ‘auxiliar’ del Ejecutivo. Por lo demás, el propio presidente de la C.N.D.H. ha reiteradamente denunciado el incumplimiento de la mayoría de sus ‘recomendaciones’”. Con mínimos matices, lo mismo vale para el sexenio 2000-2006, a pesar de su pregonada autonomía (desde 1999, en el art. 102 B) de la Constitución).

En principio, cabría pugnar por retomar el camino de la constitucionalidad, a través de "la creación de nuevos órganos, o mediante la atribución de facultades a los existentes en tal forma que se dé un sistema de pesos y contrapesos que eviten la prevalencia de alguno de ellos".⁽⁷⁷⁾

En esta línea estaría la propuesta de ampliar las facultades de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, como reiteradamente se ha proyectado desde 1946, actualizando la contribución precursora del maestro mexicano Teodosio Lares.⁽⁷⁸⁾

También existe en derecho comparado otra corriente doctrinal que encuentra que la tendencia a la acumulación de facultades en manos del Ejecutivo, es una "tendencia natural y espontánea", cuya "... solución no debe consistir en levantar barreras artificiales... sino en organizar constitucionalmente esta tendencia".⁽⁷⁹⁾ Reconociendo este hecho, el joven maestro francés Michel Miaille aborda el tema con una propuesta novedosa e interesante (*infra*, 23), cuya presentación se sitúa, con precisión, en el horizonte prospectivo y comparado de esta obra de constitucional comparado inspirada por el gran jurista García Pelayo.

23. I) UNA NUEVA CONCEPCION DE COORDINACION ENTRE LOS ORGANOS DEL PODER PUBLICO (MICHEL MIAILLE). Miaille⁽⁸⁰⁾ reconoce que la separación de los poderes (como él la llama), responde a una necesidad de "reconstrucción de la sociedad política", pero constituye una simplificación de un problema que a la luz del análisis resulta mucho más complejo.

(77) VÁZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro, *op. cit.*, p. 212.

(78) Así, recientemente y por todos, CORTIÑAS-PELÁEZ, León "Separación o división de poderes: del parteaguas entre administración y jurisdicción", ciudad de México: **Alegatos**, U.A.M. Azcapotzalco, Departamento de derecho, núm. 38, ab. 1998, pp. 5-32, *in* 4º (que comenta y transcribe la normatividad laresiana de 1853 y 1865, con bibliografía actual), idem CORTIÑAS-PELÁEZ, León, "Tradición y futuro inmediato de la jurisdicción administrativa en México", ciudad de México: **Revista del Tribunal Fiscal de la Federación**, No. 115, 1997, pp. 145-175 y en Montevideo: **Revista de Derecho Público**, No. 13, 1998, pp. 25-40.

(79) TENA-RAMÍREZ, Felipe, *op. cit.*, p. 241.

(80) Los siguientes desarrollos están tomados de MIAILLE, Michel, "Separación de poderes y proceso revolucionario", versión castellana de León CORTIÑAS-PELÁEZ, San José de Costa Rica: **Revista de Ciencias Jurídicas**, enero-abril 1988, No. 59, pp. 41-61.

24. a) Del juridicismo de Montesquieu hacia un realismo contemporáneo. El esquema de Montesquieu es una "distinción de las funciones asumidas por órganos diferentes, pero que jamás han tenido la exclusividad ni siquiera la totalidad de una determinada competencia", afirma este autor. Sin embargo, la "trinidad" clásica de Montesquieu podría dar paso a una nueva estructuración que se apegaría más a la realidad que ya comentábamos en el numeral anterior: "El poder está concentrado de hecho sobre la cabeza del Ejecutivo...". La división ahora no sería juricista, sino político-normativa, aceptando que "Si la deriva hacia un poder más concentrado, en el ejecutivo, es una tendencia inevitable en los Estados modernos...", la respuesta debe ser diversa a la clásica. Ello nos llevaría a una categorización más diferenciada y precisa, distinguiendo por un lado poderes activos y de resistencia y, por el otro, además, contrapesos y poderes de propuesta o anulación.

25. b) Un nuevo garantismo: la multiplicación de los centros de decisión y el principio trinitario. Así, la nueva división se concebiría:

- 1) *En un plano vertical:* por un lado *A)* Los poderes activos, a los que corresponde la toma de decisiones (el gobierno y la administración); por el otro, *B)* Los poderes de resistencia, cuyas facultades consisten en impedir (el legislativo y el judicial), de donde estos últimos ejercen un papel de control.
- 2) En el plano horizontal, distinguimos: *A)* En la cúpula, los poderes de decisión con sus contrapesos (los poderes de resistencia), y *B)* Los poderes de base, que a su vez podrían ser de dos tipos: a) poderes de decisión, que "limitarían la competencia de las autoridades en la cúpula", y b) poderes de propuesta o anulación, de los anteriores, que consistirían en una "capacidad de iniciativa o de veto" (procedimientos de democracia directa o semi-directa).⁽⁸¹⁾

Como vemos, se produce una "multiplicación de los lugares donde pueden adoptarse decisiones...", lo que "permite asegurar una garantía para los ciudadanos, de su propia autoridad en el Estado".

(81) Michel MIAILLE, asevera que en esta forma "se instruye otra separación de poderes que los juristas conocen bien pero utilizan poco: la separación entre poder constituyente y el poder constituido". *Op. cit.*, p. 58.

26. c) Un problema insoluble? A pesar de que la propuesta es muy interesante, el propio autor reconoce *tres grandes obstáculos*:

- 1) El proyecto requiere de una población con una sólida "formación política y cívica, para que estos mecanismos operen".
- 2) La formulación de un marco jurídico que estructure la propuesta (sin duda el más salvable de los obstáculos).
- 3) La voluntad política y la perseverancia para ejecutarlo.

Tales obstáculos nos conducen, en el derecho comparado de los países emergentes, a un problema quizá insoluble: éste y cualquier proyecto, radican sobre una premisa fundamental: que los detentadores del poder posean gran prudencia y sabiduría, así como una honestidad tal, que los conduzcan a hacer un uso del poder puesto en sus manos. De existir un ser capaz de resistir la tendencia humana de manifestar su corrupción, ante el contacto con el poder, gobernando a su vez, seres conscientes de sus derechos y deberes, dispuestos a tomar su papel y respetuosos de las normas y de sus gobernantes, ¡qué importaría que fuera un único sujeto quien tuviera en sus manos todas y cada una de las decisiones definitivas del rumbo de un país! Semejante utopía, rara incluso en los países de la Unión Europea (hoy corroídos por la corrupción cupular de notoriedad) resulta por ahora impensable en los países que, según Andre Hauriou, aún no han alcanzado su madurez (léase, los del Tercer Mundo).⁽⁸²⁾

27. d) Convergencia de las doctrinas francesa y alemana: de Tocqueville a Heller. No hay ninguna doctrina socio-política que no requiera de esas premisas fundamentales: la conciencia y la buena voluntad de aquel que tenga en sus manos la última instancia decisoria.⁽⁸³⁾

Resulta una tarea imposible encontrar un ser con esas cualidades hasta ahora sigue imperando aunque matizada, la antigua ley del más poderoso, la ley de Calicles:⁽⁸⁴⁾ "ninguna división de poderes de Derecho

(82) HAURIOU, André, *Cours*, 1962-63, supra, nota 2.

(83) Alexis de TOCQUEVILLE afirmaba que existe un poder despótico y absoluto "que en todo gobierno debe residir en alguna parte", sí, pero ¿EN QUIÉN? TOCQUEVILLE, Alexis, *La democracia en América*, 4ª edición, ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1984, p. 684.

(84) CORTIÑAS-PELÁEZ, León, "Calicles y Marx en la ciencia cueviana del derecho constitucional", ciudad de México: *Alegatos*, No. 41, abril 1999, pp. 109-120.

Constitucional puede impedir que en un conflicto insoluble, por ejemplo entre el Gobierno y el Parlamento, decide, a falta de una unidad superior de acción, el poder prácticamente más fuerte".⁽⁸⁵⁾

III. REFLEXIONES Y PARADOJAS EN EL HORIZONTE COMPARATIVO DEL SIGLO XXI

28. A) Liberalismo clásico y Constituciones. Para que los hombres puedan convivir juntos requieren de una forma de organización determinada. Sin embargo, las características propias del ser humano lo llevan a desear acumular el poder en sus manos, con fines egoístas. *A fin de poner freno a esa tendencia y controlar el ejercicio del poder, surgen, en la concepción liberal clásica y entre otros mecanismos, las Constituciones.*

29. B) Teología clásica de una Constitución. La Constitución, en el derecho constitucional clásico, tiene como propósitos primordiales:

- a) La racionalización del poder;
- b) La estructura de los órganos representativos del poder;
- c) La representación del balance de las diferentes fuerzas en una sociedad;
- d) El posibilitar el reconocimiento internacional de una nación;
- e) La fijación de los grandes lineamientos que deben normar todo el ordenamiento jurídico;
- f) El plasmar los principios esenciales que el pueblo ha asumido en su devenir histórico. Estos dependerán del "genio" propio de cada pueblo.

30. C) Inmadurez constitucional del Tercer Mundo. El Derecho Constitucional Clásico supone para su existencia diversas premisas ajenas al Tercer Mundo: la racionalización del poder, el respeto entre gobernantes y gobernados, el otorgar un alto valor al individuo, una economía liberal en sus primeras etapas de desarrollo y una población educada y participativa, entre otras. En nuestros países

(85) HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 15ª reimpresión, 1995, 343 pp., esp. p. 278.

ibéricos y fundamentalmente latinoamericanos, al faltar estas premisas, aquél no ha podido madurar; la "inmadurez constitucional" es una realidad en los países exportadores de materias primas e importadores de capital.

31. D) Estado de Derecho, Estado social y Estado democrático: lucidez trinitaria del enfoque del maestro García Pelayo. El sometimiento de las autoridades y de los particulares al Derecho y específicamente a la Constitución, es un *sine qua non* de la existencia de un Estado de Derecho (éste empero arraigado en el liberalismo y por ello tan arduamente compatible con la democracia social). Pero esto merece ser matizado, precisado, por el genio hispánico de don M. García Pelayo: "El estado de derecho fue considerado como una «falsificación de la democracia social» [...] necesitaba ser salvado de su significación de Estado de clase dándole un contenido ampliamente democrático y social. Por otra parte, la experiencia había mostrado que su manipulación para fines contradictorios para la democracia misma mostraba que probablemente el único método, para defender a la democracia de sus posibles contradicciones y alienaciones, es su articulación al Estado de Derecho [...] a los valores jurídicos fundamentales estimados por la conciencia social [...]. La dimensión social pone a su vez los límites al decisionismo democrático, ya que debe respetar los valores sociales constitucionalmente protegidos. El formalismo del Estado de Derecho no podrá extenderse hasta bloquear los valores sociales y democráticos, a la vez que la orientación hacia estos valores contribuye a que el Estado de Derecho no degenera hasta convertirse en un simple Estado legal compatible con formas autoritarias o con cualquier especie de contenido material. [...] El producto generado por la *fórmula trinitaria* es el concepto fundamental del Estado establecido por la Constitución y en el que se culmina en una unidad dialéctica el desarrollo separado y, por lo mismo, no integrado de los tres conceptos acuñados por la praxis y la teoría política del siglo XIX y parte del XX.⁽⁸⁶⁾

32. E) Implicancias formales de una supremacía constitucional. La Constitución es suprema, por lo que se encuentra en la cúspide del ordenamiento jurídico formal, en calidad de Regla de reglas. Esto implica que:

(86) GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Las transformaciones...*, precitado, pp. 98-134; cfr. *supra*, n. 1 y texto.

- a) Su aplicación inmediata no está formalmente condicionada a su desarrollo legislativo posterior;⁽⁸⁷⁾
- b) Constituye el necesario de todas las leyes, reglamentos y demás fuentes del ordenamiento jurídico, que deberán ajustarse a ella para efectos de su aplicación e interpretación;
- c) Debe regir los actos de cualquier autoridad, sobre cualquiera otra disposición.

33. F) Una supremacía reglada, comprensiva de los principios esenciales. La defensa de la supremacía constitucional debe comprender los mecanismos necesarios para mantener a la Constitución en su calidad de Regla Suprema, portadora de los principios esenciales asumidos por la nación, previniendo y reparando plenamente su violación por parte de autoridades y particulares.

34. G) Una supremacía reglada tanto formal como material. En nuestros países ibéricos y latinoamericanos, la Constitución, la jurisprudencia y un amplio sector de la doctrina, coinciden en afirmar la supremacía formal, pero también material de la primera.⁽⁸⁸⁾

(87) Inspirándose en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la Constitución uruguaya establece desde 1942, en su artículo 332: "Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos así como a los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas". El devenir de la legislación administrativa mexicana parece orientarse en la misma dirección: en efecto, el *Nuevo ordenamiento administrativo procedimental [NOAP] para el Distrito Federal*, según anteproyecto de 1994, establece: "Las reglas que consagren derechos de los interesados o las que imponen deberes a la administración, no dejarán de aplicarse, en ningún caso, por alguna insuficiencia de su reglamentación, y ésta será suplida por los principios capitales sancionados por la Constitución Federal o el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, por los principios generales del Derecho, por los fundamentos de la leyes análogas, por las doctrinas generalmente más admitidas y por la equidad"; cfr., **Alegatos**, Univ. A. Metropolitana / Depto. Derecho, No. 28, dic. 1994, pp. 539-564, esp. 546, artículo 2.1.

(88) Cfr., ampliamente, ENTERRÍA, **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**, Madrid: Cívitas, 1981, múltiples reimpressiones, 257 pp.

35. H) El Constitucionalismo clásico y su viabilidad tercermundista. En México y en la mayoría del derecho comparado latinoamericano, países del Tercer Mundo, no existen mecanismos eficaces de defensa de la supremacía constitucional pues:

- a) El control difuso⁽⁸⁹⁾ es letra muerta;
- b) La Suprema Corte de Justicia de la Nación no se configura *materialmente* como un verdadero Tribunal Constitucional;
- c) No existe un tribunal *auténticamente* independiente que resuelva los conflictos entre los diferentes órganos de Poder Público (vgr. entre el Ejecutivo y el Legislativo; entre la Federación y los Estados).

36. I) Imperatividad del control difuso de constitucionalidad para los tribunales autónomos de lo contencioso administrativo. En el precitado artículo 133 constitucional, la Carta ordena la sujeción de los jueces estatales locales a su texto y a los principios esenciales. Esta obligación comprende a todas las autoridades. En una interpretación histórica y lógica de este artículo, podríamos considerar que se comprende también, a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, en la facultad y obligación, de realizar un análisis de constitucionalidad de las leyes que deben aplicar, en la resolución de los asuntos que conozcan, prefiriendo a la Ley Fundamental sobre cualquier disposición que la contradiga. La Constitución no sugiere, ordena. Pero los magistrados y jueces medrosos, rara vez la acatan.

37. J) Garantismo clásico y soberanía constituyente. En México no existe juicio de amparo contra leyes y mucho menos contra actos constituyentes del Poder revisor de la Constitución, pues para que proceda una demanda de amparo, debe existir un acto de autoridad que viola derechos individuales y sólo en forma secundaria se analiza la violación a la Carta Constitucional. La sentencia sólo determina un estado de excepción a la aplicación de la ley ordinaria jamás de la ley constituyente), con efectos particulares y no *erga-omnes*.

(89) Establecido en el art. 133 constitucional: "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. *Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados*" (énfasis nuestro).

38. K) Acatamiento, incumplimiento y responsabilidad. Si las autoridades protestan guardar la Constitución y, en el ejercicio de sus cargos, la desconocen, esto debe dar lugar a una responsabilidad política real. Esta es empero una típica latinoamericana "*blue sky law*".

39. L) Determinación y contenido preciso de los principios esenciales. La Constitución contiene principios esenciales, no siempre plasmados expresamente en un determinado artículo, pero que comparten su supremacía. Por ello, debería teóricamente existir una instancia específica que determine cuáles son y cómo entenderlos. Pero ello, tanto en derecho positivo mexicano como en *derecho comparado* latinoamericano,⁽⁹⁰⁾ parecería tener rango de *utopía*.

40. M) Acotamiento del Constituyente Permanente y abogacía de intereses "globalizados". La soberanía radica en el pueblo, por lo que el llamado "Poder Constituyente Permanente" no podría (a pesar de su habilitación normativa ilimitada y de su raíz en el sufragio universal directo) desconocer o alterar sustancialmente los principios esenciales de la Constitución. Estaría sujeto a ella en su calidad de poder constituido. Podría reformarla a fin de precisar o armonizar esos principios, pero no podría ir más allá. Por desgraciada o quizá reveladora coincidencia, esta posición limitacionista es defendida frecuentemente por poderosos intereses corporativos (frecuentemente transnacionales), como en el caso de las sucesivas nacionalizaciones mexicanas, tanto la anticlerical (1861) y la petrolera (1938) como la bancaria (1982).⁽⁹¹⁾

La posición contraria afirma empero que la potestad constituyente emanada del sistema mexicano de sufragio universal directo, presupone, al elegir a los diputados y senadores federales y estatales, que éstos poseerán la función constituyente revisora, señalada en el artículo 135. Esta nos parece, con todo nuestro respeto, una suposición excesiva, lógica pero irrealista, en un país tercermundista, con una población y con legisladores tanto federales como estatales con tan poca (o inexistente) educación cívica y política, como es el caso de la República Mexicana.

(90) Cfr., CAJARVILLE-PELUFFO, Juan Pablo, "Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la constitución uruguaya", *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*, Montevideo: Fundación de cultura universitaria, 1996, 577 pp., esp. 155-179.

(91) Así, en la nacionalización bancaria de 1982, SÁNCHEZ-MEDAL, abogado privatista antecitado (nota 10).

Moderando esta postura extrema, quedan la propuesta de Carpizo (*supra* No. 10) y el derecho vigente en Uruguay (Art. 331).

41. N) Del Constituyente y de los poderes constituidos. Sólo el pueblo debería poder transformar o cambiar los principios esenciales de la Constitución en uso de su soberanía. Si alguien más intentara hacerlo, en pura lógica su conducta caería en la hipótesis prevista en el art. 136 constitucional; sin embargo, una lectura estricta del artículo 135 podría "debilitar" ante texto expreso, la pretendida rigidez que excluye a los poderes "constituidos" (el Revisor de la Constitución) del ejercicio cabal de la función "constituyente". Ello abriría, como en derecho comparado, tanto de países de Primer mundo como de Tercer mundo, perspectivas de mayor flexibilidad.

42. Ñ) La difícil ampliación del consenso ante "la inmadurez tercermundista". Por ello, es necesario crear los mecanismos para ampliar la participación popular en las decisiones más trascendentes de la vida de la nación. Sin embargo, reiteramos, ello implica supuestos casi inexistentes en América Latina:

- a) Un mejor nivel y de vida de la población;
- b) La educación cívica y política de la población, y
- c) Un deseo mayor de participación en los asuntos de interés general, por parte de la población.

43. O) ¿Reglas constitucionales contrarias a la Constitución? A la luz del de los principios esenciales de la Constitución, podrían existir artículos que formen parte de ella, como resultado del ejercicio ilegítimo de la facultad reformadora de la misma, pero que al violar ese cuadro de principios resultarían inconstitucionales. Esto, siguiendo a la doctrina alemana,⁽⁹²⁾ rechazada aquí empero puntualmente por alguna doctrina mexicana⁽⁹³⁾ y, en lo general, por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

(92) BACHOF, Otto, "Verfassungswidrige Verfassungsnormen?" [¿Normas constitucionales contrarias a la Constitución?], en *Wene zum Rechtsstaat* [Caminos hacia el Estado de Derecho], Estudios escogidos de derecho público, Königstein: Athenäum, 1979, V + 394 pp., esp. 1-48.

(93) Por todos, CORTIÑAS-PELÁEZ, León, *Introducción al derecho administrativo I*, esp. pp. 107 y 116-117, respectivamente.

44. P) "Dictadura perfecta" y Constitución. Ningún sistema de defensa de la Constitución puede funcionar en una dictadura. *Ergo*, jamás en una dictadura perfecta como la del México contemporáneo,⁽⁹⁴⁾ inclusive después de su "entibiamiento" (1994-2006) actual.

45. Q) ¿Una supremacía potestativa? En México, con el sistema de partido dominante y el acentuado presidencialismo reinante, éste común a casi todos los países latinoamericanos, el funcionamiento de un sistema de defensa de la Constitución resulta potestativo pues depende de la buena voluntad del titular del Ejecutivo. Ello a diferencia abrumadora con el derecho comparado, tanto estadounidense⁽⁹⁵⁾ como europeo (vgr. España y Alemania).⁽⁹⁶⁾

46. R) Supremacía constitucional y hegemonía planetaria. Una solución parcial sería configurar al Legislativo y al Judicial como poderes de resistencia y control, frente al Ejecutivo, quien ejercería el papel activo de tomar las decisiones. Al mismo tiempo, se multiplicarían los centros de decisión y control entre la población. Esto requeriría:

(94) Cff. VARGAS LLOSA, Mario, en "El Encuentro Vuelta, siglo XX: La experiencia de la libertad", transcripción de MAZA, Enrique, "La polémica ante las cámaras", ciudad de México: **Proceso**, 10 de septiembre de 1990, No. 723, pp. 52-53.

(95) Para los Estados Unidos de América, v. para contrastarlas con las visiones poco comparativas y complacientes de los propios estadounidenses (v. gr. SCHWARTZ, TRIBE, etc.), quizá ameritan cotejarse dos jóvenes visiones europeas: cfr., BRUGGER, *Einführung in das öffentliche Recht der USA* [Introducción al derecho público de los E.U.A.], München: Beck, 1993, XIV + 258 pp., esp. 14-24; y LERAT, Christian, *La cour suprême des Etats-Unis: Pouvoirs et évolution historique*, Bordeaux: P.U.B., 4ª ed., 1990, 332 pp.

(96) Para España, *vid.* Constitución, artículos 159 a 165; y GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución...*, *supra*, n. 88. Para Alemania, los artículos 93 y 94 de la Ley Fundamental, en DÜRIG, Günter, *Grundgesetz*, München: Beck, 1997, 201 pp.; más ampliamente, RINKEN, Alfred, "Die Rechtsprechung" [La jurisprudencia], en WASSERMANN, Rudolf (director general), *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* [Comentarios sobre la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania], Neuwied: Luchterhand, 2ª ed., 1989, 2 vols., I (XXX + 1920 pp.) y II (XIII + 1675 pp.), esp. t. 2, pp. 965-1095.

- a) Una población consciente, educada e informada;
- b) Un marco jurídico adecuado, que no sea puramente semántico y,
- c) La voluntad política y la perseverancia de las autoridades.

Estos requisitos parecen remotos en nuestros países y particularmente inviables en México, un país dependiente del "Tercer Mundo", máxime con 3,000 kilómetros de frontera con la primera potencia mundial, que ya "devoró" (1835, 1846-48) la mitad (al menos física) del territorio mesoamericano. Ello deriva en una diferencia abrumadora, en este año 2000, entre los países de la península ibérica y los países de iberoamérica, de la receptividad, cotidiana y concreta, de los principios esenciales del derecho constitucional clásico.

47. S) La supremacía de los elementos extranormativos de lo jurídico. Sin embargo, no debemos olvidar que el titular de la última instancia decisoria siempre se constituirá como un poder "maquillado" pero en verdad despótico y absoluto, cuyas decisiones sólo dependerán de su propia sabiduría, prudencia y honestidad. Ergo y mayormente, al margen de la técnica jurídica, en tanto que disciplina formalmente normativa, cuya virtud científica no puede desconocer los elementos extra-normativos⁽⁹⁷⁾ de la Regla aun Suprema.

(97) MORENO, Julio Luis, *Los supuestos filosóficos de la ciencia jurídica*, Montevideo: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales / Univ. de la República, 1983, 184 pp., *in totum*.

BIBLIOGRAFIA

[*Zwischenbericht y Schlußbericht der Enquete-Kommission für Fragen der Verfassungsreform gemäß Beschluß des Deutschen Bundestages*] Bonn: Deutscher Bundestag, 6. Wahlperiode, 21 sept. 1972 (*Drucksache VI/3829*, 115 pp., in 4^o) y 7. Wahlperiode, 2 dic. 1976 (*Drucksache 7/5924*, 292 pp., in 4^o). Aún después de la reunificación alemana de 1990, siguen siendo de inestimable utilidad estas conclusiones (tanto preliminares como conclusivas) de la Comisión Indagatoria del Parlamento Federal alemán de la reforma constitucional.

"Probleme um die Gesamtänderung der Bundesverfassung" [Problemas relativos a la transformación total de la constitución federal], *Dimensionen des Rechts Gedächtnischrift für René Marcic* [Dimensiones del derecho. Libro en memoria de René Marcic], Berlín: Duncker & Humblot, 2 vols., 1974, VIII + 1232 pp., esp. 905-920.

ANDRADE, Bárbara, *Gott mitten unter uns (Entwurf einer kerygmatischen Trinitätstheologie)* [Dios en medio de nosotros. Esbozo de una teología trinitaria kerygmática], Frankfurt a.M. / Berlín / N. York / París: Peter Lang, 1998, 486 pp.; ya existe una versión castellana en Salamanca: Secretariado Trinitario, 1999, 564 pp.

ARMIENTA CALDERÓN, Gonzalo M., "La justicia administrativa. Una moderna concepción de la división de poderes", **Revista del Tribunal Fiscal de la Federación**, ciudad de México: enero de 1989, No. 13, pp. 101-118.

ARMIENTA CALDERÓN, Gonzalo M., "La justicia administrativa. Una moderna concepción de la división de poderes", ciudad de México: **Revista del Tribunal Fiscal de la Federación**, enero de 1989, No. 13, p. 117.

BACHOF, Otto, "Verfassungswidrige Verfassungsnormen?" [¿Normas constitucionales contrarias a la Constitución?], en *Wege zum Rechtsstaat* [Caminos hacia el Estado de Derecho], Estudios escogidos de derecho público, Königstein: Athenäum, 1979, V + 394 pp., esp. 148.

BRUGGER, *Einführung in das öffentliche Recht der USA* [Introducción al derecho público de los E.U.A.], München: Beck, 1993, XIV + 258 pp., esp. 14-24.

CAJARVILLE-PELUFFO, Juan Pablo, "Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la constitución uruguaya", *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*, Montevideo: Fundación de cultura universitaria, 1996, 577 pp., esp. 155-179.

CARPIZO, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, ciudad de México: Porrúa S.A., primera ed., 1980, 488 pp.

- CARPIZO, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, ciudad de México: Porrúa S.A., 1990, p. 203.
- CORTIÑAS-PELÁEZ, León, "Constitución y empresas públicas", ciudad de México: **Alegatos**, mayo-agosto de 1989, No. 12, pp. 4 y 8; y en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, coordinador, *Estudios sobre la constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, 5 vols., LII + 4345 pp., Madrid: Cívitas, 1991, en el vol. V, "Economía y hacienda", pp. 3885-3903.
- CORTIÑAS-PELÁEZ, León (dirección), *Introducción al derecho administrativo I*, ciudad de México: Porrúa Hermanos S.A., 2ª ed., 1994, 361 pp.
- CORTIÑAS-PELÁEZ, León, "Del régimen de la administración pública mexicana (elementos para una reunión prospectiva en 1992)", ciudad de México: **Alegatos**, septiembre-diciembre 1992, No. 22, p. 124.
- CORTIÑAS-PELÁEZ, León, "Evaluación de la Administración Pública Federal mexicana: su evolución a partir del México independiente hasta 1976", **Revista de Investigaciones Jurídicas**, ciudad de México: Escuela Libre de Derecho, Año 13, No. 13, 1989, 156 pp.; y, en Madrid: **Revista de Administración Pública**, mayo-agosto 1988, No. 116, pp. 359-407.
- CORTIÑAS-PELÁEZ, León, "Teoría general de los cometidos del Poder Público", San José de Costa Rica: **Revista de Ciencias Jurídicas**, mayo-agosto 1987, No. 57, p. 53; y, en Madrid: **Revista de Administración Pública**, sept.-dic. 1986, No. 111, pp. 51-93.
- CORTIÑAS-PELÁEZ, León, "Calicles y Marx en la ciencia cueviana del derecho constitucional", ciudad de México: **Alegatos**, No. 41, abril 1999, pp. 109-120.
- CORTIÑAS-PELÁEZ, León, "Del régimen de la administración pública mexicana (Elementos para una reflexión prospectiva en 1992)", ciudad de México: **Alegatos**, sept.-dic. 1992, No. 22, p. 122.
- CORTIÑAS-PELÁEZ, León, "Notas, a propósito de la actualidad de la administración de indias", Madrid: **Revista de estudios de la administración local y autonómica**, julio-septiembre 1986, No. 231, pp. 545-558.
- CORTIÑAS-PELÁEZ, León. "Separación o división de poderes: del partaguas entre administración y jurisdicción", ciudad de México: **Alegatos**, U.A.M. Azcapotzalco, Departamento de derecho, núm. 38, ab. 1998, pp. 5-32, *in 4º* (que comenta y transcribe la normatividad laresiana de 1853 y 1865, con bibliografía actual); *idem*, CORTIÑAS-PELÁEZ, León, "Tradición y futuro inmediato de la jurisdicción administrativa en México", ciudad de

- México: **Revista del Tribunal Fiscal de la Federación**, No. 115, 1997, pp. 145-175 y en Montevideo: **Revista de Derecho Público**, No. 13, 1998, pp. 25-40.
- COSÍO VILLEGAS, Daniel, *Historia mínima de México*, 7a. edición, ciudad de México: El Colegio de México, 1983, p. 129.
- CUEVA, Mario de la, "La idea de la soberanía", en *Estudios sobre el decreto constitucional de Apatzingán*, ciudad de México: U.N.A.M. / Coordinación de Humanidades, sobretiro, 1964, pp. 245-333.
- DÍAZ Y DÍAZ, Martín, *Emilio Rabasa: teórico de la dictadura necesaria*, ciudad de México: Escuela Libre de Derecho y Miguel Angel Porrúa, 1991, 117 pp., *in totum*.
- Diccionario Porrúa de la Lengua Española*, 32a. edición, ciudad de México: Porrúa S.A., 1991, pp. 11 y 641, respectivamente.
- DICHGANS, Hans vom, *Grundgesetz zur Verfassung. Überlegungen zu einer Gesamtrevision* [De la ley fundamental a la Constitución. Reflexiones de una revisión total], Düsseldorf-Wien: Econ, 1970, 216 pp.
- DÜRING, Günter, *Grundgesetz*, München: Beck, 1997, 201 pp. 25.
- FIEDLER, Wilfried, *Sozialer Wandel Verfassungswandel Rechtsprechung* [Cambio social, cambio constitucional, jurisprudencia], Freiburg / München: Karl Alber, 1972, 119 pp.
- FLORES-OLEA, Víctor, *Ensayo sobre la soberanía del Estado*, ciudad de México: U.N.A.M., 1969, IV + 143 pp.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid: Cívitas, 1981, múltiples reimpresiones, 257 pp.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid: Alianza, 2ª ed., 1985, múltiples reimpresiones, 224 pp., *in totum*, esp. 96-98, énfasis nuestros.
- GILES-ALCÁNTARA, Enrique, "Prólogo" a CORTIÑAS-PELÁEZ, León, *Poder ejecutivo y función jurisdiccional*, 1ª ed., ciudad de México: U.N.A.M., 1982, 314 pp., en su pág. 18.
- GONZÁLEZ COSÍO, Arturo, *El poder público y la jurisdicción en materia administrativa*, 2a. edición, México: Porrúa S.A., 1982, 253 pp.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, "Planeación y división de Poderes", en ALVAREZ DEL CASTILLO, Enrique, *La Constitución mexicana: Rectoría del Estado y economía mixta*, ciudad de México: Porrúa S.A., 1985, p. 392.

- GRIMM, Dieter, "Verfassungsfunktion und Grundgesetzreform" [Función de la Constitución y reforma de la Ley Fundamental], *Archiv des öffentlichen Rechts* [Archivo del derecho público], Tübingen: Mohr, t. 97, 1972, pp. 489-537.
- HABA, Enrique Pedro, "Decisionismo e iusnaturalismo como ideologías. Algunas (otras) nociones en torno a las ideologías de Carl Schmitt sobre el derecho y el estado", San José de Costa Rica: **Revista Judicial**, año VII, No. 24, marzo 1983, pp. 10-27, *in* 4°.
- HÄBERLE, Peter, "Zeit und Verfassung. Prolegomena zu einem "zeitgerechten" Verfassungsverständnis" [Tiempo y constitución. Prolegómenos a una comprensión de la constitución acorde con nuestro tiempo], en DREIER, Ralf y SCHWEGMANN, Friedrich (dirección científica), *Probleme der Verfassungsinterpretation* [Problemas de la interpretación constitucional], Baden-Baden: Nomos, 1976, 353 pp., esp. 293-326.
- HABERLE, Peter, "Zur gegenwärtigen Diskussion um das Problem der Souveränität" de la discusión contemporánea acerca del problema de la soberanía, *Archiv des öffentlichen Rechts* [Archivo del Derecho Público], 1967, t. 92, pp. 259 ss.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; y JAY, John, *El federalista*, 4a. edición, ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1987, p. 206.
- HAURIUO, André, "De los vínculos entre estructuras económicas y estructuras políticas, ciudad de México: **Alegatos**, Univ. A. Metropolitana / Depto. Derecho, No. 27, mayo-agosto 1994, pp. 293-294.
- HAURIUO, André, *Cours de droit constitutionnel étranger. Les pys du Tiers Monde*, París: Les cours de droit, 1961-1963, mis notas personales.
- HAURIUO, André, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, París: Monchrestien, 1ª ed., 1966, 5ª ed., póstuma, 1972, 978 pp.
- HELLER, Hermann, *La Soberanía*, ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, traducción de Mario de la Cueva, 1965, p. 122 (con reimpresión facsimilar del Fondo de cultura económica, 1997).
- HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 15ª reimpresión, 1995, 343 pp., esp. p. 278.
- HESSE, Konrad, "Bundesstaatsreform und Grenzen der Verfassungsänderung" [Reforma del estado federal y límites de la transformación de la constitución], *Archiv des öffentlichen Rechts* [Archivo del derecho público], Tübingen: Mohr, t. 98, 1973, pp. 1-52.

- HOFMANN, Hasso, *Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts* [Legitimidad contra legalidad. El camino de la filosofía política de Carl Schmitt], Neuwied y Berlín: Luchterhand, 1964, 304 pp.
- HOFMANN, Hasso, *Recht - Politik - Verfassung (Studien zur Geschichte der politischen Philosophie)* [Derecho - Política Constitución. Estudios sobre historia de la filosofía política], Frankfurt a.M.: Metzner, 1986, X + 299 pp.
- JELLINEK, Georg, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung. Eine staatsrechtlich-politische Abhandlung von Georg Jellinek*, Berlín: O. Häring, 1906; de esta última, hay una trad. castellana, Reforma y mutación de la Constitución, revisada y con un "Estudio preliminar" (pp. XI-LXXX) de Pablo LUCAS-VERDÚ, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 91 pp.
- KELSEN, Hans, *Das Problem der Souveränität* [El problema de la soberanía], Tübingen: Mohr, 1928, reimpresión facsimilar en Aalen: Scientia, 1960, XII + 320 pp.
- KOENEN, Andreas, *Der Fall Carl Schmitt (Sein Aufstieg zum "Kronjuristen des Dritten Reiches")* [El caso Carl Schmitt. Su ascenso a "jurista de la corona" del Tercer Reich], Darmstadt: Wiss. Buchgesellschaft, 1995, X + 981 pp.
- LERAT, Christian, *La cour suprême des Etats-Unis: Pouvoirs et évolution historique*, Bordeaux: P.U.B., 4ª ed., 1990, 332 pp.
- LOCKE, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, traducción de José Carner, 1941, pp. 94 y 95.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Erscheinungsformen der Verfassungsänderung*, [Formas de aparición del cambio de la Constitución], en su 2ª ed. de 1967 en Aalen: Scientia Verlag, reimpresión de Tübingen: Mohr, 1931, XIX + 308 pp.
- LÓPEZ-PORTILLO, José, *Soberanía nacional y anticolonialismo*, ciudad de México: Secretaría de Programación y Presupuesto, 2ª ed., mayo de 1979, 66 pp.
- MADRAZO-CUÉLLAR, Jorge, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985, su contribución de p. 340.
- MADRID HURTADO, Miguel de la, *Elementos de derecho constitucional*, 1ª edición, ciudad de México: Instituto de Capacitación Política del P.R.I., 1982, p. 275.

- MADRID HURTADO, Miguel de la, *Elementos de derecho constitucional*, 1ª edición, ciudad de México: Instituto de Capacitación Política del P.R.I., 1982, pp. 275-276.
- MARTÍNEZ-CASTAÑÓN, José Antonio, *El interés público y la intervención estatal*, ciudad de México: UNAM-Campus "Acatlán" / División de Ciencias Jurídicas, tesis de licenciatura, con mención honorífica, 1984, 423 ff.
- MÉNDEZ, Aparicio, "Introducción a los sistemas orgánicos", en *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX, Homenaje al profesor Enrique Sayagués Laso (Uruguay)*, "Préface" del profesor Marcel Waline [ahora, como pequeño artículo del propio WALINE, en versión castellana de Gabriela Fouilloux Morales, publicada en ciudad de México: **Alegatos**, No. 28, dic. 1994, pp. 643-644, bajo el título "La reconfortante lección de que los juristas todos (más allá de hábitos de pensar y de métodos divergentes) integramos una única y gran familia que intenta racionalizar y humanizar las relaciones sociales"], Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 5 vols., 1969, en el t. IV, pp. 937-957.
- MÉNDEZ, Aparicio, *Sistemas orgánicos*, Montevideo: Amalio M. Fernández, 1973, 293 pp.
- MIALLE, Michel, "Separación de poderes y proceso revolucionario", versión castellana de León CORTIÑAS-PELÁEZ, San José de Costa Rica: **Revista de Ciencias Jurídicas**, enero-abril 1988, No. 59, pp. 41-61.
- MONTESQUIEU, Carlos Luis, *El espíritu de las leyes*, Madrid: Librería general de Victoriano Suárez, traducción de Siro García del Mazo, tomo I, 1960, pp. 225-226.
- MORENO, Julio Luis, *Los supuestos filosóficos de la ciencia jurídica*, Montevideo: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales / Univ. de la República, 1983, 184 pp., *in totum*.
- Nuevo ordenamiento administrativo procedimental [NOAP] para el Distrito Federal*, cfr., **Alegatos**, Univ. A. Metropolitana / Depto. Derecho, No. 28, dic. 1994, pp. 539-564.
- OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús, *Diccionario jurídico mexicano* (Instituto de Investigaciones Jurídicas), tomo IV, ciudad de México: Porrúa S.A. y U.N.A.M., 1991, p. 2450.
- PANTOJA-MORÁN, David, *La idea de soberanía en el constitucionalismo latinoamericano*, ciudad de México: U.N.A.M. / I.I.J., 1973, 167 pp.

- PUIG, Carlos, "En Estados Unidos discuten sobre México como si fuera Iowa o Montana", ciudad de México: **Proceso**, 5 de octubre de 1992, No. 831, p. 16.
- RABASA, Emilio, *La Constitución y la dictadura*, ciudad de México: Porrúa S.A., "Prólogo" de Andrés Serra Rojas, 1990, 246 pp.
- REYES-HEROLES, Federico, "Neoliberalismo y rectoría estatal", en ALVAREZ DEL CASTILLO, Enrique, *La Constitución mexicana: Rectoría del Estado y economía mixta*, ciudad de México: Porrúa S.A., 1985, pp. 219-237.
- RINKEN, Alfred, "Die Rechtsprechung" [La jurisprudencia], en WASSERMANN, Rudolf (director general), *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* [Comentarios sobre la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania], Neuwied: Luchterhand, 2ª ed., 1989, 2 vols., I (XXX + 1920 pp.) y II (XIII + 1675 pp.), esp. t. 2, pp. 965-1095.
- ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El contrato social*, ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1984, pp. 33 y 35.
- SALADIN, Peter y WILDHABER, Luzius, *Der Staat als Aufgabe - Gedenkschrift für Max Imboden* [El Estado como cometido - Libro en memoria de Max Imboden], Basel / Stuttgart: Helbing & Lichtenhahn, 1972, X + 411 pp., en particular las tres contribuciones de Karl LOEWENSTEIN, "Ketzerische Betrachtungen über die amerikanische Verfassung" [Reflexiones heréticas sobre la Constitución estadounidense, pp. 233-254], del propio Peter SALADIN, "Die Kunst der Verfassungserneuerung" [El arte de la renovación constitucional, pp. 269-292], y de Dian SCHEFOLD, "Rousseaus doppelte Staatslehre" [La doble doctrina del Estado en Rousseau, pp. 333-353].
- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *El fraude a la Constitución*, ciudad de México: Porrúa S.A., 1988, esp. pp. 24-25, 31, 80.
- SCHEUNER, Ulrich "Art. 146 GG und das Problem der verfassungsgebenden Gewalt" [El artículo 146 de la Ley Fundamental y el problema del Poder Constituyente], así como, en general, a las contribuciones de la obra colectiva editada por Hanns KURZ, *Volkssouveränität und Staatssouveränität* [Soberanía popular y soberanía del Estado], Darmstadt: Wiss. Buchgesellschaft, 1970, XIV + 416 pp.
- SCHEUNER, Ulrich, "Das Grundgesetz in der Entwicklung zweier Jahrzehnte" [La ley fundamental en la evolución de dos décadas], *Archiv des öffentlichen Rechts* [Archivo del derecho público], Tübingen: Mohr, t. 95, 1970, pp. 353-408.

- SCHMITT, Carl, *Verfassungslehre* [Doctrina de la Constitución], Berlín: Duncker & Humblot, 1928, XX + 404 pp.
- SOLÓRZANO Y PEREYRA, Juan de, *Política indiana*, con una presentación de Miguel de la MADRID H., facsimilar de la de 1776 (Madrid,), D.F. Secretaría de Programación y Presupuesto, diciembre 1979, XXXII + 460 + 658 pp.
- SOMMERMANN, Karl-Peter, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen* [Fines del Estado y definición de los fines del Estado], Tübingen: Mohr Siebeck, 1997, XXI + 593 pp.
- STEINER, Udo, *Verfassunggebung und verfassungsgebende Gewalt des Volkes* [Forja de una Constitución y Poder Constituyente del pueblo], Berlín: Duncker & Humblot, 1966, 244 pp.
- STERN, Klaus, "Verfassung und Verfassungsreform in der Bundesrepublik Deutschland" [Constitución y reforma constitucional en la República Federal de Alemania], en *Festschrift für Hermann Jahrreiß zum 80. Geburtstag 19. August 1974* [Libro homenaje a Hermann Jahrreiß en su 80º cumpleaños], Köln / Berlín: Carl Heymanns, 1974, VIII + 349 pp., y esp. 271-295.
- TENA-RAMÍREZ, Felipe (1905-1995), *Leyes fundamentales de México (1808-1999)*, ciudad de México: Porrúa S.A., sucesivamente revisada, aumentada y puesta al día aún después de su muerte; ed. 2000, 1109 pp.
- TOCQUEVILLE, Alexis de, *La democracia en América*, 4ª edición, ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1984, p. 684.
- VALLENILLA-LÁNZ, Laureano, Cesarismo democrático, (Estudio sobre las bases sociológicas de la Constitución efectiva de Venezuela), 4ª ed., Caracas: Garrido, 1961, 238 pp.
- VARGAS LLOSA, Mario, en "El Encuentro Vuelta, siglo XX: La experiencia de la libertad", transcripción de MAZA, Enrique, "La polémica ante las cámaras", ciudad de México: **Proceso**, 10 de septiembre de 1990, No. 723, pp. 52-53.
- VÁZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro, *La crisis de la deuda externa y los desequilibrios constitucionales*, 1ª edición, ciudad de México: Escuela Libre de Derecho y Miguel Porrúa, 1990, p. 207.

SERVIDUMBRES DE INTERES PUBLICO-ECOLOGICO

Dr. Virgilio Calvo Murillo^(*)

Profesor Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

SUMARIO:

1. Interés Jurídico de la Materia Ecológica
 - a) El denominado "Derecho Ambiental"
 - b) Protección Constitucional de la Materia Ecológica
2. Los alcances de la reforma al artículo 50 constitucional
 - a) Servidumbres administrativas y privadas
 - b) La llamada servidumbre ecológica sin fundo dominante. Naturaleza jurídica
3. Argumentos en favor de la posibilidad de concluir convenios entre particulares o que éstos dispongan por sí constituir Servidumbres Ecológicas sin fundo dominante
 - a) El Principio de Autonomía de la Voluntad
 - b) La Función Social de la Propiedad
 - c) La Propiedad Funcionalizada
4. Conclusiones

1. INTERES JURIDICO DE LA MATERIA ECOLOGICA

- a) El denominado "Derecho Ambiental"
- b) Protección Constitucional de la materia ecológica

El derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, ha sido un tema que ha merecido el interés de los juristas desde hace un tiempo para acá.⁽¹⁾ Incluso, la jurisprudencia nacional no ha escatimado en indicar que se trata muy claramente de un "derecho fundamental", en la sentencia 189 del 30 de setiembre de 1991 de la Sala Primera de la Corte.⁽²⁾ Esto significa que tiene contenido propio, dimanante de él derechos e intereses, lo que equivale a decir que establece garantías, justamente por el especial interés que significa para la humanidad.

Muchas veces, el impulso del derecho ambiental o ecológico (como instrumento de protección al ecosistema) para proteger zonas específicas del embate de actividades potencialmente peligrosas de

(1) El profesor italiano Massimo Severo Giannini ("Ambiente", saggio sui diversi suoi aspetti giuridici, en **Revista Trimestrale di Diritto Pubblico**, 1973, citado en *Diritto Pubblico Dell' Economia* del mismo autor, Il Mulino, Bologna, 1977, p. 95) indica que la disciplina se refiere a: 1. Tutela de bellezas paisajísticas (actividad cultural); 2. Calidad de vida, lucha contra la polución (actividad sanitaria); 3. Gobierno del territorio, en cuanto deban conservarse ciertos aspectos ecológicos (actividad urbanística); 4. Conservación del aprovechamiento de los bienes comunes que es una de las fases de la lucha contra la polución (derecho sanitario).

Tal cita se aplica a la realidad europea, ya que en el caso de Latinoamérica y otros países del Tercer Mundo, debe tenerse por comprendido dentro del término "ambiente", la protección a la biodiversidad.

(2) "...Todos los anteriores aún cuando abundantes tienen lineamientos de altísimo contenido axiológico, cuyo desarrollo no es exclusivamente nacional, sino por el contrario se trata de un movimiento de carácter universal cuyo resultado ha sido colocar el derecho a un 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 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 caracterizado por la organicidad y completez..."

individuos o grupos no ha sido fácil; más bien ha chocado con interpretaciones restringidas amparadas por la doctrina y la jurisprudencia, originadas en conceptos jurídicos civilistas hoy desaplicados en su concepción original. Sin embargo, como quedó indicado atrás, en los últimos tiempos se ha marcado una tendencia innovadora que ha permitido encontrar soluciones acordes con la finalidad a conseguir.

Desde el punto de vista constitucional, son de citar las siguientes normas, que suponen un marco jurídico de protección al tema ambiental o ecológico como obligación del Estado de:

- a) Procurar un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, por ser –justamente– un derecho las personas; las que adicionalmente están legitimadas para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y, reclamar la reparación del daño (artículo 50).
- b) Proteger las riquezas naturales (artículo 6).
- c) Proteger las bellezas naturales y la adecuada protección de los medios de vida (artículo 89).
- d) Someter a aprobación legislativa los contratos administrativos que comprometan los recursos y riquezas naturales del Estado (artículo 140, inciso 19).

La situación anterior, es el marco jurídico amplio que encauza toda acción tendiente a regular la materia objeto de este estudio. Conviene por tanto a continuación, establecer en primer lugar, los alcances de la reforma al artículo 50 de la Carta Magna y, posteriormente las diferencias que se presentan entre las servidumbres administrativas y las servidumbres privadas.

2. LOS ALCANCES DE LA REFORMA AL ARTICULO 50 CONSTITUCIONAL

- a) Servidumbres administrativas y privadas.
- b) La llamada servidumbre ecológica sin fundo dominante.
Naturaleza Jurídica
- c) Las actividades privadas de interés público

La reforma al artículo 50 constitucional ha marcado un hito en la protección del medio ambiente. Establece tres situaciones, que son:

1. Derecho de toda persona a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado;
2. Legitimación de toda persona para denunciar los actos que infrinjan ese derecho;
3. Legitimación de toda persona para reclamar la reparación del daño causado.

Se trata en la primera parte de una "norma programática", que se dirige a los Poderes del Estado y, les impone comportamientos determinados que deben seguir. Sin embargo, no obstante establecer "directrices", no por eso dejan de ser operativas o normativas. Y, desde el punto de vista constitucional su naturaleza jurídica equivale a la de los principios. Como tales, encauzan el desarrollo de toda la legislación infraconstitucional, orientando la aplicación del derecho en la forma fijada en los mismos. Se trata por tanto de normas verdaderas, a través de las cuales una comunidad determinada aspira a que se realice un programa ideológico determinado. En palabras del constitucionalista español Pablo Lucas Verdú,⁽³⁾ el alcance jurídico de las normas programáticas radica en fijar las directrices interpretadoras de la Constitución, conforme a ciertos valores consagrados por la Carta.

A continuación, establece la "acción popular", legitimando a toda persona para denunciar actos y para reclamar el daño causado, lo que obviamente hace que cada ciudadano sea un fiscalizador del correcto trato del ambiente y, un guardián que velará porque no se cometan abusos en su contra.

La servidumbre administrativa es un derecho real constituido por el Estado sobre un bien privado o del dominio público, para que se use por toda la colectividad. Su característica principal es que, contrario a lo que se presenta en la servidumbre de derecho privado, no existe fundo dominante; porque su aprovechamiento es de toda la comunidad.

Ambas tienen muchas afinidades, (por ejemplo en las dos se aplica el principio de que nadie puede tener servidumbre sobre su propio fundo y ambas otorgan al titular un derecho real) originadas en que la institución es una figura de teoría general del derecho. Las diferencias se dan esencialmente por el intrínseco público que caracteriza a la servidumbre administrativa y que falta en la privada, lo que establece del mismo modo

(3) Estudios sobre el *Proyecto de Constitución*. Madrid, 1980, p. 16.

un régimen distinto en cada caso, que implica decir que la primera no supone la existencia de un fundo dominante,⁽⁴⁾ no se extingue por las causas admitidas en derecho privado, es imprescriptible, se protege por los mismos medios del dominio público y, su constitución precisa de indemnización en favor del propietario del fundo sirviente, en razón de que se afecta "lo exclusivo" de su derecho.⁽⁵⁾

Queda claro entonces, que ambos tipos de servidumbres, a través de las diferencias indicadas, constituyen dos manifestaciones de una misma situación, que obedecen a fines distintos (uno público, el otro privado) y, se regulan por regímenes jurídicos también distintos (uno de derecho público y otro de derecho privado).

Las servidumbres ecológicas son de tipo convencional⁽⁶⁾ y voluntario, con plazo determinado o indefinido.

Característica esencial de las mismas, es que permiten establecer:

- a) Corredores biológicos sobre fincas particulares;
- b) Areas destinadas a bosque natural;
- c) Hábitats necesarios para la conservación de especies animales con hábitos migratorios;
- d) Abrevaderos para especies animales que requieren agua o alimento;
- e) Bellezas escénicas de atracción turística;
- f) Parches de bosques;
- g) Senderos ecológicos;
- h) Quintas ecológicas;
- i) Urbanizaciones ecológicas y condominios;

(4) Los artículos 370 y 371 del Código Civil son claros en preceptuar la necesaria presencia de un fundo dominante y un fundo sirviente.

(5) La doctrina jurídica (puede verse un interesante desarrollo del tema en Bercaitz, Miguel Angel, *Problemas Jurídicos del Urbanismo*. Buenos Aires, 1972, pp. 61 y ss. Distingue entre meras limitaciones o restricciones administrativas al dominio que afectan "lo absoluto" del derecho de propiedad; las servidumbres que afectan "lo exclusivo"; y, las expropiaciones que afectan "lo perpetuo". Concretamente en lo que se refiere a las servidumbres, la afectación del carácter exclusivo del dominio significa que el propietario se ve obligado a compartir su uso con la colectividad.

(6) Conforme a los artículos 378 y 379 del Código Civil el convenio es un medio jurídicamente idóneo para constituir servidumbres continuas y aparentes, discontinuas y continuas no aparentes.

- j) Conservación para los descendientes del propietario
- k) Mitigar y compensar el impacto ambiental⁽⁷⁾

Estas servidumbres, sirven en consecuencia a una variada gama de situaciones, todas con una finalidad común: la de ser instrumento de protección al ambiente, dentro de una concepción del derecho como instrumento de protección al ecosistema.

Resulta importante establecer su naturaleza jurídica, en razón de su creciente importancia y aplicación en el mundo de hoy; y, porque pueden constituirse con o sin fundo dominante.

Las que se constituyen sin fundo dominante, son privadas desde el punto de vista de los sujetos contratantes y del tipo de derecho que se aplica. Sin embargo, tiene caracteres de públicas desde el objeto y la finalidad: la protección del medio ambiente en sus diferentes aspectos y manifestaciones. Se da por tanto, una duplicidad de regímenes jurídicos, que coexisten en su regulación.

Si se toma en cuenta esa dicotomía, debe concluirse que la denominada servidumbre ecológica sin fundo dominante, es una servidumbre privada de interés público. La razón es sencilla: es privada por las razones indicadas, pero sirve un interés público muy claramente definido; que incluso como se indicó atrás –tiene protección constitucional, a través de un sistema articulado de normas de igual rango.

Esta conclusión se origina en lo que la doctrina denomina “actividades privadas de interés público”. Se trata de actividades privadas que el Estado regula, orientándolas hacia metas que se propone y que por tanto son públicas. Son pues, actividades privadas conectadas con un fin público. Así el Estado ejerce censura sobre las películas, sobre la enseñanza privada primaria y secundaria y, sobre la actividad de las federaciones y asociaciones deportivas. Lo básico y fundamental es la conexión entre actividad privada e interés público; que incluso, podría hacer surgir un control estatal sobre las mismas, ya sea a través de autorizaciones o de aprobaciones. Estas actividades, por tanto, ocupan un lugar intermedio entre la actividad pública y la privada pura y simple.

(7) Un detallado estudio y definición de cada una de las hipótesis citadas se puede encontrar en “Servidumbres Ecológicas” en *Manual de Instrumentos Jurídicos Privados para la Protección de los Recursos Naturales*. Cedarena, Combos, 1994, p. 5 y siguientes, inédito.

Consecuencia de lo anterior, es que se da un régimen público especial, que se impone a los sujetos privados. Sin embargo, es importante advertir que, como se trata de imponer limitaciones a los sujetos privados, lo que en alguna medida es contrario al Principio de Autonomía de la Voluntad, tales limitaciones deben serlo únicamente en la medida que tal control haga posible conseguir el fin que el Estado se propone; lo que además, deberá ser dispuesto en forma previa y expresa por el ordenamiento jurídico.

Puede concluirse que cualquier asociación que se dedique a la protección del ambiente, (como es el caso de CEDARENA en Costa Rica) es un ejemplo de esta figura, por la índole de las funciones que realizan y, las finalidades que sus pactos constitutivos les imponen conseguir.

Queda claro de igual modo, que la servidumbre ecológica con fundo dominante, se regula íntegramente por el derecho privado. No existe en este caso —en consecuencia— rasgos de tipo público que supongan la intervención de normas de igual naturaleza, porque su estructura se ajusta en todo a las regulaciones que prevee el Código Civil.

3. ARGUMENTOS EN FAVOR DE LA POSIBILIDAD DE CONCLUIR CONVENIOS ENTRE PARTICULARES O QUE ESTOS DISPONGAN POR SI CONSTITUIR SERVIDUMBRES ECOLOGICAS SIN FUNDO DOMINANTE

- a) El Principio de Autonomía de la Voluntad
- b) La Función Social de la Propiedad
- c) La Propiedad Funcionalizada

El Principio de Autonomía de la Voluntad o Libertad del particular, se encuentra establecido en el artículo 28 de la Constitución Política y, permite al particular (persona física o jurídica) realizar todo lo que no le esté prohibido; por lo que en palabras de la misma constitución, las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público o que no perjudiquen a tercero, se encuentran fuera de la acción de la ley.

Este principio es un claro fundamento jurídico que da base para que se concreten los acuerdos o las decisiones unilaterales respectivos. En el caso de los convenios, se trata de dos sujetos privados que pactan sobre aspectos de relevancia pública; como son todos los que se dirigen

a salvaguardar el ámbito ecológico en sus diferentes manifestaciones. El tema del ambiente tiene toda una estructura de base a nivel constitucional, aunque también es cierto que no está lo desarrollado que debiera a nivel legal. Sin embargo, los acuerdos de marras aunque de índole privada tienen relevancia pública. En consecuencia no habría impedimento alguno para que puedan concluirse.

La redacción actual del artículo 50 de la Constitución, hace concluir de modo necesario, que siempre que se dé una servidumbre ecológica sin fundo dominante, se opera del mismo modo una obligación de fiscalización por parte del Estado.

La conclusión anterior es conforme con la esencia del papel que el Estado está llamado a desarrollar en las actividades privadas de interés público. En tal circunstancia, debiera realizar a posteriori medidas en tal sentido, con el fin de encauzar debidamente la actividad. Incluso, debieran crearse órganos idóneos que coadyuven con los particulares en tal sentido, dado que la atribución competencial a más alto nivel corresponde al Estado, a través de diversas normas de rango constitucional.

La función social de la propiedad, hace relación a que los intereses individuales deben subordinarse a los de la comunidad, en el momento en que se dé o pueda darse, una situación efectiva o potencial de conflicto. Es por tanto, la ordenación de los intereses del propietario con intereses públicos, a través de potestades administrativas de control y dirección, que con base en la ley, permiten conformar el contenido y el ejercicio del derecho.

De una concepción inicial de la función social como concepto que opera sobre el ejercicio del derecho, se ha llegado hoy a que se aplique sobre el derecho mismo. Es lo que la doctrina italiana ha denominado "inherencia con un interés público" que es la utilidad que un bien privado produce o puede producir en beneficio público, por lo que fundamentalmente interesa que el propietario respete las obligaciones que se le imponen. Del mismo modo han acuñado el término "propiedad funcionalizada", que significa sujetar el derecho de propiedad particular a una potestad de dirección del poder público, que se hace efectiva por dos modos: a) vínculo de destinación y, b) utilización regulada por parte del poder público.⁽⁸⁾

(8) Un interesante y profundo desarrollo del tema se puede encontrar en Giannini, Massimo Severo, *op. cit.*, p. 101 y siguientes.

Dentro del marco de nuestro ordenamiento jurídico y para los fines de este estudio, la Ley Forestal es un ejemplo de propiedad funcionalizada. Es importante señalar, que esta Ley diseña una propiedad sometida a potestades administrativas que determinan el uso y destino del bien, con base en la existencia de un plan de explotación autorizado de antemano de acuerdo a criterios técnicos. En tal tesitura, cobra importancia el interés público ecológico sobre el interés del dueño del fundo.

Otro uso de intervención estatal en relación con las servidumbres sin fundo dominante, es el caso desarrollado líneas atrás, de constitución de servidumbres del tipo administrativas o públicas sobre fondos privados. Se trataría de una forma de vinculación a la propiedad menos penetrante que el de la propiedad funcionalizada, en la que el Estado cumple una función sin necesidad de expropiar. Conlleva el pago de una indemnización en favor del propietario del fundo sirviente, justamente por afectársele "lo exclusivo" de su derecho.

4. CONCLUSIONES

Del anterior estudio, se obtienen las siguientes conclusiones:

1. La materia ecológica es hoy tema de interés en los estudios de Derecho;
2. La jurisprudencia nacional estima que el tema es un verdadero derecho fundamental de los particulares;
3. A nivel constitucional existe todo un sistema de protección a la materia ecológica o ambiental (artículos 6, 50, 89 y 140, inciso 19). La reforma del artículo 50 ha marcado un hito en la protección del ambiente y, no obstante ser en su primera parte una norma programática, su naturaleza es normativa, porque también lo es la de los principios, que sirven de instrumentos conformadores de toda la legislación.
4. La servidumbre ecológica es hoy una institución que sirve para proteger el medio ambiente ecológico en sus diferentes manifestaciones. Pueden constituirse con fundo dominante o sin él. Las que carecen de fundo dominante pueden considerarse servidumbres privadas de interés público.
5. La doctrina italiana ha creado el término "propiedad funcionalizada", para referirse a hipótesis de existencia de potestades de dirección sobre el derecho de propiedad en beneficio del poder público. Cabe pensar en nuestro medio, en la

posibilidad de diseñar un sistema de propiedad funcionalizada, con el fin de dar instrumentos de protección en salvaguarda de lo ecológico; o, en constituir servidumbres administrativas, que en razón de afectar lo exclusivo del derecho requieren indemnización para el propietario del fundo afectado.

6. Conforme a lo anterior, considero que sí es posible para dos sujetos privados, convenir en la constitución sobre el fundo de uno de ellos, de una servidumbre ecológica sin fundo dominante, con el pago de una indemnización en beneficio del dueño del fundo sirviente. Del mismo modo, puede una persona física o jurídica, disponer por sí libremente de afectar su propiedad a un fin de interés público que beneficie a toda la comunidad, con la advertencia clara que conforme a la redacción actual del artículo 50 constitucional, permitiría en el futuro a la colectividad velar porque se mantenga ese uso y destino, dentro de los términos propios de la afectación hecha.

SUMARIO:

1. Introducción
2. Casuística
3. Desaplicación de la Constitución
4. Desaplicación de leyes
5. Desaplicación de reglamentos
6. Desaplicación de precedentes
7. Conclusión

1. INTRODUCCION

El voto 1185-95 parte de que la Sala no puede, por principio, desaplicar normas, o sea "*in casu et inter partes*", pero agrega (Considerando IX):

"Claro está que ha habido casos excepcionales o muy excepcionales, en los que la Sala ha obviado remitir al recurrente al proceso de inconstitucionalidad propiamente dicho, y directamente (en el *hábeas* o el amparo) ha desaplicado la norma, con el agravante de que la jurisprudencia de la Sala (toda su jurisprudencia) es vinculante y por allí lo resuelto en procesos limitado a las partes, llega a ser desaplicación de la norma, pero con carácter *erga omnes*... Sin embargo, la Sala ha sido muy selectiva en este tipo de casos, precisamente conciente de que tiene una prohibición general para desaplicar normas por una vía no señalada al efecto ...".

Este es el tema del presente trabajo: versa sobre una supuesta prohibición para la Sala que sin embargo esta se la autodispensa en casos muy excepcionales, sin que para estos efectos se nos ofrezca explícitamente la menor idea de en qué puede consistir esa excepcionalidad. Ciertamente lo que pretendemos indagar es si jurídicamente en algún caso puede caber la desaplicación; nada más, porque carecería de todo sentido tratar de perfilar una excepción no otorgada por el ordenamiento.

2. CASUÍSTICA

Por supuesto que no existe un índice o recopilación de precedentes de la Sala que nos permita elencar todos los casos habidos de desaplicación de normas. Tampoco es tarea fácil leerse todos los fallos (que ni siquiera están todos publicados) solo en función de detectar tales casos.

A continuación damos noticia de algunos votos de la Sala que pueden entenderse representativos de una tipología de situaciones.

a) **Voto 3435-92. Desaplicación de la Constitución**

Este caso ya lo analizamos en el ensayo "Inconstitucionalidad sustancial de normas constitucionales", recogido en el volumen II de nuestros Ensayos de Derecho Público.

Se trata de la desaplicación de la restricción contenida en el inciso 5) del artículo 14 de la Constitución Política, que favorece a la “mujer”. En un amparo la Sala desaplica la discriminación por cuanto “contiene una disposición que resulta inaplicable por ser contraria a los valores fundamentales de la Carta”, porque representa “un tratamiento evidentemente injustificado, infundado y desproporcionado”; porque “carece de vigencia y aplicabilidad frente a los principios fundamentales que establece la Constitución Política y los Convenios Internacionales”; y porque “cede frente a principios de rango superior”.

La Sala, en el mismo voto, además dispuso que “cuando en la legislación se utilicen los términos “hombre” o “mujer”, deberán entenderse como sinónimos del vocablo “persona” ..., **corrección** que deberán aplicar **todos** los funcionarios públicos.

Las disposiciones no están en el “por tanto” de la sentencia, pero ello no es relevante por la manera de entender los fallos de la Sala.

b) Votos 8624-00 y 1126-01. Desaplicación de ley

Según el artículo 89 de la Ley de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional, las decisiones sobre el otorgamiento de pensiones (en ese régimen) requieren una resolución de la JUPEMA y una aprobación de la DNP del MTSS.

En estos votos la Sala habla de que estos otorgamientos son actos complejos y que mientras no se dé dicha aprobación no hay nada. Pero ya desde el 3 de diciembre del 99 había entrado a regir la reforma de la Ley 7946, según la cual en el caso de que la DNP no resolviera en el plazo legal (un mes), “se ejecutará lo resuelto por la JUPEMA”. De esto fue informada la Sala.

En el voto 282-90 se desaplica una limitación de recurso de casación por contradicción con un instrumento internacional. No es el caso de que el convenio fue posterior al Código; no hay entonces derogación. Sin embargo, la Sala sostiene que hay una “derogación automática” que las normas legales que contradigan los tratados “deben tenerse simplemente por derogadas”. Con ese argumento se ordena dar curso a las casaciones, aunque legalmente las condenas estén firmes, porque constitucionalmente no lo están.

c) **Votos 8857 y 11302-00. Desaplicación de ley ya declarada constitucional**

Por voto 6991-99 la Sala declara constitucional el sistema de cobro de la patente municipal de los gasolineros (sobre ventas brutas).

Por los votos cit. supra, en amparos, se declaran estos con lugar, desaplicando la ley y ordenando que las patentes se calculen sobre ventas netas. La contradicción fue advertida a la Sala (el voto 2114-00 rechaza una adición y aclaración).

d) **Voto 8193-00. Interpretación desaplicante de la ley.**

El artículo 125 de la Ley sobre el Régimen de Relaciones entre Productores, Beneficiadores y Exportadores de Café, 2762 de 1961, todavía literalmente sigue disponiendo que el ICAFE está facultado “para no dar trámite a las gestiones de los beneficiadores, exportadores y torrefactores que, a su juicio, no hayan cumplido **las respectivas obligaciones que esta ley establece**”. Por supuesto que la norma se refería, como siempre todo el mundo entendió, a todas las obligaciones establecidas en la misma ley para los grupos mencionados.

En cuanto a este artículo la Sala declaró sin lugar la acción de inconstitucionalidad, pero a condición de que el artículo se entendiere que se refiere solo a las obligaciones establecidas en la ley relativas “a lo solicitado”, o sea a los “requisitos” concernientes a la “solicitud de que se trate”. Así, para salvar su eventual inconstitucionalidad, la Sala pone a la norma a decir otra cosa y la vacía de todo contenido relevante, con efectos *erga omnes*.

e) **Voto 4453-00. Desaplicación de votos de la misma Sala**

A raíz de una consulta de la Sala II, la Constitucional, luego de un prolijo análisis sobre las convenciones colectivas de trabajo y el sector público, concluye en parte, en lo que sigue (por cierto totalmente acertado):

“el personal que se desempeña en las municipalidades del país, está limitado para la negociación colectiva, ...pues salvo prueba en contrario, se trata de servidores públicos regidos por la relación de empleo público”.

Dispone el cese de todas las convenciones no permitidas.

El voto 9690-00 se origina en solicitudes de adición y aclaración al voto anterior, las que rechaza pero “aclara”: “la Sala no ha declarado inconstitucionales las convenciones colectivas de algún conjunto definido de instituciones del Estado (de paso, nótese que las municipalidades volvieron a ser instituciones del Estado); esto es, por ejemplo, no ha dicho que no se pueden celebrar convenciones colectivas en las municipalidades”.

f) Voto 5621-99. Desaplicación de reglamentos

En el Reglamento Autónomo de trabajo del INA se incluyó una norma que facultaba al Director de Recursos Humanos a imponer sanciones disciplinarias menores.

La Sala en el amparo que origina este voto desaplica esa norma, estimando que tal funcionario no puede ostentar semejantes potestades.

El mismo (en sustancia) precedente se encuentra en el voto 4511-01, referente al Reglamento homónimo del INEC.

En ninguno de los casos la Sala adujo que actuase conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial.

g) Voto 5919-01. Negativa a valorar la legalidad de reglamentos y por ende a desaplicarlos

Este caso es de una acción de inconstitucionalidad. En este y otros semejantes la Sala no ha aceptado ocuparse de la eventual ilegalidad y, por ende, inaplicabilidad, de normas inferiores a la ley, por incompetencia (asuntos de “mera legalidad”), sin aludir siquiera a lo dispuesto por la LOPJ, de lo cual nos ocuparemos infra.

3. DESAPLICACION DE LA CONSTITUCIÓN

Por supuesto que el simple enunciado alarma. ¿Puede la Sala desaplicar una norma de la Constitución?

Es el caso del voto 3435-92. A partir de la reforma de 1987, el inciso 5) del artículo 14 de la Constitución Política sentó que sería costarricense por nacimiento “la mujer extranjera” que case con costarricense (bajo determinadas exigencias). No se trata de interpretar la

Constitución. Ni siquiera se trata de determinar si realmente la restricción está vigente. Simplemente el voto estima que es una restricción (porque excluye al varón) infundada, que cede de cara a "principios de rango superior".

Esto es lo que está en el fondo del asunto: si la Sala en verdad puede desaplicar la Constitución (en un amparo, recuérdese que es el caso), solo lo podría hacer echando mano a principios supra constitucionales, como en efecto lo hizo.

Según el artículo 1º de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el objeto o fin de esta "es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales". Por eso se dice que es el guardián de la Constitución. Si es el guardián, mero celador, es evidentísimo que no puede desaplicarla. Desaplicarla no es garantizar su supremacía, sino sencillamente violarla. Y obviamente es suprema porque jurídicamente no tiene nada por encima.

Según el artículo 11 de la Constitución Política, "Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y no pueden arrojarse facultades que la ley no les concede". Esto, es elemental, alcanza también a la Sala Constitucional; la Sala entonces solo puede hacer lo que la ley le permita. La L.J.C. solo le permite ordenar la desaplicación (con efectos generales) de tratados contrarios a normas o principios constitucionales (art. 73 inc. e), con lo cual queda claro, por si había alguna duda, que nuestra Constitución no cede ante los tratados, aspecto que es contenido clásico de la soberanía.

Referente a normas constitucionales, la L.J.C. solo permite declarar nulas (no desaplicar) las reformas, no cualquier norma y solo por violación a reglas constitucionales de procedimiento (art. 73 inc. ch), con lo cual, sin dejar campo a la menor duda, aclaró nítidamente que las normas constitucionales jamás pueden ser anuladas (por ende desaplicadas) por vicios substanciales, de donde nada rige por encima de la Constitución.

En el sistema de la L.J.C., a la cual debe sujeción la Sala, solo pueden enervarse los efectos de las normas, por violación a la normativa cúspide, cuando se lesionen las normas o principios constitucionales. Las primeras son las constitutivas de la Carta Fundamental, formalmente emanadas como tales. Los principios son los que aquellas siguen o se deducen de ellas. No es lícito elaborar principios para contradecir a la Constitución.

Ciertamente el artículo 8º inciso 1) de la Ley Orgánica del Poder Judicial obliga a “los funcionarios que administran justicia” (allí entra la Sala, podría decirse) a desaplicar “leyes u otras normas o actos de cualquier naturaleza que sean contrarios a la Constitución”. Pero la disposición se dirige exclusivamente a las normas infra Constitución, pues lógicamente solo estas pueden violarla.

Nos parece que está demasiado claro que ni la Sala misma puede desaplicar la Constitución. Aunque innecesario de agregar, hay todavía un argumento más: la seguridad jurídica es un valor fundamental del ordenamiento. La seguridad jurídica quedaría en cero si la Sala puede desaplicar la Constitución alegando principios superiores a los mismos constitucionales, principios que inevitablemente quedarían a su entera libertad identificarlos y definirlos, de donde incluso lo único que quedaría evidenciado es que la Sala sería realmente la que estaría por encima de la Carta Fundamental, la que ya entonces ni siquiera sería tal.

Ni “muy excepcionalmente” cabe dispensar la aplicación de la Constitución, por más “selectivo” que se pretenda ser en la identificación de los casos.

Lo peor de todo es que si cabe desaplicar la Constitución por violentar “principios de rango superior”, lógicamente cabe entonces anularla por violentar los mismos principios. Y si no es obstáculo para lo primero la falta de ley habilitante, pues tampoco lo debe ser para lo segundo. Cuando ya lleguemos a este punto, habremos logrado la mayor transformación de nuestro sistema jurídico que pueda concebirse. Por cierto que ya se dio curso a una acción de inconstitucionalidad contra un artículo de la Constitución por supuesta contradicción con convenciones internacionales de derechos humanos. (exp. 4847-00).

4. DESAPLICACION DE LEYES

Ya sabemos que todo juez debe desaplicar las leyes que sean contrarias a la Constitución. ¿Es aplicable esto a la Sala Constitucional?

Dejemos que la misma Sala dé la respuesta:

“la propia Sala Constitucional en el ejercicio de su competencia constitucional ha estado y está sujeta a los procedimientos expresamente señalados en la

Ley especial que regula su jurisdicción y así por ejemplo, el control de constitucionalidad se lleva a cabo mediante un proceso *ad hoc*, que es la acción de inconstitucionalidad. Incluso, cuando en los procesos (amparo, *hábeas corpus*) encuentre que un acto de autoridad impugnado está fundado en norma habilitante, no puede automáticamente desaplicar la norma, sino que debe ofrecer al interesado la oportunidad de formular la acción de inconstitucionalidad” (ver artículos 48 y 28 *in fine* L.J.C.) voto 1185-95.

Está bien claro entonces que la Sala no puede desaplicar las leyes en los amparos o en los *hábeas corpus*. Sin embargo, lo hace.

En el mismo voto 1185-95 la Sala aclara que el juez ordinario no puede en cualquier caso desaplicar las leyes por inconstitucionalidad, sino solo cuando ello sea conforme con los precedentes y jurisprudencia de la Sala. Esta, como dijimos, no puede desaplicar leyes; agreguemos ahora que menos en contra de sus propios precedentes. Sin embargo, ha desaplicado una ley que ella misma tuvo por constitucional al resolver la acción que la impugnó.

Por supuesto que una forma de desaplicar una ley es darle una interpretación totalmente ilógica. Podría pensarse que si –en una acción de inconstitucionalidad– la Sala puede anular la norma, pues puede entonces lo menor, que es sencillamente darle una interpretación conforme a la Constitución, para no tener que anularla. Solo que eso de que quien puede lo más puede lo menos no opera siempre en estos campos. Las interpretaciones, ciertamente, tienen que buscar que la norma resulte conforme con la Constitución. Pero esto a veces no se puede lograr; si algo es inconstitucional pues lo es y no hay nada más que hacer que declararlo. No solo no es procedente jurídicamente, sino que además puede resultar totalmente carente de valor práctico, interpretar una norma de manera ilógica solo para salvarla de la hoguera, aunque quede vaciada de todo contenido relevante.

Si no cabe en ningún caso desaplicar la ley, con fundamento en que esta se haya dictado con violación de la Constitución, menos cabe desaplicarla porque se haya emitido violando un tratado. Primero, porque ninguna norma lo permite. Segundo, porque lo procedente es la acción de inconstitucionalidad. Tercero, porque en verdad es totalmente

inaceptable la tesis de la derogación automática que el voto 282-90 esboza, porque nada anterior puede derogar a algo posterior y porque de admitirse tal tesis entonces cualquiera puede entender que cualquier ley posterior que contradiga un tratado por ese simple hecho automáticamente desapareció (al nacer) jurídicamente, pues las derogaciones cualquiera las puede hacer valer, todo lo cual conduciría a una inseguridad absoluta.

5. DESAPLICACION DE REGLAMENTOS

El tema, planteado en referencia a eventuales vicios de inconstitucionalidad, es el mismo tratado en el parágrafo anterior.

Planteado en relación con eventuales ilegalidades, requiere un tratamiento aparte. Según el citado artículo 8º de la L.O.P.J., “Los funcionarios que administran justicia no podrán: ... 2) Aplicar decretos, reglamentos, acuerdos y otras disposiciones que sean contrarias a la ley”. A primera vista ello sería aplicable a la Sala; más aun si se refuerza con aquello de que los reglamentos ilegales son absolutamente nulos y no se les debe obediencia.

Pero habría un problema serio: la jurisdicción constitucional es solo para ver inconstitucionalidades. Para conocer de ilegalidades (de la Administración) está la jurisdicción contencioso-administrativa, según el artículo 49 de la C.P.

En nuestro criterio el problema debe plantearse y resolverse como sigue. El asunto se reduce a la pretensión formulada por quien gestione ante la Sala. Tal pretensión, *per se*, o es atendible o no es atendible por la Sala. Si para que pueda ejercer la competencia la Sala, se presenta como obstáculo un reglamento (o norma sublegal) ilegal, sencillamente **debe** desaplicarlo. Esto está acorde con la L.O.P.J. y con la naturaleza misma de los reglamentos nulos y no interesa que los precedentes de la Sala al final tengan un efecto *erga omnes* (art. 13 L.J.C.) por virtud de ser vinculantes. Empero, quedaría aun un asunto, esa ilegalidad debe ser manifiesta, pues solo este sería el caso en que lógicamente pueda entenderse que se produce una invalidez con nulidad absoluta.

Solo que, si esa es la situación, cuando una parte plantee la desaplicación, sobre ello debe necesariamente pronunciarse expresamente la Sala (por lo dicho, por un elemental derecho a respuesta y a justicia y por la interdicción de la arbitrariedad).

6. DESAPLICACION DE PRECEDENTES

“La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes *erga omnes*, salvo para sí misma”, reza el 13 L.J.C.

Un precedente de la Sala tiene entonces fuerza normativa. El problema práctico es como se conocen pero este no es asunto que toque aquí dilucidarlo. Por supuesto que hay muchos precedentes contradictorios. Por supuesto también que además no siempre queda clara la doctrina deducible del precedente.

En el voto 1185-95 la Sala advierte que los precedentes la vinculan “en tanto no encuentre razones para variar sus propias tesis” (Considerando XI). No es tesis aceptable porque parece tener como obligación jurídica la de razonar los cambios de criterio, razonamiento que la ley no obliga. Si bien es la mejor práctica, ello no es requisito legal.

No caben recursos (de impugnación) contra los votos de la Sala (art. 11.2 L.J.C.), pero el tribunal de hecho ha venido admitiendo poder anular sus resoluciones en casos de evidente y decisivo error. Incluso ha anulado votos por no seguir la misma tesis hecha valer en casos iguales. En nuestro criterio, sin embargo, no puede tenerse como posición válida la que autorice pedir (y conceder) estas “revisiones” por la simple existencia de precedentes contrarios, porque precisamente la Sala puede cambiar libremente de criterio en cada caso.

7. CONCLUSIÓN

El manejo de las desaplicaciones por parte de la Sala no ha sido plausible, en nuestra opinión. Para empezar, adolece de criterios nítidos. No hay una doctrina elaborada al respecto. Simplemente se ha hecho mano del recurso sin preocuparse lo suficiente por determinar si cabría o no y hasta donde.

Urge que la Sala se autolimita y defina claramente cuándo es que puede desaplicar normas. No tiene sentido hacer justicia sin reglas claras de juego.

DEUDA INTERNA EN COSTA RICA: PUEDE CRECER INDEFINIDAMENTE

Luis Carlos Peralta B.

Johnny Alvarado V.

Profesores de Economía
Universidad de Costa Rica

SUMARIO:

- A. Origen de la deuda interna
- B. Consecuencias sociales de la administración de la deuda interna
- C. Límite al crecimiento de la deuda interna

DEUDA INTERNA EN COSTA RICA:
PUEDE CRECER INDEFINIDAMENTE

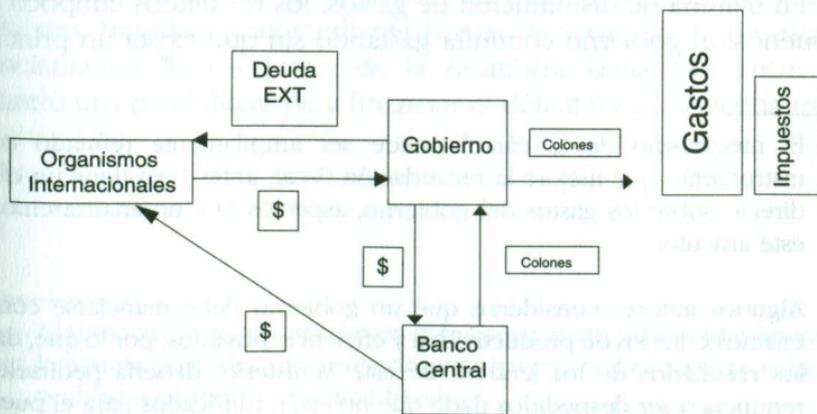
Luis Carlos Prévora R.
Johann Alvarado R.
Profesores de Economía
Universidad de Costa Rica

La deuda interna en Costa Rica ha sido tema de discusión, análisis y generación de una serie de soluciones a un problema que aún no se sabe cuál es. Este artículo se divide en tres partes, en la primera se analizará el origen de la deuda interna, en la segunda parte se establecen las consecuencias sociales del manejo de la deuda interna y en la tercera parte se presenta un modelo que permite cuantificar la fecha límite de crecimiento de la deuda interna.

A. ORIGEN DE LA DEUDA INTERNA

En diversos artículos que hemos publicado se ha analizado la evolución de la deuda interna en Costa Rica y se ha observado que, a partir de 1990, los distintos partidos políticos que han ocupado la Presidencia de la República han realizado un cambio fundamental en materia de financiamiento de los gastos del gobierno: hasta 1986 era factible financiar el déficit fiscal (diferencia entre gastos e ingresos corrientes del gobierno) mediante la solicitud de préstamos externos, es decir, el gobierno solicitaba un préstamo a un ente externo como el Fondo Monetario Internacional o al Banco Mundial para recibir dólares y con ello solventar las necesidades de financiamiento.

Mediante este mecanismo los organismos internacionales prestaban dólares al Gobierno, el cual cambiaba los dólares por colones para financiar sus gastos y, para terminar el ciclo, el Banco Central debía pagar las deudas en dólares ante los organismos internacionales. La deuda externa fue la solución al problema de déficit fiscal de muchos países que, en la década de los 70's y 80's lograron establecer muchos contratos de préstamos externos con bancos privados y organismos internacionales.



A partir del año 86 las posibilidades de financiamiento externo disminuyeron considerablemente, por lo que en la administración Arias se logró obtener los últimos préstamos externos y recompra de deuda externa pero, al llegar los 90 la situación se tornó cada vez más difícil, de ahí que a partir de esta década el gobierno se vio en la necesidad de tomar una decisión: incrementar los impuestos, mejorar la recaudación fiscal, disminuir los gastos del gobierno o bien solicitar préstamos a los costarricenses.

De lo anterior se ha observado que no han sido aprobados incrementos en los impuestos, posiblemente debido al costo social que genera en materia de imagen para un partido político, de ahí que los impuestos mantienen un elevado contenido regresivo donde los costarricenses de menores recursos son los que pagan la mayor cantidad de impuestos a través de impuestos indirectos (principalmente el de ventas). Al respecto, en otros artículos hemos mencionado que debe existir alguna razón por la cual los impuestos directos no son mayores, puesto que se puede comprobar que los agentes económicos que tienen un mayor ingreso son aquellos que encuentran diversos mecanismos legales que hacen que se diluya el pago de los impuestos, a su vez se ha observado que el asalariado no tiene opciones sino la de pagar los impuestos directos sobre el salario y la propiedad, debe existir entonces algún tipo de discriminación en cuanto al pago y cobro de impuestos tanto directos como indirectos que, en este artículo, no vamos a estudiar.

Segundo, el Ministerio de Hacienda, a pesar de las modificaciones legales que se han realizado en materia de sanciones tributarias y pena de cárcel⁽¹⁾ no ha logrado incrementar la recaudación fiscal, por el contrario en los últimos períodos ésta ha disminuido.⁽²⁾

En materia de disminución de gastos, los resultados tampoco han sido buenos: el gobierno continúa gastando sin que exista un principio

-
- (1) El mecanismo de la cárcel puede ser ampliamente refutado como instrumento que mejore la recaudación fiscal, antes bien tiene un efecto directo sobre los gastos del gobierno, aspectos que no analizaremos en este artículo.
 - (2) Algunos autores consideran que un gobierno debe manejarse con los mismos criterios de productividad y eficiencia privados, por lo que, dados los resultados de los jerarcas de este Ministerio, debería pedírseles la renuncia o ser despedidos dado que no están calificados para el puesto.

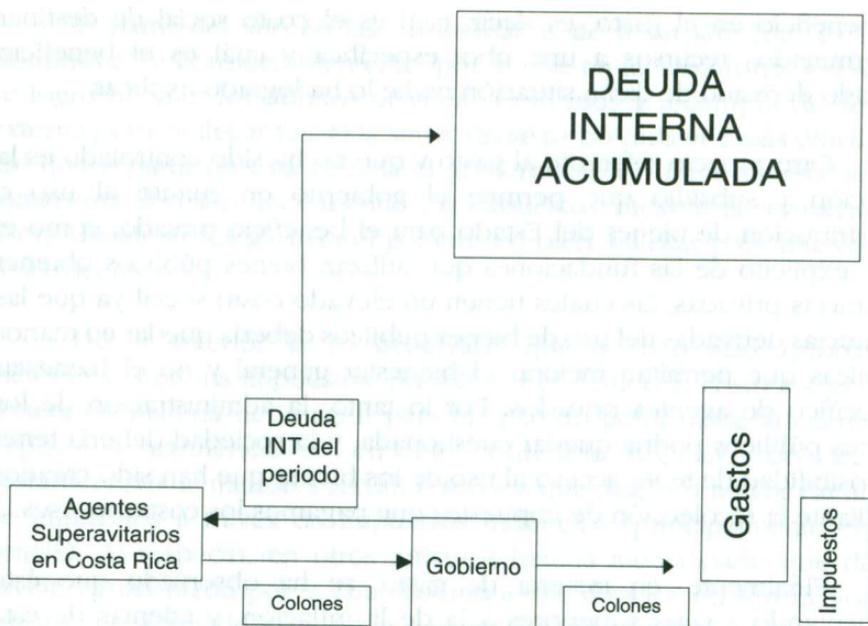
de beneficio en el gasto, es decir, cuál es el costo social de destinar determinados recursos a una obra específica y cuál es el beneficio privado derivado de dicha situación nadie lo ha logrado explicar.

Otro aspecto referente al gasto y que no ha sido controlado es la creación y subsidio que permite el gobierno en cuanto al uso o redistribución de bienes del Estado para el beneficio privado, como el caso explícito de las fundaciones que utilizan bienes públicos obtener ganancias privadas, las cuales tienen un elevado costo social ya que las ganancias derivadas del uso de bienes públicos debería quedar en manos públicas que permitan mejorar el bienestar general y no el bienestar específico de agentes privados. Por lo tanto, la administración de los bienes públicos podría quedar cuestionada, y la sociedad debería tener la posibilidad de tener acceso al uso de los bienes que han sido creados mediante la recolección de impuestos que pagamos los costarricenses.

Finalmente, en materia de gasto, se ha observado que éste aumentando a tasas superiores a la de la inflación, y además de esta situación se siguen observando situaciones marcadas de privilegios que redistribuyen los gastos en favor de las clases que no son necesariamente las más necesitadas.

Por último, el gobierno ha establecido planes para la privatización de servicios, venta de activos productivos del gobierno, las cuales tampoco han tenido un efecto positivo, y los partidos políticos no se han puesto de acuerdo.⁽³⁾ Sin embargo todas estas iniciativas no han logrado llegar al objetivo de fondo: disminuir el déficit fiscal ya que el gasto del gobierno no ha disminuido ni la recaudación fiscal ha mejorado. Ante estas circunstancias el gobierno, necesitado de dinero para cubrir el faltante de fondos para poder pagar al Poder Judicial, transferencias a las universidades estatales, Certificados de Abono Tributario, pago de pensiones, transferencias mediante bonos de vivienda, bono escolar y financiamiento de los gastos de la Asamblea Legislativa entre otros, encontró una posibilidad para financiar el déficit fiscal: la deuda interna.

(3) Al respecto habíamos escrito en otra oportunidad que vender las joyas de la abuela o vender una pulpería para hacer una fiesta no es solución al problema de fondo: el déficit fiscal.



B. CONSECUENCIAS SOCIALES DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA DEUDA INTERNA

Mediante el mecanismo de deuda interna el gobierno solicita dinero a los costarricenses o a las instituciones del gobierno. Dado el criterio popular de que el gobierno no quiebra, los inversionistas trasladan su dinero de las entidades financieras y bancarias hacia el gobierno bajo la premisa de que el gobierno, al ser seguro, se le puede prestar dinero.

Este mecanismo oculto de financiamiento⁽⁴⁾ ha permitido al gobierno financiar sus gastos sin necesidad de incurrir en medidas poco populares como el incremento en impuesto o reducción de gastos, sin embargo en este proceso de casi 8 años el gobierno comenzó a observar un detalle que, tarde o temprano se convierte en una preocupación:

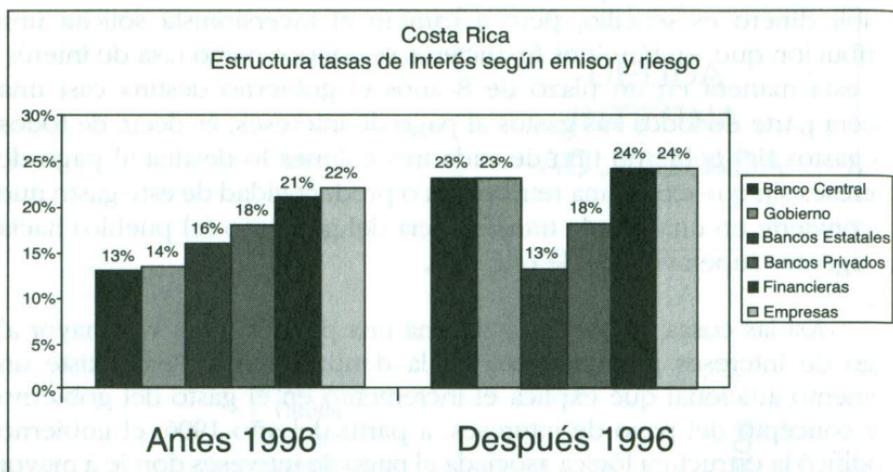
- (4) Al respecto se califica como un mecanismo oculto de financiamiento dado que el gobierno no debe dar cuentas cada vez que solicita préstamos, puede pedir más de lo que necesita o menos y nadie lo cuestiona, asimismo puede dar mano suelta al financiamiento y sus posibilidades, según algunos, podrían ser ilimitadas, aspecto que queremos aclarar en este artículo.

recibir dinero es sencillo, pero a cambio el inversionista solicita una retribución que, en términos financieros se conoce como tasa de interés. De esta manera en un plazo de 8 años el gobierno destina casi una tercera parte de todos sus gastos al pago de intereses, es decir, de todos los gastos del gobierno uno de cada tres colones lo destina al pago de intereses sin que exista una retribución o productividad de este gasto que se convierte en una simple transferencia del gobierno (el pueblo) hacia los agentes superavitarios de este país.

Así las cosas, el gobierno destina una porción cada vez mayor al pago de intereses por concepto de la deuda interna. Pero existe un elemento adicional que explica el incremento en el gasto del gobierno por concepto del pago de intereses: a partir del año 1996, el gobierno modificó la estructura lógica asociada al pago de intereses donde a mayor riesgo mayor tasa de interés, ya que el gobierno, conjuntamente con el Banco Central, se consideran los emisores de títulos de menor riesgo ya que el Banco Central, mediante su ley orgánica, permite la emisión de dinero para pagar intereses y principal de los Bonos de Estabilización Monetaria, por lo tanto el riesgo de no pago de los títulos del Banco Central es CERO, lo cual quiere decir que la posibilidad de que el Banco Central no pague es CERO, siempre va a pagar. Por su parte, el gobierno, hasta la fecha, siempre ha honrado sus obligaciones (en materia de pago de principal e intereses de títulos de deuda interna), por lo que el riesgo de no pago es cero o muy cercano a cero. De lo anterior se concluye que el Banco Central y el Gobierno son los emisores de deuda que deben pagar las menores tasas de interés.

Antes de 1996, se cumplía con la regla interés/riesgo, ya que el gobierno conjuntamente con el Banco Central de Costa Rica pagaban la menor tasa de interés de mercado (asociada al riesgo prácticamente nulo), seguida por la tasa de interés que pagaban los bancos estatales, los bancos privados, las financieras y las empresas que se endeudaban directamente. Es decir, hasta el año 1996 se cumplía en Costa Rica la regla que dice: a mayor riesgo mayor tasa de interés. Sin embargo a partir del año 1996, y reforzado mediante la inclusión de un sistema de privilegios, con altos costos de entrada y restricciones explícitas para pequeños inversionistas,⁽⁵⁾ el gobierno (de riesgo nulo) pasa a pagar la mayor tasa de interés de mercado y, el resto de emisores se convierten en seguidores, por lo que pueden inclusive prestarle dinero al gobierno ya que captan a una baja tasa de interés.

(5) Sistema conocido como la Subasta de Títulos, el cual ya hemos analizado ampliamente en otros artículos.

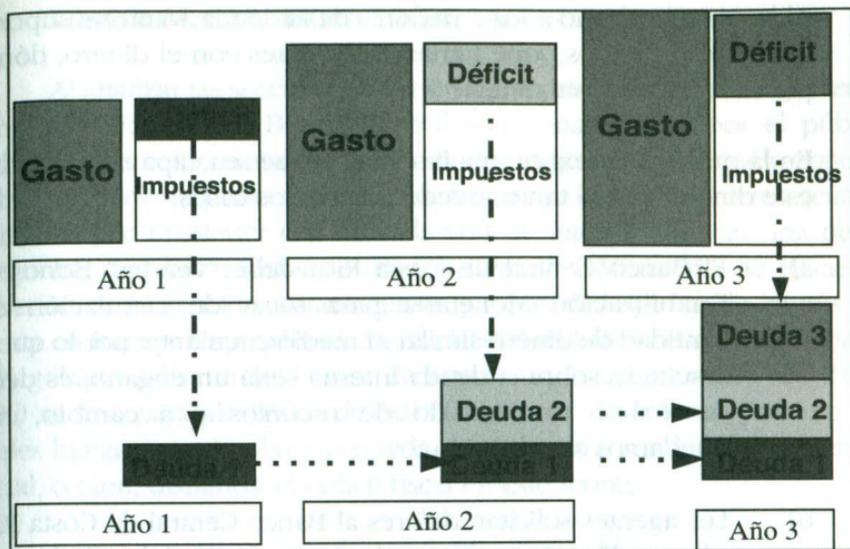


Como se observa en el gráfico anterior, antes de 1996 a mayor riesgo asociado a un ente emisor de títulos de deuda, mayor la tasa de interés, sin embargo a partir de 1996 el Gobierno y el Banco Central son los que pagan las mayores tasas de interés lo cual, de acuerdo a la teoría existente serían los entes que presentan los mayores riesgos dentro del mercado financiero.⁽⁶⁾

Así las cosas el problema relacionado con la deuda interna, como ya lo habíamos analizado en otros artículos, consiste en que no existe una iniciativa para disminuir el gasto del gobierno o aumentar la recaudación fiscal, además de que el gasto por concepto de intereses que paga el gobierno originado en el hecho de que el gobierno no paga la deuda es elevado dado que la deuda interna se recicla, es decir, período tras período los costarricenses han decidido renovar los títulos de deuda, al vencimiento, en lugar de solicitar el dinero, piden nuevos papeles con la esperanza de que el gobierno los va a pagar.

Los poseedores de los títulos de propiedad de deuda interna podrían ser calificados en la actualidad como tenedores de activos rémora, ya que estos títulos, pagan una elevada tasa sin que se realice mayor esfuerzo a cambio.

(6) De ser cierta esta situación, donde el gobierno ha aumentado el riesgo implícito de no pago de sus títulos de deuda interna, esto podría generar una situación de crisis como la ocurrida en Rusia, donde el gobierno, a la hora de honrar o pagar su deuda no estaba en la capacidad de hacerlo y se crea una crisis con serias consecuencias.



Por lo tanto, el pago de altos intereses por concepto de deuda interna tiene asociado un elemento redistribuidor del ingreso en contra de los grupos que no tienen acceso a este mecanismo, ya que discrimina al pequeño inversionista a la vez que premia al inversionista que tiene elevados recursos financieros.⁽⁷⁾

Algunos autores han propuesto diversas soluciones que permitirían disminuir la deuda interna y por ello el déficit fiscal relacionado con el pago por concepto de intereses, estas soluciones son, entre otras, la venta de activos del gobierno.

Esta solución, al ser analizada no es factible, ya que, por ejemplo, si vendemos alguna institución en un monto apreciable, por ejemplo \$1.000 millones de dólares, equivalente a aproximadamente 275.000 millones de colones, bastante dinero, qué haría el gobierno con este dinero:

1. Si logra recibir los \$1.000 millones de dólares, este dinero ingresaría al gobierno y debe vender los dólares al Banco Central de Costa Rica para hacer un abono a la deuda interna por 275.000 millones de colones, es decir, le pagaría esta cantidad de dinero a los inversionistas o poseedores de deuda interna al vencimiento de los títulos.

(7) Lo cual podría ser considerado como un elemento discriminador que introduce el gobierno dentro del mercado financiero.

2. Al hacer este abono a los tenedores de la deuda, vamos a suponer que entes privados, ¿qué harían estos entes con el dinero, dónde podrían colocar este dinero?
3. En la práctica no existe una institución que sea capaz de absorber este dinero, por lo tanto, pueden darse dos casos:
 - a) El Banco Central de Costa Rica debe “vender” Bonos de Estabilización Monetaria para sacar de circulación esa cantidad de dinero similar al medio circulante, por lo que el resultado sobre la deuda interna sería un engaño, es decir, se realizó un traslado de recursos y a cambio, nos quedamos sin el activo.
 - b) Los agentes solicitan dólares al Banco Central de Costa Rica para realizar inversiones dentro o fuera del país, con el resultado de que nos quedamos sin el activo y sin los dólares.

De lo anterior se tiene que la venta de activos no es una solución real al problema de la deuda ya que el gobierno lo que ha estado haciendo es, nuevamente, RECICLANDO LA DEUDA.

Entonces el gobierno deber resolver su problema real: administración del gasto público, y mejorar la recaudación fiscal, que no es lo mismo a incrementar los impuestos, de lo contrario no encontraremos una solución en el corto plazo. Sin embargo, en las últimas fechas el gobierno ha empezado a disminuir las penas por delitos fiscales, lo cual podría ser una clara contradicción con respecto a las necesidades que podríamos haber propuesto.

Deben existir compromisos sociales y partidistas para que el gobierno no se empeñe en recaudar más: quién se está dejando los impuestos recaudados de consumidores es una pregunta que debe responder el Ministerio de hacienda y tomar acciones reales sobre situaciones evidentes en materia fiscal. Disminuir los impuestos indirectos, dado su carácter regresivo debe ser una prioridad del gobierno, a la vez que incrementar los impuestos directos (sobre una base en la cual el contribuyente debe comprobar que no gana lo que se presume dado su nivel de vida, cantidad de autos, propiedades, etc.)

C. LIMITE AL CRECIMIENTO DE LA DEUDA INTERNA

Al analizar las secciones anteriores nos preguntamos, si el gobierno, conjuntamente con el Banco Central son considerados por el público inversionistas como emisores de deuda de riesgo nulo, por qué razones el gobierno, dado su poder imperio, no disminuye la tasa de interés: ¿cuál es el interés por mantener una elevada tasa de interés? Esta es una de las preguntas que los jerarcas del Banco Central y Ministerio de Hacienda deberían explicar a los costarricenses ya que, cada punto de interés nos cuesta en intereses aproximadamente 10.000 millones de colones anuales, si el gobierno disminuye la tasa de interés unos cinco puntos (de 24% a 19%) se ahorraría alrededor de 50.000 millones de colones por año, los cuales harían que el gobierno pueda destinar estos fondos para inversión social, o bien, disminuir el déficit fiscal en este monto.

Pero el análisis anterior resuelve un problema de corto plazo: cómo hace el gobierno para disminuir su déficit fiscal, pero no resuelve el problema de largo plazo: la deuda interna que se ha acumulado en los últimos ocho años.

Para diversos autores, la deuda interna acumulada no es un gran problema ya que la pagarán nuestros nietos, pero hay una pregunta que aún no se ha hecho: no será que en este momento los nietos somos nosotros, y el problema de la deuda es de corto plazo y caerá sobre nosotros con un elevado costo social. De ahí que es urgente determinar durante cuánto tiempo podemos vivir con la deuda interna sin que esta signifique una elevada carga social al analizar la relación intereses/recaudación fiscal, ya que por el momento cerca del 30% de los gastos se originan por concepto de intereses y, dada la recaudación fiscal, cerca del 45% de los ingresos fiscales se destinan al pago de intereses.

Para comprender el límite del crecimiento de la deuda interna utilizaremos un sencillo ejemplo: una persona física, con un ingreso mensual limitado, ¿cuál sería el monto máximo que le prestaría el sistema financiero?

Vamos a suponer que una persona que no posee inversiones financieras ni activos liquidables tiene un ingreso mensual de 200.000 colones, desea que el Banco A le preste una suma determinada para adquirir una vivienda, que el Banco B le preste para adquirir un automóvil y que el Banco C le emita una tarjeta de crédito para solventar algunas de sus necesidades más inmediatas.

Cuánto le prestaría cada banco y, dado su ingreso, cuál sería el tipo de vivienda o auto o tarjeta de crédito a la que tendría acceso? Podría solventar todas sus necesidades, le prestaría el sistema financiero todo el dinero que necesita, hasta qué punto puede esta persona enfrentar su situación financiera? Todas estas preguntas son de sencilla respuesta, por lo que dejamos al lector para que realice este ejercicio.

Ahora bien, el gobierno tiene una deuda interna acumulada de aproximadamente 1.000.000.000.000 colones (un billón de colones), y presenta un déficit fiscal anual de unos 150.000.000.000 colones.

Es decir que mínimo, el gobierno debe obtener del mercado los 150.000 millones de colones, siempre y cuando la deuda interna acumulada se recicle, porque, de lo contrario, si los agentes no lo hacen, el gobierno deberá solicitar una mayor cantidad de recursos frescos para solventar sus necesidades y compromisos fiscales.

¿Cuánto dinero le prestaría usted al gobierno, cuáles son las garantías que tiene el gobierno de que va a pagar su deuda? Estas son algunas de las preguntas que el inversionista podría hacerse a la hora de estudiar si le presta su dinero al gobierno. Vamos a suponer que la confianza es lo único que mantiene este sistema estable y que, dada la potestad del Banco Central de emitir, sería factible que, en última instancia, el Banco Central emita todo ese dinero y que al final el poder adquisitivo del mismo sea muy bajo dados los efectos inflacionarios de dicha medida.⁽⁸⁾

Al analizar este ambiente, dada la elevada tasa real de interés que paga el gobierno, elaboramos un modelo muy simple que establece, a partir de 1990, el comportamiento del crecimiento de la deuda interna, el déficit fiscal y la relación intereses/ingresos fiscales.

Para establecer este modelo se parte de los siguientes supuestos:

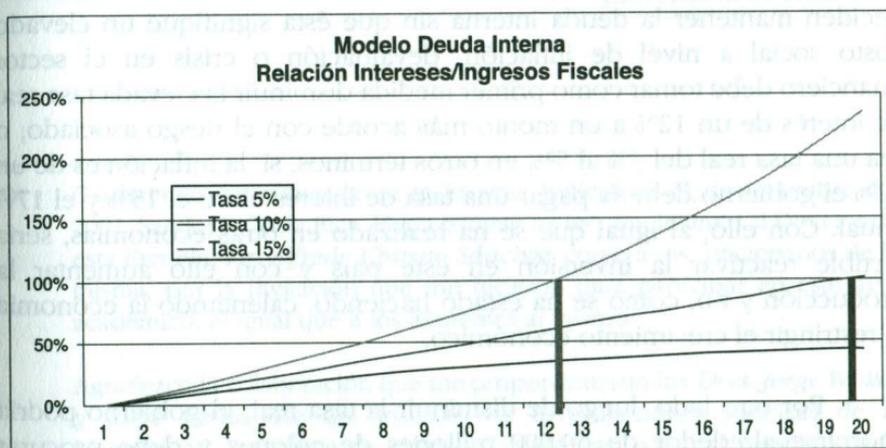
- i) Crecimiento de los ingresos fiscales es un 2% superior al crecimiento de los gastos del gobierno.
- ii) El crecimiento de los gastos del gobierno está dado por la inflación y por la partida de intereses.

(8) Por simple regla monetarista, al aumentar la emisión monetaria, dada la velocidad de circulación y la producción real el ajuste se daría por inflación.

- iii) El gobierno no está en la capacidad de realizar pagos al principal de la deuda interna
- iv) No existe financiamiento externo

Se analizaron tres tasas reales de interés, 5%, 10% y 15%. En la actualidad en Costa Rica la tasa real de interés es cercana al 12%, por lo que las conclusiones pueden establecerse en el intervalo de 10% a 15%.

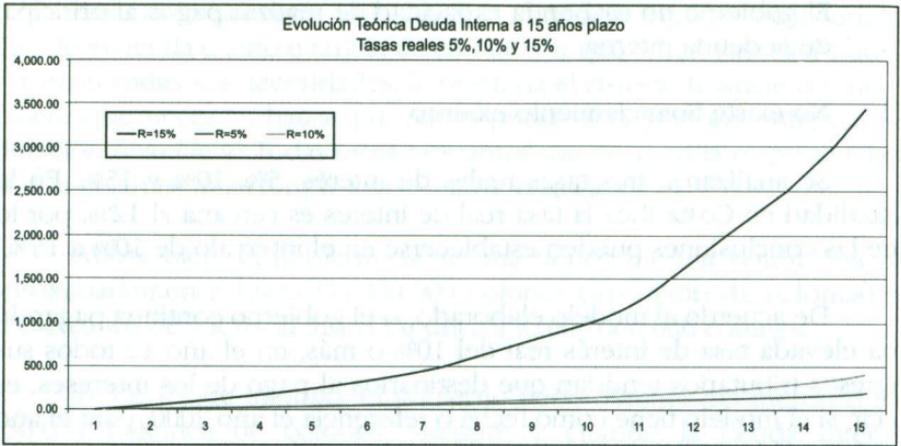
De acuerdo al modelo elaborado, si el gobierno continua pagando una elevada tasa de interés real del 10% o más, en el año 12 todos sus ingresos tributarios tendrían que destinarlos al pago de los intereses, es decir, si el modelo tiene como fecha o referencia el año 2000, para el año 2012 el gobierno no tiene presupuesto para poder gastar en otras cosas que no sean intereses.



Con una tasa real del 10%, el gobierno tendría una relación del 100% para el año 2010, mientras que con una tasa real del 5% no se llegaría a dicha relación, por lo que el gobierno podría administrar la deuda interna sin caer en problema de liquidez importantes (con un incremento implícito en el riesgo asociado).

La evolución teórica de la deuda interna acumulada se presenta en el gráfico siguiente, como se observa a tasas reales de interés bajas la deuda interna puede ser controlada.

Sin embargo, a tasas altas observa que la deuda interna, de mantenerse una tasa real del 15% pasaría hacia el año 2002 a ser de más de 1.600.000.000.000 colones.



Si el gobierno conjuntamente con la sociedad costarricense deciden mantener la deuda interna sin que ésta signifique un elevado costo social a nivel de inflación, devaluación o crisis en el sector financiero debe tomar como primer medida disminuir la elevada tasa real de interés de un 12% a un monto más acorde con el riesgo asociado, o sea una tasa real del 3% al 5%, en otros términos, si la inflación es de un 12% el gobierno debería pagar una tasa de interés entre el 15% y el 17% anual. Con ello, al igual que se ha realizado en otras economías, sería factible reactivar la inversión en este país y con ello aumentar la producción y no, como se ha estado haciendo, calentando la economía al restringir el crecimiento económico.

Por otro lado, luego de disminuir la tasa real, el gobierno podría ahorrarse alrededor de 60.000 millones de colones y debe procurar incrementar la recaudación fiscal, buscando un sistema tributario más justo y acorde con los principios de transferencia de beneficio de sacrificio de los sectores con más recursos hacia la satisfacción y ayuda de sectores más necesitados.

Con este sencillo análisis sería factible reducir el déficit fiscal, reducir el riesgo asociado a los títulos del gobierno, disminuir la inflación y promover el crecimiento en la producción.

CONTRATOS ATÍPICOS

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez^(*)

Catedrático Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

- (*) Conferencia pronunciada en la Escuela Judicial el 14 de setiembre del 2001. San José, Costa Rica. Hago patente mi reconocimiento al Director de esta Escuela, *Dr. Alfredo Chirino Sánchez*, como a los funcionarios de la misma, por la invitación que me hicieron para participar en este acto académico, al igual que a los asistentes al mismo.

Agradezco la colaboración que me proporcionaron los *Dres. Jorge Witker* y *Jorge Fernández* del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México (UNAM), así como al personal de la Biblioteca de este Instituto, durante mi estadía académica de investigación en este campo de los *Contratos económicos modernos*, modalidad de *convenios atípicos*, en el mes de julio del 2001.

Asimismo, expreso mi gratitud a los *Drs. León Cortiñas-Peláez* de la Universidad Autónoma Metropolitana y *Pedro López Elías* de la Universidad Anahuac.

En estas mismas labores de investigación, expreso mi agradecimiento a la *Internacional Development Research Center* (Canada), *Ford Foundation* (Estados Unidos) y a la *Asociación de Investigación y Estudios Sociales* (Guatemala), por la invitación que me hicieron para participar en el *Curso Nuevos Enfoques para analizar la economía internacional: enseñanzas para Centro América*, destinado a docentes e investigadores universitarios de América Central, en el mes de julio del 2001.

SUMARIO:

NOTAS INTRODUCTORIAS

- A) Desarrollo del capitalismo
- B) Nuevas figuras contractuales
- C) Contratos atípicos e innominados
- D) Contratos atípicos y nominados

I. UNA POSIBLE CLASIFICACION DE CONTRATOS

- A) Multilaterales, bilaterales, unilaterales
- B) Onerosos y gratuitos
- C) Conmutativos y aleatorios
- D) Principales y accesorios
- E) Reales, solemnes y consensuales
- F) De adhesión y de libre acuerdo de voluntades
- G) Verbales y escritos
- H) Civiles, mercantiles, administrativos
- I) Instantáneos y de ejecución sucesiva
- J) Típicos, atípicos, nominados, innominados

II. DERECHO COMERCIAL

III. DERECHO ECONOMICO LOCAL O NACIONAL

IV. ORDEN PUBLICO ECONOMICO

V. CONTRATACION MASIVA

VI. CLASES O TIPOS DE CONTRATOS BAJO ANALISIS

VII. BREVE DELIMITACION DE CADA CONTRATO

- A) Tarjetas electrónicas
 - 1 - crédito
 - 2 - débito
 - 3 - compra
- B) Fideicomiso
- C) Leasing
 - 1 - financiero
 - 2 - operativo
- D) Franchising
- E) Factoring
- F) Joint venture
- G) Offshore
- H) Outsourcing

- I) Distribución
- J) Tiempo compartido
- K) Underwriting
- L) Catering
- M) Know how

VIII. CARACTERISTICAS DE ESTOS CONTRATOS

- A) Atípicos
- B) Bilaterales
- C) Consensuales
- D) Onerosos
- E) No formales
- F) Sinalagmáticos
- G) Económicos (industriales, bancarios, comerciales, mercantiles, de servicios, financieros)
- H) Conmutativos
- I) De adhesión
- J) De tracto sucesivo

IX. CONTRATOS ECONOMICOS DE MAYOR INCIDENCIA EN EL PODER JUDICIAL

A MODO DE CONCLUSION

GLOSARIO

BIBLIOGRAFIA

A) *Desarrollo del capitalismo*

De acuerdo al desarrollo del sistema capitalista de bienes y servicios, se ha venido dando en la realidad acuerdos de voluntad –en el campo mercantil– que responden a las necesidades de los agentes económicos y a los requerimientos de la dinámica de la economía.

B) *Nuevas figuras contractuales*

Esas necesidades económicas, se ha traducido –entre otros medios– en la aparición en el mundo contractual de nuevas figuras negociales, que le dan el marco jurídico (orden institucional) a los convenios entre las partes.

C) *Contratos atípicos e innominados*

Por consiguiente, esas nuevas **figuras contractuales** son atípicas e innominadas, en su origen histórico; y, en el desarrollo de su vida jurídica adquieren y consolidan un nombre, siendo ya nominadas, pero manteniendo su carácter atípico.

D) *Contratos atípicos y nominados*

Efectivamente, en su nacimiento cronológico, esas nuevas figuras negociales y mercantiles, tienen esa característica de ser **atípicos** respecto de los **contratos** tipo (**típicos**) ya sedimentados a lo largo de la historia del contrato civil y comercial. Sin embargo, en cuanto a su respectivo y específico nombre contractual (*que en su comienzo nacieron sin un nombre en particular*), la costumbre y el uso comercial les otorgó una denominación específica y con ello un nombre propio (siendo ya *nominados*).

Dentro del derecho contractual, los llamados contratos *atípicos* *aparecen* como una respuesta a los pactos negociales bautizados como contratos típicos.

De ahí que se hable de negocios típicos y atípicos como un modo de referirse a negocios que hacen las partes con tipicidad o sin ella.

Evidentemente esta nomenclatura negocial se debe insertar en el contexto del sistema económico capitalista de bienes y servicios, en donde encuentra su lógica y su comprensión.

Ante la realidad de estos contratos económicos efectuados masivamente, se ha pensado en darle una *ley marco* que los englobe a todos, con pautas genéricas de regulación. El futuro dirá si esta idea se convierte en una ley de la República.

I. UNA POSIBLE CLASIFICACION DE CONTRATOS

*Indicaremos una clasificación de **contratos** tradicionalmente conocida, con el objetivo de ubicarnos en esta temática amplia de los convenios.*

A) **Multilaterales, bilaterales y unilaterales**

Multilaterales: aquellos en los cuales participan varias personas

Bilaterales: aquellos en que las partes contraen derechos y obligaciones recíprocamente.

Unilaterales: aquellos en que solo una parte se obliga para con la otra.

B) **Onerosos y gratuitos**

Onerosos: cuando se da una utilidad para ambas partes.

Gratuitos: cuando no se da utilidad negocial.

C) **Conmutativos y aleatorios**

Conmutativos: cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se considera como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez.

Aleatorios: si se considera que el equivalente negocial consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida.

D) **Principales y accesorios**

Principales: cuando subsiste por sí mismo el contrato sin necesidad de otro acuerdo.

Accesorio: cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella.

E) Reales, solemnes y consensuales

Reales: cuando para que sea perfecto el convenio es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere.

Solemnes: cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de modo que sin ellas no produce ningún efecto jurídico.

Consensuales: cuando se perfecciona por el solo consentimiento de las partes.

F) De adhesión y de libre acuerdo de voluntades

De adhesión: aquí la libertad de negociación, la libre manifestación de la voluntad no se da, ya que una de las partes impone sus condiciones a la otra.

De libre acuerdo: aquí las partes negocian y manifiestan su voluntad respecto de las condiciones contractuales.

G) Verbales y escritos

Verbales: convenios acordados de palabra, verbalmente.

Escritos: aquellos que se pactan mediante documentos escritos.

H) Civiles mercantiles, administrativos

Civiles: aquellos regulados por el Código Civil

Mercantiles: aquellos regulados por el Código de Comercio y los usos y costumbres del mercado.

Administrativos: se pueden a su vez clasificar en:

Públicos: regulados por el Derecho Administrativo

Privados: regulados por el Derecho Privado

I) Instantáneos y de ejecución sucesiva

Instantáneos: cuando las prestaciones y obligaciones se satisfacen en un solo acto, de modo inmediato.

De ejecución sucesiva o en tratos: las prestaciones deben cumplirse en varias etapas.

J) Típicos, atípicos, nominados, innominados

Típico: su régimen y disciplina jurídica concreta y detallada reside en la ley. **Ejemplos:** arrendamiento, compra-venta, comodato, permuta.

Atípico: convenio *ex novo*, creado por la realidad comercial. En su nacimiento carece de una regulación legal concreta, razón por la cual los contratantes establecen –de acuerdo a la autonomía de la voluntad de las partes– el contenido de este convenio. Será el mercado el que sedimente y consolide la utilización de estos convenios atípicos al tenor del contenido negocial que las partes les concedan. Por contraste con los contratos típicos e históricos, se les llama atípicos. **Ejemplos:** *leasing*, *franchising*, *outsourcing*.

Nominado: es el convenio que posee nombre propio –*nomen iuris*–, pudiendo tener un régimen legal específico o careciendo de él. **Ejemplos:** fideicomiso, representación de casas extranjeras.

Innominado: no se trata de que estos convenios carezcan de nombre propio. En otras palabras: esta clase de convenio no tiene nombre propio legalmente otorgado. Pero, evidentemente en el mercado, los agentes económicos lo identifican con un nombre determinado; existe *denominación o tipificación social* –con plenos efectos jurídicos–, aunque no una denominación con rango legal. **Ejemplos:** *offshore*, *joint venture*.

II. DERECHO COMERCIAL

Si bien es cierto que existen en el *mercado* convenios que se pueden ubicar en el campo *comercial, industrial, bancario, financiero, etc.*, también lo es que se puede –*metodológicamente*– ubicar un conjunto de pactos entre las personas como **contratos económicos**, para señalar que se realizan en ese espacio que llamamos **mercado** de bienes y servicios el sistema económico.

Para los efectos de este estudio, diremos que la actividad económica que realizan las partes contratantes se denomina contratos o convenios, en donde incide el derecho, en cuanto el marco de regulación pertinente; y, también, se da el análisis económico (configurando la relación *Derecho / economía o Economía / derecho*), en lo referente al contenido de esa relación negocial.

Señalado de una manera simplista se puede decir que la *forma* del contrato es jurídica; y, el contenido o *fondo* es económico.

También de una manera simple se puede indicar que la actividad de las personas es comercial, ya que los bienes y servicios son sujetos de transacciones entre ellas (sistema comercial).

Una de las discusiones –tradicionales e históricas–, en el campo mercantil, ha sido la definición del derecho que regula esta área jurídica, con base al *acto de comercio* (criterio objetivo) o en base al sujeto: el *comerciante* (tesis subjetiva).

En este escrito indicamos esta **definición del Derecho Comercial:**

es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre las empresas y los adquirentes de los bienes y servicios que ellas ofrecen, así como las normas referidas a la organización y actividad de quienes producen o intermedian como entidades privadas en el cambio de bienes y servicios destinados en masa al mercado.

III. DERECHO ECONOMICO LOCAL O NACIONAL

Metodológicamente dicho, nos interesa destacar la actividad de las personas (en sentido genérico) que se da en la economía nacional o local. Y, en el punto concreto, *los contratos de carácter económico* (en sentido amplio o genérico) que ocurren dentro del contexto del sistema económico costarricense.

Por ello, proponemos que el *Derecho Económico local o nacional* es el conjunto de normas que rigen la organización de la economía por los poderes públicos y regulan la actividad de las personas privadas y del Estado, a fin de dar cumplimiento a la política económica puesta en

práctica por el Estado, como poder político, de acuerdo a la ideología adoptada al respecto.

IV. ORDEN PUBLICO ECONOMICO

Asimismo, consideramos preciso indicar que el **orden público de la economía o económico** es el conjunto de normas de obediencia obligada, relativas a la organización económica del Estado y que deben ser cumplidas por las personas privadas en su actividad económica.

V. CONTRATACION MASIVA

En esta línea de consideraciones, se debe señalar que en el capitalismo actual (la dinámica de este sistema económico), los contratos se hacen *masivamente*. Esto, se ha divulgado por los medios de comunicación colectiva como la **globalización** (mundialización o universalismo) de los negocios y los contratos.

A) Contratos de adhesión masivos

Esta realización de los **contratos en masa** (también para los *convenios administrativos públicos* **García de Enterría**, T. I, pág. 675, 1999, así lo ha afirmado) ha conducido a la plasmación de convenios o acuerdos prefabricados, configuradores de los **contratos de adhesión**, que devienen en la regla de la negociación comercial actual, con las excepciones posibles.

En los **contratos de adhesión**, una de las partes establece las condiciones del contrato, dejando a la contraparte en la situación de tomarlo o dejarlo (*ejemplos*: contratos de seguros, tiquetes de avión, contratos de transporte, etc.).

La **masificación** en el uso de los *contratos comerciales modernos*, también ha conducido al establecimiento de norma jurídicas de protección al consumidor o a las contrapartes de esos **convenios de adhesión** que constituyen las partes débiles en la relación contractual.

Evidentemente, como se ha debatido con mucha frecuencia, la concepción clásica del **contrato** (*derivada de la Roma antigua*) como acuerdo de voluntades, libremente expresada, en cosa y precio; se ha

quebrado, pues el desarrollo de la economía con empresas transnacionales más fuertes que muchos Estados nacionales y una masificación millonaria en número de contratos, ha provocado e instaurado la realidad contractual de los negocios que se realizan mediante la **adhesión** de una partes o varias partes a la que propone el negocio mediante un documento que ella ha elaborado y al cual solicita su adhesión o consentimiento, desde una posición de poder o de privilegio que le permite imponer las condiciones negociales.

A partir de esta situación, algunos se han permitido afirmar que el **Derecho Comercial** (en sentido amplio, como fenómeno y hecho económico) *moderno y actual*, es el **derecho de la contratación en masa**, sobre las cláusulas y condiciones impuestas por el empresario, que aparece como la parte más fuerte en el negocio jurídico determinado.

B) Proteger al consumidor

Esta situación del presente obliga a los actores del mercado jurídico-comercial ha tomar en cuenta esta realidad, a proteger al consumidor (*in dubio pro consumidor*) y a la parte débil en la relacional negocial.

Esta problemática conduce a una visión de conjunto y a la vez focalizada en esta área económica, como hechos de los negocios que hacen las personas, pues las desnudas leyes del mercado (oferta y demanda) no deben prevalecer sobre los intereses públicos en juego en esta macro y masiva **contratación de adhesión**, ya que la estabilidad, seguridad y equidad en las relaciones sociales son prioritarias para el buen desarrollo de la convivencia humana.

VI. CLASES O TIPOLOGIA DE CONTRATOS BAJO ANALISIS

Se analizarán los siguientes contratos económicos modernos:

- 1 - Tarjetas electrónicas: crédito, débito, compra
- 2 - Fideicomiso
- 3 - Leasing: financiero y operativo
- 4 - Franchising
- 5 - Factoring
- 6 - Joint venture
- 7 - Offshore
- 8 - Outsourcing
- 9 - Distribución
- 10 - Tiempo compartido (timesharing)
- 11 - Underwriting
- 12 - Catering
- 13 - Know how

VII. BREVE DELIMITACIÓN DE CADA CONTRATO

A) TARJETAS ELECTRONICAS

1. DE CRÉDITO

Convenio por el cual una empresa especializada (bancaria o financiera) conviene con otra (el cliente) en la apertura de determinado crédito, para que éste, exhibiendo el instrumento creditorio (credificio) que se le provee (tarjeta de crédito) y acreditando su identidad, adquiera bienes o servicios en los comercios que se le indican.

Existen, en nuestro país, iniciativas legislativas sobre esta tarjeta de crédito, las cuales no han sido plasmadas en ley.

2. DE DEBITO

Son aquellas tarjetas o dinero plástico que permiten a sus tarjetahabientes realizar operaciones comerciales en los negocios afiliados, de modo *cash*, es decir, al contado. Dinero que se descuenta inmediatamente de hecha la operación comercial de los fondos que tenga el tarjetahabiente en la entidad bancaria o financiera respectiva.

Se puede definir como aquella tarjeta que da acceso a la cuenta bancaria del poseedor en la que repercutirán las operaciones realizadas

mediante la tarjeta, lo cual se hace inmediatamente o en el caso de una operación electrónica *off-line* después de un corto período de tiempo.

3. DE COMPRA

Es aquella tarjeta, que puede ser de crédito o de débito, que permite realizar operaciones negociales a los clientes de determinados y específicos negocios afiliados. También se les llama tarjetas de cliente o privativas.

PARTES

Tarjetababiente: titular de la tarjeta. Es el que está habilitado para el uso de la tarjeta y quien se hace responsable de todos los cargos y consumos realizados personalmente o por los autorizados por él mismo (**tarjetababientes adicionales**).

Emisor: entidad financiera, comercial o bancaria que emite tarjetas de crédito, débito o compra; o, que haga efectivo el pago.

Usuario adicional o beneficiario de extensiones: aquel que está autorizado por el titular para realizar operaciones con tarjetas, a quien el emisor le entrega un instrumento de idénticas características que al titular.

Proveedor o comercio adherido o afiliado: aquel que en virtud del contrato celebrado con el **emisor**, proporciona bienes, servicios, obras al usuario, aceptando percibir el importante mediante el sistema de las tarjetas.

LEGISLACION

CODIGO DE COMERCIO

Artículo 611, párrafo segundo

También tendrán carácter de título ejecutivo, las certificaciones de los saldos y sobregiros en cuentas corrientes bancarias y de líneas de crédito para el uso de tarjetas de crédito, expedidas por un contador público autorizado (adicionado por ley 7558 del 3 de noviembre de 1995).

CÓDIGO PENAL

Artículo 368. 2

Para los efectos de la aplicación de la ley penal, quedan equiparados a la moneda las tarjetas de crédito o de débito (adicionado por ley No. 7732 reguladora del mercado de valores, artículo 184, del 17 de diciembre de 1997).

LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Artículo 39: cláusulas abusivas en contratos de adhesión

Artículo 41 bis: tarjetas de crédito

Además de las disposiciones del artículo 39 de esta ley, los emisores de tarjetas de crédito, deberán cumplir con los siguientes requisitos: (...)

JURISPRUDENCIA

Resolución No. 081 del 20 de mayo de 1992. Sala Primera del Poder Judicial.

Resolución No. 35 del 8 de marzo de 1995 de la Sala Primera del Poder Judicial.

Resolución No. 15 del 5 de febrero de 1997 del Tribunal Superior Primero Civil.

B. FIDEICOMISO

Definición

Convenio por el cual una persona, física o jurídica, transfiere la propiedad sobre parte de sus bienes a una institución fiduciaria para que con ellos se realice un fin lícito, que la propia persona señala en el contrato respectivo.

Esta figura contractual se usa frecuentemente en nuestro país desde hace tiempo.

PARTES

Fideicomitente: el que entrega el bien y establece la restricción. Es quien constituye el negocio. Puede ser, también, el **beneficiario**, con la percepción de la renta; o, el **fideicomisario**, con la reversión del dominio; o, con ambos beneficios integrados.

Fiduciario o fideicomitado: el que adquiere el bien y se compromete a administrar y disponer de él en la forma impuesta por el fideicomitente. El fiduciario no puede, en principio, ser el beneficiario de la transmisión posterior del bien ni de las rentas que produzca la administración.

Beneficiario: en ocasiones coincide con el **fideicomisario**. Es aquel que recibe los beneficios del cumplimiento del encargo.

LEGISLACION

CODIGO DE COMERCIO

Artículos 633 al 662

JURISPRUDENCIA

Resolución No. 91 del 24 de febrero del 2000 del Tribunal Segundo Civil, Sección Primera.

Resolución No. 406 del 13 de octubre del 2000 del Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda.

Contraloría General de la República

Oficio No. 2716, DGCA, 1997

De acuerdo con el artículo 3 de la Ley de contratación administrativa, se podría realizar actividad de contratación administrativa mediante el fideicomiso –en la Administración Pública– siempre y cuando sea estrictamente necesario para la satisfacción del interés público.

En igual sentido los oficios Nos. 8885, 2716, 5034 todos de 1997; y, Resolución No. 264 de 1998 –de la Contraloría–. (Rey. Cit., pág. 35).

Artículo 3 de la Ley de contratación administrativa

Párrafo segundo: cuando lo justifique la satisfacción del interés público, la Administración podrá utilizar, instrumentalmente, cualquier figura contractual que no se regule en el ordenamiento jurídico-administrativo. En todos los casos, se respetarán los principios, los requisitos y los procedimientos ordinarios establecidos en esta Ley, en particular en lo relativo a la formación de la voluntad administrativa.

Párrafo cuarto: Las disposiciones de esta Ley se interpretarán y se aplicarán en concordancia con las facultades de fiscalización superior de la hacienda pública que le corresponden a la Contraloría general de la República, de conformidad con su Ley orgánica y la Constitución Política.

C) LEASING

Se pueden indicar dos modalidades en este contrato:

A. financiero:

En este caso, una persona actúa como empresa y necesita para sus fines comerciales el uso y explotación de un bien mueble, inmueble; y, otra empresa que, financiándolos, adquiere para sí de un tercero el bien necesitado y lo entrega en explotación a la otra parte, mediante el pago de una retribución preestablecida, a pagar en forma periódica y condicionada a que en determinado plazo cese la operación, se la renueve o se faculte a quien empresarialmente se beneficie con aquel uso a adquirirla por un precio residual fijado en el momento de celebrarse el contrato.

B. Operativo:

Contiene una operación realizada directamente entre el productor o fabricante del bien, equipo y utillaje; y, la empresa que necesita el uso de ellos, quien paga un arriendo periódico, sin que exista un tercero interviniente y fijándose una cantidad determinada que cubre, al finalizar el contrato, el valor de lo utilizado.

En nuestro país se acostumbra elaborar dos documentos: uno, del alquiler; y, otro, de la opción de compra. De tal modo, que en la práctica se distorsiona la teoría creada en torno al *leasing financiero*. Aparecen estas operaciones jurídicas como separadas; y, en su análisis en estrados

judiciales, se pueden resolver como figuras con efectos de derecho separables, distintos o diferenciables.

Existen iniciativas legislativas sobre este contrato que no han sido plasmadas en ley.

Contraloría General de la República

Oficio No. 13100 de 1996

Cita este oficio No. 13100 el proyecto de ley en esta materia publicado en La Gaceta No. 225 del 22 de noviembre de 1996, bajo el nombre de Ley reguladora de los contratos de **leasing**. La Contraloría indica que se debe añadir a ese proyecto, el sector público, ya que contempla solo al ámbito privado. Asimismo, añade que el contrato de **leasing** debe ser objeto de regulación, de previo a su aplicación, pese al ligamen que esta figura pueda tener con el arrendamiento de equipo con opción de compra, máxime teniendo en cuenta que en el pasado, algunas administraciones públicas han denominado arrendamiento con opción de compra a contratos que lejos de ser un arrendamiento eran verdaderas compras financiadas, con pagos diferidos en el tiempo (Rey, 2000, págs. 363 a 365).

En igual sentido oficios de la Contraloría Nos. 476 de 1997 y Resolución No. 134 de 1997.

El criterio de Rey, que compartimos, es que para que el Estado use el **leasing**, al tenor del artículo 55 de la Ley de contratación administrativa y el 66 del respectivo reglamento, de previo a su utilización es necesario elaborar un reglamento y someterlo al conocimiento de la Contraloría General de la República para los efectos de su aprobación o improbación correspondiente (cit., pág. 366).

Artículo 55 de la ley de contratación administrativa:

Los tipos de contratación regulados en este capítulo, no excluyen la posibilidad para la Administración pública de definir, reglamentariamente, cualquier otro tipo contractual que contribuya a satisfacer el interés general, dentro del marco general y los procedimientos fijados en esta ley.

Artículo 66 del Reglamento de contratación administrativa:

1. La Administración pública podrá, por vía de reglamento, definir cualquier tipo contractual a que podrá acudir, siempre que lo haga dentro del marco general y los procedimientos ordinarios que establece la Ley de contratación administrativa y regula este reglamento, y justifique que con ello, se contribuye a satisfacer el interés general y no únicamente el interés de la institución.
2. Los reglamentos que regulen esta materia deberán ser consultados con anterioridad a la contraloría general de la República, con el objeto de armonizar conceptos, normas y procedimientos sobre la especie. Esta opinión de la Contraloría será obligatoria y vinculante.

PARTES

Dador: sujeto - parte que como propietario de la cosa objeto de la prestación que asume cumplir, se obliga a entregarla en uso al **tomador**, a la par que a vendérsela al vencimiento de un cierto plazo si es que este último -llegado el momento- decide adquirirla.

Tomador: sujeto-parte que a cambio de una prestación dineraria periódica, obtiene el uso y goce de una cosa y una oferta irrevocable de venta de parte del dador que está dentro de sus facultades aceptar o no.

Proveedor: aparece como un tercero, cuya función económica es la de suministrar al **dador** el bien a entregar en el **leasing**, bien que el último puede adquirir en propiedad y con destino específico.

JURISPRUDENCIA

Resolución No. 163 del 11 de diciembre de 1992 de la Sala Primera del Poder Judicial.

D) FRANCHISING

Contrato por el cual se concede una marca de productos o servicios a la cual se agrega la concesión del conjunto de métodos y medios de venta.

PARTES

Franquiciante: dueño de una marca, método organizativo o *know how*; y, es el que genera un entorno de éxito por eficiencia, calidad

y renombre en consideración a determinado producto o servicio que comercializa.

Franquiciado: el tomador del negocio; es el que invierte sin tener que realizar estrategias de marketing o penetración de mercado, pues lanza el servicio con la experiencia empresarial ya probada por el **franquiciante**. De este modo, el negocio implica un relativo grado de seguridad y de beneficios.

IMPLICACIONES

En esta figura contractual se dan varias implicaciones relevantes que destacamos:

En este campo hay un gran desarrollo científico y tecnológico importante en los países desarrollados para aumentar las ganancias y el dominio mundial del mercado (mundialización, globalización, universalización, Cocalización, MacDonaldlización, Kentuckyización del orbe).

Se da una costosa inversión en una serie de líneas como la investigación científica de todo tipo y la protección de las patentes. Se homogenizan (*standarización*) bienes, servicios; y, los gustos de los consumidores, como táctica y estrategia de dominación el mercado.

Así, tenemos por un lado el **franquiciado** relega la investigación científica y tecnológica, lo que supone un ahorro en inversión educativa; y, el franquiciante, que hace la inversión, multiplica las posibilidades de venta o localización de servicios; e, incluso obtiene regiones de comercialización cautivas, principalmente, en países subdesarrollados. De este modo, los derechos de los franquiciados se debilitan con el correr del tiempo, pues se profundiza la dependencia de los países subdesarrollados respecto de las naciones desarrolladas (Carlos **Gberst**, T. 2, págs. 50 a 52; y, F. **Suárez** et al, 1975).

JURISPRUDENCIA

Resolución No. 73 del 17 de julio de 1996 de la Sala Primera del Poder Judicial.

E) FACTORING (FACTOREO)

Por este contrato, una empresa (*factor*) adquiere de otra empresa comercial todos los créditos que ella tenía contra sus clientes, asumiendo

el riesgo de la solvencia de los deudores. Se trata de un servicio de cobraduría de facturas o créditos.

PARTES

Factor: la persona que adquiere todos o una parte de los créditos (documentados en facturas) que otra (**factoreada**) tiene frente a sus clientes. Presta servicios de asistencia técnica y financiera, adquiriendo una masa de créditos, mediante el pago de una cantidad de dinero.

Factoreada: empresa que tiene las facturas de sus clientes y se las da a otra empresa para que las cobre, mediante el pago respectivo por este servicio.

F. JOINT VENTURE

Convenio conocido también como *Joint Adventure* o *Joint Interprise*, que consiste en la asociación de dos o más sociedades para realizar operaciones civiles o comerciales de gran envergadura económico-financiera, con objetivos limitados, dividiéndose la labor según aptitudes y posibilidades; y, soportando los riesgos respectivos de acuerdo a los pactos que se hagan entre ellas.

JURISPRUDENCIA

Resolución No. 244 del 25 de junio del 2001, del Tribunal Segundo Civil, Sección Primera.

G. OFFSHORE

Este convenio lo realizan las entidades bancarias, consistiendo el mismo en que se permite la realización de una intermediación financiera en un centro financiero *offshore* (*en el extranjero*) ubicado en un paraíso fiscal.

Esta banca *offshore* consiste en un intermediario constituido en un determinado país anfitrión (generalmente un *paraíso fiscal*) o en un centro financiero internacional, en el cual se realizan —de modo preponderante— las transacciones bancarias, que se perfeccionan, consumen o surten efectos en el exterior, entre prestamistas y prestatarios extranjeros con respecto al país de origen del intermediario financiero.

Los bancos *offshore* actúan como *fiduciarios*, pues administran el bien; y, el fideicomiso se beneficia de las utilidades.

H. OUTSOURCING

Definición

Este convenio también se le llama *contratos de servicios*. Por este convenio una empresa contrata, *por ejemplo*: los *servicios* de seguridad, limpieza, computación, etc., con terceros esas actividades o servicios con el objeto de contribuir a la realización de los objetivos comerciales de la firma contratante.

Teoría administrativa

En la teoría de la *Administración de empresas y en el sector de los recursos humanos o de personal*, esta temática ocupa un lugar importante.

1) DISTRIBUCIÓN

Se trata de un contrato atípico de naturaleza mercantil por el cual, en nombre propio, se promueve la introducción al mercado de una demarcación territorial, de un específico servicio, bien o producto manufacturado por otra persona, mediante un sistema de reventa o cesiones en uso, previamente planificadas en cuanto a la unidad de precio, tiempo determinado y con exclusión de la competencia a cargo de uno solo de los contratantes o de ambos.

PARTES

Distribuidor o intermediario: el que se obliga a adquirir de otra persona (*distribuido*), mercancías generalmente de consumo masivo para su posterior comercialización en el mercado, por cuenta y riesgo propio, estableciéndose una ganancia o un precio de reventa.

Distribuido, productor o fabricante: es la persona que fabrica o produce los bienes o servicios.

JURISPRUDENCIA

Pozuelo: distribución de galletas. Resolución 141 del 7 de mayo de 1993, del Tribunal Superior Segundo Civil.

Gallito: distribución de chocolates y confites. Resolución 411 del Juzgado Civil de Goicoechea.

Demasa: distribución de tortillas. Resolución 169 del 17 de julio de 1996 del Tribunal Superior Segundo Civil (San José, semanario *El Financiero*, No. 328 del 1^o-16 de setiembre del 2001; William Méndez, *Contratos de distribución pueden rescindirse*).

J) TIEMPO COMPARTIDO (TIMESHARING)

Es aquel contrato por el cual el titular del derecho, por medio del pago de un precio, puede usar y disfrutar, en forma periódica, exclusiva y alternada, durante un cierto período de tiempo (ubicado en un año calendario), un bien inmueble dedicado a vacacionar (hoteles, cabañas, clubes de playa, campestres o de montaña, etc).

Este tipo de contrato se ha desarrollado al compás de la industria del turismo, teniendo un fuerte apoyo de las transnacionales de esta actividad económica.

K) UNDERWRITING

Por este contrato se permite el acceso de las empresas al mercado de capitales, para obtener el financiamiento que se necesita.

En este convenio una entidad financiera y una sociedad comercial pactan con el fin de que la primera se obligue a prefinanciar (en firme o no), títulos valores emitidos por la sociedad, para su posterior colocación.

El verbo *underwrite* se puede traducir como suscribir, asegurar contra riesgos, suscribir una emisión de valores.

L) CATERING

Este contrato atípico que comprende el conjunto de *servicios* y de sistemas idóneos para satisfacer las exigencias alimenticias de un grupo de personas.

Este contrato incluye cuatro fases:

1. *La preparatoria:* proporcionar el personal necesario y apropiado para este servicio, transporte y suministro de los alimentos y la preparación del local (comedor) donde se servirá la comida.

2. *Elaboración* de los alimentos, de acuerdo a un menú establecido.
3. *Suministro* de la comida, de acuerdo a un horario prefijado.
4. *Limpieza* y ordenación del local, en el cual se sirvió la comida.

En el convenio de *catering*, se establecen los derechos y obligaciones de las *partes*: la empresa que da el *catering*; y, el respectivo cliente que lo recibe.

Algunas de sus modalidades son:

1. *Passlunch* (tiquete para almorzar): a los empleados de una empresa, se les da un tiquete para que almuercen en un determinado restaurant.
2. *Banqueting*: la empresa de *catering* ofrece el servicio de organizar banquetes, fiestas, espectáculos, congresos, seminarios, etc., o, en particular, proporcionar los alimentos en esas actividades (*Navas*, págs. 57 a 62, 1998).

M) KNOW HOW

Este contrato contiene un negocio jurídico por el cual uno de ellos (el *licenciante*, el que otorga la licencia de *know how*), titular de un *know how* (*know how licenciado*), autoriza a su contraparte (el *licenciatarío* o receptor) a explotarlo durante un tiempo determinado y; con este fin, se obliga a ponerlo en su efectivo conocimiento, obligándose el *licenciatarío* o receptor a satisfacer un precio cierto en dinero o en especie (fijando normalmente, en forma de suma de dinero calculada en función del volumen de fabricación o ventas de productos o servicios realizados con empleo del *know how licenciado*).

Obligaciones del licenciante o transmitente:

- Suministrar el *know how*
- Asistencia técnica
- Garantía de resultados
- Exclusividad o de licencia única: no explotarla en un territorio determinado

Obligaciones del adquirente:

- Retorno de conocimientos: *grantback*. Durante el transcurso del convenio y una vez finalizado éste, el adquirente debe comunicar al *transmitente* las ventajas o perfeccionamiento que el uso del *know how* le ha proporcionado.

- Del pago acordado
- De guardar el secreto
- De explotación adecuada del know how (**Cbullá, Beltrán**, págs. 253 a 260, T. I., 1999).

El know how puede comprender:

- a) Los conocimientos del saber especializado y de la experiencia valorados en el procedimiento y en la realización técnica para la fabricación de un producto.
- b) El conocimiento técnico relativo a asuntos de comercio o merchandising. Proviene del saber especializado y experiencia valorados en la organización de la empresa y sus actividades, principalmente, en cuanto a ventas, aunque no constituyan un invento (**Puelma**, págs. 123-124, 1999).

VIII. CARACTERÍSTICAS DE ESTOS CONTRATOS

A) Atípicos: relacionados con los contratos típicos e históricos, estos nuevos convenios se les puede calificar de atípicos.

B) Bilaterales: estos convenios se realizan entre diferentes partes.

C) Consensuales: de acuerdo al principio de la autonomía de la voluntad, estos convenios deben ser consensuales, expresiones de la voluntad de las partes que intervienen en el contrato.

D) Onerosos: estos convenios provocan cargas, obligaciones, prestaciones recíprocas.

E) No formales: no existen formas especiales exigidas por ley para realizar estos convenios.

F) Sinagmáticos: convenios que generan contraprestaciones recíprocas e interdependientes.

G) Económicos, comerciales o mercantiles: convenios que se dan en el campo genérico de la **economía** (pueden ser industriales, financieros, bancarios, mercantiles, comerciales, etc.).

H) Conmutativos: convenios a título oneroso en el cual las partes conocen la amplitud y alcance de las prestaciones respectivas que deben aportar, desde el mismo momento en el que contratan.

I) De adhesión: la parte más fuerte en la relación jurídica impone o define el clausulado del convenio. En estos *contratos económicos modernos*, la tendencia es que la mayoría de los pactos son de adhesión.

J) De tracto sucesivo: los pagos se efectúan –por cuotas– a lo largo del tiempo, de acuerdo lo pactado.

K) Intuitu personae: se considera que en estos contratos económicos el conocimiento de las partes, como contratantes, es fundamental para tener un conocimiento cabal de las personas contratantes.

IX. CONTRATOS ECONÓMICOS DE MAYOR INCIDENCIA EN EL PODER JUDICIAL

Aquellos *contratos económicos* de mayor grado de incidencia en el Poder Judicial (reflejada en la jurisprudencia respectiva) son los *contratos de tarjeta de crédito* y de *fideicomiso*, que son los más frecuentes al analizar las sentencias correspondientes, con una intensa distancia respecto de los demás convenios económicos que aquí mencionamos.

En este campo contractual, los debates sobre otros convenios no llegan al Poder Judicial, ya que establecen la *cláusula arbitral*.

CONCLUSION

En nuestro país los *contratos económicos* de mayor uso en el mercado son los de *tarjeta de crédito* y de *fideicomiso*, lo cual se refleja –a su vez– en la cantidad de resoluciones o sentencias del Poder Judicial. En lo que respecta los demás contratos, hay un elemento importante que explica el por qué se da una incidencia menor en los estrados judiciales y es la existencia de la cláusula arbitral en muchos de estos convenios. Asimismo, hay otros convenios como por ejemplo, los de *contratación de servicios* que se registran judicialmente con este nombre; y, no con la denominación mercantil de *outsourcing*.

Es posible que sea necesario promulgar una ley marco sobre estos contratos económicos modernos, con el objeto de proporcionar un marco de referencia jurídico a estos convenios.

GLOSARIO

Beneficiario: en ocasiones coincide con el **fideicomisario**. Es aquel que recibe los beneficios del cumplimiento del encargo (**Fideicomiso**).

Dador: sujeto - parte que como propietario de la cosa objeto de la prestación que asume cumplir, se obliga a entregarla en uso al **tomador**, a la par que a vendérsela al vencimiento de un cierto plazo si es que este último -llegado el momento- decide adquirirla. (**Leasing**)

Emisor: entidad financiera, comercial o bancaria que emite tarjetas de crédito, débito o compra; o, que haga efectivo el pago.

Ex - nunc: desde ahora. Tiempo presente, con perspectiva futura. De aquí en adelante o en adelante.

Ex - tunc: desde entonces. Se hace referencia a un acontecimiento pretérito.

Fideicomiso: convenio por el cual una persona, física o jurídica, transfiere la propiedad sobre parte de sus bienes a una institución fiduciaria para que con ellos se realice un fin lícito, que la propia persona señala en el contrato respectivo.

Fideicomitente: el que entrega el bien y establece la restricción. Es quien constituye el negocio. Puede ser, también, el **beneficiario**, con la percepción de la renta; o, el **fideicomisario**, con la reversión del dominio; o, con ambos beneficios integrados.

Fiduciario o fideicomitado: el que adquiere el bien y se compromete a administrar y disponer de él en la forma impuesta por el **fideicomitente**. El **fiduciario** no puede, en principio, ser el **beneficiario** de la transmisión posterior del bien ni de las rentas que produzca la administración.

Franchising: contrato por el cual se concede una marca de productos o servicios a la cual se agrega la concesión del conjunto de métodos y medios de venta.

Franquiciante: dueño de una marca, método organizativo o *know how*, y, es el que genera un entorno de éxito por eficiencia, calidad y

renombre en consideración a determinado producto o servicio que comercializa.

Franquiciado: el tomador del negocio; es el que invierte sin tener que realizar estrategias de marketing o penetración de mercado, pues lanza el servicio con la experiencia empresarial ya probada por el **franquiciante**. De este modo, el negocio implica un relativo grado de seguridad y de beneficios.

Factoring: por este contrato, una empresa (**factor**) adquiere de otra empresa comercial todos los créditos que ella tenía contra sus clientes, asumiendo el riesgo de la solvencia de los deudores. Se trata de un servicio de cobraduría de facturas o créditos.

Factor: la persona que adquiere todos o una parte de los créditos (documentados en facturas) que otra (**factoread**) tiene frente a sus clientes. Presta servicios de asistencia técnica y financiera, adquiriendo una masa de créditos, mediante el pago de una cantidad de dinero.

Factoreada: empresa que tiene las facturas de sus clientes y se las da a otra empresa para que las cobre, mediante el pago respectivo por este servicio.

Intuitu personae: en consideración a su persona. Jurídicamente se usa para significar que un contrato se celebra tomando en cuenta la persona de que se trata.

Joint venture: convenio conocido también como *Joint Adventure* o *Joint Interprise*, que consiste en la asociación de dos o más sociedades para realizar operaciones civiles o comerciales de gran envergadura económico-financiera, con objetivos limitados, dividiéndose la labor según aptitudes y posibilidades; y, soportando los riesgos respectivos de acuerdo a los pactos que se hagan entre ellas.

Know how: todo conocimiento técnico, procedimiento, método de elaboración o aportes de información mantenidos en secreto por su poseedor, que constituye un bien de contenido económico y que forma de su patrimonio.

Locación: arrendamiento. Contrato por el cual una de las partes (**locador** o arrendatario) se obliga a entregar a la otra (**locatario** o arrendatario) una cosa durante un lapso de tiempo, obligándose esta última al pago de un precio en dinero por este uso y goce. Si la prestación de la primera consiste en un servicio, la **locación** será de **servicios**; si se trata de la ejecución de una **obr**, será **de obras**.

Offshore: Este convenio lo realizan las entidades bancarias, consistiendo el mismo en que se permite la realización de una intermediación financiera en un centro financiero *offshore* (en el extranjero) ubicado, por lo general en un paraíso fiscal.

Merchandising: Procedimientos sobre formas de comercio o promoción de ventas de productos.

Proveedor o comercio adherido o afiliado: aquel que en virtud del contrato celebrado con el **emisor**, proporciona bienes, servicios, obras al **usuario**, aceptando percibir el importante mediante el sistema de las tarjetas electrónicas.

Proveedor: aparece como un tercero, cuya función económica es la de suministrar al **dador** el bien a entregar en el **leasing**, bien que el último puede adquirir en propiedad y con destino específico (**Leasing**).

Proveedor o comercio adherido o afiliado: aquel que en virtud del contrato celebrado con el **emisor**, proporciona bienes, servicios, obras al **usuario**, aceptando percibir el importante mediante el sistema de las tarjetas electrónicas.

Proveedor: aparece como un tercero, cuya función económica es la de suministrar al **dador** el bien a entregar en el **leasing**, bien que el último puede adquirir en propiedad y con destino específico (**Leasing**).

Tarjeta de crédito: convenio por el cual una empresa especializada (bancaria o financiera) conviene con otra (el cliente) en la apertura de determinado crédito, para que éste, exhibiendo el instrumento creditorio (crediticio) que se le provee (tarjeta de crédito) y acreditando su identidad, adquiera bienes o servicios en los comercios que se le indican.

Tarjeta de débito: son aquellas tarjetas o dinero plástico que permiten a sus tarjetahabientes realizar operaciones comerciales en los negocios afiliados, de modo *cash*, es decir, al contado. Dinero que se descuenta inmediatamente de hecha la operación comercial de los fondos que tenga el tarjetahabiente en la entidad bancaria o financiera respectiva.

Se puede definir como aquella tarjeta que da acceso a la cuenta bancaria del poseedor en la que repercutirán las operaciones realizadas mediante la tarjeta, lo cual se hace inmediatamente o en el caso de una operación electrónica *off-line* después de un corto período de tiempo.

Tarjeta de compra: es aquella tarjeta, que puede ser de crédito o de débito, que permite realizar operaciones comerciales a los clientes de determinados y específicos negocios afiliados. También se les llama *tarjetas de cliente* o *privativas*.

Tarjetahabiente: titular de la tarjeta. Es el que está habilitado para el uso de la tarjeta y quien se hace responsable de todos los cargos y consumos realizados personalmente o por los autorizados por él mismo (**tarjetahabientes adicionales**).

Time charter: contrato que se celebra en la práctica marítima por el cual el buque se entrega para transporte de mercaderías por cierto tiempo, mediante una retribución proporcional al tiempo de uso.

Usuario adicional o beneficiario de extensiones: aquel que está autorizado por el titular para realizar operaciones con tarjetas electrónicas, a quien el emisor le entrega un instrumento de idénticas características que al titular.

BIBLIOGRAFIA

- AMBRAM, Jorge. *Diccionario del mercado financiero* (Buenos Aires: Ed. Universidad, 1989).
- ACOSTA, Felipe. *Glosario de comercio exterior* (México: Eds. Fiscales, 2001).
Incoterms (México: Eds. Fiscales, 2001).
- ADAME, Jorge et al. *Contratación internacional* (México: UNAM, 1998).
- ALVARADO, María. *Sobre el fideicomiso de inversión y su aplicación en Costa Rica* (San José: tesis de licenciatura en Derecho, UCR, 1998).
- ATHIE, Amado. *Derecho mercantil* (México: McGraw Hill, 1997).
- ALFARO, María. *Necesidad de una regulación para el sistema contractual de tarjeta de crédito frente a la realidad nacional* (San José: tesis de licenciatura en Derecho, UCR, 1998).
- ALFARO, Dennis. *Proyecto de ley para la regulación de la tarjeta de crédito* (San José. tesis de licenciatura en derecho, UCR, 1989).
- ALVARADO, Edgar; Barrantes, Henry. *El contrato de join venture* (San José: Revista Judicial, Nº 77, 2001).
- ALVARADO, Enrique et al. *Mecanismos de garantía para el contrato de tarjeta de crédito* (San José: tesis de licenciatura en Derecho, UCR, 1994).
- ALVARADO, María. *Sobre el fideicomiso de inversión y su aplicación en Costa Rica* (San José: tesis de licenciatura en Derecho, UCR, 1998).
- ANDERSEN, Arthur. *Diccionario de economía y negocios* (Madrid: Espasa, 1997).
- ARCE, Javier. *El contrato de franquicia* (México: Ed. Themis, 1998).
- ARGERI, Saúl. *Diccionario de derecho comercial y de la empresa* (Buenos Aires: Astrea, 1982).
- ARGUEDAS, Olman et al. *La tarjeta de crédito* (San José: CONAMAJ, 1998).
- ARAYA MATARRITA, S. *Fideicomiso como garantía de crédito* (San José: tesis de licenciatura en Derecho, UCR, 1996).
- ASTOLFI, Andrea. *El contrato internacional de joint venture* (Buenos Aires: Depalma, 1986).
- BABCOCK, Philip (editor). *Webster's Third New International Dictionary* (Mass.: Meriam-Webster, 1993).

- BARRON, José. *Ley sobre condiciones generales de la contratación* (Madrid: Dykinson, 1999).
- BAUDRIT, Diego. *Los contratos traslativos de dominio* (San José: Juricentro, 1984).
- Teoría general del contrato* (San José: Juricentro, 1990).
- BESCOS, Modesto. *Factoring y franchising* (Madrid: Pirámide, 1990).
- BRENES CORDOBA, Alberto. *Tratado de los contratos* (San José: Juricentro, 1985).
- Tratado de las obligaciones* (San José: Juricentro, 1977).
- BOLLINI, Carlos; GOFFAN, Mario. *Tarjetas de crédito* (Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 2000).
- BONEO, Eduardo; BARREIRO, Eduardo. *Contratos bancarios modernos* (Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 1994).
- BRITO, Javier. *Derecho internacional económico* (México: Trillas, 1982).
- BROSETA, Manuel. *Manual de derecho mercantil* (Madrid: Tecnos, 2000).
- BUONOCORE, Vincenzo et al. *El leasing* (Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 1995).
- CABANELLAS de las Cuevas, Guillermo Julio Kelly. *Contrato de colaboración empresarial* (Buenos Aires: Ed. Heliastro, 1987).
- CALDERON, Eduardo; PERALTA, Federico. *Contrato de leasing: consideraciones comerciales e implicaciones fiscales* (San José: tesis de licenciatura en Derecho, UCR, 1998).
- CAMPBELL, Henry et al. *Black's Law Dictionary* (Minn.: West Publishing, 1983).
- CAMPOS, Luis. *El contrato de factoring* (San José: Revista Judicial, No. 76, 1999).
- CAPPELLA, Gino. *Observaciones generales en torno al tema de los contratos de adhesión* (San José: revista Iustitia, No. 116-117, 1998).
- CARROU, Dominique et al. *Droit International Economique* (Paris: LGDJ, 1990).
- CASTRO, Mario. *Manual de derecho comercial* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996).
- CEBRIAN, Juan L. *La red* (Madrid: Punto de lectura, 2000).
- CERVANTES, Orlando; RODRIGUEZ, María Elena. *Derechos de autor versus derechos del consumidor en los contratos de software* (San José: tesis de licenciatura, UCR, 1999).
- CHACON, Rolando. *Nuevas formas de financiación empresarial: el factoring* (San José: Revista Judicial, Nº 77, 2001).
- CHAVARRIA, José. *Las empresas de participación conjunta o Joint venture* (San José: tesis de licenciatura en Derecho, UCR, 1990).
- CHERVIN, Marta. *¿Qué es el franchising?* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995).

- CHULIA, Eduardo; BELTRAN, Teresa. *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos* (Madrid: Bosch, 4 tomos, 1995).
- COLLIN, P.H. *Dictionary of Law* (Great Britain: Publ. Collin, 2000).
- COLSON, Jean-Philippe. *Droit Public Economique* (Paris: LGDJ, 1997).
- CORNU, Gerard. *Vocabulario jurídico* (Bogotá: Ed. Temis, 1995).
- COSSIO, José Ramón. *Derecho y análisis económico* (México: Fondo de Cultura económica, 1997).
- CRUZ, Matilde. *Leasing financiero* (San José: s.p.i., 1987).
- DE LA ROSA, Fernando. *La joint venture en el comercio internacional* (Granada: Ed. Comares, 1999).
- DELGADO, Irina. *Contratos de fideicomiso con fondos públicos* (San José: tesis de licenciatura en Derecho, UCR, 1999).
- DIAZ - GARCIA, Gustavo. *Gestión de factor humano: outsourcing* (San José: UACA, Acta Académica, No. 28, 2001).
- DI GIOVAN, Ileana. *Derecho internacional económico* (Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 1992).
- ECHEGARAY, Edgar. *Comercio electrónico y una necesaria regulación para la protección de los derechos del consumidor* (San José: tesis de licenciatura en elaboración, UCR, 2001).
- ESCOBAR - GIL, Rodrigo. *El contrato de leasing financiero* (Bogotá: Temis, 1984).
- ETCHEVERRY, Raúl. *Derecho comercial y económico* (Buenos Aires: Astrea, 4 tomos, 1994, 1995, 1997, 2000).
- FARINA, Juan. *Contratos comerciales modernos* (Buenos Aires: Astrea, 1997).
- FIGUEROA, Ronald. *Nuevas formas empresariales: el contrato de leasing aplicable en la venta de vehículos automotores en Costa Rica* (San José: tesis de licenciatura en Derecho, 1999).
- FLORES, Carolina. *Patología del contrato de franquicia comercial* (San José: tesis de licenciatura en Derecho, UCR, 1999).
- FUENTES, Bernal. *El contrato de franchising* (San José: IJSA, 1995).
- FUSARO, Juan. *Contratos de colaboración empresarial* (Buenos Aires: Depalma, 1987).
- GALLEGO, Esperanza. *La franquicia* (Madrid: Grefol, 1991).
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo* (Madrid: Civitas, 2 tomos, 1999).

- GARRIDO, Lidia. *Leasing* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997).
- GASTALDI, José. *¿Qué es el leasing?* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995).
- GERNAERT, Lucio. *Diccionario de aforismos y locuciones latinas de uso forense* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000).
- GETE-ALONSO, Carmen. *Las tarjetas de crédito* (Madrid: Marcial Pons, 1997).
- GHERSI, Carlos. *Contratos civiles y comerciales* (Buenos Aires: Astrea, 2 tomos, 1999).
- GHIFIS, Steven. *Dictionary of Legal Term* (New York: Barron's, 1998).
- GONZALEZ, Lizbeth. *Fideicomiso agrario, como instrumento para un mercado de tierras* (San José: tesis de licenciatura en Derecho, UCR, 1993).
- GONZALEZ, Adriana; MONCADA, Indiana. *Contrato de franquicia y la dependencia que crea en el empresario franquiciado* (San José: tesis de licenciatura en Derecho, UCR, 1998).
- GRECO, O. y A. GODY. *Diccionario contable y comercial* (Buenos Aires: Valetta Eds., 1999).
- GREENWALD, Douglas. *The McGraw-Hill Encyclopedia of economics* (New York: McGraw-Hill, 1994).
- GUTIERREZ, Adolfo. *Fideicomiso* (San José: tesis de licenciatura en Derecho, UCR, 1983).
- GUZMAN, Diana. *Trust en el derecho anglosajón y el fideicomiso en Costa Rica*. José: tesis de licenciatura en Derecho, UCR, 1984).
- GUZMAN, Iveth; LEITON, Xinia. *Contrato de leasing en el derecho agrario* (San José: tesis de licenciatura en Derecho, UCR, 1994).
- HAYZUS, Jorge. *Fideicomiso* (Buenos Aires: Astrea, 2000).
- HENDERSON, David (director). *Enciclopedia Fortune de economía* (Barcelona: Folio, 1998).
- HERDEGEN, Matthias. *Derecho económico internacional* (Medellín: Diké, 1998).
- HERNANDEZ, 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, UCR, 1997).
- HERNANDEZ, Jessica. *Banca offshore en la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica* (San José: tesis de licenciatura en Derecho, UCR, 1998).
- HERRERA, Alfonso. *Fideicomiso* (San José: tesis de licenciatura en Derecho, UCR, 1966).
- HOLS MAN, Heriberto. *Contrato de concesión comercial* (Buenos Aires: Eds. La Roccca, 1994).

- JIMENEZ, Ligia. *Derechos y obligaciones emergentes del contrato de tarjeta de crédito* (San José: tesis de licenciatura en Derecho, UCR, 1997).
- JIMENEZ, Mariano. *Fideicomiso agrario según la Ley de modernización financiera de la República* (San José: tesis de licenciatura en Derecho, UCR, 1992).
- JINESTA, Ernesto. *Contratos de factoring y leasing financiero* (San José: tesis de licenciatura en Derecho, UCR, 1988).
- Contrato de leasing financiero* (San José: Revista Judicial, No. 55, 1992).
- JOLD, Carlos. *Manual práctico de sociedades comerciales* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001).
- KAHN, Michel. *Franchising y partenariado* (Buenos Aires: Astrea, 1998).
- KLEIDERMACHER, Jaime. *Franchising* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995).
- KNORR, Jolene; ROLDAN, Marcelo. *La protección del consumidor en el comercio electrónico* (San José: IJSA, 2001).
- LEON, Luis. *El contrato de Vanderwritting* (San José: Revista Judicial, Nº 77, 2001).
- LE PERA, Sergio. *Joint venture y sociedad* (Buenos Aires: Astrea, 1989).
- LINOTTE, Didier. *Droit Public Economique* (Paris: Dallos, 2001).
- LISOPRAWSKI, Silvio; GERSCOVUCH, Carlos. *Factoring* (Buenos Aires: Depalma, 1997).
- LOPEZ-ELIAS, Pedro et al. *Temas selectos del derecho corporativo* (México: Porrúa, 2000).
- LOPEZ, Roberto. *Contratos especiales en el siglo XXI* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999).
- LOPEZ, Yuri. *Compendio de jurisprudencia mercantil* (San José: IJSA, 2001).
Compendio de jurisprudencia civil (San José: IJSA, 2001).
Compendio de jurisprudencia procesal civil (San José: IJSA, 2 tomos, 2001).
- MANAVELLA, Carlos. *Proyecto sobre contratos de leasing* (San José: revista Iustitia, No. 120, 1996).
- La tarjeta de crédito en el derecho costarricense* (San José: revista Iustitia, No. 12, 1987)
- MARCHETEAU, Michel et al. *Diccionario económico, comercial, financiero* (México: Larousse, 1997).
- MARIOTTO, Liliana. *Contratos civiles y comerciales* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2 tomos, 1995).

MARTIN, Fernando (coord.). *Diccionario de contabilidad y finanzas* (Madrid: Cultural S.A., 1999).

MARTIN-MATEO, Ramón. *El marco público de la economía de mercado* (Madrid: Trivium, 1999).

y, SOSA-WAGNER, Francisco. *Derecho administrativo económico* (Madrid: Pirámide, 1977).

MENA, Oscar. *Violación de derecho en ejecución del fideicomiso en garantía* (San José: licenciatura en Derecho, UCR, 2000).

MIRANDA, Sussie; CESPEDES, Juan. *Joint venture* (San José: Revista Judicial, No. 76, 1999).

MOLLS, Giacomo. *Manual de derecho bancario* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994).

MONGE, Gonzalo; OREAMUNO, Carlos. *El contrato de franchising* (San José: tesis de licenciatura en Derecho, UCR, 1989).

MONTERO, Patricia; ROJAS, Ana. *Banca offshore* (San José: tesis de licenciatura en Derecho, UCR, 1989).

MORA, Fernando. *Negocios fiduciarios y el fideicomiso* (San José: tesis de licenciatura en Derecho, UCR, 1964).

MORA, Vera. *Fideicomiso de acciones* (San José: tesis de licenciatura en Derecho, UCR, 1998).

MOYA, Randall. *Naturaleza jurídica del fideicomiso* (San José: licenciatura en Derecho, UCR, 1999).

MUGUILLO, Roberto. *Régimen de la tarjeta de crédito* (Buenos Aires: Astrea, 1999).

MUÑOZ, Santiago. *La regulación de la red* (Madrid: Taurus, 2000).

NAVAS, Susana. *Catering: sus formas contractuales* (Valencia, España tiranet lo Monde, 1998).

ORTUZAR, Antonio. *Contrato de leasing* (Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1990).

OSORIO, Edna. *Los joint ventures* (Medellín: Diké, 1999).

PARIS, Hernando. *Dinero plástico* (San José: revista Iustitia, No. 66, 1992).

PEREZ, Víctor. *Contrato de franquicia comercial* (San José: Revista Judicial, No. 56, 1992).

Jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (San José: LIL, 1991).

Derecho Privado (San José: LIL, 1991).

- PEREZ-SERRABONA, José. *La tarjeta de crédito* (Granada: Ed. Comares, 1993).
- PICADO, Hugo. *Nuevas modalidades de financiamiento en la contratación comercial moderna y el mercado de valores* (San José: revista Iustitia, No. 147-148, 1999).
- Contratos comerciales modernos. Urgente necesidad de cambio* (San José: revista Iustitia, No. 130-131, 1997).
- PIGNATARO, Alejandro. *Responsabilidad civil contractual del fiduciario por la mala administración de los bienes fideicomitidos en el fideicomiso* (San José: tesis de licenciatura en Derecho, UCR, 2000).
- POSNER, Richard. *El análisis económico del derecho* (México: Fondo de Cultura Económica, 1998).
- PUELMA, Alvaro. *Contratación comercial moderna* (Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1999).
- QUINTANA, Elvia (coord.). *Diccionario de derecho mercantil* (México: Porrúa, 2001).
- REDONDO, Ana. *Fideicomiso en el sistema bancario nacional* (San José: tesis de licenciatura en Derecho, UCR, 1988).
- REY MENDEZ, Renato. *Ley de contratación administrativa y su reglamento* (San José: IJSA, 2000).
- REYNOSO, Daniel. *Sistema de tarjeta de crédito* (Buenos Aires: Ed. Roberto Guido, 1995).
- RIBERA, Carlos. *Franchising* (San José: revista Iustitia, No. 34, 1989).
- RIVERO, Ricardo. *Introducción al derecho administrativo económico* (Salamanca: Ratio Legis, 1999).
- RODRIGUEZ, Cynthia. *Fideicomiso testamentario* (San José: tesis de licenciatura en Derecho, UCR, 1998).
- ROEMER, Andrés. *Introducción al análisis económico del derecho* (México: Fondo de Cultura Económica, 1994).
- (comp.) *Derecho y economía: una revisión de la literatura* (México: Fondo de Cultura Económica, 2000).
- ROLIN, Serge. *El factoring* (Madrid: Pirámide, 1975). *El leasing* (Madrid: Pirámide, 1974).
- ROMERO-PEREZ, Jorge Enrique. *Contratos del Estado* (San José: EUNED, en prensa).
- ROMERO, José. Manual de derecho comercial (Buenos Aires: Desalma, 1998).
- ROSENBERG, Jerry. *Dictionary of International Trade* (New York: John Wiley & Sons, 1994).
- SALAS, Evelyn; BARRANTES, Jaime. *La cláusula de intereses en un contrato de tarjeta de crédito* (San José: El mundo gráfico, 1997).

- SALAZAR, Ernesto. *Sistema de tarjeta de crédito* (San José: tesis de licenciatura en Administración, UCR, 1971).
- SANCHEZ, Roxana. *Sustitución fideicomisaria en el derecho italiano* (San José: revista Iustitia, No. 20, 1981).
- SANCHEZ, Juvenal. *Aspecto tributario de los fideicomisos en Costa Rica* (San José: licenciatura en Derecho, UCR, 1999).
- SANCHO, Emilia. *Propiedad fiduciaria en el sector vivienda en Costa Rica* (San José: tesis de licenciatura en Derecho, UCR, 1999).
- SANDOVAL, Ricardo. *Operación de leasing* (Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1992).
- SARMIENTO, Hernando. *La tarjeta de crédito* (Bogotá: Temis, 1973).
- SAYAGÜEZ, Rafael. *Análisis de varias jurisdicciones de paraíso fiscal y su comparación con Costa Rica en materia de impuesto sobre la renta de sociedades* (San José: tesis de licenciatura en Derecho, UCR, 1994).
- SIERRALTA, Aníbal. *Joint Venture Internacional* (Buenos Aires: Depalma, 1996).
- SIMON, Julio. *Tarjeta de crédito* (Buenos Aires: Astrea, 1992).
- SOLANO, Carol. *Análisis comparativo en el abuso de la contratación de abestón en América Latina* (San José: Revista Judicial, No. 77, 2001).
- SOLANO, Julián. *La lex mercatoria: sistema romano civilista y sistema del Common Law* (San José: Revista Judicial, No. 76, 2000).
- SOLER, Ximena. *Tarjeta de crédito: su aspecto jurídico* (San José: tesis de licenciatura en Derecho, UCR, 1983).
- SOSA, Enrique. *Tarjeta de crédito, una cuenta corriente* (Buenos Aires: Astrea, 1992).
- STERN, Abraham. *Contrato de leasing internacional de equipo y su incorporación en el sistema jurídico costarricense* (San José: tesis de licenciatura en Derecho, UCR, 1994).
- SUAREZ, Andrés. *Diccionario terminológico de economía, administración y finanzas* (Madrid: Pirámide, 2000).
- SUAREZ, F et al. *Autonomía nacional o dependencia político-tecnológica* (Buenos Aires: Paidós, 1975).
- TAMAMES, Ramón. *Diccionario de economía y finanzas* (Madrid: Alianza, 1994).
- THOMPSON, Eric. *Fideicomiso* (San José: revista Iustitia, No. 31, 1989).
- TORRES, Alejandra. *El contrato de franquicia en el derecho mexicano* (México: Porrúa, 2000).

- TREJOS, Ana. *Formas atípicas de contratación: el leasing inmobiliario, su especificidad y trascendencia* (San José: tesis de licenciatura en Derecho, UCR, 2000).
- VALENTIN, Domingo. *Diccionario de comercio exterior* (Buenos Aires: Depalma, 1991).
- VALETTA, Laura. *Diccionario de derecho comercial* (Buenos Aires: Valleta Eds., 2000).
Diccionario jurídico (Buenos Aires: Valleta Eds., 1999).
- VARGAS, José María. *Doctrina general del contrato* (San José: Juricentro, 1984).
- VILLALOBOS, Joaquín. *Improcedencia de los intereses variables en préstamos bancarios por fideicomitantes antes de 1988* (San José: Revista Judicial No. 62, 1995).
- WAYAR, Ernesto. *Tarjeta de crédito y defensa del usuario* (Buenos Aires: Astrea, 2000).
- WITKER, Jorge; GOMEZ-ROBLEDO, Alonso (coord.). *Diccionario de derecho internacional* (México: Porrúa - UNAM, 2001).
- ZAMORA, Juan. *La estafa con tarjeta de crédito* (San José: tesis de licenciatura en Derecho, UCR, 1994)

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA EFICACIA DEL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL

Lic. Jorge A. Cabrera Medaglia^()*

(*) Profesor Derecho Ambiental en el Posgrado en Derecho de la Universidad de Costa Rica
Asesor Legal del Instituto Nacional de Biodiversidad.
E-mail: jorgecmedaglia@hotmail.com

SUMARIO:

1. Introducción
2. Historia, origen y evolución del derecho internacional ambiental
 - Primera etapa
 - Segunda etapa
 - Tercera etapa
 - Cuarta etapa
3. ¿Por qué se adoptan los convenios internacionales en materia ambiental?
 - El problema trasciende las fronteras nacionales
 - Es necesario incorporar a todas las partes involucradas
 - El asunto a tratar requiere la cooperación internacional
4. Una breve reseña de los tratados internacionales en materia ambiental en la actualidad
5. Las fases de las negociaciones de los convenios internacionales ambientales: las dificultades inherentes a cada una de ellas
 - La decisión de iniciar las negociaciones
 - La negociación propiamente dicha
 - La adopción, firma y vigencia de los acuerdos
 - La adopción de protocolos
 - La implementación

Referencias utilizadas

1. INTRODUCCION

El presente artículo pretende indicar cuáles han sido en la práctica de la negociación de tratados relacionados con el ambiente, las principales dificultades para poder arribar a acuerdos que sean eficaces y efectivos para la protección del mismo y de la salud de las personas. Es importante acotar que estas notas no constituyen un análisis bibliográfico exhaustivo sobre la eficacia de las convenciones internacionales en materia ambiental. Lo anterior pese a que a para determinar la efectividad del derecho internacional ambiental en general existen numerosos escritos (véase para todos Sand, 1992).

2. HISTORIA, ORIGEN Y EVOLUCION DEL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL

El derecho internacional ambiental ha existido, al menos como normativa, no como reflexión sistemática, desde finales del siglo pasado; pero fundamentalmente se puede considerar que esta es una práctica desarrollada en esta centuria. En la actualidad, el problema de la degradación ambiental trasciende el ámbito de las fronteras nacionales, convirtiéndose en una preocupación de dimensión global. Claro ejemplo de ello es que las soluciones que se han creado para enfrentar estas dificultades han adoptado la forma de acuerdos internacionales ambientales.

Kelly, en una revisión de los albores de los acuerdos internacionales ambientales, señala que: "Antes de 1900 los acuerdos ambientales internacionales trataron especialmente con aspectos relativos a los ciertos recursos, como la determinación de las fronteras acuáticas, la navegación en ríos como el Rin y el Danubio y los derechos de pesca en áreas costeras... Estos Acuerdos fueron bilaterales o cubrieron solo pequeñas regiones. (Posteriormente) surgieron Acuerdos como la Convención de 1911 sobre Focas, la Convención de 1916 para la Protección de las Aves Migratorias entre Estados Unidos y Canadá y la Convención Ballenera de 1946". Sin embargo, estos Tratados, aunque multilaterales, estuvieron limitados en su aplicación al control de la sobre explotación de una especie en particular. Durante esta fase del derecho internacional los acuerdos surgieron como respuesta a los problemas ambientales, limitándose su aplicación a regiones y su contenido a una sola problemática o recurso. Siguiendo a Kelly, es posible dividir la evolución de los tratados internacionales en materia ambiental en 4 etapas.

Primera etapa:

Un primer período del derecho internacional ambiental se inicia con la aparición de acuerdos bilaterales relacionados con la pesca y concluye con la creación de la Organización de Naciones Unidas en 1945, tiempo en el cual las naciones comenzaron a tomar conciencia de los efectos sobre la flora y la fauna y en algunos casos sobre las aguas, que el proceso de industrialización implicaba, y la necesidad de tomar medidas de protección.

En esta etapa los instrumentos legales se enfocaron en la conservación de la vida silvestre (pesquerías, pájaros y focas) y en forma limitada a la protección de ríos y océanos. En general, se trató de esfuerzos ad hoc que respondían a soluciones a posteriori y limitadas en sus objetivos y ámbito de aplicación. Los primeros intentos concluyeron con convenciones para combatir la sobre explotación de los recursos pesqueros, la Convención para la Protección de los Pájaros Útiles para la Agricultura de 1902, con una Convención para la Protección de Diferentes Especies de Animales en Africa de 1900, con el tratado de Fronteras Marinas entre Estados Unidos y Canadá de 1909 con implicaciones para el control de la contaminación, etc. Durante este período, únicamente una primigenia institución internacional fue creada, el Comité Consultivo para la Protección Internacional de la Naturaleza, constituido en Berna en 1913 por 17 países, de escasa vida ante la Primera Guerra. Asimismo, dos casos de arbitrajes relacionados con el ambiente fueron desarrollados.

Segunda etapa

Una segunda etapa comienza desde la creación de la ONU y se extiende hasta 1972 fecha en que se realiza la Conferencia de Estocolmo sobre Medio Ambiente Humano, período en el cual se crean diversas instancias con alguna competencia ambiental indirecta (como la FAO) y se elaboran instrumentos legales regionales y multilaterales referidos a fuentes particulares de contaminación y a la conservación de algunos recursos naturales particulares, como por ejemplo, en el área de la contaminación por hidrocarburos, las pruebas nucleares y los humedales entre otros.

Tercera etapa

Este tercer momento comprende el período que va de 1972 hasta la reunión de Río de Janeiro conocida como la Conferencia de Naciones Unidas sobre Ambiente y Desarrollo. En esta reunión de Río de Janeiro se crea el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente mediante la cual se intenta dar una respuesta coordinada a los problemas ambientales, para ello se adoptan convenciones globales y regionales importantes y, por primera vez la producción, consumo y comercio internacional de ciertos productos fue prohibida (como por ejemplo, los desechos peligrosos, la ciertas especies de vida silvestre, etc.)

Cuarta etapa

El cuarto período se extiende desde la reunión de Río y se caracteriza por comenzarse a gestar un período de integración en el cual las preocupaciones ambientales, como materia de derecho y política ambiental, son incorporadas en todas las actividades.

3. ¿POR QUÉ SE ADOPTAN LOS CONVENIOS INTERNACIONALES EN MATERIA AMBIENTAL?

Una vez realizado este breve repaso, cabe cuestionar las causas de estos acuerdos internacionales, es decir, ¿por qué se negocian, adoptan y entran en vigencia los mismos? Para dar respuesta a este interrogante, varios son los razonamientos que deben ser considerados.

El problema trasciende las fronteras nacionales

Sin duda aquellos problemas que trascienden las fronteras de los países sólo pueden ser encarados por la vía de la cooperación internacional. Piénsese en el cambio climático. Aún si un país como Costa Rica cuenta con una política y legislación apropiada para disminuir las emisiones de gases de efecto invernadero y para aumentar su capacidad de absorber los mismos (es decir sus sumideros internacionales), las causas más importantes del calentamiento global se ubican en países industrializados, razón por la cual pese a sus esfuerzos nacionales, los efectos del calentamiento global, le afectarían por igual. En este campo sin la cooperación de la comunidad de naciones no es

posible pensar en soluciones verdaderas, ante la insuficiencia de las medidas estrictamente locales. Por ende una de las explicaciones que fundamenta la negociación y puesta en marcha de estos complejos instrumentos, radica en la necesidad de que las causas y consecuencias de la conservación de los recursos y el control de la contaminación requieran de acciones concertadas multilaterales. En aquellos casos en los cuales las soluciones pueden ser obtenidas por medio de acciones locales, la cooperación internacional puede ser importante en otros términos, pero el costo y largo ejercicio de negociar acuerdos internacionales puede resultar poco conveniente.

Es necesario incorporar a todas las partes involucradas

Otro de los argumentos relevantes para negociar estos convenios internacionales reside en el objetivo de incorporar a todos los actores en las soluciones del problema. Por ejemplo, es común que se trate de evitar el surgimiento de los llamados "free riders". Así, normalmente las obligaciones impuestas por los tratados internacionales conllevan determinados efectos sobre la competitividad de algunas empresas ubicadas en los Estados Partes del Tratado, efectos que no necesariamente deben de soportar los agentes económicos que poseen sus establecimientos comerciales en naciones no partes del acuerdo. Tal ha sido el caso del Protocolo de Montreal, al punto que se limita la posibilidad del comercio de sustancias controladas con Estados no Parte. De esta manera se busca no disminuir la competitividad ni el juego de las fuerzas del mercado, en forma injusta para algunos actores relevantes.

El asunto a tratar requiere la cooperación internacional

Para evidenciar la importancia de este razonamiento citamos un ejemplo. En ciertos casos, el comercio internacional deviene el problema medular a ser abordado y por ende, debe de buscarse la respuesta por medio de la cooperación entre las naciones, o bien, el tópico a tratar resulta intrínsecamente internacional. Tal es el caso del Convenio para el Comercio de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres conocido como CITES, el cual pretende precisamente regular el comercio, es decir las relaciones de intercambio entre países. Lo mismo puede expresarse sobre la regulación de la contaminación transfronteriza, del uso de ríos internacionales, etc, materias en las cuales resulta evidente la necesidad de medidas que trasciendan el nivel nacional.

4. UNA BREVE RESEÑA DE LOS TRATADOS INTERNACIONES EN MATERIA AMBIENTAL EN LA ACTUALIDAD

Desde Estocolmo ha habido un auge importante en los instrumentos legales relacionados con el ambiente. Desde ese entonces han crecido en número, ámbito y cobertura (desde los bilaterales o regionales, a los multilaterales). Esta multiplicidad de matices también se evidencia en la forma en que se establecen las obligaciones ya que se cuenta con instrumentos sumamente específicos y detallados en un extremo, y algunos de carácter marco que requieren de Protocolos que deben desarrollarse posteriormente para lograr el objetivo deseado.

Pese a ello, y de nuevo siguiendo a Kelly, se puede afirmar que "Hoy la comunidad internacional se enfrenta con el deterioro del ozono, la pérdida de biodiversidad, el cambio climático, la desertificación y deforestación. Se estima que existen unos 900 acuerdos dedicados exclusivamente o significativamente a resolver problemas ambientales. Si bien las naciones han sido capaces de negociar un conjunto impresionante de acuerdos, la implementación de estos tratados ha faltado. Consecuentemente, mientras el número de tratados esta creciendo, también los problemas ambientales y las condiciones del ambiente no han mejorado como se esperaba". Esta falta de cumplimiento de los acuerdos existentes ha conducido a manifestar la preferencia por enfocarse en el fortalecimiento de los existentes, antes que en la negociación de nuevos instrumentos y en orientarse a aumentar las respuestas y programas nacionales en los casos en que no exista la necesidad imperiosa de respuestas internacionales.

Asimismo, este autor considera entre los principales obstáculos para la efectiva implementación de los acuerdos, los siguientes:

- a) **La congestión de los tratados.** Como se mencionó el número de acuerdos ha crecido en forma exponencial durante los últimos años. Ello incluso ha conducido a organizaciones como el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente a realizar encuentros para establecer sinergias entre los mismos. Asimismo, como diferentes representantes gubernamentales han manifestado en forma reiterada, "si uno quiere dar seguimiento a todas las iniciativas debe de trabajar tiempo completo en ello y posiblemente mantenerse viajando gran parte del año". Este impresionante auge ha conllevado ineficiencia, inconsistencias en las obligaciones, lagunas en la cobertura, duplicidad de objetivos y responsabilidades.

- b) Problemas y dificultades que enfrentan los países en forma individual.** La inserción de las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales en el sistema normativo doméstico ha demostrado ser bastante problemático tanto en naciones desarrolladas (a modo de ejemplo, piénsese en casos en que la disposiciones internacionales contravienen sistemas federales, acuerdos regionales o bien, presentan algún tipo de inconveniente para promulgar la legislación de acompañamiento, etc), así como también en las naciones en vías de desarrollo (un claro ejemplo en estos países es la ha sido la falta de respeto por la ley, etc).
- c) Dificultades técnicas y financieras.** Muy pocos países en desarrollo cuentan con una oficina destinada a dar seguimiento a las Convenciones, razón por la cual las responsabilidades se diluyen entre las Cancillerías y los diferentes Ministerios (por ejemplo, Salud, Ambiente y Energía, Obras Públicas, etc). Adicionalmente, usualmente se carece de recursos humanos preparados suficientes, de equipo e infraestructura y de financiamiento apropiado para cumplir con las obligaciones contenidas en cada uno de los tratados. Incluso, los deberes mínimos relacionados con la presentación de reportes a las Secretarías de los Tratados, sobre el estado de cumplimiento de los mismos en ocasiones no pueden ser elaborados por la ausencia de recursos. Piénsese ahora en que posibilidades reales existen de poder cumplir con las disposiciones sustantivas de los mismos (poseer inventarios de gases de efecto invernadero y los correspondientes planes de acción, desarrollar estrategias nacionales de biodiversidad, etc). Por otra parte, el financiamiento y la asesoría técnica prevista en los distintos acuerdos ha mostrado ser inferior a la requerida, difícil de acceder (años en algunos casos), etc.
- d) Los diferentes valores entre comercio y ambiente.** Este quizá resulta uno de los aspectos más interesantes. No existe una posición uniforme sobre la preeminencia de cada uno de estos valores y sobre manera de equilibrarlos. En todo caso, si bien esta percepción varía entre los sectores tanto nacionales como internacionales, si ha resultado evidente que un apropiado balance debe de reconocer el peso relativo de estos dos intereses, antes que desentenderse de uno de ellos. Precisamente, intentos de alcanzar este equilibrio se pueden visualizar en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (conocido como NAFTA) y en el Acuerdo lateral o paralelo negociado en materia ambiental.

La denominada Cumbre de la Tierra celebrada en Río de Janeiro en 1992 y sus reuniones preparatorias (conocidas como Prepcom) comenzaron a lidiar con el tema de un acuerdo internacional sobre bosques. Sin embargo, la segunda y tercera Prepcom demostraron la falta de un consenso dirigido a ordenar los bosques y la imposibilidad de obtener un instrumento obligatorio, ante los alegatos de las naciones en desarrollo de que tal convenio tendría como objetivo los bosques tropicales, afectando su soberanía y su capacidad de explotar los mismos. Al final, esta ausencia de acuerdo condujo a una Declaración Autorizada sin Fuerza Jurídicamente Vinculante de Principios Para la Ordenación, la conservación y el desarrollo sostenible de los bosques de todo tipo, conocida como los Principios Forestales.

Posteriormente, la Comisión de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas, estableció un Panel Intergubernamental sobre Bosques, al cual le fue asignado un programa de trabajo compuesto por 12 elementos. Uno de ellos referido al estudio de las organizaciones internacionales y las instituciones e instrumentos multilaterales, incluyendo mecanismos legales apropiados. Este Panel fue establecido entre 1995 y cumplió su mandato en 1997. Como resultados se obtuvieron acuerdos respecto a las propuestas de acción bajo los 12 elementos del programa, pero subsistieron desacuerdos en tópicos, como la asistencia financiera, los aspectos relacionados con el comercio y para nuestros efectos, las negociaciones de un convenio global sobre bosques. La Asamblea General de las Naciones Unidas acordó en su sesión especial 19 en 1997, continuar con las discusiones sobre políticas forestales mediante el establecimiento de un Foro Intergubernamental sobre Bosques. Al mismo tiempo decidió que "El foro también identificaría los posibles elementos de trabajo hacia un consenso sobre los acuerdos y mecanismos internacionales, por ejemplo, un instrumento legalmente vinculante". A la fecha, el Foro no ha alcanzado acuerdo sobre este tema y debe de reportar a la Comisión de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas en el año 2000. Un proceso de alto costo y de una duración de más de cuatro años, sin haber podido realizar ningún progreso sustancial para obtener este instrumento y pero aún sin haber podido detener la pérdida de los bosques, objetivo último de su mandato.

Seguidamente se enumeran algunas consideraciones que no permitieron a los lograr un conclusión positiva para este acuerdo:

1. **Costo:** la administración del convenio requeriría la existencia de una Secretaría, que obviamente conlleva costos. Asimismo a nivel

nacional la presentación de informes, la asistencia a reuniones (no siempre son financiadas para todos los países, etc), implican un costo importante.

2. **Divisionismo:** la búsqueda de un convenio internacional sin haber logrado significativos avances en la claridad de los temas cruciales a ser abordados, puede polarizar la posición de los países entorno a los puntos que se estén tratando.
3. **Invasión de la soberanía nacional:** la adopción de algunas medidas haría que los estados nacionales pierdan el control sobre los recursos del bosque.
4. **Efectividad:** la efectividad del convenio se vería reducida por las limitaciones para implementarlo ante las diferencias de percepción sobre las causas subyacentes de la pérdida de los bosques, las medidas por adoptarse, etc.
5. **Desincentivo a iniciativas regionales:** un instrumento internacional global sobre bosques, podría desincentivar iniciativas regionales o sub regionales sobre esta materia.
6. **Relevancia e inflexibilidad:** probablemente las disposiciones del tratado no sean igualmente relevantes para todas las partes, o bien, resulten demasiado inflexibles para algunos, etc.

En conclusión: el inicio de negociaciones sobre determinados tópicos sin la búsqueda apropiada de consensos y acuerdos al margen de un análisis profundo de las ventajas y desventajas, puede frustrar una negociación internacional.

LA NEGOCIACION PROPIAMENTE DICHA

Un ejemplo que muestra con claridad los problemas que se pueden derivar durante la formulación de los textos jurídicos de un convenio o protocolo, una vez autorizada su negociación, se encuentra en el Protocolo sobre Bioseguridad del Convenio sobre la Diversidad Biológica de las Naciones Unidas. Sobre el particular vale la pena rescatar lo siguiente:

El Convenio sobre la Diversidad Biológica en el único artículo que se refiere a la posibilidad de establecer Protocolos a este tratado internacional dispone: "Las Partes estudiarán la necesidad y las

modalidades de un protocolo que establezca procedimientos adecuados, incluido en particular el consentimiento fundamentado previo, en la esfera de la transferencia, manipulación y utilización de cualesquiera organismos vivos modificados resultantes de la biotecnología que puedan tener efectos adversos para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica" (artículo 19.3). Por su parte el artículo 8 inciso g, dispone que cada Parte establecerá o mantendrá medios para regular, administrar o controlar los riesgos derivados de la utilización y liberación de organismos vivos modificados como resultado de la biotecnología que es probable tengan efectos ambientales adversos sobre la conservación y utilización sostenible de la biodiversidad, teniendo en cuenta los riesgos para la salud humana. Lo anterior se plantea como respuesta al creciente comercio y liberación experimental de organismos genéticamente modificados (OGM).

La segunda Conferencia de las Partes el Convenio en 1995 consideró que efectivamente existía la necesidad de negociar un Protocolo sobre Bioseguridad y por ende estableció un Grupo de Trabajo de Composición Abierta para elaborar las modalidades y elementos del Protocolo. Este Grupo se reunió durante seis oportunidades, la última de ellas en Cartagena de Indias en Colombia, seguido de una reunión extraordinaria de la Conferencia de las Partes con el fin de aprobar el Protocolo resultante de la labor del Grupo. Al final la reunión tuvo que ser suspendida sin alcanzar el objetivo propuesto por las razones que se apuntarán.

El objetivo de este acuerdo consiste en contribuir a asegurar un adecuado nivel de protección en el campo de la transferencia, manejo y uso seguros de organismos vivos modificados resultantes de la biotecnología moderna que puedan tener efectos adversos sobre la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica, considerando los riesgos a la salud humana. Asimismo, en términos generales, los aspectos fundamentales del Protocolo se refieren a:

a) *Los organismos genéticamente modificados a ser cubiertos por el mismo* (y de allí cuáles se excluyen). Es importante mencionar que se establecían los (OGM) que comprendía el protocolo ya que se pretendía establecer una serie de medidas previas que obligaban a los sujetos firmantes al cumplimiento de condiciones para su comercialización incluidas en el Acuerdo Informado Previo del país de importación;

b) *La exigencia del Acuerdo Informado Previo para proceder al movimiento transfronterizo de los mismos.*

- c) Los términos para conceder ese permiso;
- d) La correspondiente evaluación y manejo del riesgo;
- e) La aplicación del principio de precaución;
- f) El etiquetado y segregación de OGM y productos que los contengan;
- g) La responsabilidad e indemnización y las relaciones con otros acuerdos internacionales, especialmente la OMC, entre otros puntos relevantes.

Debido a la falta de consenso para adoptar el protocolo, la reunión en Cartagena debió ser suspendida. La decisión que suspendió la misma únicamente indicó la necesidad de que la continuación de ésta se realizará antes de la Quinta Conferencia de las Partes del Convenio, a efectuarse en Nairobi en mayo del 2000. Posteriormente se celebraron en Viena consultas informales sobre los temas más controversiales y en Montreal, la Conferencia Extraordinaria de las Partes, a última hora, logró finalizar la negociación y adoptar el documento.

Vale la pena indicar las razones que condujeron al fracaso inicial de las conversaciones:

a) *Diferentes países defendían sus intereses particulares como una única posición.* La posición de un grupo de países denominado Grupo de Miami (Estados Unidos –sin ser parte del Convenio– Canadá, Argentina, Uruguay, Chile y Australia,) los tres primeros los exportadores más importantes de transgénicos, se opusieron a cualquier intento de incluir como parte del Acuerdo Informado Previo a los organismos destinados al procesamiento, alimentación o alimento (denominados "commodities") y en general a los productos que contuvieran OGM, indicando su disposición a aceptar tal requisito únicamente para los organismos a ser liberados al ambiente. Ello a juicio de un grupo de naciones en desarrollo (llamados en las negociaciones los países afines), significaría socavar seriamente el ámbito del protocolo y en definitiva desprestigiarse el ambiente ante los riesgos impuestos por los OGM (aún para consumo directo o procesamiento). Una solución de compromiso propuesta por la Unión Europea (UE), en el sentido de aprobar el Protocolo pero establecer la obligación de abordar el tema de los "commodities" por la primera Reunión de las Partes o incluso antes, tampoco fue de la aceptación del Grupo de Miami. Sin duda uno de los aspectos más relevantes acá estuvo constituido por las implicaciones para el comercio de existir la obligación de solicitar permiso cada vez que se exporta soya, algodón, maíz, con el fin de ser utilizados como insumos

y las dificultades (o imposibilidad según algunos) de poder segregar los cultivos transgénicos de aquellos que no lo son.

b) Posición muy fuerte de países en desarrollo: mención del principio de precaución. Con la intención de que se establecieran las posibilidades de restringir la importación y liberación de organismos aún en los casos de ausencia de evidencia científica concluyente sobre sus impactos adversos, fue firmemente requerido por los países en desarrollo y debilitado (sea en la forma de trasladarlo al preámbulo o bien de llamarle enfoque de precaución, etc) por varias naciones desarrolladas. Incluso se propuso su exclusión del texto del Protocolo.

c) El tema de la responsabilidad y compensación La mayoría de los países en desarrollo abogaron por normas expresas sobre responsabilidad por daños causados por los transgénicos, tanto a la salud como al ambiente. No obstante, esta postura fue rechazada por quienes proponían excluir el tema, alegando la suficiencia de las regulaciones nacionales. Un posición de compromiso consistía en establecer la mención para la consideración de disposiciones sobre el tema a ser negociadas en un futuro. Sin embargo, la experiencia con el Convenio de Basilea sobre Tráfico de Desechos Peligrosos y su Eliminación que tomó poco más de seis años para alcanzar un Protocolo sobre responsabilidad- el cual aún no se encuentra vigente-, pesó para considerar esta cláusula como inapropiada, a menos que se adicionaran algunos elementos de relevancia a ser tomados en cuenta en las ulteriores negociaciones

d) La Relación con el Acuerdo de Creación de la OMC. Los miembros del Grupo de Miami asumieron una férrea posición respecto a sujetar las decisiones tomadas en el marco del Protocolo con otras obligaciones internacionales (en "forma consistente con"). En definitiva estos países buscaban establecer en forma clara la posibilidad de someter al sistema de solución de conflictos de esta Organización, las decisiones de restringir o prohibir el comercio de OGM. La aplicación de los principios de la OMC y del Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, sería posible a la luz de este tipo de diferendos. Esta posición fue opuesta por los países en desarrollo y la Unión Europea quienes temían que las reglas del Protocolo fueran debilitadas por los Reportes de los Grupos Especiales de Solución de Conflictos quedando supeditado este punto a las reglas del comercio internacional. La reciente disputa entre la Europa y los Estados Unidos por la prohibición impuesta por la primera a la carne tratada con hormonas y la consiguiente "condena" de las restricciones europeas a la luz de la OMC y el Acuerdo

Sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias ha contribuido a que esta preocupación tome aún más fuerza. En este sentido varios comentaristas han sugerido que un conflicto podría presentarse si un país con fundamento en el Protocolo restringe una importación de un transgénico, básicamente si no hay suficiente evidencia científica, o bien, si los estándares del Protocolo trascienden aquellos considerados por la OMC y no se cuenta con una evaluación del riesgo que justifique su aplicación. En que medida y bajo que condiciones una restricción al comercio para la importación de OGM es compatible con la OMC escapa a este análisis, pero sin duda existe un margen de maniobra claro cuando se cuenta con evidencia científica de los efectos adversos y si las restricciones se aplican en forma no discriminatoria.

e) *El etiquetado.* Los países en desarrollo, respaldados por la Unión Europea, alegaron la necesidad de requerimientos obligatorios del etiquetado de OGM y los productos que los contienen. Ello implicaría segregación de los cultivos transgénicos de aquellos que no presentan estas características, con el fin de proceder a etiquetar los primeros con una serie de costos y mecanismos para efectuar tal separación. El conflicto se ha visto acentuado por algunos recientes acontecimientos. Por ejemplo, la Unión Europea mediante una reciente regulación ha dispuesto la obligatoriedad del etiquetado de alimentos que contengan soya o maíz genéticamente alterado. Sobre este particular, especialmente los Estados Unidos, han argumentado que tal requisito es innecesario e injustificado (por ejemplo, argumentando la "equivalencia sustancial" entre los OGM y los convencionales, así como la seguridad de los primeros), los costos y dificultades para detectar trazas de ADN y las complicaciones derivadas de la segregación de productos. El Codex Alimentarius, la norma internacional aceptada por la OMC, se encuentra debatiendo el punto del etiquetado de OGM.

Aunque no forma parte del Protocolo de Bioseguridad, existen casos en el antiguo GATT que pueden servirnos de ilustración en el tema específico de la aplicación de principios plasmados en instrumentos internacionales en materia de comercio internacional sobre restricciones impuestas a las actividades comerciales por motivos de salud o protección del ambiente.

El caso Tailandia - Restricciones Tailandesas a la Importación e Impuestos Internos sobre Cigarrillos, 7 de noviembre de 1990, Doc. DS10/R - 37S/222, p. 74. Tailandia restringió la importación de cigarrillos en virtud de la Ley del Tabaco de 1966. Dicha normativa establecía que

la importación de labores de tabaco estaba prohibida salvo que se obtuviera la oportuna licencia de importación. Según la definición de la Ley, en las labores de tabaco estaban incluidos los cigarrillos. En los últimos años no se habían concedido licencias de importación para cigarrillos. Asimismo, la Ley del Tabaco facultaba al Gobierno tailandés para aplicar un impuesto especial de un 60 por ciento como máximo a los cigarrillos nacionales y de hasta un 80 por ciento o 0,60 bath por gramo a los cigarrillos importados. Hasta el 11 de julio de 1990, el impuesto especial aplicable a los cigarrillos nacionales variaba en función de su contenido de tabaco extranjero: a mayor cantidad de tabaco extranjero un tipo más elevado del impuesto especial se aplicaba. En esa fecha, Tailandia modificó sus reglamentaciones y estableció un impuesto especial de un 55 por ciento sobre todas las clases de cigarrillos.

Los Estados Unidos solicitaron al Grupo Especial que constatará que las restricciones a la importación de cigarrillos eran incompatibles con el párrafo 1 del artículo XI del Acuerdo General y no estaban amparadas por ninguna de las excepciones previstas en el Acuerdo General, especialmente por las estipuladas en el inciso i) del apartado c) del párrafo 2 del artículo XI y en el apartado b) del artículo XX, ni en las disposiciones del Protocolo de Adhesión de Tailandia. Además, solicitaron que el Grupo Especial constatará que los impuestos aplicados a los cigarrillos estaban en contradicción con lo dispuesto en el artículo III sobre trato nacional.

El Panel consideró que Tailandia contaba con diversas normas internas compatibles con el Acuerdo General para controlar la calidad y cantidad de los cigarrillos que se fumaban y que, utilizadas globalmente, podían servir para conseguir los objetivos de política sanitaria que el Gobierno tailandés trataba de alcanzar mediante restricciones a la importación de cigarrillos incompatibles con el párrafo 1 del artículo XI. El Panel observó que en el Caso Sección 337, supra nota 60, párrafo 5.26, el grupo especial había declarado que "una parte contratante no puede justificar en tanto que "necesaria" en el sentido del apartado d) del artículo XX una medida incompatible con otra disposición del Acuerdo General si tiene razonablemente a su alcance otra medida que no sea incompatible. Análogamente, en los casos en que una parte contratante no tiene razonablemente a su alcance una medida compatible con otras disposiciones del Acuerdo General, esa parte contratante debe utilizar aquella que suponga el menor grado de incompatibilidad con las otras disposiciones del Acuerdo General. En consecuencia, el Grupo Especial

constató que la práctica por la que Tailandia permitía la venta de cigarrillos nacionales y no autorizaba la importación de cigarrillos extranjeros entrañaba una contradicción con el Acuerdo General que no era "necesaria" en el sentido del apartado b) del artículo XX.

En conclusión las complejidades de orden comercial de este texto son evidentes y demuestran como los objetivos de carácter ambiental, no pueden ser alcanzados prescindiendo de las consideraciones de comercio internacional.

El ejemplo propuesto ilustra la importancia de incorporar, en la definición de posiciones nacionales, a los diferentes actores que tienen interés en el resultado de los convenios. Esto es especialmente claro en el caso de postura de México de cara al acuerdo sobre bioseguridad. Los mexicanos concertaron a lo interno con otras Secretarías al lograr que participaran las de Ambiente, la de Agricultura y la de Comercio y Finanzas (encargada de las negociaciones de la OMC).

LA ADOPCION, FIRMA Y VIGENCIA DE LOS ACUERDOS

Varias experiencias interesantes deben de ser puntualizadas relativas a esta etapa de la elaboración de los tratados:

a) *Convenio sobre la Diversidad Biológica.* Este convenio, pese a haber sido adoptado en Nairobi en 1992, no fue firmado por los Estados Unidos, aduciendo, entre otras cosas: dificultades con relación a los derechos de propiedad intelectual, ambigüedades y artículos poco claros, posibilidad de que se establecieran licencias obligatorias para adquirir tecnología, etc. A la fecha esta nación, si bien firmó el tratado, no lo ha ratificado.

Los resultados finales de las negociaciones casi siempre son mínimos acordados en aras del consenso de múltiples y diferentes actores (piénsese en las discrepancias de criterios que existen en diversas materias entre países como India, Etiopía, Dinamarca, Estados Unidos, etc.). Quizá una de las mayores complejidades de los acuerdos internacionales radica en este aspecto. Como afirma Estrada: "En todo este proceso de formulación del derecho ambiental internacional se ha aplicado la regla del consenso para adoptar textos... Es probable que resulte complicado de comprender, pero de esta forma ese asentimiento general se expresa con la frase "PODRÍA VIVIR CON ESE TEXTO" que

expresa bastante gráficamente el tipo de adhesión que suscita". Ello ha causado que estos instrumentos se caractericen por contener términos y condiciones mínimas, normalmente insuficientes para lograr proteger en forma apropiada el ambiente. Un ejemplo claro los constituyen los tratados marco, como el Convenio sobre la Diversidad Biológica. El mismo deja a los Estados un amplio margen de discrecionalidad para decidir como llevar a cabo sus objetivos. Asimismo, el condicionamiento de muchas de las obligaciones mediante frases tales como "en la medida de lo posible", "de conformidad con la legislación nacional", etc. otorgan un margen de acción a los países que muchas veces convierte el mismo Convenio es un sencillo término de referencia.

En definitiva, las acciones nacionales y locales deben ir mucho más allá de las disposiciones mínimas contenidas en estos acuerdos, para poder alcanzar verdaderamente los objetivos de los mismos (proteger el ambiente y la salud), lo cual podría ser descuidado, si se piensa que el cumplimiento de los mandatos de los tratados deviene suficiente.

b) El caso del Convenio del Derecho del Mar de Naciones Unidas. El mismo resulta tan detallado y complejo –al punto que se le considera como una codificación del derecho del mar– debido a la naturaleza de algunas de sus disposiciones (como la creación de la Empresa Internacional de los Fondos Marinos, etc.), que desde su firma en Montego Bay en 1982 hasta su entrada en vigor en 1994, pasaron mas de 12 años. Precisamente ello tuvo su origen en las dificultades de varios países importantes para firmar y ratificar el mismo. Ello ejemplifica las dificultades para la vigencia de los acuerdos, cuando los mismos desconocen intereses de actores relevantes y limita seriamente la posibilidad de alcanzar los objetivos propuestos, sin la presencia imprescindible de ciertos Estados (en este caso con flotas pesqueras).

En conclusión, la firma y vigencia de los tratados dependen de que tan apropiados resultan para todos los intereses en juego y subestimar los mismos puede retrasar su vigencia, o bien, a excluir a países importantes como Partes de los mismos.

LA ADOPCION DE PROTOCOLOS

a) Convenio Marco de Cambio Climático. Respecto a los Protocolos posiblemente las enseñanzas derivadas del Protocolo sobre Bioseguridad sean apropiadas. Sobre este ya hemos hecho varias

reflexiones, así que utilizaremos otro ejemplo interesante. El Convenio Marco de Cambio Climático fue negociado, firmado y ha entrado en vigor, bajo una modalidad similar al Convenio de Viena sobre la Protección de la Capa de Ozono y al Protocolo de Montreal sobre Sustancias que Agotan la Capa de Ozono. Este tipo de acuerdos marco establecen algunas reglas generales y luego detallan sus compromisos específicos en Protocolos. No obstante, este tipo de tratados marco y sus protocolos derivados no están exentos de debilidades. Por lo menos dos rondas de negociaciones y ratificaciones son necesarias retardando el proceso al punto que un daño irreversible puede resultar en el "interim" (Kelly). De esta forma, si bien el Tratado Marco quizá no enfrente demasiadas dificultades (debido a su propia generalidad), los Protocolos (en los cuales se establecerán las verdaderas obligaciones) posiblemente deban sufrir un largo camino de negociación. Mientras ello ocurre, los efectos del Tratado Marco (aún en el caso de plena aplicación del mismo) serán de escaso impacto. A la vez, el problema ambiental que trataba de ser resuelto por esta vía continuará sin que se tomen medidas reales para atacarlo.

Un ejemplo lo constituye el Convenio Marco de Cambio Climático, el cual entró en vigencia en marzo 21 de 1994. Con posterioridad, se han celebrado reuniones periódicas de las Partes Contratantes, conocidas como Conferencias de las Partes o COPs. La Primera de ellas en marzo de 1995 en Berlín; la segunda en Ginebra en 1996; la Tercera en diciembre de 1997 en Kyotto, en la cual se adoptó con un sin número de dificultades, el Protocolo de Kyotto como un instrumento con compromisos específicos. A pesar de la especificidad de los compromisos, el acuerdo no contempla todos los aspectos requeridos apropiadamente. Este Protocolo se constituiría en el instrumento legal a través del cual se regularán las emisiones de gases para el periodo 2008-2012. En el se fijaron los límites y las reducciones de emisiones para las naciones desarrolladas; los gases a ser controlados (seis en total) y los porcentajes diferenciados de reducciones por países industrializados, los mecanismos para cumplir con las metas indicadas (conocidos como mecanismos de flexibilidad), etc. Pese a los avances logrado en Kyotto, tres años y medio después de la entrada en vigor del Convenio Marco de Cambio Climático, la vigencia misma del Protocolo se supedita a que el 55 por ciento de las Partes lo hayan ratificado y que ese 55 por ciento de países representen el 55 por ciento de las emisiones de gases con efecto invernadero. Las imprecisiones e indefiniciones que el Protocolo ha mantenido, tampoco pudieron ser solventadas en la 4 Conferencia de las Partes del Convenio Marco en Argentina en 1998.

En conclusión, los mecanismos de negociar convenios marco y luego proceder a la formulación de Protocolos han topado con dificultades significativas que han impedido que este modus operandi tenga apropiado éxito. La evidencia muestra que no todos los convenios internacionales surten el efecto que en teoría debieran de alcanzar.

LA IMPLEMENTACION

De algunas de las citas mencionadas al inicio de este reporte, se deducen los graves problemas para implementar los tratados y convertir en realidad sus objetivos. He aquí tan solo algunos ejemplos:

a) *La Convención Internacional sobre el Comercio de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres*. En el caso de CITES, indicado en apoyo de la tesis de los cambios producidos por los convenios, Copland manifiesta "La Convención Internacional sobre el Comercio de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres demuestra que la popularidad no asegura el éxito. CITES es uno de los mas viejos y populares acuerdos ambientales internacionales. Después de 23 años de su aprobación por más de 125 países, LA VIDA SILVESTRE CONTINUA EXTINGUIENDOSE... Por qué?... La vida silvestre continua desapareciendo no obstante estas leyes y no obstante CITES. Por supuesto que China no es el único lugar donde la vida silvestre continua sufriendo. El mecanismo legal establecido por CITES resulta corto para los objetivos del tratado de asegurar que la vida silvestre "sea protegida para las presentes y futuras generaciones".

En este orden de ideas manifiesta Martin, que para responder a la pregunta sobre el funcionamiento de CITES muchos estudios se han realizado sobre el valor de la Convención. Asimismo, muchas razones han sido esgrimidas para apoyar su suceso, tales como el haber generado mayores niveles de conciencia, etc. Sin embargo, como el mismo Martin señala solamente existe una medida segura para determinar el éxito de CITES: los cambios en el estado de la vida silvestre que CITES tratar de proteger. Según este autor no existen especies cuyo número haya incrementado dramáticamente después de ser listada en CITES. Martin citando a Trexler concluye que "no existe evidencia medible de que CITES haya beneficiado a las especies en absoluto". Asimismo, según un reciente estudio sobre la efectividad de CITES, se examinaron 12 especies escogidas determinándose que solo 2 mejoraron debido a encontrarse listadas en CITES.

Igualmente, en un reciente estudio (Cabrera 1997) realizado sobre los obstáculos y oportunidades para el control de la vida silvestre en la región centroamericana, una de las conclusiones más relevantes ha sido la ausencia de adecuada implementación de CITES. El estudio de más de 100 páginas da recomendaciones concretas, una de las cuales consiste en la necesidad de mejorar la aplicación y el cumplimiento de la legislación relacionada con el control del tráfico de la vida silvestre. Desafortunadamente, según algunos Parlamentos y Gobiernos los tratados internacionales constituyen un fin alcanzado, desconociendo que por el contrario se trata más bien del inicio de un proceso para implementarlos. Esta errónea percepción ha conducido a que los mismos sean ratificados, sin pensar en la necesidad de dotar de recursos a las instituciones para poder llevar a la práctica los deberes o exigir los derechos en ellos estipulados.

b) Convenio Internacional para prevenir la contaminación de los buques (MARPOL). Existen convenios internacionales que debido a su complejidad, no son ratificados por los países ante las dificultades para poder cumplirlos. MARPOL es un ejemplo de ello, especialmente en naciones como las centroamericanas, las cuales en general no lo han ratificado. Un breve repaso sobre el estado de los puertos en las costas centroamericanas, la ratificación de MARPOL y sus Anexos, conllevaría cambios y transformaciones esenciales, para las cuales aún no existe la suficiente preparación ni capacidad de respuesta. Incluso la Sala Constitucional ha considerado que ratificar este tratado ante las condiciones existentes para dar cumplimiento a sus mandatos, resultaría contrario a la Carta Magna por ponernos ante una situación de falta de cumplimiento. (voto, No 6618-99 del 27 de agosto de 1999)

c) Una reflexión final. Un estudio local realizado sobre el cumplimiento de los tratados universales y regionales sobre biodiversidad, el clima y los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos (pero posiblemente aplicable a muchos más casos) ha concluido que: "Sea por falta de recursos económicos, humanos, institucionales o por falta de voluntad política puede concluirse de una manera general que los Convenios Internacionales suscritos y ratificados no se implementan en su mayoría."

En conclusión la ratificación de un tratado internacional tan solo representa el primer paso de un largo camino por recorrer hasta su implementación. Desconocer los problemas y costos de este proceso, implica mantener la situación actual: un evidente incumplimiento y desatención de los mismos.

REFERENCIAS UTILIZADAS

El cumplimiento de los tratados universales y regionales sobre biodiversidad, el clima y los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos. Caso de Costa Rica. Informe de Consultoría Junio de 1999.

Kelly, Michael. *Overcoming obstacles to effective implementation of international environmental agreements*. Georgetown International Environmental Law Review, Vol. IX, Issue 2.

Copeland, John. *Why Chinese Wildlife Disappears as CITES spreads*. Georgetown International Environmental Law Review, Vol. IX, Issue 2.

Estrada Oyuela, Raúl. *Notas sobre la Evolución reciente del Derecho Internacional Ambiental*, en *Derecho Ambiental Internacional*, Raúl Estrada y Otra (eds), Buenos Aires, 1993.

The Effectiveness of International Environmental Agreements. Peter Sand (ed), 1992.

Martin, Rowan. *When CITES works and When It Doesn't*.

Cabrera Jorge. *Hacia un Convenio Internacional sobre Bosques*, en *Derecho Ambiental y Desarrollo Sostenible*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996.

Cabrera, Jorge. *El Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Convenio Centroamericano para la Conservación de la Biodiversidad y la Protección de las Areas Silvestres Prioritarias en América Central desde una Perspectiva Centroamericana*, 1995.

Cabrera, Jorge. *Obstáculos y Oportunidades para el Control del Tráfico de Vida Silvestre en Centroamérica: conclusiones de un estudio regional*. **Revista Acta Académica**, Número 24, mayo de 1999.

Sands, Philippe. *Principles of International Environmental Law*. Tomo I, Manchester, 1994.

Valverde, Max y Cabrera, Jorge. *Comercio y Ambiente: su regulación en el GATT, en Centroamérica y la Integración Económica en el Siglo XXI*. Edgar Robles (ed), IICE, San José, 2000.

LA PRIMERA SENTENCIA DE CASACIÓN

Jorge Francisco Sáenz Carbonell

Profesor de Historia del Derecho

Universidad de Cota Rica

Con la entrada en vigencia el 1° de enero de 1888 del Código de Procedimientos, que derogó las disposiciones sobre procedimiento civil contenidas en el Código General de 1841, desapareció en Costa Rica la tercera instancia judicial. En su lugar, la nueva legislación introdujo el sistema de Casación, tomado de la legislación francesa.

El 12 de julio de 1887, varios meses antes de la entrada en vigor de la nueva normativa, el Poder Legislativo eligió al Presidente y a los magistrados que habrían de integrar la Sala de Casación, encargada de conocer el nuevo recurso. Para la presidencia de la Sala se designó al Licenciado Don José Rodríguez Zeledón, que tenía a su haber una distinguida carrera judicial y también había sido brevemente Secretario de Relaciones Exteriores y carreras anexas. Los demás magistrados elegidos fueron los Licenciados Don Alejandro Alvarado García, Don Ezequiel Gutiérrez Iglesias, Don Manuel Vicente Jiménez Oreamuno, Don Juan José Ulloa Solares.

A escasos meses de haber empezado a regir el Código de Procedimientos Civiles se interpuso y se admitió, por primera vez en la historia de Costa Rica, un recurso de casación.

El litigio que daba origen al recurso, *Zamora vs. Villalobos*, era en realidad de escasa significación. Don Sebastián Zamora y Vargas, un agricultor domingueño, demandó en nombre de sus hijos menores a Doña Ramona Villalobos y Zamora, madre de su difunta esposa, para que se declarase nulo un título supletorio levantado e inscrito a instancias de ella sobre bienes que, según el actor, no le pertenecían en forma exclusiva sino que formaban parte del patrimonio de la sociedad conyugal de ella y su difunto marido, abuelo de los menores Zamora. En sentencia de 23 de noviembre de 1887, el Juez de 1ª Instancia de Heredia declaró sin lugar la demanda, pero el actor recurrió el fallo y la Sala Primera de Apelaciones, en sentencia de 15 de febrero de 1888, decidió revocarlo, declaró nulo el título cuestionado y mandó a cancelar la correspondiente inscripción registral. La señora Villalobos no se avino a la victoria de su exyerno, e interpuso recurso de casación por la forma y por el fondo contra la sentencia de la Sala de Apelaciones.

El 1° de abril de 1888 la Sala de Casación rechazó *ad portas* el recurso de casación por la forma, debido a que los defectos procesales que se alegaban no se habían reclamado, como mandaba el Código, en las anteriores instancias. Decidió sin embargo, conocer el recurso que fue resuelto a las once horas del 13 del mismo mes.

El texto de la sentencia de la Sala de Casación, la primera en su género en Costa Rica, fue muy breve. De la lectura de su parte considerativa cabe deducir que el recurso interpuesto era bastante flojo y se sustentaba en cuestiones puramente formales e irrelevantes, tales como el empleo indistinto de las voces *título supletorio*, *información de posesión* y otras. La Sala, naturalmente, falló en contra de las pretensiones de la señora Villalobos y la condenó a pagar las costas del recurso.

De conformidad con el modelo francés del reenvío, consagrado el texto original del Código de 1888, una vez dictada la sentencia de la Sala de Casación, ésta debía remitir nuevamente los autos a la Sala de instancia, para que dictase nuevamente sentencia. Se suponía que el recurso de casación estaba establecido exclusivamente en interés de la ley, y por consiguiente su función se concretaba a examinar si se había aplicado o interpretado correctamente las leyes, dejando al tribunal de instancia la tarea de dictar la resolución final. Así es de suponer que lo hizo la Sala Primera de Apelaciones en el caso *Zamora vs. Villalobos*, después de que la Sala de Casación declaró sin lugar el recurso de la demandada.

Sin embargo, más tarde se dio la situación de que la sala de instancia desoyese lo resuelto por casación en un litigio y volviese a fallar el caso conforme a su criterio inicial. Mediante las reformas introducidas al Código de Procedimientos Civiles en las leyes Nº 52 de 20 de julio de 1891 y Nº 5 de 26 de mayo de 1892 se dispuso que la interpretación dada por el Tribunal de Casación obligaba en el caso concreto a los tribunales de instancia. Esto impedía las contradicciones entre el la sentencia de la Sala de Casación y el segundo fallo de circunscrito prácticamente a repetir lo que había dicho Casación. No fue sino hasta la emisión de la Ley Nº 2 de 19 de agosto de 1897 que se adoptó el sistema español, según el cual el Tribunal de Casación, además de dejar sin efecto la sentencia de segunda instancia, falla el fondo del litigio.

ZAMORA vs. VILLALOBOS
(11 a.m. de 13 de abril de 1888)

El señor Sebastián Zamora y Vargas, mayor de edad, viudo, agricultor y vecino de la villa de Santo Domingo, como tutor legítimo de sus menores hijos Luis, Josefa Herminia, María y Fabián Zamora y Azofeifa, hijos y representantes legítimos de la señora María Azofeifa

y Villalobos, demandó en vía ordinaria a la señora Ramona Villalobos y Zamora, mayor de cincuenta años, viuda, de oficios domésticos y del mismo vecindario, ante el Juez de Primera Instancia de la Provincia de Heredia, para que se declarase nulo un título supletorio levantado a instancias de ésta y aprobado por aquella autoridad en auto del día dieciocho de mayo del año próximo pasado, y pidió además la anotación preventiva de la demanda en el Registro de la Propiedad. De los autos resulta:

- 1º Que el actor funda su demanda en que los bienes objeto del título no pertenecen exclusivamente a la demandada a cuyo favor se pidió y ordenó la inscripción, sino pro indiviso a la sociedad conyugal que ella tuvo con el señor Antonio Azofeifa y Barrantes, uno y otra abuelos legítimos de los menores expresados.
- 2º Que la señora Villalobos Zamora contestó la demanda negativamente sosteniendo la validez del título, por pertenecer a ella, exclusivamente, los bienes de que se trata.
- 3º Que en el curso del juicio el actor demostró con la certificación que se registra a fojas 56 y 57 que el título supletorio, objeto de la cuestión, había sido inscrito en el Registro de la Propiedad, en el tomo doscientos cincuenta y seis, folios doscientos setenta y nueve y doscientos ochenta y uno, fincas números quince mil cuatrocientos noventa y uno y quince mil cuatrocientos noventa y dos.
- 4º Que seguido el juicio por sus trámites, el Juez de Primera Instancia de Heredia, por sentencia dictada a las once del día veintitrés de Noviembre del año próximo pasado, citando los artículos 971, 996 y 1164, parte I del Código General, 352 de la Ley Hipotecaria y 22 de la adicional de 17 de Octubre de 1864, declaró improcedente la nulidad reclamada.
- 5º Que apelada esa sentencia, la Sala Primera de Apelaciones, por resolución dictada a las doce del día quince de Febrero último, revocó la sentencia de primera instancia, declaró nulo el título en cuestión y mandó cancelar la inscripción que de él se había hecho en el Registro.
- 6º Que contra esa sentencia la señora Villalobos y Zamora interpuso el recurso de casación: 1º—Por infracción del artículo 87 del Código de Procedimientos Civiles, sea nulidad de fondo, que se hace consistir en falta de congruencia entre la demanda y la resolución de segunda instancia, por haberse demandado la nulidad de un proyecto de título supletorio, y haberse declarado en la sentencia la nulidad de una información supletoria, y ordenado la

cancelación de las inscripciones hechas en virtud de ella; y 2º—Por nulidad de forma, que se hace consistir en no estar justificada la personalidad del actor, porque no consta que haya sido marido de María Azofeifa, ni que ésta haya muerto. [Artículo 202 Código de Procedimientos Civiles].

- 7º Que por auto de las tres de la tarde del día primero del corriente se admitió el recurso en cuanto a la cuestión de fondo y no en la de forma, porque el defecto que se alega no fue reclamando en las instancias anteriores. [Artículo 965 Código de Procedimientos Civiles].
- 8º Que en la sustanciación del juicio en 1ª y 2ª instancia aparecen observados los procedimientos legales, y

Considerando:

- 1º Que el título supletorio declarado nulo en la sentencia de segunda instancia es el mismo título o información de posesión que con claridad determina el actor en su demanda, citándolo por su objeto y por la fecha del auto que ordena la inscripción, siendo insustanciales las diferencias que se notan en los varios nombres con que se designa.
- 2º Que la cancelación de las inscripciones hechas en el Registro procede legalmente de la nulidad de los títulos respectivos, de tal modo que declarada ésta, aquélla no necesita de decreto judicial [inciso 3º, artículo 63 de la Ley Hipotecaria].
- 3º Que por lo dicho en los dos considerandos anteriores, la sentencia de segunda instancia no contiene infracción del artículo 87 del Código de Procedimientos Civiles, ni en cuanto declara la nulidad del título o información de posesión, porque la nulidad de ese título fue el objeto del juicio, ni en cuanto ordena la cancelación en el Registro, porque ese es el único efecto legal de nulidad demandada y declarada por la Sala.
- 4º Que no hay observación legal que hacer contra los procedimientos de las dos instancias anteriores. Art. 93 *ibídem*.

Por tanto, de acuerdo con las leyes citadas y con lo dispuesto en el artículo 980 del mismo Código, se declara que la Sala Primera de Apelaciones, en la sentencia relacionada, no infringió la disposición del artículo 87 citado, a que se refiere el recurso de casación, y se condena a la señora Villalobos y Zamora en las costas del recurso.— Con certificación de la presente vuelvan los autos a la Sala de procedencia. José J. Rodríguez.— Juan J. Ulloa.— A. Alvarado.— Ezequiel Gutiérrez.— Manuel V. Jiménez.— Ricardo Pacheco, Secretario.

Rodríguez Cordero, Juan Carlos y Dagoberto Sibaja Morales. **Contratos privados registrales** (San José: Investigaciones Jurídicas, S.A., IJSA, 2001, 237 páginas).

El contenido de esta valiosa obra es el siguiente:

- Título I:** Generalidades de los contratos privados registrales
Capítulo I: Propuesta para un tratamiento de los contratos privados registrales
Capítulo II: La registración de los contratos relativos a bienes inmuebles
Título II: Especificidades de los contratos privados registrables
Capítulo I: Los contratos traslativos de dominio
Capítulo II: Contratos de utilización
Capítulo III: Contratos de cooperación
Capítulo IV: Contratos de garantía
Anexos

Este libro es sumamente importante para los estudiantes, profesores y profesionales.

Vargas Chavarría, Eugenio. La jornada de trabajo y el descanso semanal. Con jurisprudencia (San José: IJSA, 2001).

Embargo de salario. (San José: IJSA, 2001).

Reglamento interno de trabajo. Guía práctica para su elaboración (San José: IJSA, 2001).

Feriados y asuetos. (San José: IJSA, 2001).

Vacaciones y aguinaldo. Con jurisprudencia (San José: IJSA, 2001).

Se trata, sin duda de un valioso aporte al Derecho Laboral.

Carranza, Elías (coordinador). **Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria. Respuestas posibles** (México: ILANUD - Ed. Siglo XXI, 2001, 337 páginas).

En la **Presentación**, el Dr. Elías Carranza afirma que la *situación carcelaria en los países de América Latina y El Caribe es de oprobio y vergüenza; personas que han sido privadas de libertad por decisión de la justicia son sometidas al hacinamiento y otras penas crueles, inhumanas y degradantes.*

El libro se divide en dos partes: la primera, sobre América Latina y El Caribe; y, la segunda sobre Europa, América del Norte y Asia.

En su contenido, esta valiosa obra analiza, entre otros temas: la sobrepoblación penitenciaria, problemas de la salud, derechos humanos, alternativas a la prisión, atención médica, higiene.

- o -

López Casal, Yuri. Compendio de jurisprudencia mercantil. Con descriptors e índice analítico (San José: Investigaciones Jurídicas, S.A., IJSA, 2001).

Compendio de jurisprudencia civil. Con descriptors e índice analítico (San José: Investigaciones Jurídicas, S.A., IJSA, 2001).

Compendio de jurisprudencia procesal civil. Con descriptors y jurisprudencia numerada (San José: Investigaciones Jurídicas, S.A., IJSA, Tomos I y II, 2001).

- o -

Rivero Sánchez, Juan Marcos. **Constitución, Derechos Fundamentales y Derecho Privado**, T. I, 343 págs. **Responsabilidad Civil**, T. II, 368 págs.; **La responsabilidad por la producción de la apariencia de la situación jurídica**, T. III, 253 págs. (Medellín, Colombia: Ed. Diké. Eds. Arete, Universidad Escuela Libre de Derecho, 2001).

La producción jurídica del *Dr. Juan Marcos Rivero Sánchez* es fundamental en el desarrollo del Derecho costarricense moderno.

Estos libros muestran la calidad intelectual y profesional del Dr. Rivero Sánchez.

El contenido de estos libros es el siguiente:

Tomo I: Constitución, derechos fundamentales. Derecho privado, la cara oculta del Tribunal constitucional, anexos, bibliografía.

Tomo II: El discurso de fundamentación de la responsabilidad civil por daños, cuándo y cómo se debe responder: el discurso que da contenido a la responsabilidad civil, el discurso que individualiza la responsabilidad civil y la teoría de las redes contractuales económicamente eficientes, superación del dualismo / responsabilidad contractual / responsabilidad extracontractual, relaciones de tensión entre la responsabilidad civil y la responsabilidad penal / problemas específicos de la responsabilidad civil en sede penal, bibliografía.

Tomo III: Presupuestos metodológicos para el estudio de la apariencia de la situación jurídica, análisis del elemento objetivo del supuesto de hecho en las hipótesis de apariencia de la situación jurídica, análisis del elemento subjetivo del supuesto de hecho en la hipótesis de apariencia, la doctrina del efecto saneante, bibliografía.

- o -

Knorr, Jolene Marie; y, Marcelo Roldán Sauma. ***La protección del consumidor en el comercio electrónico.*** (San José: Investigaciones Jurídicas, S.A., IJSA, 2001, 282 págs.)

Bien nos indica el *Dr. Víctor Pérez Vargas*, en la *Presentación*, que esta obra nos revela las diversas caras de esta nueva realidad, las características del medio electrónico y sus grandes ventajas (tanto para empresarios como para consumidores), pero también nos demuestra el crecimiento de los problemas tradicionales, como el fraude, la venta de productos de baja calidad y la publicidad engañosa.

El contenido de esta valiosa obra es:

Título primero: El comercio electrónico y el consumidor global

Título segundo: Los contratos del consumidor celebrados por Internet

Título tercero: Las disputas del consumidor en el comercio electrónico desde la perspectiva internacional

Conclusión, bibliografía

- o -

Facio, Alda; y, Lorena Fries (editoras). **Género y derecho** (Santiago de Chile: LOM ediciones, ILANUD, Naciones Unidas, American University, 1999, 780 págs.

Sus editoras en la *Presentación general*, afirman que el derecho se encarga de facilitar el traspaso de un determinado modelo político, social y sexual a las futuras generaciones. Para ello, se constituye en una trama que por debajo de sus divisiones y categorías internas, teje el hilo de las relaciones de poder en el que las mujeres y algunos grupos de hombres discriminados por razones de su pertenencia a una clase, etnia, discapacidad, etc., quedamos atrapadas(os).

Este importante libro se divide en cuatro partes:

- | | |
|----------------------------------|-----------------------|
| 1) Teoría general del Derecho, | Ana Elena Obando |
| 2) Derecho constitucional, | Marcela Rodríguez |
| 3) Derecho de familia, | Marcela Huaita Alegre |
| 4) Derecho penal y criminología, | Luz Rioseco Ortega |

El Derecho es un instrumento de articulación del sistema patriarcal. Por ello, señalan las editoras, la crítica feminista es una alternativa catalizadora de transformaciones democratizantes dentro del Derecho.

- o -

Murillo Arias, Mauro. **Ensayos de Derecho Público** (San José: Investigaciones Jurídicas, IJSA, Vol. III, 2001, 224 págs.

De la obra del Dr. Murillo, el primer tomo lo publicó la *EUNED* en 1988, el segundo tomo lo editó *Juritexto* en 1995 y este tercer volumen lo realizó *IJSA*.

Los temas de este volumen III son:

- Separación de precedentes administrativos y principio de igualdad
- Concepto de norma jurídica presupuestaria
- La colegiatura forzosa
- Contratación administrativa
- Principio de defensa y casos desprotegidos en la actividad administrativa
- Principio de defensa y casos desprotegidos en la actividad administrativa
- Principio de defensa y recepción de prueba testimonial
- Principios constitucionales aplicables al empleo en el sector público
- Autonomía y competencia municipales
- Artículo 75 de la Ley de Jurisdicción Constitucional y procedimiento para agotar la vía administrativa
- La anulación por conexión en las acciones de inconstitucionalidad
- Perfiles del amparo costarricense
- Fijación de la política local
- Objeto del procedimiento disciplinario e imputación de cargos
- Jurisprudencia constitucional en Derecho Administrativo

Se trata de una importante contribución al Derecho Público costarricense.

- o -

Armijo Sancho, Gilberth. ***Garantías constitucionales, prueba ilícita y la transición al nuevo proceso penal*** (San José: Investigaciones Jurídicas, S.A., IJSA, 2001, 455 págs.)

En el *Prólogo*, el Magistrado Dr. Daniel González Álvarez, Presidente de la Sala de Casación Penal, afirma que la ideología de los derechos humanos exige hoy día que se le impongan límites claros y precisos a la actividad represiva del Estado, a favor de los derechos de las personas, luego de reconocer que sistema eficiente no equivale a sistema duro ni viceversa. Creemos necesario establecer un principio rector el cual señale que el imputado no debe utilizársele como objeto, elemento o fuente de prueba en su perjuicio y sin su consentimiento, salvo los casos expresamente autorizados en la ley.

Esta excelente obra se divide en varios capítulos:

- I. Fundamento constitucional del proceso penal
- II. Prueba ilícita y Constitución Política
- III. Disfunciones del proceso que facilitan la confesión ilícita en la policía
- IV. La confesión ante las reglas de la valoración de la prueba en el proceso penal.

Conclusiones

Bibliografía

González Camacho, Oscar. ***La justicia administrativa. Control judicial pleno de la Administración Pública*** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., Tomo I, 2001, 284 págs).

En la *Introducción* el Dr. González expresa que se impone una modificación sustancial al proceso contencioso, con el que se dé una respuesta fluida a toda lesión que sufra el ciudadano ante la "conducta pública", con garantía adicional del cumplimiento exacto de legalidad.

El contenido de este valioso libro es:

- Capítulo I: La separación de Poderes como aparente obstáculo al control pleno de la Administración Pública
- Capítulo II: La proyección de la tutela judicial efectiva en el objeto de lo Contencioso Administrativo
- Capítulo III: El control universal de la Administración Pública

Bibliografía

Gómez Bonilla, Manuel. **Código de Minería y su reglamento.** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., IJSA, 2001).

Carrara, Francesco. **Curso de Derecho Criminal. Parte general.** (San José: Ed. Jurídica Continental, 2000, Tomos I, 316 págs.; y II, 192 págs. Traducción de Octavio Beeche y Alberto Gallegos en los años de 1889 y 1890. Edición facsimilar patrocinada por el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delicuyente).

En la *Introducción* que realiza el Dr. Javier Llobet Rodríguez indica que la importancia de la traducción es porque a Costa Rica le corresponde el honor de haber sido donde se tradujo por primera vez al castellano la *Parte General del Programa de Derecho Criminal* de Francesco Carrara (1805-1888).

Quando esta traducción se hace, se encontraban las enseñanzas de esta escuela de Carrara en auge, aunque enfrentadas a las de la Escuela Positivista de *Césare Lombroso* (1835-1909), *Enrico Ferri* (1856-1929) y *Rafael Garófalo* (1851-1934).

Contenido de esta obra clásica:

Tomo I, Sección primera: del delito
Tomo II, sección segunda: de la pena

- o -

Jiménez Meza, Manrique. **Derecho Público** (San José: Editorial Jurídica Continental, 2001, 326 págs.)

En la *Introducción*, el Dr. Jiménez indica que el presente libro constituye un aporte por una democracia efectiva, por la justicia pronta y cumplida, por la democratización participativa, por el Estado social y ecológico, por una Justicia y Administración que lavan su cara para el Siglo XXI.

Los temas, entre otros, que este significativo libro contiene, son:

- Análisis de la trayectoria política y constitucional de Occidente
- La problemática de los derechos de frecuencias televisivas a la luz de la jurisprudencia constitucional

- La contratación administrativa en relación con la jurisprudencia constitucional
- Algunas consideraciones sobre la Procuraduría General de la República, la Justicia Constitucional y la Justicia Administrativa
 - Impuestos y patentes municipales
 - Análisis del régimen municipal en la Constitución Política
 - Derecho de petición
 - Legalidad y legitimidad del Estado constitucional
 - La protección de los intereses difusos y los derechos humanos en el Código Procesal Penal

- o -

Zeledón, Ricardo; Roxana Salazar. **Código Ambiental Internacional** (San José: Ed. Porvenir, 2001).

Zeledón, Ricardo. **Código Ambiental** (San José: Ed. Porvenir, 2001).

Zeledón, Ricardo. **Código Agrario** (San José: Ed. Porvenir, 2001).

Montenegro, Carlos. **Manual sobre la ejecución de la pena** *Reglamento de derechos y deberes de los privados y las privadas de libertad. Jurisprudencia constitucional* (San José: Investigaciones Jurídicas, S.A., IJSA, 2001, 201 páginas).

El fiscal Montenegro señala en la *Introducción* que la ejecución de la pena es un tema de actualidad que ha tomado verdadera importancia en prácticamente la totalidad de los países del mundo y nuestro país no es la excepción, ya que por años se le ha puesto atención a esta fase, por algunos sectores y actualmente con la aparición aquí del o que se ha denominado la judicialización de la ejecución de la pena, se le está poniendo mayor cuidado a ésta.

Esta relevante obra se divide en tres capítulos:

Primero: La ejecución de la pena

Segundo: Desarrollo procesal

Tercero: Participación del Ministerio Público en la ejecución penal

Bibliografía

Torrealba Navas, Adrián. **Principios de aplicación de los tributos. Los principios de reforma tributaria administrativa y de los procedimientos de gestión y liquidación. Principios de justicia tributaria material** (San José: Investigaciones Jurídicas, S.A., IJSA, 2001, 147 págs.)

Salas, Ricardo. **La teoría de la justicia y neocontractualismo. A propósito de la obra de John Rawls** (San José: Investigaciones Jurídicas, S.A., IJSA, 2001, 425 páginas).

Su autor afirma en la *Introducción* que el conocimiento de la obra de John Rawls (1921-) podría venir a modificar el *hábitat* del análisis político, pues representa la introducción de nuevos actores o al menos en nuevas vestiduras (en un vínculo de reciprocidad política respecto a los miembros tenidos por normales).

Este sugerente libro se divide en tres partes:

- Primera: Del contractualismo y del neocontractualismo
- Segunda: Teoría de la justicia y liberalismo político de Rawls
- Tercera: A la teoría de la justicia sometida a debate

Bibliografía

— o —

Instituto Costarricense de Derecho Constitucional. **Revista Costarricense de Derecho Constitucional** (San José: Investigaciones Jurídicas, S.A., IJSA, 2001, Tomo II, 137 págs.)

Este segundo tomo de la citada Revista presenta este contenido:

- Problemática constitucional del principio di sussidiarietà
Antonio D'Atena
- El federalismo en Estados Unidos de América
Rubén Hernández Valle
- El regionalismo en Francia y en España
Franck Moderne
- Régimen jurídico de la empresa pública en Costa Rica
Mauro Murillo

- El contenido de la autonomía municipal en Costa Rica
Mag. Eduardo Sancho
- Actualidad constitucional. Reformas constitucionales aprobadas en el primer semestre del año 2000
Marina Ramírez
- Jurisprudencia constitucional
- Sitios web de interés en materia constitucional

- o -

Rodríguez Oconitrillo, Pablo. **Derechos fundamentales** (San José: Juricentro, 2001, 201 págs.)

El autor de esta obra esencial, nos dice que once años de labor de la Sala Constitucional han transformado el ordenamiento costarricense. Uno de sus impactos menos evidentes, pero de mayor potencialidad mediata consiste en que abogados y jueces hemos sido obligados –apena confesarlo– a consultar con asiduidad la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos. Anteriormente, nos constreíamos a la compulsa de códigos y leyes.

El contenido, entre otros temas, de este interesante libro es:

- Derechos humanos, individuales, sociales
- Tutela de los derechos fundamentales
- Derecho Público y Derecho Privado
- Interpretación conforme
- Declaración de inconstitucionalidad
- “Ideología constitucional” e interpretación

Bibliografía

- o -

Asociación de Derecho Público y Administrativo de Costa Rica, Asociación e Instituto Iberoamericano de Derecho Administrativo, Prof. Jesús González Pérez. **Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo** (San José: Diagramación e Impresión: Departamento de Publicaciones de la Universidad Nacional, Heredia, No. 1, primer semestre 2001, 263 págs.)

El Dr. Alvaro Mora Espinoza, Director de esta Revista, en su *Mensaje* nos expresa que la *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo* ofrece al lector un sentido de encuentro en un campo

propio de estudio y nos adentra en el estudio de temas y cuestiones que desde el interés del Derecho Administrativo y Público, han de constituir el objeto de la adopción de futuras decisiones e incluso de próximos derroteros doctrinarios.

La primera parte de esta Revista contiene estos ensayos:

- Discurso de fundación del Instituto Costarricense de Derecho Público y Administrativo, Profesor Jesús González Pérez.
Dr. Manrique Jiménez Meza
- Algunas reflexiones sobre el "arbitraje" en el Derecho Administrativo.
Dr. Luciano Parejo Alfonso
- El Estado en un mundo en transformación.
Prof. Jaime Rodríguez-Arana
- Defensa del particular mediante instituciones no jurisdiccionales
Maestro *Dr. Jorge Fernández Ruiz*
- El control jurisdiccional contra la actividad material de la Administración Pública.
Dr. Alvaro Mora Espinoza
- Fortalecimiento y/o creación de los Tribunales Administrativos.
Prof. Víctor Hernández-Mendible
- Acción de inconstitucionalidad o recurso de amparo contra decisiones judiciales. ¿Es posible en Costa Rica?
Dr. Enrique Rojas Franco
- El amparo de legalidad, el caso de Chile.
Prof. Miguel Aywyn Oyarzun
- Ideas para el proyecto de mejoramiento de la justicia administrativa costarricense. Reforma total a la justicia administrativa y contencioso administrativa.
Dr. Enrique Rojas Franco
- Breves comentarios a las reformas de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.
Dr. Enrique Rojas Franco

La segunda parte presenta varios proyectos de ley.

Escuela Judicial. Poder Judicial **Revista Escuela Judicial** (San José: Ofiprint, S.A., mayo de 2001, No. 1, 147 págs.)

En su *Presentación*, el Dr. Alfredo Chirino Sánchez, Director de la Escuela Judicial, indica que esta Revista no pretende sustituir a otras publicaciones que el mismo seno del Poder Judicial están buscando la luz pública, como el excelente proyecto de *Revista de la Defensa Pública*, o medios de difusión científica de larga trayectoria y de enorme prestigio como la misma *Revista Judicial*, sino que es más bien un foro aparte, que pretende apoyar nuestros esfuerzos para llevar la capacitación a todas las regiones del país, aportando materiales e informaciones que puedan ser de su interés, con la vocación de transformarse, en algún momento, en un instrumento que pueda aprovechar los nuevos medios tecnológicos de comunicación judicial como la Intranet. Es por ello que creemos que la *Revista de la Escuela Judicial* será un órgano informativo que realice muchos de los objetivos que perseguimos con ahínco en la actualidad, entre los que destaca, sobre todos, el de coadyuvar a la misión institucional de nuestro Poder Judicial.

Bajo la coordinación del Lic. Otto González Vilchez, este primer número de la Revista nos da este contenido:

- Capacitación a distancia: una experiencia piloto.
Licda. Ana Tristán Sánchez
- El papel del Ministerio Público en el proceso de conciliación.
Licda. Ileana Guillén Rodríguez
- La explotación sexual de las personas menores de edad en Costa Rica
Licda. Lilliam Gómez Mora
- Derecho a la maternidad y paternidad en la legislación laboral centroamericana.
Máster Rodrigo Jiménez Sandoval
- Una nueva dimensión del debido proceso a través de la conciliación judicial.
Lic. Luis Alfonso González Vargas
- A propósito de la prescripción de la acción penal
Lic. Jorge Chacón Laurito
- Los nombramientos interinos de docentes en la jurisprudencia constitucional.
Lic. Jimmy Bolaños González
- El "Renacimiento" del proceso penal. Notas en torno a su provatización.
Lic. Erick Gatgens Gómez

Recomendaciones aprobadas por el Consejo Directivo de la Escuela Judicial.
Directrices de la Dirección Nacional de Notariado.

INDICE

	<i>Pág.</i>
<i>Presentación</i>	8
 Ensayos:	
Derecho constitucional clásico e "inmadurez institucional del Tercer Mundo" <i>Dr. León Cortiñaz-Peláez</i>	11
Servidumbres de interés público-ecológico <i>Dr. Virgilio Calvo Murillo</i>	67
Desaplicación de normas y Sala IV <i>Dr. Mauro Murillo A.</i>	79
Deuda interna en Costa Rica <i>Profs. Luis Carlos Peralta B. y Johnny Alvarado V.</i>	91
Contratos atípicos <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	105
Algunas reflexiones sobre la eficacia del Derecho internacional ambiental <i>Lic. Jorge A. Cabrera Medaglia</i>	143
La primera sentencia de Casación <i>Prof. Jorge Francisco Sáenz Carbonell</i>	165
Reseñas bibliográficas <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	171