

ISSN  
00347787

2006

ISSN  
00347787

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA  
FACULTAD DE DERECHO  
COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS

REVISTA  
de  
CIENCIAS JURIDICAS

110

SEPARATAS

SAN JOSE, COSTA RICA  
MAYO - AGOSTO  
2006



110





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.  
228 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
Lic. Ramiro Arauz Montero	Pro-secretario
Lic. Miguel Román Díaz, Coordinador de Enlace	Vocal 2
M.Sc. Gustavo Solís Vega	Secretario

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

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

Director y Editor

*Dr. Jorge Enrique Romero Pérez*

**UNIVERSIDAD DE COSTA RICA**  
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

**REVISTA  
DE  
CIENCIAS JURIDICAS**

**110**

SAN JOSE, COSTA RICA  
2006  
MAYO - AGOSTO

JUNTA DIRECTIVA  
COLEGIO DE ABOGADOS

2006

Presidente:

Lic. Marco Castro Alvarado

Vicepresidente:

Dra. Alejandra Castro Bonilla

Secretario:

M.Sc. Gustavo Solís Vega

Prosecretario:

Lic. Ramiro Salvador Arauz Montero

Tesorero:

Lic. Adolfo Durán Abarca

Vocal 1:

Licda. Luz María Bolaños Arias

Vocal 2:

Lic. Miguel Román Díaz

Vocal 3:

Licda. Cruz María Calvo Cuadra

Vocal 4:

Lic. José Daniel Alvarado Bonilla

Vocal 5:

Lic. Wilfred Arce Salas

Fiscal:

Dra. Ericka Hernández Sandoval

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. Herman Hess Araya

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 los artículos que se publican, se ubican en los campos del Derecho de menores, constitucional, criminología, civil, género, comercial, internacional, ciencia política y filosofía.

*El director - editor*

---

Nota: se hace la observación que en la Revista N° 108 del 2005, pág. 178, se debe leer, en el *abstract*: PRIETO SANCHIS, que son los apellidos del profesor español, al cual el artículo (*Principios y normas en la concepción del derecho de Dworkin, comentarios a las observaciones críticas de Luis Prieto Sanchis*) del profesor José Francisco Barth hace referencia.



## INDICE

	<i>Pág.</i>
<i>Presentación</i> .....	9
<b>Ensayos:</b>	
La protección pública de los menores extranjeros en situación de desamparo en España <i>Dra. María Paz Pous de la Flor</i> .....	13
La jurisprudencia constitucional y la regulación del mercado <i>Dr. Julio Jurado Fernández</i> .....	37
La autopsia psicológica <i>Dr. Alvaro Burgos Mata</i> .....	69
¿Es el derecho de retención un derecho real? <i>Lic. Jorge Jiménez Bolaños</i> .....	89
Hacia una perspectiva de género en las Ciencias Jurídicas <i>Licda. Laura Navarro Barabona</i> .....	119
Principios generales de UNIDROIT. El caso de Costa Rica <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i> .....	131
Aspectos puntuales sobre la disminución de la capa de ozono y la protección jurídica internacional <i>Prof. Bruno Manoel Viana de Araujo</i> .....	161
Ciencia Política: su origen y desarrollo en Costa Rica <i>Dr. José M. Rodríguez - Zamora</i> .....	177
Ética y filosofía del derecho en Kant y su influencia en la Declaración Universal de los Derechos Humanos <i>Prof. Víctor Alvarado Dávila</i> .....	199
Reseñas bibliográficas <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i> .....	219



**LA PROTECCIÓN PÚBLICA DE LOS MENORES  
EXTRANJEROS EN SITUACIÓN DE DESAMPARO  
EN ESPAÑA<sup>(\*)</sup>**

*M<sup>a</sup> Paz Pous de la Flor*

Doctora en Derecho  
Profesora Titular de Derecho Civil  
Vicedecana de la Facultad de Derecho  
UNED (ESPAÑA)

(Recibido 18/05/05; aceptado 05/04/06)

## **RESUMEN**

Las medidas de protección de los menores se han desarrollado en España a partir de dos normas fundamentales: la Constitución Española de 1978, artículo 39, y la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 1989, artículo 2.1.

**Palabras clave:** Derecho, niño, Estado, protección, menor de edad.

## **ABSTRACT**

The actions for minor protection have been developed in Spain, based on two primary bodies of laws: the Spanish Constitution of 1978, article 39, and the United Nations Convention on the Rights of the Child of 1989, article 2.1.

**Key words:** Law, child, State, protection, minor.

## **SUMARIO**

### Introducción

- A).- La actuación de las instituciones civiles tuitivas de los menores extranjeros no acompañados en España
  - 1.- La tutela administrativa como medida de protección pública de los menores en situación de desamparo
  - 2.- El acogimiento de menores como medida de protección pública de los menores en situación de desamparo



## INTRODUCCIÓN

Las medidas de protección de los menores se han desarrollado en España a partir de dos normas fundamentales, la Constitución Española de 1978, (art. 39)<sup>(1)</sup> y la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 1989, (art. 2.1).<sup>(2)</sup>

Estas normas fundamentales han conformado los principios rectores que constituyen el estatuto jurídico del menor como sujeto titular de derechos, en cuanto es considerado persona con capacidad jurídica plena y una capacidad de obrar limitada aunque con carácter progresivo para el ejercicio por sí mismo de esos derechos.<sup>(3)</sup> Y, asimismo, han proclamado la responsabilidad de los poderes públicos de diseñar y aplicar una política para la infancia que asegure la protección integral de los menores.

---

(1) Artículo 39 de la CE: *1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia...*

*4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.*

(2) La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño fue ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, de conformidad a lo establecido en el artículo 1.5 del C.c.: *Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado.* En similares términos se pronuncia la disposición del artículo 96.1 de la CE: *los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno.*

El artículo 2.1 establece: *Los Estados partes en la presente Convención respetarán los derechos enunciados en esta Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes.*

(3) RUIZ JIMÉNEZ: Curso la protección jurídica del menor. Madrid, 2001, p.p.29 a 52: *considera que la LO 1/1996, siguiendo el criterio jurisprudencial y doctrinal iniciado con anterioridad amplia las posibilidades de actuación del menor, respecto de la capacidad de obrar.*

En nuestro ordenamiento jurídico, para dar cumplimiento a este deber, se publica la LO 1/1996, de 15 de enero de Protección jurídica del menor. En ella se establece un sistema de protección de los menores calificado por la doctrina<sup>(4)</sup> como mixto, ya que se basa en la colaboración entre el ámbito de lo privado y lo público, las responsabilidades se comparten entre la familia y los poderes públicos.

Ahora bien, cabe preguntarse cómo se lleva esta política de cooperación de la familia y los poderes públicos, cuando se trata de menores extranjeros no acompañados, también, llamados niños inmigrantes, inmigrantes menores de edad, niños ilegales, niños de la calle, menores extranjeros solicitantes de asilo, etc.

En el año 1998 la Dirección General de Política Interior del Ministerio del Interior ya establecía que *el fenómeno de los menores no acompañados era relativamente reciente en España, si bien desde comienzos de la década de los años 90, esta situación dejó de ser simplemente una serie de casos aislados,*<sup>(5)</sup> para convertirse en el momento actual, año 2005, en un fenómeno de política social, económica y cultural de extraordinaria relevancia, que requiere de las instituciones competentes nuevos retos que garanticen el tratamiento jurídico y asistencial suficiente para atender la avalancha de extranjeros menores de edad e indocumentados, que, sin familia ni medios de vida, están accediendo ilegalmente a nuestro país por los más variados medios. Siendo necesario desarrollar una política coordinada y diligente entre las diferentes entidades competentes a nivel internacional, nacional y autonómico.

Dicho esto, ¿Qué se entiende por menor extranjero no acompañado?

---

(4) PALMA DE TESO: La protección de los menores por las Administraciones públicas, en obra colectiva Nuevos retos que plantean los menores al Derecho. II Jornadas sobre el Derecho de los menores. Madrid, 2004, p. 333.

(5) MAYORAL NARROS: Menores extranjeros no acompañados: situación jurídica y propuesta de acción, en obra colectiva Nuevos retos que plantean los menores al Derecho. II Jornadas sobre el Derecho de los menores. Madrid, 2004, p. 456.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, la Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, define en su artículo 2, f) al menor no acompañado como *el nacional de un tercer país o el apátrida menor de 18 años que llegue al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor; o cualquier menor al que se deje solo tras su entrada en el territorio de los Estados miembros.*

Por el contrario, el programa de Menores No acompañados en Europa, creado en 1997 a iniciativa del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados y Save the Children definen a los niños no acompañados como *aquel niño, menor de 18 años, que se encuentra fuera de su país de origen, separados de su padre y de su madre o de su anterior principal tutor legal/habitual.*

Ambas definiciones garantizan *el derecho que todos los menores* tienen a gozar de una protección común no discriminatoria a nivel mundial, mediante una amplia gama de instrumentos de protección asistencial, educacional, cultural, etc., por parte de las Administraciones públicas de cada Estado, teniendo en cuenta dos derechos fundamentales: la protección universal y el interés superior del menor como exige Naciones Unidas.

En el Estado español la LO 1/1996, de 15 de enero, en el artículo 10, proclama que *los menores tienen derecho a recibir de las Administraciones públicas la protección y asistencia necesaria para garantizarles el respeto de sus derechos y el desarrollo de su personalidad.* Este precepto es avalado por el propio Tribunal Constitucional en sentencia 141/2000, de 29 de mayo<sup>(6)</sup> al declarar que *la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, y la Resolución del Parlamento Europeo relativa a la Carta Europea de los Derechos del Niño que conforman junto con la LO 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor, el estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 39 de la CE, y muy en particular, en su apartado 4. A estos efectos, el estatuto del menor es, sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos.*

---

(6) STC núm. 141/2000 (Sala Segunda), de 29 de mayo. RTC 2000/141.

Con lo cual hay que reconocer que la protección pública tiene alcance general *a todos los menores* que se encuentren en territorio español, cualquiera que sea su origen o condición, artículo 1 de la LO 1/1996, de 15 de enero.

El ordenamiento jurídico español con esta política legislativa garantiza los derechos de los menores extranjeros en las mismas condiciones que si se tratará de un menor de nacionalidad española, sin embargo, hemos de alertar que no son ciudadanos españoles, estando, igualmente, sometidos a las disposiciones establecidas en la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, reformada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre y por la LO 14/2003, de 20 de noviembre y su Reglamento de Ejecución RD 2393/2004 de 30 de diciembre. Y en el supuesto de que solicitasen asilo, se les aplicaría la Ley 9/1994, de 19 de mayo reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado.<sup>(7)</sup>

Tradicionalmente, la condición de extranjero se ha definido por oposición al concepto de nacional, así *se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente ley, a los que carezcan de la nacionalidad española*, artículo 1.1 de la LO 4/2000, de 11 de enero. Sin embargo la participación de España como Estado miembro de la Unión Europea ha supuesto reconocer a cualquier ciudadano de la Unión el derecho a la libre circulación y residencia dentro de los límites territoriales de cualquiera de ellos, de este modo el artículo 2 de la Ley de Extranjería hace la salvedad de que *lo dispuesto en esta ley se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los Tratados internacionales en los que España sea parte*. Esto

---

(7) El derecho de asilo se encuentra en el temor fundado de persecución, que supondría la violación de derechos fundamentales de la persona, como la vida, la libertad o la integridad, por motivos de opinión política, étnicos, religiosos, nacionales o de pertenencia a un grupo social determinado, por parte del propio Estado o de algún agente social, en complicidad con el poder político o ante el cual éste es incapaz de proteger a sus ciudadanos. Este es el contenido fundamental de la más importante norma en materia de asilo como es la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, completada por el Protocolo de Nueva York de 1967, recogido en su artículo 1. Su principal consecuencia es el principio de no devolución, *non refoulemente*, del que solicita asilo al país de persecución o donde su vida o integridad puedan peligrar.

implica, como señalaba la Fiscalía General del Estado en su Instrucción 3/2003,<sup>(8)</sup> *que esta nueva nacionalidad supraestatal evidentemente no modifica el concepto tradicional de extranjería, pero sí que nos obliga a distinguir entre los nacionales de uno de los Estados de la Unión, que tienen un específico régimen jurídico, y los extranjeros propiamente dichos, o nacionales de países extracomunitarios.*

Independientemente de la consideración de extranjero que se otorgue, en uno u otro sentido, la normativa que hemos ido reseñando va dirigida a todos los menores sin distinción de origen nacional. No obstante, la realidad nos indica que el modo de aplicar e interpretar la misma no es equitativa cuando se trata de un menor extranjero de cualquier Estado de la Unión que un menor extranjero de un país no comunitario.<sup>(9)</sup> Tanto, es así, que en el caso de estos últimos, la política

---

(8) Derogada por la Instrucción 6/2004, de 26 de noviembre, sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados.

(9) De ahí que la Declaración de Buenas Prácticas que desarrolla el programa europeo para menores no acompañados detraigan como principios que deben regir en todos los ordenamientos jurídicos con respecto a los derechos que asisten a estos menores inmigrantes, y que deben conformar las actuaciones de las distintas Administraciones públicas, los siguientes:

1. El principio del interés superior del niño habrá de estar presente en cualquier actuación que se produzca y que pueda afectar al menor.
2. El principio de no discriminación: los menores no acompañados tienen derecho a recibir el mismo tratamiento y a disfrutar de los mismos derechos que los menores nacionales o residentes en el territorio. Cualquier consideración relativa a su condición de inmigrante deberá ser secundaria.
3. El derecho a la participación: Las opiniones y los deseos de los menores no acompañados deberán ser tenidos en cuenta a la hora de adoptar cualquier decisión que les afecte. Se han de establecer las medidas necesarias para facilitar su participación, de acuerdo con su edad y madurez.
4. El respeto de la identidad cultural: resulta sumamente importante que los menores no acompañados puedan mantener su lengua materna y los vínculos con su cultura y con su religión. La conservación de la cultura y del idioma también son muy importantes.

policial, tiende a considerarlos como extranjeros y no como menores, primando la repatriación a su país de origen, en lugar de la permanencia en el nuestro.<sup>(10)</sup> De ahí la necesidad urgente de determinar la condición de menor para que éste pueda gozar de la protección jurídica

- 
5. Intérpretes: en todas las entrevistas o a la hora de pedir acceso a servicios o procedimientos legales, los menores no acompañados deberán tener a su disposición a intérpretes debidamente formados que hablen el idioma preferido por ellos.
  6. Confidencialidad: se ha de procurar no revelar informaciones sobre un menor no acompañado que pudieran poner en peligro a sus familiares en su país de origen. Antes de revelar informaciones delicadas a otras organizaciones o personas, se deberá pedir al menos su conformidad, no pudiéndose utilizar la información para fines distintos.
  7. Información: los menores no acompañados deberán recibir la información disponible sobre sus derechos, los servicios que se encuentran a su alcance, el procedimiento de asilo, la búsqueda de su familia y la situación de su país de origen.
  8. La cooperación entre organizaciones: los organismos del Gobierno, las organizaciones y los profesionales involucrados en la prestación de servicios a menores no acompañados, deberán cooperar entre sí, para garantizar la protección del bienestar y los derechos de los menores no acompañados.
  9. Formación de profesionales: las personas que trabajen con menores no acompañados, deberán recibir formación adecuada sobre las necesidades y derechos de estos niños. El personal de la policía de inmigración o de frontera deberá recibir formación específica para realizar entrevistas.
  10. Durabilidad: las decisiones que se tomen sobre los menores no acompañados deberán tener en cuenta, cuando sea posible, el interés superior y el bienestar del menor a largo plazo.
  11. Plazos: todas las decisiones que se adopten en relación con los menores no acompañados, deberán tomarse en un plazo adecuado, teniendo en cuenta la percepción del tiempo en los menores.

(10) En este momento ha habido un notable cambio en el sentir de la Fiscalía General del Estado, pues al contrario de lo que proclamaba en la Instrucción 3/2003. La nueva Instrucción 6/2004 propugna: *La repatriación no es un objetivo absoluto que se haya de perseguir a toda costa; pueden estar en juego también los intereses, como la vida, la integridad física o psíquica y el respeto a los derechos fundamentales del menor, que pueden hacer que la balanza del interés superior de éste se incline finalmente en pro de su permanencia en nuestro país.*

que brindan las Administraciones públicas de los distintos Estados, y no aplicarles la ley de extranjería que con llevaría la repatriación o reagrupación familiar, casi de forma automática.

En España según la Instrucción de la Fiscalía 2/2001, de 28 de junio, cuando un menor se encuentra en desamparo, los Cuerpos especializados de menores, en este caso, los GRUME (Grupo de menores de Policía Nacional), y los Agentes Tutores de la Policía Municipal de las respectivas Comunidades Autónomas, deberán poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la situación del presunto menor, y ser trasladado a un centro de protección, para ello es necesario determinar su minoría, siendo estos cuerpos especializados los encargados de realizarle la prueba de identificación de la edad, de conformidad con el artículo 35.1 de la Ley de extranjería.

El método que se utiliza, en nuestro país, consiste en realizar una radiografía de la muñeca y mano izquierda del interesado que se comparan con unos estándares de referencia: radiografías de muñeca y mano izquierda de un segmento de la población de entre 10 y 19 años, descendientes de inmigrantes europeos en EEUU (Atlas GREULICH y PILE).

Actualmente, estos exámenes de determinación de la edad se hacen en los servicios médicos de hospitales adscritos al sistema de seguridad social, que tienen un servicio de 24 horas. Es un método sencillo y barato, pero con un margen de error muy grande, hasta de 18 meses. Tomando en consideración la escasa fiabilidad del mismo, la Fiscalía, en su Instrucción 2/2001, de 28 de junio, recomienda que se tenga en cuenta la edad mínima proporcionada por la horquilla de edad dada por los servicios sanitarios. Esto es, si los resultados sitúan al menor en una franja de edad de entre 17 y 19 años, se consideran que tiene 17 años.

Una vez determinada la condición de menor, el siguiente paso de actuación es competencia de las Instituciones civiles tuitivas que existen en los diferentes Estados.

### **A).- La actuación de las instituciones civiles tuitivas de los menores extranjeros no acompañados en España**

La protección de los menores es cosa de todos, además de la familia y las Administraciones Públicas, estamos vinculados todo el conjunto de la sociedad, de conformidad a lo establecido en el artículo 13.1 de la LO 1/1996, de 15 de enero: *toda persona o autoridad, y especialmente, aquellos que, por su profesión o función, detecten una situación de riesgo o posible desamparo de un menor, lo comunicarán a la autoridad o sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precisen.*

Está claro que el legislador estatal español han impuesto al ciudadano el deber de comunicar a las Administraciones públicas cualquier situación de riesgo o posible desamparo de un menor, sin embargo, no ha previsto ninguna medida sancionadora en caso de incumplimiento de este deber, circunstancia que no sucede en algunas legislaciones autonómicas, como en Cantabria, donde la ley 7/1999, de 28 de abril, de protección a la infancia y adolescencia, en el artículo 94 califica de infracción grave *no poner en conocimiento de la autoridad competente la posible situación de desamparo en que pudiera encontrarse un niño, niña o adolescente.*<sup>(11)</sup>

Ahora bien, para que el menor extranjero no acompañado tenga derecho a la protección del Estado español en las mismas condiciones que los menores españoles necesitan la declaración de que se hallan en situación de riesgo o desamparo.

Un menor se encuentra en situación de riesgo cuando existen una serie de factores que perjudican el desarrollo personal o social del menor, pero no tienen la suficiente gravedad para justificar su separación del núcleo familiar. En cambio, la situación de desamparo implica un mayor grado de desprotección, requiriéndose como medida de protección del menor la tutela por ministerio de ley.

---

(11) El artículo 96, de la citada ley, sanciona la infracción grave con una multa de 500.001 ptas. hasta 8 millones ptas. En términos similares, la ley Canaria 1/1997, de 7 de febrero, artículos 106 y 111, entre otras. Para mayor información, *vid.* POUS DE LA FLOR y TEJEDOR MUÑOZ (Coordinadoras), LASARTE ALVAREZ, DIAZ-AMBRONA BARDAJI, LEONSEGUI GUILLOT, RUIZ JIMÉNEZ y SERRANO GIL: Legislación Estatal y Autonómica sobre la protección jurídica del menor. Tres tomos. Madrid, 2003.

Por tanto, si el menor está en situación de riesgo, la Administración pública establecerá los servicios adecuados para tal fin como el ejercicio de la guarda, y en los casos de desamparo acordará la asunción de la tutela por ministerio de la ley, según dispone el artículo 12.1 de la LO 1/1996, de 15 de enero.

La mayoría de los menores extranjeros no acompañados se encuentran en situación de desamparo. No podemos olvidar que estos menores no llegan a través de los puestos fronterizos existentes, sino que lo hacen de forma ilegal y suelen ser interceptados por las Fuerzas o Cuerpos de Seguridad del Estado cuando ya se encuentran en territorio español. En este caso, como se trata de menores, los Cuerpos especializados, como ya indicamos anteriormente, son los GRUME (Grupo de menores de Policía Nacional), los Agentes Tutores de la Policía Municipal, y los educadores de calle.

No obstante, si llegarán a través de alguno de los puestos fronterizos, podría ocurrir dos cosas, o que hayan entrado acompañado y una vez dentro quedaran en desamparo, por cualquier circunstancia como la muerte o abandono de sus padres o tutores; o que no reunieran los requisitos necesarios para entrar al territorio español, solicitaran asilo y fueran declarados en desamparo por el Fiscal.<sup>(12)</sup>

En una u otra situación esta claro que la intervención de la Administración pública se hace imprescindible y deberá asumir la tutela del menor en situación de desamparo, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

Las Instituciones civiles tuitivas de protección a los menores que prevé la ley española, son:

La tutela ordinaria.<sup>(13)</sup>

La tutela administrativa o por Ministerio de ley.

---

(12) El artículo 1 de la ley española de Asilo y Refugio que desarrolla la Convención de Ginebra sobre el Estatuto del Refugiado de 1951, no establece ninguna discriminación por edad, por tanto, cualquier persona pueda pedir asilo y ser reconocida como refugiado. Un menor puede beneficiarse del estatuto de refugiado como cualquier adulto.

(13) *Vid.* LEONSEGUI GUILLOT: Curso la protección jurídica del menor. Madrid, 2001, p.p. 99 a 134.

El acogimiento familiar, residencial y preadoptivo.

La guarda de hecho.

En el caso de la presente comunicación, al tratarse de menores extranjeros no acompañados serían la tutela administrativa y el acogimiento, las dos instituciones civiles que habría que considerar.

### **1.- La tutela administrativa como medida de protección pública de los menores en situación de desamparo**

La ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación del Código civil introduce la llamada tutela administrativa o por ministerio de la ley, que atribuye a las entidades públicas la tutela de los menores que se encuentren en situación de desamparo.

La constitución de esta tutela es la situación de desamparo. El artículo 172 del C.c., tras la modificación de la ley 21/1987, establece por primera vez el concepto de desamparo, al disponer que *se considera como situación desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.*<sup>(14)</sup>

Se trata de un concepto claramente objetivo, ya que lo importante es que la situación *se produzca de hecho*<sup>(15)</sup> y en el que se requiere un resultado concreto: *los menores deben quedar privados necesariamente de la asistencia moral o material.*

---

(14) LASARTE ALVAREZ: Principios de Derecho Civil. Tomo VI. Madrid, 2002, p. 426: *Se trata de una norma de carácter imperativo que tiene por objeto procurar la inmediata tutela del menor desamparado por parte de la entidad pública correspondiente.*

(15) En este sentido, la jurisprudencia de nuestros Tribunales considera que *el desamparo se caracteriza como la situación de hecho en la que se encuentra el menor cuando los padres o tutores no saben, no pueden o no quieren prestarle la asistencia moral o material necesaria* (AP. de Toledo de 2 de mayo de 2002 y AP de Cádiz en sentencia de 19 de mayo de 2001).

En numerosos pronunciamientos de nuestra jurisprudencia menor se ha proclamado que el concepto legal de desamparo debe interpretarse de forma restrictiva, buscando el equilibrio entre el beneficio del menor y la protección de las relaciones paternofiliales, de forma que la declaración de desamparo sólo sería procedente cuando *no se llegue a cumplir unos mínimos de atención exigidos por la conciencia social más común*, es decir, velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, artículo 154 del C.c.

Esta falta de precisión en el concepto de desamparo del artículo 172 del C.c. ha sido paliada por las legislaciones autonómicas que han sido mucho más explícitas a la hora de considerar que el menor está desamparado, *cuando faltan las personas a las cuales por ley corresponde ejercer las funciones de guarda, o cuando estas personas están imposibilitadas para ejercerlas o en situación de ejercerlas con grave riesgo para el menor; o cuando se aprecie cualquier forma de incumplimiento o de ejercicio inadecuado de los deberes de protección establecidos por la leyes para la guarda de los menores o falten a éstos los elementos básicos para el desarrollo integral de su personalidad.*<sup>(16)</sup>

En cualquier caso, si en el menor concurre alguna de estas circunstancias, la Entidad pública asume directamente la llamada tutela automática, legal o por Ministerio de ley.

Independientemente de la terminología que se desee utilizar, está claro que se trata de aquella tutela que se origina como consecuencia de una declaración de desamparo, y a partir de ese momento, se inicia el procedimiento para constituir la tutela administrativa de forma extrajudicial, pues las formalidades que se requieren para su constitución son puramente administrativas y civiles.

---

(16) A título de ejemplo: en Valencia, Decreto 93/2001, de 22 de mayo, artículo 23; Cantabria; Decreto 58/2002, de 30 de mayo, artículo 9; Cataluña, la ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia, artículo 164; Murcia, ley 4/1998, de 18 de marzo, artículo 45. *Vid.* POUS DE LA FLOR y TEJEDOR MUÑOZ (Coordinadoras), LASARTE ALVAREZ, DIAZ-AMBRONA BARDAJI, LEONSEGUI GUILLOT, RUIZ JIMÉNEZ y SERRANO GIL: Legislación Estatal y Autonómica sobre la protección jurídica del menor, *op. cit.*, p.p. 1 y ss.

El primer paso para que la Administración constate el hecho de desamparo, es una resolución administrativa debidamente motivada que declare la situación de desamparo, y la asunción de la tutela por ministerio de la ley de forma provisional, ya que no debe durar más tiempo que el necesario para conseguir la reinserción familiar del menor, la constitución de la tutela ordinaria en su caso o, si no es posible ninguna de ellas, la adopción por otra familia.<sup>(17)</sup>

El inicio de este procedimiento puede ser de oficio por la propia entidad pública, a través de sus propios servicios sociales, a solicitud del Ministerio Fiscal o autoridad judicial, por el propio menor, o cualquier persona interesada mediante una simple denuncia. Se trata de un procedimiento administrativo ordinario, si bien en la Comunidad Autónoma de Madrid,<sup>(18)</sup> el artículo 53 de la ley 6/1995, de 28 de marzo, arbitra la posibilidad de establecer un procedimiento de urgencia, que permita la inmediata asunción de la tutela. En cualquier caso, la Administración queda obligada a poner esta situación en conocimiento del Ministerio Fiscal en el plazo de 48 horas, y a los padres, tutores o guardadores o posibles interesados, siempre que sea posible su localización.

Curiosamente la Junta de Andalucía en el artículo 21 del Decreto 42/2002, de 12 de febrero, sobre el régimen de desamparo, establece la posibilidad de abrir con anterioridad a la iniciación del procedimiento de desamparo, un período de información por la Administración para determinar la existencia de motivos que justifiquen *indicios de desasistencia de los menores*, por ejemplo, recabando información de profesionales cualificados que precisen el estado físico, psicológico, afectivo, educativo y sociofamiliar del mismo.

Asimismo, la Administración debe abrir el trámite de audiencia a los interesados, constituyendo un requisito obligatorio el oír al menor si

---

(17) Esta medida es la que se reconoce por la ley de la Comunidad de Murcia 3/1995, de 21 de marzo, artículo 24; la Ley de la Rioja 4/1998, de 18 de marzo, artículo 49, entre otras muchas. *Vid.*: POUS DE LA FLOR y TEJEDOR MUÑOZ (Coordinadoras), LASARTE ALVAREZ, DIAZ-AMBRONA BARDAJI, LEONSEGUI GUILLOT, RUIZ JIMÉNEZ y SE-RRANO GIL: Legislación Estatal y Autonómica sobre la protección jurídica del menor..., *op. cit.*, p.p. 1 y ss.

(18) Ley 6/1995 de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia.

este tuviera suficiente juicio, tal y como dispone el artículo 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero: *el derecho de los menores a ser oídos en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.*<sup>(19)</sup> Es muy importante que la Administración respete esta obligación, pues la *denegación de la audiencia a ser oído el menor directamente o por medio de persona que le represente,*<sup>(20)</sup> supone la nulidad de las actuaciones y de la resolución final.

Una vez finalizado el plazo de audiencia, el órgano instructor elaborará una propuesta de resolución de forma motivada y dará traslado de la misma al órgano administrativo competente. Este último dictará la resolución definitiva acordando la declaración o no de desamparo del menor y, en caso afirmativo, se establecerá las medidas de protección que se han adoptado para el mismo.

La resolución definitiva debe ser notificada a las partes interesadas por escrito, ya que contra dicha resolución cabe interponer recurso ante la jurisdicción civil, sin necesidad de reclamación administrativa previa, artículo 172.6 del C.c. No obstante, el Fiscal en tanto que defensor de los intereses del menor, puede promover ante el Juez las medidas de protección que estime necesarias, y ejercer funciones de vigilancia, tales como la representación legal, y, la administración del patrimonio del menor, hasta que se resuelva el recurso, aunque, curiosamente, hemos de advertir que la participación del Ministerio Fiscal en el procedimiento de desamparo, es de carácter preceptivo.<sup>(21)</sup>

---

(19) La Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 1989, reconoce en su artículo 12: *los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, teniéndose en cuenta las opiniones del niño en función de la edad y madurez del menor.*

(20) Además, la denegación de audiencia deberá ser motivada y comunicada al Ministerio Fiscal, artículo 9 de la LO 1/996, de 15 de enero.

(21) La Carta Europea de los Derechos del Niño aprobada por Resolución A3-0172/2, de 8 de julio de 1992, establece que en la totalidad de procedimientos dirigidos a adoptar una decisión relativa a los menores, ya sean administrativas o judiciales, deberá ser parte obligatoriamente el ministerio fiscal o su equivalente, cuya función primordial será la salvaguarda de los derechos e intereses del niño.

Una vez decreta la tutela administrativa, su vía de ejecución,<sup>(22)</sup> es, a través, del acogimiento.

Por último debemos considerar que la tutela administrativa de los menores desamparados no se dirige a juzgar o sancionar la conducta de los padres o tutores, sino a brindar protección a los menores.

## **2.- El acogimiento de menores como medida de protección pública de los menores en situación de desamparo**

La medida de protección del menor que hace efectiva la realización de la tutela administrativa es el acogimiento.

Esta figura aparece por primera vez en la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, y modificada por la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

Consiste en integrar al menor en una familia (distinta a la suya), o en un establecimiento adecuado a tal fin.<sup>(23)</sup> Esto nos permite distinguir entre varias modalidades de acogimiento, según quien tenga encomendado su ejercicio:

- a) acogimiento familiar: se ejercerá por la persona o personas que determine la entidad pública.
- b) acogimiento residencial: se ejercerá por el Director del Centro donde sea acogido el menor.
- c) acogimiento preadoptivo, si bien, este es una subespecie del acogimiento familiar.

En el caso de los menores extranjeros no acompañados declarados en situación de desamparo, la Administración puede elegir

---

(22) La AP de Valencia en sentencia de 30 de abril de 2002 declara: *el sistema legal de protección de menores se articula sobre la base de la doble instancia: la de carácter ejecutivo que se encomienda a la administración, y la de control o revisión de esa actuación administrativa que se atribuye a los órganos jurisdiccionales del orden civil.*

(23) TEJEDOR MUÑOZ: Curso sobre la protección jurídica del menor. Madrid, 2001, p. 144.

cualquiera de las modalidades, siendo más conveniente, en interés del menor y de su posible reinserción familiar, optar por la familia de acogida que acudir a un Centro residencial.

En uno u otro caso, debemos tener presente, que la tutela por ministerio de ley es una situación nacida con vocación de temporalidad,<sup>(24)</sup> en espera de que desaparezcan las causas que la motivaron. Sin embargo, existe determinados casos como los que estamos tratando en esta comunicación, que es inviable la reintegración del menor en la familia biológica, siendo aconsejable en este supuesto optar por la vía del acogimiento preadoptivo.

En este tipo de acogimiento, la entidad pública valorará las circunstancias que concurren en el menor (edad, informes de los servicios de atención al menor, etc) y formalizará una propuesta de adopción del mismo ante la autoridad judicial, siempre, por supuesto, que los acogedores, reúnan los requisitos necesarios para adoptar, que hayan sido seleccionados y prestado su consentimiento a la adopción ante la autoridad pública, y se encuentre el menor en situación jurídica adecuada para su adopción.<sup>(25)</sup> Este período de acogimiento preadoptivo será lo más breve posible y, en todo caso, no podrá exceder del plazo de un año, según el artículo 173 bis del C.c.<sup>(26)</sup> Hay que tener en cuenta que el de acogimiento preadoptivo tiene por finalidad la ruptura con la familia de origen, creando vínculos de parentesco con la familia que pasa a ser adoptiva, por lo que ejercerá la patria potestad sobre el menor, siempre que se den los requisitos de capacidad y formalidades exigidos para la adopción.

---

(24) DIAZ AMBRONA BARDAJI: Lecciones de Derecho de familia. Madrid 1999, p. 385: *El acogimiento familiar, por tanto, se configura como temporal... es un medio de protección más dinámico para solucionar situaciones urgentes o inmediatas para conseguir otras de mayor estabilidad.*

(25) POUS DE LA FLOR: *Curso la protección jurídica del menor*. Madrid, 2001, p.p. 71 a 98.

(26) Existe una contradicción entre este plazo y el establecido en el artículo 176.2,3ª del C.c., que permite que se inicie el expediente de adopción, si lleva más de un año acogido legalmente bajo la medida de acogimiento preadoptivo.

Por el contrario, en cualquier otra modalidad del acogimiento familiar, este nace con un carácter transitorio, bien porque se prevé la reinserción del menor en su propia familia, bien porque la administración esta pendiente de adoptar una medida de protección más estable para el menor. En cualquier caso el menor se va a integrar en un núcleo familiar que sustituye al suyo de origen, siendo las personas acogedoras las que ejercen la guarda del menor. Este tipo de acogimiento puede realizarse en una familia ajena al menor, o en familia extensa al mismo, con la que le une una relación de parentesco. En este último caso, la ayuda al menor suele hacerse desinteresadamente, pero otras veces, las personas que proporcionan al menor el medio familiar para su desarrollo asistencial material y moral, son familias que habitualmente se dedican a ello de forma remunerada, se puede decir que son *profesionales*.

La medida del acogimiento residencial consiste en integrar al menor desamparado en un Centro público o privado, como la integración en pisos asistidos y hogares funcionales. Aunque revisten, también, carácter provisional, sin lugar a dudas es el acogimiento de consecuencias más drásticas, por ello, es la última medida que debe ser ejercida, pues se considera que la integración familiar será preferente a la integración en una institución, y en todo caso, se procurará que al menos el menor permanezca internado el menor tiempo posible.

El Director del Centro ejerce por delegación de la Administración las obligaciones y facultades inherentes a la guarda, aunque es la propia Administración la que tiene atribuida la tutela, y por tanto, la responsable del menor y a quién le compete la representación legal y las facultades patrimoniales. La competencia de la Administración dependerá de la normativa establecida en cada una de las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Asistencia Social. Y con carácter supletorio sería de aplicación el artículo 21.1.2.3 de la LO de protección jurídica del menor, teniendo en cuenta, en todo caso, que el Fiscal tiene encomendada la tarea de vigilancia del acogimiento, quién comprobará, al menos semestralmente, la situación del menor, y promoverá, ante el Juez, las medidas de protección que estime por conveniente, artículo 20.4 de la LO 1/1996, de 15 de enero.

Por último señalar que el acogimiento puede ejercerlo cualquier persona, ya sea sola<sup>(27)</sup> o en pareja, tanto matrimonial como de hecho o

---

(27) DIAZ AMBRONA: Lecciones de Derecho de familia..., op. cit., p. 386: *Cabe la duda de si una persona que vive sola constituye una familia a*

more uxorio, sin necesidad de ningún requisito de capacidad, por lo que podrá ser acogedor cualquier persona mayor de edad con plena capacidad de obrar, salvo que se trate de acogimiento preadoptivo, en este caso, se exigirán los requisitos de capacidad que deben reunir los adoptantes.

El procedimiento para constituir el acogimiento puede ser administrativo o judicial.

En el primer caso, será ejercido por la persona o personas, que sustituyen al núcleo familiar del menor, o por los responsables del hogar funcional que determine la entidad pública, y en el segundo, será decretado por el juez, en interés del menor, en los casos en que los padres o tutores se opongan, o no consientan el acogimiento.

Previamente a la resolución del acogimiento, tanto en el procedimiento administrativo como el judicial, la Administración incoará un expediente administrativo solicitado de oficio o a instancia de parte, informando de la situación del menor y la selección de las familias que previa declaración de idoneidad pueden acoger, como dictará la resolución acordando o denegando el acogimiento. En caso afirmativo, se levanta acta de formalización del acogimiento por escrito en la que deberá contar los requisitos para que el acogimiento, sea cual sea su forma de constitución administrativa o judicial, se entienda legalmente constituido, y que son:

- 1ª) Consentimiento de la entidad pública, tenga o no la tutela o guarda del menor, y de la persona o personas que reciban al menor en acogida. Asimismo, el de los padres, si fueran conocidos y no estuvieran privados de la patria potestad, o el tutor, salvo que se trate de acogimiento familiar provisional acordado por la entidad pública, en interés del menor, hasta que se produzca la resolución judicial y el del menor, si tuviera doce años cumplidos.<sup>(28)</sup>

---

*efectos de la ley; la respuesta parece ser afirmativa, no cabe duda que una persona sola pueda prestarle todos los cuidados necesarios para vivir en familia; será la entidad pública la que estime la conveniencia o no de esta situación.*

- (28) Antes de esa edad, *si tiene suficiente juicio*, tiene derecho, tan solo, a ser oído, con lo que se le puede dar audiencia, según el artículo 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero.

- 2º) La modalidad del acogimiento y duración prevista del mismo.
- 3º) Los derechos y deberes de cada una de las partes, y en particular:
  - a) La periodicidad de las visitas por parte de la familia del menor acogido.
  - b) El sistema de cobertura por parte de la entidad pública o de otros responsables civiles de los daños que sufra el menor o de los que pueda causar a terceros.
  - c) La asunción de los gastos de manutención, educación y atención sanitaria.
- 4º) El contenido del seguimiento que, en función de la finalidad del acogimiento, vaya a realizar la entidad pública, y el compromiso de colaboración de la familia acogedora al mismo.
- 5º) La compensación económica que, en su caso, vayan a recibir los acogedores.
- 6º) Si los acogedores actúan con carácter profesionalizado o si el acogimiento se realiza en un hogar funcional, se señalará expresamente.
- 7º) Informe de los servicios de atención a menores.

Este documento deberá remitirse al Ministerio Fiscal, pues, como ya hemos señalado repetidamente a él incumbe la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores sometidos a estas instituciones. Para cumplir su labor, recibirá de la entidad pública: noticia inmediata de los nuevos ingresos de menores; copia de las resoluciones administrativas y de los escritos de formalización relativos a la constitución, variación y cesación de las tutelas, guardas y acogimientos. Igualmente, le dará cuenta de cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor.

El acogimiento del menor cesará, de conformidad a lo establecido en el artículo 173.4 del C.c.:

- 1º) por decisión judicial.
- 2º) por decisión de las personas que lo tienen acogido, previa comunicación de éstas a la entidad pública.

- 3º) a petición del tutor o de los padres que tengan la patria potestad y reclamen su compañía.
- 4º) por decisión de la entidad pública que tenga la tutela o guarda del menor, cuando lo considere necesario, para salvaguardar el interés de éste, oídos los acogedores.

Además de estas causas señaladas taxativamente por ley. El acogimiento puede extinguirse:

- 1º) por haber alcanzado la mayoría de edad,
- 2º) por emancipación,
- 3º) por adopción del menor,
- 4º) por muerte o declaración de fallecimiento del menor acogido, o del acogedor si es sólo una persona,
- 5º) por incapacitación de la persona o personas que reciban al menor en acogimiento,
- 6º) por el transcurso del plazo para el que se constituyó el acogimiento.

Asimismo, el artículo 173.5 del C.c. establece que *todas las actuaciones de formalización y cesación del acogimiento se practicarán con la obligada reserva*, es decir, existe una obligación de no facilitar información sobre dichas actuaciones para evitar perjuicios al menor.

Por último, diremos que la resolución dictada a favor del acogimiento de un menor tendrá constancia registral, ya que, conforme al artículo 154.3 del Reglamento de Registro Civil, *cabrá también la anotación 3º Del probijamiento o acogimiento, en virtud de certificación de la Junta Provincial de Beneficencia*. Esta anotación en el Registro tiene un valor simplemente informativo. Respecto a la publicidad administrativa, hay que señalar que en algunas Comunidades Autónomas tienen registros específicos de los acogimientos, en tal caso, habrá de estar a la normativa dictada en cada caso.



## **LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y LA REGULACIÓN DEL MERCADO**

*Dr. Julio Jurado Fernández*<sup>(\*)</sup>

Director del Posgrado en Derecho  
Profesor Facultad de Derecho  
Universidad de Costa Rica

(Recibido 26/05/05; aceptado 05/04/06)

---

(\*) Teléfono: 207-5864  
E-mail: posgrado@derecho.ucr.de.cr

## **RESUMEN**

En este artículo se analiza la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia sobre las potestades públicas de intervención en la economía, la legitimidad constitucional y los límites de dicha intervención a partir del principio del estado social de derecho, así como la jurisprudencia relativa a las limitaciones establecidas por la ley a la libre contratación y la libertad de empresa como derechos individuales en razón de la intervención pública en la economía.

**Palabras clave:** Constitución, economía, constitución económica, jurisprudencia, intervención pública, estado social de derecho, derechos individuales, libertad de empresa, libertad de contratación.

## **ABSTRACT**

This article analyzes the jurisprudence of the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Costa Rica on state powers to intervene the economy, the constitutional legitimacy and the limits of such intervention, based on the principle of a welfare state and the jurisprudence referring to the limits set forth by the law for free enterprise and open contracting rights as individual rights, based on the state powers to regulate the economic process.

**Key words:** Constitution, economy, economic constitution, jurisprudence, public intervention, welfare state, individual rights, free enterprise, open contracting.

## **SUMARIO**

### Introducción

1. El marco constitucional de regulación de la economía: la constitución económica
2. La intervención pública en la economía: el estado social y el funcionamiento de una economía de mercado
3. El *status* jurídico-constitucional de los sujetos económicos privados
  - 3.1. Los derechos económicos individuales en la constitución y el sistema económico
    - 3.1.1. La libertad de contratación
    - 3.1.2. La libre empresa

### A modo de conclusión

### Bibliografía



## INTRODUCCIÓN

Este ensayo es meramente descriptivo. Tiene como propósito reseñar la forma en que la jurisprudencia constitucional ha tratado el tema sobre la intervención pública en la economía, especialmente cuando adquiere la forma de regulación de la misma. Si dicho tratamiento es bueno o malo en la medida en que ayuda o no al funcionamiento de una economía de mercado basada en el intercambio impersonal, es una valoración que escapa a lo pretendido en este trabajo.

Ahora bien, lo descriptivo incluye puntualizar las implicaciones de determinados preceptos constitucionales y la incidencia de la jurisprudencia constitucional respecto del funcionamiento de una economía de mercado. Lo cierto es que la constitución establece principios que legitiman la intervención pública en la economía y su desarrollo legislativo ha dado como resultado la regulación de los diversos mercados por parte de los poderes públicos.

Los términos jurídico-constitucionales en que se plantea la regulación de los mercados, es parte de la descripción que se hace en este trabajo. Partimos del supuesto de que la regulación es una forma de intervención (LAHERAS: 15) y entendemos por intervención toda acción del estado que modifique la conducta de los agentes económicos (PASTOR: 73). Como forma de intervención, la regulación consiste, básicamente, en el control de precios y la imposición de limitaciones al ejercicio de ciertas actividades económicas por parte de los poderes públicos (LAHERAS: 16). El que la regulación de los mercados sea una acción positiva o no para el desarrollo económico, no forma parte del análisis hecho en este trabajo, pues ello supone una perspectiva valorativa.

El marco conceptual para la descripción que se propone es aquel de lo que se ha dado en llamar la constitución económica. Se trata de un enfoque a partir del cual se analiza la normativa (que incluye principios y normas jurídicas en sentido estricto) de naturaleza constitucional que regula la intervención pública en la economía, desde una doble perspectiva: aquella de las potestades públicas para controlar determinadas variables macroeconómicas, y aquella que se centra en la regulación del *status* jurídico de los sujetos económicos. Esta última incluye limitar su actividad económica, lo que en términos jurídicos constitucionales se plantea como la potestad estatal para establecer

limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales o constitucionales, según como se les conciba, particularmente aquellos que tienen que ver con el desarrollo de las actividades económicas de los sujetos de derecho privado.

El enfoque propuesto implica empezar con el tema sobre la constitución económica en tanto marco conceptual. El segundo tema a tratar es aquel que constituye el meollo del enfoque propuesto, es decir, el de la intervención pública en la economía, pero vista en relación con la configuración constitucional de la forma de estado, en particular del estado social de derecho, en el tanto en que las normas que lo consagran dan lugar a principios constitucionales que legitiman dicha intervención. El tercer tema de este artículo se refiere a una de las perspectivas en que puede ser analizada la intervención pública en la economía: aquella del *status* jurídico constitucional de los sujetos económicos como sujetos de derecho privado, lo que implica tratar lo relativo a las limitaciones constitucionalmente legítimas de los derechos individuales de carácter económico ligadas al ejercicio empresarial, en particular el derecho a la libre contratación y a la libertad empresarial, a los que se limitará el estudio realizado en este artículo. Tanto el segundo como el tercer tema se centrarán en la jurisprudencia constitucional, que es el tema general del ensayo, y no en lo que las normas constitucionales disponen.

## **1. El marco constitucional de regulación de la economía: la constitución económica**

Ha sido señalado (REICH: 68-70) que los temas relacionados con la llamada constitución económica pueden ser agrupados en cuatro áreas temáticas distintas, aunque no excluyentes entre sí, pero que, por distintas, pueden ser abordadas en forma independiente, privilegiando unas frente a otras según el interés que anime el estudio. En este sentido, señala Norbert Reich que la expresión constitución económica puede aludir al tipo de sistema económico establecido en una determinada constitución como, por ejemplo, una economía de mercado. Pero, también señala que puede referirse a las normas constitucionales que regulan la intervención del estado en la economía a propósito de determinadas funciones y finalidades, y que se articulan alrededor del estado social de derecho como forma estatal configurada en la constitución.

Reich señala un tercer conjunto de temas que comprende aquellos relativos a los instrumentos que la constitución pone a disposición de los poderes públicos para intervenir en la economía. Pertenece a este conjunto o área temática lo relacionado con las potestades formales y materiales que la constitución otorga a los distintos poderes, ya sea para dirigir la economía, establecer políticas económicas u ordenar (limitando) el ejercicio de derechos fundamentales o constitucionales asociados al desenvolvimiento de los agentes económicos.

Como un cuarto conjunto de temas, el autor citado agrupa lo relacionado con los límites a la intervención pública en la economía que establece una determinada constitución. Conjunto al cual pertenece temas como aquel del ejercicio de la potestad legislativa para establecer limitaciones a los derechos fundamentales, y los límites que a esa potestad establece la constitución bajo la forma de garantías de esos derechos. Lo mismo puede decirse de la configuración constitucional del ejercicio de la potestad normativa del poder ejecutivo (reglamentos) cuando esta se usa como instrumento de ordenación de la actividad económica de los particulares, ordenación que supone establecer limitaciones al ejercicio de derechos constitucionales de carácter económico. O, lo relacionado con el ejercicio de la potestad administrativa con iguales propósitos.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico-positivo, el concepto constitución económica hace referencia a un subsistema de normas dentro del sistema normativo constitucional. Este subsistema está constituido por “...*el conjunto de normas constitucionales que establecen los principios ordenadores de la actividad económica que llevan a cabo los poderes públicos y los ciudadanos.*” (MARTIN-RETORTILLO: 28). A esta definición habría que precisarle que no se trata tanto de los ciudadanos como de los sujetos de derecho privado, y que no son sólo los poderes públicos, sino, también, las empresas públicas aunque actúen sometidas al derecho privado.

En síntesis, el marco conceptual (conjunto de problemas) y su contraparte normativa (las normas constitucionales) cubiertos por el término constitución económica, se refiere a la configuración constitucional de: 1) el sistema económico; 2) la finalidad que se persigue con la intervención pública en la economía; 3) los instrumentos con que cuenta el estado para dicha intervención; y 4) los límites de esa intervención. Aunque no ha utilizado la expresión

constitución económica, la jurisprudencia constitucional costarricense ha hecho referencia a los cuatro conjuntos temáticos apuntados.

El conjunto de normas constitucionales que establecen los principios ordenadores de la actividad económica en Costa Rica está formado por el artículo 50 y los derechos económico-sociales y culturales contenidos en los capítulos V y VII de la constitución. Como se verá más adelante, el artículo 50 al consagrar el estado social establece el principio constitucional de intervención pública en la economía para el logro de los fines que dicha forma estatal supone.

En lo que tiene que ver con el manejo de las principales variables macroeconómicas es importante señalar que en la constitución se regula lo relacionado con la elaboración y ejecución del presupuesto nacional en los artículos 121, inciso 11; 140, incisos 7 y 15; y en el título XIII relativo a la hacienda pública.

En materia de tributos, la constitución establece los principios básicos que regula el ejercicio de la potestad tributaria del estado, en el inciso 13 del artículo 121 y el 7 del 140.

Hay otros aspectos relacionados con el manejo de la economía por parte de los poderes públicos que es importante mencionar. Así, el artículo 121, el inciso 14 establece el régimen jurídico-constitucional de los bienes de dominio público, donde se establece que determinados bienes son inalienables y que sólo pueden ser dados en concesión de acuerdo con lo que establezca la ley o mediante contrato especial aprobado por la asamblea legislativa. En relación con este mismo tema, el artículo 140, inciso 19), establece que el poder ejecutivo sólo puede suscribir contratos administrativos relativos a la explotación de servicios públicos o que establezcan exención de impuestos o tasas, con aprobación legislativa.

Finalmente, el inciso 17 del numeral 121 atribuye a la asamblea legislativa la competencia para fijar la unidad monetaria y legislar sobre la materia. El inciso 15 del mismo numeral otorga importantes potestades a la asamblea legislativa en materia de crédito público, pues establece que los convenios de préstamo que celebre el poder ejecutivo deben ser aprobados por aquella, con el agravante de que si se trata de préstamos extranjeros deben ser aprobados por una mayoría calificada de dos terceras partes del total de los miembros de la asamblea legislativa.

La constitución económica también se refiere al *status jurídico* de los agentes económicos. La constitución costarricense no hace alusión directa y explícita a las empresas públicas ni a la actividad económica directa del estado. La única referencia a sujetos de derecho público que realizan actividades económicas lo hace en el título XIV referente a las instituciones autónomas, en tanto menciona en su artículo 189 a los bancos y a las instituciones aseguradoras del estado. Pero en lo que se refiere al régimen constitucional de los sujetos privados en tanto agentes económicos, la constitución establece el marco jurídico básico que regula sus actividades mediante la configuración de los derechos de propiedad privada y de empresa como derechos individuales, en los artículos 45 y 46 constitucionales, y la consagración del principio de libertad de actuación, del cual se deriva el derecho a la libertad de contratación, en el artículo 28. Además, en el artículo 47 configura el derecho de propiedad intelectual como un derecho fundamental de carácter individual.

En relación con el régimen jurídico-constitucional de los agentes económicos privados, tiene especial importancia el principio de libertad jurídica establecido en el artículo 28 constitucional. Y ello no sólo porque de ese numeral se deriva la libertad de contratación como derecho fundamental de naturaleza individual, sino, además, por las consecuencias que de este artículo y en relación con las limitaciones que se puede imponer al ejercicio de los derechos fundamentales, ha extraído la jurisprudencia constitucional.

En el subsistema de normas que denominamos constitución económica juega un papel central el ya mencionado artículo 50. Como se dijo, dicho artículo legitima la intervención pública en la economía como medio para alcanzar los fines que el estado social supone, razón por la cual es el artículo que caracteriza al sistema económico regulado en la constitución. Conviene, por lo tanto, exponer el planteamiento que la jurisprudencia constitucional ha hecho al respecto.

## **2. La intervención pública en la economía: el estado social y el funcionamiento de una economía de mercado**

En su jurisprudencia sobre el artículo 50 constitucional, la Sala Constitucional ha sido clara en señalar que este numeral consagra un estado social de derecho. ¿Qué significa esto y cuáles son sus implicaciones?

Pues bien, empecemos por señalar que el artículo 50, en su primer párrafo, establece como principio la obligación del estado de procurar el mayor bienestar para todos los habitantes del país, para lo cual debe organizar y estimular la producción y un adecuado reparto de la riqueza. No es el momento para tratar de precisar la expresión “organizando y estimulando la producción”. Basta señalar que en ella reside la potestad estatal para la intervención pública en la economía.

En todo caso, aunque no han sido extraídas todas las consecuencias que el gerundio “organizando” conlleva, es claro que no implica la sustitución del mercado como mecanismo para decidir que, como y cuantos bienes y servicios producir. Lo que el artículo 50 regula es, precisamente, los poderes que el estado tiene frente al mercado que, independientemente del contenido que se le atribuya al estado social, van más allá de crear las condiciones óptimas para el funcionamiento del mercado.

El estado social supone un cierto grado de intervención en la economía, por lo menos para procurar un “adecuado reparto de la riqueza”, la otra expresión que usa el artículo 50. Se trata del estado de bienestar regulando las relaciones entre individuos y grupos dentro de la sociedad para redistribuir la riqueza corrigiendo, precisamente, la distribución que se ha dado en el seno del mercado. Al respecto, ha dicho la Sala Constitucional:

*“El principio general básico de la Constitución Política está plasmado en el artículo 50, al disponer que “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” lo que unido a la declaración de adhesión del Estado costarricense al principio cristiano de justicia social, incluido en el artículo 74 ibídem, determina la esencia misma del sistema político y social que hemos escogido para nuestro país y que lo definen como un Estado Social de Derecho” (Sentencia número 1441-92 de 2 de junio de 1992).*

Posteriormente, en una sentencia donde analizó el régimen jurídico que regula las relaciones entre los productores e industriales de la caña, la jurisprudencia constitucional señaló, al interpretar el artículo 50 constitucional y precisar sus alcances en relación con el mercado, lo siguiente:

*“ (...) La Constitución vigente, en su artículo 50, consagra un criterio importante en esta materia, dando fundamento constitucional a un cierto grado de intervención del Estado en la economía, en el tanto no resulte incompatible con el espíritu y condiciones del modelo de “economía social de mercado” establecido constitucionalmente, es decir, se postula en esa norma, y en su contexto constitucional, la libertad económica pero con un cierto grado, razonable, proporcionado y no discriminatorio de intervención estatal, permitiéndose al Estado, dentro de tales límites, organizar y estimular la producción, así como asegurar un “adecuado” reparto de la riqueza.” (Sentencia número 0550-95 de 31 de enero de mil novecientos noventa y cinco).*

La jurisprudencia constitucional ha señalado que la intervención pública en la economía esta legitimada constitucionalmente con la consagración constitucional del estado social; pero ha precisado, asimismo, que esa intervención se da ante los llamados “fallos del mercado”, esto es, que es subsidiaria como corresponde en una economía social de mercado, modelo que la Sala Constitucional entiende es el que consagra la constitución.

Esta caracterización que hace la Sala Constitucional del modelo económico regulado en la constitución, tiene especial importancia de cara a la determinación de los alcances que tiene la intervención pública en la economía. En este sentido, es importante tener presente el sentido preciso del carácter subsidiario de dicha intervención.

Si bien la utilización de una expresión como la de “economía social de mercado” no es muy feliz por su remisión a un contexto social y económico muy específico, aquel de la Alemania de la posguerra y del manejo de la economía en ese país según las propuestas liberales de la escuela de Friburgo (BASSOLS: 39), lo importante es que ella hace referencia a un modelo económico en el cual la intervención pública en la actividad económica sólo se justifica ante los llamados fallos del mercado.

En la concepción neoliberal de la escuela de Friburgo, el principal fallo de mercado era la imposibilidad de que este mantuviera,

por sí mismo, un régimen de competencia perfecta. Pero luego, en la práctica económica de los gobiernos alemanes de la posguerra durante la década de los años sesenta del siglo pasado, los fallos de mercado incluían aquellos desequilibrios sociales que el mercado tampoco podía resolver por sí mismo. Nació así la llamada economía social de mercado en la cual se modificó la relación entre el intervencionismo estatal y el mercado. Bajo la concepción neoliberal el mercado pasó a ser la regla y el intervencionismo estatal en la economía la excepción, sólo justificable cuando se diera un fallo del mercado (REICH: 75).

En principio, habría que pensar que la referencia que hace la jurisprudencia constitucional a la economía social de mercado quiere decir, ni más ni menos, que el sistema económico sancionado por la constitución es, precisamente, el de una economía de mercado. Claro está, de una economía de mercado en la cual el papel del estado no se limita a garantizar su funcionamiento (libre y concurrido) como corresponde en la concepción liberal del mismo. Se trata de una economía en la que el estado interviene para resolver los llamados fallos de mercado, expresión esta que alude a todo aquello que se entienda no encuentra solución en el marco del funcionamiento de un mercado, o de los distintos mercados, no regulado, y que requiera de la intervención pública en la actividad económica.

La intervención pública de la economía, aún en una economía de mercado, supone la necesidad, o por lo menos, la posibilidad constitucional de regular las relaciones que se establecen entre los agentes económicos privados, y de regular las condiciones en que estos desarrollan su actividad económica. Esta regulación se da a partir del status jurídico que la constitución les define y fija. Con arreglo a los fines del estado social, dicha regulación se manifiesta básicamente como limitaciones al ejercicio de los derechos económicos individuales y como regulación del mercado laboral, sustrayendo aspectos como las condiciones de trabajo, la jornada laboral y los salarios de la esfera de la contratación para convertirlos en objeto de regulación directa por parte de la ley. El apartado que sigue será dedicado a este tema, aunque limitado a lo que la jurisprudencia constitucional ha dicho sobre la libertad de contratación y de empresa.

### **3. El *status* jurídico-constitucional de los sujetos económicos privados**

La constitución regula el *status* jurídico de los sujetos de derecho privado que participan de las actividades económicas, *status* jurídico que define su relación con el estado en el sentido dado por Jellinek a dicha expresión (ALEXY: 248). Desde un punto de vista normativo, la normas que definen ese *status* otorga a los individuos derechos subjetivos o derechos público-subjetivos, siguiendo la vieja denominación hecha por la doctrina alemana.

Es decir, la constitución define el *status* jurídico de los sujetos de derecho privado configurando a favor de los individuos derechos que, por ser oponibles al estado, son calificados como subjetivos. Algunos de estos derechos son de una clara y evidente naturaleza económica en el tanto su contenido tiene que ver con el uso y goce de bienes materiales o inmateriales. O, también, porque tienen que ver con la realización de actividades referidas a la producción y distribución de bienes y servicios. Se trata de derechos constitucionales individuales que bien pueden ser calificados como derechos económicos.

#### **3.1. Los derechos económicos individuales en la constitución y el sistema económico**

La constitución, la jurisprudencia constitucional ha señalado más de una vez (en la sentencia 550-95 y, más recientemente, en la sentencia 2001-01391) que la constitución garantiza el funcionamiento de una economía de mercado, aunque en el contexto de un estado social, tal y como se explicó líneas arriba.

Lo anterior hace que el principio de libertad jurídica o de libertad de actuación que postula que todo aquello que no esté prohibido por ley está permitido, y que está formulado en el artículo 28 de la constitución, adquiera especial relevancia. En otros contextos, Alemania por ejemplo, se ha señalado que el artículo correspondiente de la constitución garantiza una economía de mercado (REICH: 77). La jurisprudencia constitucional no ha elaborado una tesis al respecto asentada en una exégesis del artículo 28 que lleva a conclusiones similares; sin embargo, es claro que si se buscara una garantía constitucional para un sistema económico basado en el mercado, dicho numeral sería el punto de partida.

Encontremos o no en el artículo 28 constitucional la garantía para el funcionamiento de una economía de mercado, o de un sistema económico basado en los mercados, la consagración del principio de libertad jurídica en dicho artículo ha permitido a la jurisprudencia constitucional esbozar una doctrina sobre la libertad individual y las limitaciones que los poderes públicos pueden legítimamente establecer a dicha libertad. Como los mercados operan sobre la base de la libre actuación de los agentes económicos en el intercambio de bienes y servicios, el artículo 28 aporta, sin duda, el marco constitucional básico para su funcionamiento. Lo mismo puede decirse sobre la jurisprudencia constitucional que ha interpretado a dicho numeral como la norma que garantiza la libertad de actuación individual. Esta jurisprudencia es central para entender el alcance y el contenido que la Sala Constitucional le da a los derechos individuales de carácter económico, lo cual es particularmente relevante en relación con el funcionamiento de una economía de mercado.

En el sentido expuesto, la Sala Constitucional señaló en la sentencia que resolvió la impugnación del decreto ejecutivo que reglamentaba lo relativo a los colegios de enseñanza privada, lo siguiente:

*“XI - El artículo 28 de la Constitución Política recoge así el principio y derecho general libertad:*

*“Artículo 28*

*“Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley.*

*“Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley...”.*

*XII - Es decir: de conformidad con el párrafo 1, las personas –léase “privadas”– están facultadas para hacer todo aquello “que no infrinja la ley”, expresión totalmente equivalente al llamado principio de libertad, según el cual, para el ser humano, “todo lo que no está prohibido está permitido”. Por ello, nadie puede ser privado de*

*hacer lo que la Constitución o la ley no prohiban o, por lo menos, lo que no habiliten expresa y taxativamente a prohibir.*

*XIII - Pero es que el mismo artículo 28, en su párrafo 2, todavía llega a más: a armonizar aquel principio general de libertad, todavía meramente formal, con una concepción materialmente democrática que lo llena de contenido, colocando en su base lo que puede llamarse el “sistema de la libertad”. Según éste, ya el ser humano, no sólo puede hacer todo lo que la ley no le prohíba, sino que tiene también la garantía de que ni siquiera la ley podrá invadir su esfera intangible de libertad y, por ello, de autonomía e intimidad, fuera de los supuestos previstos taxativamente por la propia Constitución, supuestos excepcionales y, por ende, de interpretación restrictiva, que pueden resumirse en el concepto de “bien común” rectamente entendido.” (Sentencia número 3550-92 de 24 de noviembre de 1992).*

A partir de esta sentencia, la jurisprudencia constitucional fue esbozando una doctrina acerca de limitaciones que podían ser impuestas legítimamente al ejercicio de los derechos fundamentales, sobretodo a aquellos que garantizan derechos subjetivos e individuales. Así, desde el punto de vista formal, la jurisprudencia ha señalado que sólo por medio de ley se pueden establecer ese tipo de limitaciones. Y, desde el punto de vista material, ha establecido que ninguna limitación impuesta a un derecho fundamental puede menoscabar su contenido esencial, el cual se supone garantizado en el artículo constitucional correspondiente.

La jurisprudencia constitucional ha puesto de manifiesto la dimensión económica que tiene el principio de libertad de actuación del individuo al establecer la relación entre dicho principio y aquellos derechos económicos individuales garantizados por la constitución, en particular, el derecho de propiedad privada y la libre empresa. En este sentido, en la sentencia que resolvió la impugnación a la Ley de la Moneda, la Sala Constitucional señaló lo siguiente:

*“VI- Implícita en esos valores y principios de la libertad, ocupa lugar primordial la dimensión de*

*ésta en el campo económico. En esta materia la Constitución es particularmente precisa, al establecer un régimen integrado por las normas que resguardan los vínculos existentes entre las personas y las distintas clases de bienes; es decir, la relación de aquéllas con el mundo del “tener”, mediante previsiones como las contenidas o implicadas en los artículos 45 y 46, las cuales, aunque deban ceder ante necesidades normalmente más intensas para la existencia misma del hombre –como la vida o a la libertad e integridad personales–, no crean por ello derechos de segunda clase, sino tan fundamentales como aquéllos, y con su mismo rango –no en vano la Asamblea General de las Naciones Unidas y todos los órganos y tribunales internacionales que se ocupan de los derechos humanos han venido invariablemente caracterizándolos como “indivisibles” e “interdependientes”-. Así, la Constitución establece un orden económico de libertad que se traduce básicamente en los derechos de propiedad privada (art. 45) y libertad de comercio, agricultura e industria (art. 46) –que suponen, a su vez, el de libre contratación-. El segundo prohíbe de manera explícita, no sólo la restricción de aquella libertad, sino también su amenaza, incluso originada en una ley; y a ellos se suman otros, como la libertad de trabajo y demás que completan el marco general de la libertad económica.” (Sentencia número 3495-92 de 19 de noviembre de 1992).*

En síntesis, aunque en la jurisprudencia citada no se derive expresamente del artículo 28 constitucional una garantía del mercado, es claro que el principio allí contenido, junto con los derechos económicos individuales reconocidos por la constitución, forman el marco constitucional que posibilita el funcionamiento de una economía de mercado.

En el sentido anterior, es importante tener claro que el funcionamiento de los mercados se posibilita por la forma en que se regulan las relaciones entre los sujetos que intercambian bienes y servicios. De allí la importancia que adquiere el reconocimiento constitucional de un principio como el de libertad de actuación individual, pues del mismo

se deriva, como lo ha hecho la jurisprudencia constitucional, la garantía constitucional de la libre contratación que es el fundamento constitucional del instrumento jurídico por medio del cual se lleva a cabo dicho intercambio: el contrato. El principio de libertad de actuación, y el derecho a la libre contratación, son centrales en el marco regulatorio de los mercados. En este sentido, el reconocimiento constitucional de derechos económicos individuales como el de propiedad privada y el de empresa, si bien es un requisito indispensable, no es suficiente para el funcionamiento de los distintos mercados en una economía.

### **3.1.1. La libertad de contratación**

En la sentencia que resolvió la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley de la Moneda (SSC, N° 3495-92 de 19/11/1992), la Sala Constitucional anuló aquellas disposiciones normativas que negaban valor legal a las contrataciones hechas con moneda extranjera. El fundamento constitucional para dicha anulación consistió en que tal restricción –la ausencia de valor legal a las contrataciones hechas en moneda extranjera– violentaba el principio de libertad jurídica y el derecho a la libre contratación garantizados en el artículo 28 constitucional. Al margen de si dicha restricción tenía o no fundamento constitucional en el ejercicio de una potestad otorgada al Estado en materia monetaria, así como en la tutela de otros bienes e intereses públicos, la Sala Constitucional hizo prevalecer el principio y el derecho garantizados en el artículo 28 constitucional, eliminando disposiciones que objetivamente constituían un obstáculo para el libre desenvolvimiento de los agentes económicos en los diversos mercados. En dicha sentencia, aparte de poner de manifiesto la dimensión económica del principio de libertad de actuación, como se explicó líneas arriba, la Sala Constitucional estableció el contenido del derecho a la libre contratación, en los siguientes términos:

*“XIII- Partiendo del reconocimiento constitucional del principio y sistema de la libertad, en general (art. 28), del derecho a la propiedad privada (art. 45) y de la libertad de empresa (art. 46), se inscribe como principio constitucional, conditio sine qua non para el ejercicio de ambos, el de libre contratación, cuyo contenido esencial la Sala resume en cuatro elementos, a saber:*

- a) *La libertad para elegir al co-contratante;*
- b) *La libertad en la escogencia del objeto mismo del contrato y, por ende, de la prestación principal que lo concreta;*
- c) *La libertad en la determinación del precio, contenido o valor económico del contrato que se estipula como contraprestación;*
- d) *El equilibrio de las posiciones de ambas partes y entre sus mutuas prestaciones; equilibrio que reclama, a su vez, el respeto a los principios fundamentales de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad, según los cuales la posición de las partes y el contenido y alcances de sus obligaciones recíprocas han de ser razonablemente equivalentes entre si y, además, proporcionadas a la naturaleza, objeto y fines del contrato.”*

La Sala Constitucional anuló las referidas disposiciones de la ley de la moneda, y otras similares en otros cuerpos normativos, en tanto la imposibilidad de contratar en moneda extranjera negaba la libertad de determinación del precio, contenido o valor económico del contrato. La Sala no encontró razones de orden público que justificaran limitar ese aspecto comprensivo del derecho a la libre contratación. Esto último es importante porque del propio numeral 28 la Sala Constitucional ha interpretado que ningún derecho fundamental es absoluto y que razones de orden público pueden justificar sus limitaciones, siempre y cuando estas sean proporcionales y razonables, no menoscaben el contenido esencial del derecho de que se trate, y sean impuestas por ley. En la sentencia comentada, señaló la Sala:

*“Las dichas libertades contractuales sólo pueden ser restringidas en los supuestos del artículo 28 constitucional, es decir, en tanto su ejercicio dañe la moral social, el orden público, rigurosamente considerado, o los derechos iguales o superiores de terceros. De ello se deriva que, tanto el acuerdo de voluntades implicado en la relación contractual, como la determinación de la cosa, objeto y precio de*

*este acuerdo, pueden y deben ser libremente estipulados por las partes, mientras no traspasen aquellos límites;*”

Es decir, que el principio de libertad de actuación de los individuos admite limitaciones en lo que en resumidas cuentas no son más que razones de orden público. Pero es importante hacer dos precisiones en relación con lo que, en ese momento, sostenía la jurisprudencia constitucional. En primer lugar, la legitimidad de las limitaciones al principio y a los derechos que son su concreción en el ámbito económico (contratación, libertad de empresa y propiedad privada) se deriva del propio artículo 28, sin alusión al 50 que es el que establece el principio constitucional que autoriza la intervención pública en la economía como medio para lograr los objetivos de un estado social. Y, en segundo lugar, que esto implica que las limitaciones son excepcionales e impuestas con criterio restrictivo, esto es, sólo por necesidad pública imperiosa. En la sentencia contra la reglamentación de la educación privada, sostuvo la jurisprudencia constitucional que:

*“XVII - Desde luego, los derechos y libertades fundamentales están sujetos a determinadas restricciones, las necesarias, pero nada más que las necesarias a la vigencia de los valores democráticos y constitucionales. No obstante, como han dicho el Tribunal Europeo (caso The Sunday Times, pgr. 59) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OC-5/85, pgr. 46), para que una restricción sea “necesaria” no es suficiente que sea “útil”, “razonable” u “oportuna”, sino que debe implicar la “existencia de una necesidad social imperiosa” que sustente la restricción.”*

De la jurisprudencia constitucional se deriva la regla son la cual el derecho a la libre contratación se ejerce en los términos propios de su contenido, y que las limitaciones a tal ejercicio son excepcionales y admisibles sólo si se comprueba su “...imperiosa necesidad social...”. Así, y aplicando el principio de la libertad de actuación al tema de la contratación privada, en época muy temprana la jurisprudencia constitucional anuló, en sentencia número 1635-90 de 14 de noviembre de 1990, un decreto ejecutivo que modificó los términos contractuales acordados entre productores y exportadores de banano. Aunque en dicha sentencia se apuntó como vicio de constitucionalidad del decreto

su rango normativo, también operó como fundamento de la anulación el contenido mismo de la modificación que se daba, en el tanto constituía una limitación al derecho a la libre contratación no justificable a la luz del propio numeral 28. En la sentencia citada, dijo la Sala:

*“(.) La determinación de las condiciones por las que se regía y se rigen las relaciones entre los productores y compradores de banano, es materia contractual privada y por tanto no sujeta a limitaciones en tanto no se den las condiciones constitucionales que permiten la actuación de la ley, por lo que los contratos firmados entre las partes de esa relación comercial están protegidos contra toda acción estatal fuera de esas condiciones, de donde el artículo 3º del Decreto impugnado, transgrede el artículo 28 de la Constitución.”*

En el fondo, se trata de una tesis similar a la esbozada en la sentencia sobre el régimen jurídico regulatorio de las relaciones entre productores e industriales de la caña, sólo que en esta última se integra al análisis el principio del estado social del artículo 50. Al margen de las posibilidades y potencialidades interpretativas que supone la referencia al artículo 50, la intervención pública en las relaciones económicas entre sujetos privados se mantiene como excepcional y sólo justificable ante los fallos de mercado.

De conformidad con lo dicho, es claro que la incidencia en los distintos mercados de este marco regulatorio contenido en la constitución y compuesto por los artículos 28, 45 y 46, se mide no tanto por lo que constituye la regla, el principio de libertad de actuación como principio dinámico del ejercicio de los derechos de contratación, empresa y propiedad privada, sino por lo que constituye la excepción, es decir, las limitaciones impuestas al ejercicio de estos derechos económicos individuales. Es en las limitaciones a esos derechos donde podrían estar los “obstáculos” al libre funcionamiento de los diversos mercados. Después de todo, la regulación de los mercados se basa en la posibilidad de establecer dichas limitaciones. En este sentido, conviene hacer referencia a algunos casos puntuales en los que la jurisprudencia constitucional ha admitido la imposición de limitaciones.

En cuanto a las limitaciones, adquiere especial relevancia la materia en relación con la cual se imponen aquellas. Esto, por cuanto,

aquella “*necesidad social imperiosa*” cede como justificación por la importancia que se le atribuya a una determinada materia que, en cuanto tal, basta para legitimar la limitación. Tal es el caso del ambiente como derecho a tutelar por el estado o de los derechos del consumidor, o del derecho a la salud.

Lo anterior se ilustra con la sentencia que resolvió la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra la ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor. En dicha sentencia, se analizó la constitucionalidad de las disposiciones que exigían que los contratos de ventas a plazos fueran autorizados por la administración pública en forma previa a su promoción y suscripción. La Sala Constitucional consideró que dicha obligación no contravenía el derecho a la libre contratación y que era una manifestación de las potestades de policía, es decir, de control y fiscalización propias del estado en protección de los derechos de los consumidores, así como manifestación de las potestades públicas de intervención en la economía derivadas del estado social consagrado en el artículo 50. Dijo la Sala en la sentencia número...

*“En el caso de estudio, el contenido de los contratos que la norma exige sean autorizados previamente por una autoridad estatal, son pautas que deben ser determinadas por las partes, pero controlados por el Estado, como “manifestación de una policía administrativa especial en la cual los tres tipos de procedimientos de todo ejercicio del poder de policía recién citados (normativo, represivo, material), se expresan como regulaciones en protección del interés público y del orden público económico, en especial en defensa del consumidor” como lo afirma la Procuraduría General de la República en su informe. En resumen, la Sala encuentra en la normativa cuestionada, desarrollo de los principios contenidos en los artículos 50 y 74 de la Constitución Política, al definir la cobertura del Estado Social de Derecho y por ello la acción en este aspecto, debe ser declarada sin lugar.”*

La jurisprudencia constitucional, a la hora de analizar la constitucionalidad de las disposiciones de la ley sobre el régimen de relaciones entre productores, beneficiadores y exportadores de café que establecen que el ICAFE impone el precio que los beneficiadores deben pagar a los productores de café, considero que las mismas no violentaban el derecho a la libre contratación.

En la sentencia que resolvió acerca de la inconstitucionalidad referida, la número 4569-97 de 1 de agosto de 1997, la Sala Constitucional

reafirmó una línea jurisprudencial según la cual la fijación de los precios de aquellos bienes (o servicios) que son o pueden ser objeto de una negociación privada, es una limitación legítima al derecho de libre contratación, e incluso al de libre empresa, fundamentada en la noción de orden público del artículo 28 constitucional. Pero, además, que encuentra fundamento en la potestad pública para intervenir en la economía establecida en el artículo 50, sin que ello implica una supresión del mercado. En la sentencia citada se dijo, haciendo referencia a otra sentencia relacionada con la fijación del precio de venta del banano, la número 3016-95 de 9 de junio de 1995, lo siguiente:

*“En relación con este tema y específicamente en cuanto al control de precios de los productos por parte del Estado, en la sentencia No. 2757-93 de las 14:45 horas del 15 de junio de 1993, la Sala señaló que dentro del concepto de “interés público” u “orden público” se encuentran involucradas las medidas que el Estado adopta con el fin de asegurar, entre otras cosas, su organización económica; que como medidas de intervención se incluyen las normas jurídicas que controlan los precios de los artículos de consumo; que la regulación de esos precios no afecta el principio económico de “la economía de mercado”, ni lesiona la libertad de empresa, de comercio o la propiedad privada, antes bien, la regulación representa una garantía de uniformidad de las condiciones básicas en el ejercicio de esos derechos; que la facultad del Estado de fijar esos precios conlleva necesariamente una limitación a la libertad, pero esa limitación es razonable por estar dirigida al cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 50 de la Constitución; que los mecanismos de control de la producción y del reparto de la riqueza, están orientados por los principios de razonabilidad y proporcionalidad que les sirven como parámetros de constitucionalidad. En la sentencia antes citada, la Sala da las razones por las cuales la fijación estatal de precios de los bienes de consumo básico limita la libertad, sin embargo, esa limitación se encuentra amparada a los casos de excepción que el mismo artículo 28 de la Constitución establece como acciones susceptibles*

*de ser reguladas por el Estado, por imperativo de orden público. Ese criterio es aplicable a la situación que ahora se presenta, que es la regulación del precio mínimo del banano, y con fundamento en él se analiza otro de los puntos que deben examinarse en esta resolución, cual es la limitación a la libertad de empresa. En relación con ese extremo, la sentencia antes citada señaló el criterio de la Sala en cuanto a que no lesiona la libertad de empresa ni la libre competencia, el que el Estado fije los precios de determinados productos, en razón de que de conformidad con el principio tutelado en el artículo 50 de la Constitución, el Estado debe procurar el mayor bienestar de todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.”*

Y, particularmente en lo que tiene que ver con régimen de determinación del precio del café entre productor y beneficiador-exportador, la jurisprudencia constitucional estableció en la sentencia citada que:

*“Considera esta Sala, y para ello se remite a los razonamientos esbozados en la sentencia antes citada, que las potestades que tiene el Estado para fijar precios, en los términos regulados en Ley sobre el Régimen de Relaciones entre Productores, Beneficiadores y Exportadores de Café, no resultan infractoras de la libertad de empresa ni de la libertad de contratación, ya que se ejercen con el fin de cumplir el objetivo que la misma ley señala en su artículo 1, a saber, establecer “un régimen equitativo de relaciones entre productores, beneficiadores y exportadores de café, que garantice una participación racional y cierta a cada sector en el negocio cafetalero...”. Si bien, la ley referida tiene un matiz proteccionista a favor del productor, tal y como se mencionó anteriormente, esa fue la intención del legislador, pues se pretendía frenar los abusos que se cometieron en perjuicio de los productores de café, durante la vigencia de la Ley No. 171 del 17 de agosto de 1933. Consecuentemente,*

*dichas facultades que fundamentalmente consisten en la fijación del precio mínimo que el productor debe recibir por determinada cantidad de café que entregue al beneficiador, se justifican en el hecho válidamente aceptado en la jurisprudencia de la Sala de la legitimidad de la protección de un sector de una actividad productiva con el objeto de que su situación no resulte perjudicial en relación con la que ostentan los demás participantes, ya que el daño que se le puede causar, al fin y al cabo, repercute en la economía nacional, y su evitación resulta materia de interés público sobre todo a la luz de lo que dispone el artículo 2 de la Ley sobre el Régimen de Relaciones entre Productores, Beneficiadores, y Exportadores de Café que declara de interés público “lo relativo a producción, elaboración, mercadeo, calidad y prestigio del café de Costa Rica”. De ahí que se admita como legítima la limitación a la libertad de comercio o de contratación que se cuestiona en esta acción, a saber, la fijación del precio del café. Asimismo, no se debe dejar de lado el hecho de que el ejercicio por parte del Estado de facultades que permitan equilibrar la situación de los diferentes participantes de una actividad productiva, responde al cumplimiento de los fines que naturalmente corresponden al Estado Social de Derecho cuyo diseño se aprecia sobre todo en lo dispuesto en los artículos 50 y 74 de la Constitución Política.”*

En esta sentencia se aplica la tesis, ya esbozada en otra sentencia, de que la intervención pública en la economía se justifica cuando se produce un desequilibrio social que el mercado por sí mismo no puede resolver, pero cuya corrección es un imperativo para el estado de conformidad con los presupuestos del estado social consagrado en el artículo 50 constitucional. Este es el argumento central utilizado para justificar la fijación del precio de venta del café por el ICAFE y para que no fuera acordado entre los productores y los beneficiadores-exportadores como parte de una negociación privada regida por el principio de la libertad de actuación.

En otras palabras, el precio que el beneficiador-exportador de café paga al productor, no se fija en función de la oferta y demanda de

ese bien en el mercado nacional por cuanto su determinación no se da por medio del instrumento jurídico existente para ello, esto es, el contrato privado basado en la autonomía de la voluntad de las partes contratantes.

Esta línea jurisprudencial se mantiene hoy en día. La argumentación desarrollada a propósito de la ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor, se repitió en una sentencia más reciente, la número 2001-01391 de 14 de febrero del 2001. En virtud ella, el legislador puede legítimamente intervenir en los distintos mercados regulando lo relativo a la determinación de los precios de los bienes y servicios que se intercambian, o las condiciones de contratación, si con ello se busca corregir una situación de desequilibrio social que el mercado por sí mismo no solventa y que, incluso, reproduce.

### **3.1.2. La libre empresa**

De conformidad con una vieja jurisprudencia de la Corte Plena cuando ejercía de contralor de constitucionalidad, la Sala Constitucional ha caracterizado a la libertad de empresa en tanto derecho económico individual como “(...) *el derecho que tiene todo ciudadano para escoger, sin restricciones, la actividad comercial legalmente permitida que más convenga a sus intereses, de manera que, ya en ejercicio de esa actividad, la persona debe someterse a las regulaciones que la ley establece...*”; (SSC, N° 1901-94 de del 20 de abril de 1994 y, más recientemente, SSC, N° 2001-06675 de 11 de julio de 2001).

Es decir, la libertad de empresa consiste, para la jurisprudencia constitucional, en el derecho individual para escoger aquella actividad económica legalmente permitida, aunque en realidad se trata de aquella no prohibida por el ordenamiento jurídico, que más le convenga; sin embargo, y en el tanto que ningún derecho fundamental es absoluto, también ha señalado que los poderes públicos pueden someter a limitaciones el ejercicio de ese derecho al regular, por razones de orden público, aquellas actividades económicas no prohibidas.

La jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la libre empresa no se aleja, como no podría hacerlo, de las tesis básicas desarrolladas a propósito del derecho a la libre contratación. La regla es el reconocimiento del derecho como derecho fundamental de carácter

individual y la excepción su limitación que, en aplicación del principio de libertad de actuación, sólo puede darse por razones de orden público, en resguardo de la moral o de derechos de terceros.

Además, juega un papel importante el principio de intervención pública en la economía en función de los presupuestos del estado social, garantizado en el artículo 50 constitucional. En relación con la libre empresa, la intervención estatal y las limitaciones al ejercicio del derecho se traducen en una regulación de los diversos mercados. Esta se justifica, también, como medida correctiva de los desequilibrios sociales, o como forma de tutelar lo que se consideran bienes jurídicos asumidos por la constitución, entre ellos, el ambiente, la salud pública, la posición de los consumidores en el mercado, etc.

A propósito de la libertad de empresa, la jurisprudencia constitucional ha señalado que su reconocimiento no impide que el estado desarrolle directamente una determinada actividad económica, incluso bajo el régimen del monopolio. Se trata del reconocimiento de una forma de intervención pública en la economía distinta a la regulación. Así, en una sentencia que resolvió la impugnación de la disposición de la ley de creación de la ARESEP y que califica al suministro de gas natural como servicio público, la Sala Constitucional reiteró la tesis planteada en la sentencia número 5532-2000 de 5 julio de 2000, en la que declaró constitucional el monopolio ostentado por RECOPE en materia de refinamiento y distribución en planteles de los hidrocarburos, así como la calificación de ciertas actividades, por su importancia en la economía, como servicios públicos. En la sentencia número 00-1158 de 21 de diciembre de 2000, dijo la Sala Constitucional:

*“IV.- Es importante traer a colación la sentencia de esta Sala número 5532-2000 de las quince horas con cinco minutos del cinco de julio de dos mil (en igual sentido la sentencia número 7044-96 de las diez horas nueve minutos del veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y seis), que en lo conducente señala:*

*“(…) las actividades monopolizadas (importación, refinación y distribución al mayoreo de combustibles) sean de índole o naturaleza privada, porque, en general, se trata simplemente de operaciones mercantiles con ciertos bienes económicos, que*

*integran el más amplio grupo conformado por los intercambios de bienes y servicios en una economía dada, y que, en ningún caso, son privativos de los sujetos privados, pues bien pueden llevarse a cabo por éstos mediante el sistema de libre contratación, intercambio y regulación mínima (economías de mercado), o por el Estado, (en los casos de economías centralizadas), e incluso—como en la mayoría de los países— mediante una combinación de ambos sistemas, dejando a los particulares unos sectores para su libre acción, y restringiendo otros para la acción exclusiva del Estado. Con lo anterior quiere establecerse que las actividades monopolizadas no son necesariamente y per se, de naturaleza privada, de manera que a la luz de nuestra Constitución, pueden válidamente ser dejadas a la gestión de particulares con la fiscalización del Estado, o ser objeto de intervención estatal, en el tanto en que ello esté autorizado por la Constitución y las leyes y se justifique de acuerdo a los fines que se persigan.”*

En consecuencia, y según la jurisprudencia constitucional, la actividad directa del estado en la economía, aún en régimen de monopolio no es, en sí misma, inconstitucional por violentar el derecho a la libertad de empresa, aunque dicha intervención excluye por definición a los agentes privados de la actividad de que se trate. Como tampoco lo es la regulación administrativa de una determinada actividad a que da lugar su calificación como servicio público. Esto último, lo señala la Sala Constitucional en la sentencia citada cuando dice:

*“V.- Respecto del suministro y transporte de gas al consumidor final, considera esta Sala que es una actividad dedicada a la satisfacción de las necesidades e intereses generales y por tanto servicio público, como se desprende de la normativa dictada por el Poder Ejecutivo antes de la vigencia del inciso d) del artículo quinto de la Ley 7593, ahora impugnado. Aun cuando el servicio público es una actividad propia de la Administración Pública, ello no excluye la posibilidad de participación de los particulares en la gestión pública, a través de la figura de la concesión de servicio público,*

*principalmente. En este caso, el manejo, transporte y distribución de combustibles y derivados del petróleo estaba normativamente considerado, de previo a la vigencia de esta Ley, como un servicio público, que efectivamente participa de los principios rectores del mismo, cuales son eficiencia, continuidad, adaptabilidad e igualdad (resoluciones de esta Sala números 2101-91, 1700-94, 1539-94) y que corresponde al Estado garantizarlos, lo cual se logra sólo con controles y fiscalización oportuna, adecuada y regulada debidamente, sobre los particulares encargados de ejercer esta actividad. Es constitucionalmente posible la prestación de servicios públicos por parte de particulares o sujetos no estatales con la autorización control y vigilancia estricta del Estado, entre otras figuras, mediante concesiones, porque sólo con ello se logra la protección de los intereses públicos labor de la Administración Pública.”*

Tanto si se trata de la actividad económica directa del estado, como si se trata de la regulación de la actividad económica de los agentes privados, la intervención pública en la economía es legítima desde el punto de vista constitucional, si hay razones de orden público para ello. Y una razón de orden público es, según la jurisprudencia de la Sala Constitucional, la importancia que una determinada actividad puede tener para el funcionamiento de la economía nacional. Esta argumentación permite el ejercicio monopólico, por parte del estado, de determinadas actividades con la evidente exclusión de los agentes económicos privados, o el sometimiento de los agentes económicos privados al altamente regulado régimen de la concesión de servicio público, sin que ninguna de las dos posibilidades resulte violatoria del derecho a la libre empresa como derecho individual.

La tutela del ambiente ha sido una causa o motivo importante para limitar el ejercicio de un derecho individual como la libertad de empresa. En este campo, de lo que se trata con la limitación es evitar que se produzcan daños al ambiente como resultado de la actividad económico-productiva, daños que, en tanto costes sociales, aparecen para la empresa como una externalidad (FIELD: 81). De allí que, para prevenir y evitar el daño ambiental, el estado establece limitaciones al ejercicio del derecho a la libre empresa que se traducen en limitaciones a la actividad empresarial misma.

La Sala Constitucional, al resolver la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra el reglamento para el control y revisión técnica de las emisiones de gases contaminantes producidas por vehículos automotores, en virtud del cual se exige a los importadores de vehículos usados, además de pasar la revisión técnica nacional, un certificado de emisión de gases del país donde se compró el vehículo, señaló que el derecho a la libre empresa admite limitaciones en procura del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado:

*“Con fundamento en los postulados del artículo 50 de la Constitución Política, es válido imponer ciertas limitaciones a la libertad de comercio y de empresa. En efecto, existe profusa jurisprudencia emanada de esta Sala, en el sentido de que la libertad de comercio no es irrestricta, pues ésta y las demás libertades constitucionales pueden ser objeto de regulación cuando se encuentren de por medio derechos e intereses de la colectividad, tales como la salud pública y la conservación del medio ambiente.”* (Sentencia número 01-01739 de 28 de febrero de 2001).

La Sala concluyó, en la sentencia citada, que el requisito impuesto a la importación de vehículos usados, aunque constituía una limitación a la libertad de empresa, era legítimo al amparo de lo que establece el artículo 50 constitucional. Al respecto, dijo lo siguiente:

*“En el caso concreto, resulta congruente con el marco constitucional que brinda el artículo 50, ejercer un control sobre los vehículos importados, con el fin de permitir el ingreso únicamente de aquellos que, al momento de su entrada al país, se encuentren en condiciones técnicas aptas para circular sin producir altos niveles de contaminación. En atención a la política que ha adoptado el Estado sobre el asunto, estima la Sala que no resulta ilegítimo que se establezca un mecanismo de comprobación, de previo a autorizar la nacionalización del vehículo. En esa forma, se propicia que las unidades que se internan en el país realmente estén en condiciones para circular aminorándose los problemas de contaminación.”* (Sentencia número 01-01739 de 28 de febrero de 2001).

En orden a los motivos justificantes de la intervención pública en la economía, intervención que tiene como consecuencia el establecimiento de limitaciones al derecho de libre empresa, la jurisprudencia constitucional, aplicando el concepto de orden público, ha hecho referencia a la necesidad de mantener la estabilidad del orden económico. Tal fue el caso de la sentencia que resolvió la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra la norma que obliga a los bancos privados a entregar una parte de sus captaciones a la Banca Estatal, a título de préstamo. En ella, la Sala Constitucional señaló que:

*“En todo caso, en razón de lo afirmado, si bien es cierto, la libertad de empresa admite el derecho a que en Costa Rica exista y se desarrolle la banca privada, también es lo cierto que el ejercicio de tal libertad encaminada a la ejecución de la actividad bancaria privada, no es irrestricta, sino que se encuentra sujeta a límites que tienden a garantizar el interés de la colectividad. (...) la actividad bancaria es un ejemplo de lo dicho, justificándose su regulación, precisamente, en la necesidad de mantener la estabilidad del sistema bancario y ante todo, la confianza pública en este; razones a partir de las cuales, las normas impugnadas encuentran su fundamento y se constituyen en límites necesarios para el ejercicio de la actividad bancaria privada, por lo cual, en criterio de este Tribunal, no resultan inconstitucionales como lo alega el accionante.”* (Sentencia número 06675-2001 de 11 de julio de 2001).

Nuevamente, si hablamos del marco constitucional regulatorio del sistema económico es claro que, en punto a la actividad empresarial, la constitución económica no excluye su regulación y, por esa vía, la regulación de los diversos mercados.

En este tema de la libertad de empresa, la jurisprudencia constitucional también hace uso de la tesis de la subsidiaridad y justifica la intervención pública y la regulación de los diversos mercados ante determinados supuestos relacionados con la corrección de desequilibrios sociales o la tutela de bienes jurídicos que el mercado, por sí mismo, no logra corregir o proteger, según el caso.

## **A modo de conclusión**

De la jurisprudencia constitucional comentada, es posible concluir que el sistema normativo constitucional que regula el orden económico, es decir, la llamada constitución económica, no excluye la posibilidad de la intervención pública, ya sea bajo la forma de la actividad económica directa del estado, ya sea bajo la forma de la regulación de los mercados. En este sentido, el reconocimiento constitucional del principio de libertad de actuación y de determinados derechos económicos individuales, no es una garantía de que las actividades económicas, es decir, la producción y distribución de bienes y servicios, se desenvuelvan en las condiciones de mercados no regulados.

Lo anterior puede no ser especialmente trascendente si partimos del reconocimiento de que no hay mercados no regulados en el tanto aún las economías mas liberales admiten la intervención pública en punto a garantizar la libre concurrencia y competencia en aquellos. Sin embargo, hay que tener presente que hay grados de regulación, y en esto si es importante tomar el desarrollo de la jurisprudencia constitucional sobre el tema.

En el sentido dicho, es importante prestar atención a aquellos conceptos jurídicos que justifican la intervención pública en la economía. En la doctrina jurídica se les llama conceptos jurídicos indeterminados porque la norma que los contiene no define su contenido y corresponde al operador jurídico, principalmente al juez, determinarlo al aplicar la norma. Es lo que ha venido haciendo la Sala Constitucional cuando utiliza conceptos como orden público, interés público, o estado social.

Con base en dichos conceptos, ha declarado como legítimas desde el punto de vista constitucional, disposiciones normativas que regulan el funcionamiento de los mercados en la medida en que imponen limitaciones al ejercicio de derechos económicos individuales como el de libre contratación o libre empresa. Ello pone en evidencia el gran poder conformador que tiene, a fin de cuentas, la jurisprudencia constitucional en relación con el orden económico, que para el caso de Costa Rica, mantiene a favor del estado amplias potestades interventoras.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, (Madrid, CEC, 1993).
- BASSOLS COMA, Martín, *Constitución y Sistema Económico*, (Madrid, Editorial Tecnos, S.A., 1985).
- FIELD, Barry C., *Economía Ambiental. Una introducción*, (Bogotá, McGraw:Hill, 2000).
- LASHERAS, Miguel Angel, *La regulación económica de los servicios públicos*, (Barcelona, Editorial Ariel, S.A., 1999).
- MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián, *Derecho Administrativo Económico*, (Madrid, La Ley, T. I, 1991).
- PASTOR, Santos, *Sistema Jurídico y Economía. Una introducción al análisis económico del derecho*, Madrid, Editorial Tecnos, S.A., 1989.
- REICH, Norbert, *Mercado y Derecho*, (Barcelona, Editorial Ariel, S.A., 1985).

## LA AUTOPSIA PSICOLÓGICA

*Dr. Álvaro Burgos Mata<sup>(\*)</sup>*

(Recibido 06/09/05; aceptado 05/04/06)

---

(\*) Dr. Derecho Penal y Criminología, Máster Psicología Forense, Especialista en Ciencias Penales. Juez Superior Penal Juvenil y Juez de Juicio del II Circuito Judicial de San José; Catedrático de Derecho Penal Especial, y encargado de la Cátedra de Criminología de la Maestría en Ciencias Penales de la UCR. Prof. del Programa Doctoral en Derecho Penal de la U. Escuela Libre de Derecho y de la Maestría en Psicología Forense.

## **RESUMEN**

La Autopsia Psicológica es la valoración retrospectiva e indirecta de la personalidad y la vida de una persona ya fallecida. Es una reconstrucción socio - psico - patológica postmortem del ser humano.

**Palabras clave:** Autopsia, psicología forense, delito, criminología.

## **ABSTRACT**

The Psychological Autopsy is a retrospective and indirect examination of the personality and life of a deceased individual. It is a post-mortem social, psychological and pathological reconstruction of a human being.

**Key words:** Autopsy, forensic psychology, crime, criminology.

## **SUMARIO**

### Introducción

- I. Generalidades de la Autopsia Psicológica
  - a) Definición
  - b) Antecedentes
  - c) La Autopsia Psicológica en Costa Rica
  - d) Utilidad
  - e) Marco Conceptual
    - e-1) Autopsia Psiquiátrica
    - e-2) Autopsia Psicológica
  
- II. Aspectos técnicos de la Autopsia Psicológica y MAPI
  - a) Áreas de Exploración
    - a-1) Esfera nterpersonal
    - a-2) Esfera emocional
    - a-3) Esfera psicosocial
    - a-4) Esfera mental
  
  - b) Métodos de recolección de la información
    - b-1) Información documentada disponible
    - b-2) Observación
    - b-3) Entrevista Estructurada
  
  - c) Modelo de Autopsia Psicológica Integrada(MAPI)
    - c-1) ¿Qué es el MAPI?
    - c-2) Objetivos del MAPI
  
  - d) Etapas del MAPI
    - d-1) El lugar de los hechos
    - d-2) Entrevista al menos a tres familiares o allegados
    - d-3) Discusión Colectiva

### CONCLUSIONES

### BIBLIOGRAFÍA



## **INTRODUCCIÓN**

La Autopsia Psicológica como método de investigación en las muertes dudosas es relativamente nuevo y aún más para nuestro país. No hace más de 45 años que empezó a desarrollarse en los Estados Unidos, pero es hasta hace menos de 10 años que se implementa en Costa Rica.

Esta novedad provocada por una disminuida investigación al respecto y un desconocimiento por parte de las autoridades que eventualmente podrían solicitarla como contribución al esclarecimiento de ciertos casos, es precisamente el causal de tan poca demanda en este sentido. Agregando la poca credibilidad, sin ningún sustento válido, que ciertos sectores de la sociedad le imprimen a “los asuntos psicológicos”.

A pesar de esto, muchos autores sostienen que este método no solo aporta a la investigación, si no que se convierte en una poderosa arma para conocer las causas de los homicidios y suicidios, establecer poblaciones en riesgo y crear programas preventivos en este sentido.

El presente trabajo pretende hacer un breve recorrido por el tema de Autopsia Psicológica (concepto, antecedentes, utilidades, generalidades, tipos, áreas de exploración, métodos de recolectar la información, modelos de llevarla a cabo, entre otras) y la implementación de esta en nuestro país, para contribuir con el aumento de conocimiento sobre este tema.

## **I. GENERALIDADES DE LA AUTOPSIA PSICOLÓGICA**

### **a) Definición**

Según García (s. f.; citada por Salazar, 2004) la Autopsia Psicológica es “la exploración retrospectiva e indirecta de la personalidad y la vida de una persona ya fallecida. Se trata de hacer una evaluación después de la muerte de cómo era la víctima en vida. Es una reconstrucción sicocio - psico - patológica postmortem”.

Esta reconstrucción de la vida de la persona occisa, trata de esclarecer las causas y principalmente el móvil de la muerte en cuestión en aquellas muertes en las que los elementos investigativos no sean totalmente claros.

Aportando a la definición, Zeledón (2005) señala que la autopsia psicológica es un “Modelo de investigación retrospectivo e indirecto de un sujeto fallecido por causas dudosas y que podrían estar señalando la presencia de un posible delito”.

Según esta autora, la Autopsia Psicológica es una guía para llevar a cabo todo un proceso extenso de investigación en torno a la muerte de una persona, retrospectivo, ya que toma en cuenta el pasado de la víctima e indirecto por que no trata con la persona, más bien con terceras personas vinculadas al occiso.

Por otra parte, cabe señalar que las muertes dudosas, según Aguilar (2001), son todas aquellas muertes que podrían tener más de una explicación. Es decir, un mismo hecho puede ser explicado como una muerte natural, accidental, un suicidio u homicidio.

En Costa Rica, debido a la naturaleza de la institución que lleva a cabo las Autopsias Psicológicas (Poder Judicial), el fin de la misma va a ser la posible identificación de un posible delito en torno a la muerte dudosa de una persona.

Un aspecto trascendental, según Zeledón (2005) es que la Autopsia Psicológica “no es una mera recolección de datos; es todo un proceso de elaboración de hipótesis, donde las evidencias ayudan a descartar o a afianzar las mismas, mediante una combinación de información y elementos teóricos relacionados con la psicología”.

La recolección de información es solo el primer paso, que debe ser precedido por el aporte disciplinario de los psicólogos forenses y la experiencia que puedan tener para poder plantear hipótesis, que a lo largo de la investigación van a tomar fuerza o se van a desvanecer.

## **b) Antecedentes**

Este modelo investigativo se empieza a desarrollar en los años 60's en la Oficina del Médico Forense de la ciudad de Los Ángeles en Estados Unidos, gracias a la necesidad de identificar el “qué, como y por qué” de las muertes dudosas.

Esta, se utilizaba inicialmente cuando no existían elementos suficientes para afirmar si una muerte se trataba de un homicidio o un suicidio.

Posteriormente, la Autopsia Psicológica empezó a ser utilizada en las Fuerzas Militares estadounidenses para determinar las causas del suicidio en sus hombres y esclarecer algunas muertes dudosas en los mismos.

A nivel latinoamericano, la Dra. Teresita García Pérez especialista en Psiquiatría Forense del Instituto de Medicina Legal de la Ciudad de la Habana Cuba ha sido la pionera y en la actualidad principal exponente de las investigaciones y desarrollo del tema de la Autopsia Psicológica. La misma desarrolló el Modelo de Autopsia Psicológica Integrado (MAPI), una guía para la realización de la Autopsia Psicológica.

En la actualidad, la Autopsia Psicológica ha tomado gran relevancia dentro de los Sistemas de Justicia, siendo esta cada vez más solícita dentro de las Cortes como elemento de apoyo para la decisión que tome el Juez. Por su parte, el método ha evolucionado con el tiempo y se ha ampliado su utilización en diversas situaciones, lo que pronostica una mayor y mejorada forma de aplicarla como método relevante dentro de las investigaciones judiciales.

### **c) La Autopsia Psicológica en Costa Rica**

Las Autopsias Psicológicas (para efectos judiciales) son realizadas únicamente por perito psicólogo forense en el Complejo de Ciencias Médicas Forenses, ubicado en San Joaquín de Flores en Heredia. Aquí se rotan la responsabilidad de realizar las mismas, pero por lo general escogen a aquellas personas que tengan entrenamiento en el tema y alguna experiencia que lo acredite.

Hace poco más de siete años, se realizó la primera Autopsia Psicológica en Costa Rica como recurso dentro de una investigación criminal, la llevó a cabo el M. Psc. Mario García. A la fecha se contabilizan 10 autopsias psicológicas y una está en proceso.

A pesar de ser elemento no solo útil si no rico en información, la Autopsia Psicológica no es muy solicitada dentro de los sistemas de justicia; según Zeledón (2005), por desconocimiento de la misma y en algunos casos por falta de credibilidad hacia esta.

En Costa Rica, la Autopsia Psicológica es utilizada para detectar la posible existencia de un determinado delito y colaborar en la determinación de la pena dependiendo de lo hallado en la investigación.

Claro está, la Autopsia Psicológica es solo un elemento de ayuda al proceso, no la solución del mismo.

El entrenamiento en esta técnica de evaluación lo brindaron la cubana Dra. Teresita García Pérez en 1999, máxima exponente latinoamericana, y la costarricense Dra. Giselle Aguilar Hass en el 2001 quien labora en las cortes estadounidenses. La primera entrenó a ciertos psicólogos en la aplicación de su modelo (MAPI) y la segunda realizó una conferencia respecto al tema.

La Autopsia Psicológica es solicitada por la Fiscalía, el Juez o la defensa. Así mismo cualquier ciudadano (en especial los familiares) pueden solicitarla a las autoridades correspondientes, y estas después de comprobar su pertinencia, la solicitan a los peritos psicólogos forenses que laboran en San Joaquín de Flores.

#### **d) Utilidad**

Desde sus inicios y hasta la actualidad, la Autopsia Psicológica se utiliza principalmente para esclarecer decesos por causas dudosas, es decir, que tienen más de una posible explicación. Es así, como el “estado mental y emocional antes de morir, su estilo de vida y su psicopatología pueden ser extremadamente relevantes para resolver el rompecabezas criminológico del caso.” (Aguilar, 2001).

Según Rodríguez (s. f.) las maneras de muerte son: natural, accidental, suicidio y homicidio, conocidas por las siglas NASH. La Autopsia Psicológica va a pretender esclarecer, en las muertes dudosas, cual de los cuatro tipos de muerte pertenece al sujeto en cuestión.

El uso de la Autopsia Psicológica se ha ampliado en los últimos años y se ha empezado a utilizar con sujetos físicamente vivos que no aportan nada en el examen directo; se podría decir que estos son sujetos psicológicamente fallecidos. Por ejemplo en estados de coma o demencias. (Pinchanski y otros, s. f.)

En Costa Rica, y en la mayoría de los países, la Autopsia Psicológica es utilizada como método para determinar la posible existencia de un supuesto delito. A pesar de esto, en muchos casos no es únicamente el esclarecimiento de la forma de la muerte lo que interesa, si no más bien el móvil, es decir, la razón de la misma para cumplir con este objetivo fundamental.

De la misma manera, en los últimos años la Autopsia Psicológica ha sido utilizada para comprender la personalidad de un individuo fallecido, independientemente de la causa de su muerte.

García (1998a) sostiene que la Autopsia Psicológica ayuda a la “caracterización victimológica del homicidio”, ya que según la autora, la valoración del estado mental de la víctima momentos antes de su muerte y previo a la misma aportan al campo penal, en tanto “este dictamen puede variar la tipificación delictiva de homicidio simple a homicidio calificado (asesinato) con la correspondiente variación del marco sancionador”.

Así mismo, en el campo civil puede ser de utilidad la Autopsia Psicológica, en tanto pueden anularse documentos, matrimonio, testamentos, actas, etc. que se compruebe fueron realizados en circunstancias donde el sujeto mostrara incapacidad administrar sus bienes, tomar decisiones o regir su persona.

Por otra parte, esta misma autora sostiene que la Autopsia Psicológica aporta a la caracterización probabilística del sospechoso de homicidio: “a partir del establecimiento del perfil sociopsicológico de la víctima, su estilo de vida, sus intereses, motivaciones, aspiraciones, áreas de conflicto, se le ofrece a los investigadores una caracterización probabilística de quienes pudieran vincularse a ese tipo de persona” (García, 1998a) y en algún momento haber dañado a la misma.

Desde las investigaciones con Autopsias Psicológicas, se puede fomentar la prevención del homicidio y el suicidio, en tanto se establezcan poblaciones de alto riesgo para ambos y factores asociados para que se trabaje en formas asertivas de prevenir y tratar estos fenómenos. Claro está, esto solo puede ser posible mediante la investigación exhaustiva de estos fenómenos y la incorporación de la Autopsia Psicológica para este objetivo.

Al respecto, García (1998c) aporta: “también es aplicable (refiriéndose a la Autopsia Psicológica) en la prevención de las muertes violentas, el lograr establecer la población de riesgo suicida, de riesgo a morir por homicidio o por accidentes, es la mejor prevenir estas muertes y es a través del conocimiento profundo de las víctimas fatales que podemos detectar los factores asociados y la caracterización victimal para trazar estrategias de prevención en los diferentes niveles de atención del sector de salud con el apoyo de las organizaciones políticas, sociales y de masas”.

Este modelo de investigación, utilizado de forma extensa, permite la caracterización de los fenómenos de homicidio y suicidio, tratando de “arrojar luz sobre las causas y condiciones que inciden en estos complejos fenómenos”. (García, 1998 a).

### **e) Marco Conceptual**

Para llevar a cabo una Autopsia Psicológica es necesario realizar un trabajo de campo, de observación detallada y análisis exhaustivo de la información que logra ser recabada para la elaboración de la misma, así como la inclusión de elementos propios de la psicología para poder esclarecer la muerte del sujeto en cuestión.

Este proceso, según Zeledón (2005), requiere de una gran inversión de tiempo (por parte del profesional que la lleva a cabo) y recursos (materiales y económicos), que por lo general se prolonga de seis meses a dos años, dependiendo de la complejidad del caso. Esta inversión es debido a que la investigación tiene “dos momentos, el momento en que ocurren los supuestos hechos y el resto de la vida del sujeto” (Zeledón, 2005), por lo que hay que hacer un recorrido de muchos años (dependiendo de la edad del occiso) para llegar a una posible conclusión.

El recargo económico se explica con las constantes visitas que debe realizar el profesional, los viajes que debe hacer para recabar información, así como trámites administrativos (pasar expedientes de una institución a otra, peticiones al juez) que no dejan de generarle gastos al país.

En Costa Rica la elaboración de la Autopsia Psicológica se le recarga a algún perito psicólogo forense que labore en el Complejo de Ciencias Forenses de San Joaquín, teniendo este que dividir sus labores y dedicarle algún tiempo a la elaboración de la misma. Esto podría provocar atrasos significativos en los peritajes o en la misma elaboración de la Autopsia Psicológica por parte de los profesionales; lo ideal sería mantener a un perito con esta única labor, pero resulta imposible debido a la demanda de trabajo que se les ata a los mismos y las pocas plazas destinadas para profesionales que realizan esta labor.

Por otro lado, es esencial destacar que la Autopsia Psicológica es solamente un instrumento que aporta a la investigación, no es la

solución de la misma; por esta razón, siempre debe ser planteada en términos probabilísticos, ya que nadie conoce la verdad absoluta, y mucho menos de una persona que ya está fallecida.

## **TIPOS**

Debido a la evolución que ha tenido el modelo de investigación de la Autopsia Psicológica, en la actualidad se establecen dos tipos. Según Salazar (2004) estas siguen el mismo modelo, pero tienen diferenciaciones evidentes.

### **e-1. La Autopsia Psiquiátrica**

Tiene los mismos propósitos que la Autopsia Psicológica convencional, solo que se realiza cuando se sospecha que las condiciones de muerte están más ligadas a condiciones médicas u orgánicas, tal es el caso de las personas con trastornos mentales o gran historial farmacológico. Esta además mencionar que el profesional indicado para este tipo de Autopsia es un psiquiatra forense.

### **e-2. La Autopsia Psicológica**

Este método es el más utilizado, y hace énfasis en las capacidades cognitivas, tendencias y conductas de las personas que han fallecido para establecer relaciones causales o explicaciones de las muertes dudosas.

## **II. ASPECTOS TÉCNICOS DE LA AUTOPSIA PSICOLÓGICA Y MAPI**

### **a) Áreas de Exploración**

Para llevar a cabo una Autopsia Psicológica hay que explorar de forma prioritaria cuatro áreas señaladas por Zeledón (2005) tanto en el momento de los supuestos hechos, así como a lo largo de la vida del sujeto. Estas son:

### **a-1) Esfera interpersonal**

Es necesario evaluar las relaciones del fallecido con otros (familiares nucleares y extensos, pareja, matrimonio, amantes, compañeros sexuales, amigos, compañeros de trabajo, compañeros de estudio) para establecer las motivaciones en cada una de las relaciones, patrones de interacción con otros, nivel de intimidad en estas, situaciones atípicas que se estuvieran presentando a nivel de relación antes de la muerte o en cualquier momento de la vida, entre otras.

### **a-2) Esfera emocional**

A nivel emocional es importante identificar el desarrollo emocional del occiso, los estados de ánimo y las fluctuaciones del mismo, identificar síntomas depresivos, afectos negativos, explorar el manejo de emociones, la expresión de las mismas, agresividad hacia los demás o hacia sí mismo, sentimientos de temor, etc.

### **a-3) Esfera psicosocial**

En este nivel es fundamental identificar el estado de salud a lo largo de la vida del sujeto, así como cambios repentinos en la misma, los antecedentes sociales, financieros y legales del occiso durante su vida y momentos antes de fallecer. Además, hay que identificar y valorar las pérdidas (o amenazas de pérdidas) ya sean reales o imaginarias de personas, objetos, mascotas, empleos, status, salud, entre otras. Dentro de esta misma categoría se incluyen las separaciones, los divorcios, los cambios de vivienda, el distanciamiento de personas importantes, cambios salariales, demociones o promociones, etc. Además, la utilización de drogas, alcohol o la toma de medicamentos.

### **a-4) Esfera mental**

La inteligencia, la memoria, el lenguaje, la orientación, la capacidad de juicio y las capacidades cognitivas deben de ser valoradas por el psicólogo forense que lleva a cabo una Autopsia Psicológica. Este debe buscar además síntomas psicóticos a lo largo de la vida del sujeto o en el momento preciso en que se supone ocurrieron los hechos; además, hay que valorar la historia psicológica, así como psicopatológica del sujeto en cuestión, entre otras.

## **b) Métodos de recolección de la información**

Una de las partes fundamentales de la elaboración de una Autopsia Psicológica es precisamente la recolección de la información, que debe ser no solo suficiente, si no lo más veraz y confiable posible. De la misma manera, el psicólogo que lleve a cabo el proceso, debe de seleccionar la información más relevante y descartar aquella que no resulte útil para el asunto en cuestión.

Zeledón (2005) señala tres métodos principales para recolectar la información necesaria para llevar a cabo la Autopsia Psicológica, estas son:

### **b-1) Información documentada disponible**

Todo documento que tenga relación directa o indirecta con el occiso, debe ser revisada. Esta valoración va a depender de las actividades del sujeto, pero en general se debe revisar:

- Expediente médico, clínico, judicial, escolar, laboral
- Dictamen médico forense
- Informe policial de los hechos
- Informe criminológico de los hechos
- Informes legales, denuncias a favor o en contra
- Registro de notas, conducta, disciplina
- Diarios, cartas, dibujos, fotos
- Testamentos, apoderamientos
- Registros bancarios, movimientos bancarios

### **b-2) Observación**

Esta quizá sea la labor de campo más trascendental para el proceso, ya que el evaluador se debe trasladar a diversos lugares y

adentrarse en el contexto del occiso. Para esto debe observar y revisar detenidamente:

- El supuesto escenario de los hechos y todo lo que se encuentre a su alrededor, así como posibles desencadenantes o estresantes que pudieron estar presentes.
- El lugar donde hallaron el cuerpo de la persona en cuestión y toda evidencia física recolectada por parte de los especialistas, así como todo objeto personal que llevara el occiso en ese momento
- La habitación del difunto y todo aquello que se encuentre en ella (ropa, zapatos, cama, escritorios, gabinetes).
- Las pertenencias del sujeto, tales como automóvil, carteras, billeteras, muebles, ropa, zapatos, teléfono celular, etc.
- El hogar y la familia del occiso, las formas de interacción, los intereses de las mismas, los niveles de estrés, los patrones de comportamiento de los integrantes, si existe preferencias entre las personas que conviven juntas, las actividades que realiza la misma, disfunciones a nivel familiar, patrones destructivos de interacción, psicopatologías o enfermedades crónicas, etc.
- El círculo de amigos y la forma de interactuar entre ellos, intereses, lugares que frecuentan, actividades que realizan, etc.
- Lugar de estudio o trabajo y las relaciones que se establecen allí, así como la composición física del lugar, los posibles estresores ahí presentes, la forma de interactuar entre los distintos niveles jerárquicos, entre otros.

### **b-3) Entrevista estructurada**

Como en todo proceso de investigación psicológico, la entrevista estructurada es fundamental para la Autopsia Psicológica, ya que aporta datos importantes que no pueden ser observados a simple vista y que no se encuentran documentados.

Para realizar una entrevista, se debe contar con la aprobación de la persona a la cual se le dirige; esta interacción debe estar caracterizada

por el respeto hacia la persona entrevistada y la fallecida, debe de hacerse en forma clara y comprensible, pero sobre todo debe de respetar el dolor que puede estar experimentando el entrevistado.

Si bien es cierto los datos suministrados a nivel verbal no siempre son fidedignos, estos pueden ser corroborados con otras entrevistas, información documentada o la observación conductual, para ser desechados en caso de que se compruebe su falsedad.

A pesar de esto, la entrevista es fundamental dentro del proceso y debe de realizarse a:

- La familia, nuclear y extensa.
- A los amigos cercanos, no tan amigos y a los enemigos si los tuviera.
- A los compañeros de trabajo que se relacionaban directamente con el fallecido, a aquellos que no se llevaban muy bien con él.
- En las relaciones sentimentales es preciso entrevistar a todo aquel que haya tenido una relación sentimental significativa o no tan significativa. Esta exploración debe de incluir matrimonio, relaciones extramaritales e incestuosas en caso de que las hubiera.
- Las relaciones casuales deben de ser valoradas, en especial aquellas que tuvieron lugar poco tiempo antes de la muerte del individuo. Cobra gran interés en este punto el contagio de enfermedades de transmisión sexual por relaciones ocasionales y los patrones inestables de relación que pudo haber tenido el occiso.
- Se debe entrevistar de manera general a cualquier persona que haya sido relevante para la vida del sujeto o que haya tomado protagonismo después de su muerte.
- Además, se debe entrevistar cualquier persona que haya tenido contacto con el sujeto, de forma directa o indirecta días antes y durante la muerte del sujeto.

## **c) Modelo de Autopsia Psicológica Integrada (MAPI)**

### **c-1) ¿Qué es el MAPI?**

A pesar de que existan varios modelos para hacer una Autopsia Psicológica, tal vez tantos como personas que la realicen, en Cuba la Dra. Teresita García Pérez, especialista en psiquiatría del Instituto de Medicina Legal de la Ciudad de la Habana, creó en 1990 el MAPI, un método estructurado y sistematizado para llevar a cabo una Autopsia Psicológica. Este permite realizar un diagnóstico pericial acertado tanto en víctimas de suicidio, homicidio, así como de accidentes.

Para administrar el MAPI, es necesario echar mano a toda la información recolectada en hasta el momento y luego seguir el formato del modelo.

Dicho modelo, ha sido validado a partir de investigaciones realizadas por la Dra. Teresita García Pérez entre los años 1991-1994 con personas suicidas y víctimas de homicidio. Estas arrojan que el instrumento es “confiable, válido, aplicable y generalizable”. (Pinchaski y otros, s.f.)

Según García (1998b), el MAPI “disminuye al mínimo el margen de sesgo, pues todos los exploradores tiene que realizar la exploración de la misma manera, guiándose por el instructivo con posibilidad de respuesta cerrada, precisamente para evitar la inclusión de elementos subjetivos en la valoración de cada caso y además para hacerlo verificable por terceras personas y así garantizar su valor como prueba pericial”.

La utilización del MAPI permite “un recorrido de todas las áreas del sujeto antes, durante y después de la muerte” (Zeledón, 2005), lo que garantiza la exploración de todas las áreas y momentos en la vida del occiso.

Para aplicar el MAPI se debe tener entrenamiento preliminar en el manejo del modelo, el cual es brindado la mayoría de las veces por la Dra. García, creadora del mismo; este ha sido aceptado y aplicado en Cuba, México, Chile y Costa Rica.

## **c-2) Objetivos del MAPI**

Dentro de los objetivos planteados por la Dra. García (1998c) a la hora de crear el instrumento están:

- Valorar los factores de riesgo suicida, de riesgo heteroagresivo o de riesgo de la accidentalidad.
- Valorar los estilos de vida del occiso.
- Determinar el estado mental en el momento de la muerte.
- Establecer áreas de conflicto y motivacionales.
- Diseñar el perfil de personalidad del occiso.
- Determinar si existían señales de aviso presuicida.
- Determinar si existía un estado presuicida.

## **d) Etapas del MAPI**

Chávez y otros (2005) resumen los pasos del MAPI de la siguiente forma:

### **d-1) El lugar de los hechos**

La investigación empieza con la visita, por parte del perito, al lugar de los supuestos hechos con el fin de rescatar no solo evidencias físicas, si no también huellas psicológicas que pudieran hacerse evidentes en el supuesto escenario.

Además, en este paso se incluye toda la revisión de pertenencias, lugares que frecuentaba el occiso, etc. Es decir, todo aquel trabajo de campo se realiza en este paso.

### **d-2) Entrevista al menos a tres familiares, convivientes o allegados**

Antes de realizar la entrevista, es necesario explicar el carácter de voluntariedad a los entrevistados, y la importancia de la misma para el proceso que se lleva a cabo. Así mismo, es esencial realizarla en un ambiente privado y de confianza.

Una vez sobrepasados los detalles iniciales, se entrevista a la persona de acuerdo a la información requerida por el modelo. Si en algún momento la información parece contradictoria, se pueden utilizar diversas fuentes y contrarrestar la misma.

### **d-3) Discusión colectiva**

Una vez recolectada y analizada la información, el perito debe reunirse con los investigadores y profesionales implicados en el proceso, para realizar el informe pericial, siempre en términos probabilísticos pues se trata de una evaluación indirecta y de conclusiones inferenciales que cobran valor solo al sumarse al resto de elementos criminalísticos, psicológicos y medicolegales.

El intercambiar hipótesis con otros profesionales aumenta la eficacia de la técnica de Autopsia Psicológica al enriquecer el análisis científico de la víctima y de las circunstancias que rodearon la muerte de la persona en cuestión.

## **CONCLUSIONES**

Una vez realizado un recorrido por la Autopsia Psicológica es importante señalar ciertos elementos trascendentales que salen a relucir.

La bibliografía existente es poca en comparación a otros fenómenos, y la investigación en Costa Rica esta área es prácticamente nula. Es necesario implementar recurso en el entrenamiento respectivo y por supuesto estandarizar el modelo MAPI en nuestro país para así tener mayor validez en las Autopsias Psicológicas que se realicen.

Por otra parte, queda demostrada la gran utilidad que se le puede dar a este método, que en la actualidad no solo se limita a señalar posibles causas o móviles de muerte, si no que se convierte en toda una herramienta en casos en que las personas están “psicológicamente muertas”, esclareciendo motivaciones de personas que cometen delitos y luego se quitan la vida y de señalando poblaciones riesgo y modelos de intervención para con ellos.

En nuestro país queda mucho camino por recorrer en cuanto al desarrollo de la Autopsia Psicológica, pero los esfuerzos que se hacen ahora son reconocidos y el empuje para una serie de proyectos que se pueden gestar bajo esta temática es transcendental.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Aguilar, H. G. (2001) Seminario. *“La Autopsia Psicológica: Procedimientos y Métodos”*. San José, Costa Rica: Hotel Herradura.
- Chávez, R. y otros (2005). *Actividad Integradora: Autopsia Psicológica*. San José, Costa Rica: curso Temas Contemporáneos de Psicología Forense, UNIBE.
- García, P. T. (1998a). *La Autopsia Psicológica en el homicidio*. San José, Costa Rica: Medicina Legal de Costa Rica.
- García, P. T. (1998b). *La Autopsia Psicológica en el suicidio*. San José, Costa Rica: Medicina Legal de Costa Rica.
- García, P. T. (1998c). *Espectro de aplicación de la Autopsia Psicológica*. San José, Costa Rica: Medicina Legal de Costa Rica.
- García, P. T. (1999). *La Autopsia Psicológica como método de estudio de muertes violentas. Instructivo para la Autopsia Psicológica utilizando el MAPI*. Habana, Cuba: Instituto de Medicina Legal.
- Pinchanski, F. S. y otros (s. f.) *Presentación magistral: La Autopsia Psicológica*.
- Rodríguez, A. (s. f.) *Autopsia Psicológica: Una herramienta útil para el peritaje psicológico*. Recuperado del sitio <http://www.psicologiajuridica.org/psj4.html>, el 20 de febrero de 2005.
- Salazar, S. I. (2004). *Autopsia Psicológica: develando la muerte*. San José, Costa Rica: Revista Perfil.
- Zeledón, G. C. (2005). *Entrevista personal*.

### **Páginas web consultadas:**

- <http://www.medicinalegal.com.ar/tgperez.htm>
- <http://www.medicinalegal.com.ar/tgperez1.htm>
- <http://www.medicinalegal.com.ar/tgperez2.htm>
- <http://www.medicinalegal.com.ar/tgperez3.htm>
- [http://www.diariomedico.com/edicion/noticia/0%2C2458%2C610207\\_\\_00%2C00.html](http://www.diariomedico.com/edicion/noticia/0%2C2458%2C610207__00%2C00.html)
- [http://www.smu.org.uy/cartelera/socio-cultural/gautier-premio2002\\_suicidio.html](http://www.smu.org.uy/cartelera/socio-cultural/gautier-premio2002_suicidio.html)



**¿ES EL DERECHO DE RETENCIÓN UN DERECHO REAL?  
Análisis de nuestra legislación, doctrina  
y jurisprudencia**

*Lic. Jorge Jiménez Bolaños*

Profesor asociado  
Universidad de Costa Rica  
Facultad de Derecho

(Recibido 01/09/05; aceptado 05/04/06)

## RESUMEN

El presente trabajo desarrolla el tema referente al derecho de retención, haciendo un análisis de la figura en el Código Civil y en el Código de Comercio de nuestro Derecho Patrio.

Abordamos el concepto del derecho de retención, su naturaleza jurídica, los requisitos necesarios para su ejercicio y por último los casos en que el Derecho de retención se extingue.

Importante destacar que a lo largo del trabajo se desarrollan también algunos fallos judiciales que han estudiado y analizado la figura y la han diferenciado y ubicado no como un derecho real sino como un derecho que da la ley al acreedor para garantizar el cumplimiento de la obligación jurídica.

**Palabras clave:** Derecho de retención, concepto, naturaleza jurídica, requisitos, extinción, acreedor, derecho personal, derecho real.

## ABSTRACT

This article develops the subject associated with the “retention right”. We analyze this legal definition in the light of the Civil Code and the Commercial Code of the particular law of our country.

Moreover, we address the concept of “retention law”, its juridical nature, the requirements necessary for its exercise, and finally, the cases where the retention right is terminated.

It is worth pointing out that this article also discusses some court resolutions that have studied and analyzed this concept to rule that the “retention right” is a right that creditors can use to secure the execution of the obligation, but is not a real property right.

**Key words:** Retention right, concept, juridical nature, requirement termination, creditor, real property rights, personal right.

## **SUMARIO**

1. Origen histórico, naturaleza jurídica y concepto del Derecho de retención
  - a) Antecedentes históricos
  - b) Concepto y definición del derecho de retención
2. Características, requisitos y fundamento del Derecho de retención
3. Fundamento jurídico del Derecho de retención
4. Efectos jurídicos y extinción del Derecho de retención
5. Análisis del Derecho de retención a la luz de nuestra legislación nacional

Conclusiones

Bibliografía



## 1. ORIGEN HISTORICO, CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE RETENCIÓN

### a) Antecedentes históricos

El Jus retentionis, o el derecho de retención encuentra su origen en el derecho romano, para el autor López de Haro, su inicio se da en la época de la vigencia del derecho estricto, donde se da el nacimiento de la obligaciones personales, de tal modo que si el deudor no satisfacía la obligación, el acreedor estaba autorizado para apoderarse de él por mano privada (manus injectio), y llevarlo ante los tribunales (in jus ductio). Pero *“el deudor podía liberarse constituyéndose otra obligación personal, la de un fiador abonado vindex, o en su defecto el acreedor lo llevaba al mercado y si nadie pagaba por él disponía de su vida o lo vendía en el extranjero”*.<sup>(1)</sup>

Posteriormente la Ley Petilia papira prohibió al acreedor matar al deudor, permitiéndole solamente que se pagara haciendo que el deudor trabajara para él. Pero con el Ius Honorarium, surge la idea de la prenda pretoria, con lo cual el acreedor podía adueñarse de los bienes del deudor, venderlos, cobrándose así el crédito, por lo que se eliminó la facultad de los acreedores de cobrarse la deuda con el trabajo de la persona deudora.

También se señalan como antecedentes históricos del derecho de retención la manus injectio y la pignoris capio *“pero estas legis acciones, verdaderas vías de ejecución presentaban con el derecho de retención una diferencia fundamental: por ellas, el acreedor se apoderaba de la persona o de los bienes de su deudor, en el jus retentionis la cosa debía hallarse en poder del retenedor”*.<sup>(2)</sup>

Por otro lado el origen del derecho de retención se sitúa para otros autores en el derecho pretorio, ya que el poseedor que había realizado gastos en la cosa reivindicada no tenía una acción para reclamar tales gastos, sino que el demandado solo podía hacer valer judicialmente esa clase de crédito por medio de una acción contraria

---

(1) López de Haro Carlos. *El derecho de retención*, Madrid, editorial Reus, 1921, página 16.

(2) Vásquez Alberto. *Derecho de retención*, Buenos Aires, ediciones Depalma, 1962, página 2.

pero esta se ejercía en un juicio aparte, por lo que para cubrir tal falta de acción y eliminar la doble instancia apareció el *jus retentionis*, el cual se ejerció con el nacimiento de la *exceptio doli* con la cual “*el poseedor de una cosa podía negarse a devolverla a su dueño en tanto no se le paguen las mejoras y gastos de conservación que realizó sobre el objeto*”.<sup>(3)</sup>

## **b) Concepto y definición del derecho de retención**

No encontramos en nuestra legislación, ni en muchas otras una regulación uniforme del derecho de retención, sino que este se aplica en casos específicos, los cuales en nuestro país se encuentran en el código civil, y en el código de comercio, sin embargo la doctrina nos da múltiples definiciones del derecho de retención, por ejemplo para Jorge Giorgi el derecho de retención legal es: “*la facultad que sin convención de las partes, corresponde al poseedor y juntamente al acreedor de rehusar a su entrega de una cosa que le debe, mientras que no le haya satisfecho por su parte el débito correspondiente*”.<sup>(4)</sup>

Por su parte López de Haro expone que: “*El Jus retentionis, del latin jus derecho y retentio, significa la acción o el hecho de conservar una cosa en poder del que la tiene en virtud de una facultad jurídica y por propia voluntad. Las facultad encarna en la acción y está, efectuada, crea estado de hecho, retención*”.<sup>(5)</sup>

Una definición muy completa la dan Diez Picazo y Gullon, al exponer que “*es la facultad otorgada por la ley al obligado a la entrega o restitución de una cosa para retardar su cumplimiento, detentando la misma en tanto no se le satisfaga el crédito que tiene contra el acreedor a esa restitución o entrega*”.<sup>(6)</sup>

---

(3) Herrera Cantillo Marieta. *Los medios compulsivos en el derecho privado costarricense*. Tesis de Graduación, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. 1986, San José Costa Rica, página 69.

(4) Bendaña Benítez Luis Alberto. *Derecho legal de retención*. Tesis para optar por el título de doctor en Derecho. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Autónoma de Nicaragua. 1962, página 16.

(5) López de Haro Carlos. *El derecho de retención*, Madrid, editorial Reus, 1921, página 7.

(6) Citado en Herrera Cantillo Marieta. *Los medios compulsivos en el derecho privado costarricense*. Tesis de Graduación, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. 1986, San José Costa Rica, página 72.

Nuestra jurisprudencia lo ha definido de la siguiente manera:

*“X.- El derecho de retención constituye una garantía de cumplimiento de las obligaciones, por el cual la ley autoriza al acreedor a mantener la posesión de un bien, que no es de su propiedad, como medio de coacción para el pago de una obligación jurídica. El acreedor no puede disponer del bien de ninguna forma, solo tiene derecho a retenerlo, siempre y cuando la ley lo autorice expresamente”.<sup>(7)</sup>*

Es importante señalar que el derecho de retención es otorgado por ley no por acuerdo de partes, lo que significa el acreedor para poder ejercerlo debe estar expresamente autorizado, sea mediante una norma general o específica.

Sobre el particular Luis Díez Picazo en obra citada antes, nos dice al respecto *“Es claro que el derecho de retención es una figura legal, aunque no imperativo. Las partes pueden pactarlo en una determinada relación jurídica. lo mismo que el que tiene derecho a él no hacerlo efectivo o renunciarlo a priori”*.

## **Naturaleza jurídica**

Este tema es muy discutido en la doctrina, ya que algunos autores lo consideran como un derecho real, y otros lo clasifican como un derecho personal, o lo consideran de naturaleza mixta. A continuación se expondrán brevemente algunas de esas teorías.

### **a) Naturaleza real**

Los autores que se inclinan por darle al derecho de retención, el carácter de un derecho real se basan en la relación directa que existe con la cosa, y además porque este derecho es oponible a terceros, es decir *“a toda otra persona además del titular del dominio, los causahabientes del propietario y especialmente contra los otros acreedores del deudor”*.<sup>(8)</sup>

---

(7) Sentencia 00035 de la Sala Primera de la Corte, de las quince horas del 22 de marzo de 1991.

(8) Leiva Fernández, Luis. F.P. *Derecho de retención*. Buenos Aires, Editorial Astrea. 1991, página 138.

Ya que si no fuera un derecho real carecería de oponibilidad, y no tendría alguna utilidad. Esta corriente critica a los que consideran al derecho de retención un derecho personal diciendo que estos últimos no son oponibles a terceros y que sus efectos se limitan a las partes, por lo que el derecho real al existir sobre la cosa si goza de tal característica.

## **b) Naturaleza personal**

Hay autores que clasifican al Jus retentionis como un derecho personal fundamentándose en que tal clasificación era la que tenía la Exceptio doli, ya que tal excepción eran oponible solamente al autor del dolo, sus sucesores universales y particulares a titulo gratuito.

Dentro de esta tesis algunos le otorgan efectos solo contra el deudor y otros lo extienden a terceros.

Los partidarios de esta corriente exponen que no es un derecho real porque el retenedor no tiene el Jus distrahendi, ni el Jus preferendi ya que *“su crédito deberá satisfacerlo el deudor o los acreedores de este si ejecutan la cosa, pero no en especial, el precio de ésta, y un “derecho que no satisface con la cosa misma ni con prelación sobre su valor no puede incluirse en la categoría de los derechos reales”. Y el retenedor no goza tampoco del jus perseguendi. Su derecho sólo se opone como excepción”*.<sup>(9)</sup>

Además que no puede concluirse a contrario sensu que todo derecho que es oponible a terceros es un derecho real, ya que en la realidad la oponibilidad no es nota distintiva entre los derechos reales y los derechos personales.

## **c) Naturaleza mixta**

Dentro de esta tesis se expone que los partidarios de las dos teorías anteriores son extremistas, ya que el derecho el derecho de retención tiene características de un derecho real y de un derecho personal o que tal clasificación dependería de que el crédito pueda ser o no oponible a terceros. Uno de los exponentes de tal corriente es

---

(9) Vásquez. A. *Op. cit.*, página 205.

Carlos López de Haro el cual dice: *“Las tres posiciones en que hemos considerado la cosa en orden a la retención nos dan luz para fijar en cada caso el criterio.*

*Si el crédito que causa la retención está en la cosa misma invertido de tal suerte que forma parte de ella, debitum cum re junctum, hay una especie de refacción, –XXX– y hasta pudiéramos decir condominio, fundiéndose el crédito en la cosa, convertido en sustancia de ella, y resultando un derecho de la cosa proveniente de un crédito, derecho que en razón al crédito es personal, y en razón a la cosa real.*

*Si el crédito proviene de la cosa sin unirse a ella; si la tenencia de la cosa ha dado lugar al crédito pero sin incorporarse a la cosa misma, predomina el carácter de real, porque el tenedor obró para al conservación de la cosa y las expensas de conservación no obedecen a relaciones personales.*

*Y por último si la cosa se retiene por credito independiente de ella, éste es personal y la cosa esa meramente buena presa que lo garantiza”.*<sup>(10)</sup>

#### **d) Opinión de nuestros tribunales**

La Sala Primera de la Corte considera que el derecho de retención no es un derecho real sino un derecho personal de garantía, y que puede producir sus efectos reales solo si se inscribe en el Registro de la Propiedad, por lo que al ser personal y una medida tutelar es susceptible de ser sustituido por el juez por otra garantía que asegure y proteja el crédito:

*“V.- Siendo el derecho de retención una garantía para el titular del mismo y respondiendo a un crédito a su favor, para efectos de la procedencia o no de su substitución por otro tipo de garantía, es pertinente tomar en cuenta, por un lado, que la garantía substituta sea idónea y congrua con el monto económico del derecho a que está referido el poder de retener; y, por otro, que el juzgador valore, correctamente, el origen los límites del derecho de retención, pues hay casos en que la ley lo concede, por ejemplo, al poseedor de buena fe sobre*

---

(10) López De Haro Carlos, *Op. cit.*, página 61, 62.

*las mejoras útiles, pero sobre ese mismo tipo de mejoras, expresamente, lo niega al poseedor de mala fe, como se desprende del artículo 330 del Código Civil*".<sup>(11)</sup>

## **2. CARACTERÍSTICAS, REQUISITOS Y FUNDAMENTO DEL DERECHO DE RETENCIÓN**

### **Características**

#### **1) Accesoriedad**

El derecho de retención depende de la existencia de una obligación principal ya que nace para dar seguridad a ese crédito, por lo que si este se extingue, también se extingue el derecho de retención, pero esto no ocurre a la inversa. Además el crédito debe ser exigible, cierto, verdadero, y solo tiene tal derecho el acreedor de ese crédito, es decir sirve como garantía de un crédito.

#### **2) Cesibilidad o transmisibilidad**

El derecho de retención puede ser cedido o transmitido junto con el crédito a un tercero.

La transmisión no es autónoma, ya que esta característica deriva de su carácter accesorio, por lo que no se puede transmitir con prescindencia del crédito que garantiza, igual ocurre con la cesión la cual debe realizarse con la del crédito y con la posesión material o tenencia de la cosa. Además la cesión debe cumplir con los requisitos y formalidades que la ley exige para ello.

Así que: *“Solo la cesión del crédito garantizado con la retención puede autorizar a la trasmisión de esta, ya que de lo contrario no sólo vulneraría su condición accesorio sino que también se soslayaría en forma ilegítima el debitum cum re iunctum, es decir la conexidad que debe existir entre el crédito y la cosa retenida. De ahí que no pueda cederse para garantizar otro crédito”*.<sup>(12)</sup>

---

(11) Sentencia 0077, de la Sala Primera de la Corte, de las diez horas y cuarenta y cinco minutos, del 22 de agosto de 1997.

(12) Conf. Giogi, *Teoría de las obligaciones*, y Dalloz, *voz rétention*, citados por Leiva Fernández, Luis. F.P. *Op. cit.*, página 268.

### 3) **Indivisibilidad**

La cual consiste en que el derecho de retención se ejerce sobre la totalidad de las cosas que se encuentran retenidas, o sobre la totalidad de la cosa si es solo una, hasta que el crédito sea cubierto en su totalidad.

Debe tratarse de una retención lícita es decir que sea sobre la cosa que originó el crédito, no contra otra.

Además aunque la obligación principal sea divisible eso no significa la divisibilidad del derecho de retención, y en caso de haber un pago parcial el retenedor no esta obligado a la restitución parcial de la cosa retenida ya que el acreedor debe ser satisfecho totalmente para que este obligado a restituir la cosa.

### 4) **Origen legal o legalidad**

En nuestro país el ejercicio o existencia del derecho de retención nace de la ley, es decir no depende de la voluntad de las partes, por lo que están previstos expresamente los casos en que se otorga o no su uso, por ejemplo en el arrendamiento, o en el caso del artículo 330 del código civil que lo niega al poseedor de mala fe.

Hay autores que hacen referencia a un derecho de retención convencional, como lo expone Luis F Leiva Fernandez al decir que: *“Sin embargo no puede dejar de llamarnos la atención la afirmación de De Garperi y Morillo –única que conocemos con referencia al derecho argentino– que distinguen entre retención legal y convencional, reservando esta última expresión a los supuestos de prenda, anticresis, depósito y comodato. A nuestro entender confunden retención con mera detentación”*.<sup>(13)</sup>

---

(13) *Op. cit.*, página 278.

## Requisitos

### 1) Tenencia de la cosa

Es un requisito fundamental para el ejercicio del derecho de retención, que el acreedor tenga la cosa que se reclama, esto es tan indispensable que sin él no podría existir tal derecho. La tenencia debe ser efectiva, no es suficiente la voluntad de tenerla.

Para tal posesión no es necesario que se de en sentido estricto, es decir no se requiere que el acreedor sea poseedor animus domini, ya que el propósito es servir de la cosa para satisfacer el crédito que se le debe, siendo necesario solamente la tenencia de la cosa, respecto a ello Luis Alberto Bendaña expone que:

*“Se llama simple tenencia la que se ejerce sobre una cosa, como no dueño, es decir en el lugar o en el nombre del dueño. Resulta pues, que el mero tenedor sólo tiene un elemento de la posesión llamado corpus, pero no el animus, que es la intención de comportarse como dueño o señor de la cosa”.*<sup>(14)</sup>

Asimismo la cosa sobre la cual se va a ejercer el derecho de retención debe ser corporal, comercial, y embargable, ya que las cosas incorporales o inmateriales no pueden ser sustituidas, y no son susceptibles de ser entregadas, y las cosas inembargables *“no pueden servir de garantía o prenda común, y sobre ellas no cabe el poder de agresión por parte del acreedor; para obtener el pago, por otra parte las cosas inembargables; lo son por considerarse imprescriptibles por lo que no pueden privarse al deudor de ellas”.*<sup>(15)</sup>

Además la retención debe ser lícita y exclusiva en el sentido de que no puede servir al derecho de retención de otra persona, debe ser originada entre el acreedor y la cosa, no entre la cosa y varias personas.

### 2) Conexidad

Alberto Vásquez menciona cómo en la mayoría de los textos romanos se hace referencia a la relación entre crédito y cosa, pero no todo los autores la consideraban como un requisito para ese entonces.

---

(14) Op. cit., página 19.

(15) Herrera Cantillo Marieta. *Op. cit.*, página 85.

Luis Alberto Bendaña dice además que los autores romanos exigían que el crédito reclamado por el deudor se hubiera invertido en la conservación de la misma cosa debida y retenida y en consecuencia el deudor que debía el dueño de la cosa al retenedor tenía que encontrarse incorporado a la cosa; *debitum cum re junctum*. En nuestro país al estar regulado los casos en que se permite el ejercicio de este derecho, no se presenta inconveniente alguno con este requisito.

Este requisito consiste en que debe haber una relación o conexión entre la deuda de la cosa y el crédito que se pretende asegurar con la retención, por lo que no se trata de una conexión subjetiva, es decir el mero vínculo entre las partes sin tomar en cuenta la relación entre la cosa y el crédito.

La mayoría de la doctrina expone que el crédito está indisolublemente unido con la cosa retenida, se refieren entonces a una conexión material, o jurídica. En síntesis *“la conexidad puede darse cuando, tanto la pretensión del deudor propietario como la del acreedor, haya surgido de una misma relación jurídica por ejemplo, de un mismo contrato, o cuando habiendo nacido relaciones jurídicas diferentes por ejemplo, de diferentes contratos por su fin, por la intención de las partes o por la opinión del tráfico mercantil, representen desde el punto de vista económico un todo”*.<sup>(16)</sup>

### **3) La existencia de un crédito**

El crédito que el acreedor pretende cobrar debe ser cierto y exigible. Sobre la liquidez del crédito, se dice que no es necesaria para recocer la facultad de retener, bastando así la prueba de su existencia, por lo que puede ser determinable en el futuro, así que si hubiera alguna duda sobre la existencia de la deuda eso impediría la retención, y mientras haya plazo para cumplirla el acreedor lo que tiene es una expectativa de derecho.

### **Fundamento del derecho de retención**

Hay muchas teorías que han tratado de explicar el fundamento de este derecho, a continuación se expondrán algunas de ellas.

---

(16) Herrera Cantillo Marieta. *Op. cit.*, página 86.

## 1) **La voluntad**

Se ha expuesto que la voluntad presunta de las partes es el fundamento del derecho de retención, pero esto ha sido criticado ya que en muchos casos no es posible ver este elemento, de ello en muchas legislaciones es dado por ley. Vázquez nos dice que esta opinión solo podría defenderse cuando ha mediado entre las partes una relación sinalagmática.

## 2) **La ley**

Esta tesis sostiene que el fundamento del derecho de retención es la ley, es decir la voluntad del legislador, por lo que constituye un instituto de excepción, donde solo puede existir o darse en los casos expresamente estipulados en la ley, que en nuestro país son los contemplados en el código civil y en el código de comercio.

Por otro lado admitir esta posición, excluye la posibilidad del derecho de retención convencional.

## 3) **La equidad**

Esta tesis ha sido muy aceptada en la doctrina, ya se expone que este fue su origen en el derecho romano.

Vázquez indica que *“la equidad en Roma llenaba las lagunas o corregía el rigorismo del jus civile. El pretor, su órgano, cumplía esa tarea y a su acción se debió la aparición, bajo la forma de exceptio doli, del jus retentionis”*.<sup>(17)</sup>

Marietta Herrera expone que los que siguen esta teoría se basan en que sería muy injusto que una persona se vea obligada a devolver una cosa a su dueño cuando este último es deudor de ella y no le ha pagado, y que en nuestra legislación este derecho se otorga como ya se mencionó en casos específicos que establecen nuestros códigos, y no como un derecho de todo acreedor.

---

(17) *Op. cit.*, página 191.

#### 4) **Derecho natural**

Otros señalan como fundamento del derecho de retención el Derecho Natural, “*Mosset Iturraspe, encuentra el fundamento de este derecho en la naturaleza de las cosas o sea, en el Derecho Natural que permite mantenerse en el estado en que legítimamente se encontraba*”.<sup>(18)</sup>

En otras legislaciones como la Argentina esto no es muy aceptado, por ejemplo Vázquez “indica que la vaguedad e indeterminación del derecho natural, derecho ideal, inmutable, verdadero en todo tiempo y lugar, revelado al hombre por el esfuerzo del pensamiento—según la doctrina imperante en la época de la sanción de nuestro código no permite aceptarlo como base de un determinado derecho”.<sup>(19)</sup>

#### 4. **EFFECTOS JURIDICOS Y EXTINCIÓN DEL DERECHO DE RETENCIÓN**

##### **Efectos**

##### **a) Efectos entre las partes**

##### **1) Derechos del acreedor**

- **Derecho de detención**

El acreedor retencionario tiene la facultad de mantener la tenencia de la cosa hasta tanto el deudor no le pague íntegramente el crédito garantizado, incluyéndose el pago de intereses y gastos. Además no está obligado a devolver parte de la cosa, por existir un pago parcial de la deuda. Frente a la privación involuntaria de la cosa retenida, algunas legislaciones le dan las acciones que se le conceden al poseedor que ha sido privado involuntariamente de la cosa, ya que no existe una acción especial que permita recuperar la cosa retenida al acreedor.

- **Derecho de retener los frutos de la cosa retenida**

Respecto a este punto A. Vázquez nos dice que el retenedor está obligado a conservar la cosa, pero no ha hacerla producir, además que

---

(18) Mencionado en Marietta Herrera C. *Op. cit.*, pag 75.

(19) *Op. cit.*, página 193.

si los frutos se pueden conservar se admite su retención, pero que si no se pueden conservar se sostiene que el retenedor debe entregarlos al deudor si este ultimo da un equivalente para reemplazar la garantía, o de lo contrario puede venderlos, sobre esto, unos opinan que el precio debe quedar retenido por el acreedor, y según otros debe imputársele al pago de los intereses, y del capital en lo que exceda del monto de estos.

Por otro lado Marieta Herrera C, expone que otra de las tesis sobre la facultad del acreedor del retener los frutos de la cosa retenida es la sostenida por Venegas Rodríguez, la cual consiste en que el acreedor tiene este derecho con iguales poderes con los que retiene la cosa.

Y que las razones a favor de esa tesis se basan principalmente en que debe negarse la imputación de los frutos a los intereses porque eso constituiría un pago con preferencia, que iría en contra de la naturaleza del derecho de retención, ya que este ultimo no lo concede.

En segundo lugar porque los frutos naturales al constituir un accesorio de la cosa, se debe extender entonces el derecho de retención a ellos.

Además porque el retenedor puede imputar a los frutos un precio menor al justo, dado que los frutos naturales no son una suma liquida, y en último lugar el retenedor no esta obligado a recibir los frutos como pago, en otras palabras no se le puede obligar a recibir algo diferente a lo que se le debe como pago.

- **Realización de mejoras necesarias**

En las doctrina se concuerda que el retenedor no tiene la facultad de usar o disfrutar la cosa salvo que sea necesario, Leiva Fernández expone que *“el efectuar mejoras necesarias constituye una atribución conducente del ejercicio del derecho de retención”*. En nuestro país también se permite la facultad de efectuar mejoras necesarias. *“Salvo aquel uso, según nos expone el Lic Edgar Cervantes que sea necesario para la conservación por ejemplo, un vehículo que requiere de cierto uso para evitar su deterioro”*.<sup>(20)</sup>

---

(20) Herrera Cantillo Marietta. *Op. cit.*, página 113.

La sala primera de justicia de nuestro país, también se ha pronunciado sobre este tema, y en una de sus sentencias indicó lo siguiente:

*“Ahora bien, es claro que el actor, en su condición de retensor o retenedor del inmueble, no estaba facultado para incorporarle mejoras, mucho menos, para luego pretender su cobro, pues la titularidad del derecho de retención no permite el ejercicio de esas facultades de disposición sobre el objeto retenido, que ha de mantener como buen padre de familia a los efectos exclusivos de asegurar el cumplimiento de la prestación asumida por su deudor. Verificada la cual, ha de hacer entrega material del bien, pues el carácter accesorio de su derecho impone su extinción al ver satisfecho su crédito”.*<sup>(21)</sup>

## **2) Obligaciones del acreedor**

### **• Conservar la cosa retenida**

La mayoría de la doctrina y nuestra Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, como ya se mencionó establecen que el retenedor está obligado a mantener la cosa con los cuidados de un buen padre de familia, devolviéndola en el mismo estado en que la recibió, salvo los deterioros por la naturaleza misma de la cosa, no respondiendo así por daños causados por fuerza mayor o caso fortuito.

Leiva Fernández estipula que *“Más del cumplimiento de ese deber depende el ejercicio de su facultad, porque si la cosa perece, se extingue su garantía”.*<sup>(22)</sup>

Los gastos, y mejoras en que incurra el retenedor que sean necesarios para la conservación de la cosa, el deudor debe reembolsárselos, por lo que si *“si no son urgentes, se le dará aviso al deudor para que otorgue su autorización; de ser urgentes, podrá realizarlos el retenedor y luego reclamar su reembolso sin que sean necesaria al autorización. Si el acreedor retencionario no cumpliera con dichas obligaciones será responsable por las pérdidas o intereses que causare al deudor con su omisión”.*<sup>(23)</sup>

---

(21) Sentencia 00301 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, de las ocho horas del veinte de mayo del 2005.

(22) Leiva Fernández Luis. *Op. cit.*, página 339.

(23) Herrera Cantillo Marietta. *Op. cit.*, página 90.

Pero si en el cuidado de la cosa se requieren conocimientos técnicos, especiales, el acreedor no será responsable por los daños o pérdida, salvo que el deudor le haya proporcionado tales conocimientos.

- **El acreedor esta obligado a restituir la cosa**

Cuando el deudor ha cumplido completamente con la prestación debida, incluyendo, gastos e intereses, el acreedor tiene la obligación de restituir la cosa, por lo que debe devolverla con sus accesorios o frutos que haya producido. El pago hecho por el deudor debe ser efectivo para que surja la obligación de restitución, ya que el acreedor no esta obligado a ello si lo que existe es una simple oferta de pago.

Según Leiva Fernández si el acreedor incurre en mora en la restitución y por ello ocurren deterioros en la cosa, o se produce su perdida, debe responder por ella.

- **Abstenerse de usar la cosa retenida**

El acreedor tiene prohibido usar la cosa retenida, y si lo incumple el deudor tiene derecho a pedir la restitución: *“el retenedor no tiene derecho a usar la cosa retenida, y el propietario puede impedirlo obteniendo el secuestro, como en el caso de prenda..., y aún la restitución, como en la anticresis, cuando media abuso del acreedor”*.<sup>(24)</sup>

Opuesto a lo anterior *“sostiene Venegas Rodríguez que en tal hipótesis obligar al acreedor a restituir la cosa opera en beneficio indevido del deudor, por lo que afirma sólo procede su secuestro”*.<sup>(25)</sup>

Nuestros tribunales también exponen que el ejercicio del derecho de retención no autoriza el uso o la explotación de la cosa ya que ello es un derecho que le corresponde al titular del dominio o de la posesión de la cosa.

*“Por consiguiente, en modo alguno el ejercicio del derecho de retener conlleva posesión ni autoriza la explotación agraria del*

---

(24) Vázquez Alberto. *Op. cit.*, página 152.

(25) Leiva Fernández Luis. *Op. cit.*, página 341.

*inmueble, que sólo compete a quien ostente titularidad del dominio o de la posesión, según sea el caso*".<sup>(26)</sup>

### **3) Derechos del deudor**

- El deudor tiene derecho a verificar que la retención se realice según lo previsto en la ley, esto se debe principalmente a que existe la posibilidad que el acreedor se extralimite en sus facultades, un ejemplo de ello es que utilice la cosa retenida.
- Por lo que ante el uso indebido del acreedor sobre la cosa retenida el deudor tiene derecho a su reintegro.
- También tiene derecho a pedir la restitución de la cosa en caso de extinguirse las circunstancias que facultaban la retención, por ejemplo en caso de que el pague efectivamente al acreedor el crédito debido.
- El deudor conserva las atribuciones jurídicas sobre la cosa retenida, es decir puede enajenarla, y en tal caso el comprador debe respetar la retención.

### **4) Obligaciones del deudor**

- No debe interferir o perturbar la retención del acreedor sobre la cosa, si esta se realiza debidamente.
- Tiene la obligación de reembolsarle al acreedor todos los gastos necesarios realizados sobre la cosa para su conservación.

## **B) Efectos de la retención frente a terceros**

### **1) Efectos del derecho de retención frente a los sucesores universales del deudor**

El derecho de retención es oponible a los sucesores a título universal del deudor, esto se debe a que ellos heredan del causante no

---

(26) Sentencia 00301 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, de las ocho horas del veinte de mayo del 2005.

solo sus derechos, créditos sino también sus deudas, por lo que deben cumplir con las obligaciones que pesan sobre tal patrimonio, *“ya que no pueden heredar un mejor derecho que el de este”*.<sup>(27)</sup>

## **2) Efectos del derecho de retención frente a los sucesores particulares del deudor**

El tercero adquirente o el comprador, no adquiere un mejor derecho que el vendedor (el deudor), por lo que la cosa queda sujeta a la retención, y no tendrá su posesión hasta que cancele la deuda al acreedor retencionario. Sobre este punto Vázquez expone que *“no podría, en efecto, quedar librada a la voluntad del deudor la eficacia del derecho del retenedor, como ocurría si aquél pudiera ponerle fin transfiriendo su dominio”*.<sup>(28)</sup>

## **3) Efectos del derecho de retención frente a los acreedores quirografarios del deudor**

En este punto se ventilan dos intereses, uno el de el acreedor retenedor que tiene derecho a que no se le prive de la tenencia de la cosa hasta que vea satisfecho su crédito, y el segundo, él de los acreedores quirografarios los cuales tienen el derecho de ejecutar su crédito sobre el patrimonio del deudor, y como sabemos aunque el deudor no tenga la posesión material de la cosa retenida el sigue siendo el propietario de ella por lo que los acreedores quirografarios deben respetar el derecho de retención y para ejecutar su crédito sobre la cosa retenida pueden embargarla, o subastarla. Esto se hace mediante una subasta pública la cual se realiza en las condiciones en que la cosa se encuentra, y el adquirente no puede poseer la cosa, hasta que pague previamente al acreedor retenedor el monto del crédito debido, sea directamente o por medio de un depósito en el juicio. El excedente se distribuiría entre los demás acreedores.

---

(27) Herrera Cantillo Marietta. *Op. cit.*, página 93.

(28) *Op. cit.*, página 158.

#### 4) **Efectos del derecho de retención frente a los acreedores privilegiados**

En este tema se discute si el derecho de retención, puede o no ser oponible a los acreedores con privilegio o alguna garantía real (como la hipoteca) Sobre este punto hay diversas opiniones, una de ellas se basa en diferenciar entre cosas muebles e inmuebles, y estipula que el derecho de retención puede ser oponible a tales acreedores si la cosa retenida es mueble, sin tomar en consideración su fecha de inscripción, pero si la cosa es inmueble, si es de importancia la fecha en que fue inscrita, por lo que si los privilegios o la hipoteca existen antes del derecho de retención, no es oponible este último, pero si el crédito hipotecario o los privilegios son posteriores al derecho de retención, si es oponible a los acreedores privilegiados o al crédito hipotecario.

Otro punto de vista es aquel que establece que el derecho de retención es oponible a cualquier acreedor sin distinción.

Autores de esta última tesis son Josserand y Gaultier, los cuales son mencionados por Vázquez.

Josserand expone que *“...el que retiene en concepto de tal, no se presenta como causabiente de nadie; el derecho de que se prevale ha nacido directamente y por primera vez en su persona; es un derecho en cierto modo originario y no derivado; debe ser oponible a todos sin distinción”*.

Y Gaultier dice: *“En cuanto a los acreedores privilegiados tampoco cabe distinguir. El derecho de retención vale contra ellos, y con mayor razón, cuanto que aquí la fecha no influye en la determinación de la preferencia”*.<sup>(29)</sup>

#### 5) **Efectos del derecho de retención en caso de quiebra**

Es opinión de algunos autores que el derecho de retención prevalece en una declaratoria de quiebra o concurso civil del deudor, acorde a ello Vázquez expone que *“la razón de jus retentionis no pierde fuerza porque se trate de la masa de acreedores”*.

---

(29) *Op. cit.*, págs. 164, 165.

*“Como si se tratara del deudor, es también inequitativo que los acreedores pretendan incorporar al activo una cosa que en mayor o menor medida representa trabajo o capital del retenedor. Porque no debe olvidarse que su crédito no es cualquier crédito, sino uno en especial relación con la cosa retenida”, y más adelante menciona “el retenedor no es un acreedor quirografario común, porque es titular de un derecho claramente definido en la ley, y oponible a los demás acreedores”.*<sup>(30)</sup>

Marietta Herrera menciona que una opinión contraria es la dada por Llambías, ya que *“para él, mientras el deudor no haya caído en insolvencia, el derecho de retención tienen prioridad sobre los acreedores generales, pero una vez que se declare el concurso de acreedores, el derecho de retención caduca, teniendo prioridad en el pago, los acreedores de la masa”.*<sup>(31)</sup>

*En este tema Leiva Fernández expone que: “En síntesis, en el marco de una ejecución singular se aplica el Código Civil y la retención prevalece sobre los privilegios especiales, si comenzó a ejercerse antes de nacer los créditos privilegiados”.*

*Los privilegios generales sólo pueden hacerse valer en un proceso concursal.*

En el proceso concursal civil o comercial el privilegio del retenedor se opone y prevalece sobre todos los otros acreedores con privilegio especial pues ocupa el art. 265, inc. 1, ley 19.551 –y también sobre los generales, reconozcan o no causa laboral.”<sup>(32)</sup>

## **Extinción del derecho de retención**

A continuación se expone algunas de las causas de extinción del derecho de retención.

---

(30) *Op. cit.*, págs. 160-161.

(31) *Op. cit.*, página 160.

(32) *Op. cit.*, página 361.

## 1) **Destrucción de la cosa retenida**

Si la cosa retenida perece, o destruye, el derecho de retención se extingue por falta de objeto, sea por culpa del deudor o del retenedor.

Si la pérdida o destrucción de la cosa se debió a caso fortuito, en la retención legal, el acreedor retencionario no tiene derecho a pedir al deudor que le sustituya la cosa por otra, pero si se trata de una retención convencional el deudor si debe entregar al acreedor otra cosa en garantía ya que él se obligó a dar una garantía real del crédito.

Si la cosa retenida se destruyó o perdió por culpa del retenedor este debe pagar los daños y perjuicios ocasionados al propietario de la cosa (el deudor, o un tercero). Marietta Herrera dice que además *“se dará una compensación entre esos daños y perjuicios y la deuda hasta donde alcancen las sumas”*.<sup>(33)</sup>

Si la pérdida fuese parcial, la retención no se extingue, sino que persiste sobre el resto de la cosa, *“sin que por el principio de indivisibilidad se libere parte alguna de la garantía”*.<sup>(34)</sup>

Si el dueño de la cosa era un tercero, este no tiene la obligación de dar otra en sustitución, sea que se trate de una retención legal o convencional ya que en ninguno de los dos casos él se obliga personalmente.

## 2) **Extinción del crédito**

Si el derecho principal se extingue el derecho de retención también, ya que este último es accesorio del primero.

El crédito principal debe extinguirse totalmente, ya que si la extinción es parcial, la retención garantiza el pago de la parte que subsiste, ya que, eso no significaría una disminución de la retención, en base al principio de indivisibilidad que caracteriza al derecho de retención, como anteriormente se mencionó.

---

(33) *Op. cit.*, página 96.

(34) Leiva Fernández, Luis. *Op. cit.*, página 369.

Un tema que se ha discutido es que si el crédito se puede extinguir mediante prescripción mientras el retenedor tenga la tenencia o posesión de la cosa.

Unos opinan que la existencia de la retención impide que la prescripción del crédito corra, continué, ya que el crédito que se garantiza con el derecho de retención y mientras este se ejecute, es imprescriptible.

López de Haro expone lo siguiente *“Excluiremos desde luego como medio de extinguirlo, la prescripción que no puede darse por dos razones: 1ª, por el carácter de excepción del jus retentionis no cabiendo en ellas la prescripción, porque “quae temporalio sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum”, pues a diferencia de las acciones que prescriben, las excepciones son perpetuas, salvo acto obstativo que las convierte en acción; y 2ª, porque no es caso de prescripción, ya que no puede empezar a prescribir pues es constante la actuación del acreedor por medio de la retención, creándose un estado similar al de la prenda (Cód. Just. Lib. VII, Tit XXXIX Ley 7.ª)”*<sup>(35)</sup>

Frente a lo anterior otros opinan que el ejercicio del derecho de retención por parte del acreedor no impide que la prescripción corra. *“Estos autores se basan en la regla de que todas las acciones y derechos se extinguen por prescripción y si bien, tiene sus excepciones señaladas por los códigos, entre ellas no se señalan los créditos garantizados por el derecho de retención”*.<sup>(36)</sup>

Además que la inercia o inacción del deudor para pedir la restitución de la cosa no significa un reconocimiento del crédito sea expreso o tácito por que para ello se necesita un hecho positivo y claro.

### **3) Renuncia del retenedor**

El titular del derecho de retención puede renunciar a él sea expresa o tácitamente, y con ello se extingue tal derecho.

---

(35) *Op. cit.*, página 90.

(36) Herrera Cantillo Marietta. *Op. cit.*, pág. 99.

Pero la renuncia al derecho de retención no implica renunciar al crédito, pero la renuncia al crédito sí significaría la extinción del derecho de retención.

Leiva Fernández nos expone que no le parece que pueda existir renuncia anticipada del derecho de retención ya que *“Por lo contrario, juzgamos de orden público al ejercicio de la facultad de retención antes de verificarse las circunstancias que la habiliten, de suerte que no puede renunciarse en forma anticipada. Lo contrario importaría tanto como que se pacte (“de práctica”), al formalizarse cualquier relación jurídica que pueda dar lugar a la retención, su renuncia anticipada, lo que constituiría la partida de defunción del instituto”*.<sup>(37)</sup>

En cambio Vázquez nos dice que si se admite la renuncia anticipada ya que el derecho de retención no es de orden público ya que si fuese así su renuncia estaría prohibida.

*“Cabe la renuncia anticipada a ejercer ese derecho, por ejemplo en el contrato que da lugar a la relación jurídica entre las partes, y no requiere términos sacramentales, pero debe resultar indudable, pues rige el art 874 del Código Civil y la interpretación debe ser restrictiva. Así si en una escritura de obligación hipotecaria constase que el locador de obra, que concurre al acto, renuncia al privilegio que le correspondía no debe entenderse que renunció también al derecho de retención”*.<sup>(38)</sup>

#### **4) Pérdida de la posesión o tenencia**

El derecho de retención se extingue si el retenedor pierde la posesión de la cosa sea voluntaria o involuntariamente.

Si el retenedor abandona o entrega la cosa voluntariamente, aunque no pretendiese que el deudor la tuviera nuevamente, el derecho de retención se extingue, es importante señalar que la entrega es una forma de renuncia tácita a tal derecho.

---

(37) *Op. cit.*, página 277.

(38) *Op. cit.*, página 185.

Pero la pérdida de la posesión también puede darse contra la voluntad del retenedor, cuando este es despojado o desposeído de la cosa en una forma clandestina. En tal caso algunas autores exponen que cabe la posibilidad de que el retenedor entable las acciones que se dan para recuperar la posesión, ante ello “*Venegas Rodríguez no comparte esta tesis en su criterio, perdida la posesión de la cosa voluntaria o involuntariamente se extingue definitivamente el derecho de retención*”.<sup>(39)</sup>

## 5) **Acreeedor pasa a ser dueño de la cosa**

Si el acreedor adquiere el dominio total de la cosa por medio de cualquier título el derecho de retención se extingue, pero si es parcial la retención continúa ejerciéndose sobre la parte que no se tiene el dominio, ya que recordemos que no puede ejercerse la retención sobre una cosa propia.

### **Análisis del derecho de Retención a la luz de nuestra Legislación**

Tal como señale al principio no existe un aparte en nuestro Código Civil o en nuestro Código de Comercio que recoja en forma uniforme todas las regulaciones o normas jurídicas que regulan el derecho de retención en nuestro país. Lo que existen son algunas normas jurídicas diseminadas en ambos códigos que regulan algunas situaciones jurídicas donde aparece el derecho de retención. Veamos algunos ejemplos.

1. El poseedor de Buena fe tiene el derecho de retención sobre la cosa hasta tanto no se le pague lo que se le debe, esto es el valor de la cosa, las mejoras necesarias y útiles etc. (cita art. 328 Código Civil)
2. El derecho del usufructuario de ser reembolsado de sumas que por causa del usufructo corresponda pagar al propietario y en tal sentido faculta al usufructuario o a sus herederos a retener la cosa hasta que se le pague lo debido. ver artículo 365 Código Civil.
3. En materia de muebles la accesión nos da otro caso de Derecho de retención cuando alguien empleando materia que no le pertenecía forma un cosa nueva, el dueño tiene el derecho de

---

(39) Marietta Herrera C. *Op. cit.*, página 97.

reclamar la cosa que se hubiese formado satisfaciendo el valor del trabajo pero si se constata que el valor del trabajo es muy superior al valor de la materia empleada entonces el realizador de la obra tendrá derecho de retener la cosa producto de su trabajo, eso si pagando al dueño el valor de los materiales (artículo 513 Código Civil).

4. El derecho de retención es tenido en cuenta en nuestra legislación como un crédito con privilegio sobre determinado bien.

El artículo 993 establece que los acreedores tiene privilegio sobre el bien retenido si han usado de ese derecho sobre la cosa retenida.

5. En el contrato de arrendamiento el arrendador tiene derecho en caso de que no se le hayan pagado los alquileres o rentas vencidos a oponerse a que se saquen de la finca o casa arrendada los frutos u objetos con que el arrendatario la haya amueblado guarnecido o provisto (artículo 1143 Código Civil).
6. En el caso del contrato de transporte el porteador tiene derecho de retener los objetos que se le hayan confiado hasta que se les pague el valor de los fletes y el de las expensas ocasionadas por la conservación de dichos objetos. (Ver art. 1182 Código Civil).
7. En el contrato de obra, aquel que ha ejecutado una obra sobre una cosa mueble tiene derecho de retenerla hasta que se le pague. (Ver art. 1195 Código Civil).
8. En el contrato de mandato el mandatario tiene el derecho de retención sobre los objetos que se le hayan entregado por cuenta del mandante en seguridad del pago de lo que se le debe. (Ver art. 1277 Código Civil).
9. En el contrato de Comodato el Comodatario tendrá el derecho de retención sobre la cosa hasta que se le haya pagado los gastos que tuvo en virtud de la conservación de ésta. (Ver art. Código Civil 1338).
10. El depositante es obligado a indemnizar al depositario todos los gastos en que haya incurrido en la conservación de la cosa. El depositario tiene el derecho de retención para ser pagado.

Ahora vamos a analizar algunas situaciones jurídicas que regula nuestro Código de Comercio que corresponden también al derecho de retención. Veamos:

1. En el caso del Comisionista, éste tendrá derecho a que el Comitente le pague sus honorarios y gastos sin demora y en caso de que no lo haga el comisionista tendrá el derecho de retener lo necesario para cubrir el crédito. (Ver art. 292 Código de Comercio).
2. Los porteadores según nuestro Código de Comercio tiene el derecho de retención de las mercaderías transportadas mientras no se le pague el porte. (Ver artículo 336 inc. g Código de Comercio).
3. En el caso del Contrato de depósito mercantil el depositario tiene el derecho de exigir retribución por el depósito la cual se fijará en el contrato. Éste podrá hacer uso del derecho de retención en tanto no se le pague la retribución correspondiente. (Ver art. 522 Código de Comercio).

## Conclusiones

1. El derecho de retención es: *“la facultad que sin convención de las partes, corresponde al poseedor y juntamente al acreedor de rehusar a su entrega de una cosa que le debe, mientras que no le haya satisfecho por su parte el débito correspondiente”*.<sup>(40)</sup>
2. Nuestra jurisprudencia lo ha definido de la siguiente manera:  
“X. *El derecho de retención constituye una garantía de cumplimiento de las obligaciones, por el cual la ley autoriza al acreedor a mantener la posesión de un bien, que no es de su propiedad, como medio de coacción para el pago de una obligación jurídica. El acreedor no puede disponer del bien de ninguna forma, solo tiene derecho a retenerlo, siempre y cuando la ley lo autorice expresamente*”.<sup>(41)</sup>

---

(40) Bendaña Benítez, Luis Alberto. *Derecho legal de retención, Tesis para optar por el título de doctor en Derecho*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Autónoma de Nicaragua. 1962. página 16.

(41) Sentencia 00035 de la Sala Primera de la Corte, de las quince horas del 22 de marzo de 1991.

3. La sala primera de la corte considera que el derecho de retención no es un derecho real sino un derecho personal de garantía, y que puede producir sus efectos reales solo si se inscribe en el Registro de la Propiedad, por lo que al ser personal y una medida tutelar es susceptible de ser sustituido por el juez por otra garantía que asegure y proteja el crédito:
4. El derecho de retención presenta las características siguientes: Es accesorio, indivisible, cedible, y tiene un origen legal.
5. Requisitos para ejercer el derecho de retención: Tenencia de la Cosa, Conexidad, existencia de un crédito correlativo.
6. El derecho de retención se extingue por extinción del crédito, por destrucción de la cosa retenida, por renuncia del Derecho que haga el retenedor, por la pérdida de la tenencia de la cosa, o que el acreedor pase a ser dueño de la cosa retenida por algún motivo.

## **BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA**

- Bendaña Benítez Luis Alberto. *Derecho legal de retención*. Tesis para optar por el título de doctor en Derecho. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Autónoma de Nicaragua. 1962.
- Herrera Cantillo, Marieta. *Los medios compulsivos en el derecho privado costarricense*. Tesis de Graduación, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. 1986, San José Costa Rica.
- Díez Picazo, Luis y Antonio Gullon. *Sistema de Derecho Civil*. Editorial Tecnos, volumen dos, 1978.
- López de Haro, Carlos. *El derecho de retención*, Madrid. Editorial Reus, 1921.
- Leiva Fernández, Luis. F.P. *Derecho de retención*. Buenos Aires, Editorial Astrea. 1991, página 138.
- Salas Murillo, Evelyn y Otro Código Civil de Costa Rica y Jurisprudencia, Biblioteca jurídica Dike, primera edición 2002.
- Vásquez Alberto. *Derecho de retención*, Buenos Aires, ediciones Depalma, 1962.
- Sentencia 00035 de la Sala Primera de la Corte, de las quince horas del 22 de marzo de 1991.
- Sentencia 0077, de la Sala Primera de la Corte, de las diez horas y cuarenta y cinco minutos, del 22 de agosto de 1997.
- Sentencia 00301 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, de las ocho horas del veinte de mayo del 2005.

**HACIA UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO  
EN LAS CIENCIAS JURÍDICAS**

*Licda. Laura Navarro Barahona*  
Profesora Cátedra Derecho y Género  
Facultad de Derecho, U.C.R.

(Recibido 04/11/05; aceptado 05/04/06)

## **RESUMEN**

El Derecho es una ciencia dinámica y por tanto transformable, nace y se desarrolla de acuerdo a las necesidades que se van presentando en la sociedad.

Nuestro ordenamiento jurídico se inspira en los principios fundamentales de la Revolución Francesa y por lo tanto del Código de Napoleón. Sin embargo al transformarse la sociedad y al no ser suficientes sus normas, se ha desmembrado en una serie de ramas para tutelar sectores y campos que no habían sido tutelados (derecho de familia, derecho agrario, derecho comercial, derecho ambiental), así mismo al inspirarse bajo un sistema patriarcal, las nuevas teorías sexo-género han hecho notar que hay mucha normativa que modificar, y se ha ido logrando, de manera que por medio del derecho se logre la equidad de género.

**Palabras clave:** Derecho, Género, Justicia, Derecho de las mujeres, discriminación por género, evolución derecho y género, equidad.

## **ABSTRACT**

Law is a dynamic science; and thus, it is transmutable. It is born and developed according to the current needs of society.

The organization of our juridical system is inspired in the basic principles of the French Revolution, and therefore, in the Code Napoleon. However, due to the transformation of society and the subsequent gaps in the laws, the system has been divided into several branches to cover areas that were not previously protected (e.g. family law, agricultural law, commercial law, environmental law). Likewise, since our system was inspired in a patriarchal model, new sex-gender theories have evidenced that there are many rules to amend. In fact, there have been many achievements, so that gender equality can be achieved through the law.

**Key words:** Law, gender, justice, women's rights, gender, discrimination, gender and law evolution, equality.

## **SUMARIO**

- I. Introducción
- II. Desarrollo
  - a. Derecho laboral
  - b. Derecho agrario y ambiental
  - c. Derechos de la niñez
  - d. Derechos de las mujeres
- III. Conclusión
- IV. Bibliografía



## **I. INTRODUCCIÓN**

Este artículo pretende hacer un repaso muy general del desmembramiento del derecho y su paso al estudio del derecho con perspectiva de género y la protección jurídica a las mujeres. Parte de los principios que inspiraron al Código de Napoleón el cual sirvió de base para nuestro actual Código Civil, y la forma en que se requirió de nuevos códigos que regularan los sectores que no fueron cubiertos por dichos códigos y que a través de la evolución de la humanidad se hizo necesaria su tutela y protección. La perspectiva de género dentro del derecho permite visualizar inequidades construidas de forma artificial, construidas socio-culturalmente y que por tanto son sujetas a modificación, para lograr la especificidad de protección a quienes sufren discriminación o tratamiento desigual.

## **II. DESARROLLO**

Nuestro derecho se rige por normas que se encuentran establecidas en códigos, leyes, decretos, reglamentos, etc. Los primeros códigos costarricenses se inspiraron en códigos europeos, como lo es el Código de Napoleón. Este Código es importante mencionarlo, porque marca el principio de este sistema de derecho, en el cual se crean las leyes y se implantan en el papel. El Código Napoleónico recogió los principios éticos fundamentales de la Revolución Francesa: IGUALDAD, LIBERTAD Y FRATERNIDAD.

Los principios citados respondieron a una necesidad de los ciudadanos frente la supremacía del Estado, el cual era considerado por las personas como un Estado totalmente abusivo. En el campo de las ciencias jurídicas, uno de los principios considerados más importantes e inspiradores para redactar las leyes lo fue “LA IGUALDAD ENTRE LAS PARTES”, e incluso, se creyó en aquel momento que sería la solución a todos los conflictos entre las personas e incluso frente al Estado. El derecho creado se pone a prueba frente la realidad social, y con el paso del tiempo se determina que este principio no era suficiente, por cuanto había sectores, y por tanto personas, que no estaban siendo cubiertas. Por un lado, se reconoce que a pesar de que se indique y se disponga que todos somos iguales, la realidad social refleja otra cosa, existiendo sectores vulnerables o vulnerabilizados que, a pesar de ser seres humanos y humanas, no son considerados iguales o se consideraba que no tenían capacidad para contratar con otros seres humanos.

Un ejemplo de esto, y que nos interesa resaltar en este artículo, LAS MUJERES, las cuales en tiempos de la Revolución Francesa no se les consideraba ciudadanas, siendo los principios de igualdad, libertad y fraternidad para los ciudadanos, no para todo el pueblo como se pensó en principio. Cabe mencionar que aún en nuestro país hace tan solo un poco más de medio siglo la mujer no tenía su derecho al sufragio, por tanto no podría elegir o ser electa, un derecho humano que poseemos todas las personas por el hecho de ser personas pero que no se nos quería reconocer. Otro sector vulnerabilizado fue el de los trabajadores, campesinos, personas menores de edad, personas adolescentes, adultos mayores, etc.

Los sectores vulnerables o vulnerabilizados por otros sectores de la sociedad, se les ha llamado a través de la historia como sectores “débiles”, aunque más que débiles el término correcto sería discriminados, son sectores que han tenido que luchar por hacer valer este principio fundamental y humano, igualdad, no referido a nuestra naturaleza biológica, por cuanto cada persona es diferente y única, sino en cuanto a la igualdad de todas las personas como integrantes de la humanidad, y considerando que todas las personas somos igualmente diferentes, diferentes ante la igualdad como personas. Ante la igualdad de diferencias debe existir igualdad de condiciones, considerando que todas las personas somos diferentes entre sí. En este sentido es necesario aclarar que la igualdad se define a partir de un criterio de justicia, no de semejanza, por tanto se otorga el mismo valor a personas diversas integrantes de una sociedad.

Las luchas por el reconocimiento de derechos humanos para los sectores vulnerabilizados, han marcado transiciones importantes en la historia de la humanidad, y en no pocas etapas de transición ha generado derramamientos de sangre, violencia y hasta muertes. Un ejemplo claro, entre muchos otros, son las personas negras quienes fueron considerados esclavos y personas inferiores a las blancas, hubo y hay grandes luchas y sacrificios por parte de muchos activistas de los derechos humanos, para demostrar o hacer valer una verdad que es absoluta, todas las personas somos iguales, y en igualdad de diferencias.

A raíz del reconocimiento de la insuficiencia, no del derecho, ni de la justicia, sino de las normas creadas por seres humanos, se empiezan a considerar algunas de las necesidades de protección y tutela de algunos derechos de los sectores “más débiles”, se inicia entonces un proceso de desmembramiento del derecho. Se inicia con el derecho

civil, aquel que protege y lucha por la autonomía de la voluntad de las partes, así como la igualdad de esas partes. Consiste este proceso en desarrollar diversas disciplinas, ramas o campos del derecho, llegando así al derecho moderno. Esta evolución incide directamente en la evolución de los derechos humanos, los cuales después de la segunda guerra mundial se inicia fuertemente un proceso de construcción de tales derechos.

Los derechos humanos deben centrarse en un valor supremo “la dignidad de las personas”, concepto que a pesar de ser siempre el mismo, su interpretación o percepción ha evolucionado. En nuestro país fue nuestra Sala Constitucional, quien sostiene que nuestra legislación debe responder a los principios éticos que los diferentes Estados han aceptado como tales, a través de sus Constituciones Políticas, de los Tratados y Convenios Internacionales sobre derechos humanos, y recuerda la obligatoriedad de acatar dichos convenios y tratados, siendo que nuestro Estado debe impulsar el respeto y la concretización de los mismos. Ejemplos de algunas de las disciplinas que se crearon a raíz de la necesidad de protección de los sectores “débiles” son el derecho laboral, de familia, agrario, familia, etc.

#### **a. Derecho Laboral**

El derecho laboral viene a resolver el problema de la desigualdad de las partes en la contratación laboral, o relaciones laborales, la supremacía del patrono frente la empleado, que por su necesidad de trabajo en muchas ocasiones se aceptan las condiciones impuestas por el patrono, abuso de condiciones que eran protegidas por el derecho por considerar que se debía respetar la autonomía de la voluntad de las partes, y la igualdad de las partes contratantes. La evolución de este derecho ha llevado al reconocimiento de la desigualdad de las condiciones entre el empleador y el empleado, un ejemplo claro se presenta en materia de prescripción del reclamo de derechos laborales, este empieza a correr cuando se hubiere roto la relación laboral, y no mientras subsista la relación laboral, ya que en muchos casos el reclamo de ciertos derechos laborales podría acarrear el despido del empleado. Del reconocimiento de este derecho también se dio el principio In dubio pro-operario, en caso de duda se resuelve a favor del empleado.

## **b. Derecho Agrario y Ambiental**

En este mismo sentido se desmembró el derecho civil y se creó el derecho agrario, el cual tutela y protege de manera especial la relación de las personas proveniente de las actividades propias del ciclo biológicos, fundamental en este derecho la protección de la función social de la propiedad, redimensionando el sentido clásico del derecho de propiedad absoluto hacia la nueva concepción de que la propiedad debe cumplir su función social, reconocido en nuestro país en el artículo 50 de nuestra Constitución Política. Este mismo artículo 50 fue reformado en el año 1995 reconociendo el derecho humano a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, por lo que la explotación de la tierra debe hacerse bajo los parámetros del desarrollo sostenible.

## **c. Derecho de Familia**

Con el derecho de familia ocurre lo mismo que con las disciplinas mencionadas, en el sentido de que se tutela una relación entre seres humanos en un ámbito totalmente diferente al civil. Hablar de igualdad de las partes considerando el concepto de familia tradicional (padre, madre, hijos, hermanos) frente a la realidad social probó no ser lo correcto. Debía entonces existir una regulación aparte de la civil, regulación que considerara los vínculos entre los miembros de la familia, personas entre las cuales existe una relación de confianza, sentimiento y poder de uno hacia otros, o de unos hacia otros. En esta evolución del derecho de familia, con características propias y diferentes a las otras relaciones entre las partes en un contrato se crea el derecho de familia, sin embargo la realidad social demostró que no era suficiente, así que algunos miembros de la familia necesitaban protección especial para compensar las relaciones de poder entre ellos y ellas.

## **d. Derechos de la niñez**

Es así como las personas menores de edad requirieron de instrumentos de protección especiales, a nivel internacional y nacional. Las personas menores de edad fueron consideradas objetos del derecho, quienes decidían sobre todos sus asuntos eran los padres, representantes o las personas administradoras de justicia cuando no existía acuerdo entre el padre la madre, o sus representantes. Fueron entonces visto bajo la Doctrina de la situación irregular del menor, un

paradigma tutelar, caduco y adulto-céntrico, doctrina que fue superada y reconocida en el año 1989 por la Doctrina de Protección Integral de las Personas Menores de Edad, con los instrumentos de la Convención de Derecho del Niño y el Código de la Niñez y la Adolescencia en nuestro país. Las personas menores de edad empiezan a ser para el derecho sujetos de derecho con la posibilidad de emitir criterio sobre los asuntos que se discuten y en los que estén involucrados, de acuerdo a su desarrollo, la percepción es ahora infanto-céntrica con un enfoque integral, se obliga a que en todo proceso en que esté involucrada una persona menor de edad se debe respetar el principio del interés superior de las personas menores de edad.

### **e. Derechos de las mujeres**

En el campo de la protección a la mujer, en principio se consideró, y aún se considera por parte de muchas personas profesionales en derecho, que bastaba o basta con la regulación del Código de Familia. Se trata de una de las manifestaciones del sexismo, el familismo el cual parte de que mujer y familia con sinónimos, por tanto los intereses y necesidades de la familia son los mismos de la mujer, el derecho ha tutelado a la mujer-madre o a la mujer-reproductora, sin embargo una vez más el derecho frente a la realidad social ha demostrado que esto no es así, debe tutelarse y protegerse los intereses y necesidades de la mujer como persona humana, sin asociarla a la esposa, madre, hija, hermana, abuela, reproductora, en función de los otros seres humanos y en un campo de cuidado y servicio de los otros seres humanos. Ciertamente, y no debemos dejar de lado manifestar que es a la mujer a quien por rol socio-cultural se le ha relacionado más con los hijos e hijas, que a los varones, eximiendo a éstos de su responsabilidad con las labores del hogar y de los hijos. Las necesidades de los varones también son diferentes a las necesidades como padres, hermanos, hijos, etc., así mismo las necesidades de las mujeres como humanas son diferentes a la de los varones, se coincide en muchas de las necesidades, pero cada uno de los géneros tienen necesidades e intereses que requiere tutelar el derecho en forma diferente, sin discriminaciones.

El derecho es androcéntrico, esto quiere decir, que el parámetro de lo humano ha sido el varón, parte de una perspectiva masculinista, de esta forma la producción del derecho va dirigida a proteger los intereses de “toda la humanidad”, pero por su sesgo masculinista ha

sido miope y ha tutelado los intereses del sexo masculino, son normas que a pesar de decirse neutrales no lo son porque no han sido considerados los intereses y necesidades específicas de la mujer-persona humana. La perspectiva masculinista del derecho se encuentra en transición, con el objetivo no de que la mujer sea el parámetro de lo humano, y así legislar solamente para crear discriminación en contra del varón, este punto es el temor de muchos de los juristas, sobre todo cuando se deben aplicar medidas correctivas o afirmativas, las cuales buscan eliminar la discriminación, y no producir discriminación para quienes han gozado de los privilegios, buscar por tanto crear igualdad de condiciones considerando las diferencias de necesidades e intereses de cada sexo. Es necesario aclarar que la discriminación se sustenta en la existencia de una percepción social caracterizada por la desvalorización de una persona o grupos de personas, ante los ojos de otras, por tanto la idea se basa en los conceptos de superioridad-inferioridad.

El derecho entonces requirió una nueva desmembración, un derecho que tutele los de por sí intrínsecos derechos de las humanas, inherentes a cada mujer por el solo hecho de ser mujer, derechos que nos han sido negados a través de la historia. Uno de los principales instrumentos, el cual ha marcado un verdadero cambio es la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, conocida como CEDAW, de 1979, a raíz de este instrumento se garantiza en nuestro país el goce de los derechos de las mujeres, políticos, económicos, sociales y culturales, permite a su vez visibilizar la violencia sexual, física y psicológica hacia las mujeres dentro del hogar. Sin embargo no es sino hasta 1993 con la Conferencia Mundial de Viena que se reconocen los derechos de las mujeres como derechos humanos, visibilizando por tanto que los derechos “reconocidos” hasta entonces no eran parte de los derechos humanos. En octubre de 1995 en nuestro país se ratificó la Convención para prevenir, sancionar, erradicar la violencia contra la mujer, conocida como Convención de Belem Do Pará. Esta Convención es un instrumento muy valioso en materia de evolución de los derechos humanos de las mujeres, ya que obliga a los Estados tratantes a tomar medidas urgentes, concretarlas y así hacer efectiva la protección de las mujeres.

La evolución de los derechos de las mujeres como humanas no debemos entenderla únicamente en materia de protección de la violencia doméstica, de esta forma podríamos invisibilizar todas las otras formas de violencia hacia la mujer, además de invisibilizar la protección y tutela de la mujer en otros ámbitos, y no solamente dentro

del hogar. En nuestro país la Ley Contra la Violencia Doméstica ha marcado uno de los principales cambios en el derecho, por cuanto antes de esta ley solamente se tutelaba el ámbito público, y por primera vez el derecho toca la puerta en entra a tutelar las relaciones de las personas dentro del hogar, considerando que dentro de ese existen relaciones de poder y confianza que hay que tutelar en forma especial. Otras normas importantes de mencionar lo son la Ley de Promoción de la Igualdad Real, Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia.

A nivel internacional podemos citar la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de 1993, en el cual se manifiesta que los derechos humanos de la mujer y la niña, son parte inalienable e indivisible de los derechos humanos. El Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional es importante bajo esta perspectiva por cuanto reconoce como parte de los crímenes de genocidio, lesa humanidad y de guerra la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable.

### **III. CONCLUSIÓN**

El derecho es dinámico y debe siempre modicable, puede transformarse de acuerdo a las necesidades e intereses del desarrollo actual. Este artículo ha permitido un vistazo muy general sobre la dinámica en materia de protección a sectores discriminados; no significa que se haya logrado todo, hay todavía mucho camino que recorrer. La perspectiva de género debe incluirse dentro del estudio del derecho, se debe crear la sensibilidad género-sensitiva a fin de lograr que dentro de la diversidad de personas que conformamos la humanidad, seamos tratados igualmente diferentes.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

Facio, Alda y Fries, Lorena. *Género y Derecho*. Colección Contraseña, Estudios de Género, Serie Casandra. LOM Ediciones / La Morada, Primera Edición, Santiago de Chile, setiembre de 1999.

Angulo Fonseca, Grethel. *Análisis de las medidas de protección, cuidado provisional en familias substitutas y abrigo temporal en entidades públicas y privadas dictadas por el PANI y reguladas en el Código de la Niñez y la Adolescencia*. Tesis para optar por el grado de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2004.

*Convención Internacional sobre los derechos del niño*. Aprobada por la Asamblea General de la ONU el 20 de octubre de 1989, ratificada en nuestro país mediante Ley 7184 del 9 de agosto de 1990 y publicada en La Gaceta Número 149.

*Ley Contra la Violencia Doméstica*, número 7586 del 10 de abril de 1996.

*La Protección Internacional de los Derechos Humanos de las Mujeres*. Instituto Interamericano de Derecho Humanos. San José, Costa Rica, 2005.

**PRINCIPIOS GENERALES DE *UNIDROIT*  
EL CASO DE COSTA RICA**

*Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez*<sup>(\*)</sup>

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

(Recibido 29/09/05; aceptado 05/04/06)

---

(\*) Ponencia presentada al Congreso Internacional de Derecho Mercantil Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México del 8 al 10 de marzo del 2006.

(\*\*) e-mail: jorgerp@hotmail.com; y, jorgerp9@yahoo.com; jorgerp10@gmail.com  
Telfax (506) 250-1160; y, (506) 259-4844  
Apartado postal 1264 Y Griega 1011, San José Costa Rica

## **RESUMEN**

Se indicará lo relativo a los principios UNIDROIT en el marco jurídico respectivo y la recepción que ha tenido Costa Rica a estos principios, en esta fase de introducción y consolidación.

**Palabras clave:** Arbitraje, contrato, contratación internacional, principios jurídicos, *lex mercatoria*.

## **ABSTRACT**

The article will discuss aspects related to UNIDROIT's principles within the respective juridical framework and the acceptance that these principles have had in Costa Rica during this introductory and consolidation phase.

**Key words:** Arbitration, contract, international contracting, principles of law, *lex mercatoria*.

## **SUMARIO**

### Introducción

1. Principios generales de UNIDROIT y su gestación
2. Principios generales de UNIDROIT y su uso por las partes
3. Diversos enfoques que se le han dado al papel de estos principios
4. Modos en que estos principios de UNIDROIT juegan
5. Principios procesales que se aplican
6. Principios sustanciales o de fondo
7. Casos de la Cámara de Comercio Internacional
8. Laudos arbitrales en Costa Rica
9. Constitución Política de Costa Rica y el arbitraje
10. Reglamento de arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica
11. Reglamento de arbitraje del Centro Internacional de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Costarricense Norteamericana de Comercio
12. Ley sobre resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social

### Conclusión

### Glosario

### Bibliografía básica



## INTRODUCCIÓN

En esta ponencia se hará una presentación sobre los *principios generales de UNIDROIT* y la experiencia que se ha tenido en Costa Rica en materia de laudos arbitrales que han aplicado, para resolver controversias, dichos principios en el seno del *Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica*. Se indican, además, algunos casos resueltos por la Cámara de Comercio Internacional.

Asimismo, se informa que Costa Rica no ha aprobado la *Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías* (Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional). Se recuerda que esta Convención, en su artículo 6 manda que:

*Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención.*

Tal vez por esta razón de acatamiento voluntario de las partes, es que nuestro país le ha restado importancia a este instrumento jurídico internacional y no lo ha aprobado (Silva-Ruiz).

En nuestro país, recientemente presentó una tesis de grado Rosemarie McLaren Magnus sobre *los principios de UNIDROIT en la jurisprudencia comercial internacional*, que nos ha sido de suma utilidad en la confección de este ensayo.

### 1. Principios generales de UNIDROIT y su gestación

Desde su publicación en 1994, con el apoyo de los expertos respectivos, los *principios generales de UNIDROIT* han sido y son muy útiles para solucionar disputas en materia comercial.

De tal modo, dichos *principios* se han tornado en una codificación de la práctica del derecho internacional de los contratos.

Siempre ha de tenerse presente que los citados *principios* desempeñan el papel de *lex contractus*, a la vez que interpretan y complementan normas de carácter internacional y nacional.

Usar los principios del UNIDROIT como “*lex contractus*” implica implementar medidas para resolver el caso planteado de acuerdo con las pautas establecidas en tales principios.

En el año 2004 se publicó la nueva edición de estos principios.

## **2. Principios generales de UNIDROIT y su uso por las partes**

Las partes pueden emplear la *lex contractus* en las fases de negociación, durante la realización del convenio o al momento de la resolución del acuerdo.

También las partes pueden hacer elección implícita de estos principios como *lex contractus*. Por ello en el preámbulo de tales *principios* de UNIDROIT se establece que:

*Estos principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por los principios generales del derecho, la lex mercatoria o expresiones semejantes.*

La elección tácita puede ser inferida a partir de un elemento aislado o de la combinación de varios elementos, *verbi gratia*: el idioma o lenguaje usado, la utilización de una moneda específica o el lugar de elección de las obligaciones.

La nueva *lex mercatoria* es producto de una recepción de los valores y conceptos del Derecho Romano (buena fe, culpa, diligencia, etc.) y de una recepción de la práctica contractual anglosajona (*leasing, franchising, factoring, know how, joint venture, etc.*) (Pérez, 2005, 11).

## **3. Diversos enfoques que se le han dado al papel de estos principios:**

- tesis que afirma que los principios de UNIDROIT son la piedra medular de la *lex mercatoria*, pero que no son equivalentes,
- tesis que indica que los principios del UNIDROIT es una codificación de los principios generales del derecho y de la *lex mercatoria*,

- tesis que señala que los principios de UNIDROIT sirven para derivar reglas concretas para resolver conflictos negociales.

Algunos temas en los que la *lex mercatoria* desarrolla principios romanos, aplicados al comercio internacional:

- buena fe
- autonomía privada
- causa justa
- ficción de verificación de la condición suspensiva
- acción revocatoria
- simulación
- culpa en el incumplimiento
- previsibilidad, como criterio para determinar el daño resarcible (Pérez, 2005, p. 11)

#### **4. Modos en que estos principios de UNIDROIT juegan**

- instrumentos jurídicos que regulan las relaciones comerciales y los eventuales conflictos,
- instrumento para interpretar y complementar normas de carácter internacional,
- ayudan en la interpretación y complementación de las leyes nacionales.

#### **5. Principios procesales que se aplican**

- el de autonomía jurídica que goza la cláusula compromisoria ante el resto de las cláusulas que conforman el contrato entre las partes,
- el principio de "*kompetenz kompetenz*" (capacidad que tiene el mismo árbitro para proveer sobre su propia competencia respecto de conocer el asunto que se le ha sometido para su resolución; o sea, que el propio árbitro puede decir si es o no es competente para dirimir el conflicto).

## 6. Principios sustanciales o de fondo

- usos y costumbre del comercio internacional
- buena fe
- fuerza mayor
- deber de minimizar las pérdidas
- *pacta sunt servanda* (contrato es ley entre las partes) versus *rebus sic stantibus* (los cambios sustanciales en las condiciones de la contratación, pueden generar la revisión de la misma)
- vicios de la voluntad o del consentimiento
- pérdida de oportunidades

## 7. Casos de la Cámara de Comercio Internacional

Los principios de UNIDROIT se han venido aplicando en una cantidad superior a 23 casos sometidos a la Corte de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio Internacional.

Algunos de esos casos los indicaremos aquí, para fines de mera información.

### ***Caso 7110 de 1995, 1998, 1999***

Principios aplicados:

- *Efecto vinculante del contrato*

Un contrato celebrado válidamente obliga a las partes.

- *Buena fe y lealtad en los negocios*

En el comercio internacional las partes deben actuar de buena fe y con lealtad negocial.

- *Usos y prácticas comerciales*

Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regulamente observado en el tráfico mercantil de que se trate, a menos que la aplicación de dicho uso no sea razonable.

– *Circunstancias pertinentes*

Se deben tomar en cuenta las circunstancias pertinentes:

- negociaciones preliminares entre las partes
- prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas
- cooperación entre las partes
- obligación de resultado y de medios para lograr el mejor esfuerzo
- la indemnización procede respecto de daños y perjuicios, aún futuros

***Casos 8502 de 1996 y 7110 1995, 1998, 1999***

El Tribunal resuelve aplicando los principios y reglas generales que gozan de consenso internacional, aplicables a las obligaciones contractuales internacionales.

***Caso 8909 de 1998***

Las reglas relativas a la interpretación y a la buena fe contenidas en los principios de UNIDROIT (artículos 1.7, 4.1 a 4.8 y 2.11), son en todo caso un útil marco de referencia para aplicar y juzgar un contrato internacional.

***Caso 1434 de 1975***

Una regla de interpretación universalmente admitida exige que, ante dos interpretaciones contrarias o dos sentidos posibles de los mismos términos de un contrato, y ante la duda, se prefiera la interpretación que atribuye a las palabras un determinado alcance, antes que las que las consideran inútiles o incluso absurdas (Pérez, pp. 126, 136, 137; Matute, pp. 30, 31).

## **8. Laudos arbitrales en Costa Rica**

Costa Rica ha contribuido con jurisprudencia arbitral destinada a solucionar dichas disputas o diferencias. Ello es así, debido a que, como es sabido, tales *principios* gozan de un carácter internacional; y, a la vez, contienen usos y costumbres utilizados regularmente en específicos convenios mercantiles.

*El Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica*, ha resuelto varios casos en los cuales ha aplicado estos principios.

### ***Laudo del 30 de abril del 2001***

Se aplicó el principio de la buena fe.

Expresado en la indicación de que cada parte tiene la obligación de tener con la otra un comportamiento que no le pueda perjudicar.

Indicando este laudo que no solamente la legislación y la jurisprudencia nacional son aplicables, sino también la normativa propia de la contratación comercial internacional, compuesta por los principios y usos generalmente admitidos en el comercio, por cuanto las partes mismas convinieron en la cláusula décima de la carta de intenciones que actuarían entre ellas con base en la buena fe y sanas costumbres, de conformidad con las más sanas prácticas comerciales y términos amistosos. Este enunciado faculta al Tribunal para aplicar tales reglas como lo ha hecho en casos semejantes la Corte de la Cámara de Comercio Internacional, aplicando directamente los principios del UNIDROIT.

Los argumentos por los cuales el tribunal arbitral de Costa Rica, considera que los *principios de UNIDROIT* resumen *las más sanas prácticas comerciales*, que las partes indican son:

- porque son esos principios una recopilación hecha por expertos internacionales procedentes de todo el mundo, sin intervención de los Estados o gobiernos, lo cual favorece la neutralidad, calidad y habilidad para demostrar el estado actual de consenso en este campo,
- tales principios están inspirados por el Derecho internacional uniforme, especialmente la Convención de Viena de 1980 sobre la compraventa internacional de mercancías,
- esos principios son particularmente idóneos para ser aplicados en el terreno arbitral,
- dichos principios se han construido para ser aplicados a los contratos internacionales,

- estos principios son reglas concretas, sumamente útiles (McLaren, pp. 38-39).

Esta Convención es una regulación de carácter dispositivo: los contratantes pueden excluir su aplicación o establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones, y hasta modificar sus efectos.

Artículo 4: (...) *Salvo disposición expresa en contrario de la presente convención ésta no concierne en particular: a) la validez del contrato ni a la de ninguna de sus estipulaciones, ni tampoco a la de cualquier uso; b) a los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas.*

Artículo 6: *Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención (...).* (Silva-Ruiz, pp. 29 a 32, 2005).

Costa Rica no ha aprobado esta Convención; por tanto, no es parte de ella.

Estos principios de UNIDROIT establecen:

- un efecto vinculante del convenio:

*un contrato celebrado válidamente obliga a las partes. El contrato sólo puede ser modificado o resuelto conforme a su tenor, por acuerdo de las partes, o de otra manera dispuesta por estos principios.*

- Buena fe y lealtad en los negocios:

cada una de las partes debe actuar de buena fe y con lealtad comercial en el comercio internacional

- Usos y prácticas comerciales:

*Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el tráfico mercantil de que se trate, a menos que la aplicación de dicho uso no sea razonable.*

- Intención de las partes:

*el contrato se interpretará conforme a la intención común de las partes, si esa intención puede ser determinada.*

- Circunstancias pertinentes:

*En la aplicación de la interpretación de declaraciones y otros actos, deberán tomarse en consideración todas las circunstancias pertinentes.*

- Cooperación entre las partes:

*Cada una de las partes deberá cooperar con la otra cuando dicha cooperación sea razonablemente exigible para el cumplimiento de las obligaciones.*

- Obligación de resultados:

*Las partes están obligadas a obtener un resultado específico y de usar los medios necesarios para obtenerlo (McLaren, pp. 40-41).*

El deber de cooperación es uno de los principios de la *lex mercatoria* que los árbitros del comercio internacional hacen respetar afanosamente. Sobre todo, encuentra su ámbito de aplicación en materia de ejecución de contratos.

### ***Laudo del 13 de agosto del 2001***

Se ratifica el principio de *pacta sunt servanda*.

Se rechazó el principio de *rebus sic stantibus* (modificación de las circunstancias) cuando las partes no lo han incluido en el contrato.

El principio *rebus sic stantibus*, no se admite, salvo que las partes hayan incluido en el convenio cláusulas que permitan la adaptación de las circunstancias.

Se presume que ese principio no se aplica, en las transacciones internacionales, ya que en general las partes conocen los riesgos que pueden sufrir, en la evolución de circunstancias externas o cuando la onerosidad sobreviniente es excesiva y extraordinaria. (McLaren, pp. 111-112).

De acuerdo con esta tesis, el principio es que se supone que prevalece el *pacta sunt servanda*, salvo que las partes –expresamente– acepten la vigencia del *rebus sic stantibus*.

### ***Laudo del 5 de setiembre del 2001***

Se aplicaron los principios de la *presunción de la competencia profesional* y el de la *presunción de la apreciación de los riesgos de los operadores del comercio*. Lo cual significa que se supone que los comerciantes tienen la suficiente capacidad profesional para definir sus contratos libremente y se espera de ellos que ejerciten una salvaguardia diligente de sus propios intereses.

El tribunal de arbitraje manifestó que comparte la doctrina sostenida por la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional que aplica el principio de la presunción de competencia profesional y la presunción de la apreciación de los riesgos de los operadores de comercio, que implica que los comerciantes tienen la suficiente capacidad profesional para definir sus contratos libremente y que se espera de ellos que ejerciten una salvaguarda diligente de sus propios intereses y se comporten como prácticos razonables en lo que hacen, pues se sabe que la imprudencia en personas mayores de edad y en su sano juicio no es obstáculo para la conclusión de contratos válidos. Por ello, se ha venido rechazando la excesiva onerosidad sobreviviente o “imprevisión”.

Por lo anterior se concluye que los firmantes del contrato de fideicomiso, que se deben presumir aptos profesionalmente para el comercio, no podían ignorar el alcance de las cláusulas a que se sometían (McLaren, pp. 116-118).

### ***Laudo del 29 de julio del 2002***

En este caso, el Tribunal Arbitral aplicó el artículo 7.4.8 de los principios en este laudo. Aquí se delimitó el daño sufrido (daños y perjuicios), como indemnización a que tiene derecho la parte que se ve afectada por la falta de cumplimiento de las obligaciones contractuales de su contraparte.

La *fuera mayor* es eximente de responsabilidad, en caso de incumplimiento, empero, es menester que el hecho alegado cumpla con las condiciones de ser ajeno a la voluntad de las partes, ser imprevisible y a la vez irresistible.

En lo referente a la *fuerza mayor*, se indica que la imposibilidad subjetiva no es fuerza mayor, pues no puede admitirse como justificación de la inejecución. Una imposibilidad subjetiva no exime a una persona de ejecutar un compromiso contractual.

La fuerza mayor es imprevisible e irresistible, siendo un suceso anónimo que presenta los caracteres de *imprevisibilidad*: en el momento en que se produce, no hay ninguna razón especial para pensar que se va a producir; *irresistibilidad*: el demandado se ha encontrado en la imposibilidad absoluta de ejecutar el contrato.

En la presente demanda no se dan los elementos de *fuerza mayor*.

También, este laudo se refirió al deber de minimizar las pérdidas:

La demandada debe tomar las medidas necesarias para cumplir con el deber de minimizar las pérdidas.

Esta demandada argumentó que era la dueña de la estructura, la cual estaba destinada a un proyecto concreto y tenía la obligación de mantenimiento de ella, razón por la cual no tenía facultades de disposición libre, sin la debida consulta a la parte actora. Esta actuación es opuesta a su deber de minimizar las pérdidas (McLaren, pp. 92-102).

Los anteriores laudos del *Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa*, se dieron de conformidad con el reglamento de arbitraje de este centro.

## **9. Constitución Política de Costa Rica y el arbitraje**

La figura del arbitraje tiene respaldo constitucional en nuestro país. De este modo, el numeral 43 manda:

*Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aún habiendo litigio pendiente.*

La Sala Constitucional en varios votos o sentencias ha sostenido lo siguiente respecto del arbitraje:

*El constituyente creó en el artículo 43 constitucional una forma alternativa para la solución de conflictos patrimoniales y la misma puede resultar ágil (votos 2307-95, 531-96, Sala Constitucional).*

*El arbitraje para dirimir conflictos es un medio legítimo y es una forma muy apropiada para hacerlo (voto 1344-95, Sala Constitucional).*

## **10. Reglamento de arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica**

Este reglamento fue aprobado en sesión No. 40 de la Junta Directiva de esta Cámara del 24 de noviembre de 1999, habiendo sido emitido mediante resolución 012-99 RAC del Ministerio de Justicia y Gracia.

Destacaremos algunos numerales relevantes de este reglamento para efectos meramente ilustrativos.

### **Artículo 2.- Ámbito de Aplicación**

1. *Cuando las partes, miembros o no de la Cámara de Comercio, entidades públicas o privadas, nacionales o extranjeras, hayan acordado por escrito, en ejercicio de su autonomía de la voluntad y con apego al artículo 21 de la Ley, que las controversias o diferencias surgidas entre ellas se sometan a arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje del Centro, tales disputas se resolverán de conformidad con el presente Reglamento, con sujeción a las modificaciones que las partes pudieran acordar por escrito. Todo lo no previsto en el presente Reglamento será resuelto por el Tribunal, de conformidad con la Ley.*
2. *Este Reglamento regirá los arbitrajes de derecho y equidad, excepto cuando una de sus normas entre en conflicto con una disposición de derecho aplicable al arbitraje que las partes no puedan derogar, en cuyo caso prevalecerá esa disposición.*
3. *Cuando no exista pacto expreso con respecto al tipo de arbitraje, se presumirá que el arbitraje pactado por las partes es de derecho.*

### **Artículo 6.- Ley Sustantiva Aplicable**

1. *El Tribunal aplicará la ley sustantiva que las partes hayan seleccionado. Si las partes no lo hubieren hecho, el Tribunal aplicará la ley costarricense, incluyendo las normas sobre conflicto de leyes.*
2. *En todos los casos, el Tribunal decidirá con arreglo a las estipulaciones del acuerdo arbitral y tendrá en cuenta, además, los usos y las costumbres aplicables al caso, aún sobre normas escritas si fuere procedente.*

### **Artículo 11.- Requerimiento Arbitral**

1. *La parte que requiera someter a arbitraje una controversia, deberá informar tal circunstancia a la otra parte por cualquier medio escrito y a través del Centro. El requirente deberá aportar la documentación que acredite la representación con la que actúa.*

2. *El requerimiento de arbitraje deberá contener la siguiente información:*
- *Una petición de que el conflicto se someta a arbitraje.*
  - *El nombre y la dirección de las partes.*
  - *Copia auténtica del acuerdo arbitral que se invoca.*
  - *Una referencia al contrato del que resulte el conflicto o con el cual el litigio esté relacionado, cuando esto corresponda.*
  - *Una breve exposición acerca de la naturaleza general de la controversia*
  - *Una propuesta sobre el número de árbitros, cuando las partes no hayan convenido antes en ello.*
  - *Cuando el acuerdo arbitral defina el número de miembros que integrarán el tribunal, deberán incluirse las propuestas relativas al nombramiento del árbitro único mencionadas en el párrafo 1º del artículo 13, o la notificación referida al nombramiento del árbitro mencionada en el artículo 14.*
  - *Señalamiento de oficina o medio para recibir notificaciones.*
  - *El requerimiento podría contener asimismo, el escrito de demanda mencionado en el artículo 25. En este caso, la Dirección del Centro remitirá la demanda al Tribunal, en el momento procesal oportuno.*

*Si el requerimiento arbitral no cumple con los requisitos estipulados en el presente artículo, la Dirección del Centro prevendrá al requirente que corrija sus defectos dentro de un plazo de 5 días a partir de la notificación de la resolución correspondiente.*

*Si la parte requirente no cumple con lo prevenido, se procederá a archivar el expediente, sin perjuicio de que éste pueda reactivarse una vez corregido el defecto.*

## **Artículo 12.- Conformación del Tribunal**

1. *El Tribunal podrá ser unipersonal o colegiado, en este último caso, deberá estar integrado por tres miembros.*
2. *De conformidad con el artículo 25 de la Ley, los árbitros deberán ser personas físicas en pleno ejercicio de sus derechos civiles, que no tengan nexo con las partes, sus apoderados y abogados. Adicionalmente, en el caso de arbitraje de derecho, los árbitros deberán ser abogados, con un mínimo de cinco años de haberse incorporado al Colegio de Abogados.*
3. *Si las partes no han convenido previamente en el número de árbitros, éstas tendrán tres días a partir de la notificación del requerimiento de arbitraje y la correspondiente resolución de la Dirección, para determinarlo.*

*Vencido ese plazo sin que se llegase a un acuerdo, el número de árbitros quedará fijado automáticamente en tres.*

## **Artículo 21.- Principios que informan el proceso arbitral**

1. *Con sujeción a lo dispuesto por el artículo 39 de la Ley y el presente Reglamento, el Tribunal podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igualdad y que, en cada etapa del procedimiento, se dé a cada una de ellas plena oportunidad para hacer valer sus derechos.*
2. *Todos los documentos o informaciones que una parte suministre, deberán ser presentados con copias para cada uno de los miembros del Tribunal y para cada una de las partes involucradas en el proceso.*
3. *El Tribunal deberá guiarse por el principio de oralidad del proceso arbitral, procurando dentro de la medida de sus posibilidades que las actuaciones se realicen en concordancia con este principio.*
4. *El proceso arbitral establecido en este Reglamento, podrá ser modificado por las partes en conflicto o por decisión del Tribunal, siempre y cuando dicha modificación no atente contra los principios del debido proceso, concentración, contradicción, defensa o contra los derechos de las partes. Cualquier modificación realizada al presente Reglamento debe constar por escrito.*
5. *El plazo máximo para laudar es de ciento cincuenta y cinco días hábiles, contados a partir de la notificación de la demanda a todas las partes.*
6. *Mediante solicitud conjunta de todas las partes, el Tribunal podrá prorrogar el plazo al que alude el inciso quinto del presente artículo.*
7. *Todas las actuaciones relacionadas con el procedimiento arbitral, deben ser presentadas en las oficinas del Centro y dentro de los plazos establecidos. La presentación la podrán hacer las partes en forma personal, a través de apoderado, mensajero, correo certificado, servicio de courier, o cualquier otro medio del que disponga y garantice la certeza del envío y recibo.*
8. *El Presidente de un Tribunal Colegiado podrá resolver, con amplia libertad, en única instancia y sin recurso alguno, los trámites procedimentales. En consecuencia, será válida la resolución referida a dicho tipo de trámites en la cual se consigne únicamente la firma del Presidente del Tribunal.*
9. *Con excepción de otras disposiciones establecidas en el presente Reglamento, las resoluciones dictadas por el Tribunal, solamente tendrán recurso de revocatoria. Si la resolución que se pretende recurrir fue dictada en el transcurso de una audiencia, la revocatoria deberá ser*

*interpuesta en el mismo acto en que se dicte la resolución a recurrir. Si la resolución que se pretende recurrir fue dictada en una sesión deliberativa, las partes podrán interponer el recurso de revocatoria dentro de los tres días siguientes a su notificación.*

10. *El Tribunal de oficio o a petición de parte, decidirá si se requiere la presentación de otros escritos, y fijará los plazos para la comunicación de tales escritos.*
11. *El Director del Centro o la persona por él designada, servirá de apoyo a la función realizada por el Tribunal. La persona designada podrá estar presente en todas las sesiones deliberativas y audiencias que se celebren.*
12. *En todo caso, todos los participantes u observadores del proceso arbitral deberán respetar el principio de confidencialidad, y en su caso, el secreto profesional.*

El artículo 36 de este reglamento manda que los recursos que caben contra el resultado de los laudos arbitrales son: nulidad y de revisión, a cargo de la Sala Primera del Poder Judicial.

Por su parte, el artículo 64 de la Ley sobre resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social, manda que los recursos que se pueden interponer en contra del laudo arbitral, son los de nulidad y revisión.

Para el recurso de nulidad se le aplica el numeral 65 de esta ley, estableciendo su artículo 67, los requisitos que permiten argumentar la nulidad del laudo.

Y, para el recurso de revisión se le aplica el numeral 624 del Código Procesal Civil, mandando su numeral 619 los requisitos para establecer la demanda respectiva por razones de revisión.

Estos recursos serán resueltos por la Sala Primera del Poder Judicial.

## **11. Reglamento de arbitraje del Centro internacional de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Costarricense Norteamericana de Comercio.**

Destacaremos algunos numerales relevantes de este reglamento para efectos meramente ilustrativos.

## **Artículo 1.- Aplicación del Reglamento**

*Cuando las partes hayan acordado por escrito arbitrar sus disputas bajo este Reglamento de Arbitraje, o cuando no hayan designado reglas particulares pero hayan sometido la solución de su disputa a arbitraje en el Centro, el arbitraje se resolverá de conformidad con este Reglamento, según esté vigente en la fecha de inicio del arbitraje. Sin embargo, las partes, previamente, bajo su exclusiva responsabilidad por escrito y de común acuerdo, podrán modificar las normas del procedimiento establecidas en este Reglamento o desaplicar parcial o totalmente sus disposiciones, para el caso concreto.*

## **Artículo 2.- Sometimiento al Centro**

*En cualquiera de las circunstancias mencionadas en el artículo anterior, las partes quedan sometidas al Centro como entidad administradora del arbitraje, con las facultades y obligaciones establecidas en el presente Reglamento y en el Reglamento Interno, sin perjuicio de lo que éstas expresamente hayan acordado.*

*Si las partes así lo acuerdan, el Centro podrá administrar procedimientos de arbitraje que incorporen reglas distintas a las aquí contempladas, aplicándose supletoriamente el presente Reglamento.*

## **Artículo 3.- Arbitraje de Derecho o de Equidad**

*Este Reglamento regirá los arbitrajes de derecho y equidad. Cuando no exista pacto expreso con respecto al tipo de arbitraje, se presumirá que el arbitraje pactado por las partes es de derecho.*

## **Artículo 13.- Requerimiento arbitral**

*El proceso arbitral establecido en el presente Reglamento se iniciará a pedido de cualquiera de las partes mediante la presentación, a la Dirección del Centro, de una solicitud que incluirá lo siguiente:*

- a. Descripción clara y precisa de la controversia, las pretensiones y la estimación de sus pretensiones, en caso de ser aplicable.*
- b. Copia certificada de la documentación donde conste el convenio arbitral o evidencia del compromiso escrito de las partes de someter sus controversias a arbitraje.*
- c. Copia certificada del contrato del que resulte el conflicto o con el cual el litigio esté relacionado, cuando esto corresponda.*

- d. *Solicitud para la designación del Tribunal Arbitral por el Centro. De ser aplicable, indicación del acuerdo respecto al número de árbitros.*
- e. *Indicación de los nombres de las partes involucradas en la controversia y datos para su adecuada notificación.*
- f. *De ser el caso, certificación del poder del representante legal de la empresa.*
- g. *Comprobante de pago de la tasa de presentación. Esta tasa está destinada a cubrir los gastos administrativos necesarios para dar inicio al proceso arbitral y no será reembolsable.*

*El requerimiento podrá contener el escrito de demanda mencionado en el artículo 24. En dicho caso, la Dirección del Centro remitirá la demanda al Tribunal, en el momento procesal oportuno.*

*El Centro podrá otorgar al solicitante un plazo prudencial para subsanar o completar la información presentada en el requerimiento. En caso que el requirente no subsanara las observaciones dentro del plazo otorgado, se dispondrá el archivo del expediente, sin perjuicio de su derecho a volver a presentar su solicitud en otra oportunidad, y perderá el importe pagado por concepto de gastos administrativos.*

### **Artículo 33.- Requisitos y contenido del laudo arbitral**

*El laudo se dictará por escrito, y deberá contener:*

- a. *Lugar y fecha de expedición.*
- b. *Nombre de las partes y de los árbitros.*
- c. *La cuestión sometida a arbitraje y una sumaria referencia de las alegaciones y conclusiones de las partes.*
- d. *Relación de hechos probados, e improbados si los hubiere, de acuerdo con la valoración de las pruebas con cita en cada uno de los primeros, de los que obran en su respaldo, y con mención sucinta tocante a los segundos, y las razones correspondientes para tenerlos por no demostrados.*
- e. *Fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas.*
- f. *La decisión respecto de las pretensiones y las defensas aducidas por las partes.*

- g. *Pronunciamiento sobre ambas costas del proceso y*
- b. *firma de los árbitros.*

*Cuando el Tribunal Arbitral sea colegiado y alguno de sus miembros no firme, se indicará en el laudo el motivo de la ausencia de la firma.*

*Cuando el Tribunal Arbitral sea colegiado, y algún árbitro decide salvar su voto, deberá consignarlo expresamente e indicar las razones en que lo fundamenta en forma simultánea con la suscripción del laudo de mayoría. El voto salvado debe motivarse y su falta de redacción o suscripción no afectará ni impedirá la ejecución del laudo de mayoría.*

#### **Artículo 34.- Aclaraciones, Adiciones y Correcciones al Laudo**

*A solicitud de parte, formulada dentro de los cinco (5) días posteriores a la notificación, o por propia iniciativa de los árbitros dentro del mismo plazo, éstos pueden aclarar, adicionar o corregir el laudo por errores materiales, numéricos, de cálculo, tipográfico y de naturaleza similar, adecuándolo en la parte dispositiva conforme lo dispone el Código Procesal Civil.*

*La corrección, adición o aclaración, se hará por escrito dentro de los cinco (5) días siguientes a la recepción de la solicitud, y se considerará parte integral del laudo.*

*Dentro del mismo plazo señalado, cualquiera de las partes puede solicitar de los árbitros una aclaración del laudo.*

*La aclaración se efectuará por escrito dentro de los cinco (5) días siguientes a la recepción de la solicitud, prorrogables por acuerdo de las partes. La aclaración forma parte del laudo.*

#### **Artículo 35.- Recursos contra el Laudo**

*Contra el laudo solamente podrán interponerse los recursos que la ley expresamente prevea.*

*Será definitivo, vinculante para las partes e inapelable, salvo los recursos que según la ley pudieren caber contra él. Una vez que el laudo se haya dictado y este firme, producirá los efectos de cosa juzgada material y las partes deberán cumplirlo sin demora. El Tribunal Arbitral o el centro emitirá copia certificada del laudo a solicitud de parte interesada para su respectiva ejecución.*

## **12. Ley sobre resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social**

Destacaremos algunos numerales relevantes de este reglamento para efectos meramente ilustrativos.

### **Artículo 1o.- Educación para la paz**

*Toda persona tiene derecho a una adecuada educación sobre la paz en las escuelas y los colegios, los cuales tienen el deber de hacerles comprender a sus alumnos la naturaleza y las exigencias de la construcción permanente de la paz.*

*El Consejo Superior de Educación procurará incluir, en los programas educativos oficiales, elementos que fomenten la utilización del diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación y otros mecanismos similares, como métodos idóneos para la solución de conflictos.*

*La educación debe formar para la paz y el respeto a los derechos humanos.*

### **Artículo 2o.- Solución de diferencias patrimoniales**

*Toda persona tiene el derecho de recurrir al diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje y otras técnicas similares, para solucionar sus diferencias patrimoniales de naturaleza disponible.*

### **Artículo 3o.- Convenios para solucionar conflictos**

*El acuerdo que solucione un conflicto entre particulares puede tener lugar en cualquier momento, aun cuando haya proceso judicial pendiente.*

*Incluso en el caso de que se haya dictado sentencia en el proceso y esta se encuentre firme, los particulares pueden arreglar sus intereses en conflicto por medio de convenios celebrados libremente.*

### **Artículo 4o.- Aplicación de principios y reglas**

*Los principios y las reglas establecidas para la conciliación judicial o extrajudicial se aplicarán, igualmente, a la mediación judicial o extrajudicial.*

### **Artículo 5o.- Libertad para mediación y conciliación**

*La mediación y la conciliación extrajudiciales podrán ser practicadas libremente por los particulares, con las limitaciones que establece esta ley.*

*Las partes tienen el derecho de elegir con libertad y de mutuo acuerdo a las personas que fungirán como mediadores o conciliadores.*

### **Artículo 60.- Propuesta de audiencia y designación de jueces**

*En cualquier etapa de un proceso judicial, el tribunal puede proponer una audiencia de conciliación. El conciliador podrá ser el mismo juez de la causa o un juez conciliador. La Corte Suprema de Justicia designará a los jueces conciliadores, que requiera el servicio y les determinará las facultades y responsabilidades.*

### **Artículo 12.- Requisitos de los acuerdos**

*Los acuerdos adoptados con motivo de un proceso de mediación o conciliación, judicial o extrajudicial, deberán cumplir los siguientes requisitos:*

- a) Indicación de los nombres de las partes y sus calidades.*
- b) Mención clara del objeto del conflicto y de sus alcances.*
- c) Indicación del nombre de los mediadores, los conciliadores y, si se aplica, el nombre de la institución para la cual trabajan.*
- d) Relación puntual de los acuerdos adoptados.*
- e) Si hubiere proceso judicial o administrativo iniciado o pendiente, indicar, expresamente, la institución que lo conoce, el número de expediente y su estado actual y la mención de la voluntad de las partes de concluir, parcial o totalmente, ese proceso.*
- f) El conciliador o mediador deberá hacer constar en el documento que ha informado a las partes de los derechos que se encuentran en juego y les ha advertido que el acuerdo puede no satisfacer todos sus intereses. También deberá hacer constar que ha advertido a las partes sobre el derecho que las asiste de consultar, el contenido del acuerdo, con un abogado antes de firmarlo.*
- g) Las firmas de todas las partes involucradas, así como la del mediador o conciliador.*
- b) Indicación de la dirección exacta donde las partes recibirán notificaciones.*

### **Artículo 13.- Deberes del conciliador**

*Son deberes del mediador o conciliador:*

- a) Mantener la imparcialidad hacia todas las partes involucradas.*
- b) Excusarse de intervenir, en los casos que le representen conflicto de intereses.*

- c) *Informar a las partes sobre el procedimiento de mediación o conciliación, así como de las implicaciones legales de los acuerdos conciliatorios.*
- d) *Mantener la confidencialidad sobre lo actuado por las partes en el procedimiento de mediación o conciliación y sobre los actos preparatorios del acuerdo conciliatorio.*
- e) *En los supuestos del artículo 369 del Código Procesal Civil.*

#### **Artículo 14.- Secreto profesional**

*Es absolutamente confidencial el contenido de las actividades preparatorias, conversaciones y convenios parciales del acuerdo conciliatorio. El mediador o conciliador no podrá revelar el contenido de las discusiones ni los acuerdos parciales de las partes, en este sentido se entiende que al mediador o conciliador le asiste el secreto profesional.*

*Las partes no pueden relevar al mediador o conciliador de ese deber, ni tendrá valor probatorio el testimonio o la confesión de las partes ni de los mediadores sobre lo ocurrido o expresado en la audiencia o las audiencias de mediación o conciliación, salvo si se trata de procesos penales o civiles en los que se discuta la posible responsabilidad del mediador o conciliador, o se trata de aclarar o interpretar los alcances del acuerdo conciliatorio que se haya logrado concluir, con motivo de esas audiencias.*

*Si se llegare a un acuerdo conciliatorio y se discutiere judicialmente su eficacia o validez, el mediador o conciliador será considerado testigo privilegiado del contenido del acuerdo y del proceso con que se llegó a él.*

#### **Artículo 15.- Documentos públicos**

*Los documentos en los que consten los acuerdos logrados en procesos de mediación o conciliación se considerarán públicos, en los siguientes casos:*

- a) *Si el acuerdo fuere producto de una conciliación judicial.*
- b) *Si lo autorizare un mediador o conciliador de una oficina pública del Estado, como parte de las funciones que se le han asignado dentro de esa oficina o dependencia estatal.*
- c) *Si lo autorizare un mediador o conciliador profesional, que sea notario público o esté asistido por un notario público en forma permanente, de lo cual quedará constancia en el documento y en el protocolo del profesional indicado.*

## **Conclusión**

En Costa Rica, la experiencia en la aplicación de los principios generales de la UNIDROIT ha sido positiva y goza de la confianza de las partes que intervienen potencial y activamente en estos procesos arbitrales.

Se tiene igual confianza en la capacidad profesional de los expertos que actúan como árbitros y en la intervención del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica.

La cobertura jurídica a los procesos de arbitraje van desde la Carta Magna, la ley respectiva y los reglamentos correspondientes indicados.

Este proceso de aplicación de los principios de UNIDROIT en los procedimientos de arbitraje, plasmados en los laudos pertinentes, son una novedad en el país, existiendo un clima relevante en las Escuelas de Derecho, privadas y públicas, por desarrollar cursos, talleres, paneles, seminarios y debates sobre esta materia que relaciona los principios de la contratación internacional con los mecanismos de arbitraje respectivos.

## **Glosario**

### ***Cláusula compromisoria***

La que se ofrece con el objeto de obligar a los contratantes al arbitraje de los aspectos que origen diversas interpretaciones.

### ***Kompetenz kompetenz***

Capacidad que tiene el mismo árbitro para proveer sobre su propia competencia respecto de conocer el asunto que se le ha sometido para su resolución; o sea, que el propio árbitro puede decir si es o no es competente para dirimir el conflicto.

### ***Laudo arbitral***

Sentencia elaborada por árbitros.

Lex contractus

La ley aplicable al contrato respectivo

### ***Lex mercatoria***

Literalmente significa “*ley del mercader*”. Es una expresión tomada de la historia del derecho medieval para referirse al derecho elaborado por los medios profesionales del comercio internacional o espontáneamente seguido por esos medios, independientemente del derecho estatal y cuya aplicación escapa al método del conflicto de leyes.

También se puede definir como los principios comunes del Derecho relacionados con las transacciones comerciales internacionales.

Conjunto histórico y actual de usos y prácticas comerciales consuetudinarias que mediante la aceptación coetánea de ciertas reglas de conducta por parte de los actores económicos internacionales, permite además de realizar diversas transacciones comerciales, resolver jurisdiccionalmente las controversias mediante el arbitraje (Cadena, p. 74, 2004).

### ***Nueva lex mercatoria***

Está constituida fundamentalmente por los principios mercantiles, que han ido desarrollándose en diversas formas: jurisprudencia arbitral, elementos para la interpretación de los tratados y contratos, usos y costumbres aplicadas por la jurisdicción ordinaria y las reglas implícitas entre los comerciantes. Son reglas y principios generales relativos a las obligaciones contractuales internacionales que gozan de consenso internacional (Pérez, *La lex mercatoria*, material didáctico, p. 1, citando a Aldo Frignani 2005). Se puede ubicar en los principios de UNIDROIT.

### ***Pacta sunt servanda***

Principio que alude a la obligatoriedad de aquello que las partes han pactado. Significa que los pactos son realizados para ser cumplidos.

### ***Principios UNIDROIT***

Estos principios para los contratos comerciales internacionales son una fuente normativa de enorme importancia debido a que disfrutan de un carácter internacional; y, contienen usos y costumbres usados en tipos concretos de contratos. Son una codificación de la práctica del derecho internacional de los contratos, de la nueva *lex mercatoria*.

### ***Rebus sic stantibus***

Las cosas deben permanecer tal cual están. No se deben alterar las circunstancias originalmente pactadas. Lo no previsto por las partes en el

convenio, no puede exigirse que se cumpla. Cláusula sobreentendida en los contratos, en virtud de la cual se entiende que, las estipulaciones establecidas lo son habida cuenta de las circunstancias concurrentes en el momento, esto es, estando así las cosas, de forma que cualquier alteración sustancial de las mismas, puede dar lugar a la modificación de aquellas estipulaciones.

### ***Usos mercantiles***

Cualquier práctica o método de negocios, que teniendo regularidad de observancia en una plaza, lugar o sector del comercio, justifica una expectativa de que será igualmente observado en un contrato específico.

### **Bibliografía básica**

Adame Goodard, Jorge et al. *Contratación internacional. Comentarios a los principios sobre los contratos comerciales Internacionales del UNIDROIT* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, 1998).

En el libro ***Derecho Privado***, *Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Jorge Adame Goodard, coordinador, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones jurídicas, 2005, se publicaron estos ensayos:

Adame Goodard, Jorge. *El principio de buena fe en los contratos Internacionales*.

Quintana Adriano, Elvia Arcelia. *Régimen jurídico de los contratos atípicos en un orden jurídico nacional*.

Rivera, Julio César. *Los principios Unidroit: una alternativa de morigeración de la lex mercatoria para Latinoamérica*.

Roitman, Horacio. *Franquicia: la ley modelo de Unidroit*.

Bonell, Michael. *Unidroit Principles 2004. The new edition of The Principles of International Commercial Contracts* adopted by The International Institute for the Unification of Private Law, ([www.unidroit.org](http://www.unidroit.org); accesado 20 de enero del 2006).

Cadena, Wálter et al. *La nueva lex mercatoria. La transnacionalización del derecho* (Bogotá: Universidad Libre, 2004).

Castillo, Sarita. *El contrato internacional*. ([www.ijj.derecho.ucr.ac.cr](http://www.ijj.derecho.ucr.ac.cr); accesado 19 de enero del 2006).

- De la Madrid, Mario. *La conexidad contractual en los principios de UNIDROIT* (México: ponencia al Congreso Internacional de Derecho Mercantil, marzo, 2006, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM).
- Derains, Yves. *Jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional* (Madrid: Gráficas Morales, 1985).
- Faria, José. *El derecho en la economía globalizada* (Madrid: Trotta, 2001).
- Feldstein, Sara. *Los principios Unidroit y los principios europeos: nuevos islotes de la lex mercatoria* ([www.aaba.org.ar](http://www.aaba.org.ar), revista electrónica Plenario, XII/ 98).
- García, Ignacio. *Plenitud hermética del derecho y principios de UNIDROIT* (San José: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, tesis de licenciatura, 2005).
- Gómez-Robledo, Alonso; Jorge Witker. *Diccionario de Derecho Internacional* (México: UNAM, Ed. Porrúa, 2001).
- Jacquet, Jean-Michel; Philippe Delebecque. *Droit du Commerce International* (Paris: Dalloz, 2000).
- Jiménez, José. *El sistema de unificación de los principios de contratos comerciales internacionales (UNIDROIT) y su aplicación en la resolución de conflictos de "know how"* (San José: Revista Judicial, No. 83, 2005).
- Marzorati, Osvaldo. *Derecho de los negocios internacionales* (Buenos Aires: Astrea, 1997).
- Matute, Claudia. *Los principios jurisprudenciales de la Cámara de Comercio Internacional en arbitraje comercial* (San José: Revista Judicial, No. 80, 2002).
- McLaren-Magnus, Rosemarie. *Los principios de UNIDROIT en la jurisprudencia comercial internacional* (San José: Universidad de Costa Rica, tesis de licenciatura, Facultad de Derecho, 2003).
- Montvelisky, Andrea; Federico Quesada. *Compendio de jurisprudencia sobre el recurso de nulidad contra el laudo arbitral* (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 2006).
- Morán, David et al. *Comentario a los principios de Unidroit para los contratos del comercio internacional* (Navarra: Aranzadi, 2003).
- Pérez Vargas, Víctor. *Jurisprudencia de la Corte de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional* (San José: Revista Judicial, No. 80, 2002).
- Material didáctico del curso de posgrado. Contratación Comercial internacional* (San José: Universidad de Costa Rica, 2005).

Quintana Adriano, Elvia Arcelia. *Diccionario de Derecho mercantil* (México: UNAM, Ed. Porrúa, 2001).

*El comercio exterior de México* (México: Porrúa, 2003).

*Instituciones comerciales* (México: Porrúa, 2006).

*Ciencia del Derecho Mercantil* (México: Porrúa, 2002).

Concursos mercantiles (México: Porrúa, 2003).

*Legislación mercantil. Evolución histórica* (México: Porrúa, 2005).

Instituciones mercantiles (México: Porrúa, 2006).

Rosenberg, Jerry. *Dictionary of Internacional Trade* (New York: John Wiley & Sons, Inc., 1994).

Silva-Ruiz, Pedro. *Compraventa internacional de mercancías* (la formación del contrato bajo la Convención ONU, 1980, sobre compraventa internacional de mercaderías) (San Juan: Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico, enero-marzo, 2005).

Solano, Julián. *La lex mercatoria* (San José: Revista Judicial, No. 76, 2000).

Valleta, Laura. *Diccionario de Derecho mercantil* (Buenos Aires, Valleta eds., 2000).

**Internet:**

[www.unidroit.org](http://www.unidroit.org)

[www.lexmercatoria.org](http://www.lexmercatoria.org)

[www.tldb.de](http://www.tldb.de)



**ASPECTOS PUNTUALES SOBRE LA DISMINUCIÓN  
DE LA CAPA DE OZONO Y LA *PROTECCIÓN JURÍDICA*  
*INTERNACIONAL***

*Bruno Manoel Viana de Araujo*<sup>(\*)</sup>

(Recibido 18/05/05; aceptado 05/04/06)

---

(\*) Doctorando en Derecho Internacional por la Universidad de Valencia, España.

e-mail: [bmvaraujo@yahoo.com.br](mailto:bmvaraujo@yahoo.com.br)

## **RESUMEN**

La disminución de la capa de ozono, así como la lluvia ácida y el cambio climático son fenómenos ambientales que están trayendo graves problemas para el ser humano y para el medio ambiente.

**Palabras clave:** Clima, ambiente, radiación, capa de ozono, oxígeno.

## **ABSTRACT**

The depletion of the ozone layer, acid rain and climatic change are environmental phenomena that are causing serious impacts on human beings and the environment.

**Key words:** Climate, environment, radiation, ozone layer, oxygen.

## **SUMARIO**

1. Introducción
2. El ozono
3. Los primeros alertas a la disminución de la capa de ozono.  
El caso de los aviones supersónicos
4. Los clorofluorcarbonos
5. El agujero de la Antártida
6. Algunos de los efectos provocados por la disminución de la  
capa de ozono
7. La protección jurídica internacional de la capa de ozono
8. Conclusión
9. Bibliografía



## 1. INTRODUCCIÓN

La disminución de la capa de ozono es uno de los problemas más graves causados por la contaminación atmosférica. Con el desarrollo del ser humano, y de sus actividades, el equilibrio natural del ozono y el oxígeno se ha visto amenazado, ya que por la facilidad de reaccionar con otras sustancias, la cantidad de ozono está disminuyendo día a día, provocando una disminución de la capa de ozono, fenómeno que puede causar grandes problemas para todo el medio ambiente y para la propia vida de los hombres.

## 2. EL OZONO

El ozono (O<sub>3</sub>) está formado por tres átomos de oxígeno, un estado alotrópico del mismo; es un gas incoloro, encontrado en concentraciones dispersas en la atmósfera.<sup>(1)</sup> Su mayor concentración puede encontrarse entre los kilómetros veinte a veinticinco de la estratosfera, una zona llamada también de ozonosfera.

Una vez que la Tierra recibe los rayos ultravioletas de la radiación solar, el ozono absorbe parte de esa energía, ocasionando un aumento de temperatura en aquella zona.

Por la alta cantidad de energía, la radiación ultravioleta rompe las moléculas de ozono, dejando los átomos libres que empiezan a reaccionar con otros átomos libres de oxígeno formando nuevamente el ozono, manteniendo de ese modo el ciclo natural de equilibrio del ozono.<sup>(2)</sup>

Inicialmente, por tratarse de uno de los compuestos naturales de la atmósfera terrestre, el ozono no sería un contaminante. Pero una vez alterada su concentración en la atmósfera el ozono puede convertirse en un contaminante atmosférico.

En cuanto al ozono troposférico, se trata de la misma formación química del ozono estratosférico, pero localizado en la troposfera, y es

---

(1) Básicamente el ozono se encuentra de dos formas en la atmósfera: como ozono estratosférico, la capa denominada ozonosfera y el ozono troposférico, procedente de los NO<sub>x</sub>, compuestos orgánicos biogénicos, entre otros. SEONAZ CALVO, M., (2002), *Tratado de la contaminación atmosférica*, Madrid, Mundi - Prensa, p. 375.

(2) CHRISTIE, M., (2000), *The ozone layer. A philosophy of science perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 13 y 14.

producido por la oxidación del metano (CH<sub>4</sub>) que reaccionando con otros gases, contribuye al efecto invernadero. Dado que se encuentra en esa zona de la atmósfera y no en la estratosfera, su proceso de producción y destrucción varía mucho por el espacio y tiempo de la zona donde esté localizado.<sup>(3)</sup>

### **3. LOS PRIMEROS ALERTAS A LA DISMINUCIÓN DE LA CAPA DE OZONO. EL CASO DE LOS AVIONES SUPERSÓNICOS**

En 1966, el Dr. John Hampson del Centro de investigación de Defensa Aérea Canadiense, alertó a las autoridades sobre los daños causados por los aviones supersónicos a la capa de ozono. Puesto que ellos iban a volar por la parte baja de la estratosfera y uno de sus principales combustibles, el vapor de agua, podría reaccionar con el ozono transformando de nuevo en oxígeno, ocasionando una pérdida de la sustancia, y consecuentemente, una mayor cantidad de radiación solar ultravioleta para la Tierra.<sup>(4)</sup>

En 1971 después de numerosos debates científicos, alertando sobre los daños que causarían los aviones supersónicos a la capa de ozono y que eso ocasionaría una gran cantidad de nuevos casos de cáncer de piel a la población de los Estados Unidos, así como la realización de sesiones convocadas por el Congreso americano para el debate sobre el tema, el Congreso de los Estados Unidos decidió dejar de financiar el proyecto de los aviones supersónicos.<sup>(5)</sup>

---

(3) O'NEILL, B.C.; LANDIS MACKELLAR, F. y LUTZ W., (2001), *Population and climate change*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 9.

(4) Los Estados Unidos, Inglaterra Francia y Unión Soviética estaban estudiando la creación de flotas de aviones supersónicos. Aviones que volarían con velocidad superior al sonido. FISHER, M., (1993), *La capa de ozono. La tierra en peligro*, Madrid, Mc. Graw-Hill, pp. 7 y 8.

(5) Los costes económicos del proyecto de los supersónicos fueron los verdaderos motivos de que el Congreso de los Estados Unidos cerrasen dicho programa y no directamente por motivos ambientales. El proyecto continuó y el avión supersónico Concorde, fruto de la unión de Inglaterra y Francia no provocó un gran efecto sobre la capa de ozono por las pequeñas cantidades de vuelos realizados. FISHER, M., (1993), *La capa de ozono. La tierra en peligro*, op. cit., pp. 8 y 9.

#### 4. LOS CLOROFLUORCARBONOS

Una de las mayores amenazas para disminución de la capa de ozono son los clorofluorcarbonos (CFC's). Sustancia descubierta como de mucha utilidad pero de alta peligrosidad.

Los CFC's empezaron a ser investigados en 1930 por Thomas Midgley Jr., químico de la General Motors, que buscaba una sustancia no tóxica, no inflamable y de bajo coste como refrigerante, para que fuera utilizado en los sistemas de refrigeración.<sup>(6)</sup>

Después de muchos experimentos sobre los CFC's Midgley llegó a la conclusión que había descubierto un producto perfecto: no reactivo, no tóxico, no inflamable y muy barato para su producción a escala industrial. Los CFC's revolucionaron la refrigeración.<sup>(7)</sup>

Los químicos F. Sherwood Rowland y Mario Molina, empezaron a estudiar los efectos de los CFC's en la atmósfera.<sup>(8)</sup> Con base en informaciones intercambiadas en reuniones científicas,<sup>(9)</sup> Rowland quedó intrigado con las conclusiones de que la cantidad de CFC's encontrados en la estratosfera era la misma cantidad de CFC's producidos por las industrias durante el mismo período, y como se encontraban en la estratosfera, estaban seguros que la radiación ultravioleta los destruirían, ya que en la troposfera nada se había conseguido.

---

(6) CHRISTIE, M., (2000), *The ozone layer. A philosophy of science perspective*, op. cit., p. 18.

(7) CHRISTIE, M., (2000), *The ozone layer. A philosophy of science perspective*, op. cit., p. 21.

(8) Antes, en 1970, James Lovelock, un científico independiente, comenzó a estudiar las concentraciones de los CFC en la atmósfera, no por los posibles daños que esos podrían causar a la atmósfera, si no por que había desarrollado una máquina capaz de medir las concentraciones de los CFC en la atmósfera. En 1971 se embarcó en una expedición para la Antártida y llegó a la conclusión que los clorofluorcarbonos estaban acumulándose en la estratosfera. FISHER, M., (1993), *La capa de ozono. La tierra en peligro*, op. cit., p. 12.

(9) En otoño de 1972, Molina había asistido a algunas reuniones de química atmosférica, donde estaban presentes Lester Machta de la Administración Nacional Oceánica y Atmosférica y Lavelock, y habían llegado a dichas conclusiones. FISHER, M., (1993), *La capa de ozono. La tierra en peligro*, op. cit., p. 14.

En los años 70, afectados por los estudios sobre los daños causados por los CFC's a la capa de ozono, la industria productora de los CFC's intentó contestar a los científicos, alegando que las informaciones presentadas no eran 100% seguras y por tanto los consumidores podrían continuar utilizando los productos que contienen dicha sustancia. Paralelamente financiaban proyectos científicos para descubrir el impacto de los CFC's en la capa de ozono.<sup>(10)</sup>

La batalla entre los salvadores de la capa de ozono y las industrias químicas, productoras de los CFC's, estaba declarada, ya que estaba en juego una industria que movía millones de dólares al año y que se veía amenazada por tener que eliminar la producción de su principal producto, los CFC's.

Las discusiones de los efectos de los CFC's se habían concentrado en los Estados Unidos, por tratarse del mayor productor mundial de lo mismo. En mayo de 1975 se produjo el primer acto de sanción legal contra los CFC's. El Gobierno Estatal de Oregón prohibió la venta de esos gases en forma de spray, desde el 1 de marzo de 1977.

Después de muchas investigaciones, experimentos y bajo una gran presión, la Academia Nacional de las Ciencias (NAS), organización patrocinada por el gobierno de los Estados Unidos, publicó un informe en septiembre de 1976 confirmando la peligrosidad de los CFC's a la capa de ozono y que estas sustancias debían ser retiradas del mercado.<sup>(11)</sup>

El 11 de mayo de 1977, la Administración farmacéutica y de alimentación de los Estados Unidos, juntamente con la Comisión de Seguridad de los Productos de Consumo, anuncian una disminución de los CFC's en algunos productos no esenciales, firmando su fin en la fecha del 15 de abril de 1979.

---

(10) La Asociación de fabricantes químicos subvencionó un proyecto de 5 millones de dólares para investigar la peligrosidad de los CFC's. FISHER, M., (1993), *La capa de ozono. La tierra en peligro*, op. cit., p. 21.

(11) El informe de la Academia Nacional de Ciencias (NAS) fue muy criticado por su segunda parte, donde aconsejaba al gobierno a esperar dos años más y profundizar sus estudios sobre el problema antes que tomar alguna decisión restrictiva contra los CFC. FISHER, M., (1993), *La capa de ozono. La tierra en peligro*, op. cit., p. 26.

Atentos a lo que ocurría en los Estados Unidos, países como Canadá y Suecia también anunciaron decisiones de restricción a esos productos. A su vez, países como Francia e Inglaterra prefirieron tener en sus manos informaciones más seguras sobre los efectos de los CFC's en la capa del ozono antes de tomar alguna decisión de restricción a dichas sustancias, que con el pasar de los años y la confirmación de sus efectos también fueran restringidas en esos países.

## 5. EL AGUJERO DE LA ANTÁRTIDA

Paralelamente a las investigaciones sobre los efectos de la destrucción de la capa de ozono a consecuencia de los CFC's, en los Estados Unidos, investigadores de una expedición inglesa a la Antártida, la British Antarctic Survey que, desde 1956, se encontraban en la base de Halley Bay, estaban midiendo la concentración de ozono en esa región.<sup>(12)</sup>

Con las mediciones, los científicos observaban que año tras año la cantidad de ozono en la Antártida disminuía en los meses de primavera. Constatando los bajos valores de ozono medido en los meses de septiembre y octubre, en un primer momento pensaron que era un error de los equipos de medición, pero con los años y los cuidados con los equipos, verificaron que realmente la cantidad de ozono disminuía cada año en esta región.

En mayo de 1985 la revista científica Nature publicó un artículo firmado por tres científicos de la British Antarctic Survey: Joseph Farman, Brian Gardiner y Joseph Shanklin, donde alertaban la comunidad científica de la pérdida de ozono en la Antártida.<sup>(13)</sup>

---

(12) CACHO, J. y SAINZ DE AJA, M<sup>a</sup>. J., (1989), *Antártida. El agujero de ozono*, Sin Ciudad, Tabapress, p. 84.

(13) Curiosamente, en septiembre de 1984 se realizó en el norte de Grecia el Simposio Internacional del Ozono. Y precisamente en esta ocasión un científico japonés Sigeru Chubachi, que estaba desde enero de 1982 en la base japonesa de Syowa, en la Antártida, presentó sus resultados, donde ya señalaba la pérdida del ozono en la Antártida. Pero su trabajo en esa ocasión no fue debidamente apreciado, y la comunidad científica tuvo que esperar hasta la publicación de los resultados de los científicos de la British Antarctic Survey. CACHO, J. y SAINZ DE AJA, M<sup>a</sup>. J., (1989), *Antártida. El agujero de ozono*, op. cit., pp. 82 - 84.

Uno de los episodios sobre el descubrimiento del agujero en la capa de ozono en la Antártida fue el protagonizado por el satélite “Nimbus-7”,<sup>(14)</sup> un satélite de la NASA capacitado con instrumentos para medir la cantidad de ozono en la atmósfera.

Después de la publicación de los resultados por la British Antarctic Survey y de comprobar los resultados obtenidos por otras estaciones de observación del ozono, los responsables del satélite en la *National Aeronautics and Space Administration (NASA)* estaban intrigados por como los instrumentos no habían detectado la disminución de la capa de ozono, no enviando al ordenador central ninguna información sobre los valores medidos.<sup>(15)</sup>

Realizadas las oportunas inspecciones en el satélite y en los ordenadores responsables por procesar tales informaciones, los científicos de la NASA verificaron que los ordenadores contenían un programa que rechazaba los valores máximo y mínimo de la variación natural de ozono, ocasionando una medición incorrecta.

Solucionado el problema el satélite volvió a enviar los datos reales de la concentración del ozono. Al terminar el invierno los valores de concentración de ozono iban cada vez bajando. Y al terminar octubre los valores comenzaban a subir nuevamente, pero cada año esos valores llegaban a medidas cada vez menores.

## **6. ALGUNOS DE LOS EFECTOS PROVOCADOS POR LA DISMINUCIÓN DE LA CAPA DE OZONO**

Una vez descubiertos los efectos de los átomos libres de cloro en la Estratosfera y sus reacciones con el ozono, los científicos empezaron a alertar a las autoridades y a la sociedad sobre los efectos que podrían tener una reducción de la cantidad de ozono en la Estratosfera.

---

(14) El satélite “nimbus-7”, puesto en órbita por la NASA en finales de 1978, pertenece a un programa de estudios para enviar información sobre temas meteorológicos, climáticos, geológicos, oceanográficos, hidrológicos y geográficos. CACHO, J. y SAINZ DE AJA, M<sup>a</sup>. J., (1989), *Antártida. El agujero de ozono*, op. cit., p. 92.

(15) CACHO, J. y SAINZ DE AJA, M<sup>a</sup>. J., (1989), *Antártida. El agujero de ozono*, op. cit., p. 92.

Los efectos de una disminución de la capa de ozono ocasionarían graves enfermedades a la piel y a los ojos, como en los casos de cáncer de piel y cataratas, sin citar las muchas perturbaciones al sistema inmunológico.

El aumento de la radiación solar, principalmente los rayos UV-B, aumentaría en gran cantidad los casos de cáncer de piel, principalmente en las personas de piel blanca, por la facilidad de sufrir ese tipo de enfermedad, debido a la composición de su piel, alertando a la población del uso de sombreros, lociones protectoras y disminución a la exposición a los rayos solares.<sup>(16)</sup>

En el caso de las cataratas el efecto puede ser todavía mayor ya que puede afectar a todas las personas. No obstante las actuales técnicas para las cirugías de cataratas, continúa siendo responsable de gran parte de los problemas de visión causados a la población, principalmente aquellas personas que se encuentran expuestas directamente al sol, como los pescadores. Como se ha dicho anteriormente, el uso de sombreros y gafas de sol ayuda a que disminuya el problema.<sup>(17)</sup>

En los vegetales podría causar daños en el ADN de las plantas, en el crecimiento, en el metabolismo, en la fotosíntesis, por la alta radiación solar recibida, provocando un retraso en su crecimiento, pérdidas de cosechas, y la disminución de la calidad, entre otros efectos.<sup>(18)</sup>

---

(16) LEAF, A., (1995), *Pérdida del ozono estratosférico y consecuencias para la salud del incremento de la radiación ultravioleta*, en: Eric Chivian (ed.), *Situación crítica. Salud humana y medio ambiente*, Barcelona, Flor del Viento, pp. 148 y 149.

(17) LEAF, A., (1995), *Pérdida del ozono estratosférico y consecuencias para la salud del incremento de la radiación ultravioleta*, en: Eric Chivian (ed.), *Situación crítica. Salud humana y medio ambiente*, op. cit., pp. 149 y 150.

(18) SEONAZ CALVO, M., (2002), *Tratado de la contaminación atmosférica*, op. cit., p. 383.

## 7. LA PROTECCIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL DE LA CAPA DE OZONO

Una vez se produjo la alerta, ejecutada por los investigadores M. Molina y S. Rowland, sobre el peligro que los clorofluorocarbonos representaban a la capa de ozono, el PNUMA, actuando de forma activa, estableció un plan de acción para la capa de ozono en 1977, creando un comité de estudio que pudiera investigar sobre el tema.

El grupo estaba formado por científicos, con representantes de 33 Estados y de la Comunidad Europea. El plan de acción para la capa de ozono fue implantado con la ayuda no solo del PNUMA, sino también con el apoyo de instituciones internacionales como la Organización Mundial de Meteorología (OMM) y la Organización Mundial de Salud (OMS).<sup>(19)</sup>

Las negociaciones de la Convención de Viena formalmente empezaron en enero de 1982 con un grupo de trabajo “*ad hoc*” de expertos jurídicos y técnicos que se encargaron de la elaboración de un Convenio marco global para la protección de la capa de ozono. Los Estados participantes consideraban en el momento una propuesta, no apenas de crear una convención global, mas también, desde luego de en el futuro próximo crear un suplemento de Protocolo, que contuviera técnicas elevadas de controles específicos, especialmente para los CFC's.<sup>(20)</sup>

Finalizadas las sesiones de estudios y debates del grupo de trabajo, resultaba patente cada vez, la disminución de la capa de ozono y sus efectos. En esta situación, juristas, científicos y diplomáticos discutían la elaboración de un Convenio marco internacional para el combate a la disminución de la capa de ozono.

Después de la cuarta sesión del Grupo de trabajo se adoptó el borrador de la Convención y el 22 de marzo de 1985, en Viena veinte Estados, así como la Comunidad Económica Europea firmaron el Convenio para la protección de la capa de ozono.<sup>(21)</sup>

---

(19) YOSHIDA, O., (2001), *The International Legal Régime for the Protection of the Stratospheric Ozone Layer*, The Hauge, Kluwer Law International, p. 49.

(20) YOSHIDA, O., (2001), *The International Legal Régime for the Protection of the Stratospheric Ozone Layer*, op. cit., p. 46.

(21) YOSHIDA, O., (2001), *The International Legal Régime for the Protection of the Stratospheric Ozone Layer*, op. cit., p. 55.

El Convenio<sup>(22)</sup> para la protección de la capa de ozono recuerda el compromiso de los Estados en proteger la salud humana y el medio ambiente de los efectos resultantes de una disminución de la capa de ozono, destacando aun las medidas aisladas de algunos Estados para combatir dicho problema, así como la labor de las organizaciones nacionales e internacionales dedicadas a estudiar el tema, haciendo una mención especial al Plan de Mundial de Acción sobre la Capa de Ozono del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente.

El Convenio está formado por veintiuno artículos insertados en veintiuna secciones: definiciones; obligaciones generales; investigaciones y observaciones sistemáticas; cooperación en las esferas jurídicas, científicas y tecnológicas; transmisión de información; conferencia de las partes; secretaría; adopción de protocolos; enmiendas al Convenio o a los protocolos; adopción y enmiendas de anexos; solución de controversias; firma; ratificación, aceptación o aprobación; adhesión; derecho de voto; relación entre el presente Convenio y sus protocolos; entrada en vigor; reservas; retiro; depositario y textos auténticos, presentando al final dos anexos: el primero sobre investigación y observaciones sistemáticas y el segundo sobre el intercambio de informaciones.

Las medidas generales determinadas por el Convenio de Viena no eran suficientes para el combate contra la destrucción de la capa de ozono, necesitaban reglamentos más eficaces para llevar a la práctica las intenciones del Convenio de proteger la capa de ozono.

Pasados algunos períodos de sesiones, por el Grupo de Trabajo, el 16 de septiembre de 1987 en la ciudad de Montreal en Canadá, se firmó el Protocolo de Montreal.<sup>(23)</sup> Entre las medidas adoptadas por el Protocolo de Montreal puede destacarse el control del comercio de las sustancias controladas con los Estados que no sean parte del Protocolo (art. 4); El tratamiento especial a los países en vías de desarrollo y el mecanismo de financiación.

---

(22) Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono (2001), Nairobi, PNUMA.

(23) Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, (2001), Nairobi, PNUMA.

## **8. CONCLUSIÓN**

La disminución de la capa de ozono, así como la lluvia ácida y el cambio climático son fenómenos ambientales que aun están trayendo grandes trastornos para el ser humano y para el medio ambiente.

Mismo con todo lo que se sabe sobre la disminución de la capa de ozono, sus efectos y con la regulación jurídica internacional sobre el tema, el problema no está cerca de terminar.

Los efectos en la tierra deben aun permanecer por algunos años para que la atmósfera recupere el ciclo natural del ozono y mantenga así un equilibrio en el ambiente atmosférico, protegiendo aún más los seres humanos y el medio ambiente.

La comunidad internacional está caminando, cuando el tema es disminución de la capa de ozono, pues prácticamente los CFC's salieron de circulación y las industrias de los países desarrollados están buscando nuevas alternativas para sustituir esos gases que afectan a la capa de ozono.

La población está más consciente y pasa a exigir productos que no contengan sustancias que dañen el medio ambiente, reduciendo el consumo de dichas sustancias.

Todo eso es un paso importante en la búsqueda por frenar la disminución de la capa de ozono, proporcionando al propio ser humano las condiciones de vida adecuadas en la tierra y protegiendo el medio ambiente, buscando un desarrollo sostenible.

## 9. BIBLIOGRAFÍA

- CACHO, J. y SAINZ DE AJA, M<sup>a</sup>. J., (1989), *Antártida. El agujero de ozono*, Sin Ciudad, Tabapress.
- CHRISTIE, M., (2000), *The ozone layer. A philosophy of science perspective*, Cambridge, Cambridge University Press.
- FISHER, M., (1993), *La capa de ozono. La tierra en peligro*, Madrid, Mc. Graw-Hill.
- LEAF, A., (1995), Pérdida del ozono estratosférico y consecuencias para la salud del incremento de la radiación ultravioleta, en: Eric Chivian (ed.), *Situación crítica. Salud humana y medio ambiente*, Barcelona, Flor del Viento.
- O'NEILL, B.C.; LANDIS MACKELLAR, F. y LUTZ W., (2001), *Population and climate change*, Cambridge, Cambridge University Press.
- SEONAZ CALVO, M., (2002), *Tratado de la contaminación atmosférica*, Tratado de la contaminación atmosférica, Madrid, Mundi - Prensa.
- YOSHIDA, O., (2001), *The International Legal Régime for the Protection of the Stratospheric Ozone Layer*, The Hauge, Kluwer Law International.



**CIENCIA POLÍTICA:  
SU ORIGEN Y DESARROLLO EN COSTA RICA**

*Dr. José M. Rodríguez-Zamora*

Director de la Escuela  
de Ciencias Políticas  
Facultad de Ciencias Sociales  
Universidad de Costa Rica

(Recibido 14/04/05; aceptado 05/04/06)

---

(\*) Catedrático de la Universidad de Costa Rica. Ha sido Director de la Escuela de Ciencias Políticas, de la Maestría Centroamericana en Ciencias Políticas y del Doctorado en Gobierno y Políticas Públicas de la misma Universidad.

## **RESUMEN**

El artículo revisa el origen y el desarrollo de la Ciencia Política en Costa Rica. Se refiere a su inicio en 1848 en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Santo Tomás, y luego a la actual Escuela de Ciencias Políticas de la Universidad de Costa Rica. A continuación ofrece varios presupuestos epistemológicos y principios filosóficos que orientaron la ciencia política durante los últimos treinta y cinco años de su desarrollo.

**Palabras clave:** Ciencia Política, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, Escuela de Ciencia Política, Ética Política.

## **ABSTRACT**

This article discusses the origin and development of Political Science in Costa Rica. First, it refers to its origin, in 1848, in the School of Law and the School of Political Science at Universidad de Santo Tomás and then, to the present School of Political Science at Universidad de Costa Rica. Next, this article presents several epistemological assumptions and philosophical principles that guided the development of political science during the last thirty-five years.

**Key words:** Political Science, Universidad de Costa Rica, School of Law, School of Political Science, Political Ethics.

## **SUMARIO**

### Introducción

1. Antecedentes históricos
2. Un ideal con dos dimensiones de la Escuela de Ciencias Políticas
3. Actualidad y futuro de las ciencias políticas
4. Para concluir



## INTRODUCCIÓN

El estudio y la reflexión académica sobre la política se desarrolló en Costa Rica desde el año 1848 hasta el cierre de la Universidad de Santo Tomás. Luego se reinició en el año 1968 en la Universidad de Costa Rica.

Sin duda ha sido un elemento importante en la arquitectura estatal y en la práctica de la democracia. Se puede afirmar que ha incidido en las transformaciones históricas, en el análisis ideológico, y en el desarrollo de los valores y la cultura política. También ha operado como un factor significativo en la compleja estructura de la acción política y la dinámica de los partidos de los grupos y de los actores decisivos. En términos generales se puede aseverar que la ciencia política ha sido tanto un agente que contribuyó a la legitimación del estado, como un crítico acérrimo del mismo y de propio sistema de decisiones políticas. ¿Cuál ha sido el origen de la ciencia política en Costa Rica? ¿Quiénes fueron sus inspiradores? ¿Qué ideales los motivaron? En fin, ¿cuáles fueron sus fundamentos filosóficos?

El presente artículo revisa el origen y el desarrollo de la ciencia política en Costa Rica. A la vez, reflexiona sobre los fundamentos teórico-epistemológicos e ideológico-contextuales de la ciencia política que dieron origen a esta disciplina en nuestro país. Se han consultado las fuentes originales. Asimismo, el autor agradece la valiosa colaboración ofrecida por las siguientes personas, Dr. Walter Antilón, Dr. Alfonso Carro, Dr. Manuel Formoso, Lic. Rodrigo Madrigal. Las opiniones contenidas en este trabajo son de absoluta responsabilidad del autor.<sup>(1)</sup>

### 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La ciencia política es una disciplina con una larga tradición académica en Costa Rica. En efecto, desde 1848 la antigua Universidad de Santo Tomás había iniciado la enseñanza de las Ciencias Políticas gracias a una Reforma de la Facultad de Derecho, que la amplió con una rama en esta disciplina. Desde entonces se llamó, *Facultad de Derecho y de Ciencias Políticas*. La modificación académica que introdujo las ciencias políticas en Costa Rica fue refrendada por el Presidente

---

(1) El presente artículo es una reformulación de la disertación ofrecida en la celebración de los 35 años de la Escuela de Ciencias Políticas el día 14 de agosto del 2003. Agradezco las observaciones y críticas que realizaron varios colegas a la versión anterior de este trabajo.

Dr. José María Castro. Apareció oficialmente en la *Colección de las Leyes, Decretos y Órdenes de Costa Rica* de los años 1849 y 1850. De esta forma, unida a la Facultad de Derecho se desarrolló la ciencia política hasta el cierre de la Universidad de Santo Tomás a fines del siglo XIX.<sup>(2)</sup>

En consonancia con esta tradición jurídico-politológica la actual Escuela de Ciencias Políticas resurgió inspirada en la visión de juristas que también poseían una fuerte formación en ciencia política. En efecto, esta Escuela encuentra su renacer en una ponencia titulada *Los estudios políticos en la Universidad de Costa Rica*, escrito y presentado por el Dr. Alfonso Carro al Segundo Congreso Universitario de la Universidad de Costa Rica en el mes de septiembre de 1966. Esta propuesta se discutió y se aprobó en el marco del Tema III de la Agenda de ese Congreso: *La Universidad en el Sistema Educativo del País*. El Dr. Carro era entonces el Profesor Titular de la Cátedra de Teoría del Estado de la Facultad de Derecho.

En ese documento el autor realizaba una profunda reflexión sobre la situación política de Costa Rica y del mundo, sobre la enseñanza de las ciencias políticas, su historia y evolución, las diversas áreas que la integran, y concluía con una propuesta para establecer una Escuela de Ciencias Políticas en la Universidad de Costa Rica. De acuerdo con el escrito, este centro académico debía propiciar la reflexión, la investigación y la formación de profesionales de alto nivel en esta disciplina. Además, enfatizaba la necesidad de preparar politólogos comprometidos con el estado democrático de derecho, y ciudadanos responsables que busquen, según sus palabras, “una sociedad moderna, justa y eficiente”. Este era un análisis que incluía varios niveles, el universitario, el nacional y el internacional. El trabajo del Dr. Carro, de catorce páginas, seguía las tradiciones inglesa y alemana de la ciencia política.<sup>(4)</sup>

---

(2) *Reglamento Orgánico de Instrucción Pública*. Colección de las Leyes, Decretos y Órdenes expedidos por los Supremos Poderes Legislativo y Ejecutivo de Costa-Rica en los años 1849 y 1850. Tomo XI. Imprenta Nacional, 1851.

(3) Alfonso Carro Z. *Los estudios políticos en la Universidad de Costa Rica*. Ponencia presentada ante el II Congreso Universitario, 28 de agosto - 4 de septiembre de 1966. Universidad de Costa Rica.

(4) Entre los autores más citados se encuentran William Robson, Herman Heller y Francisco Javier Conde.

La propuesta fue acogida con entusiasmo por el entonces Rector de la Universidad, Lic. Carlos Monge Alfaro y por el propio Decano de la Facultad de Derecho, Dr. Carlos José Gutiérrez.

Sobre esta base la Universidad integró una Comisión de prestigiosos académicos. Un documento oficial de dicha Comisión del 17 de julio de 1967 señala que los miembros originales fueron los siguientes: Lic. Walter Antillón, Dr. Alfonso Carro, Lic. Eugenio Fonseca, Dr. Manuel Formoso, Lic. Rodrigo Fournier, Lic. Rodrigo Madrigal Montealegre, Pbro. Benjamín Nuñez y el Lic. Carlos José Gutiérrez, quien fungió como Coordinador.<sup>(5)</sup> Esta Comisión contó con el apoyo del Rector Monge Alfaro, el cual le procuró las facilidades necesarias para su trabajo. Debe notarse que la mayoría de estos académicos tenían una formación jurídica.

Otro documento importante fue elaborado por el Lic. Rodrigo Madrigal, quien entonces era un profesor recién graduado en la Universidad de París, y se tituló *Informe sobre la creación de un Departamento de Ciencias Políticas*. El trabajo del Profesor Madrigal, que tenía diecisiete páginas, efectuaba un detenido recuento de la definición de la ciencia política, sus objetivos, métodos, historia, delimitación de la disciplina, así como de las diversas corrientes teóricas y epistemológicas, y concluía con una lista detallada de las áreas y de los cursos básicos de acuerdo con la recomendación de la UNESCO. También el Profesor Madrigal reflexionaba profundamente sobre la importancia de esta disciplina para la Universidad y la democracia en la sociedad costarricense. En este caso, el autor seguía la tradición de la ciencia política francesa.<sup>(6)</sup>

Ambos documentos, tanto el del Dr. Carro como el del Lic. Madrigal, constituyeron la base del trabajo de la mencionada Comisión. La cual laboró durante varios meses hasta que, a principios del año 1968, entregó un informe titulado *La Escuela de Ciencias Políticas. Estudio sobre su creación*, en el que justificaban la creación de la

---

(5) *Carta de la Comisión de Estudio sobre la Creación de la Escuela de Ciencias Políticas a la Comisión de Planes*, Área de Ciencias Sociales, de la Universidad de Costa Rica, 17 de julio, 1967.

(6) El autor sigue la orientación propuesta por Marcel Prélot y Maurice Duverger; aunque también menciona a Manuel Jiménez de Parga y a Bertrand Russell.

Escuela de Ciencias Políticas; además, proponían un detallado programa curricular y sugerían soluciones a los aspectos administrativos para el funcionamiento de la unidad. Adjunto a dicho informe se incluían los dos trabajos originales antes mencionados.<sup>(7)</sup> En este Documento la Comisión destacaba la importancia de las ciencias políticas, y realizaba consideraciones sobre la naturaleza e historia de la disciplina, su rigor metodológico y seriedad académica y científica. Además de la influencia de las tradiciones europeas mencionadas anteriormente, el trabajo muestra elementos característicos de la ciencia política norteamericana.

Junto a las observaciones teóricas, epistemológicas y administrativas, los autores expusieron con cierto detalle el significado político-valorativo de misma también en tres niveles, el de la universidad, el país y el área centroamericana. Sus palabras resuenan hoy con la misma clarividencia que en aquella ocasión:

“En un mundo como el presente, en el cual la tensión ideológica es muy grande y la idea misma del régimen democrático es objeto de tantas críticas, es indispensable que como parte de la defensa de nuestras instituciones, se efectúe una tarea de investigación y de enseñanza sobre la vida política costarricense. Ella debe servir de catalizador sobre las tesis sostenidas por las distintas agrupaciones, comprender el trasfondo histórico del desarrollo del país y actuar como crítica objetiva sobre los defectos de nuestro régimen institucional para su mejoramiento.” (Pág. 2)

Luego la Comisión reflexionaba sobre su importancia para Centro América y concluía afirmando:

“Por las razones dichas, creemos que la Escuela de Ciencias Políticas habrá de constituir una valiosa contribución para: a) la universidad; b) el país; c) el área centroamericana.” (Pág. 3)

---

(7) Lic. Walter Antillón M. et alt. *La Escuela de Ciencias Políticas. Estudio sobre su creación*. Universidad de Costa Rica, 1969. A los miembros de esa Comisión se les suele llamar “Los Padres Fundadores”, y ese Documento es conocido como “*La Carta Fundacional de la Escuela de Ciencias Políticas*.”

Consecuentemente, esta Unidad inicia sus lecciones en Agosto de 1968 bajo la Dirección del Dr. Alfonso Carro. Su régimen administrativo era el correspondiente a una Escuela Anexa a la Facultad de Derecho, aunque tenía funciones académicas y administrativas independientes. Bajo la dirección del Dr. Carro se implementó el primer programa curricular y se consolidó el primer cuerpo docente.<sup>(8)</sup> Al Dr. Carro lo sucede en la Dirección el Dr. Samuel Stone, quien promovió un proceso de actualización curricular; proceso que incluyó cursos de sociología, economía internacional y de administración pública; también fortaleció el intercambio académico con varios centros de ciencia política los Estados Unidos y de Europa. Ambos directores le dieron a la Escuela una fisonomía propia guiada por la búsqueda de la excelencia académica, la seriedad científica, el respeto a la democracia y la tolerancia de los diversos puntos de vista. En corto tiempo y como resultado de estos esfuerzos la Escuela había logrado adquirir un perfil característico y un lugar desatacadado dentro de la comunidad académica nacional e internacional.

En la década del setenta, como consecuencia del Tercer Congreso Universitario, la Escuela de Ciencias Políticas pasó a formar parte de la recién creada Facultad de Ciencias Sociales.<sup>(9)</sup> El Decano de la misma, el Dr. Manuel Formoso, profesor fundador de la Escuela, desarrolló aún más estos valores y apoyó fuertemente su crecimiento institucional.

En ese momento ya tenía un sólido cuerpo de profesores y un programa curricular original; aunque tomaba elementos de la ciencia política europea, particularmente francesa, inglesa y alemana, así como de la norteamericana, los había adaptado a las condiciones y necesidades de nuestro país y de nuestra región. Recuérdese que la mayoría

---

(8) En esta primera etapa el cuerpo de profesores de la Escuela de Ciencias Políticas en gran parte estuvo integrado por profesores de la Facultad de Derecho o formados en esa Facultad. Sin embargo, varios de ellos habían realizado estudios de ciencias política o disciplinas afines.

(9) Es interesante notar que no todos los profesores y estudiantes estuvieron de acuerdo con este paso. En realidad, un grupo considerable prefería continuar formando parte de la Facultad de Derecho, su lugar de origen y con la cual guardaba una afinidad teórica y funcional. Asimismo, varias disciplinas sociales tampoco fueron integradas a esa Facultad de Ciencias Sociales, tal como ocurrió con Economía o Administración Pública.

de los profesores y profesoras de la Escuela habían sido formados en universidades europeas y norteamericanas.<sup>(10)</sup>

Por otra parte, es importante recordar el contexto en el cual nace la Escuela. Es una época de grandes convulsiones políticas e ideológicas a nivel mundial. Centroamérica no fue una excepción. Por eso no sorprende que haya crecido con una visión muy crítica y analítica de los procesos políticos, junto con una vocación centro y latinoamericanista. Ello se manifestó en la cantidad de estudiantes y profesores de los países americanos que vinieron durante las primeras décadas a estudiar a esta Escuela; así como en los numerosos encuentros, actividades e intercambios académicos y estudiantiles que hubo y que aún se mantienen; incluida una cercana colaboración de México.

En la actualidad la Escuela ha crecido y se ha consolidado como una comunidad académica y profesional. Cuenta con un número significativo de graduados. Aunque este camino no siempre fue fácil, ostenta ahora un lugar firme en el conjunto de unidades académicas nacionales e internacionales. Ha sido, con palabras del Profesor Rodrigo Madrigal, “una cantera de estadistas” al servicio de la democracia en nuestro país, de la política regional y universal. Las diversas reformas curriculares, el avance en los programas, el desarrollo de métodos pedagógicos, la firma de nuevos convenios, y el intercambio universitario frecuente, incluido el Primer Congreso Centroamericano en el año 2003, entre otros, constituyen un valioso acto de renovación y actualización constante de un compromiso con aquellos ideales para responder a las demandas de cada circunstancia y de cada momento

---

(10) También en esa época se realizaron visitas e intercambios de numerosos académicos de países europeos y de los Estados Unidos y de México. Entre ellas, en varias ocasiones, la del Dr. Wolfgang Hirsh-Weber, Director del Centro de Estudios Políticos de la Universidad de Mannheim, especialista en partidos políticos; y de la primera politóloga en Costa Rica, la Dra. Renate Rausch, también alemana, quien diseñó e impartió los cursos de metodología e investigación durante varios semestres. De igual importancia fue el apoyo del Dr. Francois Borricaud, Director la Facultad de Sociología Política de la Universidad de París; así como del Dr. John Wells y de numerosos profesores norteamericanos de las Universidades de California, Pittsburg, Kansas y Nueva York, entre otras. La ayuda de las universidades norteamericanas y europeas propició la firma de varios convenios de colaboración. Este soporte ha sido invaluable para la ciencia política académica.

histórico.<sup>(11)</sup> Los graduados en ciencia política presentan la menor tasa de desempleo comparada con otros profesionales de las ciencias sociales y las disciplinas humanísticas, y muestran un alto grado de satisfacción académica y laboral; esto constituye otra prueba de que el camino seguido ha sido el correcto.<sup>(12)</sup> Las enseñanzas recibidas les permiten a los graduados insertarse en el mercado laboral, tanto en instituciones públicas como privadas, nacionales e internacionales, en labores propias de la ciencia política. Se confirma que estas instituciones contratan cada día a más politólogos para el desempeño de tareas de asesoría, gestión, análisis, investigación, promoción, y enseñanza, entre otras.

La ciencia Política en Costa Rica ha crecido y se ha desarrollado continuamente. Y siguiendo el aforismo bíblico que manda crecer y multiplicarse ha dado origen a diversas unidades académicas. En el año 1999 un grupo de profesores integrado por la Dra. Cristina Eguizabal, el Dr. Nelson Gutiérrez, el M. Sc. Luis Guillermo Solís, entre otros, bajo la dirección del Dr. José Miguel Rodríguez, creó la Maestría en Ciencias Políticas; y luego, en el año 1992, bajo la misma dirección y en conjunto con el Dr. Daniel Masís y varios profesores y funcionarios, el Doctorado en Gobierno y Políticas Públicas, en colaboración con la Escuela de Administración Pública de la UCR, y el Instituto de Altos Estudios de París. En esa misma época la Escuela le propuso al Consejo Universitario

---

(11) Ciertamente, la historia de la Escuela y de esta disciplina en Costa Rica todavía está por escribirse. A lo largo de estos treinta y cinco años muchos profesores y profesoras, nacionales y extranjeros, han dejado su impronta en la ciencia política. También numerosos estudiantes y funcionarios son recordados por su colaboración en el progreso de la Unidad Académica. Sin duda alguna, en esa historia tienen un lugar destacado los Profesores Dr. Alfonso Carro, Dr. Manuel Formoso, Lic. Rodrigo Madrigal, y Dr. Samuel Stone. Con su espíritu visionario, su esfuerzo como directores académicos, su trabajo de muchos años como docentes, sus numerosos escritos e investigaciones, incluso algunos con su ejemplo en el desempeño de importantes cargos en la función pública, han moldeado generaciones de politólogos.

(12) Sobre el mercado de trabajo del politólogo se han realizado varios estudios. Uno de los primeros fue hecho por el Consejo Nacional de Rectores en el año 1986. Cf. Consejo Nacional de Rectores. Oficina de planificación de la Educación Superior. (OPES). *Estudio exploratorio del mercado de trabajo en el campo de las ciencias políticas*. Publicaciones de la OPES, Octubre, 1986.

la instauración del Premio Rodrigo Facio; propuesta que fue acogida. Este galardón se ha venido otorgando desde entonces a ciudadanos ilustres. Todo ello era el fruto de un esfuerzo perseverante de profesores, estudiantes y funcionarios universitarios.

En la actualidad esta formación se ha ampliado con el estudio de las políticas públicas de gestión sobre el medio ambiente y el entorno ecológico, así como de políticas de salud, y educación, y del nuevo orden –o desorden– internacional, entre otras. Con el estudio de métodos más actuales como teoría de juegos, sistemas de complejidad, investigación de operaciones y análisis cualitativo y cuantitativo de la decisión política. Y, consecuente con la tradición que le dio origen, la Escuela ha prestado una particular atención a la formación de una profunda conciencia amante de la democracia y la justicia social, defensora de los derechos humanos y gestores de la participación ciudadana y de la paz. Y ello en los niveles clásicos: el local, el nacional y el regional e internacional.

¿Cuáles han sido los presupuestos epistemológicos y los fundamentos filosóficos de la Ciencia Política en Costa Rica? No es del todo fácil decirlo. Sin embargo, a continuación se tratará de dilucidar sus líneas fundamentales.

## **2. UN IDEAL CON DOS DIMENSIONES DE LA ESCUELA DE CIENCIAS POLÍTICAS**

Veamos brevemente cuál fue el ideal de las ciencias políticas que impulsó a aquellos pioneros y su progresiva consolidación.<sup>(13)</sup>

Como nos recuerda el filósofo Kant, toda disciplina responde de sí misma; pero también responde de ciertos ideales humanos. Aceptando este supuesto, la politología o ciencia política, deberá dar cuenta del fenómeno que le ha correspondido estudiar; es decir, de esta parcela de la realidad, lo político o la política, vista bajo el cristal del objetivo y de los métodos de la ciencia, siempre buscando la verdad. A la ciencia política, debido a su objeto, el poder y la decisión sobre el poder y sus efectos, le concierne responder por ciertos valores, tales como la

---

(13) A continuación se ofrecerán varias líneas teóricas para una mejor comprensión de los fundamentos teóricos y de los objetivos que ha perseguido la ciencia política desde sus orígenes.

justicia, la libertad, la paz. De ahí surge la importancia el ideal que ha guiado la formación de los estudiantes, a saber, la de una actitud regida por la negociación y la resolución pacífica de los conflictos; de la búsqueda de la paz, de la libre discusión de las diversas opiniones y del desarrollo de modelos de participación ciudadana; politólogos que contribuyan con la justicia social y el estado de derecho sin ningún tipo de discriminación.

Se puede decir que se encuentran dos líneas o dimensiones fundamentales. Por un lado, la del rigor científico, precisión epistemológica, seriedad y honestidad investigativa y docente; y, por el otro, la del compromiso con la democracia, el estado de derecho, la justicia social, la tolerancia, la libre discusión de las ideas, el respeto a los derechos humanos, la negociación pacífica de los conflictos y la búsqueda de la paz. La primera dimensión es la docente-investigativa, mientras que la segunda es profesional-valorativa o ética. Sus límites no podría ser excluyentes, todo lo contrario, se entrecruzan de forma continua.<sup>(14)</sup>

En realidad estos para precisa estos ideales se puede decir que uno de ellos es el que corresponde al rigor científico; es decir, a la necesaria invocación de los métodos y objetivos de la ciencia con la construcción formal de modelos explicativos y la precisa interpretación de los datos como hechos relacionales de elementos cuantitativos y cualitativos. Una ciencia, en fin, que busque la precisión requerida, el nivel lógico, semántico, metodológico y epistemológico. Y que supere todo tipo de discurso impresionista y subjetivo, así como las hipótesis insustanciales y narrativas fruto más bien de la exaltación personal, pero carentes de seriedad. Un politólogo competente para examinar los datos que le ofrece la realidad política con analiticidad crítica. Un politólogo, en fin, capaz de ejercer siempre una conciencia severa sobre sí mismo y una autocrítica sobre su trabajo intelectual.

---

(14) Como el lector ha comprendido, no se trata de hacer una filosofía de la ciencia política o una metapolitología. Una visión de conjunto en J.C. Smith. *Los supuestos de la ciencia política. Una introducción a la problemática científica de la política*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990. También de José M. Rodríguez-Zamora. Interpretación, lenguaje y teoría política. *Revista de Ciencias Sociales*, N° 70, Dic., 1995. También del mismo autor. El conocimiento de la política: Presupuestos y Métodos. *Revista de Ciencias Sociales*, N° 72, 1996.

Pero, por otro lado, también la ciencia política se eleva sobre el compromiso con las necesidades de la comunidad centroamericana, la llamada *Patria Grande*. Con esta inclusión de lo político-ideológico no se pretende, en modo alguno, ni dogmatizar ni trivializar el conocimiento científico.<sup>(15)</sup> Más bien se proponía ubicarlo, o elevarlo, a su justa dimensión: la que responde al porqué de la disciplina y a su obligación de indicar el sentido humano de la política, la formación de los científicos políticos con el compromiso con la causa común de la liberación y de la democracia, del respeto a la institucionalidad jurídica, de la defensa de los derechos humanos y de la participación ciudadana en nuestros países centroamericanos. Para ser más puntual, se diría que se trata de hacer confluir sobre el mismo cauce el río de la razón crítica con el río la razón instrumental. Razón crítica que pone en cuestión su propia reflexión politológica y razón instrumental que ofrece las herramientas para el análisis de la realidad. Precisemos mejor estos conceptos.

Conviene recordar, como decía Max Weber en su obra *La política como profesión y la ciencia como profesión*, que la acción del científico es esencialmente distinta a la que realiza el político.<sup>(16)</sup> Pues la búsqueda del conocimiento podría estar empañada con las pasiones políticas. Sin embargo, llevada esta consideración al extremo metodológico, cosa que ni el mismo Weber hizo, esta postura conduciría al estancamiento cognoscitivo y a la esterilidad heurística. Más bien, cabría pensar que una ciencia política inspirada en un compromiso con la democracia y con los valores antes mencionados, no es, en modo alguno, un contrasentido. Es un complemento, una guía y una meta de ese conocimiento. Pues, es sabido que el ideal de la objetividad pura y aséptica, es sólo eso, un ideal programático a perseguir, pero no una realidad metodológica. De ahí que la formación que desarrollamos en nuestra Escuela determine mejor la relación con la ciencia rigurosa y formal, la hermenéutica explicativa, así como la función valorativa de la conciencia política. En consecuencia, de la enseñanza weberiana se podría concluir que la acción política es incompatible con la acción científica. Ciertamente, una cosa es el político y otra el científico; sin embargo, la reflexión académica de la política requiere siempre de una estimación

---

(15) Sobre el papel desempeñado por la ciencia política se puede consultar la obra colectiva siguiente: James Farr, John S. Dryzek, Stephen T. Leonard (Eds.). *La ciencia política en la historia*. Madrid, Istmo, 1999.

(16) Max Weber. *El político y el científico*. Madrid, Alianza Editorial, 1986.

axiológica. Esta concepción de la ciencia, como es evidente, no excluye otros parámetros epistemológicos susceptibles de surgir como medios tanto de comprensión como de explicación científica.

En general, esta visión integradora de lo metodológico, lo epistemológico y lo valorativo encuentra su desarrollo natural en el recinto universitario. Ámbito que se caracteriza por la libre discusión del espíritu humano. Porque, precisamente, estas ideas del libre pensamiento y del rigor científico, y del compromiso moral, en la política, fue un eje inspirador de la ciencia política en las aulas universitarias.

Enseñanza que también legaron los viejos y perennes maestros de la filosofía política, Platón, Aristóteles y Santo Tomás, de Kant, Hegel y Marx; y así lo hemos visto en pensadores más recientes como Hanna Arendt, Bobbio, Held, Habermas, o Rawls, o incluso en forma propositiva en el modelo sistémico de Luhmann.<sup>(17)</sup> De ellos también se aprende que la política, su práctica y su estudio es una de las ocupaciones más nobles e importantes del espíritu humano. Que de ninguna manera se puede dejar corromper. Por este motivo, y a diferencia de lo que afirman algunos teóricos de la ciencia política, no se ha considerado sobrepasado el momento axiológico de la reflexión politológica. No sólo de la reflexión sobre la acción política, esto es evidente; sino, además, sobre la cuestión que involucra el quehacer de la politología entendida como ciencia en sentido estricto.<sup>(18)</sup>

Por otra parte, el origen y el desarrollo de la politología en Costa Rica supuso un intercambio fructífero con otras disciplinas. Como es evidente, por los motivos anteriormente señalados, ha existido una profunda relación con el derecho; también con la economía, la sociología, la administración pública y la filosofía. Sobre este punto conviene recordar la opinión expresada por Josep Vallés,

“...es importante recordar que el reconocimiento de la ciencia política como disciplina no significa ignorar los vínculos que mantiene con las demás

---

(17) N. Luhmann. *Dies Politik der Gesellschaft*. Francfort del Meno, Suhrkamp, 2000.

(18) Cf. José M. Rodríguez-Zamora. Origen y naturaleza de la teoría política. *Revista de Ciencias Jurídicas*. Universidad de Costa Rica. Colegio de Abogados, N° 82, 1995.

ciencias sociales. (...) Los grandes científicos sociales de los dos últimos siglos pueden ser reivindicados por más de una disciplina: Tocqueville, Marx, Durkheim, Weber, Schumpeter, Bobbio, Dahl, Giddens... todos ellos han desarrollado su exploración de la sociedad, sin detenerse en fronteras institucionales que pueden separar la sociología de la ciencia política o la economía del derecho.”<sup>(19)</sup>

Este proceso de intercambio multi y pluridisciplinario ha supuesto un valioso reto epistemológico para la disciplina, pues la obligó a definir sus objetivos, sus límites, sus métodos, y en consecuencia, sus campos de aplicación profesional y laboral.

Avanzando un concepto más, puede decirse con certeza, que la ciencia política es la autoconciencia del sistema político.<sup>(20)</sup> Es la autoconciencia del sistema político porque ella permite y exige una reflexión sobre el quehacer, la dinámica y las consecuencias tanto de los procesos como de las instituciones políticas dentro del contexto de la investigación científica. De ahí que sólo puede surgir en un sistema cuya madures genere un régimen democrático. Ciertamente, la verdad se opone a la ideología y lo imaginario social suele ser cómplice de la dominación. Por eso, también la ciencia política es una ciencia incómoda, e incluso, en ocasiones hasta subversiva para los regímenes dictatoriales y autoritarios. En este punto se comprende la importancia de la relación del derecho para la ciencia política y de ésta para el sistema jurídico. Razón por la cual no sorprende que la ciencia política haya surgido cercana a las facultades de derecho.<sup>(21)</sup>

---

(19) Joseph M. Vallés. *Ciencia política. Una introducción*. Barcelona, Ariel, 2002. Pág. 64.

(20) El uso del concepto de sistema en ciencia política es frecuente. El lector podrá recordar los trabajos pioneros de David Easton. Sin embargo, la noción de sistema que subyace a este trabajo es más cercana a la propuesta por N. Luhmann en la cual la política es un sistema en interacción continua con otros subsistemas sociales. Cf. N. Luhmann. *Op. cit.* También del mismo autor, *Poder*. Universidad Iberoamericana, Ánthropos, Barcelona, 1995.

(21) El estado democrático de derecho supone una formulación de las instancias de decisión en relación con la participación. Este proceso

En otras palabras, es que se remite la cuestión ontológica sobre la naturaleza de la ciencia política, y la epistemológica sobre el objeto y el método del conocimiento politológico a un principio valorativo sobre la pertinencia del conocimiento científico.

Cuando el politólogo Nevil Johnson se expresa sobre los límites de la ciencia política, esta afirmación, puede tener dos sentidos.<sup>(22)</sup> Por un lado, el límite puede ser comprendido como una barrera insuperable del conocimiento politológico. Este sería un sentido restringido, necesario para determinar el ámbito de la disciplina, pero insuficiente. La otra concepción del límite se refiere más bien al desarrollo del objeto político; entonces el límite deviene en una oportunidad de conocimiento y de crecimiento. En este otro sentido, el límite significa un replanteamiento de las posibilidades de la disciplina en el contexto de cada momento histórico. Como es evidente, toda disciplina enuncia su época. También expresa, aunque con frecuencia algunos no se den cuenta de ello, la visión, los intereses y las limitaciones, –es decir, el límite–, del propio politólogo. Con ello se quiere decir que no existe una ciencia neutral, ni tampoco existe ninguna epistemología inocente. Todas remiten a su contexto, a sus intereses, sus prejuicios, y a sus ideales.

Ambas dimensiones, la diacrónica de la axiología y la sincrónica de la ciencia se convierten en los ejes de una reflexión en la cual, nuestra disciplina emerge como un criterio tanto de verificación como de falsación simultáneos. Quizás sea este el destino de la ciencia política en esta región centroamericana. Pues ella, reunida y diversificada en varias dimensiones no sólo atañe a la investigación de los procesos políticos, de los conflictos, sino también a la construcción de lo posible, de la sociedad justa.

De esta forma el mundo del ser y del deber ser se distancian en el acto de la investigación. Pero no se escinden en el sujeto cognoscente. El *zoon politikon* aristotélico no es sino el hombre y la mujer

---

implica una interacción del sistema jurídico con el sistema político, tanto que puede ser considerado como un sistema jurídico-político en relación dinámica y continua. Cf. Jürgen Habermas. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría de discurso*. Madrid, Trotta, 1998. También las reflexiones, ya clásicas de Ernst W. Böckenförde. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid, Trotta, 2000.

(22) Nevil Jonson. *Los límites de la ciencia política*. Madrid, Tecnos, 1991.

como actores; pero, además, es también el hombre y la mujer como pensadores y constructores de conocimiento. Este saber y hacer son las dos caras de la misma moneda: la del actor que es a la vez interprete de su propia situación. Hermenéutica que supone, desde su radical origen, la fusión del ser y del conocer. Pues de otra manera la ciencia política, desligada de su eticidad, se convertiría en una ontología reificadora de la ausencia de la historia. Y, por otro lado, una ética pública fuera de la expresión de la politología y, en general de las ciencias sociales, reforzaría lo particular de una tradición desprendida de la realidad inmediata. Situación proclive a la corrupción y a la dictadura. Por ello el *amor intelectualis*, propio de la ciencia, es también un *pathos* sobre la realidad que nos habla con la palabra privilegiada de la historia.

### 3. ACTUALIDAD Y FUTURO DE LAS CIENCIAS POLÍTICAS

Este fue el reto con el cual se enfrentó la Escuela en sus inicios hace ya treinta y cinco años y que recogía el ideal de 1848. Este ha sido el mismo ideal que ha guiado el trabajo académico, científico, investigativo y pedagógico de los profesores en estas décadas. ¿Qué se puede decir de la actualidad y del futuro?

En un mundo de cambios profundos, donde se produce la sustitución acelerada de modelos de percepción y la instauración de nuevos valores o antivalores, con a veces insuperables presiones políticas y financieras, personales y políticas, la dificultad de vivir sólo de un trabajo, el continuo estrés personal, las angustiosas obligaciones internacionales, la erosión de la soberanía, la pérdida de la confianza en nuestras instituciones, incluidas las académicas.<sup>(23)</sup> Por si esto fuera poco, también tenemos los cambios demográficos, los flujos migratorios, los nuevos estilos de vida familiar, la integración de nuevos sectores en la toma de decisiones, un mundo interconectado por

---

(23) Sobre estos temas se ha escrito una ingente cantidad de textos. Sobre el tema de la globalización el lector podrá consultar con provecho la obra siguiente, de Michael Hardt y Antonio Negri, *Imperio*. Buenos Aires, Paidós, 2002. También de David Held y Anthony McGrew, *Globalización/antiglobalización. Sobre la reconstrucción del orden mundial*. Barcelona, Paidós, 2003. La crisis de la soberanía está analizada en el libro de Stephen D. Krasner, *Soberanía, hipocresía organizada*. Barcelona, Paidós, Ibérica, 2001.

extraordinarios medios de comunicación mundial, la vuelta de las enfermedades infecciosas que creíamos desaparecidas, el creciente aumento de la pobreza, la falta de vivienda, el crimen y la delincuencia, el consumo de drogas y el narcotráfico; son sólo algunos ejemplos de las dificultades presentes en la hora actual de nuestro mundo parcial e interesadamente globalizado. Esta no es sino una parte del conocido catálogo de calamidades contemporáneas.<sup>(24)</sup>

Ante este panorama, no es raro que algunos sientan nostalgia por los así llamados “buenos tiempos”; y otros, inconformes con la democracia porque no les ha solucionado los problemas, ni ha cumplido con las promesas ofrecidas, generando inseguridad e insatisfacción, apoyen el surgimiento de nuevos extremismos políticos y que proclamen una vuelta al autoritarismo. La democracia es un sistema caro; más que costoso, es un sistema que requiere de estabilidad económica. Pero, además, es un sistema que exige una gran conciencia de participación política y de compromiso personal; pues la democracia no es sólo la estructura formal, por más importante y necesaria que esta sea. La democracia es, esencialmente, una forma de vida. En este punto se encuentra una tarea ineludible de la ciencia política en la hora actual: la de crear y fortalecer esta conciencia democrática y participativa, a la par de una sociedad justa para todos. Y de ofrecer una educación integral de acuerdo con el aforismo de Rousseau: “Primero formar al hombre y luego al profesional”.

Pero, además, en este momento se pone de relieve otro de sus significados. En efecto, se constata que la ciencia política ha adquirido un realce tanto nacional, regional, como internacional. Cuando se escucha o se leen las opiniones y los informes preparados por profesionales en otras disciplinas, tales como la economía, la sociología o

---

(24) Pues las preguntas importantes no son sólo ¿Qué es ciencia política? ¿Cuál es el mejor modelo epistemológico? ¿Cuál es el método más adecuado para la investigación empírica? Existe otra pregunta más básica y elemental que surge, precisamente de nuestra realidad y es la siguiente: ¿para qué la ciencia política? O parafraseando al poeta Hölderlin, ¿Para qué ciencia política en tiempos de penuria? Pregunta incómoda, difícil, pero que podría encontrar una respuesta en un sentido más optimista en otro poeta, esta vez centroamericano, Ernesto Cardenal:

“No he venido a hacer la guerra en la tierra, sino a cortar flores. (...) yo corto las flores de la amistad, flores de amor, ¡Dictadores!”

el derecho, se vuelve patente la necesidad de que la ciencia política ofrezca un punto de vista propio, una voz singular, más integradora, quizás más profunda, y directamente relacionada con la dinámica de los centros de poder, sus efectos y consecuencias. Como recuerda Dussel.

“La mayoría de la humanidad conserva, reorganiza (renovando e incluyendo elementos de la globalidad) y desarrolla creativamente culturas en su horizonte cotidiano e ilustrado, profundiza el “sentido común” valorativo de la existencia real y concreta de cada participante en dichas culturas, ante el proceso de globalización excluyente, que por excluyente “empuja” sin advertirlo hacia una “Trans” modernidad. ¡Es el retorno a la conciencia de las grandes mayorías de la humanidad de su inconsciente histórico excluido!”<sup>(25)</sup>

No sólo debe, sino que puede ayudar a vislumbrar una solución. Eso no implica que la politología tenga la llave mágica para la política ni para el cambio social. Más bien, es el reconocimiento de la limitación, y de la complejidad. Como se ha señalado en la teoría política, precisamente el conocer la complejidad de los procesos políticos y sociales es ya un gran paso hacia su solución. Sabiendo que no hay respuestas fáciles, no hay dogmas ni subterfugios políticos. Esta sería la valiosa instrucción que ofrece la ciencia política.

#### 4. PARA CONCLUIR

Sobre la política se pueden tener las opiniones más diversas. Opiniones que oscilan desde el extremo de ser considerada, de acuerdo con Platón y Aristóteles, como la actividad más noble y digna que un ser humano puede desempeñar; o por el contrario, como la más denigrante y corrupta de las acciones humanas. Lo que sí es indudable es la importancia de la actividad política. Ningún ser humano escapa de ella. Por eso se puede suscribir el aforismo de que “todo es político”, aunque, por otra parte, “la política no lo es todo”. Ciertamente, todo ser humano es un *zoon politikon*. Una Ciencia Política comprometida con

---

(25) Enrique Dussel. *Hacia una filosofía política crítica*. Bilbao, Desclée de Brouwer, 2001. Pág. 407.

la Paz, la negociación diplomática y los organismos jurídicos internacionales; que forme politólogos amantes de la paz en nuestro país, en la región centroamericana y en toda política internacional.

Pensado en estas cosas esta Escuela ha tratado de seguir con atención los cambios históricos. Esto ha implicado una revisión continua y muy laboriosa de sí misma. Como el sol de Heráclito, la Escuela “se renueva cada día”. Con una especie, valga la expresión, de “reestructuración cognitiva”. Pero, eso sí, reclama siempre con conciencia universitaria, la libertad de la enseñanza y de la investigación de cara a la búsqueda de la verdad. Tal como dice el escudo universitario: *Lucem Aspicio*, es decir, buscar siempre la luz.

Como conclusión conviene citar un valioso texto del que quizás sea el primer libro de ciencia política escrito por un latinoamericano. En efecto, José Victorino Lastarria, académico y diplomático chileno publicó en París en el año 1891 su obra *Lecciones de política positiva*, en la cual dice:

“Las naciones que más necesitan de la ciencia política son las que más la desdeñan (...). Lo sabemos. Pero el labrador sabe que su simiente será largo tiempo esterilizada por la nieve, y sin embargo la arroja al suelo con la esperanza de verla germinar robusta. Arrojemos, como él, ideas, aunque sea a riesgo de que no fructifiquen en el hielo cristalizado del error, que ellas tal vez prendan en la generación que se levanta, la cual no es hielo, sino fuego que vivifica y regenera.”<sup>(26)</sup>

---

(26) José V. Lastarria. *Lecciones de política positiva*. París, Librería de Ch. Bouret, 1981. Pág. 452.



**ÉTICA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO EN KANT  
Y SU INFLUENCIA EN LA DECLARACIÓN UNIVERSAL  
DE LOS DERECHOS HUMANOS**

*Prof. Víctor Alvarado Dávila*

(Recibido 14/02/05; aceptado 05/04/06)

---

(\*) Magister Philosophiae. Profesor de Ética en la Escuela de Filosofía de la Universidad Nacional. Profesor de Humanidades en la Escuela de Estudios Generales de la Universidad de Costa Rica.

## RESUMEN

Lo que nos proponemos en este trabajo es indagar cómo realiza Kant el salto de la Ética al Derecho. En segundo término, resaltar lo que aquí llamamos *La revolución ética Kantiana*, revolución que nos conlleva a la instauración ideal del Derecho Cosmopolita, en vía a su único y último fin: La Paz Perpetua. Y por último, intentaremos demostrar la influencia de los ideales y principios éticos kantianos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

**Palabras clave:** Ética, paz, Derechos Humanos, filosofía del derecho, moral.

## ABSTRACT

First, the purpose of this analysis is to inquire how Kant moves from Ethics to Law. Second, we intend to highlight what we have called here *Kant's Ethical Revolution*; this is a revolution that leads us to the ideal establishment of the Cosmopolitan Right, as a way to its ultimate end: Perpetual Peace. Finally, we will try to show the influence of Kant's ethical principles and ideals on the Universal Declaration of Human Rights.

**Key words:** Ethics, peace, Human Rights, Philosophy of Law, moral philosophy.

## **SUMARIO**

### Introducción

1. Resumen
2. Introducción
3. La Ciencia de las Leyes de la libertad
4. Teoría Universal de los Deberes
5. Teoría del Derecho
6. El Derecho Innato y el Derecho Adquirido
7. Ciencia de la Voluntad Moral y la Comunidad Moral
8. Del Derecho Cosmopolita y la Paz Perpetua
9. Kant Versus Kant
10. La influencia de los ideales y principios éticos kantianos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos

### Bibliografía



## 1. INTRODUCCIÓN

La labor que emprende Kant para elaborar la Teoría del Derecho, parece haber sido estimulada por la Revolución Francesa, en donde –según Emile Brehier– Kant percibió cierta tendencia moral en el hombre, a darse su Derecho de implantar la constitución política que considerara mejor; así como el deber de elegir una constitución política que no admitiera una constitución republicana.<sup>(1)</sup> Por su parte, Nicolás Abbagnano, nos induce a pensar lo contrario, ya que según él, “Kant condena la Revolución Inglesa y la Francesa” porque “procesaron y ejecutaron a sus soberanos”.<sup>(2)</sup> Con ello Kant niega legitimidad de la rebelión del pueblo, contra el soberano legítimo. Ahora bien, ¿cómo hemos de entender “el derecho de resistencia del individuo contra el Estado” que Brehier atribuye a Kant, cuando éste nos habla del Estado, como órgano del Derecho? Lo importante es el papel preponderante que Kant cumple en la Historia de la Filosofía y la Filosofía del Derecho con su exhaustiva Teoría del Derecho. Empecemos ahora con lo que el gran filósofo entiende por “el concepto del Derecho” y dejemos de un lado las posibles influencias que ayudaron a la consolidación de sus teorías.

## 2. LA CIENCIA DE LAS LEYES DE LA LIBERTAD

Para poder definir el concepto de Derecho, Kant emplea el término “ético” en dos sentidos: uno estricto y otro amplio. Y esto se ve cuando considera el **Derecho** como “*Ciencia de las Leyes Morales*”, que él divide en jurídicas y éticas.

Kant considera a la **Ética** como “*la ciencia de las leyes de la libertad*” en donde su legalidad es válida también para la teoría del

---

(1) Lo que no me deja sin sospechas, pues en otras partes pareciera estar de acuerdo con una especie de “constitución república”. Ver a este respecto la última cita que pongo en este artículo. Lo que sí creo es que tanto Brehier como Abbagnano se equivocan un tanto al no profundizar en tal asunto (lo que a mí me sucede irremediablemente), pero pienso que Kant no aprueba ni desaprueba en su totalidad la Revolución Francesa, y me parece que sucede lo mismo con el tema de la “constitución republicana”. Sin embargo, no es el fin en este ensayo aclarar tales sospechas. Eso lo dejo al interés del lector.

(2) Abbagnano. *Historia de la Filosofía*. Tomo II; Montana y Simón, S.A. Barcelona, 1973, p. 463.

derecho, ya que opina que la teoría del Derecho debe de fundarse en principios; negando así el “empirismo jurídico”. La ética es válida, tanto para la sociedad jurídica como para la comunidad moral. La ética abarca como sistema de fines, el fin del derecho y por consiguiente recae también sobre la teoría del Derecho.

La *significación universal de la ética* se presenta como “*teoría general de deberes*”, ya que todos los deberes en cuanto deberes, pertenecen a la ética. Por otro lado, al considerar Kant el Estado, en tanto “Estado de naturaleza ético”, la ética adquiere entonces, un sentido estricto, al considerarla en su significación como “*ciencia de la voluntad moral y de la comunidad moral.*”

Para distinguirlas de *las leyes naturales o físicas*, Kant denomina a las *leyes de la libertad* como leyes morales, en donde “cuando no se refieren más que a acciones externas y a su legitimidad se las llama jurídicas”.<sup>(3)</sup>

La legislación jurídica admite, como motivo de la acción, un impulso distinto de la idea de deber. La legislación jurídica al no exigir que la idea interna del deber sea por sí misma un motivo determinante de la voluntad, considera sus deberes como deberes externos; mientras que en la legislación ética sus deberes no pueden ser externos, sino más bien internos.

El Derecho, al ser una legislación jurídica, toma en cuenta las relaciones externas entre una persona y otra. A este respecto, Hirschberger lo reconoce claramente, pues según eso “el derecho es cuestión de medidas de fuerza externas tendientes a asegurar aquel orden social, sin una ulterior intención. Hay que separarlo netamente de la moral, que mira exclusivamente a los deberes internos”.<sup>(4)</sup> El Derecho considera las relaciones externas entre las personas debido a las influencias que sus acciones se pueden ejercer mutuamente. La legislación ética o moral, es para Kant, aquella “que de una acción hace un deber, y que al mismo tiempo da este deber por motivo”.<sup>(5)</sup>

---

(3) Kant. *Principios Metafísicos del Derecho*. Editorial América. Buenos Aires, Argentina. p. 22.

(4) Hirschberger. *Historia de la Filosofía*. Tomo II. Editorial Herder. Barcelona. 1976, p. 218.

(5) Kant. *Principios Metafísicos del Derecho*, p. 27.

La legislación jurídica al no encontrar el motivo de la acción en la Idea del Deber, debe buscarlo entre “los motivos interesados del arbitrio, es decir, entre las inclinaciones y aversiones, pero especialmente entre las aversiones, porque una legislación debe ser coactiva”.<sup>(6)</sup>

Para Kant, el orden moral y el orden jurídico son completamente diferentes; el orden jurídico liga sólo la libertad externa del hombre, el orden moral, la interna; el primero se basa en la mera coacción y el segundo en un motivo interno moral.

Cuando Kant refiere la legislación jurídica al ámbito de lo externo, no llega necesariamente a decir que la legislación moral, no tome en cuenta los actos externos. Citemos textualmente: “La legislación moral, por el contrario, erigiendo en deberes los actos internos, no excluye los externos, sino que al contrario, reivindica todo lo que es deber en general”.<sup>(7)</sup> Y más adelante: “Hay, pues, en verdad, un gran número de deberes directamente morales, pero la legislación interna considera también todos los demás como deberes morales indirectos”.<sup>(8)</sup>

### 3. TEORÍA UNIVERSAL DE LOS DEBERES

Kant define el **deber** como “la acción a que una persona se encuentra obligada.” El deber actúa como un imperativo categórico. Cuando Kant entiende la **Ética** como “teoría universal de los deberes” divide a esta en “Teoría del Derecho” y “Teoría de la Virtud.” En *sentido amplio*, la ética abarca ambos sistemas; pero en *sentido estricto* actúa únicamente como “Teoría de la Virtud.”

La característica principal de la “Teoría del Derecho” es actuar como una obligación, pero no en tanto sus deberes, ya que estos pertenecen al ámbito de la ética en general, de la cual se predica que, aún cuando desaparezca la acción, aspecto distintivo de la legislación jurídica, la sola idea del deber es un estímulo suficiente. La ética ordena, puesto que le compete todo lo que es deber. Los deberes del Derecho

---

(6) *Ibidem*, p. 27.

(7) *Ibid.*, p. 28.

(8) *Ibid.*, p. 29.

son aquellos que encuentran su parangón en una legislación externa y son aquellos deberes para los cuales es posible una legislación externa, pero que, sin embargo, en cuanto deberes, pertenecen a la ética.

Para Kant, el *concepto del deber* se reduce al concepto de obligación, el cual implica la necesidad objetiva de una acción a partir de una obligación y por lo tanto, una coacción para la acción. Por ello, las leyes morales actúan como un imperativo que contiene un deber. En palabras de Kant “el imperativo categórico, que enuncia de una manera general lo que es obligatorio, puede formularse así: *Obra según una máxima que pueda al mismo tiempo tener valor de ley general*”.<sup>(9)</sup>

Antes de definir el *principio supremo de la moral*, Kant define la *Legalidad* como la conformidad de la máxima de una acción con ley del deber, en donde tal máxima constituye a la moralidad.

¿Pero qué es una máxima? Una máxima es el principio subjetivo que el sujeto se impone como regla de acción. Por último Kant escribe que “el principio supremo de la moral es, pues: obra según una máxima que pueda tener valor como ley general. Toda máxima que no sea susceptible de esta extensión, es contraria a la moral”.<sup>(10)</sup>

#### 4. TEORÍA DEL DERECHO

La *teoría del Derecho* es según Kant, “el conjunto de las leyes susceptibles de una legislación externa.”

El **principio universal del Derecho** reza así: “*Es justa toda acción que por sí, o por su máxima, no es un obstáculo a la conformidad de la libertad del arbitrio de todos con la libertad de cada uno según leyes universales*”.<sup>(11)</sup>

Este principio conlleva a Kant a establecer la **Ley Universal del Derecho**: “*Obra exteriormente de modo que el libre uso de tu arbitrio*

---

(9) *Op. cit.*, p. 40.

(10) *Op. cit.*, p. 34.

(11) *Op. cit.*, p. 39.

*pueda conciliarse con la libertad de todos según una ley universal*".<sup>(12)</sup> El Derecho, en efecto, no es más que la suma de aquellas condiciones bajo las cuales, según una ley universal, pueden coexistir el libre albedrío de uno con el libre albedrío de los demás.

Y bien dice Klinker en su Historia de la Filosofía, "que el Derecho, por lo tanto, no tiene su origen en Dios o en la naturaleza humana, sino en una mera convención o contrato entre los hombres, porque únicamente por convención humana pueden señalarse las condiciones bajo las cuales la libertad de uno puede coexistir con las libertades de todos los demás".<sup>(13)</sup>

Para Kant el Derecho es inseparable de la facultad de juzgar, porque tanto el Derecho y la facultad de obligar, son una misma cosa. El Derecho puede verse también como la posibilidad de conformar la obligación general recíproca con la libertad de todos, puesto que el Derecho estricto puede también representarse como la posibilidad de una obligación mutua, universal, conforme con la libertad de todos según leyes generales.

## 5. EL DERECHO INNATO Y EL DERECHO ADQUIRIDO

Kant, en la división general de los deberes del Derecho admite la división hecha por Ulpiano, a saber:

1. Ser hombre moral;
2. No hacer daño a terceros;
3. Entrar con los hombres en una sociedad en que cada uno pueda conservar lo que le pertenece.

En la División General del Derecho, Kant hace dos divisiones: Primeramente, el *Derecho natural*, que se funda puramente en principios *a priori*; y posteriormente el *Derecho adquirido* el cual es *a posteriori*. El primero ha de entenderse como un derecho innato dado a cada cual por la naturaleza, independiente de cualquier acto jurídico,

---

(12) *Op. cit.*, p. 40.

(13) Klinker. *Historia de la Filosofía*. Editorial Labor, S.A. Barcelona, Madrid. 1953, p. 501.

de ahí que sea *a priori*. El Derecho adquirido nace exclusivamente de un acto jurídico. Kant nos dice: “el primero es el que a cada uno corresponde naturalmente, independientemente de todo acto de derecho; el segundo por el contrario, no puede existir sin un acto de esta naturaleza”.<sup>(14)</sup> Según Kant, el único derecho humano innato es la *libertad*; mientras que “el derecho adquirido es, por tanto, Derecho privado, que define la legitimidad y los límites de la posesión de las cosas externas, o derecho público, que considera la vida social de los individuos en una comunidad jurídicamente ordenada”.<sup>(15)</sup>

En la división de la Metafísica de las costumbres en general, Kant divide los deberes en Deberes de Derecho y Deberes de Virtud. Los deberes de Derecho son deberes tales, que su legislación puede ser exterior; mientras que los Deberes de Virtud, en cuanto tienen un fin, tienen al mismo tiempo un deber y por ello no pueden someterse a una legislación exterior.

En lo referente a los Deberes de Virtud, Kurt Lisser, en su obra “El Concepto del Derecho en Kant” manifiesta que “el concepto de una entidad ética está siempre relacionado con la idea de una totalidad de los hombres, porque los Deberes de Virtud corresponden a todo el género humano”.<sup>(16)</sup>

## **6. CIENCIA DE LA VOLUNTAD MORAL Y DE LA COMUNIDAD MORAL**

El Derecho, por cuanto tiene su origen en una mera convención o contrato entre los hombres en vías de fundar las condiciones en las que la libertad de uno pueda coexistir con la libertad del otro, debe recibir su fundamento legal en la ley, fundando asimismo un poder que pueda obligar a cada uno a la observancia de tal ley.

En Kant la sociedad civil está exigida por el Derecho y los hombres están obligados a reunirse en sociedad civil para mantener el

---

(14) Kant. *Principios Metafísicos del Derecho*, p. 47.

(15) Abbagnano. *Historia de la Filosofía*, p. 464.

(16) Lisser, Kurt. *El Concepto del Derecho en Kant*. Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Nacional Autónoma de México, 1959, p. 114.

Derecho. Por consiguiente –en palabras de Kant– “lo primero que debe decretarse, si el hombre no quiere renunciar a todas sus nociones de derecho, es este principio: es menester salir del estado natural, en el que cada cual obra a su antojo y convenir con todos los demás (cuyo comercio es inevitable) en someterse a una limitación exterior, públicamente acordada, y por consiguiente entrar en un estado en que todo lo que debe reconocerse como lo Suyo de cada cual es determinado por la ley y atribuido a cada uno por un poder suficiente, que no es el del individuo, sino un poder exterior. En otros términos, es menester ante todo entrar en un *estado civil*”.<sup>(17)</sup>

Kant, como Montesquieu, divide al Estado en tres poderes, a saber: el *Poder Legislativo*, el *Poder Ejecutivo* y el *Poder Judicial*. El primero, bajo la influencia de Rousseau, otorga el Poder Legislativo únicamente a la voluntad colectiva del pueblo. “El *Poder Legislativo* no puede pertenecer más que a la voluntad colectiva del pueblo y, puesto que de él debe proceder todo derecho, no debe absolutamente poder hacer injusticias a nadie por sus leyes”.<sup>(18)</sup> El segundo poder, el *Poder Ejecutivo* recae sobre la persona del gobierno; y el último, el *Poder Judicial* está en manos del juez.

Bajo los elementos que fundan el *Poder Legislativo* se encuentra la “Libertad Legal” (libertad de obedecer a la ley a la cual se ha dado su sufragio); “igualdad Civil” (reconoce su superior únicamente en la facultad moral de obligar y ser obligado); y la “Independencia Civil” (que consiste en ser deudor de su existencia y de su conservación, como miembro de la república, en el arbitrio de sus propios derechos y facultades). Por último, en este apartado, Kant distingue al *ciudadano activo del ciudadano pasivo*. Los primeros gozan de la constitución del derecho de sufragio; los segundos en sentido estricto, no son ciudadanos. A estos últimos Kant los llama “asociados civiles”, ya que son “simples operarios de la cosa pública, porque deben ser mandados y protegidos por otros individuos, y por consiguiente, no gozan de ninguna independencia civil”.<sup>(19)</sup> Y además “de que puedan pedir el ser tratados por todos los demás según las leyes de la libertad y de la

---

(17) Kant. *Principios Metafísicos del Derecho*, p. 126.

(18) *Ibid.*, p. 128.

(19) *Ibid.*, p. 129.

igualdad natural, como partes pasivas del Estado, no resulta para ellos el derecho de obrar también en la ciudad como miembros activos, es decir, el derecho de organizar el Estado, o de concurrir a la formación de ciertas leyes”.<sup>(20)</sup>

## 7. DERECHO COSMOPOLITA Y LA PAZ PERPETUA

Hemos de recordar que la Revolución Copernicana, implicó necesariamente la revolución filosófica al romper con los preceptos filosóficos tradicionales de la modernidad.

Pues así como Copérnico –en contraposición a Ptolomeo– puso al sol en el centro del “Universo”, Kant inauguró una nueva fenomenología al poner al sujeto como el centro que cosifica y determina la naturaleza. Podemos decir que es el sujeto quien al determinar el mundo, determina el mundo natural por medio del entendimiento. Lo “real” no se encuentra ahora en el objeto; sino más bien en la interpretación entre sujeto y objeto. Creemos aquí, que Kant, en el campo de la ética lleva a cabo otra revolución que no estamos seguros si ya ha sido dilucidada, al transmutar el *Estado de Hecho* por un *Estado de Derecho*, del *Estado de Naturaleza*, por un *Estado Moral*; y en lenguaje metafísico-filosófico al que estamos acostumbrados, podemos sostener que Kant invierte del “Ser” por el “Deber Ser”.

El “Deber Ser” viene siendo el ideal...la “Utopía Kantiana”. ¿Pero podría haber sobrevivido el hombre sin estas utopías humanistas? El Derecho Cosmopolita puede, según Kant, asegurar la Paz Perpetua. Su gran ideal. El Derecho Cosmopolita Kant lo funda en la idea nacional de una perpetua asociación pacífica de todos los pueblos de la tierra. Kant no se centra en si tal fin puede o no ser alcanzado, lo que importa es su carácter moralmente obligatorio, que es dado por la razón moralmente práctica. Para Kant resulta evidente que “la suposición de la posibilidad de conseguir este fin, suposición que consiste en un juicio teórico y problemático, no es un deber: no hay ninguna obligación de creer que lo sea, pero la obligación consiste en obrar según la Idea de este fin, aún cuando no hay la más ligera verosimilitud teórica de que pueda ser alcanzado, a menos de que esté demostrada su imposibilidad”.<sup>(21)</sup>

---

(20) *Ibid.*, p. 129.

(21) *Op. cit.*, p. 130.

La consecución del Derecho Cosmopolita que asegura la paz perpetua es el último fin ideal de la humanidad y por ello hay que tender a ello, pues en esa búsqueda incansable se encuentra el progreso hacia una mejor humanidad.

Tal progreso es en vistas al devenir encaminado como si fuera posible la paz perpetua como meta última. Para Kant, no se trata de ver si la paz perpetua es una cosa real o un sin sentido, lo importante es obrar como si fuera posible y establecer los principios que parecen más aptos para alcanzarlo. Pues “aunque esto quedara siempre en un buen deseo, no nos habremos engañado imponiéndonos la máxima de tender hacia ello sin descanso, porque es un deber”.<sup>(22)</sup>

## 8. KANT VERSUS KANT

Kurt Lisser en su obra crítica sobre “El concepto del Derecho en Kant”, cuestiona si la coacción jurídica de alguna manera viola el principio ético universal de la autonomía. Pues según Kant, el derecho va unido con la facultad de coaccionar. Para Kant, tanto la coacción como el derecho mismo, nace de la razón justificándose a sí misma, y la coacción jurídica está constituida por los hombres mismos que desean el Estado Moral. De ahí se deduce, según Kurt que “la coacción es - en Kant - la negación de la negación del derecho; pues cuando la conducta del ciudadano se demuestra ilegal, en la medida en que es un obstáculo para la libertad, según leyes universales, entonces la coacción que se opone a esta conducta ilegal, hace a un lado el obstáculo, restableciendo así el orden jurídico”.<sup>(23)</sup>

Para Kurt Lisser según “la concepción actual del Derecho –en contraposición con la de Kant– no es factible que el amo someta de nuevo a su dominio, mediante un arbitrio unilateral, a la servidumbre que lo abandonó. Sin embargo debe decirse que los deberes basados en el contrato de servidumbre son deberes jurídicos y no deberes de virtud”.<sup>(24)</sup>

---

(22) Abbagnano. *Historia de la Filosofía*, p. 465.

(23) Lisser. *El Concepto del Derecho en Kant*, p. 52.

(24) *Ibidem*, p. 52.

Lisser cuando nos habla de la pena de muerte de la cual Kant está de acuerdo, sostiene que Kant “por mucho que se preocupe en justificar este principio del castigo como el único principio moral, en ningún momento aparece en esta discusión la pregunta siguiente: ¿en qué se convierte la persona ética del delincuente; se aniquila la civil y tal vez la física?

Para Lisser, Kant entra en contradicción con la *Crítica de la razón pura*, la cual sostenía que el yo moral sólo se podía concebir como una idea, o sea, como una tarea infinita; tarea infinita que se contrapone con la supresión de la vida, que implicaría la creencia de que el yo inmoral es algo existente en forma definitiva. El deber de construir el yo moral es un “deber ético en sentido estricto, pero mediante la pena de muerte se le quita al hombre la posibilidad práctica de cumplir con ese deber. Por otra parte, si el castigo fuera sólo un medio de promover un bien para el delincuente mismo, se destruiría para Kant el carácter ético del castigo”.<sup>(25)</sup>

Otra de las contradicciones que Lisser resalta, es la que encuentra entre el Derecho Penal kantiano y su filosofía de la religión, en donde sostiene que no puede negarse la posibilidad de una elevación desde lo malo hacia lo bueno. “En verdad también hay que suponer la permanencia de las condiciones físicas para ser mejores. Por otra parte, Kant no lo dice aquí expresamente, y en la Filosofía del Derecho elimina totalmente este supuesto con lo cual resta alcance a las consecuencias de sus pensamientos éticos y filosóficos”.<sup>(26)</sup> Sin embargo Kant mismo dice “que no es nada insólito que mediante la comparación de los pensamientos acerca de un asunto exteriorizado por un autor, se lo comprenda a veces mejor de lo que él mismo se comprendió, en la medida en que él no determina suficientemente su concepto y, por eso, a veces habló o pensó en contra de su propia intención”.<sup>(27)</sup>

---

(25) *Ibid.*, p. 53.

(26) *Ibid.*, p. 53.

(27) *Op. cit.*, p. 54.

## 9. LA INFLUENCIA DE LOS IDEALES ETICOS KANTIANOS EN LA DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos humanos, se toma por base un principio Kantiano, cuando se manifiesta que la dignidad humana es intrínseca en el ser humano. Esto implica en terminología Kantiana, que tal dignidad es innata en los hombres y por tanto fundada sobre un principio a priori; o sea, la “dignidad intrínseca” es “dignidad a priori”. Los pueblos de las Naciones Unidas, al igual que Kant, expresan en esta carta la fe que tienen en los “Derechos Fundamentales del Hombre.”

Basta para estos efectos, recordar el ideal Kantiano del Derecho Cosmopolita: “hay que actuar como si fuera posible”, hay que tener fe en esta idea. Veamos a este respecto una de las consideraciones del preámbulo:

*“Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.”*

Ya en Kant se digieren conceptos como los de *libertad, derecho*, pero también el concepto del *deber*, que se encarna en el término “compromiso” del preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos cuando: “Considerando que los Estados miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre.”

Podemos ver aquí que el deber, o compromiso es entendido como un deber que le corresponde estrictamente a la ética y no a la legislación jurídica. Otro aspecto importante es el “respeto UNIVERSAL y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre.”

El mismo título de la declaración dice y al igual que Kant creen y tienen fe en los derechos universales del hombre sin distinciones de ningún tipo. En Kant sería el derecho cosmopolita que posibilitaría la

paz perpetua, en donde este derecho fundado en la idea racional de una perpetua asociación pacífica de todos los pueblos de la tierra, encuentran eco en una “CONCEPCIÓN COMÚN de estos derechos y libertades que encontramos en la última parte del preámbulo de la Carta. Es evidente que el derecho cosmopolita debe ser elaborado también por una concepción común.”

Luego del preámbulo y antes de los Artículos se sostiene el ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse por el respeto a los derechos y libertades que aseguren, por medidas progresivas, el carácter nacional e internacional y su aplicación universal. Ahora seremos más estrictos aún; tomemos primero la frase “ideal común” y “deben esforzarse” y comparémoslos con lo que hasta el momento hemos dicho de la moral Kantiana. El “Ideal común” sería el principio bajo el cual se puede formular el derecho cosmopolita. El “deben esforzarse” se relaciona con el imperativo moral categórico que nos conduce a alcanzar la paz perpetua, en donde lo importante es el “deber esforzarse” y no, si es posible o no alcanzar tal fin. Ahora bien, las “medidas progresivas” las podemos encontrar en el escrito sobre la Paz Perpetua, en donde Kant lanza también sus Artículos morales como los escalones a seguir, en vías a tal paz; ellos son: 1. La desaparición de los tratados secretos dirigidos contra otras naciones; 2. La prohibición de considerar países enteros como propiedades negociables; 3. La abolición de los ejércitos permanentes; 4. La independencia política completa de cada país y 5. La prohibición de los medios de guerra odiosos, tales como el asesinato o el envenenamiento.

Estos Artículos tienden a una “aplicación universal” como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como también reafirman el “carácter nacional”.

Recordemos que Kant plantea el deber que tienen las naciones de escoger una constitución que evite, en principio, la guerra extranjera, o sea, una constitución republicana.

Ya en el primer artículo de la Carta, encontramos nuevamente el principio Kantiano del a priori que funda así la dignidad y el derecho innato de cada uno de los hombres. Dice así: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos y los otros.” La igualdad en dignidad y derechos, encontramos su extensión en todos los Artículos, “sin distinción alguna de raza, color, sexo,

idioma, religión, opinión política o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.” (Artículo 2) Lo encontramos en todo el transcurso de la promulgación universal; todos los seres humanos “son iguales ante la ley.” (ver Artículo 7).

El “Derecho de propiedad” que Kant defiende también coincide con el Artículo 17, en donde se estipula que “Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.” Más adelante en el Artículo 21, punto 3, cuando se dice que: “La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público” hemos de recurrir necesariamente al derecho legislativo del que nos habló Kant bajo la influencia de Rousseau.

El “Derecho Jurídico” del que Kant también nos habla, no se deja de contemplar en el Artículo 29, donde se dice que “toda persona tiene deberes respecto a la comunidad” y que “en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley.

Aquí se ve la ética en sentido amplio, al abarcar el “derecho adquirido” o “derecho público”.

Creemos que Kant hubiera estado de acuerdo con todos los Artículos de La Carta, a pesar de que hubiera creído más idealista –de acuerdo a su experiencia (a posteriori)– una parte del Artículo 4, en donde se dice que nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre. Recalquemos para ello, que La Carta no nos dice cómo hemos de entender la esclavitud y la servidumbre, si en un sentido amplio o en sentido estricto. Si es en sentido amplio, para Kant sería casi imposible, pues él distingue entre dos ciudadanos; los activos y los pasivos, en donde los verdaderos ciudadanos son los primeros y los segundos son simplemente “asociados civiles”.

Sin embargo, en otros puntos Kant resulta ser más idealista que los integrantes que el 10 de diciembre de 1948 redactaron en París, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, pues en ninguna parte del Derecho Internacional se llegó tan lejos como Kant sí lo hizo en el escrito sobre la *Paz Perpetua*. Verdaderamente, Kant fue uno de los grandes e ilustres filósofos que ha tenido una fe ferviente en la humanidad. En honor a él, no hay mejor gusto que concluir con las mismas palabras de Kant, en donde, el solo leerlas o escucharlas nos atestiguan del gran espíritu humanista del gran filósofo Immanuel Kant.

*“No debe haber ninguna guerra, ni entre tú y yo en el estado natural, ni entre nosotros como pueblos que, constituidos legalmente en nuestro interior, estamos, sin embargo, en un estado extra-legal exteriormente o en nuestras mutuas relaciones, porque el derecho no debe buscarse por medio de la guerra. Por consiguiente, no se trata de saber si la paz perpetua es posible en realidad o no lo es, ni si nos engañamos en nuestro juicio práctico cuando opinamos por la afirmativa, sino que debemos proceder como si este supuesto, que tal vez no se realizará, debiera no obstante, realizarse, y tratar de establecerle entre nosotros, dando la constitución (tal vez el republicanismo de todos los Estados en conjunto y en particular) que nos parezca más propia para alcanzar este fin y poner término a la guerra execrable, objeto al cual todos los Estados sin excepción han dirigido hasta hoy sus instituciones interiores, como hacia su fin principal. Y, aún cuando este fin no debiera pasar nunca de una pura aspiración, seguramente no nos engañamos tomando por máxima el dirigirnos hacia el, puesto que es un deber.”<sup>(28)</sup>*

---

(28) Kant. *Principios Metafísicos del Derecho*, pp. 170-171.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABBAGNANO, Nicolás. *Historia de la Filosofía*. Tomo II; Montana y Simón, S.A. Barcelona - España, 1973.
- BELAVAL, Yvon (dirección). *La Filosofía Alemana de Leibniz a Hegel*; Siglo XX, V. 7. 1977.
- BREHIER, Emile. *Historia de la Filosofía*. (vol. II). Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1942.
- CANTENOR Georges. *Kant. Su vida, su obra, su filosofía*. Biblioteca Filosófica. Editorial América, Doncelos, México, 1943.
- DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. París. Diciembre de 1948.
- GOLDMANN, Lucien. *Introducción a la Filosofía de Kant*; Amorrortu. Editores, Buenos Aires. 1974.
- HIRSCHBERGER. *Historia de la Filosofía*. Tomo II. Barcelona, Editorial Herder. 1976. ABBAGNANO, Nicolás. *Historia de la Filosofía*. Tomo II; Montana y Simón, S.A. Barcelona, 1973.
- KANT. *Principios Metafísicos del Derecho*. Editorial América. Buenos Aires, Argentina, 1943.
- KLIMKE. *Historia de la Filosofía*. Editorial Labor, S.A. Barcelona, Madrid. 1953.
- LISSER, Kurt. *El Concepto del Derecho en Kant*; Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Nacional Autónoma de México, 1959.
- VITIER, Medardo. Kant. *Iniciación en su Filosofía*. Universidad Central de las Villas. Departamento de Relaciones Culturales, 1958.



*Reseñas bibliográficas a cargo de Jorge Enrique Romero Pérez*

González Ballar, Rafael. ***Un derecho humano al agua o algunos derechos para el agua*** (¿necesidad o necesidad?) (San José: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 26 páginas, 2006).



En la Introducción su autor el Dr. González Ballar, expresa que la negativa por parte de algunos juristas y gobiernos, de aceptar la existencia de un derecho humano al agua, basados en la generalización de que no existe una regulación específica en ninguno de los tratados Internacionales, necesita ser discutida. Nuestro criterio es contrario, tal derecho existe realizando una aproximación al análisis desde un punto de vista tridimensional. A nivel internacional, cada vez con más fuerza, es un hecho la declaración directa y específica del derecho humano al agua, por algún instrumento del Derecho internacional.

*El contenido de esta valiosa obra es:*

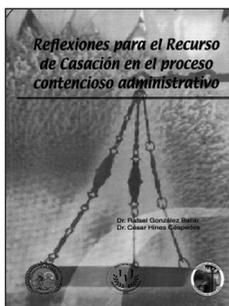
- I. Valores, principios y realidades que le dan sustento a dicho derecho.
- II. Los aspectos normativos y jurisprudenciales que están a la base del reconocimiento de dicho derecho.

Conclusiones

Bibliografía

– o –

González Ballar, Rafael; César Hines Céspedes. ***Reflexiones para el recurso de casación en el proceso contencioso - administrativo*** (San José: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 200 páginas, 2006).



Los autores Drs. González Ballar y Hines Céspedes, en la Introducción indican que la presente investigación tiene la inquietud de lanzar algunos aspectos de discusión y reflexión sobre el tema de la casación en el juicio contencioso administrativo.

*El contenido de este importante libro es el siguiente:*

Título primero: el recurso de casación en su génesis histórica

Capítulo I: el recurso de casación conflicto o solución entre la voluntad individual de los jueces versus la voluntad general.

Capítulo II: las variaciones del recurso de casación: el ejemplo de otras ramas del derecho.

Título segundo: una casación para el contencioso administrativo o un contencioso sin casación.

Capítulo I: ¿qué tipo de recurso o instancia necesita el contencioso administrativo ?

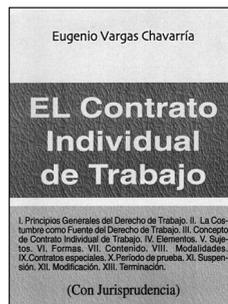
Capítulo II: ampliación de los criterios de admisibilidad del recurso de casación por ausencia de normas jurídicas; y, otras causales para el recurso de casación.

– o –

Vargas Chavarría, Eugenio. **El contrato individual de trabajo** (con jurisprudencia). (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 285 páginas, 2006).

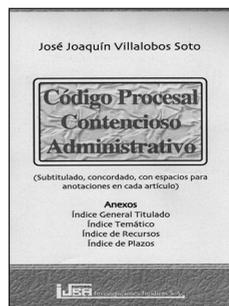
*Esta importante obra contiene los siguientes aspectos:*

- I. Principios generales del Derecho de Trabajo
  - II. La costumbre como fuente del Derecho del Trabajo
  - III. Concepto de contrato individual de trabajo
  - IV. Elementos
  - V. Sujetos
  - VI. Formas
  - VII. Contenido
  - VIII. Modalidades
  - IX. Contratos especiales
  - X. Período de prueba
  - XI. Suspensión
  - XII. Modificación
  - XIII. Terminación
- Anexo: jurisprudencia



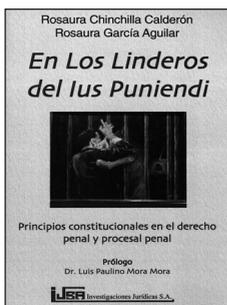
— 0 —

José Joaquín Villalobos Soto. **Código Procesal Contencioso Administrativo**. (subtitulado, concordado). Anexos: índice general titulado, temático, de recursos y de plazos (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 221 páginas, 2006).



Chinchilla Calderón, Rosaura y Rosaura García Aguilar. ***En los linderos del ius puniendi. Principios constitucionales en el derecho penal y procesal*** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 396 páginas, 2006).

En el *Prólogo* de esta obra el Dr. Luis Paulino Mora, Presidente del Poder Judicial, nos indica que en un sistema de corte democrático afecta sustancialmente la acción de las autoridades públicas, al constituirse el respeto a la persona y su dignidad en una exigencia inexcusable.



Las *autoras* nos expresan que en este trabajo, se desarrollan los principios constitucionales del proceso penal a partir de la jurisprudencia constitucional costarricense, sin menospreciar los aportes que pueda hacer la doctrina en este campo y que no hayan sido asumidos aún en los fallos judiciales (p. 29). Concluyendo que sí

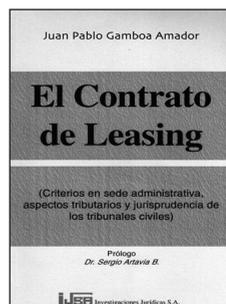
estamos más cerca de un sistema penal democrático, pero –paradójicamente– entre más próximos nos hallamos de él, también mejor nos percatamos de las incompatibilidades que separan las aspiraciones del ordenamiento jurídico tendientes a ese fin ideológico, de las manifestaciones reales de su puesta en escena (p. 374).

– o –

Gamboa Amador, Juan Pablo. ***El contrato de leasing. Criterios en sede administrativa, aspectos tributarios y jurisprudencia de los tribunales civiles*** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 229 páginas, 2006).

En el *Prólogo*, el Dr. Sergio Artavia afirma que sin la existencia de una normativa legal clara y precisa, el autor estructura en el libro toda una teoría general de la figura, dando razones fundadas en la solución doctrinal que los temas polémicos plantea.

El contenido de esta valiosa obra sobre el leasing está dividida en capítulos, del siguiente modo:



- I. Generalidades
- II. Estructura contractual
- III. Las diferentes tipologías
- IV. Función y aspectos económicos
- V. Derechos y obligaciones
- VI. Ventajas y desventajas
- VII. Duración y extinción
- VIII. Contrato de leasing en Costa Rica



Chinchilla Calderón, Rosaura. **Ley sobre registro, secuestro y examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones.** Anotada, concordada y con jurisprudencia constitucional y de casación. Edición ampliada (San José: Investigaciones Jurídicas S. A., 520 páginas, 2006).

— o —

Araya Pochet, Carlos. **Historia del Derecho Constitucional costarricense.** (San José: Editorial de la Universidad Estatal a Distancia, 283 páginas, 2005).



En las *conclusiones*, su autor el Dr. Araya Pochet, nos informa que el análisis de esta obra tiene como centro el desenvolvimiento democrático de Costa Rica; y, como eje central explicativo, el análisis de la óptica del desarrollo político y constitucional del país (p. 258).

El contenido, dividido en capítulos, de este importante libro es:

1. Formación del Estado nacional (1821-1870)
2. El constitucionalismo (1821-1948)
3. El Estado social y democrático de Derecho (1949-2000)

– o –

Cerdas Cruz, Rodolfo. ***Las instituciones de integración en Centroamérica***. De la retórica a la descomposición (San José: Editorial de la Universidad Estatal a Distancia, 221 páginas, 2005).

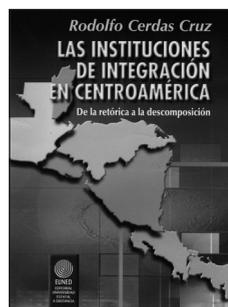
En la *Introducción*, el autor Dr. Cerdas Cruz nos señala que este estudio del desarrollo de las instituciones de la integración centroamericana, trata de contribuir a la racionalización crítica del sistema imperante y a su eventual reordenamiento y reestructuración (p. 1). Informando que el desarrollo institucional de la integración que se siguió hasta ahora, o funcionó mal o no funcionó del todo; y, que a la luz de las nuevas condiciones generales por la firma del tratado de libre comercio con los Estados Unidos, si no lo era todavía, ahora es del todo inservible y hace impostergable su revisión cabal y profunda, para reorientar el proceso en su conjunto (p. 11).

Concluye el autor que en todo caso, la experiencia acumulada, los nuevos acuerdos de libre comercio y los acontecimientos políticos en la región, confirman –mirando al pasado y a las perspectivas de lo que empieza a suceder– que el actual desarrollo de la institucionalidad regional ha sido y es , una ruta equivocada (p. 208).

Esta importante obra está dividida en partes, de esta forma:

*Primera:* Se inventa un sistema.

*Segunda:* El fracaso del SICA: análisis y perspectivas.



– o –

Castro Bonilla, Alejandra. ***Derecho de autor y nuevas tecnologías.*** (San José: Editorial de la Universidad Estatal a Distancia, 435 páginas, 2006).

En la *Presentación*, la autor Dra. Castro Bonilla, nos informa que el reto es ajustar la doctrina jurídica a esa nueva sociedad de la información y generar un Derecho dinámico acorde con los tiempos en los que nos corresponde vivir. Sabiendo que, internacionalmente, hay una exigencia de consolidar sistemas jurídicos que comprendan la protección de la propiedad intelectual.



*El contenido de este valioso libro está dividido en capítulos, a saber:*

- I. El derecho de autor en la sociedad de la información.
- II. Las obras protegidas por el derecho de autor.
- III. Estructura jurídica del derecho de autor en el entorno digital.
- IV. La ponderación de los derechos de autor
- V. Excepciones al derecho de autor.
- VI. Compensación del derecho de autor en el ámbito digital.
- VII. La nueva dimensión del derecho de autor en la sociedad del conocimiento.



# 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.

## REQUISITOS PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS

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

Impreso por  
Litografía e Imprenta LIL, S.A.  
Apartado 75-1100  
San José, Costa Rica  
380456