

ISSN
00347787

2007

ISSN
00347787

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS

REVISTA
de
CIENCIAS JURIDICAS
113



SAN JOSÉ, COSTA RICA
MAYO - AGOSTO
(Cuatrimestral)
2007



113

Revista

340

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

v.

ISSN: 0034-7787

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

Revista fundada en 1963

Revista registrada en los siguientes databank:

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

Se agradece la colaboración de la Escuela de Lenguas Modernas de la Universidad de Costa Rica en las personas de su Director M.L. Profesor Alder Senior Grant; y, a la Profesora M.L. Carmen Carazo Coronado.

CONSEJO ASESOR Y EDITORIAL:

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS:

Lic. Marco Castro Alvarado	Presidente
Licda. Marta Esquivel Rodríguez, Coordinadora de	Enlace
	Pro-secretaria
M.Sc. Gustavo Solís Vega	Secretario
Lic. Alejandro Madrigal Benavides	Vocal 4

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

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

– o –

COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL:

Dr. Jorge Adame Goddard	México
Dr. Jorge Fernández Ruiz	México
Dr. Pedro López Elías	México
Dra. Elvia Arcelia Quintana Adriano	México
Dra. Marcela I. Basterra	Argentina
Dra. Josefina García García-Cervigón	España
Dr. Luciano Parejo Alfonso	España
Dra. María Paz Pous De la Flor	España
Dr. Juan Pérez Gálvez	España
Dr. Jaime Rodríguez Arana	España
Dr. Jaime Santofimio Gamboa	Colombia
Dr. Rodrigo Polanco Lazo	Chile
Dr. Jorge Witker Velásquez	Chile

Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

Hecho el depósito de ley

Impreso en Costa Rica

Revista de Ciencias Jurídicas N° 112, 2007, cuatrimestral.

ISSN: 0034-7787

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

Dirección de la revista digitalizada:

www.ijj.derecho.ucr.ac.cr

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

www.latindex.ucr.ac.cr

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

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS

113

SAN JOSE, COSTA RICA
2007
MAYO - AGOSTO
(Cuatrimestral)

JUNTA DIRECTIVA
COLEGIO DE ABOGADOS

2007

Presidente:

Lic. Marco Castro Alvarado

Vicepresidente:

Dra. Alejandra Castro Bonilla

Secretario:

M.Sc. Gustavo Solís Vega

Prosecretaria:

Licda. Marta Esquivel Rodríguez

Tesorero:

Lic. Adolfo Durán Abarca

Vocal 1:

Licda. Luz María Bolaños Arias

Vocal 2:

Lic. Rogelio Fernández Moreno

Vocal 3:

Licda. Patricia Vega Herrera

Vocal 4:

Lic. Alejandro Madrigal Benavides

Vocal 5:

Licda. Miriam Alvarez Ross

Fiscal:

Lic. Carlos Sánchez Fernández

AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS

Rectora:

Dra. Yamileth González García

Directora Consejo Universitario:

Dra. Monserrat Sagot Rodríguez

Vicerrectora de Docencia:

Dra. Libia Herrero Uribe

Vicerrector de Investigación:

Dr. Henning Jensen Pennington

Vicerrectora de Acción Social:

Dra. María Pérez Yglesias

Vicerrector de Administración:

M.Sc. Héctor González Morera

Vicerrector de Vida Estudiantil:

M.Sc. Carlos Villalobos Villalobos

Decano Sistema de Estudios de Posgrado

Dr. Jorge Murillo Medrano

Coordinador de la Comisión Editorial:

Dr. Fernando Durán Ayanegui

PRESENTACION

En este número se publican artículos en Derecho administrativo, comercial, romano, ambiental, educativo y civil.

El director - editor

INDICE

	<i>Pág.</i>
<i>Presentación</i>	9
Ensayos:	
La autonomía universitaria: sus alcances y sus límites <i>Licda. Carla López Rojas; Lic. Warner Cascante Salas</i>	13
Reseña histórica de la aceptación cambiaria <i>Dr. Pedro Alfonso Labariega Villanueva</i>	59
Límites y limitaciones en la propiedad. Antecedentes en el Derecho Romano. Actualidad y extensión por influencia del Derecho Urbano <i>Dra. Roxana Sánchez Boza</i>	99
El agua como bien económico <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	115
La literatura en la enseñanza del Derecho romano: una propuesta metodológica <i>Lic. Henry Campos Vargas</i>	151
Un estudio sobre la tradición como modo de adquisición de los derechos reales <i>Lic. Farid Nahen Cordero Campos</i>	165

LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA SUS ALCANCES Y LÍMITES

Licda. Carla López Rojas^(*)
Lic. Warner Cascante Salas^(*)

No basta afirmar el principio de la autonomía. Es necesario esclarecerlo, fijar su alcance, separarlo de otros conceptos similares, analizar su fundamento y mostrar su conexión con la realidad político-social en que se encuentra la universidad.

Risieri Frondizi^(**)

en: La Universidad en un mundo de tensiones. Misión de las Universidades en América Latina.

Retomando los principios de la Reforma de 1918, durante ese periodo se logró una singular cohesión entre los protagonistas de la vida académica en torno a la idea de una universidad comprometida con la sociedad.

Como la esencia misma de la actividad universitaria es el cambio, siempre resulta oportuno regresar a las fuentes que inspiraron las transformaciones del pasado. No pocas veces la historia encierra la clave de lo que las instituciones son en el presente y, sobre todo, ofrece una privilegiada visión de lo que pueden llegar a ser en el futuro.

Guillermo Jaim Etcheberry

Rector, Universidad de Buenos Aires

(Recibido 05/12/06; aceptado 25/06/07)

(*) e-mail: clópez@cariari.ucr.ac.cr / e-mail: clópez@wcascante@cariari.ucr.ac.cr
Abogados, funcionarios de la Contraloría Universitaria.
Universidad de Costa Rica.
Teléfono 207-5295.

(**) Risieri Frondizi nació en Argentina, realizó estudios en varias universidades como la de Buenos Aires, Roma, Harvard, Autónoma de México, Catedrático y Decano de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, de la que posteriormente fue Rector. Fue miembro permanente del Instituto Internacional de Filosofía de París, presidente de la Unión de Universidades de América Latina.

RESUMEN

El tema de la autonomía universitaria ha cobrado gran importancia en los últimos años, debido a las implicaciones que su conceptualización, dimensionamiento y aplicación práctica, tienen para las universidades estatales. Dicha situación ha generado múltiples posiciones dentro y fuera de la Universidad, razón por la cual se elabora este estudio, con el propósito de colaborar en la clarificación de este importante concepto en la vida universitaria.

Palabras clave: autonomía universitaria, universidades públicas, Constitución Política.

ABSTRACT

During the last few years, the topic of university self-government has become of great importance due to the implications associated to its conceptualization, scaling, and practical application on public universities. This situation has generated many different standings both inside and outside the University, reason by which this document was created in order to help clarify the meaning of this concept within university milieu.

Key words: university self-government, public universities, Constitution.

SUMARIO

- I. Aspectos generales sobre la autonomía universitaria
 - A. Introducción
 - B. Antecedente histórico de la Universidad
 - C. Antecedentes históricos de la Universidad de Costa Rica
 - D. Algunas precisiones conceptuales
 - 1. Libertad
 - 2. Autonomía
 - 3. Independencia
 - 4. Estado

- II. El concepto de autonomía analizado a través de diversas fuentes
 - A. Posición del legislador constitucional de 1949
 - 1. Posición de varios Diputados constituyentes.
Diputado Everardo Gómez Rojas
Diputado Everardo Gómez Rojas
 - 2. Posición del Diputado Rodrigo Facio Brenes
 - B. Posición de la Sala Constitucional
 - C. Posición Doctrinal
 - 1. Dr. Román Solís Zelaya
 - 2. Dr. Hugo Alfonso Muñoz Quesada
 - 3. Dr. Eduardo Ortiz Ortiz
 - 4. Dr. Jorge Enrique Romero Pérez
 - 5. Billy Escobar Pérez
 - 6. Alejandra Castro Bonilla
 - D. Posición de la Contraloría General de la República
 - E. Posición de la Procuraduría General de la República
 - F. Posiciones de la Oficina Jurídica de la Universidad de Costa Rica
 - 1. Posición histórica de la Oficina Jurídica
 - 2. Posición reciente de la Oficina Jurídica

- III. Conclusiones

- IV. Bibliografía

I. ASPECTOS GENERALES SOBRE LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA

A. Introducción

En aras de clarificar algunos aspectos relativos al tema de “*Autonomía Universitaria*”, esta Contraloría Universitaria, dentro de su función asesora al Consejo Universitario, se ha propuesto realizar un estudio especial con el propósito de determinar los alcances y límites de dicho concepto.

En cuanto a la metodología empleada, esta fue elegida considerando que el concepto de autonomía universitaria ha presentado diversas interpretaciones a lo interno de la misma Universidad, algunas de las cuales, a través del tiempo han ido creando ciertos mitos a favor y en contra de los fines de la Universidad Pública como institución. En ese sentido, dicha metodología consistió en la revisión pormenorizada de las actas del legislador constitucional con ocasión de la fundación de la Segunda República, específicamente, las actas de la Comisión Redactora del Proyecto de Constitución Política, y de la Asamblea Nacional Constituyente, a fin de intentar desentrañar el espíritu y ánimo original que movió a los Constituyentes al promulgar no solo la Autonomía universitaria, sino su papel dentro del Estado costarricense.

Otra razón por la que se determinó indagar en las actas del constituyente de 1949, fue el hecho de que dicha Asamblea fue integrada, entre otras personalidades por insignes universitarios y ciudadanos como lo fueron: el Lic. Rodrigo Facio Brenes, profesor, Abelardo Bonilla Baldares, Lic. Fernando Baudrit Solera, Prof. Carlos Monge Alfaro, Prof. Luis Dobles Segrega, cuyas apreciaciones son rescatadas literalmente tal y como fueron expresadas, para permitir su actual interpretación por parte de los destinatarios del presente documento. Adicionalmente, se consultaron la jurisprudencia nacional, con énfasis en la producida por la Sala Constitucional, la doctrina jurídica, nacional e internacional, dictámenes de órganos técnicos nacionales como la Procuraduría General de la República, la Oficina Jurídica de la Universidad de Costa Rica, Contraloría General de la República, así como el texto mismo de la Constitución Política.

Advertimos que el presente análisis no pretende agotar la discusión sobre este importante tema, que ningún punto de vista puede estar exento de una visión o concepción de la realidad circundante, sin

embargo, la Contraloría Universitaria en aras de cumplir debidamente su función de asesoría ante los requerimientos del Consejo Universitario (CE-CU-04-23-del 26 de abril del 2004 y el CE-CU-06-17 del 24 de abril del 2006, considera necesarias las presentes reflexiones, para así contribuir en el enriquecimiento de la discusión que en torno a este relevante tema, se ha propuesto ese órgano colegiado y cuya interpretación, será de capital importancia en la construcción colectiva del concepto de autonomía aquí y ahora, magna responsabilidad que en este momento ha asumido la Comisión Especial del Consejo Universitario, órgano colegiado que tendrá a la vista no solo el presente, sino otros insumos más y cuya definición y construcción colectiva de la Autonomía, no se reduce tan solo a una preocupación intelectual, sino que incidirá sin lugar a dudas en la clarificación y fortalecimiento no tan solo de la identidad de la Universidad, sino su vida institucional y sus actuales líneas de actuación, en un momento en el que ante la proliferación de tesis novedosas y particulares dentro y fuera del claustro universitario, resulta insoslayable e impostergable una conceptualización propia, autorizada y atinada del alcance y límite del concepto de autonomía universitaria, de cara a la adecuada interacción de la Universidad con la sociedad costarricense.

B. Antecedente histórico de la Universidad

La primera universidad se remonta a la Edad Media en la Escuela de Bolonia, Italia. Como parte de las características que la acompañan desde su nacimiento se encuentran el ser laica, libre y asumiendo el derecho a “la búsqueda de la verdad”.⁽¹⁾ Ésta se definía básicamente por tres aspectos: búsqueda de la verdad, libertad y autonomía, ésta última como un requisito esencial para el desarrollo de actividades académicas, evitándose con ello el que se le impongan restricciones.

Es en el siglo XII cuando se presenta la primera y más importante lucha por la autonomía universitaria en la Universidad de París, con el propósito de eliminar la influencia eclesiástica.

Posteriormente, se pueden notar dos corrientes en torno al modelo de Universidad. Por un lado, está el modelo francés, cuya

(1) LÓPEZ AVENDAÑO (Olimpia). *La Universidad del Siglo XXI*. Editorial Guayacán. Primera Edición, San José, Costa Rica, 2004, p. 17.

característica principal consistió en desarrollar las profesiones, el otro modelo, fue la escuela alemana, que se gesta producto de una amplia discusión a partir de las ideas de Fichte, Schleiermacher y Humboldt, entre 1807 y 1810. Este segundo modelo, tiene una finalidad científica e investigativa, claramente separada de aplicaciones profesionales o pragmáticas.

Independientemente de estos dos modelos, ambos tienen en común que la Universidad como institución debe tener libertad de actuación e independencia frente a cualquier ingerencia externa.

En Latinoamérica, la Universidad se caracteriza por los siguientes tres elementos: la índole de su misión, la libertad de accionar, y su finalidad de servicio público; sin embargo, según lo expresa Jofré (1994), ha habido tres modalidades: la universidad *elitista de la época colonial*, la *universidad abierta* que incorpora ampliamente a los estudiantes y la *universidad desarrollista*, influida por las tendencias del mercado y del modelo empresarial de una época determinada.

La universidad elitista alcanza un gran desarrollo académico, pero no contribuye al desarrollo social. De hecho, en los movimientos de independencia no desarrolla un movimiento relevante. La universidad abierta, sí lo hace, pues en algunos momentos desempeña un rol importante en la definición y militancia política en algunos países.

Es importante destacar el “Movimiento de Córdoba” en 1918, cuando la universidad latinoamericana incorpora un elemento que la caracteriza; el compromiso social que se va a manifestar en la denominada “acción social” o “extensión universitaria”.⁽²⁾

Según el autor Mayz Vallenilla, 1991:56, citado por López Avendaño, se reconoce como aspectos positivos de la reforma: libertad académica en la enseñanza y la investigación científica, renovación de los métodos de enseñanza, asistencia libre de los estudiantes, preámbulo de la universidad abierta, selección de profesores mediante concursos de oposición, gratuidad de la enseñanza. Sin embargo, desde el punto de vista de la estructura académica, este modelo de la universidad, repite las bases de la universidad medieval, por lo que continúa siendo tradicionalista y poco innovadora.

(2) LÓPEZ AVENDAÑO (Olimpia). *Op. cit.*, p. 22.

Por otro lado, quien revise el Manifiesto de Córdoba, podrá percibir que este consistió en reivindicaciones y transformaciones de los procesos académicos mismos, en la concepción de universidad y su misión, y no necesariamente el problema de la autonomía respecto a la fiscalización financiera por parte del Estado.

En el presente, este modelo universitario se cuestiona. Así por ejemplo, desde la UNESCO, organismo que investiga con fines propósitos a la entidad universitaria, se señala la necesidad de revisar la misión de la universidad de fines de siglo. Inclusive, en la última conferencia mundial sobre educación superior, realizada en París (1998), se emite una resolución con miras a la transformación universitaria.

Así como el clericalismo originó el anticlericalismo, y las dictaduras originan las revoluciones, el concepto de autonomía, nace como una reacción frente a la intervención autoritaria y excesiva del Estado, Iglesia, las fuerzas armadas, la alta banca e industria, los “grandes” diarios, emisoras radiales y de televisión, y otros factores de poder,⁽³⁾ y no necesariamente nace la autonomía, como reacción al ejercicio del derecho de fiscalización por parte del Estado y de la sociedad civil. En ese sentido, la potestad que tiene la Universidad de libre uso y distribución de su presupuesto, “no debe liberar” a este ente de la obligación de rendir prolija cuenta al Estado del dinero invertido. Una cosa es que el Estado pretenda imponer a la Universidad una determinada distribución de partidas, y otra muy distinta, que renuncie a su derecho de fiscalizar la utilización adecuada de los fondos públicos.⁽⁴⁾

C. Antecedentes históricos de la Universidad de Costa Rica

Luego de que el país pasó 19.000 días sin Universidad, desde que el 20 de agosto del año 1888, el gobierno de Bernardo Soto, cerrara la Universidad de Santo Tomás, el 20 de agosto de 1940, se firmó por el Congreso Constitucional de la República, la Ley Orgánica de la Universidad de Costa Rica, No. 362, que creó la Universidad de Costa Rica y que dispuso que ésta sería autónoma. No obstante, en ese momento, el nuevo ente universitario mantenía una fuerte relación de

(3) FRONDIZI (Risieri). *Op. cit.*, p. 304.

(4) *Ídem.*, p. 294.

dependencia respecto del gobierno de la República, por lo que no fue sino hasta el año 1949, con ocasión de la fundación de la Segunda República, que la Asamblea Nacional Constituyente dictó una nueva Constitución Política e incorporó dentro de ella un capítulo específico que dispuso sobre la Educación Superior estatal, el cual, a la vez consagra a nivel constitucional, la autonomía universitaria, instituto jurídico que, junto con otras regulaciones como lo son el equilibrio de poderes dado en la división de éstos en legislativo, ejecutivo y judicial, las garantías individuales y sociales, la creación de instituciones propias de la seguridad social como la Caja Costarricense del Seguro Social, y de control y fiscalización superior como la de la Contraloría General de la República, entre otras regulaciones contenidas en la Carta Magna, perfilan el Estado costarricense, aspecto holístico que no debe de perderse de vista en un análisis sobre la autonomía otorgada a las Universidades Públicas.

D. Algunas precisiones conceptuales

Como bien señaló el exrector de la Universidad de Buenos Aires, el Dr. Risieri Frondizi, “No basta afirmar el principio de la autonomía. Es necesario esclarecerlo, fijar su alcance, separarlo de otros conceptos similares, analizar su fundamento y mostrar su conexión con la realidad político-social en que se encuentra la universidad”.⁽⁵⁾

El concepto de autonomía tiene gran significación filosófica, particularmente en el orden moral. Manuel Kant (1724-1804), el más grande de los filósofos modernos, es quien le otorgó elevada jerarquía. Para él no hay moralidad sin libertad, sin autonomía de la voluntad. La voluntad es autónoma cuando se da su propia ley.

En el orden jurídico, el principio básico es similar. La autonomía consiste en la capacidad de darse su propia ley, regir su comportamiento por normas que la misma institución determina.

Dicho principio puede tener dos interpretaciones: a) que la universidad sea autónoma por propia decisión, y b) que determine las normas que la regirán una vez que se le haya otorgado la autonomía.

(5) FRONDIZI (Risieri). *La Universidad en un mundo de tensiones. Misión de las Universidades en América Latina*. Primera Edición, Buenos Aires. Editorial de la Universidad de Buenos Aires. 2005. p. 290.

Es evidente que la universidad no puede autoconcederse la autonomía, si fuera así, debería entonces hablarse de autarquía. Lo común es que la establezca una ley del Congreso; en pocos casos se origina en una disposición constitucional, de ahí que el análisis del problema consistirá más bien, en saber si se debe conceder autonomía a las universidades y, en caso afirmativo con qué alcance.⁽⁶⁾

Como bien se ha dicho en la doctrina jurídica, existen términos que desde el punto de vista lógico sintáctico tienen poco significado, pero que desde el punto de vista semántico, pueden ser utilizados para llegar a significar cualquier cosa y, desde el punto de vista pragmático, al ser términos tan indeterminados, se les coloque una fuerte carga emocional de tal manera que puedan ser utilizados para apoyar posiciones a favor o en contra de determinados intereses o concepciones de la realidad,⁽⁷⁾ es por ello que se considera necesario incorporar únicamente con un ánimo de proposición rudimentaria, algunas definiciones básicas de arranque, las que necesariamente, junto con los otros insumos, deberán sufrir el examen necesario y a partir de éste, construir colectivamente el concepto de autonomía. La importancia de estas definiciones primarias radica en el hecho de que en algunos momentos, que como se verá más adelante, han sido utilizados como sinónimos de autonomía o relacionados en éste y, en otros, se ha resaltado una diferencia conceptual que no existe, de ahí que sea ineludible referirse a ellos.

Es importante señalar que al momento de analizar el concepto de autonomía como cualquier otro, desde el punto de vista sintáctico, al ser términos no independientes de otros, hay que considerar al menos tres aspectos fundamentales, a saber: a) *quién es* autónomo, b) *en qué es* autónomo y c) *frente a quién o quiénes* lo es,⁽⁸⁾ porque de lo

(6) FRONDIZI. *Op. Ibídem.* En el texto se ejemplifican algunos países donde se ha otorgado rango constitucional a la autonomía universitaria, tal es el caso de Guatemala en 1966 al establecer el carácter de “Nacional y Autónoma” de la Universidad de San Carlos. Igual carácter reconocen las Constituciones Políticas de El Salvador en 1962, Honduras 1965, Ecuador 1946.

(7) HABA MÜLER (Enrique Pedro). Retórica de “la” libertad contra las libertades. *Revista de Ciencias Jurídicas* No. 75, mayo-agosto de 1993. San José, Costa Rica, pág. 118.

(8) HABA MÜLER (Enrique Pedro). *Idem.*, pág. 120.

contrario podríamos incurrir en absolutizar un concepto hasta convertirlo en una utopía inconexa y alejada de toda realidad, de ahí que se procederá a presentar las definiciones de los términos que necesariamente están relacionados con el de la autonomía otorgada a las Universidades Públicas, sin perjuicio de agregar otros al análisis relacional.

1. Libertad

Desde su valor idiomático, es “Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos.” (Diccionario de la Real Academia Española).

Desde su valor jurídico, “Es el poder que pertenece a todo individuo de ejercer y desplegar su actividad física, intelectual y moral, sin que el legislador pueda imponer otras restricciones que las puramente necesarias para proteger la libertad de todos.” (Diccionario de Derecho Público, Administrativo-Constitucional-Fiscal de Emilio Fernández Vázquez).

2. Autonomía

Desde su valor idiomático, “Potestad que dentro de un Estado tienen municipios, provincias, regiones u otras entidades, para regirse mediante normas y órganos de gobierno propios.” (Diccionario de la Real Academia Española).

Desde su valor jurídico, “Facultad inherente a algunos entes públicos de organizarse jurídicamente, de darse derecho propio, el cual no sólo es reconocido como tal por el Estado sino que, además, es adoptado por éste para integrar su propio sistema jurídico y declararlo obligatorio como sus propios reglamentos y leyes.” (Diccionario de Derecho Público, Administrativo-Constitucional-Fiscal de Emilio Fernández Vázquez).

“Estado y condición del pueblo que goza de entera independencia, sin estar sujeto a otras leyes que las dictadas por él y para él./ Libertad o amplitud para proceder.” (Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual Guillermo Cabanellas).

3. Independencia

Desde su valor idiomático, “Libertad, autonomía, especialmente la de un Estado que no es tributario ni depende de otro.”

Desde su valor jurídico, *“Libertad o autonomía de gobierno y legislación de un Estado en relación con cualquier otro. En el Derecho Político y en el Internacional, la independencia constituye uno de los elementos esenciales del Estado. Sólo cuando éste es independiente puede ostentar su plena soberanía.”* (Diccionario de Derecho Público, Administrativo-Constitucional-Fiscal de Emilio Fernández Vázquez).

Así también, *“Libertad o autonomía de gobierno y legislación de un gobierno y legislación de un territorio, por ello Estado con relación a cualquier otro./ Autonomía en el ejercicio de las funciones o en la actividad que se despliega.”* (Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual Guillermo Cabanellas).

4. Estado

Desde su valor idiomático, *“conjunto de los órganos de gobierno de un país soberano.”/Es la persona pública por excelencia, el ente público “mayor.”*

Desde su valor jurídico es *“el cuerpo político de una nación. La nación misma cuando es independiente. La Administración Pública. La Hacienda Pública o Fisco nacional. La sociedad jurídicamente organizada, capaz de imponer la autoridad de la ley en el interior y de afirmar su personalidad y responsabilidad frente a similares exteriores.”*

5. Administración Pública

La etimología del término administrar nos remite a la palabra “ministrare” es decir, servir. Por contracción deriva de “Ad manus trahere”. De tal forma, el término expresa el concepto de manejo, gestión, pues el administrador ministra, maneja, sirve, ejerce un cargo. Para el Diccionario de la Real Academia, Administración significa “acción del gobierno al dictar y aplicar las disposiciones necesarias para el cumplimiento de las leyes y para la conservación y fomento de los intereses públicos.

Jurídicamente, se define la Administración Pública de dos perspectivas: subjetiva y objetivamente. Subjetivamente, consiste en el conjunto de órganos y entes que conforman la Administración. Objetivamente, es toda la actividad realizada tanto por los entes como por los órganos, es decir, la función administrativa.⁽⁹⁾

En ese sentido, la Ley General de Administración Pública costarricense, en el artículo 1, establece que “La Administración Pública estará constituida por el Estado y los demás entes públicos, cada uno con personalidad jurídica y capacidad de Derecho Público y Privado.”

Como comentario a las anteriores definiciones, se recapitula el hecho de que el concepto de autonomía necesariamente deberá conceptualizarse holística o integral y colectivamente (al menos la representación en el Consejo Universitario que tiene la comunidad universitaria), ya que el alcance de su significado no será el mismo en un sujeto físico privado que en un sujeto de derecho público como lo es la Universidad de Costa Rica, en tanto universidad estatal. Asimismo, teniendo claro quién es autónomo, (en este caso la Universidad de Costa Rica) de conformidad con lo señalado al inicio de las precisiones conceptuales (Haba Müller), procede definir a continuación *en qué* es autónoma la Universidad y *frente a quiénes* lo es, de ahí que seguidamente se presentará el concepto de autonomía analizado a través de diversas fuentes.

II. EL CONCEPTO DE AUTONOMÍA ANALIZADO A TRAVÉS DE DIVERSAS FUENTES

A. Posición del legislador constitucional de 1949

Cabe considerar, previo al análisis de la visión actual que tienen las principales instancias nacionales sobre el tema de Autonomía, la necesidad de que, dentro de la técnica jurídico-interpretativa, se realice la denominada interpretación histórico-teleológica, es decir, aquella que lleva por objeto el de dilucidar la voluntad y los fines del creador de la figura jurídica o potestad otorgada a alguien, en este caso es el legislador constituyente costarricense, de tal manera que la interpretación

(9) ULLOA LORÍA (Francisco). *Curso Básico de Derecho Administrativo*. Segunda Edición. Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, Costa Rica. Mayo del 2003, pág. 23.

actual, se sujete a esa voluntad y sentido originarios, pasando desde luego por el análisis de las interpretaciones que desde 1949 a la fecha se han dado. En ese orden de ideas, no solo es razonable, sino necesario, determinar la intención que tuvo la Asamblea Nacional Constituyente al crear la Universidad de Costa Rica, y cuáles ámbitos de su competencias fueron considerados dentro de la Autonomía que le otorgó a la Universidad de Costa Rica.

Primeramente, es necesario referirse a la conceptualización primigenia que tuvo el legislador constituyente sobre la categoría de autonomía universitaria, para así verificar en qué aspectos la Universidad es autónoma y frente a quién o quiénes, interrogantes que deberán tenerse presentes a lo largo del presente análisis. Al respecto, fueron varios los legisladores que intervinieron, entre los que destacan los siguientes:

1. Posición de varios Diputados constituyentes

Diputado Baudrit Solera

Al discutirse la creación de la Universidad de Costa Rica, el tipo de Autonomía que se le otorgaría a esta Institución⁽¹⁰⁾ y en qué aspectos la Universidad es autónoma, indicó lo siguiente:

*(...) Luego pasó a referirse a la necesidad de implantar la autonomía universitaria, la cual se entiende desde tres puntos de vista: administrativo, económico y docente. De tal manera, que se habla de **autonomía administrativa**, autonomía económica y autonomía docente. En el primer caso, se entiende por autonomía administrativa el derecho que asiste a la Universidad para organizarse libremente, darse el gobierno propio que estime adecuado. En las mociones que hemos presentado, se establece esa autonomía. Además, se establece otro concepto básico para lograr ese propósito, el cual es, que todo proyecto de ley relacionado con la Universidad, deberá ser consultado al Consejo Universitario y para poder apartarse de su opinión,*

(10) Acta No. 154 del 21 de setiembre de 1949, pág. 311.

*se requerirán los dos tercios del total de miembros de la Asamblea Legislativa... En cuanto a la **autonomía económica**, la Carta del 71 habla de dotar a nuestra Universidad de las rentas necesarias para su sostenimiento. Sin embargo, ha sido necesario acudir al sistema de subsidios por parte del Estado. El procedimiento es peligroso. En el futuro cualquier gobernante, por un motivo u otro, empeñado en que desaparezca la Universidad, podrá reducir el auxilio económico del Estado o bien suspenderlo todo. De ahí el empeño que han sostenido para fijar en la Constitución la derogación del Estado de otorgar a la Universidad un subsidio anual no menor del 10% del total de gastos del Ministerio de Educación. (...) Pasó luego el orador a referirse al tercer aspecto de la autonomía: el **docente**. En este sentido –digo– no hay necesidad de insistir mucho. La libertad de cátedra no es otra que la libertad de expresión, de pensamiento, que tantos sacrificios ha costado adquirir. Nadie puede negar la libertad de cátedra...” (El resaltado no corresponde al original.)*

En un sentido similar, el ex rector de la Universidad de Costa Rica y, en aquel momento diputado constitucional, Rodrigo Facio Brenes manifestó:

“Se le ha dado a la Universidad autonomía administrativa, funcional y financiera. Muy bien. Pero, señores Diputados, si permitimos que el Congreso, que un congreso normalmente movido por razones políticas, pueda libremente legislar sobre las funciones de la competencia Universitaria, entonces la famosa autonomía se convierte en humo.”⁽¹¹⁾

Ambas posiciones muestran una posición del legislador constitucional tendiente a librar de amarras a la Institución con el propósito de que ésta pueda cumplir sus funciones esenciales. Dicha autonomía fue desde un inicio desglosada en tres ámbitos específicos: económico, administrativo y docente, los cuales, pretenden dejar a la Universidad fortalecida e independiente del poder político estatal.

(11) Acta No. 161 del 05 de octubre de 1949, p. 413.

Diputado Fernando Volio Sancho

Adicionalmente, en cuanto a los límites discutidos por parte de los legisladores constituyentes, la mayoría fue coincidente en cuanto a que la autonomía implica libertad pero con responsabilidad en relación con su entorno, al respecto, veáanse las siguientes manifestaciones del Diputado Fernando Volio Sancho:

“...Es preferible que, así, como a la última junta de educación se le exige rendir cuentas y hacer presupuestos ante la Secretaría de Hacienda, así lo haga el más alto de los institutos educacionales. Que haya una sola medida y un solo rasero para todos...”⁽¹²⁾

De la anterior manifestación, se puede apreciar que la voluntad del legislador que le otorgó a la Universidad de Costa Rica la autonomía, fue concebir ésta dentro del marco de rendición de cuentas que la sociedad costarricense exige, en el sentido y el deber de elaborar los presupuestos correspondientes con el propósito de rendir cuentas como los demás entes del sector público; es decir, que haya una sola medida para todos, por cuanto la Universidad no genera sus ingresos, sino que alimenta su presupuesto con impuestos que pagan todos los ciudadanos.

Diputado Luis Dobles Segrega

Por su parte, este Diputado fue enfático en señalar que:

“...no podrán girarse cifras globales, señaladas a pulso, sin gastos justificados y probados. Por autónoma que sea la Universidad, deberá decir, al igual que todas las instituciones del país, cuánto gasta y en qué lo gasta. Deberá pedir lo que necesita gastar, científicamente, y con los papeles de prueba. Precisamente, el desorden administrativo de que nos quejamos, depende de esas sumas globales, calculadas al capricho, que deberán ser proscritas de los presupuestos de la Nación.”⁽¹³⁾

(12) Acta No. 161 del 05 de octubre de 1949, p. 413.

(13) *Idem.*, p. 322.

Esta posición demuestra cómo el legislador constituyente, a pesar de otorgarle a la Universidad autonomía económica esto no significa que como institución pública que es, no deba dar cuentas del uso que hace de los recursos públicos que le son trasladados por cuanto los mismos no pierden el carácter de recursos públicos, si no que más bien lo que se hace es determinarles un destino específico: la educación superior universitaria.

El autor Frondizi, en su obra al abordar la autonomía universitaria señala que sin obviar el hecho de que el financiamiento de las Universidades pueda ser costoso, éste debe ser asumido por el Estado ya que la universidad presta un servicio público de alto nivel a toda la comunidad, por lo cual ésta debe costearlo. Aun las tradicionales universidades privadas inglesas y norteamericanas (Oxford, Cambridge, Harvard, Yale, Princeton), que son multimillonarias, no podrían hoy proseguir sus labores si se les suprimiera la contribución del gobierno, sea directamente o por medio de contratos de investigación.⁽¹⁴⁾

Agrega Frondizi que “el libre uso y distribución de las partidas asignadas no debe liberar a la universidad de la obligación de rendir prolija cuenta al Estado del dinero invertido. Una cosa es que el Estado pretenda imponer a la universidad una determinada distribución de partidas y otra muy distinta que renuncie a su derecho de fiscalizar la utilización adecuada de los fondos públicos. Por medio del primer procedimiento no sólo se coartaría la libertad financiera, sino también la autonomía docente y de investigación. Cabe señalar que el presupuesto universitario no es una cuestión de técnica financiera y administrativa, sino que revela las grandes directivas de la universidad, sus preferencias por la investigación o la docencia, por las humanidades o la ciencia y otras importantes cuestiones que rebasan por completo el aspecto financiero. Un ojo experto puede evaluar la naturaleza, calidad y orientación de una universidad con la simple lectura del presupuesto: es la radiografía de la institución. Quien distribuye el dinero controla su vida. Por eso corresponde a la misma universidad decidir la distribución más adecuada.”

(14) FRONDISI (Risieri). *Op. cit.*, p. 294.

Diputado Everardo Gómez Rojas

Este legislador, refiriéndose a este tópico, señaló que:

“...Se dice que la Universidad quiere colocarse por encima del señor Ministro de Hacienda pretendiendo un presupuesto privilegiado. Nada más falso. El señor Ministro de Hacienda al regular el presupuesto, tiene que contemplar las necesidades generales del país y dentro de ellas las de la educación primaria, secundaria y universitaria. La reforma sólo la impondrá una disciplina de ordenamiento fiscal en cuanto a las cifras que debe asignar a cada servicio. Esas suma serán mayores o menores, y el único privilegio que implican es el de que no puedan ser eliminadas. La Universidad no pide dineros para distribuirlos a tontas y a locas y sin sujeción a control alguno. La Contraloría de la República se encargará de visar sus presupuestos y de discriminar luego su empleo. ¿Con qué títulos pretende la Universidad tales favores? Con el de la honestidad y el sacrificio diario de sus integrantes que en pro de la cultura del país, sacrifican su bienestar y hasta su propio porvenir.”⁽¹⁵⁾

La anterior afirmación en defensa de la autonomía financiera de la Universidad, se originó en el hecho de que en materia de control y fiscalización de los fondos otorgados a todos los entes públicos, todos deberían –como regla de principio– someterse a la Oficina de Presupuesto, salvo las instituciones autónomas, que como se verá más adelante, incluía a las Municipalidades y a la Universidad, las cuales fueron sujetadas a la Contraloría General de la República para que ejerciera un control más conveniente a la naturaleza autónoma de dichas instituciones.

2. Posición del Diputado Rodrigo Facio Brenes

Don Rodrigo, que al referirse a la noción de independencia en relación con la autonomía universitaria señaló:

(15) Acta No. 155 del 22 de setiembre de 1949, p. 337.

“Pero debo también referirme a otro error del señor Ortiz: su idea de que la autonomía implica independencia total del Ejecutivo; la implica, sí en el aspecto funcional; es decir, el Ejecutivo, como Ejecutivo: el Presidente o los Ministros, no pueden como lo dice la moción primera, imponerle sus decisiones a la institución autónoma ni dejar de acatar lo resuelto por ella. Pero la independencia en el sentido de desligamiento completo no existe en el régimen de las autonomías, ni podría existir.”⁽¹⁶⁾

“...de acuerdo con el artículo 9º, inciso 5) de sus mociones, entre las atribuciones de la Contraloría se establece la de “examinar y aprobar los presupuestos de las Municipalidades y de las Instituciones Autónomas, y fiscalizar su ejecución y aplicación”. La idea ha sido que la Oficina de Presupuesto no participe en la conformación de los presupuestos de las Municipalidades y de las Instituciones Autónomas, pues de lo contrario la independencia de las mismas, quedaría muy comprometida por tratarse de una oficina dependiente del Poder Ejecutivo. La intervención de la Contraloría garantiza el Control necesario pero de modo más conveniente.”⁽¹⁷⁾

“El Licenciado ARROYO observó que en la moción se dejaban por fuera a las Municipalidades y a las Instituciones Autónomas, que requieren un mayor control en la preparación de sus proyectos de presupuesto.

El Diputado FACIO aclaró que ya había explicado cómo el control de esos presupuestos se deja, por razones de respeto a la autonomía, a cargo de la Contraloría General de la República.”⁽¹⁸⁾

Las anteriores transcripciones de las Actas del legislador constituyente, muestran, evidentemente, que por un lado, existía una clara

(16) Acta No. 166 del 13 de octubre de 1949.

(17) Acta No. 162 del 06 de octubre de 1949, p. 424.

(18) *Idem.*, pp. 427-428.

necesidad de clarificar y desglosar el concepto de autonomía universitaria, en sus tres manifestaciones: docente, administrativa y económica, y que esta autonomía se circunscribe plena y únicamente a las funciones que hayan sido puestas bajo la competencia universitaria. Sobre las primeras dos manifestaciones, no hubo mayor discusión; sin embargo, sobre la autonomía económica o financiera, las actas muestran que para la época los legisladores tomaron una decisión de vanguardia al concebir al ente universitario, detentar el más alto grado de autonomía pero, limitado, al igual que las otras entidades autónomas, por el principio de rendición de cuentas, por criterios de equidad, de unidad de poder y existencia congruente con el resto de órganos y entes que conforman el Estado costarricense.

Más aún, la intervención del diputado Rodrigo Facio deja indubitablemente claro que, el disponer que el control de los presupuestos y fiscalización del gasto de las instituciones autónomas, incluida la Universidad, a cargo de la Contraloría General de la República, se hizo, precisamente, con el fin de respetar la autonomía, ya que si no hubiera sido así, habrían tenido que dejar dicha función y sujeción en materia presupuestaria, bajo la autoridad de la Oficina de Presupuestos, creado desde el año 1945.

Tanto la posición del diputado Baudrit Solera como la del diputado Facio Brenes son congruentes en delimitar el concepto de autonomía a su especialidad funcional o actividad sustantiva, es decir, la Universidad de Costa Rica es autónoma frente al Poder Ejecutivo, legislativo y hasta judicial única y exclusivamente en los aspectos de docencia, investigación y acción social, aspectos que la hacen diferente de todos los otros entes autónomos estatales. No obstante, y a contrario sensu, la Universidad no es autónoma frente al Estado en todas aquellas materias extrañas o diferentes a su especialidad funcional o sustantiva, por ejemplo, la comisión de un delito, el acaecimiento de una infracción de tránsito en sus vías, el respeto a los derechos laborales que cubre el Código de Trabajo, entre otros.

B. Posición de la Sala Constitucional

- Voto 1313-93 de la Sala Constitucional

“(...) significa, para empezar con una parte de sus aspectos más importantes, que aquéllas están fuera de la dirección del Poder Ejecutivo y de su jerarquía,

que cuentan con todas las facultades y poderes administrativos necesarios para llevar adelante el fin especial que legítimamente se les ha encomendado; que puedan autodeterminarse, en el sentido de que están posibilitadas para establecer sus planes, programas, presupuestos, organización interna y estructurar su gobierno propio. Tienen poder reglamentario (autónomo y de ejecución); pueden auto estructurarse, repartir sus competencias dentro del ámbito interno del ente, desconcentrarse en lo jurídicamente posible y lícito, regular el servicio que prestan, y decidir libremente sobre su personal (como ya lo estableció esta Sala en la resolución No. 495-92). Son estas las modalidades administrativa, política, organizativa y financiera de la autonomía que corresponde a las universidades públicas. La autonomía universitaria tiene como principal finalidad, procurar al ente todas las condiciones jurídicas necesarias para que lleve a cabo con independencia su misión de cultura y educación superiores.”

La Sala Constitucional destaca un aspecto importante que el legislador constituyente había establecido desde la creación de la Universidad estatal en la Constitución Política: la autonomía que se le otorga a estos entes es para el cumplimiento de sus fines o su “misión” cual es la “cultura y educación superiores”, dicha Autonomía no significa en ningún caso la separación de las universidades de los poderes de control del Estado, esto en virtud de que se les transfieren fondos públicos para que sean invertidos en sus funciones esenciales.

“(…) Si bien es cierto –como ya se comprobó– la Asamblea Legislativa puede regular lo concerniente a la materia de las universidades, le está vedado imposibilitar, restar o disminuir a esas instituciones, aquellas potestades que les son necesarias para cumplir su correspondiente finalidad y que conforman su propia autonomía. Es decir, para expresarlo en los términos de cierta doctrina relevante, esos entes tienen la titularidad y el ejercicio inicial, independiente e irrestricto de todas las potestades administrativas y docentes para el cumplimiento de

su especialización material, sin que ésto pueda ser menoscabado por la Ley. Pero además, dentro de la modalidad docente explicada, también sirve de escudo a esa autonomía, la libertad de cátedra (artículo 87 de la Carta Política), que se puede entender como la potestad de la universidad de decidir el contenido de la enseñanza que imparte, sin estar sujeta a lo dispuesto por poderes externos a ella, o bien, en el sentido de la facultad de los docentes universitarios de expresar sus ideas al interno de la institución, permitiendo la coexistencia de diferentes corrientes de pensamiento (véase sobre las limitaciones legítimas de la libertad, el precitado voto 3550-92). Por supuesto, también, que esos entes por disposición constitucional (artículo 85), están sujetos a coordinación por el “cuerpo encargado” que ahí se indica, y a tomar en cuenta los lineamientos que establezca el Plan Nacional de Desarrollo Vigente”.

Lo anterior pone de manifiesto que la Sala Constitucional se ha ocupado del tema de la Autonomía Universitaria en relación con la Universidad con los administrados y usuarios de los servicios, y no propiamente de la Autonomía con respecto al Poder Legislativo y a la aplicación del resto de las leyes nacionales ni frente a las potestades de control y fiscalización, ya que sobre esos temas no ha existido controversia constitucional desde 1949 a la fecha. Nuevamente en este extracto se denota cómo la autonomía universitaria tiene límites impuestos por el mismo legislador de la Asamblea Legislativa, el cual, es claro, debe respetar las potestades que le han sido otorgadas con el propósito de que éstas puedan cumplir las funciones asignadas.

C. Posición Doctrinal

1. Dr. Román Solís Zelaya⁽¹⁹⁾

En visita realizada por el Dr. Román Solís a la sesión No. 3933 del Consejo Universitario de fecha 14 de abril de 1993 para exponer sobre el tema de la Autonomía Universitaria, éste indicó lo siguiente:

(19) Exprocurador General de la República, Profesor de la Universidad de Costa Rica y actual Magistrado de la Sala I.

“La autonomía es un grado de libertad que se tiene frente al ordenamiento estatal pero como grado que es no es absoluto sino que está limitado; definido por el ordenamiento jurídico estatal.”

“...En todo lo demás, que no sea quehacer típico universitario, el legislador si puede legislar, por el principio de unidad estatal. ¿Cuál sería la materia no típica universitaria?, el quehacer administrativo diario de función pública que tiene todo aparato administrativo. Frente a ello surge algo controversial que es el control de legalidad. ¿Puede el Estado ejercer control de legalidad frente al ente autónomo?; si, por principios. El Estado si puede actuar como contralor de legalidad frente al acto universitario. ¿Qué tipo de contralor de legalidad? Existe primero un contralor frente a la ley y un segundo momento un contralor dentro de la Constitución Política. Frente a la ley ordinaria está la jurisdicción contencioso-administrativa, la actividad jurídica de la Universidad de Costa Rica está supeditada al ordenamiento constitucional y al ordenamiento legal.”⁽²⁰⁾

“...No somos un estado dentro de otro estado. Somos un ente autónomo con la especial relevancia en materia de organización.”

“En lo referente a la competencia de la Contraloría General de la República para exigir un determinado esquema de organización en materia de contratación administrativa, si puede hacerlo, porque constitucionalmente la Contraloría tiene su razón de ser en cuanto a ser una oficina que controla el gasto de la hacienda pública y los gastos universitarios son del Estado y segundo porque es materia no típicamente universitaria, la contratación administrativa es materia genérica de toda institución estatal.”

(20) Acta de la Sesión No. 3933 del Consejo Universitario de la Universidad de Costa Rica, celebrada el miércoles 14 de abril de 1993, p. 38.

Nótese como en esta observación del Dr. Solís no hace diferenciación entre Hacienda Pública y Hacienda Universitaria, tal y como lo ha venido haciendo la Oficina Jurídica, sin que se haya aún manifestado la base jurídico-legal para esta diferenciación. Deja claramente establecido como este ente autónomo se encuentra sujeto a los controles de la Contraloría General de la República y además hace énfasis en el control de legalidad que puede ejercer el Estado sobre la Universidad.

2. **Dr. Hugo Alfonso Muñoz Quesada**⁽²¹⁾

En dictamen rendido por el Dr. Muñoz ante la Universidad de Costa Rica, manifestó que:

“La autonomía universitaria, en sus componentes políticos, organizativos, de índole administrativa y reglamentarios se refiere a la materia u objeto de ella: lo académico. Este último concepto se convierte en su límite y marca su dominio en lo relativo a la enseñanza, la investigación y su acción social. De ahí que, como lo señaló con lucidez, Eduardo Ortiz, queda sujeta a “todas las regulaciones legales, que, aun afectando su situación jurídica e interfiriendo indirectamente con la prestación de un servicio y la organización de sus medios, afectan por igual a todos los otros sujetos del mismo orden, porque están motivadas en razones a todas comunes, extrañas a su especialización funcional”.

En tanto, las regulaciones sean genéricas, para todos los sujetos del mismo orden, motivadas en las iguales razones y principios, con una finalidad semejante se aplican las mismas normas. La circunstancia de prestar servicios públicos, frente a demandas sociales impone la aplicación de las mismas normas, aunque desde luego el contenido de la materia es diferente. En cambio, cuando se

(21) Magistrado Suplente de la Sala Constitucional, miembro de diversas comisiones especiales en la Universidad de Costa Rica, consultor del Consejo Universitario en diversas ocasiones y autor de diversos artículos y libros.

trata de normas específicas para grupos o sectores no procede su aplicación cuando se contrasta con las disposiciones universitarias cuyo régimen jurídico tiende a obedecer a patrones derivados de su propia auto organización en función de la actividad académica que cumple.”⁽²²⁾

Por su parte, en publicación en revista nacional especializada, indicó sobre este tema que:

“...el establecimiento de las normas jurídicas que se refieren a aspectos distintos de los académicos, administrativos y organizativos de la Universidad, no corresponde a ésta, sino a la Asamblea Legislativa. Tratándose de materias no universitarias el legislador puede intervenir.”⁽²³⁾

Esta posición es congruente con la indicada por el legislador constitucional, la Sala Constitucional y el Magistrado Román Solís en cuanto a las limitaciones a las que se encuentra sometida la autonomía universitaria.

3. Dr. Eduardo Ortiz Ortiz⁽²⁴⁾

“La Universidad, como cualquier otro sujeto del orden jurídico nacional, queda sometida a todas las regulaciones legales, que, aun afectando su situación jurídica e interfiriendo indirectamente con la prestación de su servicio y la organización de sus medios, afectan por igual a todos los otros sujetos del mismo orden, porque están motivadas en razones a

(22) MUÑOZ QUESADA (Hugo Alfonso). *Dictamen Jurídico sobre la Universidad de Costa Rica y FUNDEVI*. 17 de junio del 2003, pp. 8-9.

(23) MUÑOZ QUESADA (Hugo Alfonso). *La Autonomía Universitaria*. Revista de Ciencias Jurídicas No. 37, Enero-Abril 1979.

(24) Redactor de la Ley General de la Administración Pública, autor de diversos libros reconocidos no sólo a nivel nacional sino también internacional.

todas comunes, extrañas a su especialización funcional. De este modo quedan sujetos a las normas de la Asamblea, el régimen de sus propiedades, la regulación del tránsito por sus calles, los delitos cometidos dentro de sus aulas y, en general, toda conducta del estudiante o del profesor dentro de la Universidad que coincida con una hipótesis legal, distinta de la enseñanza académica.”⁽²⁵⁾

“En general, puede decirse que el criterio práctico más seguro para distinguir las normas lícitas y constitucionales de la Asamblea frente a la Universidad, porque no regulan la materia típica de la competencia de ésta, es considerar que las mismas son aquellas que no se refieran particularmente a la Universidad, sino a una situación abstracta a la que puede ingresar ésta exactamente como cualquier otro sujeto y precisamente como persona jurídica común, no como institución especializada.”⁽²⁶⁾

4. Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

“La forma de conocer el límite de la autonomía constitucional de las universidades públicas, es conocer que dentro de esa autonomía están las áreas de:

- *Docencia*
- *Investigación*
- *Acción social y cultura (extensión socio-cultural).*

Lo que no esté dentro de esa sombrilla institucional, carece de la calidad de autonomía constitucional. En este campo externo de dicha autonomía, las universidades públicas están sujetas al ordenamiento jurídico del país.”⁽²⁷⁾

(25) ORTIZ ORTIZ (Eduardo). *La Autonomía Administrativa Costarricense: fundamento, contenido y límites*. Separata de la Revista de Ciencias Jurídicas, San José, Costa Rica, 1967, p. 137.

(26) *Idem.*, pp. 138-139.

(27) ROMERO PÉREZ (Jorge). *El régimen de autonomía constitucional de las universidades públicas*. I Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, San José, Costa Rica, 2004, p. 65.

5. Billy Escobar Pérez

Este jurista colombiano, en artículo publicado en Internet, relativo al tema de Autonomía Universitario indica que:

*“La autonomía universitaria no consiste en la autorregulación absoluta de los centros de enseñanza superior hasta el punto de desconocer el contenido esencial del derecho fundamental a la educación, ya que dicha autonomía se entiende que debe estar encauzada siempre en aras del objetivo para el cual la consagró el constituyente, esto es la educación, concebida por él como un servicio público que tiene una función social; siendo ello así, jamás puede el medio ir contra el fin. El sentido de la autonomía universitaria no es otro que brindar a las universidades la discrecionalidad necesaria para desarrollar el contenido académico de acuerdo con las múltiples capacidades creativas de aquellas, con el límite que encuentra dicha autonomía en el orden público, el interés general y el bien común. La autonomía es, pues, connatural a la institución universitaria desde su inicio en Bolonia, en las postrimerías del siglo XI; peor siempre debe estar regida por criterios de racionalidad, que impiden que la universidad se desligue del orden social justo. Por el contrario, con la autonomía que se le reconoce, debe desplegar su iniciativa como un aporte a la sociedad. **En términos jurídicos concretos la autonomía se materializa en la posibilidad de regirse por autoridades propias e independiente, y fundamentalmente, de darse –dentro del ámbito académico– sus propias normas, en desarrollo de la libertad científica mencionada.**”⁽²⁸⁾*

(28) ESCOBAR PÉREZ, (Billy). *Una aproximación a la noción jurídica de Autonomía Universitaria.*

Tomada del sitio web: www.encolombia.com/educación/unicentral4799educación.htm. Visitada el 25/10/2005.

6. **Alejandra Castro Bonilla**

“La autonomía universitaria fue concedida para que las instituciones de educación superior universitaria tuviesen la libertad de procurar las condiciones jurídicas necesarias para el logro de su misión educativa y cultural, con independencia de cualquier poder ajeno a su ámbito que pudiese en alguna medida someterlas. La autonomía universitaria se convierte así en una garantía para que las universidades se conviertan en centros de pensamiento libre, exentos de presiones o medidas que pudiesen alterar su cometido o impedirle el cumplimiento adecuado, objetivo y recto de sus funciones.”⁽²⁹⁾

D. **Posición de la Contraloría General de la República**

El tema de Autonomía Universitaria ha sido estudiado por la Contraloría General de la República en diversas ocasiones. Ese Órgano Contralor ha considerado para sus análisis los pronunciamientos vertidos previamente por la Procuraduría General de la República y las resoluciones de la Sala Constitucional.

“Sobre el particular el artículo 84 de la Constitución Política establece que la Universidad de Costa Rica es una institución de cultura superior que goza de independencia para el desempeño de sus funciones y de plena capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones, así como para darse su organización y gobierno propio. No obstante, esa independencia funcional debe entenderse limitada a las finalidades para las cuales fue creada la institución, en el sentido de que se refieren a aquellas potestades necesarias para que la Universidad cumpla con los fines para las que fue creada, pero de forma alguna implica una abstracción total de los mandatos legales y de las potestades de regulación de la Asamblea Legislativa en aquellos

(29) Castro Bonilla, Alejandra (2002). *Autonomía Universitaria, libertad de cátedra y Derecho de Autor*.

Consultado en febrero, 02, 2007 en http://informatica-juridica.com/trabajos/Pagina_especifica_sobre_derechos_de_autor_Autonomia_universitaria.asp.

ámbitos que no tienen incidencia directa con respecto a los fines perseguidos por esa institución de enseñanza superior; ni la falta de sometimiento al ordenamiento jurídico costarricense en aquellas materias que no afectan esa autonomía (al respecto puede consultarse la resolución de la Sala Constitucional número 1313-93 de las 13:54 horas del 26 de marzo de 1993).

De lo indicado se extraen dos conclusiones de importancia: a) las universidades estatales forman parte de la Administración Pública y, por lo tanto, están sujetas en sus funciones y actividades administrativas, al bloque de legalidad; y b) gozan todas de autonomía, en sus tres formas clásicas: administrativa, política y organizativa...

El sometimiento de las Universidades estatales y particularmente de la Universidad de Costa Rica al principio de legalidad implica no solo la potestad de la Asamblea Legislativa de dictar normas que le afectan directamente (siempre y cuando no se refieran al cumplimiento de sus fines), sino también la plena aplicación de aquellas normas generales que no tienen relación con la regulación interna de la Universidad para el cumplimiento de sus objetivos.” (DI-CR-192 oficio No. 12371)

“...tanto la doctrina como la jurisprudencia de la Sala Constitucional, de la Procuraduría General de la República y de esta Contraloría General de la República, han advertido que la autonomía universitaria no debe ser interpretada en el sentido de que se considere que los entes universitarios estatales están aislados o desvinculados del ordenamiento jurídico, toda vez que dichas entidades de educación superior se encuentran inmersas dentro del conjunto de instituciones públicas que conforman el aparato estatal.

Por lo tanto, es claro que las universidades están sometidas a aquellas disposiciones legales que

afectan, en igual forma, a todos los demás destinatarios de las mismas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto se trata de situaciones comunes a dichos sujetos y que precisamente escapan o no están comprendidas dentro de su especialización funcional, pese a que de manera indirecta llegaran a interferir con la prestación de su servicio y su organización.” (DI-CR-234 No. 06197)

“...tanto la Procuraduría General de la República y la Sala Constitucional, reiteradamente han indicado que la autonomía universitaria es distinta de la del resto de los entes descentralizados en nuestro ordenamiento jurídico. Ello significa en un primer orden, que las universidades están fuera de la dirección y jerarquía del Poder Ejecutivo, cuentan con todas las facultades y poderes administrativos necesarios para llevar adelante el fin especial que legítimamente se les ha encomendado; puede auto-determinarse, en el sentido de que están posibilitadas para establecer sus planes, programas, presupuestos, organización interna y estructurar su gobierno propio. Tienen poder reglamentario (autónomo y de ejecución); pueden auto estructurarse, repartir sus competencias dentro del ámbito interno del ente, desconcentrarse en lo jurídicamente posible y lícito, regular el servicio que prestan, decidir libremente su personal. Son éstas las modalidades administrativa, política, organizativa y financiera de la autonomía que corresponde a las universidades públicas. La autonomía universitaria tiene como principal finalidad, procurar al ente las condiciones jurídicas necesarias para que lleve a cabo con independencia su misión de cultura y educación superiores.” (DI-CR-356 Oficio No. 09343)

“(...) las atribuciones otorgadas constitucionalmente a la Contraloría en materia presupuestaria, de contratación administrativa, de asesoría parlamentaria y de fiscalización en general, son todas manifestaciones de esa “función constitucional de control” de la Hacienda Pública. Pero además,

también serán manifestaciones de tal función las atribuciones conferidas por las demás leyes, de conformidad con el inciso 5) del numeral 184 transcrito, como por ejemplo el caso de la rectoría del sistema de fiscalización establecido por la Ley Orgánica del órgano contralor, al que se hará referencia más adelante...

...En primer término, se define expresamente la naturaleza jurídica de la Contraloría General como un órgano constitucional. Asimismo, se especifica que las decisiones del órgano contralor en el ejercicio de sus potestades solamente se encuentran sometidas a la Constitución Política, a tratados o convenios internacionales y a la ley, lo que pone en evidencia el potencial de la función constitucional de control de la Hacienda Pública conferida a la Contraloría General. Finalmente, se menciona la creación de un sistema de fiscalización por parte de la propia Ley Orgánica y se le asigna la rectoría al órgano contralor. Nótese que este "sistema" no tiene una configuración constitucional expresa, por lo que en todo caso debe tenerse, puntualmente en cuanto a la rectoría, como una manifestación de la función constitucional de control de la Hacienda Pública, como ya se ha señalado e ilustrado. Cabe agregar que este sistema de fiscalización encuentra sustento también en otras normas constitucionales, como por ejemplo el artículo 11, que contempla el principio de legalidad o juridicidad de las actuaciones administrativas, así como el deber de rendición de cuentas que ostenta todo funcionario público." (FOE-FEC-142 (No. 1699) de la CGR del 19 de febrero del 2002)

"(...) Los artículos 183 y 184 de la Constitución Política, le confieren a esta Contraloría General absoluta independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores, incluyendo lo que se refiere al ejercicio de la atribución de aprobar los presupuestos que le remitan las municipalidades y las instituciones autónomas.

Por su parte, el artículo segundo de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, No. 7428 de 4 de noviembre de 1994, refuerza lo señalado por el constituyente, al indicar que el ejercicio de esa independencia funcional y administrativa se ejerce respecto de cualquier poder, ente u órgano público, y por lo tanto, que las disposiciones que emita este órgano contralor solamente se encuentran sometidas a la Constitución Política, a tratados o convenios internacionales y la ley.

Sobre este tema, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en su Voto No. 7598-94 de las ocho horas dieciocho minutos del veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, adicionada por las sentencias números 0013-I-95 de las diez horas diez minutos del seis de enero de 1995 y 0107-I-95 de las ocho horas treinta minutos del diecisiete de febrero de 1995, en lo que interesa señaló:

“La misma Constitución Política, en su artículo 184, inciso 2), confiere a la Contraloría General de la República la atribución de examinar, aprobar o improbar los presupuestos de las instituciones autónomas y fiscalizar su ejecución y liquidación; por lo que no puede entenderse que la competencia que la misma Constitución otorga a la Asamblea Legislativa para dictar los presupuestos ordinarios y extraordinarios de la República, pueda incidir en el ejercicio de una atribución específicamente conferida a la Contraloría General de la República que, si bien es una institución auxiliar de la Asamblea Legislativa, tiene absoluta independencia funcional y administrativa, conceptos que se expresan en el artículo 183, párrafo primero de la Constitución Política y en el numeral 2 de su Ley Orgánica (No. 7428 de 4 de noviembre de 1994). En este sentido, es importante indicar que el procedimiento para la aprobación de los presupuestos de las instituciones autónomas y semiautónomas se encuentra regulado en los artículos 18 y 19 de la Ley Orgánica de la

Contraloría General de la República y en el Capítulo VIII de la Ley de la Administración Financiera de la República...

En consecuencia, la normativa, criterios o disposiciones que emita esta Contraloría General en el ejercicio de sus funciones y atribuciones poseen carácter vinculante, conforme al artículo 4 y 12 de su Ley Orgánica, por lo que deberán ser acatadas por aquellos entes u órganos sujetos a su fiscalización.” (FOE-ST-24 (No.2219) de la CGR de fecha 10 de marzo del 2003)

E. Posición de la Procuraduría General de la República

La Procuraduría General de la República ha analizado este tema al relacionarse el mismo con diversas consultas planteadas tanto por la Universidad de Costa Rica como por otras universidades estatales. Destacamos para efectos de este trabajo el Pronunciamiento C-269-2003 dirigido al Rector de esta casa de estudios, ya que en el mismo se analizó de manera bastante profunda este tópico.

“(...) La autonomía le garantiza a la Universidad independencia para el desempeño de sus funciones y plena capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones, como es lo normal en tratándose de entes autónomos. Pero, además y a diferencia de esos entes autónomos, la autonomía permite a la Universidad “darse su organización y gobiernos propios”. Dado su alcance, la autonomía de la Universidad es especial, por lo que subsume en lo dispuesto en el Título XIV de la constitución relativo a las instituciones autónomas. La particularidad de la autonomía universitaria se origina, precisamente, en el reconocimiento de una autonomía en materia organizativa y de gobierno. De manera que la Universidad reúne tres clases de autonomía: de gobierno, organización y administración. Además, por el hecho mismo de que no está en presencia de una de las entidades a que se refieren los artículos 188 y 189 de la Constitución, se

sigue que la autonomía política es plena: no puede ser sometida a la ley. Por consiguiente, es acertada la afirmación según la cual del Texto Constitucional se deriva que la independencia de las universidades es más amplia que la garantía que cubre a las instituciones autónomas. Especialidad y amplitud de la autonomía que las exime no sólo de la dirección del Poder Ejecutivo, sino también de la Asamblea Legislativa en orden a la regulación de su servicio. La autonomía permite a la Universidad autodeterminarse, adoptar sus planes, programas, presupuestos, organización interna y darse su propio gobierno, definiendo además cómo se distribuyen sus competencias en el ámbito interno. Lo cual no sería posible si la autonomía no abarcara la facultad de normar lo académico y la adopción de los medios para satisfacer sus fines. Una autonomía que, en criterio de la Sala Constitucional, tiene como finalidad procurar al ente “todas las condiciones jurídicas necesarias para que lleve a cabo con independencia su misión de cultura y educación superiores.” En su resolución Nº 1313-93 de 13:54 hrs. del 26 de marzo de 1993 el Tribunal Constitucional se refirió in extenso a la autonomía universitaria:

(La Universidad cuenta) “con todas las facultades y poderes administrativos necesarios para llevar adelante el fin especial que legítimamente se les ha encomendado; que pueden autodeterminarse, en el sentido de que están posibilitadas para establecer sus planes, programas, presupuestos, organización interna y estructurar su gobierno propio. Tienen poder reglamentario (autónomo y de ejecución); pueden autoestructurarse, repartir sus competencias dentro del ámbito interno del ente, desconcentrarse en lo jurídicamente posible y lícito, regular el servicio que prestan, y decidir libremente sobre su personal (como ya lo estableció esta Sala en la resolución No.495-92). Son estas las modalidades administrativa, política, organizativa y financiera de la autonomía que corresponde a las universidades

*públicas. La autonomía universitaria **tiene como principal finalidad, procurar al ente todas las condiciones jurídicas necesarias para que lleve a cabo con independencia su misión de cultura y educación superiores**. En este sentido la Universidad no es una simple institución de enseñanza (la enseñanza ya fue definida como libertad fundamental en nuestro voto número 3559-92), pues a ella corresponde la función compleja, integrante de su naturaleza, de realizar y profundizar la investigación científica, cultivar las artes y las letras en su máxima expresión, analizar y criticar, con objetividad, conocimiento y racionalidad elevados, la realidad social, cultural, política y económica de su pueblo y el mundo, proponer soluciones a los grandes problemas y por ello en el caso de los países subdesarrollados, o poco desarrollados, como el nuestro, servir de impulsora a ideas y acciones para alcanzar el desarrollo en todos los niveles (espiritual, científico y material), contribuyendo con esa labor a la realización efectiva de los valores fundamentales de la identidad costarricense, que pueden resumirse, según se dijo en el voto que se acaba de citar, en los de la democracia, el Estado Social de Derecho, la dignidad esencial del ser humano y el “sistema de libertad”, además de la paz (artículo 12 de la Constitución Política), y la Justicia (41 ídem); en síntesis, para esos propósitos es creada, sin perjuicio de las especialidades o materias que se le asignen, y nada menos que eso se espera y exige de ella. La anterior conceptualización no persigue agotar la totalidad de los elementos, pero de su contenido esencialmente se deduce—y es lo que se entiende que quiso y plasmó el Constituyente en la Ley Fundamental— que la universidad, como centro de pensamiento libre, debe y tiene que estar exenta de presiones o medidas de cualquier naturaleza que tiendan a impedirle cumplir, o atenten contra ese, su gran cometido”. La negrilla no es del original.*

La autonomía cumple una finalidad específica: se otorga a efecto de que la Universidad cumpla su

cometido en forma independiente. Un cometido que consiste en la actividad académica, la investigación y la acción social y cultural. La Universidad es autónoma en los campos relacionados con estos aspectos. Cabe afirmar que la autonomía no es sino una garantía constitucional en función de las finalidades de la Universidad. La Universidad es una entidad formadora y transmisora de cultura y conocimiento, propulsora de los más altos valores científicos y artísticos y ente investigativo por excelencia, susceptible de crear e intensificar el conocimiento. Y es en razón de estos fines que la Constitución ha considerado indispensable dotar a la Universidad de la garantía de autonomía, que le posibilita dictar las políticas dirigidas a la persecución de esas finalidades, dotarse de la organización que permita concretizarlas y auto administrarse.

En el análisis de la autonomía universitaria debe tenerse claro que se trata de la protección de las funciones consustanciales a la Universidad, sea la actividad académica, la investigación y la acción social orientadas por la función de cambio social. Sin una autonomía en estos ámbitos, la Universidad no puede orientar la sociedad, inspirarla ni ser fuente de conocimiento. De allí la necesidad de dicha garantía.

“Se sigue de lo resuelto que la autonomía universitaria no genera para las universidades una situación de extraterritorialidad, que le impida someterse al ordenamiento jurídico costarricense y, en particular, que impida al legislador sujetarlas a determinadas regulaciones. Dados los fundamentos de la sentencia, puede considerarse que el criterio doctrinal sobre la materia sigue siendo válido...”

“...al evacuar las distintas consultas formuladas por las Universidades, la Procuraduría ha mantenido el criterio de que la potestad normativa de esos entes está referida estrictamente al ámbito garantizado por la autonomía universitaria: la actividad

académica, la investigación y las actividades de extensión social o cultural. Fuera de ese ámbito, las Universidades están sujetas a las regulaciones legales dirigidas a todos los sujetos del ordenamiento jurídico en tanto que tales.” P. 12

“Dado el carácter de sistema, en el de fiscalización se establecen relaciones especiales entre la Contraloría General como órgano de fiscalización superior y las auditorías internas. El adecuado funcionamiento de las auditorías internas de las instituciones públicas resulta indispensable par el funcionamiento del sistema; de allí el interés del legislador para regular la organización y funcionamiento de esos órganos, que deben orientar su accionar a garantizar no solo la legalidad del accionar financiero sino la eficacia en el manejo de los fondos públicos o de los fondos de origen público. El accionar de las auditorías se concibe, entonces, como parte del sistema de fiscalización. Aspecto que desarrolla la Ley General de Control Interno.” P. 17

En este pronunciamiento, la Procuraduría General llega a las siguientes conclusiones generales, entre otras:

- 1-. *La potestad normativa propia de la Universidad está referida a su ámbito funcional, sea la docencia, la investigación o la acción social y cultural del Ente. En dicho ámbito, las normas universitarias prevalecen sobre cualquier disposición legal que pretenda regular la materia universitaria. Dichas normas son oponibles al propio legislador en tanto no excedan el marco de la autonomía.*
- 2-. *Como parte de la Hacienda Pública, la Universidad está sujeta al ordenamiento de fiscalización de esa Hacienda. Este ordenamiento no contempla a los entes públicos en sus funciones sustanciales sino en su condición de integrantes de la Hacienda Pública, titulares de fondos públicos que administran, disponen y controlan.*
- 3-. *Forma parte del ordenamiento de la Hacienda Pública la regulación del control interno, tanto en lo que se refiere a los órganos integrantes como a las competencias que les corresponden.*

- 4-. *Conforme el principio de competencia, en tratándose de disposiciones referidas al sistema de fiscalización de la Hacienda Pública, la Universidad debe regirse no por las propias normas internas que emita, sino por las disposiciones constitucionales, legales y aquéllas emitidas por la Contraloría General de la República en el ámbito de su competencia. (...)*”

F. Posiciones de la Oficina Jurídica de la Universidad de Costa Rica

1. Posición histórica de la Oficina Jurídica

En cuanto al tema de la Autonomía Universitaria, la posición histórica de la Oficina Jurídica, departamento legal de la Institución, no ha sido controversial ni incongruente con las posiciones de la Sala Constitucional, la Procuraduría o la doctrina jurídica, más bien, la posición jurídico institucional ha sido pacífica hasta el año 2005, donde se nota un cambio de posición, de la cual nos ocuparemos en el siguiente aparte.

Algunos de los pronunciamientos en donde se destaca la aplicación dentro a la Universidad de Costa Rica, de normativa emitida tanto por la Asamblea Legislativa como por parte del Gobierno central, son los siguientes:

- OJ-33-80: cuanto a la necesaria consulta al Archivo Nacional previo a la supresión de documentación por parte de la Universidad.
- OJ-186-90: se resalta como la autonomía constitucional con que cuenta la Universidad de Costa Rica no le permite reglamentar aspectos contrarios a lo estipulado por la Ley General de la Administración Pública.
- OJ-84-80: este pronunciamiento señala expresamente la obligatoriedad de acatamiento de los pronunciamientos de la Contraloría General de la República, teniendo en consideración que la autonomía con que cuenta la Universidad tiene sus límites establecidos en los artículos 183 y 184 de la Constitución Política.
- OJ-38-80: aplicación de la Ley del sueldo adicional de servidores en instituciones autónomas.

- OJ-33-80: con respecto a la jornada máxima en el caso de los médicos, se establece la aplicación de la Ley Orgánica del Colegio de Médicos y Cirujanos.

2. Posición reciente de la Oficina Jurídica

Extractos de pronunciamientos esgrimidos en diversos pronunciamientos de la Oficina Jurídica durante el período marzo- diciembre del 2005 (posteriores a una presentación del Dr. Baudrit Carrillo, en Asamblea Universitaria Plebiscitaria de un análisis sobre el tópico):

- **OJ-0498-2005** del 12 de abril del 2005

“... No se trata de que la Universidad de Costa Rica tenga, ahora, el capricho de querer salirse del régimen general aplicable a las instituciones estatales. No se trata de que quiera ejercitar indebidos privilegios. De lo que se trata es de constatar, como verdaderamente sucede, que la Universidad de Costa Rica no se encuentra incluida dentro de ese régimen general. Ostenta, no cabe duda alguna, una situación particular o especial que no puede confundirse con el régimen general de las instituciones estatales, ni ser absorbida por él. No se trata de que quiera salirse de él, sino que se trata de que nunca ha estado dentro de tal régimen general”.

- **OJ-1073-2006** del 22 de agosto del 2006

“... Los principios y procedimientos contenidos en la Ley General de Control Interno no son directamente aplicables al ámbito propio de la Universidad de Costa Rica debido a la independencia de funciones y a la plena capacidad jurídica otorgadas por la Constitución Política. Sin embargo, la Universidad sí puede aplicarlos por analogía, siempre que no riñan con el gobierno y la organización que la Universidad se ha dado a sí misma.”

- OJ-29-2007

“... En forma alguna puedo aceptar, como Director de la Oficina Jurídica de esta Universidad, ni como

universitario, que se insinúe la existencia de alguna subordinación de la Universidad de Costa Rica, de sus autoridades, de sus órganos superiores o de su Rectora, con respecto a la Contraloría General de la República o a la interna Oficina de Contraloría Universitaria.

No puedo admitir que, so pretexto de vigilar la Hacienda Pública, la Contraloría General de la República- o la Oficina de Contraloría Universitaria- vengan a convertirse en superiores jerárquicos de la Universidad de Costa Rica, invadiendo sus competencias, limitando sus legítimas atribuciones e imponiéndole deberes u obligaciones de cumplimiento inexorable.”

Véase en igual sentido los oficios OJ-460-2005, OJ-544-2005, OJ-631-2005, OJ-654-2005, OJ-963-2005, OJ-1811-2005, OJ-1877-2005.

III. CONCLUSIONES

- Al analizar en concepto de autonomía universitaria en las diversas fuentes, es evidente que todas ellas, salvo una (la nueva posición de la Oficina Jurídica de la Universidad de Costa Rica) son congruentes entre sí en cuanto a la conceptualización de sus alcances y límites. En ese sentido, la metodología seguida en cuanto a indagar el sentido con que originariamente el legislador de la Asamblea Nacional constituyente, otorgó dicha prerrogativa, resultó validada en el tanto permitió contrastar la interpretación dada por diversos órganos y poderes de la República con el texto y la intención original del legislador constituyente.
- No resulta ocioso indicar que en las actas de la Asamblea Nacional Constituyente, en las que se reconoce un rango constitucional a la autonomía universitaria de la Universidad de Costa Rica, se denota la intención del constituyente de que la misma gozase de Autonomía desde tres puntos de vista distintos: administrativa, económica y docente, condición de autonomía un tanto diferente a la del resto de entes autónomos, aspecto que se ve reforzado en el hecho de que los proyectos de ley concernientes a materias que le afecten, deben serle consultadas, pero,

esta autonomía no la hace diferente a la del resto de entidades autónomas, en cuanto a un sometimiento al sistema de control y fiscalización general y a las leyes de orden general que no interfieran en la competencia funcional especializada de la Universidad, consagrada en los alcances dados por la Constitución Política. Este aspecto lo reafirma el Diputado Rodrigo Facio Brenes, al señalar que: ***“la independencia en el sentido de desligamiento completo no existe en el régimen de las autonomías, ni podría existir.”*** Asimismo, aclaró que a diferencia del resto de instituciones y Ministerios, en las Universidades ***“...el control de esos presupuestos se deja, por razones de respeto a la autonomía, a cargo de la Contraloría General de la República.”*** y ***no a la Oficina Nacional de Presupuesto.***

Cabe resaltar que, los mismos legisladores constitucionales (Rodrigo Facio, Luis Dobles Segreda, Fernando Baudrit, entre otros) participaron por un lado, en la creación de la Contraloría General de la República y por otro, impulsaron y defendieron la autonomía universitaria, lograron dar un balance adecuado al otorgarle al ente universitario autonomía sin que ello implique un desligamiento completo del sistema de fiscalización de la Hacienda Pública, que realiza la Contraloría General de la República.

Con respecto a la creación de la Contraloría General de la República, precisamente los mismos diputados constituyentes que crearon la Autonomía de la Universidad de Costa Rica, fueron claros al asignarle al máximo Órgano Contralor, la función de *“velar por la estricta aplicación del Presupuesto General y de los Presupuestos particulares”*. Es decir, el legislador costarricense, no hizo en este sentido distinciones ni excepciones referente a las potestades de fiscalización de la Contraloría General de la República, potestades de orden constitucional, frente a la autonomía universitaria, lo cual trae como consecuencia que la autonomía resulte ser un grado de libertad que se tiene frente al ordenamiento estatal pero, como grado que es, no es absoluto, sino que está limitado; definido por el ordenamiento jurídico estatal.” *“...En todo lo demás, que no sea quehacer típico universitario, el legislador sí puede legislar, por el principio de unidad estatal al cual debe someterse la Universidad de Costa Rica al ser una universidad de carácter público cuyos gastos son financiados por el Estado”*.

- Por su parte, la Procuraduría General de la República, congruente con lo anterior, reconoce la existencia de una autonomía especial

a favor de la Universidad de Costa Rica, desplegadas en tres tipos: de gobierno, organización y administración. Tanto la Procuraduría como la Sala Constitucional concuerdan en que dicha autonomía le es otorgada con el fin de que la UCR logre “*con independencia su misión de cultura y educación superior*”, sin embargo, ha sido clara igualmente en determinar que dicha autonomía no implica una extraterritorialidad a favor de la Universidad y por tanto una desaplicación de la legislación nacional. Esta posición también ha sido avalada por la doctrina nacional y extranjera.

- El tema de la Autonomía Universitaria, ha sido dimensionado por la Sala Constitucional, en primer término, señalando que la misma se encuentra fuera de la dirección del Poder Ejecutivo y de su jerarquía, que el ente universitario puede autodeterminarse en cuanto a planes, programas, presupuestos y organización interna y en sí, todo aquello que le permita cumplir su misión de cultura y educación superior.
- Por otro lado, la Contraloría General de la República ha analizado este tema y ha destacado el sometimiento. Finalmente, la doctrina, al estudiar el tema de la Autonomía Universitaria, ha coincidido con la posición externada tanto por la Sala Constitucional como por Contraloría General y la Procuraduría, en el sentido de que esta Autonomía que se otorga a las universidades estatales es la máxima que existe en el ordenamiento jurídico costarricense, y que la misma se otorga con el fin de que éstas puedan cumplir su cometido sin inferencias de tipo político-económico que se lo impidan.

En razón de lo anteriormente manifestado, considera esta Contraloría Universitaria que es necesario aclarar los siguientes aspectos con respecto a la Autonomía Universitaria con que cuenta la Universidad de Costa Rica:

1. De conformidad con los artículos 84 y siguientes de la Constitución Política de la República, la Universidad de Costa Rica cuenta con la Autonomía máxima en nuestro país. Esto implica la posibilidad para que la misma pueda ejercer sus funciones con libertad y sin injerencia de tipo político o económico.

2. Ahora bien, tanto la doctrina como la jurisprudencia han reconocido límites a dicha Autonomía, en cuanto a las leyes que sean emitidas por la Asamblea Legislativa y sean dirigidas a regular la utilización de fondos públicos o el funcionamiento general de las Instituciones gubernamentales. En tal sentido, resulta oportuno señalar que los fondos que recibe la Universidad de Costa Rica por parte del erario público y su utilización igualmente pública, hace que dichos fondos tengan la connotación jurídica de “fondos públicos”. En consecuencia, la categoría de “fondos universitarios” es jurídicamente inexistente en el tanto fuere excluyente de la categoría de fondos públicos.

Esto en principio significa que esta Autonomía que le ha sido constitucionalmente asignada a la Universidad no la hace ajena a las regulaciones tendientes al buen uso de los bienes institucionales, y ante todo, de los fondos públicos que le son asignados para el cumplimiento del fin público.

3. En relación con algunas precisiones conceptuales sobre la autonomía referidas al inicio del presente documento,⁽³⁰⁾ con base en el análisis tridimensional que propone el catedrático, Dr. Haba Müller docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, en cuanto a los términos, podemos indicar que:
 - a. La Universidad de Costa Rica es autónoma porque la Constitución Política de la República le concede esta condición. Que no resulta necesario, procedente ni relevante en sentido jurídico, hacer distinción alguna en la utilización de los vocablos “independencia” y “autonomía” por cuanto son sinónimos.
 - b. Es autónoma en el desempeño de funciones relacionadas con la docencia, la acción social y la investigación. En otras palabras, “La autonomía universitaria, en sus componentes políticos, organizativos, de índole administrativa y reglamentarios se refiere a la materia u objeto de ella: lo académico. Este último concepto se convierte en su

(30) Vid. HABA MÜLLER (Enrique Pedro). Al inicio del presente documento bajo el subtítulo “Algunas precisiones conceptuales de referencia.”

límite y marca su dominio en lo relativo a la enseñanza, la investigación y su acción social. De ahí que, como lo señaló con lucidez, Eduardo Ortiz, queda sujeta a “todas las regulaciones legales, que, aun afectando su situación jurídica e interfiriendo indirectamente con la prestación de un servicio y la organización de sus medios, afectan por igual a todos los otros sujetos del mismo orden, porque están motivadas en razones a todas comunes, extrañas a su especialización funcional”.

En tanto, las regulaciones sean genéricas, para todos los sujetos del mismo orden, motivadas en las iguales razones y principios, con una finalidad semejante se aplican las mismas normas. La circunstancia de prestar servicios públicos, frente a demandas sociales impone la aplicación de las mismas normas, aunque desde luego el contenido de la materia es diferente. En cambio, cuando se trata de normas específicas para grupos o sectores no procede su aplicación cuando se contrasta con las disposiciones universitarias cuyo régimen jurídico tiende a obedecer a patrones derivados de su propia autoorganización en función de la actividad académica que cumple.⁽³¹⁾

- c. Esta autonomía especial la tiene frente a todo el ordenamiento jurídico, únicamente en su especialidad funcional.

Corolario:

Por todo lo anterior, se concluye la necesidad de que la Universidad de Costa Rica, particularmente el Consejo Universitario, tome éste y otros insumos que considere oportunos, realice un estudio profundo y detallado sobre el tema de Autonomía Universitaria, en aras de clarificar los alcances que el mismo tiene frente al Estado costarricense y el marco jurídico en que está inmersa; así como frente a las instituciones que constitucionalmente tengan también competencias especializadas, y a partir de ahí, determinar los límites e implicaciones para el quehacer universitario.

(31) Véase lo dicho por el Dr. Hugo Alfonso Muñoz supra.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Libros

- FRONDIZI (Risieri). *La Universidad en un mundo de tensiones. Misión de las Universidades en América Latina*. Primera Edición, Buenos Aires. Editorial de la Universidad de Buenos Aires. 2005.
- JOFRÉ V. (Arturo). *La Universidad en América Latina: desafíos y estrategias para las próximas décadas*. 2a. Edición. Editorial Tecnológica de Costa Rica, Cartago, Costa Rica, 1998.
- LÓPEZ AVENDAÑO (Olimpia). *La Universidad del Siglo XXI*. Editorial Guayacán. Primera Edición, San José, Costa Rica, 2004.
- ROMERO PÉREZ (Jorge). *El régimen de autonomía constitucional de las universidades públicas*. 1a. Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, San José, Costa Rica, 2004.
- ULLOA LORÍA (Francisco). *Curso Básico de Derecho Administrativo*. Segunda Edición. Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, Costa Rica. Mayo del 2003.

Artículos de Revista

- HABA MÜLLER (Enrique Pedro). *Retórica de "la" libertad contra las libertades*. Revista de Ciencias Jurídicas No. 75. mayo-agosto de 1993. San José, Costa Rica.
- MUÑOZ QUESADA (Hugo Alfonso). *La Autonomía Universitaria*. Revista de Ciencias Jurídicas No. 37, Enero-Abril 1979.
- ORTIZ ORTIZ (Eduardo). *La Autonomía Administrativa Costarricense: fundamento, contenido y límites*. Separata de la Revista de Ciencias Jurídicas, San José, Costa Rica, 1967.

Artículos en sitios web

- ESCOBAR PÉREZ, (Billy). *Una aproximación a la noción jurídica de Autonomía Universitaria*.
Tomada del sitio web: www.enColombia.com/educación/unicentral4799edu-aproximación.htm.
Visitada el 25/10/2005
- Castro Bonilla, Alejandra (2002). *Autonomía Universitaria, libertad de cátedra y Derecho de Autor*. Consultado en febrero, 02, 2007 en http://informática-jurídica.com/trabajos/Pagina_especifica_sobre_derechos_de_autor_Autonomía_universitaria.asp.

Pronunciamientos de la Oficina Jurídica

OJ-33-80 del 22 de marzo de 1980
OJ-84-80 del 26 de julio de 1980
OJ-38-80 del 09 de abril de 1980
OJ-186-90 del 09 de mayo de 1990
OJ-460-2005 del 04 de abril del 2005
OJ-498-2005 del 12 de abril del 2005
OJ-544-2005 del 25 de abril del 2005
OJ-631-2005 del 09 de mayo del 2005
OJ-654-2005 del 13 de mayo del 2005
OJ-963-2005 del 11 de julio del 2005
OJ-1811-2005 del 05 de diciembre del 2005
OJ-1877-2005 del 05 de diciembre del 2005
OJ-1073-2006 del 22 de agosto del 2006
OJ-29-2007 del 11 de enero del 2007

Otros

Actas de la Asamblea Nacional constituyente:

Acta No. 154 del 21 de setiembre de 1949.
Acta No. 161 del 05 de octubre de 1949.
Acta No. 155 del 22 de setiembre de 1949.
Acta No. 166 del 13 de octubre de 1949.
Acta No. 162 del 06 de octubre de 1949. P. 424.

Acta de la Sesión No. 3933 del Consejo Universitario de la Universidad de Costa Rica, celebrada el miércoles 14 de abril de 1993.

MUÑOZ QUESADA (Hugo Alfonso). *Dictamen Jurídico sobre la Universidad de Costa Rica y FUNDEVI*. 17 de junio del 2003.

Votos de la Sala Constitucional:

- i. 1313-93
- ii. 7598-94
- iii. 0107-I-95

Pronunciamientos de la Contraloría General de la República:

DI-CR-192 oficio No. 12371
DI-CR-234 No. 06197
DI-CR-356 Oficio No. 09343
FOE-FEC-142 (No. 1699)
FOE-ST-24 (No. 2219)

RESEÑA HISTÓRICA DE LA ACEPTACIÓN CAMBIARIA^(*)

*Dr. Pedro Alfonso Labariega Villanueva^(**)*

In questa evoluzione [...] «L'*accettazione* appare comme l'accenata integrazione dell'ordito cambiario, laddove la girata è di solito un fatto susseguente, con intenti ed effetti diversi, e dà vita ad una obbligazione accesoria rispetto a quella principale dell'*accettante*».
(DE SEMO)^(***)

(Recibido 26/10/06; aceptado 25/06/07)

-
- (*) La palabra **cambiaria** pertenece al ámbito del derecho cambiario, es decir, del derecho que estudia los títulosvalor o títulos de crédito, cuyo surgimiento se debe, precisamente, a la letra de cambio. Y el vocablo **cambial** la empleamos aquí como sinónimo de letra de cambio.
- (**) Abogado, profesor e investigador por oposición en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
e-mail: labarieg@servidor.unam.mx
Tel. (0052) 56227463
- (***) La aceptación aparece como la anunciada integración de la urdimbre cambiaria, donde el endoso es por lo regular un hecho subsecuente, con intentos y efectos diversos, y vivifica una obligación accesoria respecto de la principal del aceptante, De Semo, G., *Diritto cambiario*, Milán, Giuffrè, 1953, p. 404.

RESUMEN

Este ensayo describe las vicisitudes que la institución ha tenido que sortear para mantenerse en la normatividad cambiaria, particularmente en la legislación cambiaria uniforme: La Haya 1910-1912, Ginebra 1930 y New York 1988, a la que aquí también se alude y que ocupa un lugar importante por el esfuerzo de estandarizar la preceptiva a nivel mundial.

Palabras clave: letra de cambio, títulos de crédito, derecho comercial.

ABSTRACT

This essay describes the difficulties that the institution has overcome to stay within foreign exchange regulations, mainly in uniform foreign exchange laws: The Hague 1910-1912, Geneva 1930, and New York 1988, which are also referred in the essay and which take a major role by the effort to standardize the binding regulations on worldwide basis.

Key words: bill of exchange, negotiable instruments, Commercial Law.

SUMARIO

1. Prenotandos
2. El régimen estatutario
 - A. Los Estatutos de Aviñón de 1243
 - B. Los estatutos italianos
3. La aceptación en las ferias cambiarias
4. La influencia de Scaccia en la doctrina de la aceptación
 - A. La aceptación en la ferias
 - B. La aceptación fuera de las ferias
5. La aceptación de la cambial al comienzo de las grandes codificaciones
 - A. El Reglamento de la plaza de cambios de la villa de Lyon de 2 de junio de 1667
 - B. La Ordenanza francesa del comercio terrestre de 1673
6. La aceptación en los Códigos europeos del S. XIX
 - A. Código de comercio francés de 1807
 - B. Ordenanza general del cambio o Ley alemana de 1848
 - C. Otros códigos europeos
7. Movimiento uniforme sobre la Cambial
 - A. Conferencia de La Haya de 1910
 - B. La Conferencia de La Haya de 1912
 - C. Ley Uniforme de Ginebra de 1930
 - D. La Convención de la CNUDMI sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales de 1988

1. PRENOTANDOS

Este elemento personal es uno de los requisitos claramente establecido en el artículo 76.4 de la ley cambiaria mexicana (Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en forma concisa: LT –Ley de Títulos). El girado o librado es la *persona a quien se dirige la orden incondicional de pago por el importe de la cambial dada por el librador*. Una vez que acata la orden, es decir, que acepta firmando el documento, se convierte en *obligado cambiario, principal y directo*.

Ello demuestra que la aceptación envuelve una importantísima significación y una gravísima responsabilidad tanto para la letra como para los obligados cambiarios, puesto que mediante ella el girado, hasta ese momento alienígena a la relación cambiaria, se transforma en su primer deudor, contra quien procede la acción cambiaria ejecutiva.⁽¹⁾

(1) Claramente así lo entiende Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, 2a. ed. riveduta ed ampliata dall'autore, Fratelli Bocca ed., Turín, 1902-1905, T. III, Nº 1174 y ss.; Bonelli, G., *Della cambiale*, Vallardi, Milán, 1930, Nº 135; Bracco, B., *La legge uniforme sulla cambiale*, Cedam, Papua, 1935, p. 199; Pavone La Rosa, A., *La cambiale*, Giuffrè, Milán, 1982, Nº 57; Vicente y Gella, *Los títulos de crédito*, Tip. la Academia de Federico Martínez, Zaragoza, 1933, p. 235 y ss. Garrigues, J., *Curso de derecho mercantil*, reimpresión de la 7ª ed., Porrúa, México, 1981, T. I, p. 868.

Sin duda, da cuenta de ello, la doctrina elaborada al respecto: Scaccia, *Tractatus de Commerciis et Cambio*, Venecia, 1650: “*Respondeo, quia statutum, hoc loquitur de concedenda executione pro literis cambii, et litterae cambii eam non possunt habere, nisi fuerint acceptatae, aut redierint cum protestatione*” (§ 7. Gloss. 2, núm. 3, folios 454-455); Ansaldus de Ansaldis, *Discursus legales de Commercio et Mercatura*, Colonia, Fratres de Torunes, 1718: “*nam cum litterae cambii non obligent Mercatorem, cui sunt directae, absque earum acceptatione, sequitur, quod res integra dicatur, antequam subsequatur praefacta acceptatio*” (Disc. II, núms. 6 y 7, folio 7); Heineccius, *Elementa iuris cambialis*, según la 7ª.ed. de Nuremberg de 1764, insertoen Opera Omnia, t. VII, Ginebra, Fratres de Tourne, 1769: “*Tarnssati obligatio ex acceptatione demum nascitur*” (cap. VI, § V, p. 52); Domínguez Vicente, Discursos jurídicos sobre las aceptaciones, pagas, intereses y demás requisitos y qualidades de las letras de cambio, Madrid, Hrdos. De Juan García Infanzón, 1732: “[...] la práctica, y el común consentimiento, y costumbre de todos los mercaderes, por la qual se ve que todas las letras de cambio traen aparejada execución contra el deudor, estando aceptadas y reconocidas, sin que se pueda admitir excepción alguna” (libro

Así, el negocio de *aceptación* es esencial para que surja la obligación de pago del librado respecto del tenedor de la cambial o letra de cambio.

En esta oportunidad me concretaré al aspecto histórico de la aceptación, pues en la indagatoria sobre sus orígenes, me encontré con una muy interesante y valiosa información que me provocó un bullicio del que no pude sustraerme. Los murmullos de la *historia* me resultaron bastante persuasivos para receptor su mensaje y trasmitirlo en la medida en que me fue factible captarlo.

2. EL RÉGIMEN ESTATUTARIO

A. Los estatutos de Aviñón de 1243

Se trata de una disposición jurídica muy antigua que reguló la aceptación.⁽²⁾ Texto inédito durante mucho tiempo, hasta que fue estudiado y transcrito por René de Mauldes, cuya versión es la que recogemos a través de Miguel Motos.⁽³⁾

El precepto concerniente existe sin numerar hacia el final de dicho documento,⁽⁴⁾ bajo el título *De litteris cambii* (de las letras de

segundo, Oisc. Decimoquinto, núm. 19, p. 339, y análogo razonamiento en *ibídem*, núms. 65 y 66, pp. 343 y 344); etc., citados todos por Motos Guirao. M., La fórmula legal de aceptación de la letra de cambio, R.D.M., 44. 1953, p. 150; autor decisivo en la indagación histórica de la institución de marras.

(2) Aurelio Martín Alonso y Agustín Blasco Cirera, (en su obra *La Banca a través de los tiempos*, Barcelona, Subirana, 1926, p 133) establecen que “el primer cuerpo legal que regula la aceptación es el estatuto aviñonense (1243), en el que se encuentra un capítulo que trata de *litteris cambii*.”

(3) Cfr. Motos, *op. cit.*, p. 154, quien consultó *Coutumes et Reglements de la République d'Avignon au treizième siècle*, en *Nouvelle* de René de Mauldes en *Revue Historique de Droit français et étranger*, año 1877, pp. 47-98, 179-238, 465-488 y 557-604; año 1878, pp. 367-385 y 694-735. Según transcripción de René de Mauldes, *op. cit.*, 1878, p. 378.

(4) El último estatuto numerado es el 167, y el capítulo cambiario sigue a aquél, si bien con otro estatuto intercalado entre los dos, titulado “*Quod consanguinei vel affinitate conjuncti compellatur ad compromittendum*”, cit. por Motos, *op. cit.*, p. 154.

cambio), y en lo que aquí afecta, señala bajo rigurosísimas sanciones⁽⁵⁾ la obligación que adquiere todo aquel que acepte una cambial (*unde-cun-que veniat et sub quacunque verborum conceptione dummodo littera in se cambii substanciam contineat*).⁽⁶⁾

He aquí el texto íntegro del capítulo “*De litteris cambii*” de dichos Estatutos:

De la misma manera, hemos establecido que todo deudor de una letra de cambio, ya sea que el mismo deudor hubiera suscrito dicho documento, ya sea que otro lo haya hecho por mandato suyo, o que un tercero que estuviera encargado de la administración de la sociedad o de un almacén de cualquier tipo de mercancías, o que hubiera aceptado a nombre de aquél una mercancía, ya sea que el mismo deudor hubiera aceptado el envío de aquella mercancía por parte de otro comerciante o de alguna otra persona, independientemente del lugar de donde provenga y bajo cualquier concepto, con tal de que la letra de cambio contenga sustancialmente dicho concepto (*ex causa cambii*), *pueda y deba*, habiendo transcurrido cinco días después del término de pago acostumbrado por los comerciantes, el deudor podrá ser capturado a instancia personal del acreedor y podrá ser confinado en la cárcel, a menos que garantice de manera suficiente con sus bienes la deuda y de este modo satisfaga al acreedor o presente fiadores idóneos; pero si el deudor aparece como sospechoso por haber incurrido en cualquier retraso o hubiese dejado pasar el término acostumbrado para efectuar el pago, después de la presentación del protesto, o bien, que por parte del mismo comerciante que está en posesión de la cambial que debía haber sido pagada por el comerciante que había suscrito dicha letra, en ese mismo momento, podrá y deberá ser capturado el deudor en su persona y encarcelársele, a no ser que, garantice suficientemente al deudor, o a través del otorga e fiadores, tal como se ha dicho antes: de donde se sigue que la recusación, la sospecha, la captura y el secuestro, deberán hacerse después de haber presentado la respectiva queja ante los tribunales, para que conozcan de estos mismos asuntos, a través de

(5) Martín Alonso y Blasco Cirera, cuando se refieren al Estatuto de Avignon, sustentan que “el legislador no obliga a aceptar ni pagar la letra girada, y sólo el honor de la firma, que puede ser puesto en entredicho por la comunidad de mercaderes y de banqueros, es el único resorte que mueve a cumplir las respectivas obligaciones”, *Id.*

(6) Motos, *op. cit.*, p. 154.

dos comerciantes que hayan sido nombrados árbitros por nuestras disposiciones anteriores, para el conocimiento de esta misma clase de controversias y de disputas entre comerciantes, y en compañía de alguno de los jueces que ya hemos mencionado del tribunal civil de Aviñón: de modo que se considerará subsistente aquello que haya sido resuelto por los mismos comerciantes árbitros, una vez que haya sido superada cualquier excepción relacionada con la ejecución.⁽⁷⁾

Desde luego que lo antes transcrito del Estatuto no indica cómo debe llevarse a cabo la aceptación, pero es útil su evocación por cuanto es el primer ordenamiento en exigir la aceptación para que el acreedor pueda ejercitar la acción correspondiente.

B. Los estatutos italianos

En un primer momento, la aceptación de la cambial se hizo mediante escrito incorporado en el título mismo, en el que se consignaba la aceptación o la negativa del librado, para cuyo fin se le otorgaba un plazo breve.

(7) *“Item statuimus quod omnis debitor ratione cambii, sive ipse debitor illam prescripserit, sive alius de sui voluntate vel aliter qui administraret societatem vel apothecam quoruncumque mercium vel mercanciam pro eodem, sive ipse debitor illam ab alio mercatore vel alia persona missam acceptaverit undecunque veniat et sub quacunque verborum conceptione dummodo litera in se cambii substanciam contineat, possit atque debeat, transactis quinque diebus ultra solitum terminum solutionis a mercatoribus assuetum, personaliter creditore instante capi et in carceribus mancipari, nisi creditori manum sufficienter munit de bonis suis, sicque creditor sit contentus, vel idóneos fidejussores pretest; sed si debitor suspectus sit, obmissa quacunque dilatione aut termino consueto in solutionibus post presentationem protesti vel ipsius cambii littere suscripte manu mercatoris cujus litera cambii exolvenda dirigebatur quomodo pecunia in toto vel in parte non sit soluta possit statim et debeat debitor capi personaliter et detineri in carceribus, nisi manu munita creditori vel datis fidejussoribus, ut supra: que recussatio, suspicio, captio et sequestratio, facta prius querimonia alteri ex iudicibus curie temporalis, de ipsis cognosci debeant per duos mercatores pendentium per anteriores ordinationes nostras deputatos, et per alterum ex iudicibus predicâis curie temporales Avionionensis: quod ab ipsis mercatoribus exstiterit relatam omni exceptione remota executioni demandetur”*. La traducción y el énfasis es de nuestra incumbencia.

El texto más añejo que se menciona son los Estatutos de la Corte de Mercaderes de Lucca de 1376 en donde se expresa: “Ogni persona soggeta alla corte dei mercanti, cui sia presentata una lettera di cambio, *debe scrivere di sua mano sul titolo, se accetta in tutto od in parte o se rifiuta*, ed avra un termine di due giorni per deliberare”.⁽⁸⁾ Según este dato, era evidente la prohibición verbal de la aceptación.

En parecidos términos, los *Estatutos de Florencia de 1393* establecieron que en todas las *lettere di pagamento*⁽⁹⁾ el deudor tenía tan sólo veinticuatro horas para decidir si aceptaba o no; dicha determinación debía *plasmarla en el documento mismo*. Si tales conductas no eran realizadas, el *ufficiale della Mercanzía* atestiguaba lo sucedido, y entregaba dicha evidencia al portador, para que éste pudiera comprobar la negativa del librado.⁽¹⁰⁾

Los *Estatutos genoveses de 1403* siguieron similar orientación, pero con palabras más determinantes establecieron los mismos plazos y análoga forma de aceptación o de repulsa que sus homólogos *florentinos*, pues, también otorgaron al presentador de la cambial la facultad de *uti iure suo* (ejercer su derecho) al presentarse la negativa de aceptación del girado. Sin embargo, los estatutos genoveses ofrecieron una peculiaridad que consistió en distinguir con claridad meridiana la aceptación y el pago, pues ordenaron que si la cambial era aceptada, debía conservarla el presentador hasta su vencimiento. Al comentar

(8) Lucca, stat. Merc. 1376, II 26, Cfr. Lattes, *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane*, Milán, Hoepli, 1884, p. 193, nota 25, cit. por Motos, op. cit., p. 155. “Toda persona sujeta al tribunal de los comerciantes, a quien se le presente una letra de cambio, debe escribir con su puño y letra sobre el título, si acepta todo o parte o si rehúsa [el pago], y tendrá para deliberar un plazo de dos días”. La traducción y el énfasis nos incumben. Obsérvese que en dicho texto se admitía la aceptación *parcial* del importe girado en la cambial. Posteriormente, en los sucesivos *estatutos*, el término para deliberar se redujo a veinticuatro horas. Cfr. Stat. De 1555, II, 22 y de 1610, II, 24, citados por Lattes, *op. cit.*, p. 369.

(9) La expresión *lettere di pagamento* es utilizada aquí en oposición a la de *lettere d'aviso*, tan empleadas en dicha época.

(10) Cfr: Lattes, *Il diritto...*, pp. 193-194, en notas 25 y 28, donde enseña que la distinción entre aceptación y pago de la cambial parece confusa en los estatutos florentinos, cit. por Motos, *op. cit.*, p. 156.

Lattes⁽¹¹⁾ esta normatividad subrayó que la antedicha fórmula de aceptación ya no figuró más en los estatutos subsecuentes, ya que el capítulo relativo se ignoró, lo que a su parecer se debió a la influencia de las ferias, en las que la aceptación se efectuaba diversamente como más adelante lo señalaremos.

En fase posterior, los requisitos formales de la aceptación se redujeron significativamente, al punto de no requerir en la cambial la constancia de la negativa del girado a aceptarla. En tal virtud, los *Estatutos civiles de Bolonia de 1454* reglamentaron que *bastaba la firma del girado* en el cuerpo de la letra para considerar válida la aceptación.⁽¹²⁾

Las Pragmáticas napolitanas de 1562 y 1607 adoptaron semejante disposición con el agregado de que debía consignarse en el documento mismo la fecha de la aceptación.⁽¹²⁾

Mientras que los *Estatutos de Ferrara de 1566* consiguieron remontar un peldaño más al admitir como prueba de la aceptación, además de la firma del girado, cualesquiera otros medios.⁽¹⁴⁾

3. LA ACEPTACIÓN EN LAS FERIAS CAMBIARIAS

En ese escenario medieval, el dinero suplantó la mercancía, y ésta padeció una acompasada pero acentuada transformación en su propio significado. En efecto, los títulosvalor reemplazaron el dinero de contado, como precio de la mercancía vendida. La cambial o letra de cambio devino instrumento imprescindible del círculo obligacional de las ferias y agente activo cual moneda de curso legal, ya que las ferias de mercaderías se convirtieron en ferias cambiarias.⁽¹⁵⁾

(11) *Cfr. Genova nella storia del Diritto cambiario italiano, R.D.C., 1915, I, pp. 195-196*, en donde afirma que el término de veinticuatro horas se impuso en la práctica genovesa para el pago, mas no para la aceptación y en beneficio del deudor a fin de impedir la ejecución forzosa.

(12) Motos, *op. cit.*, p. 156.

(13) *Id.*

(14) *Loc. cit.*

(15) Obra de consulta recomendable sobre este tema es la de Huvelin, *Essai historique sur le Droit des marchés et des forres*, París, Rousseau, 1897.

Las ferias de *La Champagne* (el modelo champañés) dan cuenta de dicha metamorfosis, ya que en la contratación de mercancías también está presente un período de cambios y pagos⁽¹⁶⁾ iniciado con el *Hare de cordouans* en el que las cambiales giradas a dichas ferias a través de las formas *au droit paiement de la foire* (al pago correcto de la feria), *infra rectum pagamentum* (conforme al pago correcto), *al pagamento de la prossima fiera* (para pago en la próxima feria), que

(16) Las ferias de la Champagne se dividieron así:

Primer período: de **ventas**, subdividido a su vez en: a) ventas de lienzos, que concluye con el *Hare de draps*, y b) ventas de cueros y otros géneros, que finiquitan con el *Hare de cordouans*.

Segundo período: de **cambios**, subfraccionado en: a) Comienza con el *Hare de cordouans* y se dedica a los pagos en numerario, en la forma ya mencionada en nuestro texto, y b) Inaugurado dos semanas después del primero, en donde se realizan las *scontrations* relatadas. Cfr. Huvelin, *op. cit.*, p. 506 y ss.

Al expandirse la *acuñación de monedas* comenzó el desarrollo de las ferias. Ello significó, encuentros de mercaderes en fechas prefijadas en lugares señalados. La región francesa de *Champagne*, fue generadora, en ese tiempo, de dichos mercados, pero también surgieron en diversas villas y ciudades de España con conexión regional. El periodo más floreciente del mercado itinerante transcurrió entre los siglos XI y XII. Los historiadores nos recuerdan que, otros nuevos instrumentos daban un nuevo giro al comercio, los préstamos, la *letra de cambio*, la banca y las compañías mercantiles anunciaban una nueva era, lo cual implicó el cambio de todo este proceso, de ser comercio *itinerante*, característica de estos siglos a otro *sedentarios*, vislumbrándose una nueva mentalidad al final del medievo, prácticas capitalistas. Además, el espíritu de acumulación, la reinversión del capital y la búsqueda del provecho propio, dieron impulso a una nueva experiencia, la contabilidad y la correspondencia mercantil; Cfr. Pirenne, *Historia económica y social de la Edad Media*, trad. Salvador Echavarría, 20^a reimp., México, FCE, 1994, p. 99 y ss.

Ahora bien, en Medina del Campo, por ejemplo, el capitalista o prestamista, denominado entonces, dador, daba un anticipo a un prestatario o tomador (actual librador) y recibía de aquél una *letra de cambio* que debería cobrar en otra ciudad extranjera. Cuando, por ejemplo, la letra llegaba a Amberes, el corresponsal del prestamista la presentaba al cobro ante el prestatario o su corresponsal, quien debía *aceptarla* y pagarla de forma inmediata.

provenían de deudas adquiridas en ferias anteriores o de otras plazas, se liquidaban en numerario en el momento de su aceptación oral.⁽¹⁷⁾ A pesar de esto, lo más habitual era postergarlas hasta el período final de cambios, en el que por operaciones de transferencias y compensaciones (*scontrations*) produjeron el empleo de la letra de *recambio* por el saldo líquido, y más tarde el uso del *giro* de letra independiente que coexistía, a mediados del S. XIV, con las letras de feria y de recambio.⁽¹⁸⁾

Por lo que respecta a las ferias de *Lyon* hemos encontrado que éstas fueron reglamentadas durante las primeras décadas del siglo de la imprenta (S. XV), caracterizadas por la paulatina penetración e influencia de los mercaderes florentinos y genoveses.⁽¹⁹⁾ En su etapa clásica los seis primeros días de dicho período de pagos se dedicaban a las aceptaciones. La operación tenía lugar –como todas las más importantes– en la *Logia de los Florentinos*. Los banqueros anotaban en sus carpetas las partidas correspondientes para cada una de las letras, llamando en voz alta a los librados, quienes tenían que manifestar si

(17) Huvelin, *op. cit.*, p. 534 y ss.

(18) *Id.*, p. 560 y ss. En las ferias, expresa atinadamente Huvelin, las mercancías y el dinero dejan de ser objetos de consumo para convertirse en capitales. La importancia cambiaria de estas ferias ha sido destacada por Pirenne, *op. cit.*, p. 75 y ss., en relación con la p. 106 y ss.. En el mismo orden de ideas, V., Heckscher, *La época mercantilista*, trad. W. Roces, 1ª reimp., México, FCE. 1983, p. 547; Sée, H., *Les origines du capitalismo moderne (Esquisse historique)*, París, Librairie Armand Colin, 1926, p. 24 y 32.

(19) Al respecto resulta muy ilustrativo Hayem, *La lettre de change, son origine et le rôle de Lyon comme marché de change auo Moyen-Age, en Memoires et documents pour servir à l'Histoire du comerce et de l'industrie*, 7ª serie, 1922, pp. 269-279; Huvein, *op. cit.*, 286 y ss. Las famosas ferias de Troyes, Lagny, Provins y Bar-sur-Aube se ubicaron desde el S. XII en la llanura de Champagne, las cuales desempeñaron, en la Europa medieval, los roles de bolsa y cámara de compensación hasta fines de esa centuria; Cfr. Pirenne, *Las ciudades de la Edad Media*, trad. Francisco Calvo, 2ª ed., Alianza Ed., Madrid, 1975, p. 70; Sée, *op. cit.*, pp. 14, 15, 19 y 20. Con mayor diligencia Lattes explica el proceso histórico con base en el que los genoveses reemplazaron a los florentinos en el ascendiente que ellos ejercían en las ferias de Lyon en materia de jurisdicción, así como en la instauración de las mismas, Cfr. *Genova...*, p. 185; Pirenne, *Historia...*, p. 159. Además, puede consultarse ferias y mercados en www.artehistoria.com

acceptaban o no la letra en cuestión. Cuando el librado aceptaba tenía que reproducir un signo en la libreta o carnet del acreedor a fin de que existiera una evidencia de su aceptación. Posteriormente, el girado tenía que estampar su firma. Y cuando el librado rehusaba aceptar la letra, entonces el acreedor inscribía en su carpeta, frente a la alusión relativa a la cambial, las dos letras *s. p.*, esto es, *sous protest* (bajo protesto).⁽²⁰⁾

Las ferias *genovesas* de *Novi*, *Besançon* y *Piacenza* reprodujeron dicha práctica.⁽²¹⁾ En dichas plazas los banqueros se congregaban y cada uno de ellos nombraba en voz alta los individuos a quienes dirigían las

(20) Huvelin, *Essai*, p. 569 y ss. Esta es la forma cómo De Turri, quien siempre examinó la práctica de las ferias de Piacenza, que desplazaron a las de Novi y Besançon nos describe con viveza qué estilo siguieron los banqueros en la feria para comunicarse recíprocamente las letras y para conseguir la aceptación. *“Initio namque cuiusque feriae, bancherii omnes insimul conveniunt, in loco quodam apto, cum suis scartafaciis, ed incidiendo a primo et prosequendo per omnes usque ad ultimum, quilibet es eis alta voce requirit, specificando summam et personas, ut sibi satisfiat de qualibet remissa sibi facta, sive ab eo cui facta fuit tracta, sive ab alio quovis. Et quatenus ab eo, cui facta fuit tracta suscipiatur onus complendi tractam praedictam, vel ab aliquo alio, de dicta acceptatione scripturam dirigit in dicto scartafaio; quatenus vero a nullo suscipiatur hoc onus, adhibet diligentias, de quibus infla”* (*Tractatus de cambiis*, Genova, 1641, disk. II, qu. I, n. 20).

(21) Dichas ferias fueron confinadas a un segundo plano por la relevancia que había obtenido Piacenza, debido a la presión que en su favor ejerció Carlos V, muy interesado en menguar la pujanza de las de Lyon, quien les otorgó significativas exenciones y canonjías.; *cfr.* Huvelin, *op. cit.*, 571 y ss.; Lattes, *Genova...*, p. 185 y ss. De Roover, R., (“Scholastic economics”, *Quarterly Journal of Economics*, 69, Harvard University Press, Massachusetts, USA, 1955, p. 100) expresa que uno de los principales acontecimientos en el siglo XVI fue el surgimiento de los mercados de Castilla, Lyon, Francfort del Mein, y sobre todo, Besançon, como centros internacionales de comercio. Desde 1579 los mercados de Besançon, aunque mantenían su nombre, realmente estaban en Piacenza, por iniciativa de los banqueros genoveses que monopolizaban la actividad financiera de la corona española. Hasta cierto punto, estos mercados eran instituciones que surgieron como consecuencia de la doctrina escolástica, ya que ésta condenaba el descuento de instrumentos de crédito, pero no desaprobaban los tratos en moneda foránea, a menos que fueran usados con el objeto de evadir la ley contra la usura. Por lo tanto, la actividad cambiaria en los mercados se convirtió en una de las mayores preocupaciones de los moralistas. Los copiosos

cambiales que presentaban a la aceptación y que debían sufragarse en dichos mercados. Los girados aceptaban voceantes y los portadores de la cambial registraban dicha declaración cambiaria en sus carpetas, al tiempo que elaboraban un arqueo de remesas a exigir y de letras a saldar. La *compensación (clearing house embrionaria)* era la forma más común de liquidar las partidas; si el saldo era a favor, se aprovechaba el excedente para nuevos cambios; mientras que si existía déficit, el banquero debía conseguir avales de feria o letras de cambio sobre otras plazas, de modo que, en ambas circunstancias, el balance estuviera empatado para así presentarlo ante el magistrado, el cual tenía que formular el recuento general que, al finiquitarse *in pari* (a la par), impulsaba la clausura de la feria.⁽²²⁾

Al respecto, son pertinentes dos aclaraciones: la primera es que las aceptaciones se realizaban de la misma forma para los deudores que no eran banqueros, aunque contaban con un plazo de veinticuatro horas para aceptar o no la letra. La segunda referente a que en cualquier caso, el acreedor tenía derecho a coaccionar al girado para que la aceptación se consignase en la cambial.⁽²³⁾

Concisamente, la *aceptación* de la letra de cambio, durante este período, se efectuó –regla general– verbalmente, sin embargo, las

trabajos de dos italianos, Sigismondo Scaccia (c. 1568-1618) y Rafael de Turri (c. 1578- 1666), para no hablar de tratados menos importantes, discutían exclusivamente este tópico. La manzana de la discordia era, principalmente, la legalidad del **cambio con la ricorsa** (nueva deuda, contraída por el deudor para pagar los intereses de una deuda precedente), mecanismo que implicaba órdenes de pago que viajaban de ida y vuelta entre Génova, o algún otro centro de la banca, y los mercados de Besançon. Para confundir a los teólogos, los banqueros habían cubierto el cambio con la ricorsa en un velo de jerga técnica y de contabilidad muy complicada. Despojados de todos sus adornos, el cambio con la ricorsa pierde todo su misterio: al desnudo es un simple descuento de documentos astutamente disimulado bajo la forma ficticia de transacciones de cambio. Sin embargo, los teólogos y juristas que enfocaban el problema desde un punto de vista legal, se encontraron a sí mismos atrapados en una red de tecnicismos y contradicciones que contribuyeron bastante al descrédito de la economía escolástica.

(22) Lattes, *Genova...*, p. 192; Huvelin, *op. cit.*, p. 571; Pirenne, *Historia económica...*, p. 79.

(23) Lattes, *Genova...*, loc. cit.

inscripciones que el girado asentaba en el carnet del acreedor de la cambial patentizaron, ya desde ese momento, la existencia de un principio de prueba escrituraria. Amén, de que las señalizaciones que constaban en los cartapacios de los comerciantes no tardaron en tener plena eficacia probatoria en juicio, lo cual vino a reforzar la garantía de lo inscrito en el carnet.⁽²⁴⁾

4. LA INFLUENCIA DE SCACCIA EN LA DOCTRINA DE LA ACEPTACIÓN

Este célebre jurisconsulto genovés y uno de los fundadores del moderno Derecho mercantil, deviene imprescindible, al dejar huella perenne como gran conocedor de la práctica comercial de la época, pues la doctrina y los usos genoveses influyeron indiscutiblemente en el Derecho cambiario.⁽²⁵⁾

Nada, pues, más oportuno que el pensamiento de este autor para ocluir este asunto, antes de abordarlo en las grandes codificaciones.

Scaccia discierne entre las aceptaciones que se efectúan en las ferias, de las que se realizan fuera de los mercados.⁽²⁶⁾

A. Aceptación en las ferias

Scaccia testigo del procedimiento a seguir nos relata que:

En el primer día de feria, y a la hora precisa en que comenzaba ésta, los mercaderes, en presencia del cónsul, se demandaban mu-

(24) Motos, *op. cit.*, p. 161.

(25) Lattes, *Id.* Las decisiones de la Rota Genovesa y la doctrina de Scaccia aparecen constantemente citadas en autores hispanos, p.e, Hevia Bolaños, *Curia Filipina*, Imp. de Francisco Bretón, Valencia, 1770, *en la segunda parte, para muestra basta cfr. T. II, Lib. I, cap. I, p. 3 (93).*

(26) “*Declara primo, ut acceptatio literarum cambii fiat dupliciter cun distinctione duplicar loci in quo acceptantur: Aut enim acceptatio fit in nundinis...Aut fit alio in loco...*”; *Cfr.* Scaccia, *Tractatus de Commercis et Cambio*, Venecia, 1650, § 2, Gloss. 5, núms. 332 y 333, cit. por Motos, *op. cit.*, p. 161.

tuamente las oportunas aceptaciones, disponiendo los librados de un plazo de veinticuatro horas para contestar, bajo apercibimiento de que, transcurrido este tiempo, los acreedores podían exigir o levantar el correspondiente protesto. La aceptación se hacía por medio de ciertas rayas o señales que efectuaban tanto el acreedor como el deudor en las partidas que uno y otro tenían asentadas en sus cartapacios. Esta forma de aceptación entrañaba, además, la posibilidad de compensar los créditos y deudas que surgieren entre ellos durante el período de feria y ciertos plazos más. El saldo final era casi siempre origen de una letra de recambio.⁽²⁷⁾

Ahora bien, este sistema sólo funcionaba cabalmente cuando deudor y acreedor eran banqueros, o también, comerciantes reconocidos provistos de carpetas de feria. Desde luego, este procedimiento arriba reseñado, era el acostumbrado, sin embargo, a su lado coexistían, también durante la feria, la ancestral aceptación tácita *–per retentionem literarum–*,⁽²⁸⁾ y las aceptaciones *expressis verbis*, las que podían asentarse en escritura pública o en la misma cambial, o bien quedar sólo en mera forma verbal.⁽²⁹⁾

B. Aceptación fuera de ferias

Tripartita era la forma en que podían expresarse:

- a) Mediante vocablos expresos, consignados en escritura o instrumento público, o en la propia letra. En la última hipótesis, esto es, cuando la letra se presentaba al girado, consentía pronunciando

(27) *Op. cit.*, § 2, Gloss, 4, núms. 10 y 11.

(28) *Por retención de las letras o (por suspensión de las instrucciones)*. A juicio de Freund (*Das Wechselrecht der Postglossatoren*, Leipzig, Duncker und Humblot, 1899, p. 100, cit. por Motos, *op. cit.*, p. 163), la aceptación *per retentionem literarum* se utilizó por los *campsores* con antelación a cualesquiera otra. Al respecto Jacobi (*Derecho cambiario*, trad. de Roces, Logos, Madrid, 1930, p. 72) expresa: “Ya en Derecho antiguo se consideraba obligado el aceptante, aun antes de que la aceptación llegase a conocimiento del destinatario, por el sólo hecho de **retener** la letra en su poder más de lo debido, o por medio de la imposición de mano o la escritura (aunque sólo fuese de una letra)”.

(29) Scaccia: “*Aut enim acceptatio fit in nundinis, et tunc vel fit per lineam, ut declaravit..., vel fit expressis verbis, seu tacite...*”; *op. cit.*, § 2, Gloss, 5, núm. 332, cit. por Motos, *op. cit.*, p. 163.

éstas o palabras equivalentes: *A di predetto Io... (nombre) accepto di pagare (cantidad) in (lugar) à (vencimiento) senza alcuna contradizione*,⁽³⁰⁾

- b) También con palabras expresas mas nunca por escrito. En este supuesto la aceptación tenía que comprobarse mediante testigos;⁽³¹⁾
- c) Tácitamente, desde el momento en que el girado al recibir la cambial, la retiene consigo sin restituirla.⁽³²⁾

Presentamos un ejemplo de letra de cambio en la que aparece claramente la aceptación.⁽³³⁾

Al nome di Dio, di 18 di diciembre 1398. Pagharete per questa prima lettera al usanza a Brunacio di Ghuido e compagni lb. CCCIXII s. X barzalonesi, lequali lb. 472 s.10 d.6 (per), sono qui contento da Ricardo degl'Alberto e compagni. Fatene buon paghmento e ponete a mio conto. Che Idio vi ghuardi.

Ghuilielmo Barberi

Salute di Bruggia

De una mano diferente:

Accettata di 12 di gennaio 1399 (1400)

Al dorso:

Francesco di Marcho e compagni in Barzalona Prima

-
- (30) Scaccia: "*Primo per expressa verba, de quibus constet per scripturam extensam, nempe, per publicum instrumentum, vel per scripturam propriae manus, quando is, cui mittuntur litterae solvenda, se in illis, sibi praesentatis, sua manu subscripsit acceptando, sub his, vel similibus verbis...*" (*op. cit.* § 2, Gloss, 5, núm. 333), cit. por Motos, *op. cit.*, p. 163.
 - (31) Scaccia: "*Secundo quando fit per expresa verba, sed sine scriptura, et ideo probatur per testes, quam probationem nulla excitata difficultate admisit*" (*op. cit.*, § 2, Gloss, 5, núm 334), cit. por Motos, *loc. cit.*
 - (32) Scaccia: "*Tertio quando fit tacite per receptionem et retentionem literarum*" (*op. cit.*, § 2, Gloss, 5, núm. 335), *cfr.* también el núm. 336, en el que aclara y menciona doctrina respecto de esta forma de aceptación, cit. por Motos, Id.
 - (33) Cfr. Cámara, H., *Letra de cambio y vale o pagaré*, Buenos Aires, Ediar, 1970, t. I., p. 23, nota 5. V. al final un ejemplar de una letra de cambio de 1782 –la más antigua que hasta ahora hemos podido conseguir– en la que se puede apreciar claramente la *aceptación* de la misma.

5. LA ACEPTACIÓN DE LA CAMBIAL AL COMIENZO DE LAS GRANDES CODIFICACIONES

Este asunto reclama una doble consideración. Por un lado, se advierte rigurosa observancia en la forma de aceptación de la cambial al exigirse su estipulación por escrito y abolirse las aceptaciones verbales. En este sentido, algunos autores estimaron que la supresión de la forma oral de aceptación tuvo su punto de partida en la Ordenanza francesa de 1673, lo cual es relativamente cierto, ya que se han encontrado ordenanzas locales que con anterioridad exigían la forma por escrito.⁽³⁴⁾ Por otro, es evidente que el postulado hoy imperante de que la sola firma del girado en el anverso de la cambial significa su aceptación, deviene el resultado de una paulatina evolución que adelgazó el ritualismo circundante.⁽³⁵⁾

Además, la buena fe, principio rector de los negocios, sufrió un relajamiento, que originó múltiples abusos de los girados que negaban, a su conveniencia, el hecho de la presentación de las cambiales y de su consiguiente aceptación verbal. El fenómeno se agudizó durante las ferias cambiarias, particularmente en las de Lyon. Así lo expone Savary:

Quando la buena fe reinaba entre los Mercaderes, las letras pagaderas al vencimiento en Lyon no se aceptaban jamás por escrito: aquél sobre quien ellas habían sido giradas, decía sólo verbalmente *visto o vista*, sin aceptar para responder en tiempo, y el portador hacía mención de ello en su balance. Los lioneses habían practicado por largo tiempo este uso, sin que haya acaecido incidente, ni rechazo alguno, cuando se modificaba la cantidad, [o] cuando había confrontación, de cualquiera manera puntualmente se paga al vencimiento; pero la buena fe se había relajado por la corrupción secular implicada, algunos Banqueros no estuvieron de acuerdo en que sus letras tuvieran que ser presentadas, los Comerciantes, para una mayor precaución, las habían refrendado en ese mismo momento y las aceptaban por escrito, inscribiéndoles la palabra, *aceptada*.⁽³⁶⁾

(34) Así v.gr. Lacour y Bouteron, *Précis de Droit comercial*, París, Dalloz, 1929, núm. 1255; Alvarez del Manzano, *Tratado de derecho mercantil español*, Librería General de Victoria Suárez, Madrid, 1915-1916, t. II, pp. 122-123.

(35) Motos, *op. cit.*, p. 164.

(36) Savary, *Le parfait negociant*, 8ª ed., París, Frères Estienne, 1757, primera parte, p. 150 (cit. por Motos, *op. cit.*, p. 165): "*Lorsque la bonne foi*

En busca de una solución, los tenedores de la letra comenzaron a requerir, *motu proprio*, que las aceptaciones se incorporasen en el documento mediante el vocablo *accepté*. Esta práctica recibió favorable acogida en la doctrina francesa de mitad del S. XVII, pues Cleirac así lo consignó en su obra.⁽³⁷⁾

A. El Reglamento de la plaza de Cambios de la villa de Lyon de 2 de junio de 1667

Tal disposición resolvió el problema, al regular en el párrafo III de su artículo 1º: *Que las aceptaciones de dichas letras de cambio serán por escrito, fechadas, y firmadas por aquéllos sobre quienes ellas habrían sido giradas, o por personas debidamente legitimadas de procuración, que la minuta quedará en la oficina del Notario. Y todas las que fueren hechas por factores, dependientes, y otras no legitimadas de procuración, serán nulas y de efecto nulo contra aquél a quien ellas hubieren sido giradas, salvo [que tengan] el recurso contra el aceptante.*⁽³⁸⁾

regnoit parmi les Negociants, les lettres payables en payement à Lyon ne s'acceptoient jamais par écrit: celui sur qui elles étoient tirées, disoit seulement verbalement vu, sans accepter pour répondre au tema, et le porteur en faisoit mention sur son bilan. Les Lyonnois ont été long-tems, dans cet usage, sans qu'il en arrivait aucun incident, ni aucun deni, lors que l'on viroit partie, quand il y avoit rencontré, sinon elle étoit ponctuellement payée à la fin du payement: mais la bonne foy s'étant relachée par la corruption des siècles, quelques Banquiers ont denié que les lettres leur eussent été présentées, les Negociants, pour plus grande precaution, les sont présentement viser et accepter par écrit, et mettre ce mot, accepté". La traducción y el énfasis nos compete.

(37) Cleirac, *Usance du négoce, ou comerse de la banque des lettres de change*, París, 1659, p. 50: "Acceptatio fieri debet in specie expresso verbo accepto" (la aceptación debía manifestarse expresamente mediante el verbo aceptar), cit. por Levy-Bruhl, *Histoire de la lettre de change en France aux XVII et XVIII siècles*, París, Sirey, 1933, p. 150 y nota 2.

(38) "Que les acceptations desdites lettres de change se seront par écrit, dates, et signées par ceux sur qui elles auront été tirées, ou par personnes duement fondées de procuration, dont la minute demeurera chez le Noaire. Et toutes celles qui seront faites par Facteurs, Commis, et autres non fondées de procuration, seront nulls, et de nul effet contre celui qui elles auront été tirées, sauf le recours contre l'acceotant"; del Reglamento de 2 de junio de 1667 cit. por Motos, *op. cit.*, p. 165. La traducción es

El precepto tiene una gran relevancia, no obstante su reducido ámbito legal, ya que se trata de uno de los primeros en exigir la aceptación por escrito,⁽³⁹⁾ en un lugar de tanta trascendencia como Lyon, cuyas ferias cambiarias todavía se realizaban, aunque en franca decadencia. El texto arriba traducido cobra también importancia porque representa la plataforma de lanzamiento de la Ordenanza de Colbert cuya influencia es inobjetable en el derecho codificado del viejo continente.

B. La Ordenanza francesa del comercio terrestre de 1673

Este ordenamiento reemplazó –del reglamento de 18 de septiembre de 1667 de Francfort– la obligación de que la aceptación tenía que realizarse por escrito y la difundió por toda Francia, de manera que cualquier costumbre en contrario fue derogada. En efecto, el artículo 2º del título V de la Ordenanza de Colbert así lo estableció:

Todas las letras de cambio se aceptarán pura y simplemente por escrito; abrogamos el uso de aceptarlas verbalmente o mediante estas palabras, *visto sin aceptar, o aceptada para responder en tiempo* (oportunamente) y cualesquiera otras aceptaciones condicionadas, las que se tomarán como rechazadas, y podrán protestarse las letras.⁽⁴⁰⁾

nuestra. Dicho reglamento se aprobó mediante Decreto del Consejo de 7 de julio de 1667 y se registró en el Parlamento de París bajo fecha de 18 de mayo de 1668.

(39) Más añeja es aún la *Ordenanza sobre cambios para la plaza de Amsterdam*, de 31 de enero de 1660, que en su título VIII, artículo 3º, pfo. 1, suprimió las aceptaciones orales (citada por Papa d'Amico, *I titoli di credito, formazione ed indole storico-giuridica*, Catania, Gianotta, 1886, p. 244, nota 1). La aceptación escrituraria también se exigió en varias plazas alemanas y de los Países Bajos, cit. por Motos, *op. cit.*, p. 165.

(40) De esta forma la Ordenanza eliminó el uso de la cláusula “*accepté pour répondre au tems*”, cuyos abusos y ambigüedades subraya el propio Savary, *op. cit.*, I, primera parte, pp. 151-152, cit. por Motos, *op. cit.*, p. 167. Cfr. Ordenanza Colbert de 1673, tít. V, art. 7º: “*N'entendons rien innover à notre Règlement du second jour de Juin 1667 pour les acceptations, les paiements, et autres dispositions concernant le comerce dans notre Ville de Lyon*” (No estamos de acuerdo en innovar nuestro Reglamento del segundo día de junio de 1667 para las aceptaciones, los pagos, y otras disposiciones relativas al comercio de nuestra Villa de Lyon).

Es evidente que la sombra de este texto legal cobijó al Derecho europeo, a grado tal que su influencia es patente en las Ordenanzas de Bilbao de 1737, cuerpo legislativo ibérico que estará vigente por largo tiempo también en México.⁽⁴¹⁾ Ciertamente, pues, a partir de la Ordenanza francesa se elimina la forma verbal de aceptación de la cambial. Y como es lógico suponer, a medida que se genera y se propaga el movimiento codificador, el precepto se va plasmando en las legislaciones de los países, ya porque se adopta el texto directamente de la Ordenanza como en el caso de las bilbaínas, o porque se adoptó a través del Code de Commerce de 1807, lo cual sucedió con mayor frecuencia.

Conviene apuntar, que no obstante lo imperativo que resultaba el texto de la Ordenanza y el respaldo decisivo de Pothier⁽⁴²⁾ –uno de los

(41) Rodríguez de San Miguel, Juan N., (*Pandecta hispano-megicanas*, Nueva Edición, Méjico, Librería de J.F. Rosa, 1852, t. 3, p. 354) indica que las ordenanzas de Bilbao “se hicieron notables y de mas respeto en la península que las de Burgos y Sevilla, y se fué introduciendo su uso insensiblemente, y su preferencia se estendió a América”. Ellas habían sido mandadas observar en México por órdenes de 22 de febrero de 1796 y 27 de abril de 1801. A dicha legislación bilbaína hay que añadir el *Código de Comercio Español de 1829* y el *Código de Comercio Francés*, cuyas disposiciones sirvieron para colmar alguna laguna del derecho mexicano. *Vid.*, *Febrero Mejicano ó sea La Librería de Jueces, Abogados y Escribanos que refundida, ordenada bajo nuevo método, adicionada con varios tratados y con el Título de Febrero Novísimo, dió a luz don D. Eugenio de Tapia, nuevamente mencionada con otros diversos tratados, y la disposiciones del derecho de India y del patrio por el licenciado Anastacio de la Pascua*, Méjico, Imprenta de Galván á cargo de Mariano Arévalo, 1834, t. IV, p. 4. Por otra parte, no hay que olvidar que los tribunales mercantiles decidían sobre los negocios de su competencia conforme a las *Ordenanzas de Bilbao* en lo que no estuviesen derogadas, mientras se formaba el *Código de Comercio* de la República; disposición que fue confirmada por los artículos 45 y 77 de la llamada Ley Juárez o *Ley de Administración de Justicia y Orgánica de los Tribunales de la Federación* de 22 de noviembre de 1855; *vid.*, Mercado, Florentino, *Libro de los Códigos, ó prenociones sintéticas de codificación romana, canónica, española y mexicana, por...*, México, Imprenta de Vicente G. Torres, 1857, p. 567. Otro dato que conviene tener presente es que después de consumada la Independencia de México, las Ordenanzas de Bilbao se constituyeron en el cuerpo de leyes mercantiles que rigió al país.

(42) *Traité du contrat de change*, núm. 46, cit. por Motos, *op. cit.*, p. 168. También regularon la aceptación por escrito la Ordenanza del 31 de

juristas más sobresalientes de la época— la aceptación *per retentionem literarum* permaneció durante el S. XVIII sustentada en la práctica comercial y en la doctrina de los autores franceses contemporáneos de la Ordenanza misma.⁽⁴³⁾

6. LA ACEPTACIÓN EN LOS CÓDIGOS EUROPEOS DEL SIGLO XIX

A. Código de comercio francés de 1807

Indudablemente, este instrumento jurídico se comportó conforme con lo establecido por la célebre Ordenanza. Efectivamente, su artículo 122 es meridianamente contundente cuando expresa:

La aceptación de una letra de cambio debe firmarse. La aceptación se expresa con la palabra aceptada. Ella ha de ir fechada, si la letra es librada a uno o más días vista. Y en este último caso, la falta de fecha de la aceptación hace que la letra sea exigible al vencimiento allí expresado, a partir de su fecha [a contar desde la fecha de la letra].⁽⁴⁴⁾

Ahora bien, a pesar de que el término *accepté* (aceptada) pareciera un dogma cambiario inmutable, la interpretación de dicha expresión por la doctrina dominante es que dicha fórmula legal no tiene carácter sacramental, es decir, admite equivalentes, con tal de que expresen, sin duda alguna, la intención de aceptar la letra.⁽⁴⁵⁾

enero de 1660 de Ámsterdam; Cfr. Baldesseroni Pompeo, *Leggi e costumi del cambio*, p. 25.

(43) Levy-Bruhl, *op. cit.*, pp. 150 y 151.

(44) “L’acceptation d’une lettre de change doit être signée. L’acceptation est exprimée par le mot *accepté*. Elle est date, si la lettre est à un ou plusieurs jours de vue. Et dans ce dernier cas, le défaut de date de l’acceptation rend la lettre exigible au terme y exprimé, à compter de sa date”.

(45) Consultar en este sentido Pardessus, *Tours de droit comercial*, 6ª ed., París, Plon, 1856, I, núm. 366; Bedarride, *De la lettre de change, en su Commentaire du Code de comerce*, I, París, 1877, núm. 211 y ss.; Boistel, *Cours de Droit comercial*, 4ª ed., París, Thorin, 1890, núm. 781; Lyon-Caen y Renault, *Traité de droit comercial*, 5ª ed., IV, núm. 209; Lacour y Bouteron, *op. cit.*, II, núm. 1254; Lescott, Des effectcs de comerce (en el Tratado de Thaller, *Traité élémentaire de droit comercial...*, París, Rousseau, 1931, I, núm. 412 y la doctrina allí citada). Pavone La Rosa, *op. cit.*, núm. 60.

Es más, un influyente sector de la doctrina que se origina desde la aparición del Código hasta su reemplazo por el *Derecho Uniforme Cambiario* de Ginebra y el vigente de la CNUDMI, sostiene que la *simple firma del librado en el anverso de la cambial equivale a la aceptación* (a. 21 § 3; a. 41.2 de la CNUDMI sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales), fundamentándose alguno de estos juristas en el hecho de que el artículo 140 del código galo de 1807 que equipara, a efectos de solidaridad cambiaria, en las obligaciones frente al tenedor a tous ceux qui ont signé, accepté ou endossé une lettre de change.⁽⁴⁶⁾

B. Ordenanza general del cambio o Ley alemana de 1848

El texto de dicha disposición, ya adicionado y reformado,⁽⁴⁷⁾ dispuso en su artículo 21 que:

La aceptación deberá ser escrita en la misma letra de cambio.

Toda declaración escrita en la letra y firmada por el librado vale como aceptación pura y simple (es decir, sin restricciones), a menos que se haga constar expresamente que el librado no la acepta en general o que acepta sólo en determinadas condiciones.

(46) Todos aquéllos que han firmado, aceptado o endosado una letra de cambio, quedan obligados a garantizarla solidariamente con relación al portador. Argumento sustentado ya por Boistel, op. cit., núm. 781, y adoptado por Lyon-Caen y Renault (loc. cit.); Lacour y Bouteron (loc. cit.), al entender que la sola firma del girado correspondería a una firma en blanco para que el portador pusiese encima la fórmula de aceptación. En contra Pardessus (loc. cit.), quien argumenta que la sola firma del librado no implica aceptación; a lo más, representa un principio de prueba escrituraria.

(47) Respecto al origen y los trabajos que antecedieron a la Wechselordnung (*allgemeine deutsche Wechselordnung*), así como su reforma por las Novelas de Nuremberg (*Nürnbergger Novellen*) hasta el texto refundido de 3 de junio de 1908, consúltese Rehme, Historia del Derecho mercantil, trad. De Gómez Orbaneja, R.D.P., Madrid 1941, pp. 200-201, 208-210 y 215-216. La modificación se introdujo por dichas Novelas de Nüremberg y la ley del 30 de mayo de 1908, relativa a la simplificación del protesto (*Gesetz, betreffend die erkerchterong des wechselfestest*).

La sola firma del librado, sin frase que le preceda, con su nombre o razón social, en el anverso de la letra, se considerará como aceptación ilimitada (esto es, pura y simple).

Una vez dada la aceptación, ya no puede revocarse.⁽⁴⁸⁾

No cabe duda que la famosa Ordenanza alemana constituyó un inapreciable avance en el devenir histórico de la institución. Dos de sus rasgos típicos predominaron en su estructura: *el reconocimiento legal de que la firma del librado en el anverso de la cambial evidenciaba su aceptación*, y la *consagración de la literalidad de la aceptación, inseparablemente unida al instrumento cambiario*.⁽⁴⁹⁾

Así que con la *Wechselordnung*, la fórmula de la aceptación halló su fase conclusiva de evolución, ya que sus características sustanciales han permeado el sistema legislativo actual, reinante en gran parte de los países, debido a la acogida que tuvo el Derecho uniforme de Ginebra, influido sin más por dicha Ordenanza.⁽⁵⁰⁾

(48) Artículo 21 de la *Wechselordnung O.* – “*Die Annahme des Wechsels muss auf dem Wechsel schriftlich geschehen. Jede auf den Wechsel geschriebene und von dem Bezogenen unterschriebene Erklärung, gilt für eine unbeschränkte Annahme, sofern nicht in derselben ausdrücklich ausgesprochen ist, dass der Bezogene entweder überhaupt nicht oder nur unter gewissen Einschränkungen annehmen wolle.*

Gleichergestalt gilt es für eine unbeschränkte Annahme, wenn der Bezogene ohne weiteren Besatz seinen Namen oder seine Firma auf die Vorderseite des Wechsels schreibt...”.

En la versión de Miñana de la (*Ordenanza general alemana sobre el cambio*, Rueda, Madrid, 1903, p. 44), “*unbeschränkte Annahme*” es traducido por *aceptación limitada*, y “*Vorderseite des Wechsels*”, por *reverso de la letra*, lo cual no es exacto.

Cfr. Además, Cosack, *Traité de Droti comercial*, trad. Francesa de Miss, Giard & Brière, París, 1904-1907, T. II, pp. 31-32.

Mientras que la sola firma del girado en el dorso de la letra no significa aceptación, pues, a juicio de Jacobi, podría interpretarse más precisamente como un aval (V., op. cit., loc. cit.).

(49) Motos, *op. cit.*, p. 170.

(50) *Ibid.*

C. Otros códigos europeos

La *Wechselordnung* fue el modelo a seguir por la gran mayoría de los ordenamientos de la segunda mitad del S. XIX, del S. XX e inicios del actual.⁽⁵¹⁾

(a) Hemos de recordar aquí, que el movimiento uniforme del Derecho cambiario tiene un antecedente en la armonización escandinava, formada por tres Estados: Dinamarca, Suecia y Noruega, ya que en 1880 los parlamentos de esos países, votaron una *Ley sobre Letra de cambio y Pagaré*, después de haber sido preparada por una comisión compuesta por delegados de las tres naciones. Esta ley entró en vigor el 1º de enero de 1881. Tal ordenamiento, sin duda, siguió el modelo alemán de la *Wechselordnung*.⁽⁵²⁾

(b) Conviene señalar que en los países de Derecho anglosajón se consiguió una armonización similar a raíz de la adopción por el Reino Unido de la *Bills of Exchange Act de 1882* (18 de agosto de 1882), en cuya ley posteriormente se inspiraron la *Negotiable Instruments Law* de los E.E. U.U.(sustituida por el artículo 3 de la *Uniform Commercial Code*) y las diversas *Bills of Exchange Acts* de los países del Commonwealth.

Esta disposición establecía:

Artículo 17 (1): “La aceptación de una letra es la expresión por el librado de su asentimiento a la orden del librador.

“(2) Una aceptación es inválida a menos que cumpla con las condiciones siguientes:

(51) Alemania, Wechselgesetz de 21 de junio de 1933 (a. 25, 1º); Italia, R.D. de 14 de diciembre de 1933, núm. 1.669 (a. 30); Francia, D.L. de 30 de octubre de 1935 (a.126); Portugal, D.L. de 30 de marzo de 1934, ratificado en 21 de junio de 1934, que reproduce los preceptos de la L.U.; Suiza, Código de las Obligaciones, texto revisado de diciembre de 1936 (a. 1.105), etc.

(52) Una traducción francesa apareció en Copenhague con el rubro: *Loi du Danemark, de la Suède et de la Noruége sur les Lettres de Change*, Copenhague, 1880. V. *Annuaire de législation étrangere de 1881*, p. 504 y ss.; Lyon-Caen y Reanult, *op. cit.*, T. I, núm. 73.

“(a) Debe estar escrita en la letra del librado y ser firmada por éste. La mera firma del librado sin palabras adicionales es suficiente.

“(b) No debe expresar que el librado cumplirá su promesa de cualquier otro modo que con el pago en dinero”.

(c) La contemporaneidad vincula la Bills of Exchange Act de 1882 con el Código de comercio italiano de 1882,⁽⁵³⁾ cuyo artículo 262 sentenció:

La aceptación debe escribirse en la cambial y firmarse por el aceptante.

Ella se expresa mediante la palabra «accepto»; pero basta que el aceptante escriba su nombre y apellido o su razón social (o firma) para que la aceptación sea válida.

7. MOVIMIENTO UNIFORME SOBRE LA CAMBIAL

A. Conferencia de La Haya de 1910

En esta tendencia unificadora del Derecho cambiario no deben pasar inadvertidos los esfuerzos de reconocidos juristas cuyas valiosas aportaciones se plasmaron en sendas Conferencias de La Haya de 1910 y 1912.⁽⁵⁴⁾

(53) *“L’acchetazione dev’essere scritta sulla cambiale e sottoscritta dall’acchetante.*

*“Essa si esprime colla parola **accepto**; ma per la validità dell’acchetazione basta che l’acchetante scriva il suo nome e cognome, o la sua ditta, sulla faccia anteriore della cambiale” .*

(54) Conviene señalar que existió una La *Ley Uniforme* sobre la cambial, presentada por el gobierno imperial germánico como anexo a la Convención de La Haya sobre el Derecho Cambiario. En el capítulo III se regulaba la aceptación en once artículos (28-38), y el capítulo VII empleaba seis preceptos para normar la aceptación por intervención (62-67). Para ejemplificar exponemos sólo unos artículos.

Artículo 34. La aceptación de la letra de cambio debe hacerse por escrito en la letra misma.

En el Anteproyecto de una *Ley Uniforme sobre Letra de Cambio y Billeto a la Orden* de la Conferencia Internacional de La Haya de junio-julio de 1910 prevaleció el sistema alemán y los delegados franceses demostraron un inteligente espíritu de conciliación de modo que la reforma fue bien encaminada. Los trabajos de las sesiones fueron discutidos por un Comité Central que fijó las reglas del proyecto, cuya redacción se confió a los delegados franceses Lyon-Caen y Simons. En el informe final se incluyó un proyecto de ley uniforme en 83 artículos (incluso tres artículos *bis*), sistemáticamente organizados, por una comisión cuyo relator fue Renault.

La Conferencia sugirió limitarse a formular proyectos preliminares de Convención y Reglamento uniforme, aun cuando formuló el voto de que se convocase, a la brevedad posible, una segunda conferencia a la cual competiría aprobar el texto definitivo del Reglamento y suscribir la Convención respectiva, a través de los representantes de los Estados interesados.⁽⁵⁵⁾

El capítulo III relativo a la aceptación contenía 10 preceptos (21-30), mientras que el capítulo VIII atinente a los recursos del tenedor por falta de aceptación o por falta de pago abarcó quince artículos (52-67).

Toda declaración escrita en la letra de cambio y firmada por el girado se considera aceptación ilimitada, a menos que ella no diga expresamente que el librado rehúsa la aceptación o que no acepta más que bajo ciertas restricciones.

Se considera igualmente como aceptación ilimitada el hecho de que el librado simplemente haya escrito su nombre, sin otra mención, en el anverso de la letra.

Artículo 35. El girado puede limitar su aceptación a una parte del monto determinado en la letra de cambio. Otras clase de restricciones se consideran como equivalentes a un rechazo completo de la aceptación; sin embargo, el aceptante se obliga en los términos de su declaración.

Artículo 38. Por la aceptación el librado se obliga a pagar, al vencimiento, la suma aceptada.

La traducción la realizamos del original francés.

(55) Puede consultarse sobre los trabajos de la Conferencia: *Coonfêrence de la Haye pour l'unification du droit relatif a la lettre de change...*, Actes, Documents, La Haya, 1910.

Para ilustrar, traemos a colación, sólo algunos ejemplos:

Artículo 24. La aceptación debe hacerse por escrito en la misma letra de cambio. Ella ha de expresarse por la palabra «aceptada» u otra equivalente; seguida de la firma del librado. La simple firma del girado colocada en el anverso de la letra vale aceptación.

La aceptación no necesita fecharse. Ella debe, sin embargo, indicar la fecha de la presentación cuando se trate de una letra de cambio aceptable o pagadera a un cierto tiempo vista.

La aceptación otorgada en una extensión, en una copia o en acto por separado no considera al librado como obligado con virtud de la letra de cambio.

Artículo 25. La aceptación debe ser pura y simple. Pero ella puede restringirse respecto a la suma aceptada.

Cualquier otra modificación causada por la aceptación a las enunciaciones de la letra de cambio puede considerarse por el portador como equivalente a una negativa de aceptación. Sin embargo, el aceptante permanece obligado en los términos de su aceptación.⁽⁵⁶⁾

B. La Conferencia de La Haya de 1912

Después de cinco semanas de discusiones en las que participaron los delegados de varios países, finalmente, el 23 de julio de 1912 esta Conferencia aprobó y firmó el texto definitivo de una Convención en 30 artículos y otro *Reglamento Uniforme sobre Letra de cambio y Pagaré*. Este último tenía 88 artículos que finalmente redujo a 80, la mayoría de los cuales eran inderogables por la leyes nacionales, mientras para una cierta cantidad de aspectos –algunos muy importantes– fue necesario reservar la facultad de derogarlos a cada uno de los Estados en sus legislaciones nacionales.⁽⁵⁷⁾

(56) El texto se tradujo del original en francés.

(57) Sobre la segunda Convención, vid. *Deuxième Conférence de la Haye pour l'unification du droit relatif à la leerte de change, Actes, Documents*, La Haya, 1912. El Convenio y Reglamento pueden también consultarse en *Registro de textos de convenciones y otros instrumentos relativos al derecho mercantil internacional*, Nueva York, Naciones Unidas, 1971, I, p. 131 y ss.

El Reglamento uniforme constituía, respecto la proyecto preliminar de 1910, un considerable avance, debido a su mayor claridad, concisión del texto y a las múltiples modificaciones sustanciales que se le insertaron, como el abandono de la cambial al portador, los plazos para la realización del protesto y para la prescripción, etc.

Desafortunadamente, el estallido de la guerra europea impidió que se ratificara y ejecutara, como se había convenido, el reglamento uniforme de La Haya, digno de encomio, en líneas generales.

Es oportuno recordar que México fue uno de los treinta y siete países que estuvo allí representado y que el texto uniforme se introdujo en el Código de Comercio de Venezuela de 1919, y con pocas modificaciones en el de Guatemala de 1913, en el de Nicaragua de 1916 y en el de Ecuador de 1925.⁽⁵⁸⁾

Varios capítulos se dedicaron a regular la aceptación: de la aceptación (cap. III, aa. 20-28); de las acciones por falta de aceptación y falta de pago (cap. VII, aa. 42-53); de la intervención y de la aceptación por intervención (cap. VIII, aa. 54-57).

Para que se pueda apreciar la diferencia en los textos de ambas Conferencias, plasmamos los recíprocos:

Artículo 24. La aceptación se escribe en la letra de cambio. Se expresa por la palabra «aceptada» u otro equivalente; la firma el girado. La simple firma del librado puesta en la cara anterior de la letra vale por aceptación.

Cuando la letra sea pagadera a cierto plazo de la vista o cuando deba ser presentada a la aceptación dentro de un plazo determinado en virtud de una estipulación especial, la aceptación debe ser fechada con el día en que ha sido dada, a menos que el portador exija que lleve la fecha del día de la presentación. A falta de fecha, el tenedor, para conservar sus derechos a accionar contra los endosantes y contra el librador, hará constar esa omisión mediante un protesto levantado en tiempo oportuno.

(58) Cfr. Olavarría A., Julio, *Manual de derecho comercial*, Barcelona, Imp. Claraso, 1979, p. 339 y ss., 366 y 317, respectivamente.

Artículo 25. La aceptación es pura y simple; pero puede limitarse a una parte de la suma.

Cualquier otra modificación aportada por la aceptación a las enunciaciones de la letra de cambio, equivale a una negativa de aceptación. A pesar de ello, el aceptante queda obligado en los términos de su aceptación.⁽⁵⁹⁾

Sólo un comentario referente al artículo 23, que en el párrafo dos ha modificado la disposición correlativa del artículo 31 del proyecto de 1910, otorgando al librado la facultad de solicitar que se le haga una segunda presentación al día siguiente de haberse efectuado la primera, mientras que el artículo 31 del proyecto de 1910 dispuso que el librado, al que se le presentó la letra para su aceptación, debía dar a conocer su respuesta al portador, el primer día hábil siguiente al de la presentación.

Y respecto al artículo 24 relativo a las cambiales libradas a un cierto tiempo vista y a aquéllas que deben presentarse a la aceptación en un plazo determinado en virtud de un convenio especial, ya que dispone que la aceptación debe fecharse desde el día en que tiene lugar, a menos que el tenedor que presenta la letra a la aceptación no exija que la aceptación sea fechada desde el día de la presentación (el a. 32 del proyecto de 1910 establecía por el contrario que, para dichas cambiales, la aceptación debía indicar la fecha de la presentación).

C. Ley Uniforme de Ginebra (LUG) de 1930⁽⁶⁰⁾

El movimiento para la unificación del Derecho Cambiario se inició en 1863 con el voto emitido en la sesión de Gand de la *National Association for the promotion of Social Science* a favor de la reunión de

(59) El texto se tomó del original francés. “Entre los varios ramos de la legislación mercantil hay algunos en que más se ha acentuado la necesidad de uniformar el derecho de las distintas naciones, como sucede en lo relativo a las letras de cambio”; *Cfr.* Pallares, J., *Derecho mercantil mexicano*, ed. facsimilar, México, UNAM, 1987, p. 255.

(60) Brevemente queremos señalar que en el año de 1928 existió un proyecto de ley suizo sobre normas de derecho internacional privado en materia cambiaria. Dicha disposición modificaba algunos títulos del viejo código de las obligaciones de 1881. Las normas de derecho internacional privado contenidas en los artículos 1065-1071 del proyecto suizo se

una conferencia internacional para la unificación del Derecho Cambiario. En 1869 el asunto era estudiado por la *Societ  de legislation compar e*, y en 1873 por la *Association for the reform and codification of the law of nations*, que elaboró en 1878 veinte principios, convertidos en veintisiete en los Congresos de Amberes (1873) y de Frankfurt (1878), principios conocidos con el nombre de Reglas de Bremen, y establecidos precisamente con miras a la elaboración de una ley internacional sobre la letra de cambio. La cuestión era reiteradamente discutida por el *Institut de droit international*, en las sesiones de Mónaco de Baviera de 1882; y en 1885 un Congreso internacional de derecho comercial, reunido en Amberes, elaboraba un proyecto de cincuenta y siete artículos relativos, a la cambial, a los títulos al portador y a otros efectos de comercio;⁽⁶¹⁾ proyecto posteriormente enmendado por el Congreso de Bruselas de 1888.

Pero el acontecimiento más importante en la historia de la unificación, está representado por la Conferencia convocada por La Haya el 23 de junio de 1910, por el gobierno holandés, a iniciativa de los gobiernos italiano y alemán, y en la que participaron treinta y cinco Estados: pero en realidad sólo colaboraron con los trabajos treinta y dos. El producto de la Conferencia fue un *Anteproyecto de una convención sobre la unificación del derecho relativo a la letra de cambio y al pagar *, y un *Anteproyecto de una ley uniforme sobre la letra de cambio y el pagar *. Sometidos los dos proyectos a los Estados interesados, y reunidas las observaciones, una segunda Conferencia se reunió en La Haya el 15 de junio de 1912, elaborando y aprobando con el acuerdo de veintisiete Estados el texto de un Reglamento uniforme sobre la cambial, y la convención relativa.

Ya hemos expresado que la guerra que estall  en Europa no permitió la ratificación de la Convención de La Haya, de modo que el asunto permaneció estacionario, hasta que la Conferencia para estudiar

referían a: a) la ley aplicable en materia de capacidad cambiaria; b) la ley aplicable a la forma de las obligaciones cambiarias; c) la forma del protesto y de los otros actos a realizar para el ejercicio y para la conservación de los derechos derivados de la cambial; d) la ley aplicable a la sustancia y a los efectos de la obligación cambiaria., *Cfr.* Bosco, J., "Il progetto di legge svizzero sulle norme di diritto internazionale privato in materia cambiaria, *RDC*, 1928, I, p. 642 y ss.

(61) *Cfr.* Norsa, C., *Sul progetto di legge uniforme in materia cambiaria al Congresso di Anversa del 1885*, Turín, 1886, p. V y ss.

la crisis financiera y buscar la forma de remediarla, fue convocada en Bruselas por la Sociedad de Naciones en 1920, quien llamó la atención de dicho organismo internacional sobre la conveniencia de realizar la unidad de las distintas legislaciones sobre la letra de cambio. El Comité Económico de la Sociedad de Naciones dirigió un cuestionario a los gobiernos miembros de la Sociedad; y con las numerosas respuestas encargó a una Comisión de cuatro especialistas que expusieran los resultados de la encuestas. Pero en el reporte de los expertos se juzgó que por el momento, a pesar de la opinión de los juristas y de los comerciantes de diversos países, no era factible adoptar un sistema legislativo unificado.

En 1925 el Congreso de Bruselas de la *Cámara de Comercio Internacional*, y más tarde en el Congreso de Estocolmo (junio de 1927) aprobaba, sin más, por su cuenta el texto de un proyecto de reglamento uniforme sobre la cambial; pues bien, la propia institución expresaba, una vez más, el parecer de que debía alcanzarse la unificación. La cuestión fue reexaminada por el Comité Económico de la Sociedad de Naciones que entre noviembre de 1927 y abril de 1928, en medio de un Comité de expertos, mandó preparar un proyecto de reglamento sobre la cambial y sobre la convención relativa, así como sobre el cheque.

Más tarde, una vez que se comunicaron los proyectos a los gobiernos miembros de la Sociedad, y se recogieron sus observaciones, junto con los de la *Cámara de Comercio Internacional y el Instituto Internacional de Roma para la unificación del derecho privado*, el Consejo de la Sociedad, en el mes de junio de 1928 autorizaba al Secretario General para que convocara la Conferencia. La cual, reunida primeramente en Ginebra el 13 de mayo de 1930, bajo la presidencia del jurista Dr. J. Linburg, miembro del Consejo de Estado holandés, concluía sus trabajos el 7 de junio de 1930, firmando la Convención relativa a la ley uniforme sobre letras de cambio y pagarés, la *Convención destinada a regular algunos conflictos de ley en materia de letras de cambio y de pagarés, y en fin, la Convención relativa al derecho de timbre sobre las cambiales*.⁽⁶²⁾ Dichos instrumentos entraron en vigor en enero de 1934.

(62) Sobre los trabajos de la Cámara de Comercio Internacional, vid. Franssen, *Les perspectives de l'unification du droit de change depuis 1910*, París, 1930, p. 9 y ss. Además, *Comptes rendís de la Conférence internationale pour la unification du droit en matière de leerte de change*, Ginebra, 1930, en el documento C. 360, M. 151, 1930, II de la Sociedad de Naciones.

Al interior de dicha conferencia se nombró un comité de redacción, cuyo presidente fue el Consejero de Estado Giannini. Ella se desarrolló en dos sesiones: en la primera, del 13 de mayo al 7 de junio de 1930, se abordó el tema de la cambial y del pagaré, y en la segunda, del 23 de febrero al 19 de marzo de 1931, el del cheque. En el Anexo I de la LUG se regula, en 78 artículos, la Letra de Cambio y el Pagaré.

En la primera sesión de la Conferencia participaron treinta y uno Estados y treinta y dos, en la segunda;⁽⁶³⁾ además, intervinieron como observadores Estados Unidos de América e Inglaterra, y a título consultivo el Comité Económico de la Sociedad de Naciones, la Cámara de Comercio Internacional y el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.

Era de esperarse que la Ley Uniforme ginebrina adoptara el principio germánico –varias veces reiterado– de la *aceptación escrituraria* de la cambial, al establecer que la simple firma del girado en el anverso del documento era bastante para honrar la letra, esto es, para considerarla aceptada:

Artículo 25. La aceptación debe estar escrita en la letra de cambio. Ha de expresarse con la palabra “aceptado” u otra palabra equivalente; debe ser firmada por el girado. La simple firma del girado puesta en el anverso de la letra vale aceptación.

Cuando la letra es pagadera a cierto tiempo vista o debe presentarse a la aceptación dentro de un término establecido en virtud de una estipulación especial, la aceptación debe ser fechada con el día de la presentación. En ausencia de fecha, el portador, para conservar sus derechos de regreso contra los endosantes y contra el girador debe comprobar la omisión mediante protesto levantado en tiempo hábil.

Artículo 26. La aceptación debe ser pura y simple, pero el librado puede limitar a una parte de la suma.

(63) Esta vez nuestro país no apareció representado, sin embargo, hay que decir claramente que los resultados de sendas conferencias de La Haya como la de Ginebra, y los trabajos italianos para la reforma del código de comercio, influyeron en nuestra vigente *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*.

Cualquiera otra modificación hecha en la aceptación a las enunciaciones de la letra equivale a una negativa de aceptación. Sin embargo, el aceptante queda obligado en los términos de su aceptación.

Artículo 28. Por la aceptación el librado se obliga a pagar la letra de cambio al vencimiento.

En defecto de pago, el portador, aun cuando sea el librador, tiene contra el aceptante una acción cambiaria directa por todo lo que puede ser exigido a tenor de los artículos 48 y 49.⁽⁶⁴⁾

Ciertamente, la Conferencia de Ginebra es muy trascendente, ya que representa el culmen del movimiento unificador cambiario, que amerita detenerse en la figura de la aceptación, y además, devino el modelo que paulatinamente fueron adoptando gran parte de los países, pertenecientes tanto al sistema romanista como al angloamericano. Desafortunadamente, no podemos detenernos para realizar un estudio completo sobre la regulación definitiva que recibió la figura en tan importante Convención. Sólo comentaremos algunos aspectos. En realidad, nuestra percepción es que fueron pocas las innovaciones introducidas en materia de aceptación.

En efecto, se reguló el lugar en que la cambial puede ser presentada para su aceptación (a. 21), también, respecto al derecho del librador de excluir o limitar la presentación, de establecer el término antes del cual no puede acontecer ésta (a. 22), y se ha fijado el término máximo para la presentación de las cambiales a cierto tiempo vista, quedando a salvo el derecho del librador de abreviar o prolongar dicho lapso (a. 23). Además, se estableció que quien presenta la cambial a la aceptación no está obligado a entregarla al girado, el cual, por lo demás, puede solicitar que se le haga otra presentación al día siguiente de la primera (a. 24).

De la *aceptación por intervención* se ocupan los artículos 55, 56, 57, y 58. Se creyó oportuno mantener la intervención del tercero. Se estableció expresamente (a. 56) que el poseedor no puede actuar cambiariamente por falta de aceptación si no ha presentado la letra a la persona indicada y se éstos no han rehusado la aceptación.

(64) En la traducción se tuvo a la vista el original en francés.

D. La Convención de la CNUDMI sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagars Internacionales de 1988

El movimiento unificador del Derecho cambiario no se detiene y a finales S. XX, precisamente en 1988, bajo los auspicios de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional elaboró la *Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio y Pagars Internacionales*.⁽⁶⁵⁾

Esta Convención representa la culminación de más de quince años de trabajo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Por recomendación de la Sexta Comisión (Jurídica), la Convención fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1988.

La Convención contiene un régimen completo y moderno, por el que se podrá optar en las operaciones internacionales, para las letras de

(65) Para mayorea datos acerca del origen internacional de la letra de cambio y sobre las primeras medidas encaminadas a la unificación, véanse *Vis, Unification of International Trade Law (with special reference to negotiable instruments and commercial arbitration)*, en *World Trade and Trade Finance, Proceedings of the Southern Methodist University Institute on International Finance* (Albany, 1985), 6-7, y “Unification of the Law of Negotiable Instruments: The Legislative Process”, *27 Am J Comp L* (1979), 508.

Para una amplia información acerca de la historia de la unificación en esta esfera, incluidos los esfuerzos latinoamericanos, véase: Bergsten, “Proyecto de Convención de UNCITRAL sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagars Internacionales. Su Historia y sus Principales Características”, *Revista FELABAN*, núm. 67 (1988), 23 a 30.

En el mundo del derecho angloamericano, la fuente de unificación fue el derecho inglés, sobre todo la *Bills of Exchange Act* (Ley sobre letras de cambio) de 1882 (BEA). Ella fue el trasunto de las leyes aún en vigor en Estados Miembros del Commonwealth e inspiró la *Uniform Negotiable Instruments Act* (Ley uniforme sobre títulos negociables) de Estados Unidos de América, predecesora del actual Art. 3 del Código de Comercio Uniforme (UCC). Al examinar esta situación, cabría concluir que la labor de la CNUDMI fue “simplemente” conciliar o colmar la laguna entre los dos sistemas principales de derecho sobre títulos negociables: el sistema de Ginebra y el angloamericano. Sin embargo, ese criterio sería excesivamente estrecho por dos razones.

cambio y los pagarés internacionales que satisfagan los requisitos de forma que la Convención establece. El texto de la Convención refleja la intención que se tuvo de apartarse lo menos posible de los dos principales regímenes jurídicos existentes y de mantener, en la medida de lo posible, las reglas en las que coinciden ambos regímenes. En aquellos puntos donde ambos regímenes están en conflicto y ha de optarse por uno de los dos o por una transacción entre los dos, la Convención introduce una serie de soluciones innovadoras. Otro grupo de nuevas reglas son el fruto del esfuerzo realizado por lograr que la Convención responda a las necesidades de la vida comercial moderna y de la práctica bancaria y de los mercados financieros.

a) Antecedentes de la Convención

Esta disposición es el resultado de una acción concertada por establecer un régimen jurídico internacional moderno y autónomo que sea aplicable en todo el mundo.

Desde un principio, la labor emprendida por la CNUDMI en esta esfera consistió en hallar modos de superar las grandes y numerosas disparidades entre los diversos regímenes aplicables a los títulos negociables que existían en el mundo. Los anteriores intentos de unificar el régimen de los títulos negociables sólo habían prosperado en el marco limitado de una región o entre países con una misma tradición jurídica. Ejemplo de ello son los esfuerzos emprendidos en La Haya en 1910 y 1912, y proseguidos en el marco de la Sociedad de Naciones en 1930 y 1931, que culminaron con la adopción de las Leyes Uniformes de Ginebra sobre letras de cambio, pagarés y cheques, que sólo consiguió armonizar el régimen de los títulos negociables de parte de los países de tradición romanística, mientras que en los países con derecho anglosajón, se consiguió una armonización similar a raíz de la adopción por el Reino Unido de la Bills of Exchange Act de 1882, en cuya ley posteriormente se inspiraron la *Negotiable Instruments Law* de los Estados Unidos (sustituida por el artículo 3 del *Uniform Commercial Code*) y las diversas *Bills of Exchange Acts* de los países del Commonwealth. Con todo, pese a estas influencias, existen variaciones considerables en la jurisprudencia y en la práctica comercial incluso entre países con ordenamientos jurídicos de la misma tradición.⁽⁶⁶⁾

(66) La Convención está dividida en nueve capítulos. El capítulo I se refiere al ámbito de aplicación de la Convención y a la forma del título que rige.

Después de varios estudios e intentos se estimó que era factible elaborar una convención internacional caracterizada por ser un norma que (1) cubriera toda la materia relativa a la letra de cambio y al pagaré, con exclusión de los cheques; (2) que regulara de modo exclusivo la letra de cambio internacional y el pagaré internacional, sin afectar las diferentes leyes domésticas; (3) que fuera optativo para el emisor del título someterlo a la Convención.

Efectivamente, dicho instrumento proporciona nuevos títulovalor internacionales (los títulos negociables con tipos de interés variable; los títulos emitidos o pagaderos en unidades de cuenta) de uso facultativo para las partes en operaciones comerciales internacionales, así como un conjunto comprensivo de normas que rigen esos documentos negociables. Tiene por objeto eliminar las principales disparidades e incertidumbres que actualmente existen en relación con los títulosvalor utilizados en los pagos internacionales. La Convención será aplicable cuando las partes utilicen una forma especial de instrumento negociable expresando que éste quedará sometido a la Convención de la CNUDMI. La Convención fue aprobada y abierta a la firma por la Asamblea General en su cuadragésimo tercer período de sesiones, celebrado en diciembre de 1988. Son necesarias diez ratificaciones o adhesiones para que la Convención entre en vigor. México la aprobó el 14 de julio de 1992, la adhesión y ratificación fue el 11 de septiembre de 1992 y la promulgó el 27 de enero de 1993 (DOF). A pesar de ello, esta Convención es muy poco conocida y hasta donde hemos podido informarnos aún no se cumplen las diez adhesiones.

El capítulo II contiene definiciones y otras disposiciones generales, como reglas para la interpretación de diversos requisitos formales. El capítulo III regula las cuestiones relativas a la transferencia de un título. El capítulo IV se refiere a los derechos y obligaciones de los firmantes y de los tenedores de un título. El capítulo V trata sobre cuestiones relativas a la presentación y la falta de aceptación o de pago, de un título y sobre las condiciones que deben cumplirse para que los firmantes puedan ejercer la acción de regreso. El capítulo VI se refiere a la liberación de las obligaciones fundadas en el título. Los capítulos VII y VIII regulan lo relativo a la pérdida de títulos y a la prescripción de las acciones. por último, el capítulo IX contiene las disposiciones finales (Apdo. 3). *Cfr.* Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales, pfs. 1, 2, 4, 6.

Respecto al estilo de la Convención, es oportuno citar a un representante del sistema angloamericano, para quien “el estilo se inspiraba en el adoptado por la mayoría de los países de sistema romanista. El autor prefiere ese estilo de redacción, pues hace mucho más fácil que los banqueros y comerciantes comprendan la Convención. No obstante, se percata de que algunos delegados de los países de sistema romanista opinan que el estilo de redacción se inclina demasiado hacia el sistema angloamericano”.⁽⁶⁷⁾ A decir verdad, no hubo un propósito deliberado o una decisión consciente de utilizar el estilo de uno de los dos sistemas.

A diferencia de la Ley Uniforme de Ginebra, la Convención sólo prevé títulos *internacionales*, esto es, se aplicará solamente a aquellos documentos que llevan en su encabezamiento o en su texto las palabras “Letra de cambio internacional (Convención de la CNUDMI)” o “Pagaré internacional (Convención de la CNUDMI)”. Ello lo podemos inferir no sólo del rótulo con el que se denomina la Convención sino expresamente de los distintos preceptos (v.gr. a. 4º).

Y con respecto a la *aceptación* encontramos una novedad bastante útil, se refiere a la persona cuya responsabilidad se garantiza, cuando no la indica el garante. Según el a. 46.5, la responsabilidad principal del garante por el aceptante o el librado caracteriza la responsabilidad de todo garante que no ha indicado la persona por la que sale garante. Esta regla difiere de la Ley Uniforme de Ginebra, que (en su a. 31.4) establece la presunción de que la garantía es en favor del librado; esa presunción ofrece el inconveniente de implicar que la responsabilidad del avalista es más limitada que la de algunos otros firmantes, sobre todo el aceptante. Es oportuno señalar que la mejor solución, plasmada en la Convención, ha sido escogida en algunos Estados de sistema romanista no partes en el Convenio de Ginebra.⁽⁶⁸⁾ Otra ventaja de la nueva disposición de la Convención reside en que no se formuló como presunción, sino como una norma jurídica que no admite prueba en contrario. Se quiere evitar la incertidumbre y

(67) Cheng, “UNCITRAL’s Work on the Draft Convention on International Bills of Exchange and International Promissory Notes”, 3 *Malayan Law Journal* (1988) liii, lvi.

(68) Más recientemente, en España (para el caso de letra aceptada), Art. 36.3 de la Ley Cambiaria y del Cheque (19/85) de 16 de julio de 1985, en vigor desde el 1o. de enero de 1986.

divergencia de interpretación suscitada en la jurisprudencia de Estados Partes en el Convenio de Ginebra.⁽⁶⁹⁾

Por lo que atañe al capítulo V de la Convención contiene mucho de familiar, en el fondo, para un conocedor del sistema ginebrino; en todo, tiende a ser más sistemático y completo, según observa el Barrera Graf, particularmente respecto a la reglamentación del protesto.⁽⁷⁰⁾

Referente a la presentación, el a. 50.1 permite al librador establecer en la letra que no se deberá presentar ésta a la aceptación antes de determinada fecha o antes de que ocurra un cierto acontecimiento. Según indica el comentario de los profesores Barak y Vis, esta norma se incorporó tras múltiples indagaciones entre instituciones bancarias y comerciales, según las cuales en ciertos países era práctica normal diferir la presentación hasta la llegada de las mercaderías.⁽⁷¹⁾

La Convención mantiene el requisito del protesto, familiar para quien tiene presente el sistema de Ginebra, como condición de toda responsabilidad accesoria. Para los conocedores del derecho angloamericano, los “requisitos arcanos” del “ritual antiguo del protesto formal”⁽⁷²⁾ se conocen únicamente en relación con letras extranjeras.

Además, la Convención brinda un atenuante en los aa. 60.3 y 61 al otorgar cuatro días para el protesto y una facilidad muy favorablemente recibida que permite reemplazar el protesto formal por una declaración informal en el título hecho por el librado, el aceptante o una persona cuyo domicilio figure en el título. Esta es una facilidad no prevista en la Ley Uniforme de Ginebra, pero que deja entregada a la decisión de cada uno de sus Estados Partes (a. 8 del anexo II del Convenio de Ginebra). Varios artículos son los que se refieren a la aceptación: Obligaciones de los firmantes D. el librado y el aceptante, aa. 41-43; y representación a la aceptación y desatención por falta de aceptación, aa. 49-49.

(69) Roblot, *Les effets de commerce*, París, 1975, pp. 219-220.

(70) “El proyecto de ley o Convención de la CNUDMI sobre letra de cambio y pagaré internacionales y la Convención de Ginebra de 1930”, Revista *FELABAN*, núm 67 (1988), p. 60.

(71) Documento de las Naciones Unidas A/CN9/213 (1983), párr. 2 de las observaciones sobre lo que era entonces el Art. 46.

He aquí algunos de los textos más representativos:

Artículo 40

1. El librado no quedará obligado por la letra hasta que la acepte.
2. El aceptante se compromete a pagar la letra de conformidad con lo estipulado en su aceptación al tenedor o a cualquier firmante que reembolse la letra.

Artículo 41

1. La aceptación constará en la letra y podrá efectuarse:
 - a) Mediante la firma del librado acompañada de la palabra “aceptada” u otra expresión equivalente; o
 - b) Mediante la simple firma del librado.
2. La aceptación podrá hacerse en el anverso o en el reverso de la letra.

Artículo 43

1. La aceptación deberá ser pura y simple. Se considerará que una aceptación no es pura y simple si es condicional o modifica los términos de la letra.
2. Si el librado estipula en la letra que su aceptación no es pura y simple:
 - a) Quedará no obstante obligado con arreglo a los términos de su aceptación;
 - b) La letra quedará desatendida por falta de aceptación.
3. Una aceptación relativa a sólo una parte de la suma pagadera no es una aceptación pura y simple. Si el tenedor admite esa aceptación, la letra quedará desatendida por falta de aceptación solamente respecto de la parte restante.
4. Una aceptación que indique que el pago deberá efectuarse en un domicilio determinado o por un mandatario determinado es una aceptación pura y simple siempre que:
 - a) No se modifique el lugar en que deba efectuarse el pago;
 - b) La letra no se haya librado para ser pagada por otro mandatario.

**LÍMITES Y LIMITACIONES EN LA PROPIEDAD
ANTECEDENTES EN EL DERECHO ROMANO
ACTUALIDAD Y EXTENSIÓN POR INFLUENCIA
DEL DERECHO URBANO**

Dra. Roxana Sánchez Boza^()*

(Recibido 08/11/06; aceptado 25/06/07)

(*) Catedrática de la Universidad de Costa Rica. Profesora de la Cátedra de Derechos Reales, y en Maestría en Derecho Notarial y Derecho Registral, Universidad de Costa Rica, Universidad Latina, Universidad Interamericana. Ponencia presentada al XV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano. Morelia, México, 16, 17, 18 de agosto de 2006.

RESUMEN

El tipo de propiedad que se conoció en el Derecho Romano fue incorporado en nuestros Códigos Civiles, con una estructura que en principio no permitía límites ni limitaciones en su uso y disfrute. La revisión de diversos textos del Derecho Romano indica que en las XII TABLAS se fijaron algunos límites como las relaciones de vecindad. El actual propietario encuentra una serie de limitaciones de orden público y de orden privado, que inciden en su libertad de uso y goce de su propiedad, o bien en su extensión de su poder de disposición. De nuestro interés son las limitaciones de interés público, conocidas como limitaciones administrativas, en conexión con el desarrollo urbano y el surgimiento de deberes, obligaciones y cargas para el propietario, en razón de la calificación de su fundo como urbano, que debe cumplir cuando desea disfrutar del mismo.

Palabras clave: propiedad, límites, fundo urbano.

SINTESI

Il tipo di proprietà conosciuto nel Diritto Romano presente in nostri Codici Civili, ha una struttura, la quale in principio non aveva limiti nel uso ed usufrutto. Lo studio di diversi testi del Diritto Romano permette incontrare nelle XII TABLE, alcuni limiti fissate e conosciuti come i rapporti fra vicini. Per il proprietario attuale ci sono molti limiti di ordine pubblico ed di ordine privato, i quali incidono nella sua libertà di uso e godimento della sua proprietà, o bene, nella sua disposizione. Il nostro interesse è in relazione coi limiti di ordine pubblico, chiamate limitazione amministrative, vincolate col sviluppo delle città ed il sorgimento di doveri, obblighi, onere per il proprietario, secondo se è dentro della tipologia di fundo agrario o urbano.

Parole chiavi: proprietà, limiti, fundo urbano.

SUMARIO

1. Planteamiento del tema
2. Caracteres de la “propiedad” en Roma
3. Algunas restricciones a la propiedad según las XII tablas
Límites y limitaciones
 - 3.1. Limitaciones por causa de vecindad

Bibliografía

1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

En el Derecho Romano fueron pocas las limitaciones legales urbanas, en el tanto que la sociedad era predominante del tipo agrario, de tal modo que su relación con el desarrollo actual lo que nos muestra es un incipiente interés por proteger los derechos de los vecinos. El concepto de límites no fue contemplado en los textos de jurisprudencia romanos, pues únicamente se refieren a las relaciones de vecindad.

La intervención del “Estado” era reducida, en el tanto que la propiedad tenía atributos mejor delineados en relación con su carácter absoluto e ilimitado. Esto último porque los propietarios disfrutaban de su título a partir del reconocimiento de su derecho y el respeto que los denominados –actualmente– terceros le brindaban.

Pocas eran las necesidades que servían de base al nacimiento de las tradicionales limitaciones conocidas en el desarrollo del Derecho Privado Romano.

De ellas nos interesaron básicamente las limitaciones relacionadas con el ejercicio del derecho de propiedad en las zonas urbanas, ya fuera porque existían construcciones cercanas, pertenecientes a diferentes dueños y sobre las cuales refieren los autores consultados, según también las fuentes del Derecho Romano en que éstos se basaron.

Cabe además, apuntar que las limitaciones, en términos generales, se ubicaron más en el campo de las facultades de **uso** y **goce** del derecho de propiedad, que en el aspecto de su **disposición**. Por lo cual son pocos los datos sobre el uso de la institución de la expropiación como instituto relevante del Derecho Romano.

En las referencias que hacen los autores especializados en el Derecho Romano de la Propiedad, no se encuentran justificantes por parte de los juristas o magistrados, como base de la imposición de tales limitaciones de orden legal. Aunque podemos afirmar que el origen y el principal fundamento del nacimiento de tales limitaciones, es sin duda la necesidad, la cual mientras mantuviera su vigencia determinaba una existencia casi perpetua de la limitación.

Muchas de esas limitaciones son incorporadas como normas en el Código Napoleón, pero con una realidad de la propiedad inmersa en un contexto jurídico, social, político y jurídico diferente, pues en el

Derecho Intermedio la propiedad fue cediendo parte de su contenido a través de la creación de un amplio número de derechos reales en cosa ajena, o bien por el aumento de la población en las ciudades que forzó a un incremento en las construcciones.

Cuando el Derecho empieza a dar importancia a las limitaciones legales urbanas de la propiedad, el contenido de este derecho se reduce para dar nacimiento a nuevas limitaciones de orden privado y a limitaciones de orden público, dictadas por los entes públicos que evitan la construcción de moles de cemento o los impedimentos en las calles, aceras, en los parques de niños que restrinjan el disfrute de propiedades privadas colindantes con propiedades con propiedades públicas, como son las calles frente a los fundos privados.

Es con la aceptación del concepto de la función social de la propiedad, como parte del contenido del derecho de propiedad, que se inicia un razonamiento más expreso sobre el límite a la propiedad y se amplía el espectro de los límites más que aquél correspondiente a las limitaciones.

Es en el ámbito del contenido mismo del derecho de propiedad donde se ubican más y más restricciones al derecho del propietario, las cuales se han ido incrementando, conforme nacen más necesidades, sobre todo de tipo urbano.

Y seguimos nuestra exposición ligados al aspecto de la necesidad, porque es un vínculo interesante entre el Derecho Urbano relacionado íntimamente con el Derecho de propiedad desarrollado en las grandes ciudades, y el concepto de necesidad como fundamento de las restricciones de origen privado o público de la propiedad romana. En forma específica al derecho costarricense, es interesante hacer notar que las relaciones de vecindad se mantuvieron sin modificaciones importantes, al menos durante un siglo, en la legislación costarricense, y es partir de los años setenta con la aprobación de la Ley de planificación urbana, que se da un impulso importante respecto de la restricción del contenido del derecho de propiedad, en cuanto a sus facultades de goce.

Es a través de la normativa en Derecho urbano que el contenido del derecho de propiedad amplió su listado de derechos y obligaciones de los propietarios, y se introdujeron importantes cargas **—onere—** como requisito previo al ejercicio de algún tipo de construcción de la propia propiedad.

2. CARACTERES DE LA “PROPIEDAD” EN ROMA

Nos indica García Murillo⁽¹⁾ que la formación del concepto de propietario tiene sus antecedentes a fines de la República o comienzos del periodo augusteo, cuando aparecen los términos *dominium* y *proprietas*. El primero logra mayor favor en la jurisprudencia clásica; el segundo, en la jurisprudencia más tardía (en la época romano-helénica, sobre todo).⁽²⁾

Dominium no designa solamente la propiedad, sino también otras situaciones en las que campea el derecho subjetivo: *dominium obligationis*, *ususfructus*, entre otros. Por otra parte, en *dominium* está implícito *manus*: *paterfamilias appellatur qui in domo dominium habet*.

En términos generales, tradicionalmente la propiedad ha sido el poder de una persona consistente en tener plena libertad de acción con respecto a una cosa, por lo cual, cuando quiera y pueda por todas las otras circunstancias disponer de ella, no se le impide hacerlo por la voluntad contraria de ninguna otra persona... según esa cuasi definición que, advertimos, no encontraremos tan explicitada en la Historia del Derecho Romano, la propiedad puede ser un **poder no jurídico** es tal cosa cuando la plena libertad de acción que la constituye subsiste por otras causas y no por una norma del Estado.

Dice el historiador y romanista Perozzi que cuando una persona tiene la plena libertad de acción con respecto a una cosa, eso llega a ser un poder jurídico que se llama “propiedad” en sentido *antonomástico* (“*dominium proprietas*”), porque mientras el Estado impone

(1) Murillo García, Guillermo. *Ideas y desarrollo de la propiedad agraria en la historia y el derecho romano, con especial referencia a la labor de los Gracos*. Tesis presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, para optar por el grado de licenciado en Derecho, San José, Costa Rica, 1979, p. 42.

(2) En palabras de GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús. *Derecho privado romano*, I. Instituciones. 3a. ed. Ed. Dykinson, Madrid, 1985, p. 175 “...El término *dominium* aparece en la jurisprudencia a finales de la República; se refiere al poder o facultad del propietario como *dominios* o señor de las cosas.” *Proprietas*, que fue el término que prevaleció en las lenguas románicas, fue la jurisprudencia para designar la *nuda proprietas* o propiedad sin el usufructo”.

a todos los otros abstenerse de la cosa en todo sentido, excluye del goce y disposición al propietario en ningún sentido”.⁽³⁾

Así pues, la obligación jurídica para que otro se abstenga constituye *el lado negativo* de la propiedad; la plena libertad jurídica de acción constituye el *lado positivo*.

La existencia de un poder es juzgada en la doctrina jurídica, constantemente, por la verificación de las condiciones creadas por el derecho, necesarias y suficientes, para atribuirlo. De allí que si se han verificado las condiciones a favor de alguno, a quien el Estado añade la atribución del dominio, aquel individuo es propietario, incluso si por disposición de la ley o mediante un acto privado se encuentre concretamente privado de ciertas facultades con respecto a la cosa. Estas privaciones precisamente no pueden ser concebidas más que como límites del dominio. Ellas no constituyen en verdad un freno ya que cuando terminan, el propietario se encontrará investido de una plena libertad de la acción, sin necesidad de un acto que le de el tanto de libertad que le había sido privado. Esto es lo que los doctrinarios modernos llaman “elasticidad del dominio” o “elasticidad de la propiedad”.⁽⁴⁾

A pesar de que no hay definición clásica de la “*proprietas*” (propiedad) por parte de los más connotados jurisconsultos romanos, recordemos algunos caracteres de la propiedad, de acuerdo con la **función política** del señorío sobre el predio como una forma de perfilarla la propiedad individual.

- 1.- El predio o fundo romano tiene confines santos, como los muros de la ciudad. Tal limitación se refiere a los confines señalados mediante el ceremonial solemne y sagrado de la “*limitatio*.”
- 2.- La propiedad es, en principio, **ilimitada**, en el sentido de ser absoluta y exclusiva. Esta sometida al propietario bajo todos los aspectos: no admite pues, influencia alguna del exterior. A propósito de esto último, hay que advertir que en el primitivo DERECHO ROMANO no había servidumbres legales.⁽⁵⁾

(3) Citado por García Murillo, *op. cit.*

(4) Así, Arias Ramos J. *Derecho Romano*, T. I, Ed. Revista de Derecho Romano, Madrid, 224, y Pzz 383.

(5) En este sentido vemos que apareció el *iter limitare* (o *confinium*): l faja de terreno o espacio de 5 pies de ancho que quedaba entre dos fundos

- 3.- La propiedad tenía todo lo que está en el fundo o que se incorporaba a él (v.g. plantas, semillas, aluviones, pertenecía al propietario del mismo; éste ha sido el conocidísimo, antes y ahora, **principio de la accesión** (de la cual consideraremos la “*satio*” e “*implantatio*”).
4. La propiedad era *immune*, en principio libre de cualquier impuesto o carga fiscal. Es muy importante dilucidar esta original concepción de los romanos ya que el impuesto (*tributum*, *diferenciado de vectigal* y de *stipendium*).
5. Era **perpetua**, porque no se podía constituir un derecho de propiedad por un tiempo limitado (“*ad tempus*”).

Dice Iglesias,⁽⁶⁾ finalmente, que “la **verdadera propiedad individual** se afirma en la época clásica, cuando ya se ha quebrado la unidad compacta del grupo familiar. El *mancipium* se escinde en *dominium*, *iura in re* y potestad sobre las personas. Sobrevalorado el **concepto económico de res**, se desarrolla una propiedad de contenido patrimonial.⁽⁷⁾

contiguos tras la ceremonia de la *limitatio* que estaba sustraída de la esfera de propiedad privada; por lo que tanto, no podía ser usucapida. Relacionamos ese espacio con el *ambitus* en los predios urbanos. Encontramos su definición en: Cabanellas Guillermo, Diccionario de Derecho Usual, T. I, 8 ed., Ed. Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1974, p. 167 VOZ AMBITUS, indica el autor “En las XII Tablas, el espacio que debía dejarse entre dos edificios, que solía ser de 75 centímetros. Posteriormente, al difundirse las servidumbres o el condominio de la medianería, tal “*ambitus*” perdió su importancia”.

- (6) Citado por García Murillo, Guillermo, *op. cit.*, p. 45.
- (7) Pugliatti, Salvatore. *La proprietà nel nuovo diritto*. Ristampa, Ed. Giuffré, Milano, 1964. Respecto del comportamiento de la propiedad romana nos da una visión del desarrollo inmutable de la propiedad romana durante muchos siglos frente al avance de la *possessio* romana. Sin embargo, la influencia del Derecho germánico incidió en la propiedad territorial, al punto de convertirla en la edad media, en un instituto con estructuras convenientes a los tiempos nuevos y la nuevas exigencias, indica con sus palabras:
p. 234 “E proprio peri l fatto che il godimento Della terra era, presso i Romani, disciplinato nei modi che si sono accennati, fu possibile, nell’età di mezzo, quell’amalgama tra diritto romano e diritto germanico in

3. **ALGUNAS RESTRICCIONES A LA PROPIEDAD SEGÚN LAS XII TABLAS. LÍMITES Y LIMITACIONES**⁽⁸⁾

Desvanecida la propiedad colectiva de la gens, el propietario investido de las facultades fue teniendo cada vez más –dicho sea casi sólo a título de suposición– un poder absoluto, con derecho a hacer con su propiedad, lo que mejor creyera. Pero, a partir de alguna fecha no determinada por la historia se fueron, poco a poco, imponiendo ciertas restricciones, algunas de las cuales la época histórica nos habla muy claramente.

Así por ejemplo, la ley de las **XII TABLAS** (desde los años 451-450 a. C.) prohibía al propietario cultivar los fundos o edificar hasta la línea divisoria (“**finis**”) de los fundos vecinos; se debía dejar un libre espacio de dos pies y medio (pie a 30 cms). Por tal razón, una franja de tierra de cinco pies separaba los fundos rústicos (“**iter limitare**”).

Por otra parte, el dueño de un predio debía de abstenerse de hacer cualquier clase de trabajo que pudiera cambiar el curso de las aguas de lluvia (“pluvial”), es decir, los que pudieran dañar los fundos superiores e inferiores. Justamente la Ley de las XII otorgaba el vecino amenazado del perjuicio una acción (*la “aquae pluvial arcendae”*).⁽⁹⁾

Se introducen los conceptos de límites y limitaciones al derecho de propiedad, como la división que apunta Licda. María Julia Rodríguez Saif, en cuanto al esos conceptos, en el ámbito urbano.⁽¹⁰⁾ El propietario estaba sujeto a ciertas y determinadas restricciones. Algunas de estas restricciones se especificaron por razón de la moralidad, estética o del

rapporto alla proprietà terriera, che diede all'istituto le strutture convenienti ai tempi nuovi e alle nuove esigenze, e le cui linee si possono ancora riscontrare nel diritto vigente, anzi di tanto in tanto si rendono più manifestamente visibili.”

(8) Confrontar a Petit Eugéne, en *Tratado elemental de Derecho Romano*. Ed. Nacional S.A., México, 1958, p. 230 y siguientes.

(9) Acción para solicitar del propietario del fundo colindante la demolición de las obras realizadas en dicho fundo y que han alterado, en perjuicio del fundo dominante, el curso normal de las aguas.

(10) En documento tomado de Internet denominado *Las relaciones de vecindad en el Derecho Histórico*.

interés público; otras por vecindad y finalmente, por la copropiedad, el condominio o la propiedad múltiple.

En forma genérica se encontraban las siguientes restricciones al contenido de propiedad:

1. Limitaciones legales a la **facultas aedificandi**.
 - a) Limitaciones sobre alturas y distancias de las edificaciones.
 - b) Limitaciones sobre luces y vistas.
2. Limitaciones de orden público, como la prohibición de demoler sin permiso oficial los edificios urbanos, y, sobre todo en Constantinopla, en época tardía, el deber de mantener y construir en determinada forma urbanística.

En relación con las limitaciones que vemos en esta última parte, es interesante encontrar su vigencia y la ampliación en cuanto a la extensión de las limitaciones en los planes reguladores y su reenvío a sus otros instrumentos complementarios, con son Reglamentos de construcción, el Mapa Oficial, entre otros que determinan las cargas que debe cumplir un propietario para obtener el permiso de construcción, si fuere a construir en su propiedad.

En los reglamentos de construcciones, de propaganda y otros, se establecen limitaciones legales a la **facultas aedificanti** así como la altura de los edificios, de conformidad ahora con el Código Sísmico, o bien la exigencia de cumplir con ciertos requisitos para hacer una construcción como es la obligación de dejar un o dos metros cuadrados para zona verde o juegos de niños. Y que de acuerdo con el destino de la construcción, podría perderse la franja de juegos porque se traspasa a la municipalidad del lugar o bien, se extravió el dinero.

- En Costa Rica la jurisprudencia se preocupado por definir los alcances de las limitaciones de tipo urbano y en el Voto 3173-93 de la SALA CONSTITUCIONAL expresó:
- *“CONSIDERANDO I: Las limitaciones se refieren al ejercicio efectivo de las libertades públicas, es decir, implican por sí mismas una disminución en la esfera jurídica del sujeto, bajo ciertas condiciones y en determinadas circunstancias. Por esta razón*

constituyen las fronteras del derecho, más allá de las cuáles no se está ante el legítimo ejercicio del mismo. Para que sean válidas las limitaciones a los derechos fundamentales deben estar contenidas en la propia Constitución, o en su defecto, la misma debe autorizar al legislador para imponerlas, en determinadas condiciones”.

3.1. Limitaciones por causa de vecindad⁽¹¹⁾

En el Derecho Romano, las relaciones de vecindad eran vistas y reguladas a través de las servidumbres prediales, las cuales existían en el albo o lista de derechos. Eran conocidas en forma individual por los juristas romanos. Las relaciones de vecindad se presentaron desde la época de las XII Tablas, como excepción testimonial a la creencia de una propiedad sin fronteras.

Se dividieron en las dos grandes categorías de las servidumbres rústicas que gravan sobre los fundos rústicos, y de las servidumbres urbanas que gravan sobre los edificios.⁽¹²⁾

Las servidumbres urbanas, por su parte, se clasificaron en:

Iura stillicidiorum: que comprende las consistentes en el derecho de hacer que entrara el agua pluvial, ya sea directamente o a través de conducciones en el fundo del vecino, llamada *servitus stillicindii*; comprende además la *servitus stillicindii vel fluminis non avertendi*, que es la contraria a la anterior, es decir, a recibir las aguas pluviales en el propio fundo; comprende también la *servitus aquae immittendae*, es decir, el derecho a hacer que entre agua en una conducción del fundo de otro; la *servitus cloacae* o derecho al desagüe de aguas pútridas.⁽¹³⁾

(11) Al respecto indica Albaladejo Manuel, *Derechos Reales*, T. III, Ed. Bosch, Barcelona, 1977, 263, no indica sobre cuáles límites se deben entender. NOCION. En ellas se trata de que el derecho de cada dueño colindante, a obrar de forma absolutamente libre en su propiedad, produciría perturbaciones y molestias, a veces exageradas, al ocupante de la contigua, razón por la que, en beneficio de ambos, se restringe la libertad de cada uno respecto a la suya.

(12) Rodríguez Saif, Ma. Julia. *Ibid.*

(13) García Garrido, *op. cit.*, p. 175.

Iura parietum: Comprende la *servitus tigni immittendi* o derecho a introducir vigas en el muro del vecino; *servitus proeciendi* o derecho a hacer que sobresalgan las construcciones propias (balcones, terrazas, similares, etc.) sobre el fundo de otro; *servitus protegendi* o derecho a proyectar una cubierta protectora sobre el fundo ajeno.

Iura luminum: Abarca la *servitus altius nom tollendi* o derecho a que el vecino no levante las propias construcciones más allá de determinada altura, a la cual corresponde otra inversa (*servitus altius tollendi*); *servitus ne luminibus, ne prospetui officiat* o derecho a que el propietario de un fundo no realice construcciones que disminuyan la luz en el fundo vecino, a la cual corresponde la *servitus officendi luminibus vicini*; la *servitus luminum o luminis immittendi*, o derecho a abrir ventanas en el muro común o en el de otro en beneficio del edificio.

En la ley de las XII Tablas, se estableció un conjunto de normas limitativas, a fin de evitar o impedir los posibles problemas, que podían surgir entre los particulares, propietarios de fundos vecinos. Por esta razón, la propiedad por vecindad, se restringió de acuerdo a las consideraciones siguientes:

- a) El propietario de un fundo debía dejar entre el suyo y del vecino, un espacio libre de dos pies y medio, en caso de edificio y de cinco pies, si se trataba de fundo para cultivo. Mediante la utilización de la *“lactio finium regundorum”*, podían solicitar la determinación de los límites, para facilitar así la circulación de personas y animales.

Actualmente, muchas de estas limitaciones nacidas en el seno del Derecho Romano, permanecen, aunque la necesidad sea de otro tipo. Por ejemplo, por razones de tipo ambiental, se exige el retiro en la construcción, en el caso del Reglamento para el Control Nacional de Fraccionamientos y Urbanizaciones, por medio de las líneas establecidas se busca asegurar el goce del derecho de propiedad siempre y cuando se encuentre dentro de los límites establecidos por la ley, ejemplo: **Derecho de vía**: El ancho total de la carretera, calle, sendero, servidumbre, esto es, la distancia entre líneas de propiedad incluyendo en su caso calzada, fajas verdes y aceras. O bien, la **densidad residencial bruta**: Relación entre el número de familias o de personas de una unidad residencial y la superficie de ésta en hectáreas.

- b) El propietario estaba obligado a aceptar los salientes de la pared del vecino, orientadas hacia su casa o su fundo, siempre que las mismas no excedieran de medio pie.
- c) El propietario podía efectuar obras que desviaran el curso natural de las aguas, podría ser obligado a destruirlas, mediante la utilización que el vecino afectado hacía de la *actio aquae pluvial arcendae*.

Derivado de este límite, aún encontramos normas que dan la protección ofrecida en el aparte c), como es el caso de la Ley de aguas de Costa Rica, en el artículo 98, que establece que cuando el agua acumule en un predio piedras, broza u otros objetos que, dificultando su curso natural, puedan producir embalse con inundaciones, distracción de las aguas u otros daños, los interesados podrán exigir del dueño de predio que remueva el estorbo, o que les permita removerlo. Y se prevé el pago de daños si se hubieren causado.

- d) Al vecino se le permitía cortar las ramas y talar los árboles de otro, si se proyectaban sobre su edificio. Si aquel se oponía, el interesado estaba autorizado el *interdictum de arboribus caedendis*.
- e) Se prohibían aquellas construcciones, que oscurecían las del vecino. Para ello, se podía ejercer la **actio nevi operis**.

Además de las relaciones de vecindad que se encuentran en diferentes códigos civiles originados en la normativa del Código Napoleón, con especial referencia a la medianería, como forma de copropiedad, también, las normas de ley, o bien los reglamentos de afectación de propiedad en condominio, le ofrecen vigencia a los límites nacidos en el Derecho Romano, relacionados con aspectos de fachadas o construcciones armónicas, protección al ambiente dentro de los edificios, asegurando que la distancia entre estos permita el ingreso de luz y aire, o bien el necesario retiro de la calle pública para iniciar la construcción, con el fin de ofrecer una mejor calidad de vida.

En suma, consideramos que una búsqueda de las normas que aún están vigentes como derivación del desarrollo de la sociedad romana, y sus influencia en la Edad Media, es una labor que extendería en demasía esta presentación, pero si llamamos la

atención en cuanto a **necesidad** cubierta por los límites establecidos en el Derecho Romano, como fuente de nuestro derecho actual y las **necesidades actuales** que llevan al Estado a tomar medidas para establecer en las leyes y ordenanzas, las disposiciones pertinentes para satisfacerlas.

BIBLIOGRAFÍA

- Albaladejo Manuel. *Derechos Reales*. T. III, Ed. Bosch, Barcelona, 1977.
- Arias Ramos J. *Derecho Romano*. T. I, Ed. Revista de Derecho Romano, Madrid.
- Cabanellas Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual*, T. I, 8 ed., Ed. Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1974, p. 167, Voz Ambitus.
- García Garrido, Manuel Jesús. *Derecho privado romano*, I. Instituciones. 3 ed. Ed. Dykinson, Madrid, 1985.
- Murillo García, Guillermo. *Ideas y desarrollo de la propiedad agraria en la historia y el derecho romano, con especial referencia a la labor de los Gracos*. Tesis presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, para optar por el grado de licenciado en Derecho, San José, Costa Rica, 1979.
- Petit Eugéne, en *Tratado elemental de Derecho Romano*, Ed. Nacional S.A., México, 1958.
- Pugliatti, Salvatore, en *La proprietà nel nuovo diritto*, Ristampa, Ed. Giuffré, Milano, 1964.
- Rodríguez Saif, María Julia. Documento tomado de Internet denominado *Las relaciones de vecindad en el Derecho Histórico*. 2006.
- Código Civil de Costa Rica.
Ley de Planificación Urbana, Asamblea Legislativa 1983.

EL AGUA COMO BIEN ECONÓMICO^(*)

*Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez^(**)*

Director Instituto de Investigaciones Jurídicas
Profesor de Derecho Económico Internacional
Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica

(Recibido 04/12/06; aceptado 25/06/07)

(*) Tercer Congreso Nacional de Economía, Desarrollo y Medio Ambiente. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (BUAP) Colegio Nacional de Economistas. Facultad de Economía de la BUAP. Colegio de Economistas del Estado de Puebla. Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales del Gobierno del Estado de Puebla. Mayo del 2007.

(**) e-mail: jorgerp10@mail.com; jorger@hotmail.com.
Telfax (506) 250-1160; (506) 259-4844
Apartado postal 1264 Y Griega 1011, San José Costa Rica

RESUMEN

La salud y el bienestar humanos, la seguridad alimentaria, el desarrollo industrial y los ecosistemas de que dependen se hallan todos en peligro, a no ser que la gestión de los recursos hídricos y el manejo de los suelos se efectúen en el presente decenio y aún más adelante de forma más eficaz que hasta ahora (Declaración de Dublin, Introducción, 1992).

Palabras clave: derecho ambiental, agua, ambiente, recursos naturales, desarrollo sustentable.

ABSTRACT

Human health and well-being, food security, industrial development, and the ecosystems on which they rely, are all at risk, unless water and land resources are managed more effectively during this decade and beyond than they have been in the past (The Dublin Statement, Introduction, 1992).

Key words: Environmental Law, water, environment, natural resources, sustainable development.

SUMARIO

Introducción

- 1) El agua como derecho humano
- 2) El agua como servicio público
- 3) El agua como bien económico
- 4) Conclusión
- 5) Glosario
- 6) Bibliografía

INTRODUCCIÓN

El umbral de la contaminación irreversible del agua, aire y la tierra no es tan inminente en su contexto regional como lo son los problemas de los recursos de agua y tierra asociados con la rápida deforestación, degradación de tierras y destrucción de cuencas hidrográficas.

Dr. Rafael González Ballar, 2003, p. 73

El agua tiene una importancia clave en el mundo actual y futuro.

La humanidad depende del agua para sobrevivir, lo cual es un hecho obvio.

En esta ponencia se hará un triple enfoque de los muchos posibles:

- a) El agua como derecho humano
- b) El agua como servicio público
- c) El agua como bien económico

En los tiempos actuales en los cuales predomina la ideología neoliberal, que la de prioridad al mercado, a la economía por encima del ser humano y de la sociedad, se hace necesario enfatizar que la economía debe estar al servicio de la persona.

Algunas cifras nos muestran la gigantesca importancia del agua:

Mil cuatrocientos millones de seres humanos no tienen acceso directo al agua y otros

Mil millones solo pueden obtener agua de muy mala calidad, insalubre, cuyo consumo mata cada día a treinta mil personas.

El 97.5% del agua disponible en el planeta es salada y el 2.5% restante está en proceso de pérdida de calidad y cantidad debido al consumo excesivo.

El 70% del agua dulce disponible es utilizado para el riego agrícola, el 10% sirve a la industria y los usos municipales o domésticos; el resto para producir electricidad, navegar y el entretenimiento.

En América Latina, 70 millones de personas vive sin acceso al agua potable (De la Fuente, 2005, pp. 7 y 8).

En los países desarrollados una persona consume al día de 500 a 800 litros de agua (300 metros cúbicos).

En los países subdesarrollados una persona consume al día de 60 a 150 litros de agua (20 metros cúbicos) (*Agua en cifras*: Comisión Nacional del Agua, 2005, UNAM, revista Ciencia y Desarrollo, 2006, p. 48).

Mil doscientos millones de personas viven con menos de un dólar al día.

La mitad de la población del mundo (tres mil millones de personas) viven con menos de dos dólares diarios.

Pero, en subsidios en el mundo desarrollado, el dueño de una vaca recibe dos dólares y medio al día.

Bien se ha declarado que la escasez y el uso abusivo del agua dulce plantea una creciente y seria amenaza para el desarrollo sostenible y la protección del medio ambiente.

La salud y el bienestar humanos, la seguridad alimentaria, el desarrollo industrial y los ecosistemas de que dependen se hallan todos en peligro, a no ser que la gestión de los recursos hídricos y el manejo de los suelos se efectúen en el presente decenio y aún más adelante de forma más eficaz que hasta ahora (Declaración de Dublín de 1992, Introducción).

Sin duda se debe luchar en los hechos porque se reconozca, nacional e internacionalmente, que el agua es patrimonio común de la Humanidad, porque en ello va la vida de todos los seres vivos del planeta.

1) EL AGUA COMO DERECHO HUMANO

Se declaró en la *Carta de Montreal* de 1990, que siendo el acceso al agua una condición de sobrevivencia, se afirma que toda persona tiene derecho al agua en cantidad suficiente para poder responder a sus necesidades vitales.

El *derecho al agua* y a su saneamiento es inseparable de los otros derechos de la persona.

Hay que asegurar que la gestión y el aprovisionamiento del agua sean realizados de manera justa y eficaz, por medio de sistemas perdurables que fortalezcan la autonomía de los pueblos afectados.

El acceso al agua para todos exige esfuerzos para preservar cualitativa y cuantitativamente este recurso vital de nuestro planeta. Este esfuerzo a realizar concierne a todos los países sin excepción, a todos los medios, a todos los sectores, desde la agricultura hasta la industria, y a todos los niveles, desde la utilización personal y comunitaria hasta la administración nacional e internacional.

El no respeto del derecho al agua para todos es, hoy en día, la manifestación de las desigualdades en la repartición del poder social y económico, independientemente de las diferencias geográficas, y exige de todos una solidaridad internacional constante para poder hacer respetar este derecho esencial.

Por lo tanto, insistimos en afirmar la necesidad:

- De reconocer que el acceso al agua para todos está amenazado por los modelos de desarrollo que malgastan y contaminan los limitados recursos del planeta. Por lo tanto, se exige una reforma en los modos vigentes del desarrollo económico;
- De apoyar las reivindicaciones de los pueblos frente al Estado, favoreciendo la creación y el apoyo de las organizaciones democráticas, tanto en las zonas rurales como urbanas, sobre todo en los suburbios y villas miseria, donde las necesidades esenciales son cruelmente olvidadas;
- De denunciar y oponerse al control del acceso al agua y a su saneamiento, como medio de presión sobre los pueblos víctimas de guerra o de ocupación militar;
- De establecer asociaciones permanentes que reúnan las ONG de desarrollo, tanto del Sur como del Norte, así como asociaciones de protección del medio ambiente y de defensa de los derechos de la persona que tengan como objetivo el suscitar una conciencia mundial sobre el problema del agua, de vigilar sobre la

distribución y el aumento justo de los fondos destinados a este sector y de presionar los responsables para obtener la calidad y la justa distribución del acceso al agua y a su saneamiento.

El fracaso evidente de los modelos de desarrollo que se han aplicado, es debido, en gran parte, al hecho de haber excluido de las orientaciones y de las decisiones importantes del proceso de desarrollo a las poblaciones, y particularmente a las mujeres.

A partir de la afirmación que el *derecho al agua* es inseparable de los demás derechos de la persona que están relacionados con un desarrollo global, es necesario:

- Considerar el derecho al agua y a su saneamiento como un derecho esencial en torno al cual se puede articular un programa de desarrollo integral, incluyendo las actividades en salud, en la utilización de la basura, en la preservación de medio ambiente, en la educación y en la actividades económicas;
- Prever actividades específicas de conservación del agua potable y asegurar, al mismo tiempo, su distribución en cantidad suficiente al mayor número posible de personas;
- Privilegiar, en todo proyecto, la utilización de los recursos locales existentes: maestría, trabajo, equipos, tecnologías, etc., con el fin de colaborar al mismo tiempo al desarrollo económico de la región, como elemento necesario a un desarrollo global y sostenible.

Ya la ***Declaración de Dublín*** de 1992, estableció en algunos de sus principios lo siguiente:

Principio No. 1. El agua dulce es un recurso finito y vulnerable, esencial para sostener la vida, el desarrollo y el medio ambiente.

Dado que el agua es indispensable para la vida, la gestión eficaz de los recursos hídricos requiere un enfoque integrado que concilie el desarrollo económico y social y la protección de los ecosistemas naturales. La gestión eficaz establece una relación entre el uso del suelo y el aprovechamiento del agua en la totalidad de una cuenca hidrológica o un acuífero.

Principio No. 2. El aprovechamiento y la gestión del agua debe inspirarse en un planteamiento basado en la participación de los

usuarios, los planificadores y los responsables de las decisiones a todos los niveles.

El planteamiento basado en la participación implica que los responsables de las políticas y el público en general cobren mayor conciencia de la importancia del agua. Este planteamiento entraña que las decisiones habrían de adoptarse al nivel más elemental apropiado, con la realización de consultas públicas y la participación de los usuarios en la planificación y ejecución de los proyectos sobre el agua.

En la **Cumbre de Johannesburgo** en el 2002, en la Declaración del milenio, se concluyeron algunos aspectos importantes:

- Llevar el agua a esa proporción de seres humanos en el planeta que no tiene acceso a la misma y con un mínimo de calidad y sanidad.
- Combatir la pobreza.
- Sin agua no hay equilibrio de los ecosistemas, ni energía, ni agricultura ni biodiversidad.
- Las personas, tienen derecho al agua con un acceso en términos de cantidad pero sobretodo de calidad. Por otro lado el poder de obtenerla para los seres humanos debe ser económicamente accesible (González Ballar, 2003, pp. 1 y 2).

En noviembre del 2002 el **Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas**, reconoció el derecho al agua como un derecho humano, fundamental e inalienable.

Precisamente la Declaración final del **II Foro alternativo mundial del agua**, reunido en Ginebra, Suiza, el 19 de marzo de 2005, (www.fame2005.org), afirmó el estatuto del agua, como bien común; el derecho al agua como derecho humano, el financiamiento colectivo del acceso al agua y la gestión democrática del agua en todos los niveles.

Asimismo, estableció ese foro, que el agua ha de proibirse de la esfera comercial y las normas mercantiles, esto es: de los acuerdos comerciales y de las instituciones financieras internacionales.

Jurisprudencia constitucional

Ejemplos de algunas sentencias de la Sala Constitucional

Voto 6362 de 1996

Considerando I: *Este servicio público se relaciona con un derecho fundamental, como en este caso, ya que se trata de abastecimiento de agua potable. La Administración Pública está obligada a brindar al particular este servicio.*

Voto 2728-91

Considerando I: *Se han violado los derechos fundamentales de los habitantes del cantón de San Rafael de Heredia en torno a la salud y a la vida, al ser irregular el suministro de agua y al alto grado de contaminación.*

En esta perspectiva del acceso al agua como un derecho humano, constitucional y fundamental de los personas, se tiene que tener muy claro que este recurso es limitado y escaso.

Constitución Política, 1949 vigente.

Artículo 21: *La vida humana es inviolable.*

Artículo 50: *El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.*

Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado.

El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes.

Con base en el párrafo segundo de este numeral 50, las personas puede acudir a la Sala Constitucional, en defensa de la Carta Magna y de los derechos fundamentales (como el del agua), para hacer valer este derecho a la vida; y, a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. El acceso a este alto tribunal constitucional, se realiza como si se tratara de una acción popular.

Voto 1700-93

Cuando se trata del Derecho Ambiental, la legitimación corresponde al ser humano como tal, pues la lesión al derecho de conservación de los recursos naturales la sufre tanto la comunidad como el individuo en particular (Salazar, 2004, p. 134).

2) EL AGUA COMO SERVICIO PÚBLICO

Los servicios públicos que se han reconocido más tradicionalmente como tales han sido, entre otros: gas, electricidad, educación, salud.

Un *servicio público* es una actividad de interés general o de la comunidad que bien puede ser asumida por la Administración Pública o los particulares, bajo la regulación del derecho administrativo (ejemplo: el transporte público de personas en bus o en taxi).

Los principios que orientan los servicios públicos son:

- Continuidad: su permanencia
- Igualdad: se prestan sin discriminación alguna
- Adaptación: la realidad debe guiar su efectiva prestación
- Precio: razonable en función del bien público que debe cumplir (se suele llamar tasa a este pago).

(Romero-Pérez, 2002, pp. 95,96; Van Lang et al, 1999, p. 261; Esplugas, 1998, pp. 133,134; Chevallier, 1987, pp. 115-116).

En el caso del servicio público de la prestación de agua potable a la comunidad, dada su gran importancia para la vida de las personas, el desarrollo sustentable y sostenible y el medio ambiente, sin duda que se trata de un servicio que debe estar a cargo del Estado; siendo su privatización o prestación a cargo y por cuenta de empresarios particulares, un enorme riesgo y potencial daño para la sociedad, ya que el empresario tiene como guía el beneficio económico; y al Estado se le asigna, al menos teóricamente, la responsabilidad del bien común o el interés general, en el marco del la sociedad democrática y del Estado social de derecho.

La Procuraduría General de la República ha expresado que el servicio de agua potable es un servicio público y que como tal se trata

de una actividad de interés general, dirigida a la satisfacción de necesidades colectivas y asumida por el poder público (oficio C-373-2003 de 26 de noviembre del 2003).

En nuestro país algunas de las normas jurídicas que regulan el agua, son las siguientes:

a) Ley de aguas No. 276 del 27 de agosto de 1942 y sus reformas.

Artículo 1.-

Son aguas del dominio público:

I.- Las de los mares territoriales en la extensión y términos que fija el derecho internacional;

II.- Las de las lagunas y esteros de las playas que se comuniquen permanentemente o intermitentemente con el mar;

III.- Las de los lagos interiores de formación natural que estén ligados directamente a corrientes constantes;

IV.- Las de los ríos y sus afluentes directos o indirectos, arroyos o manantiales desde el punto en que broten las primeras aguas permanentes hasta su desembocadura en el mar o lagos, lagunas o esteros;

V.- Las de las corrientes constantes o intermitentes cuyo cauce, en toda su extensión o parte de ella, sirva de límite al territorio nacional, debiendo sujetarse el dominio de esas corrientes a lo que se haya establecido en tratados internacionales celebrados con los países limítrofes y, a falta de ellos, o en cuanto a lo no previsto, a lo dispuesto por esta ley.

VI.- Las de toda corriente que directa o indirectamente afluyan a las enumeradas en la fracción V;

VII.- Las que se extraigan de las minas, con la limitación señalada en el artículo 10;

VIII.- Las de los manantiales que broten en las playas, zonas marítimas, cauces, vasos o riberas de propiedad nacional y, en general, todas las que nazcan en terrenos de dominio público;

IX.- Las subterráneas cuyo alumbramiento no se haga por medio de pozos;

X.- Las aguas pluviales que discurran por barrancos o ramblas cuyos cauces sean de dominio público.

Nota: De conformidad con lo que establece el artículo 50 de la Ley Orgánica del Ambiente No. 7554 y el artículo 4 del Código de Minería entiéndase que todas las aguas son de dominio público.

Artículo 2.-

Las aguas enumeradas en el artículo anterior son de propiedad nacional y el dominio sobre ellas no se pierde ni se ha perdido cuando por ejecución de obras artificiales o de aprovechamientos anteriores se alteren o hayan alterado las características naturales.

Exceptúanse las aguas que se aprovechan en virtud de contratos otorgados por el Estado, las cuales se sujetarán a las condiciones autorizadas en la respectiva concesión.

Artículo 3.-

Son igualmente de propiedad nacional:

I.- Las playas y zonas marítimas;

II.- Los vasos de los lagos, lagunas y esteros de propiedad nacional;

III.- Los cauces de las corrientes de dominio público;

IV.- Los terrenos ganados al mar por causas naturales o por obras artificiales;

V.- Los terrenos ganados a las corrientes, lagos, lagunas o esteros, por obras ejecutadas con autorización del Estado; y

VI.- Las islas que se forman en los mares territoriales, en los vasos de los lagos, lagunas o esteros o en cauces de las corrientes de propiedad nacional, siempre que éstas no procedan de una bifurcación del río en terrenos de propiedad particular.

b) Ley de agua potable No. 1634 del 18 de setiembre de 1953 y sus reformas

Artículo 1.-

Se declaran de utilidad pública el planeamiento, proyección y ejecución de las obras de abastecimiento de agua potable en las poblaciones de la República.

Artículo 2.-

Son del dominio público todas aquellas tierras que tanto el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados como el Ministerio de Salubridad Pública, considere indispensables para construir o para situar cualquiera parte o partes de los sistemas de abastecimiento de aguas potables, así como para asegurar la protección sanitaria y física, y caudal necesario de las mismas. Corresponde al A y A conocer de las solicitudes formuladas para construcción, ampliación y modificación de los sistemas de agua potable y recomendar al Ministerio de Obras Públicas y Transportes la construcción, ampliación o modificación de aquellas de mayor necesidad, previo estudio de índices de mortalidad, parasitismo y otros.

Nota: De conformidad con lo que establece el artículo 2, inciso f) y h) de la Ley No. 2726 de 14 de abril de 1961 se sustituyen expresamente las palabras "Municipalidad, Ministerio de Salubridad Pública o MOPT" por "A y A" en el texto del presente artículo.

Artículo 3.-

Corresponde al Ministerio de Salubridad Pública y al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados seleccionar y localizar las aguas destinadas al servicio de cañería, tipo de tratamiento de las mismas y tipo de sistema de agua potable a construir. Tendrá además la responsabilidad por las recomendaciones que se deban impartir desde el punto de vista sanitario comprendiendo el diseño, construcción, operación y mantenimiento de los sistemas de agua potable.

Nota: De conformidad con lo que establece el artículo 2, inciso f) y h) de la Ley No. 2726 de 14 de abril de 1961 se sustituyen expresamente las palabras "Municipalidad, Ministerio de Salubridad Pública o MOPT" por "A y A" en el texto del presente artículo.

Artículo 4.-

Corresponde al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, por medio del Departamento de Obras Hidráulicas, la construcción de los nuevos sistemas de agua potables, así como realizar las reparaciones y extensiones que fuere necesario hacer en la ya existentes, siempre y cuando las respectivas Municipalidades no estén técnica y administrativamente capacitadas para efectuar tales trabajos por sí mismas. El A y A llevará a cabo estos trabajos acatando las indicaciones de carácter sanitario que indique el Ministerio de Salubridad Pública, según el artículo 3º.

Nota: De conformidad con lo que establece el artículo 2, inciso f) y h) de la Ley No. 2726 de 14 de abril de 1961 se sustituyen expresamente las palabras "Municipalidad, Ministerio de Salubridad Pública o MOPT" por "A y A" en el texto del presente artículo.

c) Ley constitutiva del Instituto de Acueductos y Alcantarillado No. 2726 del 14 de abril de 1961

Artículo 1.- ()*

Con el objeto de dirigir, fijar políticas, establecer y aplicar normas, realizar y promover el planeamiento, financiamiento y desarrollo y de resolver todo lo relacionado con el suministro de agua potable y recolección y evacuación de aguas negras y residuos industriales líquidos, lo mismo que el aspecto normativo de los sistemas de alcantarillado pluvial en áreas urbanas, para todo el territorio nacional se crea el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, como institución autónoma del Estado.

(*) El presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 5915 de 12 de julio de 1976.

Artículo 2.-

Corresponde al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados:

a) Dirigir y vigilar todo lo concerniente para proveer a los habitantes de la república de un servicio de agua potable, recolección y evacuación de aguas negras y residuos industriales líquidos y de aguas pluviales en las áreas urbanas;

b) Determinar la prioridad, conveniencia y viabilidad de los diferentes proyectos que se propongan para construir, reformar, ampliar, modificar obras de acueductos y alcantarillados; las cuales no se podrán ejecutar sin su aprobación;

c) Promover la conservación de las cuencas hidrográficas y la protección ecológica, así como el control de la contaminación de las aguas;

d) Asesorar a los demás organismos del Estado y coordinar las actividades públicas y privadas en todos los asuntos relativos al establecimiento de acueductos y alcantarillados y control de la contaminación de los recursos de agua, siendo obligatoria, en todo caso, su consulta, e inexcusable el cumplimiento de sus recomendaciones;

e) Elaborar todos los planos de las obras públicas relacionadas con los fines de esta ley, así como aprobar todos los de las obras privadas que se relacionen con los sistemas de acueductos y alcantarillados, según lo determinen los reglamentos respectivos;

f) Aprovechar, utilizar, gobernar o vigilar, según sea el caso, todas las aguas de dominio público indispensables para el debido cumplimiento de las disposiciones de esta ley, en ejercicio de los derechos que el Estado tiene sobre ellas, conforme a la ley número 276 de 27 de agosto de 1942, a cuyo efecto el Instituto se considerará el órgano sustitutivo de las potestades atribuidas en esa ley al Estado, ministerios y municipalidades;

g) *Administrar y operar directamente los sistemas de acueductos y alcantarillados en todo el país, los cuales se irán asumiendo tomando en cuenta*

la conveniencia y disponibilidad de recursos. Los sistemas que actualmente están administrados y operados por las corporaciones municipales podrán seguir a cargo de éstas, mientras suministren un servicio eficiente. (La constitucionalidad del inciso g) presente artículo, ha sido cuestionada mediante acción No. 4344-05, Boletín Judicial No. 106 del 2 de junio del 2005).

Bajo ningún concepto podrá delegar la administración de los sistemas de acueductos y alcantarillado sanitario del Área Metropolitana.

Tampoco podrá delegar la administración de los sistemas sobre los cuales exista responsabilidad financiera y mientras ésta corresponda directamente al Instituto.

Queda facultada la institución para convenir con organismos locales, la administración de tales servicios o administrarlos a través de juntas administradoras de integración mixta entre el Instituto y las respectivas comunidades, siempre que así conviniera para la mejor prestación de los servicios y de acuerdo con los reglamentos respectivos.

Por las mismas razones y con las mismas características, también podrán crearse juntas administradoras regionales que involucren a varias municipalidades;^(*)

h) Hacer cumplir la Ley General de Agua Potable, para cuyo efecto el Instituto se considerará como el organismo sustituto de los ministerios y municipalidades indicados en dicha ley;

i) Construir, ampliar y reformar los sistemas de acueductos y alcantarillados en aquellos casos en que sea necesario y así lo aconseje la mejor satisfacción de las necesidades nacionales; y

j) Controlar la adecuada inversión de todos los recursos que el Estado asigne para obras de acueductos y alcantarillado sanitario.

(*) El presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 5915 de 12 de julio de 1976

Nota: De acuerdo con el Transitorio II de la Ley No. 5915 del 12 de julio de 1976 el nombre fue variado de Servicio Nacional de Acueductos y Alcantarillados a "Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados" puede abreviarse "A y A".

Artículo 3.-

Corresponde al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados elaborar las tasas y tarifas para los servicios públicos a que se refiere esta ley, prestados en el país por empresas públicas o privadas.

Todo proyecto deberá ser presentado al Instituto, el cual podrá modificarlo, unilateralmente, para que se ajuste –jurídica y económicamente– a los principios del servicio al costo y un rédito para desarrollo, que regularán esta materia.

En el caso de acueductos para poblaciones rurales y dispersas, construidos con aportes específicos del Estado, la Junta Directiva del Instituto podrá establecer tarifas especiales, tomando en cuenta los aportes de la comunidad para la construcción, operación y mantenimiento de la obra.

El procedimiento para la aprobación de las tarifas y tasas, se regulará por las siguientes normas:

1) El Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados contará con un término improrrogable de tres meses, para modificar o aceptar los proyectos sometidos a su estudio. Transcurrido este término, el trámite se tendrá por concluido y el proyecto será enviado al Servicio Nacional de Electricidad para su aprobación, cualquiera que sea el estado del expediente.

2) Simultáneamente con el envío del proyecto al Servicio Nacional de Electricidad, el Instituto ordenará la publicación del proyecto en el diario oficial La Gaceta, sometiéndolo a consulta popular en el término de un mes.

3) Las oposiciones de los particulares deberán presentarse en memoriales razonados, directamente ante el Servicio Nacional de Electricidad, dentro del término de la consulta popular.

4) El Servicio Nacional de Electricidad examinará las oposiciones, así como el proyecto presentado, y dictará la resolución de fondo, en el plazo de un mes contado a partir de la fecha en que termine la consulta popular.

5) Las tarifas se tendrán por aprobadas definitivamente, si el Servicio Nacional de Electricidad no dicta el acto final en el plazo indicado.

6) Cuando el Servicio Nacional de Electricidad acoja alguna de las oposiciones de los particulares, que a su juicio sea procedente, dictará una resolución en la que expondrá sus razones, y conferirá traslado al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, por el término de ocho días hábiles, para que éste se pronuncie sobre ella, indicando en su respuesta si la admite como pertinente, o si la rechaza por inadmisibile, total o parcialmente.

7) A partir del recibo de la respuesta del Instituto, el Servicio Nacional de Electricidad contará con un nuevo término de quince días hábiles, para dictar la resolución final. En el caso de que el Instituto haya admitido la oposición, el SNE hará las modificaciones que sean compatibles con lo expresado por aquél en su aceptación.

En caso contrario, dictará la resolución tarifaria aprobando o improbando las tarifas.

8) Las tasas y tarifas deberán publicarse en el diario oficial La Gaceta y entrarán en vigencia a partir del día primero del mes inmediato siguiente, a la fecha en que fueron aprobadas por el Servicio Nacional de Electricidad.⁽⁹⁾

Tratándose de acueductos municipales, las tasas y tarifas por concepto del servicio de agua, serán acordadas por el Concejo, previo estudio jurídico y económico que efectuará el Instituto de Fomento y Asesoría Municipal, en consulta con el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, y las mandará a publicar como proyecto, remitiéndolas para su aprobación al Servicio Nacional de Electricidad, el cual dispondrá de un plazo de treinta días hábiles para aprobarlas o justificar su rechazo.

En caso contrario vencido este plazo, la municipalidad las pondrá en vigencia a partir del mes siguiente a la publicación en el Diario Oficial del aviso correspondiente.^(*)

(*) El inciso 8) del presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 6806 de 26 de agosto de 1982.

(*) El párrafo sexto del presente artículo ha sido adicionado mediante Ley No. 6890 de 14 de setiembre de 1983.

(*) El presente artículo ha sido derogado tácitamente mediante Ley No. 7593 de 9 de agosto de 1996. (Ley de la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos).

Nota: Por Ley No. 7296 "Préstamo BID Suministro de Agua Potable e infra-estructura sanitaria de Limón" se dispuso: "Artículo 3.- Con el objeto de que el A y A pueda proceder a la ampliación de los tanques de almacenamiento del sur de San José,... Asimismo se autoriza a la CCSS y al A y A a permutar los siguientes inmuebles, la finca inscrita en el Registro Público partido de San José tomo 1713 Folio 310 Número 162457 Asiento 1 y pertenecientes a la primera institución por las fincas inscritas en el mismo registro partido de San José tomos 755 y 655 Folios 330 y 59 Números 443527 y 38332 respectivamente ambas escrituras se materializan en esta permuta no estará sujeta al pago de impuestos ni derechos ni timbres.

Artículo 4.-

Para la fijación de tarifas se aplicarán criterios de justicia social distributiva, que tomen en cuenta los estratos sociales y la zona a que pertenecen los usuarios, de manera que los que tienen mayor capacidad de pago subvencionen a los de menor capacidad, con el propósito de obtener ingresos tales que respondan a la política financiera que para el Instituto señalan las normas legales correspondientes.

El Estado y sus instituciones de asistencia social podrán subvencionar, total o parcialmente, áreas o grupos de usuarios, que por sus condiciones económicas están incapacitados para pagar las tarifas establecidas.

(*) El presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 5915 de 12 de julio de 1976.

Nota: Por Ley No. 7418 se dispone: "No estarán sujetos al pago de impuestos, tasas, contribuciones ni derechos, los documentos requerimientos para ejecutar el proyecto aprobado por esta Ley ni su inscripción en los registros correspondientes. También se eximen del pago de impuestos, tasas, sobretasas, contribuciones y derechos la adquisición de materiales, equipos y servicios necesarios para el proyecto y el traspaso de bienes inmuebles a cargo de terceros que los donen para ejecutar el proyecto.

3) *El agua como bien económico*

Entre otros muchos, el *Worldwatch Institute*, *World Resources Institute*, Programa para el Medio Ambiente de las Naciones Unidas, *International Rivers Network*, *Greenpeace*, *Clean Water Network*, Comisión del Sierra Club y Friends of the Earth International nos dan una serie advertencia acerca de la situación global del agua dulce, que representa probablemente la mayor amenaza jamás conocida para la supervivencia de nuestro planeta.

Lamentablemente, el modelo neoliberal inspirado en lo que se ha llamado *Consenso de Washington*, parte de la idea de que la economía liberal del mercado constituye la única opción económica posible para todo el mundo.

Un aspecto clave de este consenso es la comercialización de los bienes de uso común. Todo está a la venta, incluso aquellas áreas de la vida que, como los servicios sociales y los recursos naturales, fueron considerados en su día legado de la humanidad.

En el mundo, son muchos los gobiernos que, abdicando de su responsabilidad de proteger los recursos naturales con que cuentan, renuncian a su autoridad en favor de empresas privadas que se enriquecen explotando esos recursos.

Ante la crisis del agua dulce, ahora ya perfectamente documentada, gobiernos e instituciones internacionales abogan por una solución basada en el *Consenso de Washington*: la privatización y la comercialización del agua.

De acuerdo con algunos organismos internacionales, el agua es una *necesidad humana*; no un *derecho humano*. Esto no es una simple cuestión semántica; la diferencia en la interpretación es fundamental.

Una *necesidad humana* puede ser satisfecha de muchos modos, especialmente a base de dinero.

Pero nadie puede poner en venta un derecho humano.

En el segundo *Foro Mundial del Agua*, celebrado en La Haya en marzo del 2000, se afirmó que el agua era una mercancía y ninguno de los representantes gubernativos que asistían a un congreso paralelo se atrevió a contradecir esta afirmación.

Es más hay gobiernos que han facilitado la privatización del agua, Obviamente con ánimo de lucro.

Así un grupo de empresas multinacionales, respaldadas por el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional (FMI), están tratando en este momento de controlar la gestión de los servicios públicos del agua, encareciendo dramáticamente el precio que pagan por el agua los residentes locales; lo cual implica sacarle provecho, especialmente de los desesperados esfuerzos que hacen los países subdesarrollados por encontrar una solución a su crisis del agua.

Algunas de estas empresas exponen su filosofía: el agua debe tratarse como cualquier otro bien comerciable, y su uso y distribución han de estar determinados por los principios del beneficio económico.

Paralelamente algunos gobiernos abandonan su control sobre las reservas nacionales de agua para firmar acuerdos comerciales como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN); su proyectado sucesor: el Area de Libre Comercio de las Américas ALCA; y la Organización Mundial del Comercio (OMC).

Estas instituciones comerciales globales facilitan, de una manera hasta ahora inimaginable, el acceso de las empresas multinacionales al agua dulce de los países firmantes.

De hecho, algunas de estas empresas ha empezado ya a plantear demandas a los gobiernos para poder acceder a las fuentes nacionales de agua. y, apoyándose en los mencionados tratados comerciales internacionales, están acariciando sus propios proyectos para el transporte masivo del agua a granel por medio de desvíos y de superpetroleros (Barlow; y, Clarke, pp. 14 a 16).

Diez transnacionales tienen un control monopólico en el mercado mundial del agua. En nuestro país son: la Coca Cola y la Florida Ice Farm.

Esas 10 empresas son: Vivendi Universal, Suez, Bouygues-Saur, RWE-Thames Water, Bechtel-United Utilities, Enron-Asurix, Severn Trent, Anglian Water, Kelda. y Water Works Co. (Enciso, pp. 148-149; Barlow; y, Clarke, pp. 174 a 176).

La década de los 90 marcó un momento clave en la gestión del agua, ya que en 1995 se suscribió el Acuerdo General sobre el Comercio

de Servicios (AGCS), como parte de los compromisos impulsados por la Organización Mundial del Comercio (OMC), que estableció un proceso de liberalización, desregulación y privatización de los servicios básicos, apuntando a la creación de mercados globales del agua, la energía, las telecomunicaciones, la salud y la educación, entre otros.

Bajo este marco, gobiernos de todo el mundo –incluidos países desarrollados– comenzaron a transferir su responsabilidad de control de los recursos naturales a un grupo de empresas privadas: las francesas Vivendi y Suez y la alemana RWE, que adquirió dos importantes empresas de agua, *Thames Water* en el Reino Unido y *American Water Works*, en Estados Unidos (De la Fuente, p. 9).

Parte de la estrategia de las enormes empresas que controlan el negocio del agua en el mundo, es debilitar la noción de servicio público, de origen en el derecho administrativo francés, por la de bien económico; y, por tanto comercializable, es decir, sujeto a la privatización y a su desarrollo en el mercado de bienes y servicios. Por ende, al mercado: solo tienen acceso a los bienes y servicios aquellos que pueden pagar el precio que el mercado requiere, actuando como consumidores, que es el rol o papel oficial y legítimo para ser alguien en este espacio capitalista. Se da así la transmutación de servicio a negocio privado.

Agua embotellada:

Para el año 2000, se ha calculado que las ventas mundiales de agua embotellada rondaron los 22.000 millones de dólares. Sin embargo, esta cifra se queda pequeña si la compara con la presentada por la agencia estadística Euromonitor, que señala que ese mismo año las ventas globales de agua subieron a 36.000 millones en 53 países.

La industria del agua embotellada ha crecido a un ritmo sorprendente.

Además de Nestlé, se han convertido en suministradoras de agua embotellada otros gigantes de la industria global alimentaria y de bebidas, como la Coca-Cola, Pepsi Cola, Procter & Gamble y Danone.

Curiosamente, en contraposición con la imagen publicitaria de “*agua pura de fuente*” que pretende transmitir la industria, el agua embotellada no es siempre más sana que la del grifo, y en ciertos casos es incluso menos sana.

Las empresas que embotellan agua generalmente no pagan precio alguno por el agua que se llevan basándose en los llamados derechos de la propiedad privada, a pesar de que el agua forma parte de los bienes comunes. Por ejemplo: Canadá, donde la cantidad de agua extraída por la industria embotelladora ha crecido un 50 % durante la pasada década, los embotelladores gozan del derecho legal a apoderarse de cerca de 30.000 millones de litros cada año; aproximadamente, unos 1.000 litros por cada uno de los habitantes de ese país.

Casi la mitad de esta agua embotellada se exporta a Estados Unidos. Sin embargo, al contrario que la industria del petróleo, que paga sus derechos y de la industria de la madera que paga sus cuotas de tala al gobierno, quienes se dedican a embotellar agua no tienen que pagar nada por extraer agua en la mayor parte de las jurisdicciones de Canadá (Barlow; y, Clarke, pp. 223 a 226).

La *Declaración de Dublín* de 1992, estableció en su principio No. 4 que el agua tiene un valor económico en todos sus diversos usos en competencia a los que se destina y debería reconocérsele como un bien económico.

En virtud de este *principio*, es esencial reconocer ante todo el derecho fundamental de todo ser humano a tener acceso a un agua pura y al saneamiento por un precio asequible.

La ignorancia, en el pasado, del valor económico del agua ha conducido al derroche y a la utilización de este recurso con efectos perjudiciales para el medio ambiente.

La gestión del agua, en su condición de bien económico, es un medio importante de conseguir un aprovechamiento eficaz y equitativo y de favorecer la conservación y protección de los recursos hídricos.

En nuestro país existen varias empresas privadas que comercializan el agua y la venden a precios de mercado, es decir, de monopolio ya que constituyen un *cartel* para fijar los precios a los consumidores.

Las ganancias que obtienen son de alrededor del 3.000 por ciento respecto de si la vendiera la institución estatal descentralizada llamada Acueductos y Alcantarillado, entidad pública que distribuye y vende el agua la población mediante la red nacional de acueductos.

A esta institución estatal no se le permite que venda agua por botellas, que la comercialice bajo el argumento oficial de que su ley constitutiva no se lo permite, pero no hay voluntad política para hacer esta reforma necesaria en esta ley, para que la población no tenga que pagar precios de explotación a los empresarios privados, que hacen un negocio millonario gracias a su poder económico que les permite manipular y controlar el poder político, para impedir que esa ley no se cambie en ese sentido.

Este asunto parece un absurdo, pero se convierte en una tragedia para el pueblo costarricense, pues esas empresas privadas pagan por el agua que extraen de pozos mediante concesión del Ministerio de Ambiente y Energía por sumas ridículas, para explotar estos pozos que terminarán secos.

Esa agua así extraída por la Florida Ice Farm y la Coca Cola, la comercializan a precios exorbitantes, en una relación costo-beneficio y en términos de la cantidad de botellas vendidas al año.

El criterio de la Procuraduría General de la República, respecto a este tema fue el siguiente (oficio C- 373- 2003 de 26 de noviembre del 2003).

Este criterio de la Procuraduría ha impedido que el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillado, ICAA, pueda vender el agua embotellada.

Este oficio C-373-03 de la Procuraduría fue la respuesta al oficio No. G-2003-1579 del 29 de octubre del 2003, enviado por el ICAA, en el que este instituto estatal le solicitó a la Procuraduría emitir criterio favorable a la citada venta de agua embotellada. El criterio fue negativo a esta solicitud.

En este oficio C-373-03, esta Procuraduría sostuvo en su dictamen vinculante o de acatamiento obligatorio:

que el embotellamiento de agua no es un servicio público.

La venta del agua por medio de botellas en los supermercados no configura el servicio de agua potable a que se refiere la Ley Constitutiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillado, ICAA.

La venta del agua por medio de botellas o galones no es un servicio público en los términos de la ley. Se trata de una actividad comercial, lo que ha

justificado que diversas empresas privadas comercialicen agua sin requerir para ello la concesión que sería necesaria si se tratase de un servicio público. Y es que aun cuando el consumo del agua con esa presentación haya aumentado en los últimos tiempos, es lo cierto que esa venta no puede considerarse una actividad tendiente a la satisfacción de necesidades colectivas y de interés general. No solo en esa venta no está comprendido el interés general, sino que no puede considerarse que su consumo constituya una necesidad colectiva que determine la *publicatio* de la actividad de venta.

En efecto, no encuentra la Procuraduría General de la República norma alguna que permita afirmar que esa actividad, desarrollada por diferentes empresas privadas hoy día haya sido asumida por el Estado y que, por consiguiente, su ejercicio requiera de una habilitación emitida por un ente público que posibilite la explotación de la actividad.

En ausencia de una titularidad pública, la actividad debe ser analizada como una actividad comercial, no como un servicio público.

La *conclusión* de la Procuraduría General de la República es la siguiente:

1-. El servicio de agua potable es un servicio público. Como tal se trata de una actividad de interés general, dirigida a la satisfacción de necesidades colectivas y asumida por el poder público.

2-. El servicio público de agua potable está referido al abastecimiento, distribución y al suministro del agua potable a los usuarios a través de la instalación del acueducto y cañerías indispensables para tal fin.

3-. La comercialización de agua en botellas no constituye un servicio público ni puede ser considerada una actividad de interés general.

4-. El Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados esta sujeto al principio de especialidad. Es por ello que su accionar este determinado por el servicio publico de agua potable, sin que pueda ejercer otras actividades no autorizadas por el ordenamiento. Al no estar autorizada la venta de agua en botellas, debe concluirse que dicha actividad excede el ejercicio de su competencia.

5-. Consecuentemente, considera la Procuraduría que la venta de agua potable en botellas constituye una forma de comercialización del liquido que excede la esfera de competencia del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, susceptible de violentar, además, el principio de libre competencia.

Esta respuesta, en términos objetivos, favoreció a las empresas que forman un *holding* o cartel y que por tanto controlan el mercado costarricense de la venta de agua embotellada, a precios (sin control) que redundan en ganancias exorbitantes.

Sin duda que existe también una *satisfacción de necesidades colectivas y de interés general*, al proporcionar agua, ya no directamente del grifo, sino embotellada, a los habitantes de un país. El agua no es un lujo, sino una necesidad vital, no importando el envase o el medio por el cual se le proporcione a las personas para puedan tomarla y vivir.

La venta de agua embotellada por Acueductos y Alcantarillado (A y A) está permitida por la ley que regula este instituto.

Efectivamente, de acuerdo al principio de legalidad y de especialización, el *artículo 1* de la ley constitutiva del Instituto de Acueductos y Alcantarillado (AyA), manda que el A y A se crea para (...) resolver todo lo relacionado con el suministro de agua potable.

Y, el *artículo 3* del A y A, manda que corresponde a este instituto elaborar las tasas y las tarifas para los servicios públicos a que se refiere esta ley. El Ay A podrá modificar todo proyecto para que se ajuste, jurídica y económicamente, a los principios del servicio al costo y un rédito (ganancia) para el desarrollo del proyecto.

En ambos numerales queda establecido que:

- 1.- El A y A queda autorizado para resolver todo lo relacionado con el suministro de agua potable. La distribución de agua potable embotellada queda comprendida en esta autorización plena y total.
- 2.- El A y a queda autorizado para comercializar la distribución del agua, obteniendo una ganancia o rédito. Ello implica la comercialización autorizada del agua potable por A y A por cañería; y, embotellada si lo decide, mediante tarifas aprobadas por el ente respectivo (ARESEP, autoridad reguladora de los servicios públicos).

Por estas razones, discrepo de lo que el dictamen citado expone.

El agua, por ser un bien económico de vital importancia para el ser humano, debe ser fiscalizada por el Estado, garante del bien común.

La empresa privada puede venderla, pero con limitaciones en cuanto al precio y demás condiciones de suministro a las poblaciones.

Debe tenerse presente que más de mil cuatrocientos millones de personas no tienen acceso al agua y que anualmente mueren cuatro millones de niños en el mundo por carecer de ese acceso.

CONCLUSIÓN

La problemática respecto del agua en el mundo es prioritaria, sin duda.

En nuestro país, los políticos en el poder han sido perjudiciales en esta tarea de salvar y proteger los recursos hídricos. La corrupción y la mala gobernabilidad han sido prevalecientes en este país subdesarrollado. Se gobierna para hacer negocios; de ninguna manera para realizar un bien común o un fin público.

La pregunta que emerge de inmediato es: ¿cuándo el pueblo será consciente plenamente de esta estafa a la democracia y qué estará dispuesta a realizar para que la política deje de ser un instrumento de enriquecimiento de los empresarios-políticos y de los políticos-empresarios?

Se recuerda la frase tristemente célebre de un sector de argentinos que en las calles de Buenos Aires gritaba: “ladrón o no ladrón, queremos a Perón”.

GLOSARIO

Acuífero: una capa en el suelo que es capaz de transportar un volumen significativo de agua.

Aerobio: un proceso que ocurre en presencia del oxígeno, tal como la digestión de la materia orgánica por las bacterias en una charca de oxidación.

Agentes contaminantes biodegradables: agentes contaminantes que son capaces de ser descompuestos bajo condiciones naturales.

Agua contaminada: la presencia en el agua de suficiente material perjudicial o desagradable para causar un daño en la calidad del agua.

Agua no potable: agua que es insegura o desagradable para beber debido a su contenido en contaminantes, minerales o agentes infecciosos.

Agua subterránea: brote de agua producido en el interior de la tierra o suelo.

Agua potable: agua adecuada para el consumo de la población que no provoca efectos nocivos en la salud. Debe cumplir con requisitos y normas físicas, químicas y bacteriológicas que aseguren su inocuidad y aptitud.

Agua salobre: agua que no está contenida en la categoría de agua salada ni en la de agua dulce. Esta agua está contenida entre las dos anteriores.

Agua subterránea: agua que puede ser encontrada en la zona saturada del suelo; zona que consiste principalmente en agua. Se mueve lentamente desde lugares con alta elevación y presión hasta lugares de baja elevación y presión, como los ríos y lagos.

Aguas grises: aguas domésticas residuales compuestas por agua de lavar procedente de la cocina, cuarto de baño, agua de los fregaderos y lavaderos.

Aguas negras: aguas que contiene los residuos de seres humanos, de animales o de alimentos.

Aguas residuales: fluidos residuales en un sistema de alcantarillado. El gasto o agua usada por una casa, una comunidad, una granja o industria que contiene materia orgánica disuelta o suspendida.

Aluviones: materiales constituidos por guijarros, grava, arena y partículas finas depositadas en el lecho mayor de los ríos. Los aluviones provienen de la erosión de las rocas por las aguas y los hielos, río arriba, y son llevados río abajo por la corriente, sobre todo durante las crecidas.

Aminoácidos: moléculas orgánicas que son parte del grupo de los prótidos, formadas por átomos de carbono, de oxígeno, de hidrógeno y de nitrógeno. Agrupados en cadenas, forman las proteínas que entran en la composición de las células vivas.

Amoniaco: compuesto de nitrógeno y de hidrógeno, cuya fórmula química es NH_3 , que corresponde a un estado reducido del nitrógeno (por oposición a un estado oxidado como los nitratos). Es un gas muy tóxico para los peces y para el hombre cuando se encuentra en solución en el agua. Se llama amoniaco a la solución acuosa del gas amoniaco, y amonio al radical NH_4 de las sales amoniacales. La nitrificación consiste en transformar (en general por medio de bacterias nitrificantes) el amoniaco en nitratos.

Barrera de confinamiento: conjunto de compartimentos y de sistemas de estanquidad situados en una central nuclear para contener la radiactividad.

Cadena trófica: Conjunto de los organismos que se suceden en una cadena alimentaria. La cadena comienza por los “productos primarios”, que en general son algas o vegetales terrestres capaces de sintetizar la materia orgánica a partir de la energía luminosa aportada por el Sol, del agua y del gas carbónico presentes en la atmosfera. El fitoplancton, algas microscópicas que viven en aguas dulce submarinas, es un productor primario. Los propios productores primarios son consumidos por seres

vivos que se alimentan exclusivamente de materia vegetal, en este caso, el zooplancton que se alimenta de fitoplancton. Detrás de ellos, se encuentran en la cadena seres mas evolucionados que se alimentan de los precedentes, desde pequeños invertebrados acuáticos que consumen el zooplancton hasta peces carnívoros como el lucio. El hombre se sitúa así en el extremo de cadenas tróficas a veces muy largas, que pueden comportar mas de diez eslabones.

Cambio climático: incremento en las concentraciones atmosféricas de vapor de agua y de gases como el metano, Oxide nitroso, los clorofluorocarbonos y bióxido de carbono. Estos gases provocan un efecto invernadero en el planeta que modifica el clima mundial.

Ciclo hidrológico: ciclo natural del agua que ocurre en au ambiente incluyendo la evaporación, condensación, retención y escorrentia.

Contaminante: un compuesto que en concentraciones suficientemente altas causa daños en la vida de los organismos.

Cuenca: territorio cuyas aguas afluyen todas a un mismo rio, lago o mar.

Cultura del agua: conjunto de costumbres, valores, actitudes y hábitos que un individuo o una sociedad tienen respecto a la importancia del agua para el desarrollo de todo ser vivo; la disponibilidad del recurso en su entorno y las acciones necesarias para obtenerla, distribuirla, desalojarla, limpiarla y reutilizarla. Esta cultura lleva consigo el compromiso de valorar y preservar el recurso, utilizándolo con responsabilidad en todas las actividades bajo un esquema de desarrollo sustentable.

Combustibles fósiles: toda materia orgánica acumulada en las rotas y eventualmente transformada en profundidad por el enterramiento: carbón, petróleo, asfalto y hasta turba.

Concentración parcelaria: operación rural emprendida en Francia desde hace dos o tres decenios para tratar de luchar contra la excesiva parcelización de las tierras agrícolas, la cual es nefasta para el empleo de los medios mecanizados de cultivo. La concentración parcelaria ha consistido, para muchos, en destruir los setos, las fosas y los bosquesillos que fraccionaban el espacio rural.

Decantación: eliminación de materias solidas en suspensión en el agua mediante una muy fuerte reducción de la velocidad de flujo del liquido, de tal manera que las partículas solidas, mas pesadas, se reúnen en la base de la columna de agua.

Desnitrificación: transformación, por bacterias, de nitratos en óxido de nitrógeno y luego en nitrógeno gaseoso. El nitrógeno gaseoso vuelve entonces a la atmósfera.

Descarga: la liberación de contaminantes que fueron capturados por un medio de filtración.

Descarga municipal: descarga de efluentes procedentes de las plantas de tratamiento de aguas residuales de las casas, de establecimientos comerciales e industrias en cuencas de drenaje costeras.

Desnitrificación: transformación, por bacterias, de nitratos en óxido de nitrógeno y luego en nitrógeno gaseoso. El nitrógeno gaseoso vuelve entonces a la atmósfera.

Desove, zona de: zona en donde los peces se reproducen depositando sus huevos. Cada especie posee zonas de desove particulares, por ejemplo, lechos de grava, zonas herbosas y hasta zonas de expansión de las crecidas.

Disponibilidad natural media de agua: volumen total de agua renovable superficial y subterránea que ocurre en forma natural en una región.

Distrito de riego: áreas geográficas donde se proporciona el servicio de riego mediante obras de infraestructura hidroagrícola, tales como vaso de almacenamiento, derivaciones directas, plantas de bombeo, pozos, canales y caminos, entre otros.

Efecto invernadero: presencia en la atmósfera de gases tales como el agua, el gas carbónico, el metano, etc., que tienen el efecto de hacer opaca (o menos transparente) la atmósfera a la luz emitida o reflejada por la Tierra, en las grandes longitudes de onda (infrarroja). La pérdida de energía térmica por radiación así evitada permite conservar el calor y por tanto elevar la temperatura de la atmósfera terrestre.

Efluentes: aguas que luego de utilizarse son lanzadas al desagüe y llegan a una estación de tratamiento de aguas o al medio natural. Se habla de efluentes agropecuarios (por ejemplo, de una ganadería intensiva), industriales o domésticos.

El Niño: el calentamiento del Océano Pacífico entre 2 y 5 grados centígrados a la altura de Perú y Ecuador que afecta el clima del planeta.

Embalse: gran depósito que se forma artificialmente, por lo común cerrando la boca de un valle mediante un dique o presa, y en el que se almacenan las aguas de un río o arroyo, a fin de utilizarlas en el riego de terrenos, en el abastecimiento de poblaciones, en la producción de energía eléctrica, etc.

Escorrentía: parte del agua de precipitación que discurre por la superficie de la tierra hacia corrientes y otras aguas superficiales.

Esparcimiento: acción de depositar o de verter sobre las tierras agrícolas los elementos indeseables que pueden ser eliminados naturalmente (en todo o en parte) en los suelos y utilizados por las plantas. En la actualidad se practica el esparcimiento de excrementos de cría, de lodos de estación de tratamiento de las aguas, de lodos de limpieza de los fosos o incluso de composta que ha salido del tratamiento de los desechos domésticos.

Especie reófila: peces o animales acuáticos a los que les gusta vivir en zonas de ríos donde es grande la velocidad de la corriente.

Eutrofización: proceso y estado de las aguas superficiales (ríos, lagos o mares) que contienen demasiados nutrientes (nitratos y fosfatos) y donde se manifiesta un excesivo crecimiento de algas.

Estrés hídrico: es el consumo que supera el 10 por ciento del agua dulce renovable y que afecta a la tercera parte de la población mundial.

Escasez de agua: cuando la cantidad de agua disponible es de menos de 500 metros cúbicos por persona por año.

Eutrofización: enriquecimiento en la concentración de nutrientes de un volumen de agua. Por ejemplo, la entrada de material orgánico o de sustancias ricas en nitratos y fosfatos, como los detergentes. El enriquecimiento produce un incremento en el crecimiento de las plantas acuáticas que, a su vez, produce una deficiencia de oxígeno que puede asfixiar a la fauna acuática, incluyendo los peces.

Fosfato: Sal de ácido fosfórico, de fórmula química PO_4 . Se utiliza como fertilizante en la agricultura y constituye uno de los nutrientes en los ríos. Es mucho menos soluble que el nitrato, y a menudo se lo encuentra presente en el agua, en forma de partículas en suspensión, o sedimentado en el fondo. También se lo halla en ciertos detergentes y en los efluentes domésticos. Los fosfatos no son reducidos y eliminados naturalmente por las bacterias del medio ambiente, y no pueden desaparecer de los ecosistemas sino por fijación en los suelos o por sedimentación y hundimiento en los lagos o en el mar.

Fotosíntesis: producción de materia orgánica por las plantas mediante utilización de la energía luminosa del Sol para combinar el carbono (que proviene del gas carbónico de la atmósfera), el nitrógeno, el agua y algunos alimentos minerales. La clorofila es un pigmento indispensable para la fotosíntesis.

Fuente puntual: localización estacionaria desde la cual los contaminantes son descargados. Es una fuente inidentificable individual de contaminación, como los sistemas de tuberías y las fábricas.

Fuentes difusas: fuentes de contaminación de agua difusa sin un punto de origen específico. Los contaminantes son generalmente llevados a la tierra por las tormentas. Comúnmente fuentes difusas son la agricultura y la deposición atmosférica.

Hidrocarburos: compuestos orgánicos que están formado por átomos de carbono e hidrógeno y a menudo usados por las industrias petroleras.

Hidrosfera: envoltura superficial de la Tierra donde se desarrolla el ciclo del agua del planeta, y que abarca la atmosfera, la parte superficial de los continentes y el océano.

Intrusión salina: es un proceso de desequilibrio natural provocado generalmente por un inadecuado manejo de pozos, por medio del cual el agua de mar penetra a la zona continental introduciendo agua salada en cuerpos de agua dulce e inutilizando este líquido para el consumo humano.

La Niña: fenómeno que provoca una disminución de la temperatura por debajo de lo normal del Océano Pacífico. Suceso opuesto a El Niño.

Limnología: el estudio de aspectos físicos, químicos, hidrológicos y biológicos del agua dulce.

Limos: partículas finas arrancadas a las rotas por la erosión, por el viento o por las aguas, y depositadas en el suelo. Los limos eólicos son depositados por el viento; los limos fluviales son depositados por los ríos cuando es escasa la velocidad de la corriente.

Lluvias ácidas: precipitaciones de agua de lluvia cargadas de ácido sulfúrico, nítrico o clorhídrico. La presencia de estos ácidos en la atmósfera (y su arrastre por la lluvia) se debe a la combustión de carbón y de petróleo y también a ciertos procesos industriales, como el tratamiento de los minerales (calcinamiento de las piritas) o la incineración de los desechos domésticos.

Manejo de recursos: un proceso consciente de toma de decisiones conforme al cual los recursos naturales y culturales se signan con el tiempo y en el espacio para optimizar el logro de los objetivos definidos en una sociedad, en el contexto de sus instituciones tecnológicas, políticas y sociales, y de sus disposiciones legales y administrativas.

Manto freático: capa de agua subterránea que ocupa poros y huecos de las rocas, bajo el suelo y por encima de la capa de material impermeable.

Materias orgánicas húmicas: moléculas orgánicas complejas originadas a partir de degradaciones producidas por las bacterias de residuos vegetales acumulados en los suelos.

Metabolitos: nuevas moléculas orgánicas surgidas durante la descomposición bacterial por fragmentación de moléculas orgánicas naturales o artificiales.

Metanol: alcohol metílico, generalmente obtenido por la fermentación de la madera. El alcohol de quemar contiene metanol.

Monitorización del agua: proceso constante de control de un cuerpo de agua por muestreo y análisis.

Nitrato: sal del ácido nítrico, de fórmula química NO_3 , constituida por nitrógeno y oxígeno, correspondiente a una forma oxidada del nitrógeno (en contraste con el amoniaco). Se utiliza en general en agricultura el nitrato de potasio, de calcio o de amonio. Los nitratos se consideran tóxicos, si se presentan en cantidad excesiva para los niños (enfermedad “de los niños azules”) y eventualmente para el hombre (riesgo de cáncer), aunque este último punto sea discutido. Los nitratos son indispensables para la producción primaria (véase fotosíntesis) por las plantas y su falta o su déficit entraña una disminución de los rendimientos agrícolas. Muy solubles, se encuentran por consiguiente en las napas y en los ríos si están en exceso en los suelos durante un tempestad o al término del periodo de cultivo. En las aguas superficiales se les llama “nutrimentos”, con los fosfatos, pues contribuyen igualmente al crecimiento de las algas y a la eutrofización. Los nitratos también están presentes en los desechos domésticos, donde pueden ser engendrados por la nitrificación (natural o artificial) del amoniaco. Los nitratos pueden ser eliminados por la denitrificación.

Nutrimentos: se designa así a los nitratos y fosfatos en las aguas superficiales, que permiten el desarrollo de las algas. Su exceso engendra la eutrofización.

Oncocercosis: enfermedad parasitaria que causa la ceguera. Uno de los huéspedes intermediarios del parásito es una larva presente en las aguas corrientes, la simulia, la cual se convierte en un mosquito que pica al hombre. Para erradicar la enfermedad se intenta destruir el mosquito tratando las aguas de los ríos durante algunos años con insecticidas, hasta que haya desaparecido el parásito.

Partes por millón: expresado como ppm; medida de la concentración. Un ppm es una unidad de peso de soluto por peso de solución. En análisis de agua un ppm es equivalente a mg/l.

Partículas en suspensión: minúsculos desprendimientos de roca, de suelo o de materia orgánica transportados por las aguas. Su tamaño está en función de la velocidad de la corriente, pues en un agua calma se decantan y se quedan en el fondo. Las partículas más finas, inferiores a un micrón, pueden permanecer largo tiempo en suspensión.

Plantas de tratamiento: una estructura construida para tratar el agua residual antes de ser descargada al medio ambiente.

Potencial hidrógeno (pH): medida de la acidez o de la basicidad de un medio acuoso. El pH neutro se establece en el valor de 7; los pH más débiles son ácidos y los pH más elevados son llamados básicos.

Pozo: hoyo profundo con el objetivo de alcanzar agua subterránea para suministros.

Pozo artesiano: pozo o perforación que alcanza una papa cautiva, donde la presión del agua permite a esta subir por encima del nivel del suelo y correr sin que haya necesidad de bombearla.

Pozo séptico: un depósito subterráneo para almacenar las aguas residuales de casas que no están conectadas a las líneas de alcantarillado. Los residuos van directamente desde las casas al depósito.

Presa: mecanismo de desbordamiento usado como medida o control del flujo de agua.

Presión hídrica: es aquella situación que hace que por lo menos durante parte del año un país no pueda satisfacer todas sus necesidades hídricas sin extraer agua subterránea o utilizar el agua superficial, sin dar tiempo a que se reponga este recurso.

Recarga media de acuíferos: es el volumen medio anual de agua que se infiltra a un acuífero.

Recurso natural renovable: material de origen natural que tiene una capacidad cíclica, relativamente corta, para renovarse (agua, bosques).

Recurso natural no renovable: materiales de origen natural que son considerados finitos y/o agotables debido a su escasez, o bien al largo periodo de tiempo que requieren para su formación (minerales, petróleo).

Reuso del agua: describe el empleo de aguas residuales tratadas en cualquier use con algún tipo de beneficio humano o a la naturaleza, y puede ser de índole potable o no potable.

Salinidad: la presencia de minerales solubles en el agua.

Sanearamiento: servicios o sistema de recolección, transporte, tratamiento y disposición sanitaria de aguas residuales, excretas u otros desechos.

Sedimentos: suelo, arena y minerales lavados desde el suelo hacia la tierra generalmente después de la lluvia. Son elementos sólidos depositados en el fondo de un plan de agua por decantación. Los sedimentos burdos también son llamados aluviones; los sedimentos finos, limos fluviales.

Sílicoaluminados metálicos: el silicio, elemento dominante de las rocas de la corteza terrestre, se combina con el oxígeno, con el aluminio y con otros metales para formar sílicoaluminados metálicos. Estos constituyen lo esencial de las rocas usuales que nos rodean: granito, lava, arenas, arcillas. Solo las calizas no están formadas por silicatos, sino por carbonatos.

Subducción: en geología, las zonas de subducción son los lugares de la superficie de la Tierra donde una placa (en general oceánica) avanza en dirección de otra placa (en general continental) y se hunde en el manto bajo la segunda.

Sistema de abastecimiento de agua: la colección, tratamiento, almacenaje y distribución de un agua desde su fuente hasta los consumidores.

Sistema de aguas residuales: todo el sistema de recolección de aguas residuales, tratamiento y traspaso.

Sistema de alcantarillado: tuberías que colectan y transportan aguas residuales desde las fuentes individuales hasta una alcantarilla mayor que la transportara a continuación hacia una planta de tratamiento.

Sólidos disueltos: materiales sólidos que se disuelven totalmente en el agua y pueden ser eliminados por filtración.

Unidad de riego: área geográfica destinada a la agricultura que cuenta con riego. No abarca almacenamientos y se integra por usuarios agrupados en asociaciones.

(Fuentes: Ghislain de Marsily, *El agua*, México: Siglo XXI, 2001, pp. 104 a 110; La Jornada edición especial, *El agua*, México, diciembre del 2005, pp. 334-335).

BIBLIOGRAFÍA

- Aceves, Carla. *Bases fundamentales del Derecho Ambiental Mexicano* (México: Porrúa, 2003).
- Barlow, Maude Tony Clarke. *Oro azul. Las multinacionales y el robo organizado de agua en el Mundo* (Barcelona: Paidós, 2004).
- Betancor, Andrés. *Instituciones de Derecho Ambiental* (Madrid: La Ley, 2001).
- Brañes, Raúl. *Manual de Derecho Ambiental Mexicano* (México: Fondo de Cultura Económica, 2000).
- Camdessus, Michel et al. *Agua para todos* (México: Fondo de Cultura económica, 2006).
- Carbonell, Miguel; Eduardo Ferrer. *El Derecho al medio Ambiente* (México: Porrúa, 2003).
- Chevallier, Jacques. *Le service public* (Paris: Presses Universitaires de France, 1987).
- Dávila, Sonia et al. *El poder del agua* (México: Itaca, 2006).
- De la Fuente, Víctor, et al. *El agua y el futuro del mundo* (Santiago, Chile: Editorial Aún creemos en los sueños, Artículos de Le Monde Diplomatique, 2005).
- De Marsily, Ghislain. *El agua* (México: Siglo XXI, 2003).
- De Villiers, Marq. *El agua. El destino de nuestra fuente de vida más preciada* (Barcelona: Península, 2001).
- Delgado, Gian Carlo. *Agua y seguridad nacional* (México: Debate, 2005).
- Enciso, Angélica. *Diez transnacionales controlan la venta de agua en el orbe* (México: *La Jornada*, edición especial, diciembre 2005).
- Esplugas, Pierre. *Le service public* (Paris: Dalloz, 1998).
- Jacobo, Marco; Elsa Fernández. *La gestión del agua en México* (México: Universidad Autónoma Metropolitana, Porrúa, 2004).

García, Nahún et al. *Aprovechamiento del agua en Pátzcuaro* (México: revista del Conacyt, *Ciencia y Desarrollo* No. 193, 2006, pp. 42 a 47).

González Ballar, Rafael. *Valores, realidades y fundamento del Derecho Ambiental en Costa Rica* (San José: Ediciones Chico, 2003).

Un derecho humano al agua o algunos derechos para el agua (San José: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica).

Guerrero, Verónica. *Agua, el recurso más valioso* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, revista *Cómoves?* No. 88, 2006, pp. 10 a 15).

Mata, Alfonso y Franklin Quevedo. *Diccionario didáctico de ecología* (San José: Editorial Universidad de Costa Rica, 2005).

Mergier, Anne Marie. *Al borde del abismo y Petrolización del agua* (México: revista *Proceso*, No. 1531, marzo 2006, pp. 48 a 56).

Ortega, Luis. *Lecciones de Derecho del Ambiente* (Valladolid: Lex Nova, 2000).

Romero-Pérez, Jorge Enrique. *Consideraciones jurídicas en torno al medio ambiente* (San José: Universidad de Costa Rica. Colegio de Abogados, *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 65, 1990).

(*Derecho Administrativo*: San José: Universidad Estatal a Distancia, 2002).

Salazar, Roxana. *Investigación, análisis y desarrollo del Derecho Ambiental* (San José: Poder Judicial, 2004).

Valencia, Donají. *Derechos y tarifas de agua en México: ¿anarquía económica legalizada?* (México: Porrúa, 2004).

Van Lang, Agathe et al. *Dictionnaire de Droit Administratif* (Paris: Armand Colin, 1999).

Veraza, Jorge. *Economía y política del agua* (México: Itaca, 2007).

Páginas web:

www.unesco.org/water

www.iocn.org Unión Mundial por la Naturaleza

www.www.oieau.fr Office International de l'eau

www.paho.org Organización Panamericana de la Salud

www.unicef.org

www.oxfam.or

LA LITERATURA EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO ROMANO: UNA PROPUESTA METODOLÓGICA^(*)

*Lic. Henry Campos Vargas^(**)*

Profesor de Derecho Romano
y de Derechos Reales
Universidad de Costa Rica

(Recibido 16/10/06; aceptado 25/06/07)

(*) Teléfono 256-3597.
hcamposv@yahoo.es

RESUMEN

La enseñanza del derecho romano puede ser mejorada gracias a la cultura romana. El estudio del derecho romano es posible con base en la literatura romana. Muchas comedias arcaicas, por ejemplo, de Terencio y Plauto, nos muestran cómo los romanos aplicaron sus instituciones legales. Subastas, créditos, compromisos matrimoniales, son algunas de las prácticas legales presentes en sus dramas. Así, los estudiantes podrán mejorar su comprensión y conocimiento de Roma.

Palabras clave: Enseñanza, Roma, literatura, cultura romana, derecho romano.

ABSTRACT

Teaching of Roman Law could be improved by Roman culture. It is possible to study of Roman Law through Roman literature. Many archaic comedies, for example, those written by Terence and Plautus, show us how Romans applied their legal institutions. Auctions, credits, and marriage engagements are some of legal practices depicted in their plays. Thus, students could improve their understanding and knowledge of Rome through literature.

Keywords: Teaching, Rome, literature, Roman culture, Roman law.

SUMARIO

Introducción

1. Fuentes del Derecho romano. Vertientes
2. Déficit curricular
3. Denominación del Derecho romano
4. La literatura como fuente
5. Propuesta metodológica

Anexo

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

En un mundo globalizado como el nuestro, trocados los valores de antaño por los de comercio, ¿es posible enseñar derecho romano? Esta acuciosa pregunta se formula actualmente en las principales universidades europeas y, periódicamente, resurge a nivel nacional. Subrepticamente, disimula una interrogante paralela que podría enunciarse de la siguiente manera: ¿para qué enseñar derecho romano?

En un proceso de simplificación curricular, de liberar a corto plazo al estudiantado en el mercado nacional de trabajo, cursos de esta naturaleza son cuestionados continuamente. Sin embargo, en este *particularismo llamado mundialización* (SERRES 2002: 2), cursos como el de Derecho Romano poseen un valor del que rara vez se ha tomado conciencia. El potencial que ofrece como transmisor de la cultura universal, desde una perspectiva integradora de todas las ramas del derecho, no puede ser igualado sino por escasas materia de la carrera.

1. FUENTES DEL DERECHO ROMANO. VERTIENTES

El rico entramado de fuentes para el conocimiento del derecho en Roma ofrece tres vertientes principales: la primera de ella consiste en los tratados de especialistas, ámbito al que tradicionalmente se ha circunscrito su enseñanza y estudio; la segunda corresponde a textos jurídicos originales de los períodos arcaico, clásico y posclásico del derecho romano, que muy raramente son aprovechados en la academia; y, como última, aquélla que involucra elementos diversos de la cultura romana (arquitectura, mitología, religión, literatura...).

De incorporarse las dos últimas fuentes en el proceso de enseñanza, el valor agregado del curso se vería incrementado considerablemente.

Esto es particularmente notorio si, previamente, se aborda un problema capital. Todo curso, particularmente aquellos que integran el plan curricular de la carrera de Licenciatura en Derecho, en palabras de la Msc. Leticia Olguín Suárez, debe responder dos preguntas fundamentales. Primeramente, ha de contestar cuál es el tipo de profesional que desea formar. Esta interrogante puede resolverse de muy diversas maneras en el caso concreto del derecho: se pretende formar jueces, asesores, especialistas en determinado campo, *abogados generalistas*. Luego de superar este estadio, deberá determinar qué aporta el curso específico al proceso de formación de ese profesional.

Como la primera cuestión es sumamente rica y excede el objetivo de este trabajo, se asumirá como premisa la necesidad de formar un *abogado generalista*, es decir, un abogado que conozca ampliamente nuestro ordenamiento jurídico. De esta manera, es posible pasar a considerar la respuesta a la segunda pregunta.

El derecho romano, desde el punto de vista de las humanidades, posee un valor que aún no ha sido explotado en su totalidad: constituye la primera oportunidad para el estudiante de derecho de abordar, en un mismo ciclo anual, la totalidad de un sistema jurídico. De acuerdo con el plan de estudios de esta carrera, cada curso corresponde a un tema específico: derecho privado, derecho de obligaciones, derecho de la contratación privada, derecho penal, derecho de familia, derecho agrario, derechos reales... A primera vista, es posible apreciar una de las características constantes de la enseñanza del derecho: su carácter departamental. Aunque algunos cursos constituyan requisito o correquiso de otros, es rara la ocasión que involucre la aplicación de una o más ramas del derecho.

2. DÉFICIT CURRICULAR

No ha de ignorarse el esfuerzo de varios profesores por enseñar desde una perspectiva semejante, mas tal esfuerzo, de carácter personal, manifiesta un déficit curricular: la estructura del plan de estudios no la ofrece ni, mucho menos, la propicia, ha de ser producto de la iniciativa del profesor.

Sin lugar a dudas, la naturaleza *departamental* de nuestros planes de estudio en nada favorecen esta visión integradora. No obstante, superar tal estadio se vuelve imperioso, no sólo para obtener una mejor preparación del estudiantado, sino porque

sólo podemos combatir esa nueva forma de colonización (que es la globalización) con la universalidad. No se trata de levantar lo local contra lo global, sino todo lo contrario, luchar con lo global contra ese local (SERRES (2002): 5 –el paréntesis no está en el original–).

El curso de *derecho romano*, en cambio, no tiene oportunidad para incurrir en este vicio: debe comprender la totalidad de un sistema jurídico en el plazo perentorio (para emplear la jerga judicial) de un año. Durante este período, el estudiante debe familiarizarse con las

principales instituciones del derecho mediante el estudio de un sistema que, en no pocas ocasiones, ha sido sobrevalorado al calificarlo como perfecto, modelo sumo de organización jurídica. Empero, sólo en este momento o al concluir su carrera (esto en cursos de práctica profesional) el estudiante tendrá a su disposición una visión integradora.

Esta propiedad del derecho romano desafortunadamente no se aprovecha en estos cursos. La razón de esto se encuentra, primeramente, en el hecho de que en ellos no se enseña derecho.

3. DENOMINACIÓN DEL DERECHO ROMANO

La denominación *derecho romano* crea en el estudiante una expectativa: promete que le enseñarán derecho, pero el colectivo estudiantil sabe que esto no es cierto, se le enseñará historia. Evidentemente, las palabras, en este caso, pueden engañar no sólo al estudiantado, sino al profesor.

Derecho Romano no debe ser un curso de historia, porque con ese propósito tal contenido es abordado, de manera profesional, por los especialistas del campo. Esto no significa que deban suprimirse los cursos de historia en la preparación del abogado, de ninguna manera. El dominio de la historia nacional y mundial es base fundamental en la formación de todo abogado. No puede calificarse menos que de corrupta la práctica de ciertas universidad privadas que reúnen, en un sólo cuatrimestre y en una única materia dos, tres o hasta cuatro cursos relacionados con la historia: me refiero a Historia del Derecho I y II y Derecho Romano I y II. Para esos centros de estudios, quizás esto sea lo más natural, lo más práctico... En realidad este proceder genera un serio daño en la formación de su clientela al fundamentarse en una mentira, un engaño contra el estudiante; contra las entidades encargadas de la autorización de la enseñanza de una carrera y; contra el pueblo, futuro usuario de su producto.

Desde nuestro punto de vista, si de enseñar derecho romano se trata, ha de ponerse al estudiante en contacto con normas del derecho romano. Estas normas se encuentran en una bibliografía numerosa a disposición del público.

Es especialmente prolija la descripción del *ius romanorum* en la comedia latina arcaica. En este ámbito de la literatura, el estudiante puede encontrar una fuente de gran valía para el conocimiento de la práctica y vivencia del derecho. Por ejemplo, la riqueza del *Rudens*

plautino es considerable al parodiar en una escena el rito de un proceso arbitral. Propiamente debió ser un proceso llevado ante el llamado Tribunal de los *recuperatores*, pero Plauto lo ofrece como un arbitraje en la escena cuarta del acto cuarto. En esa obra, también figuran diversas apelaciones a temas legales como el depósito (verso 1005) o las leyes urbanas (verso 1022). Hacia el verso 1230, existe una amplia discusión sobre el problema de la ocupación y la pesca como formas de adquisición de la propiedad; igualmente, figura el problema de la liberación de esclavos (verso 928) junto a rápidas secciones de la *in ius vocatio* (608 y 855). Merece especial atención el dominio de los amos sobre los bienes de los esclavos, factor sobre el cual se construye la burla central de la última escena de la comedia (versos del 1380 al 1390).

A diferencia de la anterior, el *Stichus*, también de Plauto, no pone en escena rituales legales. No obstante, no le son ajenos los motivos jurídicos. El ejercicio de la patria potestad sobre las hijas casadas (verso 50), el tema del divorcio (151), la subasta de bienes (200), la reintegración de la dote (205) y la prescripción por desuso (240), tapizan el desarrollo de la trama.

Trinummus, por su parte, es una comedia que desarrolla con relativa amplitud la vivencia del derecho en las relaciones de confianza. En medio de un tono serio y moralizante, expone la fidelidad en los negocios (155-180) característica de la fiducia (nuestra actual fianza), la problemática de dotar a una hija en medio de una situación de pobreza (375-393) y el deshonor que conllevaba (614 y 678), así como la práctica del convenio de los esponsales (440-460, 570-580 y 1160-1165). Esta comedia es particularmente valiosa por las relaciones que establece, tal vez en términos casi filosóficos, entre las costumbres, buenas y malas, y el derecho (225-275, 280-330 y 1035-1045).

El contenido de carácter jurídico en este autor, al igual que en otros escritores romanos, son cuantiosos.

En un subgénero de la comedia romana arcaica, la togata, se encuentran presentes cuantiosos títulos comprometidos con el derecho romano de la época: *Abducta* (La raptada), *Auctio* (La subasta), *Crimen* (La acusación), *Deditio* (La capitulación), *Depositum* (El depósito), *Divortium* (El divorcio), *Emancipatus* (El emancipado), *Exceptus* (El recogido), *Libertus* (El liberto), *Prodigus* (El pródigo), *Talio* (La ley del talión) son una clara manifestación del conocimiento y familiaridad que tuvieron sus autores con la realidad jurídico-social romana, expresión que no permite dudar del marcado realismo del subgénero. Esta tradición jurídica romana es un evidente componente de la cotidianidad

que puede atraer la atención de muchos estudiantes. En este mismo orden de ideas, a manera de ilustración, puede estudiarse el tema de la familia a través de títulos de comedias relativas al parentesco, tales como *Aequales* (Los de igual edad), *Consobrini* (Los primos hermanos), *Divortium* (El divorcio), *Emancipatus* (El emancipado), *Exceptus* (El recogido), *Fratrariae* (Las cuñadas), *Libertus* (El liberto), *Mariti* (Los maridos), *Materterae* (Las tías maternas), *Privignus* (El hijastro), *Sorores* (Las hermanas), *Vopiscus* (El gemelo superviviente).

4. LA LITERATURA COMO FUENTE

Estas breves referencias; empero, acreditan que la literatura constituye una fuente importante para el conocimiento y la enseñanza del derecho romano. Metodológicamente, al apoyar la enseñanza del derecho con su estudio, se alcanza un valor agregado en el proceso: se enseña cultura.

Por otra parte, al complementar su estudio con la literatura, el estudiante aprende a conocer mejor su lengua. El lenguaje del derecho es siempre fiel reflejo de la sociedad y del momento histórico al que corresponde. Gran parte del léxico jurídico, no sólo el empleado entre los romanos, sino el que existe en la actualidad, encuentra su origen en la Roma primitiva. Desde una perspectiva lingüística, esta comunidad empleaba un latín arcaico, el cual nutrió las principales instituciones del derecho.

Este latín arcaico identificó una sociedad netamente agraria, religiosa, militar y política, facetas que se vieron reflejadas en el léxico jurídico.

En el estudio de las familias léxicas latinas y su evolución a las lenguas romances, se encuentra un importante aliado en la enseñanza del latín jurídico. Las conexiones léxicas permiten ofrecer al estudiante una visión dinámica de la lengua latina, en lugar de las formas rígidas de los casos, sus declinaciones y las conjugaciones verbales. Las múltiples variaciones semánticas que una palabra del habla cotidiana latina asumió en distintos contextos lingüísticos no sólo pueden contribuir a despertar el interés del estudiante, y del profesor, en el estudio del latín, sino que forman parte de la concepción bajo la cual *conocer el significado de una palabra es conocer sus posibles usos* (SEARLE 1990: 26).

Descubrir que *ius* podía significar tanto *ley* como *salsa*, o que la forma *tribus*, caso particular de un numeral, estaba emparentado con la forma fundamental de organización socio-política romana y el establecimiento de los impuestos, ofrece un panorama sumamente amplio en

el estudio de la lengua y, sin lugar a dudas, hará posible que nuestros estudiantes conozcan el latín desde sus mismas entrañas en lugar de externamente.

La fuerza de este latín marcó una impronta en la vida del derecho, ya que se mantuvo a través del tiempo. Así lo atestigua Gayo en sus Instituciones hacia finales del siglo II de nuestra era, al explicar la *actio fruti prohibiti*:

Quid sit autem licium, quesitum est; sed verius est consuti genus esse quo necessariae partes tegerentur.

—¿Qué sea el licium?, es discutido, pero posiblemente sea un tipo de mandil para cubrirse las partes debidas— (GAYO. (1990): III, 193 —el numeral romano corresponde al libro de la obra y el arábigo al número de párrafo, esto de acuerdo con las normas más usadas para la cita de esta obra).

El *licium* parece haber sido una especie de hilo (así Plinio y Virgilio), cuerda (Virgilio y Ovidio) o cordón. Sin embargo, no cabe duda de que, para la época de Gayo, o se desconocía su significado, o, al menos, era dudoso. Este pasaje tiene relación con el fragmento 15.b de la *Tabula VIII* de la Ley de las Doce Tablas, en el que se conserva la expresión *luce et licio*. Esto acredita la pervivencia de la lengua, en su fase primitiva, a lo largo del tiempo.

La ecuación lengua-derecho-poder configuró una fuerza centrípeta (en sentido Bajtiniano) que garantizaba la conservación del sistema jurídico y lingüístico. En este proceso, el carácter religioso que tuvo en sus orígenes y las valencias asociadas al respeto del *mos maiorum* (las costumbres de los antepasados), consolidaron una estructura de convenciones que haría casi intangible los contenidos de las normas del derecho romano, proceso reflejado en su lengua.

Para los estudios de la lengua y la literatura, el derecho representó una de las primeras muestras de subordinación en la lengua escrita: ante las tradicionales fórmulas de cantos, oraciones y lápidas conservadas, como los cantos saliares o los arvaes, la ley, por su estructura semántica y sintáctica, exigía romper con el discurso construido sobre la base de oraciones simples o coordinadas.

5. PROPUESTA METODOLÓGICA

En relación con la segunda categoría de fuentes (textos jurídicos escritos por los romanos, es decir, literatura jurídica) es importante

trabajar con las Instituciones de Gayo –citadas anteriormente-. Este libro es una especie de Código de Derecho Romano, cuyo uso permitirá al alumno tener acceso directo a las instituciones romanas de manera independiente respecto del criterio de su profesor y, sobre todo, de los romanistas, pues no se verá constreñido por una interpretación privilegiada, al poder leer y realizar cuestionamientos por sí mismo –con el apoyo bibliográfico pertinente–.

De esta forma, el alumno puede desarrollar habilidades en lo concerniente al manejo de citas legales, puesto que estudiará un *código de derecho romano*. El propio curso podría adquirir independencia en sus contenidos al no fundamentarse en la visión ofrecida por un autor moderno específico –no habría compromisos institucionalizados con tal o cual interpretación del derecho romano–.

Esta dinámica en el aprendizaje llevaría a que el alumno aprenda a razonar, a tomar decisiones, a discutir, en un ambiente jurídico sin compromisos, gracias a que dicha comunidad juega entre lo ficticio y lo real, es decir, lo ausente.

Al profesor corresponderá establecer las relaciones pertinentes con el derecho costarricense, aunque eventualmente el alumno estará en capacidad de realizarlas con una debida planificación, todo lo anterior en procura de propiciar la definición de modelos para trabajar en contextos de derecho comparado –derecho romano vs. derecho costarricense–.

Este proyecto es sumamente ambicioso y está indudablemente sometido a las vicisitudes del profesor y de la composición del grupo estudiantil. Empero, promete ser una experiencia vivificadora a nivel académico y docente, tanto para el alumno como para el profesor.

Uno de los presupuestos para el éxito de la propuesta es asumir que todos los miembros de la clase son abogados de derecho romano, lo cual, gracias a la ausencia de mecanismos institucionales que sostengan lo contrario, es perfectamente admisible y permite, en alguna medida, desarrollar un ambiente de igualdad, aunque la relación profesor (autoridad) alumno siempre se mantenga.

Como propuesta acorde con las observaciones precedentes, a continuación ofrezco el contenido general de un futuro programa para el curso de *Derecho romano*, con el propósito de que sirva de modelo para la discusión en los círculos pertinentes.

ANEXO

PROGRAMA DE DERECHO ROMANO

FACULTAD DE DERECHO

CÓDIGO: DE-2004 y DE-2008

CRÉDITOS: 2

1. METODOLOGÍA

Este es un curso de derecho romano de carácter activo. Su eje es el estudio del derecho romano clásico compendiado en las Instituciones de Gayo y la manera como lo vivieron los romanos, atestiguada por la literatura romana.

La pauta metodológica usada en ambos semestres abordará el análisis, en talleres grupales de los alumnos, de casos históricos del derecho clásico y, primordialmente, posclásico. Además, metodológicamente los estudiantes elaborarán cuadros comparativos y esquemas de las instituciones del derecho del período seleccionado y del costarricense.

2. RELACIÓN CON OTROS CURSOS DE LA FACULTAD

Este curso pretende servir como introducción a las instituciones jurídicas a abordar por las cátedras de Obligaciones, Contratos, Derecho Procesal, Juicios Universales, Mercantil.

Además, procura desarrollar destrezas generales en el estudiante para su posterior desenvolvimiento profesionales, entre otras: manejo de citas, estructuras de razonamiento jurídico, técnicas de discusión en grupo.

3. OBJETIVOS

Al finalizar el curso, el alumno será capaz de:

1. Resolver oralmente o de forma escrita conflictos técnicos de derecho romano clásico.
2. Establecer las diferencias entre los análisis de las principales escuelas de derecho romano clásico.
3. Sistematizar las normas y principios jurídicos de las instituciones fundamentales del derecho privado.

CAMPOS VARGAS: La literatura en la enseñanza del Derecho romano...

4. Brindar las citas precisas de los antecedentes romanos más destacados de las instituciones jurídicas de los derechos contemporáneos.
5. Manejar adecuadamente la terminología fundamental del derecho privado.

4. CONTENIDOS GENERALES

I SEMESTRE: Fuentes del derecho romano, sujetos del derecho, derechos reales, obligaciones.

II SEMESTRE: Contratos, derecho sucesorio, procedimiento civil.

5. EVALUACIÓN

La evaluación consistirá en una serie de talleres y dos exámenes –uno parcial y otro final–.

Los talleres tendrán lugar preferentemente dentro del aula, aunque en alguna oportunidad podrán realizarse en casa.

Los trabajos serán grupales –de no más de 4 integrantes–, y consistirán en la resolución de una serie de conflictos jurídicos, la sistematización de algún conjunto de normas, el análisis de algún dictamen legal, a elección del profesor.

El informe de los resultados será evaluado de manera oral ante el grupo.

El examen parcial y el final serán orales y tendrán lugar en la fecha programada por la Facultad. Sus contenidos serán especificados por el profesor encargado de curso cuando menos 8 días antes de su celebración.

TALLERES: 40%

PRIMER PARCIAL: 30%

FINAL: 30%

BIBLIOGRAFÍA

- ARMIJO SANCHO, Gilberth, 1984. *La Facultad de Derecho en la Universidad de Santo Tomás*. Tesis de grado para optar al título de Licenciado en Derecho.
- BAJTIN, Mijaíl, 1995. *La cultura popular en la Edad Media y en el Renacimiento. El contexto de Francois Rabelais*. 4a. reimpresión, Alianza Editorial, S. A., Madrid.
- BASCUÑAN VALDEZ, Aníbal, 1964. *Evaluación de los estudios jurídicos en la Universidad de Costa Rica*. Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, Serie Documentos de Trabajo, No. 2.
- FRONDIZI, Risieri. *La Universidad en un mundo de tensiones*. Misión de las universidades en América Latina, Editorial Paidós.
- GAYO, 1990. *Instituciones, edición bilingüe*, reimpresión de la 1a. edición, Editorial Civitas, S. A., Madrid.
- GOLDSTEIN, Daniel, 1989. *Biotecnología, Universidad y Política*. 1ª. edición, Siglo Veintiuno Editores, S. A., México.
- LÓPEZ LÓPEZ, Aurora, 1983. *Fabularum togatarum fragmenta*. 1a. edición, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca.
- PÉREZ LEDO, Juan A., 1996. *El movimiento Critical Legal Studies*. Editorial Tecnos, S. A., Madrid.
- PLAUTO, 1994. *Comedias I*. 4a. edición, Ediciones Cátedra, S. A., Madrid.
- PLAUTO, 1995, *Comedias II*, 1ª. Edición, Ediciones Cátedra, S. A., Madrid.
- RIBEIRO, Darcy, 1971. *La Universidad Latinoamericana*. Universidad Central de Venezuela.
- SEARLE, John, 1990. *Actos de habla*. 3ª edición, Ediciones Cátedra, S. A. Madrid.
- SERRES, Michel, 2002. *Lo Universal en contra de un particularismo llamado mundialización*, conferencia dictada en el Coloquio Diversidad Cultural y Mundialización. Universidad de Costa Rica, 18 de setiembre del dos mil dos, material fotocopiado.

**UN ESTUDIO SOBRE LA TRADICIÓN
COMO MODO PARTICULAR DE ADQUISICIÓN
DE LOS DERECHOS REALES**

Lic. Farid Naben Cordero Campos^(*)

Abogado costarricense

(Recibido 30/10/06; aceptado 25/06/07)

(*) Teléfono 865-0394.
e-mail: faridnaben@

RESUMEN

El presente estudio analiza lo referente a la tradición como legítimo modo particular de adquirir el derecho real de dominio. A su vez, analiza los Sistemas de Adquisición de los Derechos Reales y relaciona éstos con la figura de la tradición, relación que es necesaria para efectos de comprender el Sistema de Adquisición adoptado por la legislación costarricense, el cual se concluye, reúne características de los tres sistemas estudiados. No se deja de lado el estudio de las clases de tradición existentes.

Palabras clave: derechos reales, dominio, bienes muebles, bienes inmuebles.

ABSTRACT

This essay analyzes the *traditio* figure as a legitimate, particular way to acquire the real right of property. Additionally, this research analyzes the Systems of Acquisition of Real Rights and relates them to the *traditio* figure. This relation is necessary to understand the acquisition system adopted by Costa Rican laws. It is concluded that our Acquisition System brings together characteristics of the three systems studied, although it does not exclude the study the different existing *traditio* types.

Key words: real rights, dominion, real property, personal property.

SUMARIO

1. Prolegómenos
2. Breve Relato Histórico de la Traditio
3. Sistemas de Adquisición de los Derechos Reales y Relación con la Tradición
 - 3.1. Sistema Consensual, Francés o Nudo Consensu
 - 3.1.1. Crítica al Sistema del Nudo Consensu
 - 3.2. Sistema del Título y del Modo o Español
 - 3.3. Sistema Alemán o traspaso por la sola tradición o inscripción
4. Sistema Costarricense
 - 4.1. El Nudo Consensu: Efecto Interpartes
 - 4.2. El Título y el Modo: Efecto frente a terceros con respecto a muebles
 - 4.3. Sistema Alemán: Exigencia de registrabilidad en bienes inmuebles
5. Clases de Tradición y Operatividad en Costa Rica
 - 5.1. Tradición Real o Efectiva
 - 5.2. Tradición Fingida
 - 5.2.1. Tradición Brevi manu
 - 5.2.2. Tradición por Constitutum Possessorium
 - 5.2.3. Tradición por el solo acuerdo de las partes
6. Cuasitradición
7. Conclusiones

Bibliografía

1. PROLEGÓMENOS

Dentro del estudio académico de los derechos reales se encuentra lo relativo al ciclo de vida de los mismos; este tema explica la manera de cómo nacen, se adquieren, se transmiten y llegan a extinguirse estos.

Sabiendo en que consiste este ciclo de vida, y para efectos del presente trabajo, importa la adquisición de los derechos reales, por ser ésta, el efecto que produce la figura a estudiar: La Tradición.

El tratadista español ALBALADEJO, define la tradición de la siguiente manera:

“La tradición consiste en la entrega de la posesión de la cosa con el ánimo del que da (tradens) y del que recibe (accipens) de transmitir y adquirir respectivamente el derecho (propiedad, usufructo u otro que sea) sobre ella”.⁽¹⁾

Con respecto a la tradición como modo de adquirir los derechos reales, la misma constituye un modo derivado de adquisición;⁽²⁾ y en nuestro ordenamiento civil, son pocos los artículos que la regulan, tanto así que no goza de una ubicación dentro del Código Civil como Título del mismo, en comparación con otros modos de adquirir el dominio que sí se contemplan como Títulos, a saber: Ocupación, Adhesión, Sucesión, etc.

Es por esta razón que para el presente trabajo, se considera la tradición como un legítimo modo particular de adquirir el dominio, además de las razones que obedecen a las singularidades que en la ley

(1) ALBALADEJO (Manuel), *Derecho Civil, Derecho de Cosas*, Barcelona, Librería Bosch, 3era. Edición, T. III, Vol. I, 1977, p. 144.

(2) Para ARIAS RAMOS y ARIAS BONET, los modos derivados, tienen amplia relación con el hecho de que la adquisición del derecho se basa en un derecho precedente (de propiedad por ejemplo) que otra persona tenía sobre la misma cosa y que convierten una relación jurídica entre el que adquiere el derecho y el propietario precedente. ARIAS RAMOS (J.) ARIAS BONET (J.A.), *Derecho Romano*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, T. I, 14ª edición, 1977, p. 231.

se le asigna a esta figura, y que tienen que ver (como se verá infra), con la eficacia de la misma, dependiendo de que la cosa sea mueble o inmueble, o bien que la transmisión de esta sea interpartes o con respecto a terceros, particularidades que a su vez se relacionan con el Sistema de adquisición adoptado por el legislador civil costarricense.

2. BREVE RELATO HISTÓRICO DE LA TRADITIO

Resulta impropio y contrario a su historicidad ignorar el origen romano de la tradición, ya que no escapa ésta de formar parte de todas aquellas instituciones jurídicas que “heredamos” del derecho romano.

Nos relata MUÑOZ OBANDO, que los romanos clasificaron la tradición como un hecho con el cual la propiedad podía ser adquirida; este modo de adquisición era exclusivo para los ciudadanos romanos, era a título particular y adquirido; consistía en el acto por el cual se ponía en posesión real de una cosa, con intención de transferir su propiedad a otra persona que tenía la intención de adquirirla.⁽³⁾ Así, el solo acuerdo de las partes no bastaba para transmitir la propiedad, y fue constante en la legislación romana el principio: *TRADITIONIBUS ET USUCAPIONIBUS DOMINIO RERUM TRANSFERUNTUR, NON NUDIS PAGTIS.*⁽⁴⁾

Para que existiera tradición, la toma de posesión o entrega debía incluir también los elementos constitutivos de la misma: el CORPUS que era el hecho externo o material que con la cosa se ponía en disposición del adquirente, y el ANIMUS, que consistía en la doble intención de traspasar y adquirir el dominio. Además de estos elementos, exigía la tradición los requisitos de validez de cualquier acto análogo: poder de enajenar que requería que el tradente fuese dueño de la cosa, y capacidad de ejercitar su derecho real sobre la misma. De esta manera, era inválida la tradición del loco, el impúber, el pródigo interdicto y el menor de veinticinco años. Otros requisitos eran el poder de adquirir, justa causa o título y cosa transmisible en esa forma.⁽⁵⁾

(3) MUÑOZ OBANDO (Genaro), *La Tradición. Definición del Derecho*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda., 2da. edición, 1993, p. 29.

(4) *Ibid.*

(5) *Ibid.*, pp. 29-30.

La idea de la justa causa o título hacía referencia al acto de la enajenación que era previo a la tradición, como el mutuo, la venta, la permuta, etc. Eventualmente sin embargo, pasaba a un segundo plano este requisito ya que se daba el caso de la no existencia de causa alguna, como por ejemplo, el pago hecho por quien se creía deudor, no siéndolo realmente, y no obstante, la tradición valía por existir la doble intención de traspasar y adquirir el dominio; no siendo este el caso, la justa causa o título era indispensable.⁽⁶⁾

La tradición romana, progresivamente fue simplificando y desplazando las rigurosas solemnidades que se exigían en los modos de adquirir denominados “mancipatio” y la “in iure cessio”.⁽⁷⁾

Ya en el Derecho Justiniano, se conoce como único modo derivado de adquirir la propiedad la traditio. CASTAN TOBEÑAS nos dice:

“los autores de las compilaciones justinianas, suprimieron totalmente de los textos recogidos en ellas, las referencias de la mancipatio y a la in iure cessio.”⁽⁸⁾

Como modo de adquirir la propiedad, la tradición sufre una inadaptabilidad, para modernas legislaciones con el surgimiento de las ideas francesas de adquisición consagradas en el Código de Napoleón, ya que este se aparta del sistema romano, consagrando el principio de la transmisión de la propiedad por el sólo acuerdo de las partes; pero

(6) *Ibid.*, pp. 30-31.

(7) ARIAS RAMOS (J.) ARIAS BONET (J.A.). La “mancipatio” era un modo de adquirir la propiedad derivado, el cual sólo los ciudadanos romanos o determinados tipos de comerciantes podían utilizar y además era sólo sobre las cosas mancipi que comprendían los fundos, esclavos y animales de tiro y caza. Por su parte. La “in iure cessio” como modo derivado de adquisición de la propiedad era sumamente formal y consistía en que varios testigos observaban una balanza la cual era golpeada en uno de sus planos por el futuro adquirente, quien pronunciaba una fórmula solemne en la cual manifestaba que adquiriría conforme a derecho; la cosa mueble debía estar presente, la inmueble, con algún objeto que la simbolizara era entregada. *Op. cit.*, pp. 245-247.

(8) CASTAN TOBEÑAS (José), *Derecho Civil Español Común y Foral*, Madrid, Editorial Reus, 11ª edición, T. II, 1978, p. 243.

no por esto la tradición deja de tener relevancia puesto que sigue teniendo vigencia en muchas legislaciones dentro de la cuales se encuentra Costa Rica.

3. SISTEMAS DE ADQUISICIÓN DE LOS DERECHOS REALES Y RELACIÓN CON LA TRADICIÓN

3.1. Sistema Consensual, Francés o Nudo Consensu

Antes de definir propiamente este sistema, es fundamental para la comprensión del mismo ubicar su origen, el cual se enmarca dentro del Derecho Justiniano. Es en esta época, y con la aparición de la formas fingidas de la tradición –ficciones que recaen sobre el elemento material de la misma (corpus) que es la entrega de la cosa– que la tradición va rezagándose y abre paso para que en la praxis de la legislación justiniana, se inicie el sistema de transmisión de la propiedad por el simple consentimiento de las partes, retomado luego por el derecho francés.

Al respecto nos dice CASTAN TOBEÑAS:

“El elemento material de la tradición es ya muchas veces en esta época una mera ficción en algunos casos rebasada del todo”.⁽⁹⁾

En este mismo sentido, DÍEZ PICAZO y GULLON manifiestan:

“La doctrina de la transmisión consensual del dominio tiene su origen en la progresiva espiritualización que el requisito de la traditio real, se admitieran muy pronto formas de tradición simbólica, y aún de tradición ficticia-traditio brevi manu, constitutum possessorium, etc., de tal manera que se puede decir que la traditio conservaba su valor puramente teórico pero en la práctica era la voluntad de las partes la que determinaba la transmisión”.⁽¹⁰⁾

(9) *Ibid.*, p. 242.

(10) DÍEZ PICAZO (Luis) GULLON (Antonio), *Sistemas de Derecho Civil, Derecho de Cosas*, Madrid, Editorial Tecnos, 2da. edición, T. VIII, 1977, p. 149.

El Sistema Francés, admite que el dominio sea transmitido por el acuerdo consensual. El Código Civil francés se rige por el principio de la transmisión por el simple consentimiento, es la convención la que produce como efecto que se transmita y se adquiera la propiedad; lo único que es suficiente para que el adquirente se convierta en propietario, es la concordancia de voluntades expresadas.⁽¹¹⁾

Al respecto refiere ALBALADEJO:

“Suprimida la necesidad de tradición, el contrato es por sí sólo modo de adquirir los derechos reales. Se funden en él, el título y el modo”.⁽¹²⁾

CASTAN TOBEÑAS afirma que con la entrega del bien lo que se desplaza es la posesión de hecho, puesto que el derecho real de antemano había sido adquirido al concluirse el contrato, por lo que el Código Francés, dio al traste con la teoría del título y el modo, estableciendo que en relación con la propiedad simplemente se adquiere por el contrato.⁽¹³⁾

Así, en el Sistema Francés la tradición pasa a ser una simple ejecución de una de las obligaciones contraídas por el transmitente que consiste en poner el bien en disposición del adquirente.

3.1.1. Crítica al Sistema del Nudo Consensu

Son varios los autores que critican el Sistema Francés, tomando en cuenta que si bien es cierto, el hecho del contrato surte eficacia plena en relación con las partes contratantes, frente a terceros esto no sucede, por lo que la ley se ve en la necesidad de establecer requisitos con la finalidad de evitar fraudes.

(11) ALVARADO CÉSPEDES (Aída), *Efectos Jurídicos de la tradición de los bienes muebles en Costa Rica*. Tesis de grado para optar al título de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1986, p. 91.

(12) ALBALADEJO (Manuel). *Op. cit.*, p. 139.

(13) CASTAN TOBEÑAS (Manuel). *Op. cit.*, p. 244.

Sobre el particular se refiere DE COSSIO:

“Esta doctrina presenta sus inconvenientes notables: de una parte, puede ocurrir que las partes que celebren un contrato de finalidad transmisiva del dominio no quieran o no puedan de momento crear un derecho real, si no simplemente la obligación de constituirlo en el futuro, piénsese en la venta con reserva de dominio, o en la venta de cosa ajena. De otra parte y dado el principio de relatividad de los contratos, no se comprende como en virtud de ese mero consentimiento, si no va unido de alguna forma que suponga un mínimo de publicidad pueda llegar a vincular los terceros para respetar ese derecho real”.⁽¹⁴⁾

3.2. Sistema del Título y del Modo o Español

Si existe hoy día una legislación en donde la traditio sea concebida con la importancia que se le daba a esta en el derecho romano como modo de adquirir los derechos reales, esa es la española. El sistema español se inspira en la traditio romana, tomando el fundamento de la existencia de un título y un modo como requisitos de validez para la transmisión efectiva del dominio.

De esta manera, se adquiere la propiedad por medio de la tradición o entrega efectiva de la cosa, sin que esta baste para transferir el dominio, puesto que se requiere de una justa causa o título como precedente.

El dominio será transferido, por esta teoría, una vez dada la tradición en concreto.

Debe existir un título, entendido como la causa de transmisión ; y debe existir también un modo que es propiamente la transferencia y adquisición del derecho real por el adquirente en forma concreta.⁽¹⁵⁾

(14) DE COSSIO (Alfonso), *Instituciones de Derecho Civil II*, Madrid, Editorial Alianza, 1975, p. 561.

(15) ALVARADO CÉSPEDES (Aída). *Op. cit.*, p. 73.

Las ideas del título y el modo de la teoría romana, fueron ampliadas en la Edad Media y a principios de la Moderna, otorgándole a la tradición condición necesaria para transferir el dominio, para todos los casos de adquisición, y a todos los derechos reales, con contadas excepciones como derecho de hipotecas, servidumbres negativas, adquisiciones por última voluntad.⁽¹⁶⁾

Todo lo anterior queda claro con la explicación de DÍEZ PICAZO y GULLON:

“La llamada teoría del título y el modo, que es tradicional en nuestra doctrina jurídica y que puede decirse que en muy buena medida inspira la regulación de nuestro Código civil, nace de la interpretación causalista de la traditio romana... la traditio por sí sola no sirve para transmitir el dominio si no va precedida de un negocio jurídico antecedente, que justifica la transmisión... es necesaria pues la yuxtaposición de dos elementos en un supuesto complejo de formación sucesiva: el contrato antecedente al que se llamará causa remota, vista causa o títulos; y el traspaso posesorio que será la causa próxima o el modo de adquirir. Si únicamente ha existido el título, habrá una simple relación con puro valor obligacional, si únicamente ha existido traditio no fundada en un justo título, hay un traspaso posesorio pero no verdadera transmisión de la propiedad.”⁽¹⁷⁾

Es efecto de la tradición, la adquisición del dominio, siempre y cuando se reúnan los requisitos de validez hasta aquí estudiados: el título y el modo. Vemos que ambos requisitos deben concurrir, puesto que el contrato por sí solo no transmitiría el dominio, sólo hará nacer un derecho de crédito; y la tradición por sí sola sin justa causa, lo que transmite es la posesión y no el dominio.

(16) *Ibid.*, p. 72.

(17) DÍEZ PICAZO (Luis) GULLON (Antonio). *Op. cit.*, p. 149.

3.3. Sistema Alemán o traspaso por la sola tradición o inscripción

Se refiere ALVARADO sobre este sistema, indicando que el mismo separa la unión existente entre el modo de adquirir y el título, para la transmisión del dominio sobre un bien.⁽¹⁸⁾ Es decir, hay que independizar el título del modo. Interesa solo el modo y no el título.

La comprensión de este sistema resulta complicarse por lo abstracto del llamado “acuerdo real”, se explicará a continuación su significado.

Si para el Sistema Español, se requiere del título y del modo para transferir un derecho real, en el Sistema Alemán solo se requiere del modo, es decir la entrega de la cosa. Existe un acuerdo entre las partes llamado “acuerdo real” en el cual se manifiestan las voluntades de transmitir y adquirir, y a partir de ese acuerdo real, se debe dar la traditio.

La pregunta surge: ¿Acaso no es este acuerdo real lo mismo que el título o justa causa? La respuesta es negativa. El acuerdo real produce como efecto la adquisición del derecho real, complementado con la traditio, pero es independiente del contrato o negocio causal que lo origina.

Explica WOLFF:

“En Alemania, aunque el contrato de finalidad traslativa falte por inexistencia o invalidez hay transmisión por el solo efecto del acuerdo real abstracto completado por la inscripción constituida del mismo.”⁽¹⁹⁾

El mismo autor expone seguidamente:

“...la codificación alemana motivó que la comisión encargada de redactarla admitiese como base fundamental la independencia del llamado negocio

(18) ALVARADO CÉSPEDES (Aída). *Op. cit.*, p. 60.

(19) ENNECCERUS (Ludwig) KIPP (Theodor) WOLFF (Martin), *Tratado de Derecho Civil*, Barcelona, Editorial Bosch, V. I, 1934, p. 387.

real, respecto de la causa obligatoria que lo origina. El sistema de Código Alemán se basa siempre en el acuerdo abstracto traslativo (einigung) complementado con la traditio para muebles y con la inscripción en registro para inmuebles."⁽²⁰⁾

Así, cuando se trate de cosa mueble en el Derecho Alemán, se exigirá la entrega material del bien con base en el acuerdo previo (acuerdo real abstracto), pero si se trata de inmuebles, la inscripción del mismo es imprescindible y tendrá valor constitutivo.⁽²¹⁾

Se entiende que el consentimiento para el Sistema Alemán no basta para transmitir y adquirir el dominio, esto obedece a una protección que le pretende dar a los terceros. Explica ALVARADO: "...el consentimiento en Alemania por sí sólo no es suficiente para transmitir el dominio puesto que si esto sucediera, los acreedores del vendedor tendrían la posibilidad de dirigirse contra la cosa, aún después de venta, ya que el comprador tendría un derecho y no un dominio que excluyese la posibilidad de esas acciones."⁽²²⁾

4. SISTEMA COSTARRICENSE

Una vez estudiados los Sistemas de Adquisición de los Derechos Reales, es objetivo de este aparte identificar el sistema de adquisición que ha sido adoptado por nuestra legislación, mismo que en lo particular rescata elementos y características de los tres sistemas analizados.

No en vano se estudió el Sistema Francés primero, siendo éste el que rige la normativa costarricense en la actualidad; así encontramos en nuestro Código Civil conceptualizado a cabalidad el sistema que rige en Francia.⁽²³⁾

(20) WOLFF et al. *Op. cit.*, p. 386.

(21) ALVARADO CÉSPEDES (Aída). *Op. cit.*, p. 70.

(22) *Ibid.*, p. 69.

(23) Importante se hace recordar el origen e inspiración de nuestro Código Civil, inspiración que recae sobre el mismo Código Napoleónico Francés, aunque las razones de nuestro sistema para adoptar el nudo consensu, no se limitan sólo al cuerpo legal que fue modelo, sino también a razones de conveniencia y práctica, no en vano, nuestro sistema de adquisición de reúne elementos de los tres sistemas estudiados.

4.1. El Nudo Consensu: Efecto Interpartes

Establece el artículo 480 del Código Civil:

“La propiedad de muebles e inmuebles se transmite con relación a las partes contratantes, por el solo hecho del convenio que tenga por objeto transmitirla, independientemente de su inscripción en el registro y de la tradición”.⁽²⁴⁾

De acuerdo con el citado artículo, estamos frente el nudo consensu, porque se desprende del mismo, que con el solo hecho del convenio se transmite la propiedad, fundamento del Sistema Francés. Entonces, podríamos afirmar que la traditio, en Costa Rica no tiene relevancia, esta afirmación es incorrecta.

Este artículo, si bien es cierto, inserta el nudo consensu en nuestra legislación, hay que hacer la aclaración que el consentimiento tendrá efectos de transmisión del dominio solo entre partes, es decir, entre las personas físicas o jurídicas que concurren a contratar, tanto para muebles como para inmuebles.

Se concluye entonces que se transmite el dominio por el simple convenio, pero solamente surte efectos entre las partes contratantes, haciéndose irrelevante la traditio y la inscripción registral.

4.2. El Título y Modo: Efecto frente a terceros con respecto a muebles

¿Tiene relevancia la traditio en Costa Rica? En lo que interesa, expresa el artículo 481 del Código Civil:

“La propiedad de los muebles se adquiere eficazmente respecto de terceros, por la tradición hecha a virtud de un título hábil...”⁽²⁵⁾

(24) Código Civil, Art. 480.

(25) Código Civil, Art. 481.

Varios aspectos a destacar en esta artículo. En primer lugar queda claro que la traditio en Costa Rica es un verdadero modo de adquirir el dominio de bienes muebles.

Ahora, resulta que con respecto de terceros, es decir con respecto a aquellas personas que no forman parte del convenio, la tradición es un requisito de eficacia, para que el negocio válido surta todos sus efectos. Es decir, si la tradición de un bien mueble no ha sido efectuada, el tercero no podrá hacer valer su derecho con respecto a ese bien, puesto a que no hay efectos, se presentaría una ineficacia del acto, entendida esta (en sentido amplio) como la insuficiencia de un acto para producir efectos jurídicos.⁽²⁶⁾ Esto quiere decir que la transmisión de la propiedad mobiliaria se completa frente a terceros, únicamente con la realización efectiva de la tradición. Además, la tradición debe ser motivada por un título hábil, que no es más que la justa causa o simple título.

Se concluye y se acepta que la transmisión de muebles en Costa Rica, y frente a terceros, rige el Sistema del título más modo; haciendo la salvedad de los bienes muebles registrables como vehículos, aviones y naves. Estamos frente al Sistema Español, en donde la tradición opera como el modo, y el título hábil vendría a ser el contrato precedente.

De esta manera, la legislación civil costarricense previó que no se produjeran fraudes con respecto a terceros, crítica que se la hacía al Sistema Francés, ya que es la traditio la que llega a verificar el legítimo derecho que sobre la cosa tiene el adquirente.

4.3. Sistema Alemán: Exigencia de registrabilidad en bienes inmuebles

El Derecho Germánico en Costa Rica ha tenido influencia incuestionable y el hecho de que se exija la registrabilidad de los bienes inmuebles para que surta todos los efectos el derecho de propiedad, propiamente tiene raíz alemana.

Recordemos que fue precisamente el Código Alemán el que exigió para efectos traslativos de dominio de inmuebles la inscripción

(26) CARNELUTTI citado por PÉREZ VARGAS (Víctor), *Derecho Privado*, San José, Segunda Edición, 1991, p. 305.

de estos en el Registro y así se consignó en nuestro Código Civil, artículo 267:

“Para que la propiedad sobre inmuebles surta todos los efectos legales, es necesario que se halle debidamente inscrita en el Registro General de la Propiedad.”⁽²⁷⁾

A manera de conclusión, el sistema costarricense de adquisición de derechos reales es una combinación de los tres sistemas doctrinarios y legales. Como vimos, la propiedad tanto de muebles como de inmuebles se adquiere interpartes por el simple consentimiento, esto es el Nudo consensu; con respecto a muebles (salvo excepciones) y frente a terceros, por el Sistema Español; y con respecto a inmuebles se exige la inscripción de estos en el Registro, característica del Sistema Alemán.

5. CLASES DE TRADICIÓN Y OPERATIVIDAD EN COSTA RICA

Genuinamente, la tradición consiste en la entrega efectiva de la posesión de la cosa en poder del adquirente, sin embargo, (como vimos supra aparte 3) la tradición sufrió variantes a lo largo de la historia debido a la necesidad de agilizar el tráfico jurídico, hablándose inclusive de una “espiritualización” de la traditio, en detrimento práctico de su elemento corporal, lo que originó la adquisición de los derechos reales por el simple consentimiento, base del Sistema de adquisición francés ya estudiado.

ALBALADEJO en este sentido afirma:

“A tenor de lo expuesto, se sigue que en principio, la tradición es, según se ha visto, un complejo de dos elementos: entrega efectiva de la cosa y acuerdo sobre el traspaso del derecho sobre ella. Pero, subsistiendo siempre este segundo, el primero puede: o sustituirse por un traspaso de posesión, no como hecho sino como derecho... o incluso sustituirse por un simple acuerdo de los interesados u otorgamiento de escritura pública, sin necesidad de transferencia posesoria de ningún tipo”.⁽²⁸⁾

(27) Código Civil, Art. 267.

(28) ALBALADEJO (Manuel). *Op. cit.*, p. 146.

Son precisamente estas variantes de la traditio, las que han recibido el nombre de Clases de tradición en el tratamiento doctrinario y legal de la institución. Seguidamente se analizarán.

5.1. Tradición Real o Efectiva

Es la tradición genuina o propiamente dicha. La tradición real supone un poder efectivo sobre las cosas, aunque no es necesario que estas se aprehendan o se ocupen, basta con que se puede ejercer un poder físico sobre ellas.⁽²⁹⁾

PUIG BRUTAU en una referencia sobre la tradición real dice:

“Es un cambio de posesión por entrega de la cosa, por parte del tradens. La cosa se desplaza físicamente y al desplazamiento acompaña la intención de las partes de que se desplace el derecho sobre la misma en virtud de una causa o razón jurídica suficiente.”⁽³⁰⁾

La tradición real la contempla nuestro Código Civil en su artículo 482 párrafo 1:

“La tradición se realiza desde el momento en que el dueño hace entrega y el adquirente toma posesión de la cosa”.⁽³¹⁾

5.2. Tradición Fingida

El ejemplo clásico ayuda a su comprensión: Se da tradición ficta cuando el propietario de un bien, realiza la venta del bien, acordando con el comprador que seguirá poseyendo el bien materialmente, (por lo que tendría la posesión inmediata del mismo) por concepto de

(29) ALVARADO CÉSPEDES (Aída). *Op. cit.*, p. 145.

(30) PUIG BRUTAU (José) *Fundamentos de Derecho Civil*, Barcelona, Editorial Bosch, 2da edición, 1971, p. 350.

(31) *Código Civil*, Art. 482 párrafo 1.

arrendatario, así, el comprador adquiere la posesión como derecho (posesión mediata).⁽³²⁾

En la tradición fingida no hay traspaso del poder efectivo material de la cosa.

Suelen estudiarse diversas formas de tradición fingida.

5.2.1. Tradición Brevi manu

Afirma ALVARADO que hay tradición brevi manu cuando el bien se encuentra de antemano en poder del adquirente en virtud de otro título distinto.⁽³³⁾

¿Cómo se efectúa la transmisión del bien si ya el adquirente la tiene en su poder? En este caso la transmisión queda consolidada por el simple consentimiento.

Sobre este particular BRENES CÓRDOBA explica que la tradición se entiende realizada desde la fecha cierta del documento en que consta la adquisición.⁽³⁴⁾

La tradición brevi manu se encuentra regulada en el artículo 482 párrafo segundo del Código Civil que reza:

“Cuando el que ha de recibir la cosa la tiene ya en su poder por otro título no traslativo del dominio, el mero consentimiento de las partes importa tradición desde la fecha cierta del documento en que se haga constar.”⁽³⁵⁾

(32) ALVARADO CÉSPEDES (Aída). *Op. cit.*, pp. 148-149.

(33) *Ibid.*, p. 150.

(34) BRENES CÓRDOBA (Alberto). *Tratado de los Bienes*, San José, Editorial Juricentro, 7ma Edición, 2001, pp. 301-302.

(35) *Código Civil*, Art. 482, párrafo 2.

Otro ejemplo pude contribuir: Se arrienda un inmueble o un mueble a una persona, pero después se decide la venta del bien a la misma persona; en este caso no hay entrega porque esa persona ya tiene la posesión.

5.2.2. Tradición por *Constitutum Possessorium*

Sobre este tipo particular de tradición fingida ALBALADEJO afirma:

“Se da la tradición por constituto posesorio cuando el poseedor inmediato continua con la cosa pero pasando a reconocer la posesión mediata a otro. Por ejemplo, A le vende la cosa a B, pero A, la conserva como arrendatario”.⁽³⁶⁾

En este tipo de tradición, al igual que en la *brevi manu*, tampoco se realiza la entrega efectiva de la cosa, pues el bien ya se encuentra en poder del propietario (enajenante) quien pasa a recibirlo por otro concepto (arrendatario por ejemplo).⁽³⁷⁾

En nuestro Código Civil se regula la tradición en estudio en el artículo 482, párrafo tercero que dice:

“La cláusula en que el enajenante declara que en lo sucesivo tendrá la posesión de la cosa a nombre del adquirente, importará tradición sólo en el caso de que el convenio consta en instrumento público.”⁽³⁸⁾

Como vemos, se constituye la tradición por constituto posesorio siempre y cuando el convenio posesorio conste en un instrumento público. Importante resulta esta disposición, puesto que en caso de embargo del bien, el tercero podría rescatar el bien que ha sido

(36) ALBALADEJO (Manuel). *Op. cit.*, p. 149.

(37) GONZÁLEZ (Jerónimo), citado por ALVARADO CÉSPEDES (Aída). *Op. cit.*, p. 152.

(38) *Código Civil*, Art. 482, párrafo 3.

secuestrado a embargo, demostrando su derecho con dicho instrumento público.⁽³⁹⁾

Una vez más, por tratarse de un convenio, la tradición pierde importancia, aunque no existencia, puesto que queda subsumida por el simple consentimiento: el convenio posesorio.

La exigencia del instrumento público no equivale a tradición, sino que es sólo eso: una escritura pública, un medio de prueba.

BRENES CÓRDOBA dice que para este caso, la entrega se considera realizada desde la fecha del instrumento público en que consta la transacción.⁽⁴⁰⁾ Vemos como el tratadista nacional habla de un fecha cierta y no de la escritura en sí misma.

5.2.3. Tradición por el solo acuerdo de las partes

ALVARADO nos relata que en España, pese al sistema que impera, se autoriza otro tipo de tradición que surge por el sólo acuerdo de los contratantes si el bien no puede trasladarse a poder del adquirente.⁽⁴¹⁾

En este caso existe una imposibilidad material de entregar efectivamente la cosa. Si bien es cierto la posesión de hecho no se realiza, la simple puesta en disposición, consecuencia del acuerdo, surte los mismos efectos de la tradición, y así el adquirente podrá utilizar el bien en el momento en que lo crea oportuno.

(39) En una Tercería Excluyente de Dominio, que es un proceso sumarísimo que se realiza por vía incidental, el tercero puede intervenir en un proceso judicial formando parte de él, con la finalidad exclusiva de hacer levantar el embargo que pesa sobre un bien sobre el cual el tercero alega tener el dominio. Ejerce el tercero una verdadera acción reivindicatoria, siempre y cuando pruebe de manera indubitable su justo derecho sobre la cosa embargada; es aquí en donde cobra importancia la exigencia de constatar en instrumento público el convenio posesorio en caso de tradición fingida.

(40) BRENES CÓRDOBA (Alberto). *Op. cit.*, p. 302.

(41) ALVARADO CÉSPEDES (Aída). *Op. cit.*, p. 162.

Ahora, debido a que la tradición *brevi manu* y por constituto posesorio son reguladas por nuestro Código Civil, podríamos preguntarnos: ¿cuál disposición legal dentro del Código Civil regula este tipo de tradición fingida, por el simple acuerdo de las partes? ALVARADO opina que si para este caso, los efectos del solo convenio y la puesta en disposición del bien se equiparan a los efectos de la tradición, la misma pierde importancia, es por esto que esta última forma de tradición fingida es subsumida por el artículo 480 del Código Civil, en referencia con la transmisión consensual.⁽⁴²⁾

6. CUASITRADICIÓN

En palabras de CASTAN TOBEÑAS, la cuasitradición es:

“la tradición aplicada a las cosas incorporales o derechos. Por ejemplo el de servidumbre.”⁽⁴³⁾

Resulta que los derechos y bienes incorporales también pueden ser transmitidos y adquiridos; al ser la cosa incorpórea, es obvio que la transferencia se refiere a los derechos (como la posesión), y no la transferencia de la cosa.

Nuestro Código Civil, regula dicha tradición, reza la norma:

“La tradición de los derechos se verifica por la entrega de los documentos que sirven de título.”⁽⁴⁴⁾

Significa que debe existir un documento, un papel en el cuál se incorpora el o los derecho; y para transferir la posesión del derecho, debe traditarse dicho documento.

El segundo párrafo del citado artículo, expresa que con respecto a la tradición de un crédito cedido, esta no surte efectos legales respecto del deudor mientras no se notifique a éste la cesión, ni respecto de

(42) *Ibid.*, p. 164.

(43) CASTÁN TOBEÑAS (José). *Op. cit.*, p. 294.

(44) Código Civil, Art. 483, párrafo 1.

terceros, sino desde la fecha cierta de la cesión, salvo que el crédito fuere de aquellos que la ley permita se deban al portador del título o se transmitan por el simple endoso.⁽⁴⁵⁾

En este caso estamos frente al contrato traslativo de dominio denominado cesión, el cual perfectamente permite ceder créditos, siempre y cuando se cumplan con las exigencias que la ley regula respecto del mismo, a saber: notificación al deudor de la situación del nuevo acreedor, para que en lo sucesivo, la cancelación de la deuda se le haga a este y no al cedente.

Es precisamente la notificación, requisito indispensable para que la transmisión del crédito cedido surta efectos legales.

7. CONCLUSIONES

La tradición es un modo particular de adquisición del derecho real de dominio, y su eficacia depende de factores como el sistema de adquisición que se adopte, o bien a la naturaleza del bien, es decir sea este mueble o inmueble, o cosas incorpóreas o derechos para el caso de la cuasitradicción.

La tradición se origina como institución en el Derecho Romano, y alcanza su máxima expresión en el Derecho Justiniano en donde se le reconoce como único modo derivado de adquirir la propiedad, y en donde también nace la idea de la tradición por el simple consentimiento de las partes, idea retomada por legislaciones de inspiración francesa (nudo consensu) y que a la postre significó el debilitamiento de la tradición en su forma real.

Para el Sistema Francés de adquisición de los Derechos Reales, el dominio se transmite por el simple acuerdo entre las partes, por esto la tradición en este sistema se convierte en una simple obligación contraída por el transmitente.

Para el Sistema Español, sistema del título y del modo, la propiedad se adquiere por medio de la tradición o entrega efectiva de la cosa, siendo esto el modo, sin embargo el modo no basta para transferir el dominio, puesto que se requiere de una justa causa o título como precedente.

(45) Código Civil, Art. 483 párrafo 2. Ver en igual sentido *Ibid.* Art. 1104.

En este sistema, deben concurrir los dos requisitos, puesto que el contrato por sí sólo, es decir el título, sólo hará nacer un derecho de crédito, y la tradición por sí sola, es decir el modo, lo que transmite es la posesión y no el dominio.

En el Sistema Alemán de adquisición, para cosas muebles se exigirá la entrega de la cosa o tradición pero con base en el acuerdo previo abstracto, y para inmuebles la inscripción del mismo en necesaria.

El Sistema costarricense reúne características de los tres sistemas estudiados. Se transmite el dominio por el simple convenio entre las partes, pero los efectos de esa transmisión solo serán para esas partes que convinieron.

Para transmitir la propiedad de un bien mueble y con respecto a aquéllas personas que no son parte en el acuerdo, es decir terceros, se exige la tradición de la cosa en virtud de un título, estamos frente al sistema español. La razón de estas disposiciones es el evitar posibles fraudes que frente a terceros pudiera tener el negocio jurídico.

Para transmitir un bien inmueble en Costa Rica, se requiere indispensablemente que el mismo se encuentre inscrito en el Registro de la Propiedad, principio del sistema Alemán.

Nuestro Código Civil contempla las diferentes clases de tradición en sus artículos 482 y 483. En el primero se contempla la tradición real, y dos de los tres tipos de tradición fingida estudiados, a saber tradición *brevi manu* y tradición *por constitutum possessorium*; la tradición por el simple acuerdo entre las partes queda subsumida por el artículo 480, referente al nudo consensu. Por último el artículo 483 contempla la figura de la cuasitradicación, requisitos y efectos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO (Manuel), *Derecho Civil, Derecho de Cosas*, Barcelona, Librería Bosch, 3era. Edición, T. III, Vol. I, 1977.
- ALVARADO CÉSPEDES (Aída), *Efectos Jurídicos de la tradición de los bienes muebles en Costa Rica*. Tesis de grado para optar al título de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1986.
- ARIAS RAMOS (J.) ARIAS BONET (J.A.), *Derecho Romano*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, T.I, 14ª edición, 1977.
- BRENES CÓRDOBA (Alberto), *Tratado de los Bienes*, San José, Editorial Juricentro, 7ma. Edición, 2001.
- CASTÁN TOBEÑAS (José), *Derecho Civil Español Común y Foral*, Madrid, Editorial Reus, 11ava. edición, T. II, 1978.
- Código Civil*, Art. 480.
- DE COSSIO (Alfonso), *Instituciones de Derecho Civil II*, Madrid, Editorial Alianza, 1975.
- DÍEZ PICAZO (Luis) GULLÓN (Antonio), *Sistemas de Derecho Civil, Derecho de Cosas*, Madrid, Editorial Tecnos, 2da. edición, T. VIII, 1977.
- ENNECCERUS (Ludwig) KIPP (Theodor) WOLFF (Martin), *Tratado de Derecho Civil*, Barcelona, Editorial Bosch, V. I, 1934.
- MUÑOZ OBANDO (Genaro), *La Tradición. Definición del Derecho*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda., 2da. edición, 1993.
- PÉREZ VARGAS (Víctor), *Derecho Privado*, San José, Segunda Edición, 1991.
- PUIG BRUTAU (José) *Fundamentos de Derecho Civil*, Barcelona, Editorial Bosch, 2da. edición, 1971.

REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS

Definición de la revista

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

REQUISITOS PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS

1. Los artículos deben ser originales e inéditos.
2. El artículo no sobrepasará las 25 cuartillas tamaño carta y a doble espacio; y, se presentará con el tipo de letra *Times New Roman* en 14 puntos, las notas al pie de página en 12 puntos.
3. De cada artículo se presenta un original en papel y una versión electrónica (disquete o CD).
4. El título responde de manera concreta y específica al contenido del artículo. No extenderlo a más de ocho palabras.
5. El artículo se acompaña con:
 - a) Un resumen de seis líneas en español y en otro idioma.
 - b) Cinco palabras clave en español y en otro idioma.El autor es responsable de este punto 5.
6. Las páginas del artículo deben numerarse.
7. Cada trabajo presentado debe incluir la bibliografía utilizada. Esta se consignará al final y por orden alfabético del autor.
8. La bibliografía incluye los siguientes datos:
 - a) De libro: autor, año de la primera edición si está consignado, título del libro (subrayado), edición utilizada, ciudad, editorial, año, páginas.
 - b) De publicaciones periódicas: autor, título del artículo (entre comillas). Nombre de la publicación (subrayado), año, volumen, número, páginas.
 - c) De textos electrónicos: "Responsable principal. Título [tipo de soporte]. Responsable(s) secundario(s). Edición. Lugar de publicación: editor, fecha de publicación, fecha de actualización/revisión. Descripción física. (Colección). Notas. Disponibilidad y acceso [Fecha de consulta]. Número actualizado".

Ejemplo: "Library of Congress. *History and development of the Library of Congress machine-assisted realization of the virtual electronic library* [en línea]. [Washington, D.C.: Library of Congress], 15 June 1993. <gopher://lcmarvel.loc.gov:70/00/about/history> [Consulta: 5 mayo 1997]". (Fragmentos: *Norma ISO690*).
9. El autor del artículo debe indicar brevemente sus datos personales, profesionales, académicos, adscripción laboral, e-mail, teléfono y fax.

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

Impreso por
Litografía e Imprenta LIL, S.A.
San José, Costa Rica
www.lilcr.com
Tel. (506) 235-0011
381435

