

Revista de Ciencias Jurídicas
Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho
Colegio de Abogados
No. 80 - Cuatrimestral
enero - abril - 1995 - 148 págs.

I Derecho - Revistas

Hecho el depósito de Ley.

Impreso en Costa Rica.

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

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

0034-7787

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO
CONSEJO ASESOR:

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS:

Licda. Roxana Pujol Sobalvarro
Dr. Manuel Amador Hernández

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

Dra. María Antonieta Sáenz Elizondo (Decana)
Dr. Víctor Pérez Vargas
Dr. Rodrigo Barahona Israel

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO
REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS

80

(1990-1995)

32 años

SAN JOSE, COSTA RICA

ENERO-ABRIL

Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

Dr. Manuel Amador Hernández
Linda Roxana Pijil Sobalvarro

POR LA FACULTAD DE DERECHO

Dr. María Antonieta Sáenz Elizondo (Directora)
Dr. Víctor Pérez Vargas (Editor)
Dr. Rodrigo Barahona Jaraol (Editor)

1995

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS

80

(1963-1995)

32 años

SAN JOSE, COSTA RICA
1995
ENERO-ABRIL

JUNTA DIRECTIVA DEL
COLEGIO DE ABOGADOS

1996

Presidente:

Lic. Horacio González Quiroga

Vicepresidenta:

Licda. Roxana Pujol Sobalvarro

Secretaria:

Licda. Carmen Aguilar Mora

Prosecretario:

Lic. Henry Vega Salazar

Tesorera:

Licda. Maritza Blanco Vargas

Fiscal:

Lic. Marcos Castro Alvarado

Vocal 1:

Lic. Pedro Bernal Chávez Corrales

Vocal 2:

Lic. Gilberto Corella Quesada

Vocal 3:

Dr. Román Solís Zelaya

Vocal 4:

Licda. Efigenia Bustamante Guerrero

Vocal 5:

Dr. Manuel Amador Hernández

AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS

Rector:

Dr. Luis Garita Bonilla

Director Consejo Universitario:

Máster Alfonso Salazar Matarrita

Vice-Rectora de Docencia

Dra. Yolanda Rojas Rodríguez

Vice-Rector de Investigación

Dr. Jorge Gutiérrez Gutiérrez

Vice-Rectora de Acción Social:

Máster Ana Teresa Álvarez Hernández

Vice-Rector de Vida Estudiantil

Dr. Carlos Alfaro Lara

Vice-Rector de Administración

Máster Carlos Serrano Rodríguez

Decana Facultad de Derecho:

Dra. María Antonieta Sáenz Elizondo

Vice-Decano Facultad de Derecho

Dr. Luis Baudrit Carrillo

Directora Instituto de Investigaciones Jurídicas:

Dra. Ligia Roxana Sánchez Boza

Decana Sistema de Estudios de Posgrado:

Dra. Yamileth González García

Coordinador de la Comisión Editorial:

Ing. Mario Murillo Rodríguez

PRESENTACION

Ahora se publican trabajos de investigación en los campos del Derecho penal, medio ambiente, Derecho Económico Internacional, Espectáculos públicos, Teoría general del Derecho Agrario e Historia del Derecho costarricense.

Esperamos con estas investigaciones contribuir al desarrollo de nuestro Sistema Jurídico.

El director y editor

Vice-Rector de la Universidad
Dr. Jorge Gutiérrez Gutiérrez
Vice-Rector de la Investigación
Dr. Jorge Gutiérrez Gutiérrez
Vice-Rector de Acción Social
Máster Ana Teresa Álvarez Hernández
Vice-Rector de Vida Estudiantil
Dr. Carlos Alfaro Lara
Vice-Rector de Administración
Máster Carlos Germán Rodríguez
Decano Facultad de Derecho
Dr. María Antonieta Sáenz Echeverría
Vice-Decano Facultad de Derecho
Dr. Luis Baudín Carrillo
Director Instituto de Investigaciones Jurídicas
Dr. Luis Hércules Sánchez Borge
Decano Sistema de Estudios de Posgrado
Dr. Yamilén González García
Coordinador de la Comisión Editorial
Ing. María Lucía Rodríguez

LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL PROCESO PENAL COSTARRICENSE

Lic. Frank Alvarez Hernández
Lic. José Francisco Coto Meza
Abogados costarricenses

LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL PROCESO PENAL COSTARRICENSE

1.1. Momento de producción de la prueba

1.1.1. Producción de la prueba en la fase de juicio

1.1.2. Producción de la prueba en la fase de instrucción

1.1.3. Producción de la prueba en la fase de sentencia

1.1.4. Producción de la prueba en la fase de ejecución

1.1.5. Producción de la prueba en la fase de rehabilitación

1.1.6. Producción de la prueba en la fase de extinción de la pena

1.1.7. Producción de la prueba en la fase de prescripción

1.1.8. Producción de la prueba en la fase de amnistía

1.1.9. Producción de la prueba en la fase de indulto

1.1.10. Producción de la prueba en la fase de gracia

1.1.11. Producción de la prueba en la fase de rehabilitación

1.1.12. Producción de la prueba en la fase de extinción de la pena

1.1.13. Producción de la prueba en la fase de prescripción

1.1.14. Producción de la prueba en la fase de amnistía

1.1.15. Producción de la prueba en la fase de indulto

1.1.16. Producción de la prueba en la fase de gracia

1.1.17. Producción de la prueba en la fase de rehabilitación

1.1.18. Producción de la prueba en la fase de extinción de la pena

1.1.19. Producción de la prueba en la fase de prescripción

1.1.20. Producción de la prueba en la fase de amnistía

1.1.21. Producción de la prueba en la fase de indulto

1.1.22. Producción de la prueba en la fase de gracia

1.1.23. Producción de la prueba en la fase de rehabilitación

1.1.24. Producción de la prueba en la fase de extinción de la pena

1.1.25. Producción de la prueba en la fase de prescripción

1.1.26. Producción de la prueba en la fase de amnistía

1.1.27. Producción de la prueba en la fase de indulto

1.1.28. Producción de la prueba en la fase de gracia

1.1.29. Producción de la prueba en la fase de rehabilitación

1.1.30. Producción de la prueba en la fase de extinción de la pena

1.1.31. Producción de la prueba en la fase de prescripción

1.1.32. Producción de la prueba en la fase de amnistía

1.1.33. Producción de la prueba en la fase de indulto

1.1.34. Producción de la prueba en la fase de gracia

1.1.35. Producción de la prueba en la fase de rehabilitación

1.1.36. Producción de la prueba en la fase de extinción de la pena

1.1.37. Producción de la prueba en la fase de prescripción

1.1.38. Producción de la prueba en la fase de amnistía

1.1.39. Producción de la prueba en la fase de indulto

1.1.40. Producción de la prueba en la fase de gracia

1.1.41. Producción de la prueba en la fase de rehabilitación

1.1.42. Producción de la prueba en la fase de extinción de la pena

1.1.43. Producción de la prueba en la fase de prescripción

1.1.44. Producción de la prueba en la fase de amnistía

1.1.45. Producción de la prueba en la fase de indulto

1.1.46. Producción de la prueba en la fase de gracia

1.1.47. Producción de la prueba en la fase de rehabilitación

1.1.48. Producción de la prueba en la fase de extinción de la pena

1.1.49. Producción de la prueba en la fase de prescripción

1.1.50. Producción de la prueba en la fase de amnistía

1.1.51. Producción de la prueba en la fase de indulto

1.1.52. Producción de la prueba en la fase de gracia

1.1.53. Producción de la prueba en la fase de rehabilitación

1.1.54. Producción de la prueba en la fase de extinción de la pena

1.1.55. Producción de la prueba en la fase de prescripción

1.1.56. Producción de la prueba en la fase de amnistía

1.1.57. Producción de la prueba en la fase de indulto

1.1.58. Producción de la prueba en la fase de gracia

1.1.59. Producción de la prueba en la fase de rehabilitación

1.1.60. Producción de la prueba en la fase de extinción de la pena

1.1.61. Producción de la prueba en la fase de prescripción

1.1.62. Producción de la prueba en la fase de amnistía

1.1.63. Producción de la prueba en la fase de indulto

1.1.64. Producción de la prueba en la fase de gracia

1.1.65. Producción de la prueba en la fase de rehabilitación

1.1.66. Producción de la prueba en la fase de extinción de la pena

1.1.67. Producción de la prueba en la fase de prescripción

1.1.68. Producción de la prueba en la fase de amnistía

1.1.69. Producción de la prueba en la fase de indulto

1.1.70. Producción de la prueba en la fase de gracia

1.1.71. Producción de la prueba en la fase de rehabilitación

1.1.72. Producción de la prueba en la fase de extinción de la pena

1.1.73. Producción de la prueba en la fase de prescripción

1.1.74. Producción de la prueba en la fase de amnistía

1.1.75. Producción de la prueba en la fase de indulto

1.1.76. Producción de la prueba en la fase de gracia

1.1.77. Producción de la prueba en la fase de rehabilitación

1.1.78. Producción de la prueba en la fase de extinción de la pena

1.1.79. Producción de la prueba en la fase de prescripción

1.1.80. Producción de la prueba en la fase de amnistía

1.1.81. Producción de la prueba en la fase de indulto

1.1.82. Producción de la prueba en la fase de gracia

1.1.83. Producción de la prueba en la fase de rehabilitación

1.1.84. Producción de la prueba en la fase de extinción de la pena

1.1.85. Producción de la prueba en la fase de prescripción

1.1.86. Producción de la prueba en la fase de amnistía

1.1.87. Producción de la prueba en la fase de indulto

1.1.88. Producción de la prueba en la fase de gracia

1.1.89. Producción de la prueba en la fase de rehabilitación

1.1.90. Producción de la prueba en la fase de extinción de la pena

1.1.91. Producción de la prueba en la fase de prescripción

1.1.92. Producción de la prueba en la fase de amnistía

1.1.93. Producción de la prueba en la fase de indulto

1.1.94. Producción de la prueba en la fase de gracia

1.1.95. Producción de la prueba en la fase de rehabilitación

1.1.96. Producción de la prueba en la fase de extinción de la pena

1.1.97. Producción de la prueba en la fase de prescripción

1.1.98. Producción de la prueba en la fase de amnistía

1.1.99. Producción de la prueba en la fase de indulto

1.1.100. Producción de la prueba en la fase de gracia

SUMARIO:

1. Introducción
2. Aspectos generales de la actividad probatoria
 - 2.1. Concepto de actividad probatoria
 - 2.2. La impulsión en la actividad probatoria
3. Momentos de la actividad probatoria
 - 3.1. Momento de producción de la prueba
 - 3.1.1. Producción de la prueba en la fase de instrucción
 - 3.1.2. Producción de la prueba en la fase de juicio.
 - 3.2. Momento de recepción de la prueba
3. Momentos de la actividad probatoria
 - 3.1. Momento de producción de la prueba
 - 3.1.1. Producción de la prueba en la fase de instrucción
 - 3.1.2. Producción de la prueba en la fase de juicio
 - 3.2. Momento de recepción de la prueba
 - 3.2.1. Recepción de la prueba en la fase de instrucción
 - 3.2.2. Recepción de la prueba en la fase de juicio
 - 3.3. Momento de valoración de la prueba
 - 3.3.1. Valoración de la prueba en la fase de instrucción
 - 3.3.2. Valoración de la prueba en la fase de juicio
 - 3.3.3. El juzgador y los sistemas de valoración de la prueba.
4. Conclusiones
5. Bibliografía

1. INTRODUCCION

Las pruebas son dentro de todo proceso jurisdiccional penal la base sobre la cual la autoridad judicial funda sus resoluciones. De esto se deriva el imperativo para las partes de ofrecer y aportar el material probatorio necesario para convencer al juzgador de la veracidad de una tesis u otra, y la obligación del último de exigir de oficio la presentación de la que sea necesaria para el descubrimiento de la verdad material.

Esa actitud de los sujetos del proceso penal es la actividad probatoria. Es el impulso necesario para el establecimiento del material probatorio esencial para el descubrimiento de la verdad real. En el presente ensayo se busca rescatar la conceptualización de esta actividad de marras y del elemento impulsión de la misma. Se analizarán, además, los momentos de producción, recepción y valoración de la prueba dentro del proceso penal costarricense, y el papel del juzgador en relación con los sistemas de valoración de aquélla, sea, el de la íntima convicción, el de la prueba legal tasada y el de libre convencimiento.

2. ASPECTOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

Establecer ciertos aspectos conceptuales de la actividad probatoria y la impulsión dentro de ésta es necesario para su análisis; de ahí los siguientes apartados.

2.1. CONCEPTO DE ACTIVIDAD PROBATORIA

Un primer acercamiento nos permite establecer que la actividad probatoria es una especie de energía o actividad dirigida a buscar, proporcionar, introducir y utilizar órganos de prueba. Está orientada esencialmente a determinar el acaecimiento o no de un delito, individualizar al autor y darle tratamiento jurídico penal al sujeto delincuente.

La actividad probatoria puede ser enfocada desde tres puntos de vista:

- 1) Punto de vista de Obtención de la Prueba: momento en el cual el material probatorio es investigado y buscado, y se consigna en el proceso.
- 2) Punto de vista de Aseguramiento de la Prueba: es la actividad que trata de garantizar la posesión e integridad de objetos de prueba que se pueden perder o alterar.

- 3) Punto de vista de Actividad de Coerción: actividad en la cual es necesaria la fuerza para ser aportados al proceso ciertos objetos de prueba, o para que intervengan ciertos órganos de prueba (v.gr., testigo).

Se ha indicado que el arte del proceso es el arte de administrar las pruebas,⁽¹⁾ en vista de que el contenido vivo y orgánico de éste lo constituyen aquellas. Dichos elementos o datos objetivos son introducidos en el proceso para llegar a elementos de convicción y certeza con respecto a la existencia o no de un delito, sea, permiten a los sujetos del proceso emprender un esfuerzo con el propósito de que salga a la luz la verdad. La forma en que se realice la actividad probatoria, por ende, va a representar un elemento esencial en la búsqueda de la verdad.

Para CAFFERATA,

“Establecido que el proceso penal persigue el descubrimiento de la verdad real y que el único medio científico y legalmente admitido para hacerlo es la prueba, resulta fácil deducir la necesidad de la actividad probatoria, concebida como el esfuerzo de todos los sujetos procesales tendiente a la producción, recepción y valoración de elementos de prueba.

Por virtud del interés público en juego en materia criminal, la mayor parte de esa actividad estará a cargo de los órganos públicos (tribunales, ministerio fiscal) que, con diferente intensidad según la etapa del proceso de que se trate, intentarán imparcialmente lograr el descubrimiento de la verdad. Los sujetos privados, imputado, actor civil y tercero civilmente demandado, en cambio, tratarán de introducir solamente los elementos probatorios que sean útiles para sus intereses particulares, procurando demostrar su aptitud para evidenciar el fundamento de sus pretensiones o la falta de fundamento de las deducidas por la parte contraria.”⁽²⁾

En ese mismo sentido, HOUED indica que:

“Como es lógico pensar, en virtud del interés público que supone la materia penal, buena parte de esa actividad se encuentra

- (1) BENTHAN, citado por BRAVO ALVAREZ (Róger), *Apreciación de las pruebas en el proceso penal. Revista Judicial*, San José, N° 47, septiembre de 1989, p. 56.
(2) CAFFERATA NORES (José I.), *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1988, p. 31.

a cargo de los órganos públicos (Tribunales y Ministerio Público), que de modo imparcial deben procurar la reconstrucción del hecho histórico investigado (ver por ejemplo, el artículo 185 de nuestro CPP) con la mayor fidelidad posible. En cambio los otros sujetos del proceso (el imputado y las partes civiles) naturalmente tratarán de introducir solo aquellos elementos probatorios que resultan de utilidad para sus intereses particulares.”⁽³⁾

2.2. LA IMPULSION EN LA ACTIVIDAD PROBATORIA

La impulsión se refiere a los amplios poderes del juez en lo que respecta al desarrollo de la relación procesal y la actividad probatoria en sí.

Indica CAFFERATA que:

“Una de las notas características de la actividad probatoria en el proceso penal—dominado por el interés público en la justa actuación de la ley penal—es la atribución a los órganos judiciales de un poder de investigación autónomo, tendiente a obtener las pruebas necesarias para el descubrimiento de la verdad real.

Su máxima expresión se puede encontrar en la etapa introductoria, pero aún considerablemente reducido, subsiste durante la etapa de juicio. Se caracteriza por no estar condicionado ni a la controversia de las partes ni a su iniciativa probatoria.

1. *La autonomía de este poder reside en el hecho de que el tribunal puede practicar, de oficio, durante la instrucción, todas las diligencias útiles para el descubrimiento de la verdad..., y durante el juicio, sólo aquellas taxativamente enumeradas..., sin que su actividad en tal sentido pueda verse subordinada a proposición alguna de las partes.*
2. *Esta potestad investigadora es también independiente de que los hechos sobre los cuales recae, no hayan sido convertidos por las partes. De tal modo, y por regla general, la aceptación que haga el imputado de su participación culpable en el delito, no obsta a que se busque la prueba al respecto.”⁽⁴⁾*

- (3) HOUED VEGA (Mario), *Carga de la prueba en el proceso penal. Revista de Ciencias Penales*, San José, vol. II, N° 3, noviembre de 1990, p. 42.
(4) CAFFERATA NORES, *op. cit.*, pp. 34-35.

El juez cuenta, así, con la potestad autónoma de investigación, que es un deber de investigar de oficio a pesar de la inactividad de las partes. El juez debe buscar las pruebas desplegando su amplio poder inquisitivo, ello se deriva de la naturaleza pública de los intereses represivos. Al respecto expresa HOUED:

“La primera conclusión a la que podemos arribar es que quien tenga el deber de investigar es el juez, quien puede examinar y corregir el objeto de prueba y también introducir de oficio en el proceso hechos y circunstancias necesarias para encaminar sobre ellos la prueba, iniciativa “ex officio” que puede referirse tanto a la prueba de la acusación como a la de la defensa. La investigación judicial autónoma, una de las características de la actividad probatoria de nuestro sistema procesal penal, no está condicionada ni a la controversia de las partes ni a su iniciativa probatoria. Así el art. 185 inc. 1 del CPP consagra este poder del juez durante la instrucción y el art. 384 ibid durante el juicio, sin ninguna subordinación a la iniciativa de las partes”.⁽⁵⁾

Podemos establecer por lo supra indicado que el tribunal es quien tiene el deber de investigar la verdad y hacer lo que esté a su alcance por conseguirla, mediante la forma que la ley establece para la actividad probatoria, con potestades tanto en la fase de instrucción –en forma amplísima–, como en la fase de juicio. De no realizarse de esta forma los fines del proceso penal se verán afectados por la correspondiente violación de garantías consagradas en la Constitución Política.

3. MOMENTOS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

Existen dentro del proceso penal tres momentos claramente definidos de la actividad probatoria: el momento de producción, el momento de recepción y el momento de valoración.

3.1. MOMENTO DE PRODUCCION DE LA PRUEBA

De acuerdo con VELEZ MARICONDE tenemos que:

“Producción de la prueba es la tentativa de introducir en el proceso un medio de prueba que se presume pertinente y útil a la investigación de la verdad, o sea que probablemente contendrá un elemento de prueba”.⁽⁶⁾

(5) HOUED VEGA, *op. cit.*, p. 43.

(6) VELEZ MARICONDE, citado por BRAVO ALVAREZ, *op. cit.*, p. 57.

Al establecer que es una tentativa se acepta la posibilidad de que un determinado dato objetivo pueda producir certeza y convicción con respecto a la existencia de un delito. Se intenta producir un elemento de prueba mediante la declaración de voluntad de un sujeto que tome la iniciativa, que corresponde en primer lugar al juez de instrucción, Ministerio Público, partes y excepcionalmente al tribunal de juicio. En ese sentido puede verse lo expresado en los artículos 117 y 187 del Código de Procedimientos Penales vigente.⁽⁷⁾

Es en este momento de la actividad probatoria que se presenta:

“...la solicitud que el ministerio fiscal y las partes formulan ante el tribunal, para que se disponga la recepción de un medio de prueba.

La atribución que se confiere al respecto tiene distintos alcances, según sea la etapa del proceso”.⁽⁸⁾

3.1.1. PRODUCCION DE LA PRUEBA EN LA FASE DE INSTRUCCION

Al ser un deber para el juez el investigar la verdad, tal se ve obligado a ordenar toda prueba relevante; ello se realiza mediante una orden que pueda ser escrita o verbal, la cual no es preciso que le sea comunicada a las partes, salvo que se trate de hechos definitivos e irreproductibles. El fiscal y las partes, no obstante, no se ven excluidos de esta posibilidad, ya que se encuentran autorizados a esta iniciativa de producción, en el sentido de que pueden proponer pruebas. Así las cosas, en la fase de instrucción la producción puede darse, sea a petición de parte o ex officio.

Comenta al respecto CAFFERATA que:

“...durante la instrucción, el ministerio fiscal y las partes tienen la facultad de proponer diligencias... también el imputado podrá señalar las pruebas que estime oportunas..., a lo que será invitado al prestar declaración. El ministerio fiscal está facultado

(7) CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. ARTICULO 117.–Si durante el proceso el tribunal tuviere conocimiento de otro delito perseguible de oficio, remitirá los antecedentes al Ministerio Público.

ARTICULO 187.–La instrucción será iniciada en virtud de un requerimiento fiscal, o de una prevención o información policial, y se limitará a los hechos referidos en tales actos, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 117.

(8) CAFFERATA NORES, *op. cit.*, p. 36.

en el momento de la clausura y elevación a juicio a indicar las diligencias probatorias necesarias... Pero en todos los casos, el juez dispondrá la realización de las respectivas diligencias probatorias, sólo si las estimare "pertinentes y útiles"... lo que indica que la fuente de la obligación del magistrado no se encuentra en la proposición de las partes, sino en su obligación de investigar la verdad".⁽⁹⁾

3.1.2. PRODUCCION DE LA PRUEBA EN LA FASE DE JUICIO

En esta etapa del proceso penal tanto las partes como sus defensores pueden durante el término de citación a juicio ofrecer pruebas (art. 349 Código de Procedimientos Penales).⁽¹⁰⁾ El juez de juicio tiene el deber de recibir dichas pruebas y solo puede rechazar la que sea impertinente y superabundante (art. 352 *iusidem*).⁽¹¹⁾

Por vía excepcional el tribunal de debate puede, en la fase de actos preliminares, realizar lo que se denomina actos de instrucción suplementarios, que son aquellos actos olvidados o no realizados por el juez de instrucción y que

(9) CAFFERATA NORES, *op. cit.*, p. 36.

(10) CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. ARTICULO 349.—Recibido el proceso y verificado el cumplimiento, según corresponda, de las disposiciones contenidas en los artículos 341, 344 o 412, el Presidente del Tribunal citará, bajo pena de nulidad, al fiscal, a las partes y defensores a fin de que en el término común de diez días comparezcan a juicio, examinen las actuaciones, los documentos y cosas secuestradas, ofrezcan pruebas e interpongan las recusaciones que estimen pertinentes.

Si la instrucción se hubiere cumplido en un juzgado con asiento distinto al del tribunal, dicho término será de quince días.

Cuando se proceda por citación directa en la misma oportunidad en que se convoque a juicio se notificarán, bajo pena de nulidad, las conclusiones del requerimiento fiscal.

(11) CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. ARTICULO 352.—El Presidente ordenará la recepción oportuna de las pruebas admitidas.

En caso de que el Tribunal, el Ministerio Público y las partes estuvieren de acuerdo con la lectura de las declaraciones y dictámenes, no se hará la citación de los peritos y testigos correspondientes.

Si nadie ofreciere prueba, el Presidente dispondrá la recepción de aquella pertinente y útil que se hubiere producido en la instrucción.

El tribunal podrá rechazar, por tanto, la prueba evidentemente impertinente o superabundante.

son de imposible cumplimiento en la audiencia (art. 353 Código de Procedimientos Penales)⁽¹²⁾ Puede recibir, también, declaración de testigos que presumiblemente no pueden concurrir a la audiencia, como por ejemplo los denominados testigos nuevos. De igual forma puede considerarse lo referente a las pruebas para mejor proveer (art. 387 Código de Procedimientos Penales).⁽¹³⁾

En ese mismo sentido afirma CAFFERATA que:

"En el juicio, en cambio, el ministerio fiscal y los sujetos privados tienen un verdadero derecho a ofrecer pruebas..., al que corresponde el deber del tribunal de recibirlas (si fueran oportunamente ofrecidas), con la única excepción de que aquéllas fueran evidentemente impertinentes o superabundantes..."⁽¹⁴⁾

Continúa apuntando dicho autor que:

"En todo caso regirá el principio de la comunidad de la prueba en virtud del cual la ofrecida por una de las partes deja de pertenecerle a partir de ese momento, y queda adquirida para el proceso. Por eso, carecerá de eficacia toda renuncia a su producción o valoración emanada de quien lo propuso, salvo que exista consentimiento de las otras partes y del tribunal. El asentimiento general sobre la renuncia no impedirá luego, si fuere necesario, la recepción de la prueba renunciada..."⁽¹⁵⁾

(12) CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. ARTICULO 353.—El presidente podrá ordenar antes del debate, con notificación al fiscal y a las partes:

- 1) Los actos de instrucción indispensables que se hubieren omitido;
- 2) Los que fuere imposible cumplir en la vista, como las pericias psiquiátricas o psicológicas sobre el estado mental o la personalidad del imputado; y
- 3) Recibir declaración a las personas que presumiblemente no podrán concurrir al debate, por enfermedad, otro impedimento o por residir en lugares de difícil comunicación.

A tal efecto podrá actuar uno de los miembros del tribunal o librarse los despachos necesarios.

(13) CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. ARTICULO 387.—El tribunal podrá ordenar, aún de oficio, la recepción de cualquier prueba, si en el curso del debate resultaren indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. También podrá citar a los peritos si sus dictámenes resultaren insuficientes; las operaciones periciales necesarias se practicarán acto continuo en la misma audiencia, cuando fuere posible.

(14) CAFFERATA NORES, *op. cit.*, pp. 36-37.

(15) CAFFERATA NORES, *op. cit.*, p. 37.

3.2. MOMENTO DE RECEPCION DE LA PRUEBA

Recepción de la prueba es el ingreso efectivo de ésta al proceso, es decir, el acto por el cual el juzgador toma conocimiento del material probatorio.

Según CAFFERATA:

“El momento de recepción ocurre cuando el tribunal lleva a cabo el medio de prueba, posibilitando el efectivo ingreso en el proceso del dato probatorio que resulte de su realización.

Corresponde ubicar en este momento, como actividad complementaria de él, la realización de las diligencias tendientes a lograr la recepción de la prueba admitida (v.gr., proposición de peritos contralores; fijación de audiencia para fijación de la testimonial, etc.), inclusive aquellas medidas accesorias de coerción, destinadas a obtener o asegurar su incorporación al proceso (v.g., allanamiento de domicilio, etc.).”⁽¹⁶⁾

3.2.1. RECEPCION DE LA PRUEBA EN LA FASE DE INSTRUCCION

En la fase de instrucción puede intervenir siempre el fiscal, en el sentido de que cuenta con la posibilidad de asistir a todos los actos realizados durante esta etapa (art. 190 Código de Procedimientos Penales).⁽¹⁷⁾ En cuanto a los defensores éstos cuentan con la posibilidad de asistir a ciertos actos, aquellos que sean definitivos e irreproductibles (art. 1291 iusidem).⁽¹⁸⁾

(16) *Ibidem.*

(17) CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. ARTICULO 190.—El Ministerio Público podrá participar en todos los actos de instrucción y examinar en cualquier momento las actuaciones.

Si el Agente Fiscal hubiera expresado el propósito de asistir a un acto, será avisado verbalmente con suficiente tiempo y bajo constancia; pero aquél no se suspenderá ni retardará por ausencia. Cuando asista tendrá los deberes y facultades que prescribe el artículo 194.

(18) CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. ARTICULO 191.—Los defensores de las partes tendrán derecho a asistir a los registros, reconocimientos, reconstrucciones, exámenes periciales e inspecciones, salvo lo dispuesto por el artículo 204, siempre que por su naturaleza y características se deban considerar actos definitivos e irreproductibles; asimismo, a la declaración de los testigos que por enfermedad u otro impedimento no podrán presumiblemente deponer durante el juicio.

El juez podrá permitir la asistencia del imputado o del ofendido, cuando sea útil para esclarecer los hechos o necesaria por la naturaleza del acto.

Las partes podrán asistir a los registros domiciliarios.

Durante la fase de instrucción, entonces, sea de oficio o a instancia de las partes, el juzgador debe realizar todas las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad, que deben constar en actas. Las pruebas pueden incorporarse sin conocimiento ni intervención de los defensores de las partes, cuando así lo disponga el juez, para no poner en peligro la consecución de los fines del proceso. Sin embargo, en caso de actos definitivos e irreproductibles, no hay posibilidad alguna de evitar la intervención de los defensores, a quienes debe notificarse previamente su realización, bajo pena de nulidad (art. 192 Código de Procedimientos Penales).⁽¹⁹⁾ El ministerio fiscal, en cambio, puede participar en todos los actos de instrucción definitivos e irreproductibles.

3.2.2. RECEPCION DE LA PRUEBA EN LA FASE DE JUICIO

En la fase de juicio no hay limitaciones a la recepción de la prueba, lo cual constituye una exigencia conforme al principio del contrario, es decir, la posibilidad de contraponer los elementos de defensa a los elementos de la acusación de forma tal que se pueda iluminar al juez con respecto a la verdad real.

El presidente del tribunal dirige la recepción de la prueba y los otros dos integrantes, el fiscal y las partes pueden hacer preguntas a los testigos, peritos e intérpretes.

Durante la fase de juicio, el tribunal debe limitarse a recibir, en principio, sólo las pruebas oportunamente ofrecidas por el ministerio público y las partes, en virtud de la vigencia preponderante del acusatorio formal en la segunda etapa del proceso.

No obstante, puede disponer ex officio, cuando nadie hubiere ofrecido prueba, la recepción de las pertinentes y útiles producidas en la instrucción. También puede ordenar del debate surgiera la necesidad de realizar una inspección, está autorizado a disponerla, aun de oficio, al igual que, verificada la existencia de nuevos medios de prueba indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad, puede ordenar su recepción, para lo cual es posible, inclusive, suspender la deliberación de la sentencia.

(19) CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. ARTICULO 192.—Antes de proceder a realizar alguno de los actos que menciona el artículo anterior, excepto el de registro domiciliario, el juez dispondrá, bajo pena de nulidad, que sean notificados el Agente Fiscal y los defensores; pero la diligencia se practicará en la oportunidad establecida, aunque no asistan.

Sin embargo, se podrá proceder sin notificación o antes de la oportunidad fijada, cuando el acto sea de suma urgencia o no se conozcan, la enfermedad o el impedimento del testigo antes de las declaraciones mencionadas en el artículo anterior. En el primer caso se dejará constancia de los motivos, bajo pena de nulidad.

Fuera del caso de la instrucción suplementaria, en donde la asistencia de las partes es optativa (por desarrollarse antes del debate), la recepción de las pruebas durante el juicio no puede llevarse a cabo sin la presencia del representante del ministerio público, el imputado y su defensor, bajo pena de nulidad.

3.3. MOMENTO DE VALORACION DE LA PRUEBA

Valoración de la prueba es el examen crítico de todos los elementos probatorios que son introducidos al proceso penal. Todas las pruebas que han sido producidas y recibidas en el proceso deben ser valoradas y estimadas para que adquieran vida y razón de ser.

Apunta CAFFERATA que:

“La valoración es la operación intelectual destinada a establecer la eficacia conviccional de los elementos de prueba recibidos.

Tiende a establecer cuál es su real utilidad a los fines de la reconstrucción del acontecimiento histórico cuya afirmación da origen al proceso.

Si bien es una tarea principalmente a cargo de los órganos jurisdiccionales (y que se exterioriza en la motivación de las distintas resoluciones dictadas durante el proceso), también corresponde a las partes civiles, al ministerio fiscal y al defensor del imputado”.⁽²⁰⁾

Así pues, la valoración de las pruebas constituye un juicio de valor, un examen crítico valorativo de la prueba, en el que participan elementos de la lógica y la psicología, de la experiencia y la crítica, y del razonamiento con que se aprecia su veracidad y certeza.

Concluyendo, valorar y apreciar un elemento de prueba es una operación mediante la cual se le da sentido y eficacia, de forma tal que pueda convertirse en base legítima de pronunciamiento jurisdiccional.

3.3.1. VALORACION DE LA PRUEBA EN LA FASE DE INSTRUCCION

En la fase de instrucción, el juez realiza la valoración al inicio de dicha etapa, ello cuando resuelve la situación jurídica del imputado, al dictarse el auto de procesamiento, la falta de mérito o el sobreseimiento.

(20) CAFFERATA NORES, *op. cit.*, p. 39.

Al final de la misma, cuando debe pronunciarse sobre la pertinencia o no de la elevación a juicio de la causa, pero sólo cuando haya oposición.

También hace valoración cuando es exigido en vista del planteamiento de un incidente de nulidad.

El agente fiscal no queda excluido de realizar valoración sobre todo a la hora de requerir. De igual forma, el defensor al apelar el auto de procesamiento o al oponerse al requerimiento de elevación a juicio, debe realizar una operación valorativa.

Durante la instrucción, tanto el ministerio fiscal como el defensor del imputado cuentan con la oportunidad de determinar los méritos de los elementos de prueba reunidos para demostrar que son suficientes para la elevación a juicio de la causa, o que por el contrario no lo son, y que es necesario dictar ya sea el sobreseimiento o la prórroga extraordinaria.

3.3.2. VALORACION DE LA PRUEBA EN LA FASE DE JUICIO

En esta etapa procesal de juicio la valoración la realiza el tribunal en conjunto, en el momento de la deliberación. Y es realizada por las partes al establecer sus conclusiones.

Durante la etapa de juicio, las partes civiles, el ministerio fiscal y el defensor del imputado, valoran las pruebas recibidas en el debate, tratando establecer su eficacia para provocar la certeza necesaria para condenar, o que por el contrario no cuentan con dicha cualidad, o también que las pretensiones civiles deducidas carecen de fundamento de acuerdo al interés de quien formule el alegato.

3.3.3. EL JUZGADOR Y LOS SISTEMAS DE VALORACION DE LA PRUEBA

La valoración de la prueba es la operación mental que realiza el juzgador con el objeto de formarse una convicción sobre la eficacia que tengan los medios de prueba que se hubieran introducido al proceso. Dicha valoración tiende a verificar la concordancia entre el resultado del probar, y la hipótesis o hechos sometidos a demostración en la instancia.

De acuerdo con esta actividad, el órgano jurisdiccional, según se lo autoriza la ley, otorga a lo probado las consecuencias y efectos que su entender y conciencia le dictan en relación con los hechos condicionados por la prueba, para su aceptación en el fallo definitivo.⁽²¹⁾

(21) DIAZ DE LEON (Marco A.), *Tratado sobre las pruebas penales*, México, D.F., Editorial Porrúa, S.A., 3a. ed., 1991, p. 318.

Se identifican principalmente tres sistemas que el juzgador aplica conjunta o separadamente para valorar la prueba: de la íntima convicción, de la prueba legal tasada y del libre convencimiento.

Con el sistema de la íntima convicción el juez aprecia libremente el valor de las pruebas, pero la decisión que toma no es producto de la arbitrariedad, pues debe ineludiblemente basarse en las reglas de la razón y de la lógica, buscando en todo momento la legalidad de las actuaciones y del procedimiento en general. La decisión tomada se da en la conciencia del juez.

En este sistema podemos distinguir claramente dos elementos:

- 1) La inexistencia de una norma legal que determine el valor que debe ser dado a las pruebas por parte del juez.
- 2) No es exigido al juzgador explicar o fundamentar las razones que llevaron a determinar su juicio.

Se basa en la circunstancia de que el juez forma libremente su convicción, acerca de la verdad de los hechos afirmados en el proceso, por el resultado de las pruebas, empleando las reglas de la lógica, la experiencia y el conocimiento de la vida. El sistema no autoriza al juez a valorar pruebas a su capricho, o a entregarse a la conjetura o a la sospecha, sino que supone una deducción racional partiendo de datos fijados con certeza.⁽²²⁾

En el mismo sentido, manifiesta CAFFERATA que:

“En el sistema de la íntima convicción, la ley no establece regla alguna para la apreciación de las pruebas. El juez es libre de convencerse, según su íntimo parecer, de la existencia o inexistencia de los hechos de la causa, valorando aquéllas según su leal saber y entender. A ésta debe agregársele otra característica cual es la inexistencia de la obligación de fundamentar las decisiones judiciales.

Si bien este sistema, propio de los jurados populares, tiene una ventaja sobre la prueba legal, pues no ata la convicción del juez a formalidades preestablecidas (muchas veces ajenas a la verdad real), presenta como defecto evidente el de no exigir la motivación del fallo, generando el peligro de arbitrariedad y, por ende, de injusticia”.⁽²³⁾

(22) DIAZ DE LEON, *op. cit.*, p. 321.

(23) CAFFERATA NORES, *op. cit.*, pp. 41-42.

Con el sistema de la prueba legal tasada el juez se convierte en un esclavo de la ley, en el sentido de que le es obligatorio aplicar al pie de la letra lo que ha sido prefijado por el legislador. El juez se ve obligado a adherir sus decisiones a disposiciones rígidas, lo que impide una verdadera indagación de la prueba.

La ley o la costumbre obligan que toda prueba introducida al proceso tenga un valor probatorio exacto, teniendo el juez que condenar cuando la prueba se produce y absolver cuando la misma no es aportada.

El legislador de antemano le fija al juez reglas precisas y concretas para apreciar la prueba, que se traslucen en una verdadera tasa de pensar y del criterio judicial. Dicho sistema convierte al juzgador en un “autómata”, y en el mismo se produce un sacrificio de la justicia a la certeza.

Sin temor a equivocarnos, podemos afirmar que afortunadamente este sistema ha ido perdiendo terreno, y decimos afortunadamente porque impide la correcta y precisa determinación del caso concreto y, por ende, su adecuada subsunción en la hipótesis normativa que le corresponde; lo cual, a su vez, se traduce en un insalvable obstáculo para la justa composición del litigio.

En este sistema existe definitivamente una regulación legislativa que constriñe al juez a reglas abstractas preestablecidas que le indican la conclusión a la que debe llegar forzosamente ante la producción de determinados medios de probar. No teniendo confianza el legislador en las deducciones del juez, le impone con este sistema una lógica oficial pretendiendo con ello darle al pueblo el convencimiento de que las sentencias se someten a la ley.⁽²⁴⁾

Apunta CAFFERATA al respecto que:

“En el sistema de la prueba legal es la ley procesal la que pre-fija, de modo general, la eficacia conviccional de cada prueba, estableciendo bajo qué condiciones el juez debe darse por convencido de la existencia de un hecho o circunstancia (aunque íntimamente no lo esté) y, a la inversa, señalando los casos en que no puede darse por convencido (aunque íntimamente lo esté).

Se suele señalar como ejemplo del primer aspecto, la norma que establece que el testimonio proveniente de dos personas de buena fama, será plena prueba del hecho sobre el cual recaiga. Como ejemplo del segundo, se recuerda la que impedía, tener por acreditado el hecho delictivo si no constaba la existencia del cuerpo del delito.

Este sistema, propio del proceso de tipo inquisitivo, rigió principalmente en épocas de escasa libertad política (constituyendo

(24) DIAZ DE LEON, *op. cit.*, p. 319.

un fenómeno correspondiente la falta de libertad judicial), como un curioso intento de garantía para el imputado, en el momento de la sentencia definitiva, frente a los extraordinarios poderes otorgados a los jueces por la ley en todo el procedimiento previo”.

Lo anterior evidencia que este sistema no es el más apropiado para descubrir la verdad real, porque puede suceder que la realidad de lo acontecido pueda probarse de un modo diferente del previsto por la ley. Ello ha provocado que en la actualidad en forma casi generalizada dicho sistema haya sido abandonado, no obstante que sus reglas no deben ser descuidadas a la hora de la libre valoración por parte del juez”.⁽²⁵⁾

Importante es señalar, a modo de ejemplo, que dentro del proceso penal alemán, al igual que en la mayoría de las legislaciones, como la costarricense, no existe absolutamente ninguna prueba que tenga su valor tasado por la ley, lo que demuestra el abandono en que el sistema de la prueba legal tasada ha caído.⁽²⁶⁾

El sistema del libre convencimiento se caracteriza por el hecho de que la ley no establece ninguna norma que determine el valor que debe ser dado a las pruebas por parte del juzgador. En él, el juez se encuentra en libertad de admitir cualquier prueba, siempre que la misma sea evidentemente útil y pertinente para llegar a la verdad real buscada a través del proceso. La libertad que le es dada al juez no significa en modo alguno que su decisión pueda ser arbitraria, valorando en forma caprichosa las pruebas introducidas en el proceso.

La sana crítica es un sistema que admite por un lado libremente, toda prueba que sea susceptible y útil para lograr la averiguación de la verdad, cosa que no ocurría en el sistema de la prueba legal o tasada, y por otro lado, toda esa prueba debe ser valorada racionalmente, conforme a las reglas de la lógica, la experiencia y la psicología, es decir, de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, lo que es contrario a lo establecido en el sistema de la íntima convicción.

El sistema de la libre convicción no puede ni debe significar, sobre todo, libertad en el juez para sustituir a la prueba (y consiguientemente a la crítica de la prueba), por conjeturas o, por honesta que sea, su mera opinión.⁽²⁷⁾

En ese mismo sentido, señala CAFFERATA que:

“El sistema de la libre convicción o sana crítica racional..., establece la plena libertad de convencimiento de los jueces, pero exige..., que las conclusiones a que se llega sean el fruto racional de las pruebas en que se las apoye.

Claro que si bien en este sistema el juez no tiene reglas que limiten sus posibilidades de convencerse, y goza de las más amplias facultades al respecto, su libertad encuentra un límite infranqueable: el respeto a las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano. La libre convicción se caracteriza, entonces, por la posibilidad de que el magistrado logre sus conclusiones sobre los hechos de la causa, valorando la prueba con toda libertad, pero respetando al hacerlo los principios de la recta razón, es decir, las normas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común.

La otra característica de este sistema es la necesidad de motivar las resoluciones, o sea, la obligación impuesta a los jueces, de proporcionar las razones de su convencimiento, demostrando el nexo racional entre las afirmaciones o negaciones a que se llega y los elementos de prueba utilizados para alcanzarlas”.⁽²⁸⁾

Apunta MANZINI que:

“...dado el principio de la libre convicción, cualquiera comprende con qué escrúpulo habrá de proceder en la valoración de la prueba... La misma inflexible virtud del magistrado, no iluminada por el ingenio, ni guiada por la objetividad, puede llevarlo a la injusticia”.⁽²⁹⁾

De acuerdo con GOMEZ COLOMER:

“...sobre el resultado de la práctica de las pruebas decidirá el Tribunal, según su libre convencimiento formado de la totalidad de la vista. “Libre” significa, evidentemente, sólo que el Juez no está ligado a reglas probatorias legales, no significa que el Juez pueda prescindir, por ejemplo, de conocimientos y experiencias criminalísticas”.⁽³⁰⁾

Dentro de este sistema, el convencimiento ya no se da a lo interno del juzgador de forma inmotivada, sino que por el contrario la convicción debe ser

(25) CAFFERATA NORES, *op. cit.*, pp. 40-41.

(26) GOMEZ COLOMER (Juan Luis), *El proceso penal alemán, introducción y normas básicas*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, S.A., 1985, p. 133.

(27) LEONE (Giovani), *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editorial E.J.E.A., 1963, t. II, p. 157.

(28) CAFFERATA NORES, *op. cit.*, pp. 42-43.

(29) MANZINI (Vincenzo), *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editorial Egea, 1952, t. III, p. 199.

(30) GOMEZ COLOMER, *op. cit.*, p. 133.

externa y a la vez motivada, lo que posibilita que luego puedan ser empleados los mecanismos de impugnación que autoriza expresamente la ley.

El legislador costarricense estableció en el inciso 4° del artículo 400 del Código de Procedimientos Penales,⁽³¹⁾ que una causa de nulidad de la sentencia es que la misma haya sido dictada sin observar las reglas de la sana crítica, lo que demuestra sin duda alguna que este sistema es una realidad en nuestro ordenamiento jurídico penal.

4. CONCLUSIONES

La actividad probatoria dentro del proceso penal se desarrolla principalmente en tres momentos: de producción, de recepción y de valoración. En estos tres interviene no solo el órgano jurisdiccional, también actúan los otros sujetos procesales, sea, la fiscalía, el imputado y su defensa, el actor civil y el demandado civil (en caso de una acción civil resarcitoria).

El juzgador penal costarricense, en relación con el momento de valoración del material probatorio, se halla obligado a acogerse a los principios de la sana crítica racional al realizar la labor axiológica referida, por ende, no le es permitido hacer uso de los sistemas de la íntima convicción y de la prueba legal tasada. Debe someterse al sistema del libre convencimiento, que tiene como pilar capital la sana crítica racional.

Debemos reafirmar finalmente la tesis de que no solo el juez penal valora el material probatorio, pues las partes al establecer sus alegatos y fundamentar sus conclusiones realizan una labor valorativa de la prueba.

(31) CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. ARTICULO 400.—La sentencia será nula:

- 1) Si el imputado no estuviere suficientemente individualizado;
- 2) Si faltare la enunciación del hecho punible que fuera objeto de la acusación, o la determinación circunstanciada del que el tribunal estime acreditado;
- 3) Cuando se base en medios o elementos probatorios esenciales no incorporados legalmente al debate;
- 4) Si faltare o fuere contradictoria la fundamentación de la mayoría del tribunal, o no se hubieran observado en ella las reglas de la sana crítica racional, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo;
- 5) Cuando faltare o fuere incompleta en sus elementos esenciales la parte dispositiva; y
- 6) Si faltare la fecha del acto o la firma de los jueces, salvo lo dispuesto en la última parte del artículo 395.

5. BIBLIOGRAFIA

TRATADOS

- DIAZ DE LEON (Marco A.). *Tratado sobre las pruebas penales*, México, D.F., Editorial Porrúa, S.A., 3a. ed., 1991, 850 pp.
- LEONE (Giovani). *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editorial E.J.E.A., 1963, t. II.
- MONZINI (Vincenzo). *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editorial Egea, 1952, t. III, 775 pp.

LIBROS

- CAFFERATANORES (José I.). *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1988, 208 pp.
- GOMEZ COLOMER (Juan Luis). *El proceso penal alemán, introducción y normas básicas*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, S.A., 1985, 628 pp.

ARTICULOS EN REVISTAS

- BRAVO ALVAREZ (Róger). *Apreciación de las pruebas en el proceso penal*. *Revista Judicial*, San José, N° 47, septiembre de 1989, pp. 55-68.
- HOUED VEGA (Mario Alberto). *Carga de la prueba en el proceso penal*. *Revista de Ciencias Penales*, San José, vol. II, N° 3, noviembre de 1990, pp. 40-44.

LEYES

- Código de Procedimientos Penales*, Ley N° 5377 de 19 de octubre de 1973, San José, Porvenir, 6a. ed., 1992, 238 pp.

COMERCIO Y MEDIO AMBIENTE EN LAS RELACIONES
COMERCIALES NORTE SUR: GATT, OMC
Y LOS ACUERDOS INTERNACIONALES
SOBRE MEDIO AMBIENTE(*)

Lic. Ricardo Meléndez Ortiz(**)

- (*) Ponencia al III CONGRESO DE DERECHO INTERNACIONAL ECONOMICO. Ciudad de Panamá, Panamá (14 de octubre de 1994).
- (**) Director General de la FUNDACION FUTURO LATINOAMERICANO con sede en Quito, Ecuador. Ha sido desde 1988 negociador de Colombia para asuntos comerciales y económicos frente a EE.UU. y las Comunidades Europeas, en la Ronda Uruguay; los procesos de la UNCED y la UNCTAD; el Convenio Marco sobre Cambios Climáticos, el Protocolo de Montreal, el IPCC, la Convención de Basilea y otras negociaciones sobre comercio, desarrollo y medio ambiente. De 1990 a 1994 fue delegado permanente de su país ante el GATT y la UNCTAD y en 1993/94 vicepresidente y presidente de la organización de países exportadores de textiles (ITCB), en Ginebra. Realizó estudios en las universidades de Los Andes (Colombia) y Harvard (EE.UU.). *Las opiniones del autor son de su responsabilidad y no comprometen a la Fundación.*

14. 92/9

COMERCIO Y MEDIO AMBIENTE EN LAS RELACIONES
COMERCIALES NOROCCIDENTALES SUR: GATT, OMC
Y LOS ACUERDOS INTERNACIONALES
SOBRE MEDIO AMBIENTE

Las Relaciones Comerciales

(*) Seminario III CONGRESO DE DERECHO INTERNACIONAL ECONOMICO
Ciudad de Panamá, Panamá (14 de octubre de 1994)

(**) Director General de la FUNDACION FUTURO LATINOAMERICANO con
señores Quintero, Leal y otros. He sido desde 1988 negociador de Colombia para asuntos
económicos y comerciales frente a EEUU y las Comunidades Europeas en la
Ronda Uruguay. Los procesos de la UNCTAD y la UNCTAD: el Convenio Marco
sobre Cambio Climático, el Protocolo de Montreal, el IPCC, la Convención de
Basilona y otras negociaciones sobre comercio, desarrollo y medio ambiente. De
1990 a 1994 fue delegado permanente de su país ante el GATT y la UNCTAD.
en 1993 viajó a Ginebra, Suiza, para presentar la organización de países en desarrollo
de la OMC (TTC) en Ginebra. Realizó estudios en las universidades de la
Yale (Colombia) y Harvard (EEUU). Los estudios del autor son de su
responsabilidad y se encuentran en la Fundación.

A manera de introducción

1. Enfrentar la cuestión desde la perspectiva que se me plantea en el enunciado requiere una comprensión del proceso de negociaciones que ha ido dando forma en los últimos años a un marco de relacionamiento internacional muy particular en el cual nos movemos hoy día. La secuencia histórica del debate, anotada desde una posición crítica, es el enfoque que he considerado más apropiado para tratar la complejidad del tema.

El momento

2. Este Congreso se realiza en un momento particularmente oportuno para hablar sobre como se juega la interfase entre las aspiraciones comerciales y los objetivos ambientales en el plano de la elaboración de principios y normas del derecho económico internacional.

3. Esta semana tuvo lugar en la región la Cumbre Centro-Americana de Ecología a nivel Presidencial, donde el tema se trató. El Hemisferio se prepara para la Cumbre de las Américas que reunirá a todos sus líderes, en dos meses, para hablar de democracia, esencialmente, pero también de la integración comercial, del desarrollo sostenible y, con especificidad —se espera— sobre lineamientos para manejar a nivel Hemisférico la interacción entre políticas comerciales y ambientales.

4. Por su parte, en la esfera local, como ustedes lo han escuchado hoy y lo habrán evidenciado en la prensa en los últimos días, se prepara intensamente la última fase de negociaciones para la adhesión de Panamá al Acuerdo General de Aranceles y Comercio, GATT.

5. Allí, en el sistema multilateral de comercio, venimos de la aceptación en abril pasado y por parte de cerca de 120 países, de los resultados de la última de sus rondas de negociación, la Ronda Uruguay y de la firma de los convenios consecuentes para la creación de la Organización Mundial de Comercio. A la fecha, nos encontramos en el período de ratificaciones parlamentarias en los países signatarios que, de sucederse como se ha programado, deberá dar lugar a la puesta en vigencia de los resultados de los acuerdos de la Ronda y el surgimiento de la OMC en menos de tres meses, es decir para el primero de enero de 1994.

El marco de formulación de política

6. Propongo que intentemos comenzar por el principio y lo hagamos brevemente como vía para entender el asunto del cruce entre los temas comercial y ambiental, que muy frecuentemente es abusado en formulaciones simplíficas, titulares y argumentaciones fáciles.

7. Las sociedades de los países avanzados y las de los menos avanzados, constantemente definen objetivos de desarrollo que sirvan de guía a su quehacer económico, social y político. Por su naturaleza, estos objetivos y las prioridades que enfatizan son dinámicos y cambiantes en el tiempo y en el espacio. Se trata de objetivos nacionales que se adaptan de manera sui géneris a la diversa geografía humana propia de cada país.

8. El progreso económico es componente esencial, si bien no único de los objetivos de desarrollo. Sus metas se impulsan mediante modelos de manejo de la interacción entre variables de la actividad económica.

9. Por su parte la conservación y el manejo de los recursos naturales y del medio ambiente, el bienestar social y las otras dimensiones, propósitos y componentes de los objetivos de desarrollo, son moldeados por los modelos económicos y las aspiraciones sociales y políticas. De manera que es cambiante también el énfasis que se acuerda dar a estos componentes como objetivos subordinados a aquel ulterior de desarrollo. Y, no obstante que los objetivos de desarrollo se definen usualmente en un contexto nacional, la interdependencia económica entre las naciones, a razón del movimiento de factores a través de las fronteras, y las facetas globales de algunos de sus componentes como el ambiental, otorgan a las causas y efectos del desarrollo (a su flujo metabólico, dirían los biólogos) una vastedad internacional.

10. Tengamos en mente, para volver permanentemente sobre ello, que es entonces en el plano del relacionamiento, a veces conflictivo, entre propósitos ambientales y aspiraciones de progreso económico, en los niveles nacional y global, donde se ubica el debate entre comercio y medio ambiente y donde se juega la normatización de su actuar.

La evolución del marco internacional donde se adelanta el debate: el desarrollo sostenible como objetivo de desarrollo

11. En los últimos años se ha propuesto re-definir esta interacción entre componentes de los objetivos de desarrollo, en torno al concepto de *desarrollo*

sostenible que enfatiza la armonía entre la búsqueda de la equidad intergeneracional (refiriéndose a la cuestión del capital natural) y la satisfacción de las aspiraciones de calidad de vida y el derecho al progreso económico (al referirse al bienestar humano).⁽¹⁾ Durante la llamada Cumbre de la Tierra, en junio de 1992, la totalidad de países del Orbe abrazaron este objetivo de desarrollo sostenible, comprometiéndose a enrumbar sus políticas hacia el logro de su alcance en los planos nacional y global, en las esferas del desarrollo físico (incluido lo ambiental), económico, social y político.

12. De hecho, el consenso internacional de dar giro hacia la sostenibilidad se construyó con base en la elaboración de un nuevo enfoque sobre el problema del desarrollo y el medio ambiente, que se cataliza en los años ochenta. Enfoque éste que se asocia particularmente con el trabajo de la Comisión Brundlandt y que permeó una agenda internacional que en ese momento se encontraba revisando los principios, objetivos y misión de la cooperación internacional. Es un momento en que confluyen, con intensidad y simultaneidad, los procesos de reorientación del sistema de Naciones Unidas, de sus agencias y foros sobre desarrollo, el PNUD y la UNCTAD en particular. La definición de un orden en materia de cooperación ambiental que se adelanta de manera prominente en las negociaciones globales sobre Cambio Climático, Diversidad Biológica, Desechos Tóxicos, Bosques y las propias de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo. En paralelo, se avanzaba desde 1986 en el seno del GATT: la Ronda Uruguay, la más ambiciosa ronda de negociaciones comerciales de la historia, en términos de cobertura por número países participantes y áreas de actividad económica.

(1) La cobertura del *desarrollo sostenible* es mejor capturada y apreciada a partir de una definición conceptual y analítica. No obstante con el solo objeto de adelantarnos al requerimiento de una definición del término, cabe hacerlo aquí retomando la ofrecida en el informe de la Comisión Brundlant que sintetiza diciendo que "es un desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras de satisfacer sus propias necesidades. Encierra en sí dos conceptos fundamentales: *necesidades*, en particular, las necesidades esenciales de los pobres del mundo, a las que debe concederse una prioridad preeminente, y la idea de que el estado de la tecnología y la organización social imponen limitaciones a la capacidad del medio ambiente de satisfacer las necesidades presentes y futuras". Estratégicamente se trata de reavivar el crecimiento; cambiar la calidad de éste; satisfacer las necesidades esenciales de trabajo, alimentos, energía, agua, y saneamiento; asegurar un nivel de población sustentable; conservar y potenciar los recursos disponibles; reorientar la tecnología y controlar sus riesgos; y combinar las consideraciones ambientales y las económicas en el proceso decisorio hacia el desarrollo.

13. En la construcción del consenso mundial, se presentó un difícil forcejeo entre países en desarrollo y países desarrollados, como consecuencia de la búsqueda, por parte de los primeros, de una consolidación de los términos de las relaciones norte-sur que venían reivindicándose desde décadas pasadas. Y por parte de los países desarrollados, el lastre de enfoque y la actitud que surge del paternalismo del pasado inmediato que todavía hoy día continúa marcando la posibilidad de materializar los acuerdos. Resumiendo (en el conocimiento de la simplificación que esto conlleva) baste decir por ahora que los gobiernos de los países más ricos, apuestan durante estos procesos y, en general, a la conformación de un estricto ordenamiento internacional con respecto a la *conservación* de los recursos naturales. En una demostración de conocimiento más profundo sobre la materia y, por tanto de mayor sensibilidad para con el tema, la sociedad civil interesada de estos mismos países, se ubica del lado del concepto más integral de sostenibilidad reclamando que la protección ambiental vaya de la mano con el crecimiento económico y el desarrollo social. Casi al unísono, los países en desarrollo, completan este requerimiento exigiendo (en un resumen crudo que omite la complejidad de las posiciones y las alianzas) *transferencias financieras, transferencias de tecnología y acceso a los mercados desarrollados como base de cualquier esquema de cooperación internacional* entendida por todos como imperativa para resolver los apremiantes problemas ambientales. Al final esta propuesta prevalece, en gran parte como resultado del movimiento, hacia posiciones de concertación, de aquellos países desarrollados con estamentos civiles suficientemente influyentes a través de envidiables esquemas participativos.

14. En el debate se reafirma, y así se consigna en los varios acuerdos, el postulado tradicional de la teoría de desarrollo, en el ámbito del análisis económico utilitarista, que privilegia al comercio internacional como un instrumento de crecimiento. Más allá aun, se reitera que el *libre comercio* genera riqueza para el logro de los objetivos ambientales; que contribuye a que se dé una asignación más eficiente de recursos, incluyendo los ambientales, de manera que el mismo nivel de producción se logre con una mejor utilización de ellos; y que la liberalización del comercio es una vía válida como proceso de reformas de políticas comerciales restrictivas que contribuyen a gestar el dano ambiental: caso prominente es el de las políticas agrícolas de los países desarrollados que generan un agotamiento del suelo y de los recursos hídricos y una utilización intensiva de agroquímicos con efectos altamente contaminantes. Políticas estas que se han basado en preceptos de protección a la industria local y en instrumentos tales como los subsidios, las ayudas directas y todo tipo de barreras al acceso de productos extranjeros de competencia.

15. Por otro lado, es preciso recordar que todo esto sucede en momentos en que las tendencias económicas se inclinan hacia formulas de política neoliberal (como se ha dado a llamar este retorno a la ortodoxia económica de vuelta del siglo). Se presenta también contra un telón en el cual los insumos de capital, trabajo y tecnología que dan levante a un producto terminado, transable, se mueven con libertad a través de las fronteras. Y donde el papel de los bienes primarios, intermedios y finales en las funciones de exportación e importación de los países ha pasado a ser indistinto del nivel de desarrollo. *Una realidad económica de interdependencia* no solamente moldeada por las llamadas ventajas comparativas sino también por las ventajas absolutas. O sea que el lugar de cada país en el ajedrez comercial internacional depende cada vez menos de las ventajas que le otorgan los factores atrapados al interior de sus fronteras, como la tierra, los activos ambientales y, todavía, su mano de obra, y cada vez más de su capacidad para emplear factores móviles, particularmente capital, tecnología y conocimientos e información. Tal es la realidad del comercio internacional y la topografía de las relaciones económicas entre países, subrayo, con base en una *mezcla entre ventajas comparativas y absolutas*. Es imperativo comprender la diferencia entre este mundo de finales de los ochenta y principios de los noventa y el mundo que se percibía hace treinta años y que da lugar a los términos Norte-Sur en el debate sobre la cosa económica internacional.

16. Por el lado ambiental, no obstante los alarmantes índices de deterioro que se ponen de presente cada día, en ese momento *se ha pasado del paradigma de los límites del crecimiento* que se pregonaba en 1970, a partir de los postulados del Club de Roma, a la idea del crecimiento con atención a las oportunidades de desarrollo de las generaciones futuras. Del letargo que significaba proponer la detención del progreso y el crecimiento biológico a la búsqueda prolífica de vías y medios para *hacer compatible las actividades económicas y antropogénicas en general con la capacidad de carga biótica de los ecosistemas*.

El consenso internacional en torno a los principios que rigen hoy la relación conceptual y los términos del debate

17. Con base en el concepto de desarrollo sostenible, en 1992 se consignan una serie de principios que habrán de regir la evolución del derecho internacional económico y ambiental. Esto sucede, en secuencia de domino, primero en la Octava Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo UNCTAD para ser posteriormente transpuestos básicamente idénticos en los tratados ambientales de 1992 a los que ya hicimos referencia (particularmente, la Convención Marco sobre Cambio Climático, la de Diversidad

Biológica, los Principios de Rio, la Agenda 21 y los Principios no Vinculantes sobre Bosques) y finalmente en el ámbito del sistema de comercio multilateral GATT.

18. De allí, seis principios son los más relevantes en el análisis de la interacción entre políticas ambientales y comerciales: (1) el principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales; (2) el principio de la cooperación internacional como vía para la resolución de asuntos ambientales trans-fronterizos; (3) el principio del que contamina paga; (4) el principio de la dualidad normativa según niveles de desarrollo (un mismo estándar económico no es necesariamente válido en dos países con condiciones ambientales, sociales, políticas y económicas diferentes); (5) el principio de responsabilidad común pero diferenciada (haciendo relación a la degradación y la contaminación ambiental de bienes comunes – global commons – océanos, la atmósfera, etc.); (6) el principio de responsabilidad integral (de cuna a tumba) en la gestión productiva.

19. Y a un nivel no consensuado y todavía exceptuado y por tanto no pleno, los principios de (1) acción precautelativa; (2) de la jurisdicción propia o la *insubsidiaridad*; (3) de acudir al multilateralismo en la formulación de medidas comerciales que busquen la remediación de problemas ambientales.

Comercio y medio ambiente en el sistema multilateral de comercio

20. En el mundo real, estos avances en el debate intergubernamental, se reflejan como causa y consecuencia del proceso, en una demanda mayor por un ambiente sano y por bienes y servicios favorables al medio ambiente. El surgimiento y constante evolución y crecimiento de esta demanda constituye un elemento clave para el entendimiento de la tensión que el tema genera en las relaciones comerciales internacionales.

21. El anterior conjunto de desarrollos pone a disposición de los gobiernos una canasta, ahora aceptable, de herramientas de política cada vez más creativas y compleja y que incluye las medidas comerciales como parte de un conjunto de actividades económicas inseparables para el logro de los objetivos ambientales.

22. La reacción de los gobiernos en desarrollo, la mayoría de ellos en plena expansión de economías ahora orientadas hacia afuera (es decir, economías con un nuevo sesgo exportador) subraya que es inadecuado y un error de consecuencias trágicas, proponer las restricciones al comercio como remedio para los problemas ambientales. Siquiera privilegiarlas frente a otros instrumentos

como la internalización de costos por la vía taxativa, la utilización de esquema de mercado como licencias transables de emisión (por dar tan solo un ejemplo) o la simple regulación directa, es ya de por sí arriesgado en sus consecuencias. Este planteamiento, respaldado además por las naciones menos desarrolladas del grupo de la OECD (en particular, Australia, Nueva Zelanda y ahora México), no es sin embargo compartido del todo por los sectores no-gubernamentales de los países en desarrollo, particularmente los pro-conservacionistas que se unen a sus contrapartes en el mundo desarrollado para comenzar a reclamar públicamente la modificación del sistema multilateral de normas comerciales. Esta singular dinámica en el relacionamiento internacional impresa por las actuaciones de la sociedad civil y la presentación pública de una dicotomía más bien simple de las aspiraciones a nivel doméstico, además en posiciones totalmente diferentes a las que se presentaron durante los debates de surgimiento de los consensos hacia el desarrollo sostenible, constituyen un factor crítico en el debate comercio y medio ambiente.

23. En la Conferencia Ministerial de Bruselas de la Ronda Uruguay de diciembre de 1990, los países de la, ahora moribunda, Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA por sus siglas en inglés) hacen eco a estos reclamos y en este contexto, en 1991 se reactiva el Grupo de Trabajo del GATT, creado a partir de la Conferencia de Estocolmo en los años setenta para explorar los aspectos comerciales de la contaminación industrial. El nuevo foro retoma ahora los elementos del debate en otras esquinas y se plantea desde una perspectiva muy práctica, pero limitada, la siguiente pregunta; *¿a la luz de las normas vigentes del GATT cuando es aceptable la utilización de una medida restrictiva al comercio como instrumento para el logro de los objetivos ambientales y de desarrollo sostenible?*

24. El trabajo de este grupo se adelanta mientras avanza en paralelo el sonado caso sobre la Ley de Mamíferos Marinos de los EE.UU. de 1992 con base en la cual este país impuso un embargo a las importaciones de atún capturado por barcos mexicanos en aguas mexicanas e internacionales, argumentando tasas inusitadas de pesca involuntaria y de mortandad en otros tунidos, especialmente de delfín. La demanda que México hace con recurso al mecanismo *quasi*-judicial de solución de diferencias del GATT, concluye sobre la incompatibilidad con los preceptos del GATT del uso de medidas unilaterales para fines ambientales y del uso de medidas comerciales con respecto a procesos productivos que se adelanten en jurisdicciones ajenas. Los méritos que justifican las medidas están a disposición de quien los quiera analizar en las memorias del caso (particularmente el Informe del Grupo Especial). Es interesante para el debate internacional el abismo que separa el recibimiento del informe entre la comunidad intergubernamental que trabaja la materia en el GATT y otros foros y la reacción de la opinión pública,

mientras el primer estamento lo acoge en su inmensa mayoría, países desarrollados y en desarrollo por igual, la opinión pública, con las ONGs ambientalistas a la cabeza, lo denuncia como arbitrario y lo utiliza de ahí en adelante como demostración del poder perverso del sistema multilateral de comercio frente a cruzadas morales de la sociedad. Una interpretación sesgada e injusta que se mantiene hasta hoy día, con inmensas repercusiones sobre el sistema, ubicada además en un plano muy básico de simplificación que paradójicamente le permite a la misma vez recoger grandes números de adeptos y lanzar propuestas igualmente primitivas.

25. Este impasse moldea el contenido de discusión del Grupo de Trabajo intergubernamental que examina, durante tres años y con mandato exclusivamente analítico, las cuestiones de la unilateralidad, la extrajurisdiccionalidad, el uso de medidas comerciales con base en acuerdos ambientales internacionales y los, para entonces cada vez más populares, programas sobre eco-etiquetas y la utilización forzosa de eco-empaques. Todos temas que si bien no surgen únicamente de la acción de embargo de EE.UU. sobre México en el caso del atún, están allí materializados en la forma de una ley federal y de medidas reglamentarias de la misma, en el país con el mayor poder de mercado en el mundo. Las conclusiones y recomendaciones del Grupo Especial o Panel de solución de diferencias nombrado para el efecto en el GATT, ven la luz en el momento en que se negocia el lenguaje sobre conceptos y principios para el manejo intergubernamental del cruce entre comercio y medio ambiente para ser registrado en el Compromiso de Cartagena, el documento resultante de la Octava UNCTAD. Como lo anotaba ya arriba, pero no sobra reiterarlo, dicho lenguaje, logrado luego de difíciles deliberaciones, impulsado por alianzas entre los países latinoamericanos y la entonces Comisión de las Comunidades Europeas y moldeado por esta decisión de solución de controversias del GATT, es prácticamente el mismo que pasara a los acuerdos de Rio y gobernara la discusión hoy día.

26. Posteriormente en el seno del GATT y de la Ronda Uruguay, en abril pasado en Marrakesh, con la creación de la OMC, se acuerda establecer un Comité de Comercio y Medio Ambiente, con cobertura del ámbito total de la OMC: *bienes, servicios y propiedad intelectual*. Se le otorgan funciones tanto analíticas como prescriptivas: *identificar las relaciones entre medidas comerciales y ambientales con el fin de promover el desarrollo sostenible; y hacer recomendaciones sobre los eventuales requerimientos de modificación de las disposiciones del sistema de comercio internacional*. Estas recomendaciones se negociarán para ser aprobadas en la primera conferencia ministerial que tendrá lugar en 1996.

Una agenda de negociaciones para el sur - el ámbito de la OMC

27. En un modelo de economía abierta, como el que actualmente caracteriza el devenir económico en la región latinoamericana, es preciso entender cuáles son las implicaciones económicas y comerciales de la aplicación de medidas ambientales, normas y estándares principalmente, y cuáles son los tipos de problemas que encontrará el Comité de la OMC creado, con el fin de afectar la agenda venidera en favor de los intereses de los países en desarrollo.

La razón económica detrás de las medidas comerciales con objetivos ambientales

28. Desde de una perspectiva de racionalidad económica, el impacto ambiental significativo constituye una *externalidad*. Una vez definido el desarrollo sostenible como derrotero del desarrollo, se buscará que los objetivos ambientales apoyen mutuamente a los de progreso económico, o en argot de la biología, que estén guiados por una relación *mutualista*. Para ello se tenderá a la incorporación de los costos ambientales de prevención, conservación o remediación, en las funciones micro y macro económicas, con el fin de corregir lo que de otra manera serían ahora fallas del mercado o fallas en la aplicación de política económica y de establecer señales en el mercado que manejen o re-orienten las preferencias del consumidor hacia comportamientos ambientalmente responsables por parte de productores y consumidores.

29. Casos típicos de lo primero, la internalización de costes ambientales, son la aplicación de estándares de emisión sobre fuentes móviles o fijas, la imposición de cargas tributarias en la regulación de efluentes en un proceso productivo, etc. Por su lado, es típico de la manipulación de preferencias del consumidor la aplicación de esquemas de eco-etiquetas o de imposiciones sobre el embalaje, mediante los llamados esquemas de eco-empaques. Estas dos modalidades son estándares "voluntarios" o explícitamente obligatorios transmitidos directamente al consumidor o al productor con el fin de afectar la función de demanda o crear nuevas demandas.

30. En un modelo de desarrollo sostenible, la finalidad de las medidas descritas anteriormente no se circunscribe al objetivo ambiental sino que busca incrementar la eficiencia al evitar las distorsiones que se presentan en el intercambio y la inversión cuando los bienes o los servicios se venden a precios por debajo de sus costos reales, incluyendo los ambientales. Se enfatiza, por que

ciertamente se trata de todo un nuevo enfoque de estructuración de costos que modifica el diseño y la aplicación de política económica tanto a nivel nacional como internacional y que es tan solo aceptado por consenso a partir de los procesos internacionales a que hacemos alusión aquí.

Implicaciones de estas medidas sobre los flujos de comercio

31. En primer plano aparece el problema de los costos incrementales a la producción derivados de la observancia de medidas tales como estándares ambientales, y la consecuente *afección a la competitividad* de los bienes transables. Una moneda de dos caras que surgen ambas de la heterogeneidad de los estándares aplicados con un mismo o similar propósito ambiental: (1) por una parte está la reducción en la competitividad del productor doméstico en su *mercado nacional* frente a importaciones provenientes de países donde los costos son más bajos por cuenta de estándares menores o inexistentes; (2) por otra parte, puede tratarse de la merma en competitividad del exportador doméstico al enfrentar mercados externos gobernados por estándares de más bajo costo, indistintamente de si los estándares en cuestión han sido establecidos a nivel local o global.

32. El efecto sobre la competitividad, resultado de la desigualdad de estándares y medidas ambientales entre economías que compiten por sus mercados y por el mercado global ha dado lugar a las acusaciones sobre *dumping ambiental o ecológico* (refiriéndose a la introducción a un mercado dado de productos de procesos que obedecen a estándares o medidas de menor costo de producción por cuenta de la absorción de costos ambientales bajos). Siendo las legislaciones ambientales más avanzadas, normalmente, en los países avanzados, entre otras cosas, a causa de acuerdos entre ellos, en el seno de la OECD, con relación a internalización de costos ambientales, los dedos acusatorios de *dumping* se dirigen virtualmente a los países en desarrollo. Con sujeción a los principios mencionados arriba,⁽²⁾ estos últimos han rechazado, por ahora exitosamente, estas acusaciones, a la vez que se ocupan con agendas propias, de llenar los vacíos latentes en legislación ambiental a nivel doméstico.

33. Con un menor afán aparente, se comienza a elaborar también el concepto de *subsidio ambiental o ecológico* para referirse a instancias donde (1) los estados absorben explícitamente el costo ambiental al incorporar en el

(2) Particularmente aquellos dos principios sobre (1) dualidad normativa según niveles de desarrollo; (2) responsabilidad común pero diferenciada.

presupuesto total o parcialmente la internalización de costos que corresponden a externalidades producto de una cierta industria; (2) se asume que el estado absorbe costos ambientales que no agrega explícitamente a sus funciones presupuestales pero que se reflejan en los balances globales por la vía de gastos en actividades de prevención, conservación o remediación ambiental; (3) cuando se asume que una sociedad absorbe los costos de internalización al no aparecer estos de otra manera en cuentas de la industria o del estado. De hecho, se refiere a degradación ambiental cuyos costos no se internalizan.

34. Por esta misma línea, se ha abierto algún camino, al menos en el debate, la controvertida idea de *derechos compensatorios ambientales* con el fin de neutralizar los eventuales márgenes de *dumping* o subsidio ambiental. Estos tres conceptos continúan siendo objeto de choque en las relaciones comerciales. De nuevo, ciertos países como Australia, Nueva Zelandia, México y Corea, no obstante que manejan una retórica previamente acordada en las citas de concertación de la OECD, se ubican más cerca a los países en desarrollo en el propósito de no permitir el avance de esos tres conceptos, lo cual se hace, además con recurso a los principios ya mencionados y con fundamento en una realidad difícilmente cuestionable de disparidades en las funciones de costos a razón de la diversidad física, social, económica y política entre naciones.

35. Un segundo renglón de repercusión de las corrientes comerciales es el de la conformación de *barreras adicionales de acceso a los mercados*. Esta implicación, que es cada vez más frecuente, necesariamente llama la atención sobre los *procesos* de fijación de estándares y definición de medidas ambientales. Normalmente se fijan estándares u otras normas para la circulación de un producto en un mercado (por ende, afectan al producto importado como una medida de frontera) con atención a las características del medio ambiente local y, todavía, a las necesidades particulares de la producción doméstica. Sin intención de imponer gravámenes adicionales al producto importado sobre el nacional, muchas veces se imponen cargas que, mientras son tecnológica y financieramente viables para el productor local, lo son ampliamente onerosas para el productor externo que al final ve reducidas sus oportunidades de acceso al mercado. A diferencia de la discusión internacional con relación a la *afección* de la competitividad, en este caso los reclamantes de un *fair play* son los países en desarrollo. Nuevamente, la razón de ello se encuentra en la asimetría evidente en la evolución de los marcos normativos nacionales y que refleja una correlación entre nivel de desarrollo nacional y complejidad y cobertura de la norma ambiental.

36. Un tercer nivel de impacto es el de la *restricción severa o prohibición a la importación*. Difiere de la categoría anterior en tanto que en este caso la

medida no se erige indirectamente como barrera al acceso por su naturaleza sino que la es constituida como una restricción directa a la importación. Es, por ejemplo, la prohibición misma. Normalmente surge de la necesidad de evitar o minimizar la vulnerabilidad del ambiente local frente a fuentes externas de potencial impacto significativo, bien sea a causa de efectos generados por el producto mismo o a características de su producción que sean verificables en el producto final. Se utiliza también con el fin de otorgar viabilidad a estándares o medidas que han sido fijadas en procesos internacionales de carácter plurilateral y no global (el caso típico de los estándares acordados por las partes del Protocolo de Montreal). Sobre la utilización de medidas de este tipo, los dedos señalan a unos y otros países desde la mira de unos y otros. Suficiente decir aquí que es el tipo de medida comercial menos deseada en un esquema de promoción de libre comercio, como el GATT o la OMC.

La labor del Comité de Comercio y Medio Ambiente de la OMC en la creación de derecho internacional económico sobre la materia

37. La creación del Comité fue en sí misma objeto de difíciles negociaciones. Los países en desarrollo trabajaron propuestas sobre los términos deseados de incorporación del debate en el nuevo GATT tan solo durante el corto interregno entre la culminación de las negociaciones de la Ronda (diciembre de 1993) y la Conferencia de Marrakesh. En un principio nuestros países rechazaban la idea de una instancia institucional que pudiera hacer el juego a los intereses proteccionistas encubiertos de los países de la EFTA, la Unión Europea, Canadá y EE.UU., principalmente. La posición de *demandeurs* de estos últimos, responde claramente a la presión ejercida por su sociedad civil organizada y los corresponsales de ella en el mundo en desarrollo y se afianza con la llegada de la Administración Clinton y las presiones que imponen los límites de la autorización parlamentaria al Ejecutivo norteamericano para concluir esta Ronda.⁽³⁾ Al final el compromiso de crear el Comité se alcanza con fundamento en dos parámetros esenciales: (1) El consenso sobre la *limitación de la competencia de la OMC al área de coordinación de políticas en torno al comercio internacional*. Algo que pareciera obvio pero que en tres años del Grupo de Trabajo anterior no era aceptado por los *demandeurs*, algunos de los cuales deseaban ver la

(3) Es preciso recordar que el sistema se ve presionado, una vez más en su historia, por los términos de la autorización de negociación al Ejecutivo, ya dos veces renovada y con la facultad que vence en 1994 sobre trámite expedito ("fast track") que es la base de credibilidad del negociador norteamericano sobre terceras partes.

ampliación de competencias de la OMC a otras áreas de la actividad económica y del desarrollo, utilizando para ello el argumento ambiental. (2) El consenso sobre la *precedencia de los balances intrínsecos en los resultados de la Ronda*, tanto en cada materia negociada como en el famoso *todo unico*. Es decir que si surgieran conflictos entre la coordinación de políticas sobre comercio y medio ambiente en el Comité y el espíritu o la letra de los acuerdos de la Ronda, estos últimos deberán sobrepasar en el debate. Así las cosas, el Comité se convierte en la máxima instancia mundial con relación a la interfase entre políticas comerciales y ambientales. Para entender su relevancia en el sistema, baste recordar que la OMC esta conformada por los Consejos de Mercancías, de Servicios y de Propiedad Intelectual y el Organismo de Solución de Diferencias, bajo la égida del Consejo General y de la Conferencia Ministerial de los miembros. En ese mismo nivel se ubicará adicionalmente el Comité de Comercio y Medio Ambiente. En este marco los temas que se acordó que afrontara se convierten de hecho en la agenda inmediata sobre la materia, y solo alcanzarán una etapa prescriptiva si reúnen el consenso debido para ello. En general unas reglas de juego justas para el avance de los intereses de los países en desarrollo. Los principales asuntos a tratar serán, sucintamente, los siguientes:

38. *La utilización de disposiciones comerciales en los acuerdos internacionales sobre medio ambiente*: Ya se incorporan medidas comerciales en el Protocolo de Montreal (para el control del uso de los fluorocarbonos y halones y su efecto sobre la Capa de Ozono); en la Convención de Basilea (con relación al transporte transfronterizo de desechos peligrosos); y en la Convención de CITES sobre especies de fauna en extinción. Y los marcos legales sobre Cambios Climáticos y Biodiversidad consideran su utilización. De otra parte las negociaciones globales con respecto a bosques y océanos, particularmente recursos marinos vivos, enfrenan también esta discusión. La pregunta relevante es, ¿cuál es el papel de la OMC frente a estos usos? Particularmente cuando son de tipo pecuniario o como medio para ejercer presión para que los países no miembros de un acuerdo ambiental se incorporen a él? Para el caso de Basilea se adelantó trabajo en el GATT durante varios años, entre 1989 y 1992 en el Grupo de Trabajo sobre sustancias prohibidas o severamente restringidas en el lugar de origen, que culminó con recomendaciones muy específicas sobre el uso de instrumentos comerciales. Dichas recomendaciones, que son de una evidente e inmensa utilidad para los países latinoamericanos, no han sido adoptadas por el sistema a causa de lo que se ha llamado el consenso menos uno, en este caso siendo EE.UU. la oposición. Nuevamente, en los debates de UNCTAD y UNCED una coalición prominente de países en desarrollo y desarrollados ha querido forzar la aplicación de estas recomendaciones, desde el exterior del sistema GATT. En la Decisión Ministerial que da vida al Comité, se establece la necesidad de continuar esta tarea.

39. Un segundo tema será el de los *efectos potenciales sobre el comercio de las políticas y medidas ambientales nacionales*. Sobre ello ya hablamos atrás, pero se refiere esencialmente al trabajo que ya se ha adelantado sobre eco-etiquetado y eco-embalaje además de otras medidas comunes en los países de la OECD tales como esquemas obligatorios sobre reciclaje; regulaciones sobre manejo de desechos; la utilización de subsidios ecológicos; de medidas tributarias; y en general de tasas y multas que se refieren tanto a productos como a procesos y métodos de producción.

40. *Medidas tributarias para contrarrestar (internalizar los costos) de la contaminación originada en el consumo*. Se refiere por ejemplo a las normas del GATT sobre ajustes en frontera a la tasa impositiva, sobre lo cual ya hay allí experiencia en campos otros que el ambiental. Este es un área específicamente compleja cuando se trata del transporte y los recursos energéticos. En este contexto se debaten actualmente las recomendaciones en el GATT de un panel de solución de diferencias que interpuso exitosamente Venezuela a EE.UU. por la aplicación de esquemas de ajuste tributario en los impuestos domésticos a la gasolina refinada.

41. *La fijación de estándares*, en toda su complejidad y sus efectos restrictivos al comercio. Actualmente la tendencia internacional refleja tres enfoques en la fijación de estándares que afectan a los bienes y servicios transables: (1) *la aplicación de estándares domésticos* a las importaciones, lo cual por definición es arbitrario e unilateral, para unos, y sencillamente un ejercicio de derecho soberano para otros. El hecho es que los procesos y procedimientos en la fijación desconocen, en esta modalidad, al proveedor externo. (2) *La aceptación a raja tabla de los estándares aplicados por el país importador* como legítimos. Este enfoque se presenta desde dos variables: la del país que lo hace por carencia de estándares nacionales (es un caso común en América Latina donde se adoptan los estándares definidos por la EPA de EE.UU. o por los gobiernos europeos ante la carencia de estándares nacionales). En este caso lo relevante es que se enajena el proceso y el procedimiento de fijación del estándar. Un segundo enfoque de aceptación de estándares externos, es el del país que lo hace con base en la aceptación recíproca de sus estándares en los otros mercados, es decir, con base en un *reconocimiento mutuo* que parte de la premisa de reconocer también mutuamente los procesos domésticos de definición de estándares. (3) Finalmente el popular enfoque de la búsqueda de estándares comunes bien sea mediante procesos plurilaterales de fijación, o mediante modificación de los estándares existentes, lo que se conoce como *homogeneización de estándares*.

42. La pregunta relevante es, ¿que le conviene a los países latinoamericanos en este debate? En mi opinión, *la vía que respeta la particularidad de nuestra situación es la de reconocimiento mutuo*. Cualquier otra, y en particular la de homogeneización, estaría en contra-corriente con las opciones y oportunidades ganadas con los principios que subrayan la dualidad normativa. No obstante, es esta última la modalidad que promueven los países desarrollados, partiendo como base de sus niveles de estandarización y de sus listas de productos afectados. Este promete también ser un debate complejo. Hay ya una experiencia importante en el GATT y durante la Ronda Uruguay se trabajó en el perfeccionamiento de las reglas allí contenidas. Se trata del Acuerdo de la Ronda Tokio sobre Barreras Técnicas al Comercio (TBT) y del nuevo Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (SPS) que hay que revisar a la luz de las nuevas modalidades de estándares ambientales y de la naturaleza *sui generis* de algunos de ellos.

43. *La contaminación en fuentes productivas y el debate sobre la aplicación del GATT a los Métodos y procesos de Producción (PPMs)*. Tal vez una de las cuestiones más difíciles de abarcar para el Comité. En el GATT 1947, las normas vigentes, no hay referencia explícita a la aplicación de sus normas a los forma como un producto es elaborado y la trayectoria que en, el mundo ambiental, se ha definido como de *cuna a tumba*, por la sencilla razón de que en frontera difícilmente se evidencian en un producto terminado las características de su proceso productivo. Cuando es posible hacerlo, lo que es relevante para el sistema comercial es si puede tratarse en frontera de manera equivalente al trato que se le daría a un producto similar, de forma que no sea discriminatoria su entrada. El punto a ser enfocado es realmente si el instrumento de política económica-ambiental válido para modificar una función de producción contaminante es una medida comercial o más bien la aplicación de otro tipo de medidas en la fuente misma. El hecho es que el análisis de ciclo del producto, desde la demanda y obtención de insumos para su producción hasta el consumo y disposición de todas sus partes, es el enfoque que los mismos países en desarrollo han apoyado en las negociaciones internacionales ambientales y sobre desarrollo. No obstante, por definición, los procesos productivos en los países menos adelantados están tecnológicamente rezagados y la variable ambiental apenas comienza a ser tímidamente incorporada en ellos. Pareciera entonces claro que por el momento habría que resistir la aceptación en el GATT de estos enfoques y más bien fortalecer la capacidad de gestión pública doméstica en torno a las fuentes de producción de nuestros países.

44. *Medidas de protección verde y de compensación por las diferencias internacionales entre estándares ambientales*. Es la discusión a la que aludimos cuando me referí arriba a la cuestión del dumping, los subsidios y los derechos

compensatorios ambientales. El papel de la OMC, tal como está consignado en los acuerdos de la Ronda, es servir de garante de un régimen multilateral abierto, transparente y no-discriminatorio para el comercio internacional de bienes y servicios. *Las disposiciones para distinguir entre una medida de protección comercial simple y una de protección ambiental efectiva están diseminadas por todos los acuerdos que conforman la OMC.* Los países en desarrollo deberán trabajar para que estas disposiciones se apliquen plenamente y se mantenga el espíritu del sistema. Otra posición estaría abriendo una puerta a la protección encubierta con consecuencias comerciales de difícil estimación. El GATT prevee la protección a la industria doméstica en casos de mérito (por ejemplo frente a una inundación inusitada de importaciones a bajo precio, en el Acuerdo sobre Salvaguardias) y bajo reglas de fair play. Por otro lado, la cuestión de la competitividad es resorte de la política interna y función de las estructuras sociales, físicas y económicas y en esa esfera se deberá tratar en cada país.⁽⁴⁾

45. Otros temas de la agenda tienen que ver con el enfoque positivo de la relación. *De manera central, la promoción del desarrollo sostenible a través del mejoramiento de las condiciones de acceso a los mercados desarrollados de los productos de los países en desarrollo* que reflejen ventajas comparativas naturales. Los resultados de la Ronda han sembrado las bases para este propósito pero son ciertamente insuficientes frente a las necesidades de los países en desarrollo y las características de la protección en los países desarrollados. Este tema se refiere a las *dos funciones básicas del sistema multilateral de comercio GATT: la elaboración de normas y la negociación*, y en las dos se debiera avanzar. Ya hay algo importante que se ha hecho en la Ronda con respecto a la reducción tarifaria clásica, pero continúan los llamados picos en los aranceles de los países del Norte en detrimento de las exportaciones más competitivas de los del Sur. Igualmente en el frente del escalamiento tarifario donde los logros son insuficientes para no desestimular y promover el desarrollo de industrias de valor agregado en nuestras economías; algo similar ocurre con la reducción de subsidios ambientalmente degradantes aplicados a la producción agrícola. Y habrá que incorporar los asuntos que tradicionalmente se han dejado a la Comisión Permanente de Productos Básicos de la UNCTAD al debate: los llamados *términos de intercambio* en época de Prebisch y que no es otra cosa que el funcionamiento deficiente de los mercados de productos básicos

(4) A menos que se trate de efectos sobre la competitividad causados por prácticas comerciales restrictivas (esquemas de provisionamiento excluyentes, por ejemplo) o de otras prácticas que atentan contra el funcionamiento de los mercados con el único fin de inhibir la competencia. Un tema totalmente aparte de las alegadas repercusiones de las medidas comerciales con fines ambientales sobre la competitividad.

(commodities). Esta es, como anotaba antes, un agenda permanente donde los países en desarrollo cuentan ahora con el arma del argumento ambiental a su favor.

46. Una discusión bastante más delicada y difícil se enfrentará en los temas nuevos. La relación del medio ambiente y los servicios, particularmente los de transporte, turismo, construcción e ingenierías. Es menester también hacer allí un esfuerzo creativo y buscar además nuevas opciones positivas de la *relación comercio de servicios y medio ambiente* que favorezcan a nuestros países. Un ejemplo que ya se ha llevado a los foros ambientales y al mismo GATT es el de la posibilidad de valoración de servicios ambientales que hoy en día se prestan sin compensación alguna: el caso típico de la función de sumidero que prestan los bosques tropicales con la tarea de mantener el balance natural de gases en la atmósfera neutralizando la emisión de gases de efecto invernadero, cuyas principales fuentes se ubican en los países desarrollados. Un tema que más allá de la valoración de activos ambientales y de los servicios ambientales que ellos prestan al macro-ambiente y se refiere a esta altura a la búsqueda de instrumentos y mecanismos de mercado, tales como los permisos o licencias transables de emisión y los correspondientes bonos por servicios de sumideros y la función en estos intercambios del sistema multilateral de comercio.

47. De manera similar habrá que saber que negociar entorno al acuerdo sobre propiedad intelectual (TRIPs) y la función ambiental. Habrá que entrar a definir parámetros sobre la cuestión del *acceso y la compensación por el uso de recursos genéticos* que la concentración de diversidad biológica sesga hacia el favor de los países latinoamericanos, pero que la práctica internacional otorga a las compañías con capacidad de investigación y desarrollo de los países desarrollados. *De hecho, no hay hoy día un sistema internacional de reconocimiento a la propiedad sobre los recursos genéticos y a la propiedad sobre la diversidad biológica como activo integral, en cambio hay regímenes cada vez más complejos y favorecidos, cuando no fortalecidos, por el acuerdo de TRIPs con relación a las aplicaciones tecnológicas de dichos recursos genéticos y de la biodiversidad.* La ambigüedad del acuerdo de TRIPs, que será manifiesta a la hora de ponerlo en práctica, permite todavía la acción oportuna de los países en desarrollo si así lo entienden ellos.

Conclusión

48. Este es un rápido panorama de la cuestión de las relaciones comerciales entre norte y sur y como se han visto y se ven actualmente afectadas por la tensión resultante de la interfase entre comercio y medio ambiente. Tras

dicha tensión se esconde el monstruo de ocho cabezas del debate permanente entre mercantilistas y liberales y las aspiraciones, normalmente encubiertas, de las industrias con baja productividad y capacidad de gestión que están siempre orbitando alrededor del sistema multilateral de comercio en busca de nichos de protección. Ahora mismo, en los próximos meses, evidenciaremos las tensiones políticas internas que genera el tema a medida que los gobiernos signatarios de Marrakesh acudan a sus instancias parlamentarias en busca de ratificación. En los países desarrollados se espera difíciles discusiones que terminarán con el otorgamiento de compensaciones varias a los sectores afectados. Es lo que se hace cuando se tiene los recursos. En los nuestros, es la oportunidad de complementar los acuerdos con reglamentación doméstica que los haga más benéficos para nuestras sociedades y nuestros sectores productivos.

49. La interfase entre comercio y medio ambiente no se juega exclusivamente en la esfera GATT, pero sin duda allí se concentrará el poder de toma de decisiones en la configuración de un orden legal internacional. No obstante la acción de los países en desarrollo debe ser con igual fuerza ejercida en el ámbito GATT-OMC y en las Naciones Unidas, la UNCTAD y los foros de los acuerdos ambientales, donde, como hemos recontado aquí, se definen en gran parte los conceptos y principios que sirven de égida al debate.

50. La reflexión sobre la materia nos lleva necesariamente a la revisión de las agendas domésticas de nuestros países *para la articulación práctica del objetivo del desarrollo sostenible. El fortalecimiento de las políticas ambientales nacionales, por un lado y por el otro, de la capacidad de competitividad de nuestros sectores productivos*, es a lo que nos vemos obligados en este nuevo marco internacional definido ya para el siglo próximo por la UNCED y la OMC.

51. Igualmente al trabajo de valoración de activos ambientales. El estudio y aplicación de las mejores herramientas para la internalización de costos y de los momentos oportunos para hacerlo. El desarrollo de estructuras políticas participativas que acerquen al usuario e interesado de los recursos naturales a la toma de decisiones sobre ellos. La revisión de las funciones productivas y de la productividad de la industria local. Y en general, toda una nueva receta de incentivos y políticas para el desarrollo armónicas con el concepto de sustentabilidad.

52. Solamente con una base comercial y ambiental firme en el ámbito nacional se podrá enfrentar indeficientemente la compleja y definitiva agenda que sobre los dos temas ya se ha está jugando.

EL CAMBIO EN LA BASE DE LA DEUDA EXTERNA LATINOAMERICANA Y LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO^(*)

Dr. Víctor Pérez Vargas^(*)
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

*“Contractus qui habent tractum
successivum et dependentiam de futuro
rebus sic stantibus intelliguntur”.*

(*) Ponencia presentada en el Seminario Internacional: Deuda Externa Latinoamericana. Principios Generales del Derecho. Corte Internacional de Justicia. Università degli studi di Roma “tor Vergata”. Centro Interdisciplinare del Consejo Europeo de Investigaciones Sociales sobre América Latina (CEISAL). Instituto Italo latinoamericano (IILA, Roma). Roma (25 y 26 de mayo de 1995), Benevento (27 de mayo de 1995).

Señores y Señoras, estimados amigos:

Introducción. Delimitación del tema

Las promesas y los pactos se realizan siempre, sobre una base real,⁽¹⁾ bajo determinadas circunstancias geográficas y temporales particulares, dentro de las cuales tienen su sentido y pueden cumplirse.

Si cambian radicalmente las circunstancias, los pactos pueden llegar a encontrarse en lo que los alemanes llaman "Äquivalenzstörung" o "Wegfall der Geschäftsgrundlage", que es la desaparición de la base de negocio.

Las relaciones contractuales en generales se dan a partir de ciertos presupuestos, parten de la realidad de determinadas situaciones, las cuales, como alguno ha dicho son presuposiciones immanentes del negocio.

Es comprensible que, en los casos de transformación radical de la situación, no se justifique la inmutabilidad de lo pactado o prometido.

Me referiré, pues, a la importancia de las transformaciones de las circunstancias y a las implicaciones relativas a la necesidad de una transformación de la validez y eficacia de las promesas y acuerdos. Precisamente este es el tema axial alrededor del cual debe girar, en mi criterio, el tratamiento de la deuda externa latinoamericana.

Nuevas circunstancias, nuevos efectos

Frente a la inflexibilidad tradicional del "Pacta sunt servanda" (los pactos deben ser cumplidos a toda costa), la mejor doctrina contemporánea ha desarrollado el principio "Rebus sic stantibus", que toma en cuenta, para determinar la validez de las promesas y pactos, la variación sobrevenida en las circunstancias, idea que ya se encontraba, en germen, en la antigua India.⁽²⁾

Los factores sobrevinientes e imprevisibles (posteriores y no esperados, ni esperables) al momento de una promesa contractual pueden afectar la eficacia de ésta y transformar su validez y su eficacia.

Ejemplos de factores sobrevinientes que inciden sobre los efectos de lo acordado son:

- a) El incumplimiento de una de las partes;

(1) Fue en una sentencia alemana donde apareció por primera vez la expresión "base del negocio", v. LARENZ, p. 135.
(2) MANAVA DHARMA SASTRA, Editora nacional, México, 1968.

- b) La imposibilidad de cumplimiento;
- c) El mutuo disenso (“dis-tractum”), o sea la revocación del acuerdo; y
- d) La excesiva onerosidad sobreviniente de la prestación.

Si las circunstancias cambian, cambia entonces la base del acuerdo y aquel debe perder su eficacia originaria, o se debe transformar, si es que se quiere perseverar en su preservación (en expresión de Spinoza), aunque se lleguen a anular algunas de sus cláusulas.

Ya lo decía, en general, Cicerón (De Officiis, I, 10): “Ea quum tempore commutantur officium, et non semper idem est”.⁽³⁾

También Cicerón afirmaba: “...muchas cosas que naturalmente parecen honestas, dejan de serlo según las circunstancias; el hacer lo prometido, cumplir los pactos... mudada la utilidad, se hacen torpes”.⁽⁴⁾

Estas ideas se reiteran en relación con la venta en las palabras del Rey jurista y poeta, Alfonso X El Sabio.⁽⁵⁾

Hoy son muchos los ordenamientos que han incorporado en sus leyes o jurisprudencia el principio de equidad y buena fe que está detrás de la teoría de la excesiva onerosidad sobreviniente de la prestación, según mencionaremos más adelante.

En resumen

En los acuerdos que no se agotan en el instante, sino que se proyectan en el tiempo, la transformación de las circunstancias puede romper el principio de fidelidad al contrato, si ella es de tal gravedad que hace desaparecer la base de la eficacia vinculante de la promesa y determina un desequilibrio en la bilateralidad y reciprocidad del intercambio de prestaciones.

Aclaraciones preliminares: previsión y objetividad

i) La imprevisibilidad

Es claro que no toda transformación de circunstancias justifica al obligado (promitente) para eximirse de sus promesas, sino solamente aquellas circunstancias

(3) Cit., p. OSTI, La cosi detta clausola “Rebus sic stantibus” nel suo sviluppo storico. V. También ARIAS SCHREIBER, Max, Exégesis. Tomo I, Studium editores, Lima, 1987, p. 222.

(4) CICERON, los Oficios, Espasa-Calpe, Madrid, 1968, p. 152.

(5) ALFONSO EL SABIO, Fuero Real, Libro III, Ley V. facsímil de Imprenta Real, Madrid, 1836, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1979, p. 88.

imprevisibles, o sea las que no pudo prever o anticipar en el momento de la promesa. Debe tratarse de acontecimientos posteriores de carácter extraordinario e imprevisible.

Si la transformación de circunstancias era parte de lo previsto, o era previsible en el momento del pacto, este pacto mantiene su fuerza, bajo las penas del incumplimiento en caso de violación de lo prometido.

Los cambios previstos o previsible, de conformidad con la información posible en el momento del perfeccionamiento del vínculo, no justifican el rompimiento del principio de fidelidad a la promesa; solamente los imprevisibles.

ii) La objetividad de las causas sobrevinientes e imprevisibles

Las causas que justifican la transformación de las promesas contractuales además de imprevisibles, deben ser objetivas; esto se traduce como que “no pueden ser factores determinados por una de las partes”. Es claro que en la materia que nos ocupa puede hablarse de una objetividad del mercado mundial y de las reglas del sistema financiero mundial.⁽⁶⁾

Es claro que en materia de deuda externa los cambios han sido excesivos, imprevisibles y objetivos.

PERSPECTIVA TRIDIMENSIONAL

A) Los hechos

B) Los valores

C) Las respuestas jurídicas

A) La dimensión fáctica: LOS HECHOS

Causas y resultados

Causas (factores)

El problema comenzó a gestarse en los años 70 con el relajamiento de la prudencia financiera de los bancos. Se ha hablado reiteradamente de la ligereza de los acreedores y del incumplimiento de las normas mínimas de prudencia

(6) GARAVELLO, Oscar, (U. de Milán). Utilizzazione delle risorse e politiche economiche nella crisi del debito estero dei P.V.S. en SCHIPANI, Sandro, p. 57.

bancaria a la hora de analizar las solicitudes y otorgar los créditos.⁽⁷⁾ La explosión ocurrió en julio de 1981, cuando Costa Rica comunicó a sus acreedores la moratoria en sus pagos, siendo en esto la primer nación y siendo también la primera en entrar en etapa de renegociación.⁽⁸⁾ Posteriormente tuvimos los ejemplos de México, Perú y Cuba.

Años 70

Me limito a citar algunos factores desencadenantes, durante esta década:

- Petróleo⁽⁹⁾
- En muchos casos, descenso en las exportaciones y, en consecuencia, un porcentaje cada vez mayor del valor de éstas para cubrir el servicio de la deuda; este es un claro obstáculo al desarrollo.
- Mal uso, corrupción.
- Imprudencia de acreedores.

Años 80

En este período persisten los factores citados y se agregan otros, entre ellos:

- Inversión extranjera decreciente, en particular en los años 80.
- Políticas liberalizantes, que en el fondo, no corresponden al espíritu personalista latinoamericano (provocadas en los mismos países latinoamericanos por las "agencias" e instituciones acreedores). Sobre esto es abundante la información. No hay duda que éste es un factor

(7) V. OPPENHEIM, Peter, International banking, American Bankers Association, Washington, D.C., 1984.

(8) LOW MURTRA, Enrique, Financement et dette extérieure. Journées de la Société de législation comparée. Anne 1986, N° especial, vol. 8, p. 664.

(9) GÜTHNER, Karl Kristian (U. de Rostock), América Latina: endeudamiento externo y política económica en los 90, en SCHIPANI, Sandro, p. 81.

ideológico que ha tenido un enorme peso en la ausencia de seria voluntad política de la comunidad internacional de resolver el problema de la deuda externa.

- Liberalización de tasas de interés.
- Dificultades con el tipo de cambio y aumentos crecientes de valor de las divisas.

Resultados

Me limito a citar algunas consecuencias catastróficas:

- Financiamiento de los déficits, ha dicho Fouchard; la deuda crece porque hay que pagar la deuda... Se ha hablado del automatismo de su crecimiento.⁽¹⁰⁾
- Pobreza y crecimiento económico bajo, (-deuda y desarrollo; he aquí otro tema central-).
- Amenaza a la democracia, en particular con el llamado "reajuste económico" que en la práctica ha incidido sobre los estratos más débiles, amenazando los valores fundamentales de la persona humana, al ser humano "de carne y hueso" (en expresión de L.A. Salomé y M. de Unamuno), al incidir el servicio de la deuda en limitaciones presupuestarias para aspectos como salud, seguridad social, vivienda, alimentación, educación y muchos otros servicios públicos.

Es posible que los hechos sean interpretados en diversa forma, por medio de perspectivas diferentes, por ejemplo neoliberales frente a las personalistas, pero hay muchos hechos, como los mencionados, que basta constatarlos y sobre los cuales es abundante la información y no cabe controversia ni interpretación.

Como se ha aclarado en Alemania,⁽¹¹⁾ los casos, donde resulta admisible la revisión del pacto, presentan ciertos supuestos de hecho típicos:

- Se destruye la relación de equivalencia.
- Se hace imposible conseguir el fin del negocio.

(10) HINKERLAMMERT, Franz, La deuda externa de América Latina, El automatismo de la deuda, DEL, San José, 1988.

(11) LARENZ, 98.

B) La dimensión axiológica: LOS PRINCIPIOS

Partimos de que una de las más elevadas proyecciones de la cultura se da precisamente con el tema de los valores éticos; con ellos se da la inserción de fines (valores) humanos en la vida social.

Aquí las perspectivas políticas o ideológicas son muy diversas, pero no hay duda, a pesar de cualquier pedestre y nihilista relativismo nietzscheano" (que pretenda estar "más allá del bien y el mal") o perspectivismo orteguiano, igualmente relativista, que la comunidad internacional de nuestro tiempo ha llegado a un grado suficiente de conciencia compartida sobre principios elementales, como el respeto a la dignidad humana, a la vida, al ambiente, etc. Hay aquí también una relativa convergencia de opiniones, una coincidencia de principios.

Se trata de principios que trascienden las fronteras nacionales y los límites geográficos (si no queremos llamarlos universales o internacionales). Su existencia es constatable empíricamente, por medio de una simple inducción.

a. Como valores

En particular la Buena Fe (subjética y objetiva)

Sentido subjetivo: La buena fe contractual (que es importante tanto en la fase de formación de la relación, como también en la fase de ejecución o cumplimiento) en su dimensión subjetiva, es la creencia en la honestidad de las palabras y conducta propia y del co-contratante.

Se manifiesta, entre otras cosas, con los deberes de comunicación sin reticencias.

Sentido objetivo: En un sentido objetivo designa una valoración fundamental; es el "honeste vivere" de Ulpiano, ya no como creencia subjetiva, sino como norma ética y también jurídica, como principio, como valor y no solamente como criterio metodológico o convicción subjetiva.⁽¹²⁾

Es sabido que la buena fe ha servido en la doctrina alemana para la construcción de los llamados deberes accesorios (Nebenleistungspflichten, Sicherungs und Schadenverhütungspflichten, Mitwirkungspflichten). En términos paralelos se ha elaborado en Italia, la doctrina de los deberes integrativos,⁽¹³⁾ derivados de la buena fe.

(12) Sobre la buena fe como principio v. SCHIPANI, Sandro, ¿Si se aplicaran los principios generales del Derecho, estaría la deuda externa de América ya pagada?, en SCHIPANI, p. 6.

(13) v. NATOLI, Ugo, La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio, V. tamb.: BRUSCUGLIA, L. Cessione del contrato, buona fede e condizione sospensiva. Studi sulla buona fede e condizione sospensiva. Studi sulla buona fede. Giuffré-editore, Milano, 1975.

Este principio es de particular importancia para descubrir soluciones de validez general.⁽¹⁴⁾

Otros principios que no pueden dejarse de lado en el tratamiento de la deuda externa son: Equidad... (pero no arbitrio), Justicia conmutativa en el sentido aristotélico (Ética a Nicómaco), libertad e igualdad, vida, salud, en fin, "dignidad de la persona humana" y valores fundamentales de la persona.

b. Como efectos jurídicos convenientes (lógica y axiológicamente) al problema

En cualquier reclamación jurídica, que tal merezca llamarse, debe encontrarse un problema de vida, un interés real, merecedor de tutela.

El problema de la deuda externa latinoamericana se resume en un rompimiento o destrucción de la relación de equivalencia: la creación de un desequilibrio en el intercambio de prestación por contraprestación, que ya no son ni aproximadamente parecidas. Desaparece la bilateralidad (reciprocidad) esencial del contrato.

La relación jurídica pierde su sentido si la base (su circunstancia; la que la vio nacer) desaparece. De esto puede derivar: la inexigibilidad de la prestación, su reducción a equidad, su interpretación pro deudor, su interpretación progresiva y hasta la posibilidad de la repetición de lo pagado indebidamente en exceso a los acreedores.

Tenemos que admitir que reclamar el cumplimiento en los casos de transformación radical de las circunstancias, sería estar medio fuera de la realidad. Lo convenido ya no puede ni debe continuar igual.

C) La dimensión normativa: la expresión y respuesta jurídica

a. El efecto jurídico como respuesta al problema

Me referiré ahora a la dimensión esencialmente jurídica del problema:

Los efectos jurídicos (derechos, obligaciones, poderes, deberes, etc.) deben verse como la medicina frente a la enfermedad; la solución debe ser conveniente lógica y axiológicamente al problema.⁽¹⁵⁾

(14) LARENZ, 103.

(15) V. FALZEA, Angelo, Efficacia Giuridica, Voci di teoria generale del diritto, Giuffré-ed., Milano, 1970. V. Tamb. VIEHWEG, T. Topica e giurisprudenza (Topik und Jurisprudenz). Giuffré-ed., Milano, 1972.

b. Antecedentes y fuentes

Me limito a citar algunos antecedentes que pueden proyectar luz sobre el tema y que habrán de ser considerados.

Las Convenciones internacionales

Tenemos, en primer lugar los principios generales ya establecidos en Tratados internacionales, como la Convención de Viena que iluminan el panorama.⁽¹⁶⁾

Diversas leyes de diversos países

La materia que nos ocupa ha sido regulada en diversos países.

El Código Civil peruano de 1984, siguiendo en buena medida el Ordenamiento italiano establece una amplia y cabal regulación.⁽¹⁷⁾

El Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos, en su texto 2-615 establece como excusa del cumplimiento la ausencia de "condiciones presupuestas".

"Excuse by failure of presupposed conditions... is not a breach of his duty under a contract... if performance has been made impracticable by the occurrence of a contingency the non occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made..."⁽¹⁸⁾

Doctrina, fuente material

La principal fuente material que se ha ocupado del tema —como es característico de la tradición romana— ha sido la doctrina. El tema aunque estuvo

(16) Sobre el tema en el Derecho Internacional v. ROUSSEAU, Charles, Derecho Internacional Público, Ariel, Barcelona, 1957, p. 66.

(17) V. ARIAS SCHREIBER, cit., p. 223. Sobre el tema en México, v. ROJINA VILLEGAS, Rafael, p. 461.

(18) SMITH and BERENSON, Business Law, Uniform Commercial Code, West Publ. Corp. St. Paul, 1982, p. 1048.

eclipsado en la doctrina francesa decimonónica, surgió con ocasión de dos sucesos dramáticos: la guerra franco prusiana y la primera guerra mundial (1914-1918). Hoy es abundante la bibliografía.⁽¹⁹⁾

Jurisprudencia

Existe jurisprudencia de diversos países en favor del reconocimiento de la importancia de las mutaciones en la base del negocio. En ella se han venido estableciendo los criterios usados para determinar, caso por caso, la importancia de la perturbación de la equivalencia contractual:

En Alemania, Larenz da cuenta de jurisprudencia que consideró suficiente una depreciación monetaria del 13% para justificar la revisión del negocio, por considerarse que se había perturbado su base, constituida por el conjunto de presupuestos reales en consideración a los cuales se realizó el acuerdo de voluntades. Se ha hablado en este país de una perturbación de la equivalencia. ("Äquivalenzstörung" o "Wegfall der Geschäftsgrundlage").

Es especialmente importante la jurisprudencia alemana que, en períodos de grave inflación o influencia de guerras ("die Einwirkung des Krieges"), que ha establecido criterios como el de que la onerosidad sobreviniente es excesiva cuando "produciría la ruina económica de una parte contratante" o el de la "imposibilidad económica de la prestación".⁽²⁰⁾ En otros casos se ha tomado en cuenta si los gastos superan la remuneración esperada.⁽²¹⁾

De especial importancia es la doctrina y jurisprudencia también alemana relativa al contrato de mutuo (préstamo), en la que se acoge la doctrina de la invalidez parcial.⁽²²⁾

"El contrato de mutuo continúa siendo válido; sólo es ineficaz la cláusula adicional de que se devolvería una determinada cantidad de marcos (por inexistencia de una de las bases del negocio), pudiéndose llenar la laguna contractual, mediante la integración del contrato".⁽²³⁾

(19) Véase en especial el amplísimo y juicioso trabajo de STAMLEBEN, Jürgen y la bibliografía ahí examinada. V. también la bibliografía al final de esta ponencia.

(20) LARENZ, p. 98 a 100.

(21) LARENZ, p. 146.

(22) "Non vitiat utile per inutile", ULPiano, Lib. XLV, Tit. IV. Sobre la doctrina de la invalidez parcial v.: STOLFI, p. 64, BETTI, p. 35, CARIOTA FERRARA, p. 365, RESCIGNO, p. 73 y 313.

(23) LARENZ, p. 185.

Es interesante recordar la jurisprudencia inglesa que habló de la desaparición de una situación de hecho" (ahora insubsistente) que fue (en un momento pasado), la base de la relación contractual ("implied condition").⁽²⁴⁾

Opiniones de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, en otros casos donde han entrado en juego los mismos principios.

Esta es una fuente importantísima, precisamente porque los principios que aquí entran en juego ya han sido aplicados anteriormente en situaciones paralelas a la presente.

c. Efectos jurídicos concretos aquí propuestos:

El cambio en la base de la deuda externa latinoamericana no es solamente un problema de resolución por excesiva onerosidad sobreviniente, suficientemente apta para una extinción sobreviniente de los efectos negociales y una eliminación de la exigibilidad (die Zumutbarkeit) del acuerdo o de parte de él.

El problema va más lejos por la diferencia de posición y fuerza política y económica de las partes involucradas; no podemos olvidar que se trata de tratados, empréstitos y contratos de contenido impuesto por los acreedores, por lo que en realidad el problema es el de determinar la transformación de la base del negocio en los casos de:

"excesiva onerosidad sobreviniente en contratos predeterminados por los acreedores".

Lo anterior justifica la referibilidad a la deuda externa de los principios de interpretación propios de los contratos sujetos a cláusulas generales, en los que el contenido del acuerdo favorece más a una de las partes.⁽²⁵⁾

Acudimos a los principios elaborados por la teoría del negocio jurídico, sobre una base realista, real-objetiva, los cuales resultan aplicables a los "contratos" de deuda externa, lo mismo que a los tratados o empréstitos a ella relativos. De su examen hemos obtenido las siguientes consideraciones:

1. Interpretación

i. LA INTERPRETACION EN FAVOR DEL DEUDOR: La interpretación debe ser contra el acreedor, no sólo por ser éste la parte fuerte de

(24) LARENZ, p. 116.

(25) V. Richterliche Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Congreso en Berlín, setiembre de 1967 y MESSINEO, Francesco, Manuale di Diritto Civile e Commerciale, Vol. III, Giuffrè ed. Milano, 1959, p. 631.

la relación, sino, además, por los mismos principios que entran en juego cuando se habla de contratos sujetos a condiciones generales, cláusulas generales, contratos de adhesión o por adhesión o contratos tipo, preparados e impuestos "persuasivamente" por los acreedores.

ii. LA INTERPRETACION PROGRESIVA DE LOS "CONTRATOS" RELATIVOS A LA DEUDA EXTERNA LATINOAMERICANA EN EL CASO DE VARIACION DE LAS "CIRCUNSTANCIAS" QUE LES DIERON ORIGEN.

No basta la interpretación gramatical (de las palabras que fueron empleadas en el momento de la promesa); tampoco es suficiente la interpretación lógica o sistemática (de los textos en su contexto); ni siquiera la histórica (que nos evoca el momento de la promesa). Es necesaria la eliminación de la eficacia del acuerdo o bien la adecuación de lo pactado a la nueva realidad, producto de transformaciones no previstas. Se impone una interpretación evolutiva o progresiva, una "consideración de las circunstancias transformadas", poniendo atención, en cada caso diferente, a la intensidad de la transformación.⁽²⁶⁾

2. La nulidad de cláusulas abusivas

No podemos negar que son abusivas aquellas cláusulas que en un momento de necesidad seria del deudor son impuestas por el acreedor, obligando a aquel a renuncias específicas, en particular, "de jurisdicción".

3. La integración del negocio. La reducción a equidad. Un cálculo realista

De la nulidad de cláusulas abusivas puede resultar la necesidad lógica y matemática de un nuevo cálculo de la deuda.

Es claro que en cada caso concreto deberán hacerse los cálculos correspondientes tomando en consideración todos los factores (atrás citados) que han afectado la relación, pues —como se ha aclarado— no es igual la situación de los países exportadores de manufacturas.⁽²⁷⁾ Cada caso es diferente.

(26) LARENZ, p. 97.

(27) GARAVELLO, op. cit., en SCHIPANI, Sandro, p. 54.

Algunos criterios a tomarse en cuenta en la reducción a equidad podrían ser —entre otros—:

- Los ya usados en antecedentes históricos (como las deudas en Alemania a inicios de siglo). Hay precedentes históricos donde los acreedores han asumido parte del riesgo.⁽²⁸⁾
- Otro elemento indicativo es el valor real de los títulos de la deuda en el mercado, que es de aproximadamente un 50% del nominal.⁽²⁹⁾ Sin embargo, hay casos en que los títulos se han adquirido al 17 por ciento de su valor original, como en el fideicomiso respectivo establecido en Costa Rica.⁽³⁰⁾

4. Posible surgimiento del derecho de los deudores de repetir lo excesivamente pagado

El profesor Schipani ha lanzado la hipótesis de que con un nuevo cálculo que tome en cuenta el cambio en la base de los préstamos tal vez en muchos casos la deuda estaría ya pagada.

No se trata de una pretensión de condonación, sino de un cálculo multidimensional de la deuda, considerando la transformación de las circunstancias.

Yo agregó: y tal vez, en muchos de los casos, ya estaría pagada en demasía, en exceso. Se aplicarían en tales casos los principios de la “repetición del pago indebido”.

Al estar pagada “en demasía”, esto debe convertir al deudor en acreedor y debe otorgársele un “derecho de repetición” (de recobrar el pago indebido). Se abre así un nuevo sistema: “la repetición de la deuda externa”.⁽³¹⁾ Esta repetición debe verse sobre la base del principio del enriquecimiento injusto.

En cada caso esta determinación deberá hacerse en concreto. Recordemos que: la consideración de las circunstancias transformadas está justificada... durante el tiempo en que las transformaciones ocurran... y por encontrarnos en el ámbito de lo cuantitativo, en la medida en que ocurran”.⁽³²⁾

(28) OSSANDON, Marcelo, (U. de Bruxelles), La deuda latinoamericana: el necesario enfoque interdisciplinario, en SCHIPANI, p. 72.

(29) OSSANDON, op. cit., en SCHIPANI, Sandro, p. 72.

(30) La Nación, 2 de agosto de 1988, p. 3/c.

(31) LARENZ, p. 80.

(32) LARENZ, p. 187.

La solución se refiere a la deuda externa de los países económicamente débiles; no solamente a América Latina. Es claro que en cada caso deberán hacerse las respectivas y diferentes cuantificaciones.

Conclusiones

Es innegable pensar en la inmutabilidad de las promesas y los pactos cuando la transformación de circunstancias es tan radical que hace desaparecer la base del negocio y el sentido mismo de éste, así como su funcionalidad, si entendemos el concepto de “causa justa” como función jurídica del negocio; al desaparecer el equilibrio contractual el acuerdo deja de tener justa causa.

Una primera solución que se ha propuesto es la condonación de la deuda, su perdón. Esta solución la ha practicado el Gobierno alemán con decenas de países.⁽³³⁾ El perdón responde a una decisión unilateral, no a consideraciones de equidad. No es una renuncia lo que se quiere, sino la conciencia de la equidad con la que se debe resolver el problema.

Otra propuesta, sostenida por quienes afirman que la deuda es impagable, es la de la imposibilidad de cumplimiento. “Nadie está obligado a lo imposible”, se dice. Esto es muy relativo y podría ser que en algunos casos concretos de ciertos países ésta sea la respuesta jurídica correcta.

Mi criterio es que, en la solución del problema de la deuda externa latinoamericana, deben conjugarse diversas propuestas, concretas relativas a los principios que habrán de considerarse para resolver los diferentes problemas que plantea la transformación de las circunstancias en el caso de la deuda externa de América Latina; tales propuestas son, en síntesis:

1. LA INTERPRETACION PROGRESIVA DE LOS “CONTRATOS” RELATIVOS A LA DEUDA EXTERNA LATINOAMERICANA EN EL CASO DE VARIACION DE LAS “CIRCUNSTANCIAS” QUE LE DIERON ORIGEN.
2. LA INTERPRETACION EN FAVOR DEL DEUDOR: INTERPRETACION CONTRA EL ACREEDOR, NO SOLO POR SER ESTE LA PARTE FUERTE, SINO, ADEMAS, POR LOS MISMOS PRINCIPIOS QUE ENTRAN EN JUEGO CUANDO SE HABLA DE CONTRATOS SUJETOS A CONDICIONES GENERALES, CLAUSULAS GENERALES, CONTRATOS DE ADHESION O POR ADHESION O CONTRATOS TIPO.

(33) SCHLOZ, Rudolf, Consejero de Cooperación de la Embajada de la República Federal de Alemania, La Nación, 30 de julio de 1988.

3. LA NULIDAD DE CLAUSULAS ABUSIVAS.
4. LA INTEGRACION DEL NEGOCIO. LA REDUCCION A EQUIDAD. UN CALCULO REALISTA.
5. POSIBLE SURGIMIENTO DEL DERECHO DE LOS DEUDORES DE REPETIR LO EXCESIVAMENTE PAGADO EN FAVOR DE LOS ACREEDORES.

Señoras y Señores, muchas gracias por su atención.

BIBLIOGRAFIA FUNDAMENTAL

- ANSON, *Principles of the English Law of Contracts*, Oxford, 1965.
- ARIAS SCHREIBER, Max, *Exégesis*. Tomo I, Studium editores, Lima, 1987.
- BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.
- BOSELLI, Aldo, *Eccesiva onerosità*, Novissimo Digesto Italiano, Vol. VI, UTET, Torino, 1968.
- BRUSCUGLIA, L., *Cessione del contrato, buona fede e condizione sospensiva. Studi sulla buona fede*. Giuffré-editore, Milano, 1975.
- CALDERA, Rafael, *Relación Inaugural*. XV Asamblea General de CEISAL, Viena, octubre 1991. En Schipani, cit. infra.
- CARIOTA FERRARA, Luigi, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano-editore, Napoli.
- DE LOS MOZOS, José Luis, *El principio de la buena fe*, Bosch, Barcelona, 1965.
- DE LOS MOZOS, José Luis, *Principios generales del derecho e iniquidad de las obligaciones*. En Schipani, cit. infra.
- FALZEA, Angelo, *Efficacia Giuridica*, Voci di teoria generale del diritto, Giuffré-ed., Milano, 1970.
- FOUCHARD, Philippe, *Financement et endettement internationaux. Aspects juridiques*. Journées de la Société de législation comparée, Revue international de droit comparée. N° spécial, vol. 8.

- GARAVELLO, Oscar, (U. de Milán), *Utilizzazione delle risorse e politiche economiche nella crisi del debito estero dei P.V.S.* en SCHIPANI, Sandro.
- GÜTHNER, Karl Kristian (U. de Rostock), *América Latina: endeudamiento externo y política económica en los 90*, en SCHIPANI, Sandro.
- LARENZ, Karl, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956.
- LOW MURTRA, Enrique, *Financement et dette extérieure*. Journées de la Société de législation comparée, Revue international de droit comparée. N° spécial, vol. 8.
- MANAVA, Dharma Sastra, Editora nacional, México, 1968.
- MARCHISIO, Sergio, *Derechos humanos y derechos de los pueblos frente a la deuda externa de América Latina*. En Schipani, cit. infra.
- MONTORO, André Franco, *A dívida externa e as exigências da justiça*. En Schipani, cit. infra.
- OPPENHEIM, Peter, *International banking*, American Bankers Association, Washington, D.C., 1984.
- OSTI, Giuseppe, *La così detta clausola "rebus sic stantibus" nel suo sviluppo storico*. Rivista di Diritto Civile, 1. Tipografía Indipendenza, Milano.
- PANIZZA, Roberto. *En el origen de la deuda externa de los países del tercer mundo*. En Schipani, cit. infra.
- OERTMANN, Paul, *Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft*, 1931, En: The Jurisprudence of Interests, volumen antológico, Harvard, 1968.
- RESCIGNO, Pietro, *Manuale del diritto privato italiano*, Jovene, ed. Napoli, 1973.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, Ed. Antigua Librería Robredo, México, 1960.
- ROMERO-PEREZ, Jorge E., *Los supuestos del neoliberalismo económico y la deuda externa*. Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad de Costa Rica, N° 66, mayo-agosto 1990.
- ROMERO-PEREZ, Jorge E., *El derecho internacional como instrumento de solución al problema de la deuda externa*, Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad de Costa Rica, N° 67, setiembre-diciembre 1990.
- ROMERO-PEREZ, Jorge E., *Canje de deuda externa por naturaleza*. Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad de Costa Rica, N° 71, enero-abril, 1992.

ROMERO-PEREZ, Jorge E., *La deuda externa en América Latina*. San José. Universidad de Costa Rica, 1993.

ROUSSEAU, Charles, *Derecho Internacional Público*, Ariel, Barcelona, 1957.

SAMTLEBEN, Jürgen, *Deuda externa y soberanía: La solución de conflictos en los contratos de endeudamiento externo de los estados latinoamericanos*. En: Schipani, cit. infra.

SCHIPANI, Sandro. *¿Si se aplicaran los principios generales del derecho, estaría la deuda externa de América Latina ya pagada?* CEISAL, Consejo Europeo de Investigaciones Sociales de América Latina. Grupo de trabajo de jurisprudencia. La deuda externa de los países latinoamericanos. Perfiles jurídicos, económicos y sociales. Ensayos, II, 1991.

SMITH and BERENSON, *Business Law*, Uniform Commercial Code, West Publ. Corp. St. Paul, 1982, p. 1048.

STOLFI, Giuseppe, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, CEDAM, 1961.

VIEWHWE, T., *Topica e giurisprudenza* (Topik und Jurisprudenz). Giuffrè-ed., Milano, 1972.

VON HIPPEL, *Die Kontrolle der Vertragsfreiheit nach angloamerikanischen Recht*, Frankfurt, 1963.

LEY DE ESPECTACULOS PUBLICOS (COMENTARIO Y ANALISIS)

Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez
Profesor. Facultad de Derecho
Catedrático Universidad de Costa Rica
Miembro de Instituto de Investigaciones Jurídicas

1. Objeto de la Ley
2. Espectáculo público
3. Actividades
4. Autoridades ejecutoras
5. Consejo nacional de espectáculos públicos y artes
6. Funcionamiento del Consejo
7. Instalación de los miembros del Consejo
8. Funciones del Consejo
9. Comisión de control y calificación de espectáculos públicos
10. Función de la Comisión de control y calificación de espectáculos públicos
11. Funciones de la Comisión
12. Recursos administrativos
13. Quejas ante los tribunales
14. Director Ejecutivo
15. Funciones del Director Ejecutivo

SUMARIO:

Abstract

Resumen

Introducción

1. Obligación del Estado
2. Espectáculo público
3. Actividades
4. Autoridades ejecutoras
5. Consejo nacional de espectáculos públicos y afines
6. Funcionamiento del Consejo
7. Instalación de los miembros del Consejo
8. Funciones del Consejo
9. Comisión de control y calificación de espectáculos públicos
10. Integración de la Comisión de control y calificación de espectáculos públicos
11. Funciones de la comisión
12. Recursos administrativos
13. Otra prohibición inconstitucional
14. Director Ejecutivo
15. Funciones del Director Ejecutivo

16. Comisiones auxiliares cantonales
17. Nombramiento de las comisiones auxiliares
18. Funciones de las comisiones auxiliares
19. Documento de identificación
20. Obligaciones de los empresarios
21. Sanciones administrativas. Distribución del material sin autorización
22. Sanciones administrativas. Avances sin autorización
23. Sanciones administrativas. Material exhibido para un público no autorizado
24. Sanciones administrativas. Cierre de locales
25. Responsabilidad solidaria: actuación a nombre de persona jurídica
26. Procedimiento jurisdiccional. Autoridades competentes
27. Procedimiento
28. La Procuraduría General de la República siempre es parte
29. Fundamento legal del proceso
30. Sentencia condenatoria y depósito de la multa
31. Destino de las multas
32. Ley de orden público
33. Vigencia de la ley
34. A modo de conclusiones
35. Bibliografía

ABSTRACT

The Law of Public Spectacles from 1994 is in essence a normative of censure which makes it violatory to the Constitution and to Human Rights American Convention. This law is statistical and distert should be the orientation and distert should be the orientation and education in the public spectacles matter.

RESUMEN

Debido a que la normativa anterior a 1994 (Ley No. 7440, LEP), era muy deficiente, se procedió a promulgar esta normativa LEP.

También tuvo influencia en la emisión de esta ley el hecho de que la Sala Constitucional declarara con lugar una acción de inconstitucionalidad contra el decreto ejecutivo No. 20373-J del 29 de abril 1991, artículos 20 y 27. *El voto No. 1166-94 del 1 de marzo de 1994*, de la Sala Constitucional (*Boletín Judicial No. 127 del 5 de julio de 1994*; expediente No. 2211-91), resolvió esta acción considerando que esos numerales eran inconstitucionales. Todo ello provocó en los medios de comunicación colectiva una cierta dosis de protesta por la ausencia de normas sobre este campo social.

El artículo 20 de ese decreto, declarado inconstitucional, decía:

Toda persona física o jurídica que presente, transmita o capte para su divulgación un espectáculo público, está *obligada* a poner a disposición de los órganos competentes el material respectivo, a facilitar *los medios para su examen* y a cumplir con las resoluciones respectivas. Está además, en la *obligación* de ceder gratuitamente, al Consejo, el espacio necesario para advertir y orientar al público sobre la calificación y restricciones que se establecen y, de señalar estas calificaciones y restricciones en la publicidad que se haga del espectáculo, de acuerdo con las reglas subsiguientes.

El artículo 27 de ese decreto declarado inconstitucional, decía:

Las personas que desobedecieran las disposiciones emanadas por los órganos de control de espectáculos públicos o que se nieguen a cumplir lo dispuesto por el *artículo 20* del presente reglamento, serán denunciadas ante las autoridades competentes, si se llegare a considerar que con su negativa ha violado el ordenamiento jurídico.

La Sala Constitucional en este voto No. 1156 94 del 1 de marzo de 1994 afirmó:

Que la censura previa solo podría interponerse cuando se trata de menores de edad (concordancia de la Constitución Política, artículos 28 y 29 con la Convención americana de derechos humanos, numeral 13). Es decir, que no hay prohibiciones ni censura previa en tratándose de adultos.

Concuero plenamente con el criterio de la Sala Constitucional.

Lo más llamativo de la situación es que en la Ley repite este numeral inconstitucional hasta con el mismo número 20. Por ello debe estimarse que hay ya una declaratoria de inconstitucionalidad. Existe en esta norma una censura previa claramente inconstitucional.

Acerca de este voto y la ley se hicieron varios comentarios, entre ellos:

- * Censura y legalidad: no puede haber censura previa para adultos (*La Nación*, lunes 16 de mayo de 1994)
- * En la Asamblea Legislativa acabamos de aprobar una nueva ley de espectáculos públicos (*La República*, jueves 6 de octubre de 1994);
- * La censura permitirá poner orden y constituye una gran ayuda (*La Nación*, sábado 12 de noviembre de 1994);
- * Repicar sin campanas: el dichoso eureka legislativo impuso la censura previa (*La Nación*, sábado 23 de noviembre de 1994);
- * Con las prohibiciones y la previa censura en la ley, teníamos que proteger a nuestros nietos, a nuestros campesinos, a todos. Que los mercaderes que lucran con la violencia y la pornografía establezcan los recursos que quieran y que los jueces dicten los fallos que les venga en gana (*La República*, jueves 24 de noviembre de 1994);
- * El exclusivo objetivo es regular el acceso a los materiales (en general) para proteger a la infancia y a la adolescencia (*La Nación*, miércoles 14 de diciembre de 1994);
- * Ahora sigue lo principal: la selección de las personas que integrarán el Consejo, la comisión de control y las comisiones auxiliares cantonales (*La Nación*, jueves 15 de diciembre de 1994);
- * La ley regula el alto contenido de violencia y pornografía que se ofrece a la juventud (*semanario Universidad*, 27 de enero de 1995).

INTRODUCCION

El nombre completo de esta ley que analizaremos aquí es: *Ley de espectáculos públicos, materiales audiovisuales e impresos*.

Esta ley fue publicada en la Gaceta No. 224 del 24 de noviembre de 1994. Esta es la primera normativa –con rango de ley– en esta materia que tiene el país.

Ya se habían hecho esfuerzos en otros proyectos de ley anteriormente, desde el *Gobierno de Luis Alberto Monge* (1982-1986), *Oscar Arias* (1986-1990) y *Calderón Fournier* (1990-1994). Fue en la *Administración Figueres Olsen* (1994-1998) que se promulgó esta legislación, con cambios relevantes hechos en la Asamblea Legislativa respecto de los proyectos anteriores, que lo endurecieron, estableciendo la censura previa, prohibiciones y otros aspectos violatorios de la Constitución Política y los derechos humanos, como lo explicaremos luego. Habría que hacer la indicación de que fue en la Asamblea Legislativa donde se introdujeron esos aspectos inconstitucionales y lesionantes de los derechos humanos.

La experiencia que tuve durante los años de 1982 a 1994 (14 años) como miembro del Tribunal de la Censura, luego Consejo de espectáculos públicos, en la sede del Ministerio de Justicia y la participación directa en la redacción de los anteriores proyectos de ley de esta materia, con criterios democráticos y de respeto a los derechos humanos, fue muy satisfactoria y enriquecedora.

Esta situación personal me ha motivado de modo suficiente para analizar la presente ley de *espectáculos públicos*, que por comodidad y para no realizar repeticiones innecesarias llamaré de ahora en adelante simplemente LEP.

1. Obligación del Estado

De acuerdo con el *artículo 1* de esta ley, el Estado debe proteger a la sociedad, particularmente a los menores de edad y a la familia, en cuanto al acceso a los espectáculos públicos, a los materiales audiovisuales e impresos; asimismo, regula la difusión y comercialización de esos materiales.

Tal es el objetivo general de esta normativa.

2. Espectáculo público

Aquí en el artículo 2 de la ley, se da una definición de espectáculo público, en estos términos:

Es toda función, representación, transmisión o captación pública que congregue, en cualquier lugar, a personas para presenciarla o escucharla.

3. Actividades

El artículo 3, establece un objetivo concreto respecto de la valoración de los contenidos de las siguientes actividades:

- a) Espectáculos públicos, particularmente el cine y las presentaciones en vivo,
- b) Radio,
- c) Televisión por VHS, UHF, cable, medios inalámbricos, vía satélite o cualesquiera otras formas de transmisión,
- d) Juegos de video,
- e) Alquiler de películas para video,
- f) Material escrito de carácter *pornográfico*.

Aquí se muestra la discusión acerca de lo que es *erótico* y *pornográfico*. Obviamente, para los efectos de la censura estatal.

Aquí, podría señalar que durante los 14 años que fui miembro de los órganos superiores de la censura, se hicieron varios seminarios con los miembros de los órganos inferiores y superiores del Estado en este terreno para delimitar las fronteras entre lo erótico y lo pornográfico, con el fin práctico de aplicar la censura del Estado.

Al final de esos seminarios se llegó a la conclusión (entre profesionales de las ciencias sociales: sicología, sociología, derecho, antropología, historia) de no encontrar esas fronteras; y, de admitir que las definiciones para lo erótico y lo pornográfico no eran satisfactorias.

Y, esos seminarios se realizaban cada vez que las discusiones en el seno de los órganos de censura se hacían más agrias y continuas, a calor de las decisiones que tomaban de prohibir un sector de películas bajo el criterio de que eran pornográficas (en otros casos se decían que eran violentas y en otros que se trataba de *films* de mala calidad). Todo estos criterios eran arbitrarios pues no se

daba fundamentación sostenible y además violaba la garantía constitucional de la improcedencia de la *censura previa* y de *imponer prohibiciones a los adultos*.

Recordemos lo que dicen el artículo 29 de la Constitución Política y varias normas sobre derechos humanos:

Artículo 29 de la Carta Magna:

Todos pueden comunicar sus pensamientos de palabra o por escrito, y publicarlos sin previa censura; pero, serán responsables de los abusos que cometan en el ejercicio de este derecho, en los casos y del modo que la ley establezca.

Declaración Universal de Derechos Humanos. 1948

Artículo 18

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

Artículo 19

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. 1969

Artículo 12

Toda persona tiene a la libertad de conciencia y de religión.

Artículo 13

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión.

El ejercicio de estos derechos no pueden estar sujetos a censura previa, sino a responsabilidades ulteriores.

Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia.

En otras palabras, la censura previa solo se admite en protección a los menores de edad. A los adultos no se les puede aplicar censura previa ni prohibiciones.

En este sentido cabe recordar que el Poder Ejecutivo, en 1989, prohibió la película *La última tentación de Cristo* (Martin Scorsese-1942-, director, 1988, en base a la novela del escritor griego Nicos Kazantzakis -1883-1957) en forma completamente inconstitucional.

En el Tribunal de la Censura, voté a favor de que la película no podía prohibirse para adultos (mayores de 18 años); es decir, no podía darse censura previa y prohibición para adultos -17 de enero de 1990-. En 1990, el abogado Allen Pérez Zomarríba presentó ante la Sala Constitucional un recurso de amparo contra la decisión -de los órganos de censura del Ministerio de Justicia- de prohibir la exhibición de esa película. Por voto N° 682-95, esa Sala resolvió favorablemente ese recurso (*La República*, jueves 11 de enero de 1996).

Otra película que levantó debate fue *El concilio de amor* del director Wemer Schoroeter, basada en la obra de teatro homónima del alemán Oskar Panizza (1835-1921), publicada en 1895. Esta película se prohibió en Austria y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por una votación de 6 a 3, ratificó la decisión de la prohibición. Esta película se presentó en -1982- Berlín (*La Nación*, 29 de setiembre de 1994).

En resumen, los conceptos de pornográfico y erótico son indeterminados y serán las autoridades administrativas y judiciales las que decidan este aspecto de acuerdo a sus criterios, estereotipos, intereses, conveniencias, prejuicios, sentimientos y actitudes; es decir, al tenor de sus marcos afectivos y mentales de referencia.

4. Autoridades ejecutoras

El artículo 4 de la ley en comentario afirma que las autoridades ejecutoras de esta normativa residen en:

- * Consejo nacional de espectáculos públicos
- ** Comisión de control y calificación

5. Consejo nacional de espectáculos públicos y afines

Este artículo 5 de la ley crea este Consejo como un órgano adscrito y desconcentrado del Ministerio de Justicia, formado del siguiente modo:

- * El Ministro de Justicia o su representante, quien lo presidirá,
- * Un delegado del Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes,
- * Un delegado del Ministro de Educación Pública,

- * El Director nacional de prevención del Ministerio de Justicia, y
- * El jefe del departamento de control de propaganda del Ministerio de Gobernación.

Total de miembros con voz y voto: 5

Todos son funcionarios estatales.

La situación era diferente, en su concepción y filosofía antes:

i) Proyecto enviado por el Ministerio de Justicia durante la Administración de Oscar Arias (1986-1990), a la Asamblea Legislativa:

- a) El Ministro o Viceministro de Justicia, quien lo preside,
- b) Un representante del Ministerio de Educación Pública,
- c) Un representante de la Dirección de mujer y familia del Ministerio de Cultura,
- d) El Defensor de la infancia y
- e) Un representante de los empresarios relacionados con las actividades contempladas en la presente ley.

Total de miembros con voz y voto: 5

En este proyecto se le daba participación a la sociedad, en la persona del representante del sector privado de empresarios, quedando sin representación el sector social de los usuarios, ciudadanos, administrados o consumidores.

ii) Proyecto enviado por el Ministerio de Justicia durante la Administración Calderón Fournier (1990-1994), a la Asamblea Legislativa:

- a) El Ministro de Justicia o su representante, quien presidirá,
- b) 2 representantes del Ministerio de Educación Pública,
- c) 2 representantes del Ministerio de Cultura, de los cuales uno de ellos corresponderá a la Dirección de Mujer y Familia,
- d) El Defensor de los derechos humanos
- e) Un representante de los miembros auxiliares,
- f) El Procurador General de la República y

- g) Un miembro a título personal elegido de preferencia entre *los profesores universitarios* y
- h) El Director ejecutivo con derecho a voz pero sin voto.

Total de miembros con voz y voto: 9

En este proyecto el representante de los empresarios queda eliminado; y, el sector de ciudadanos queda con la representación en el lugar de “profesores universitarios”; y de los “miembros auxiliares”. Estos miembros eran inspectores de esta oficina de control estatal, nombrados por el Ministro de Justicia. Ellos se reunían y nombraban de su seno a su representante.

iii) Al tenor del *Reglamento publicado por Decreto Ejecutivo No. 20373-J* (Gaceta No. 80 del 29 de abril de 1991), el Consejo nacional de espectáculos públicos, cine, radio, televisión, revistas y literatura ilustrada tenía esta conformación:

- a) El Ministro de Justicia o su representante, quien presidirá,
- b) Un representante del Ministerio de Educación Pública,
- c) Un representante de la Dirección de mujer y familia del Ministerio de Cultura,
- d) *El Defensor de los derechos humanos,*
- e) El Director ejecutivo con derecho a voz, pero sin voto.

Total de miembros con voz y voto: 4.

No había representantes de la sociedad, solo del sector público.

iv) *Decreto ejecutivo No. 20697-J de 1991*

Este decreto se publicó en la Gaceta No. 180 del 23 de setiembre de 1991. Reformó el decreto anterior No. 20373-J del 29 de abril de 1991.

De este modo el citado Consejo Nacional de Espectáculos Públicos quedó conformado así:

- a) El Ministro de Justicia o su representante, quien presidirá,
- b) Un representante del Ministerio de Educación Pública,
- c) Un representante de la Dirección de mujer y familia, del Ministerio de Cultura,

- d) Un representante del Ministerio de Cultura,
- e) *Un representante de los miembros auxiliares,*
- f) El Procurador General de la República,
- g) Un miembro, a título personal, elegido de preferencia entre los *profesores universitarios* y
- h) El Director ejecutivo, con derecho a voz, pero sin voto.

Total de miembros con voz y voto: 7.

En esta integración, habían dos representantes del sector social de ciudadanos. De los 14 años de experiencia que tuve como miembro del Tribunal Superior de la Censura y luego del Consejo Nacional de Espectáculos Públicos, en las Administraciones de Calderón Fournier (1990-1994) y de Figueres Olsen (1994) ocupé –respectivamente– la representación de los miembros auxiliares y de los profesores universitarios. Ya con la ley No. 7440 vigente, y la nueva integración del mencionado Consejo dejé dicha representación, por cuanto los miembros de este Consejo Nacional de espectáculos públicos y afines tiene solo representantes del Estado; lo cual no me parece correcto ni conveniente, ya que debe haber representación de los ciudadanos, de la sociedad. La experiencia citada de esos 14 años durante varias y diferentes Administraciones de Gobierno, me enseñaron que estos órganos desconcentrados conformados por funcionarios estatales abusan de sus funciones en perjuicio de los administrados, de ahí lo conveniente de establecer controles y contrapesos al interior de estos órganos tan ligados con los derechos constitucionales y la ciudadanía. Está claro, como se comprueba con la conformación que hemos indicado de los órganos mencionados, que cuando hubo representantes de los ciudadanos, éstos eran minoría en el grupo dominado por funcionarios del Estado.

Fue en el proyecto de ley –aprobado por el Poder Legislativo– durante la Administración Figueres Olsen (1994) el que no tomé en cuenta la representación de los ciudadanos (del sector de la sociedad) y dejé el comentado *Consejo* solo con funcionarios públicos.

En el *cuadro siguiente* mostramos el número de integrantes del Consejo citado de acuerdo al instrumento normativo respectivo:

Instrumento normativo	Integrantes del Consejo con voz y voto
Ley No. 7440 - 1994 (Administración Figueres O.)	5
Proyecto de ley (Administración Arias)	5
Proyecto de ley (Administración Calderón Fournier)	9
Decreto No. 20373-J-1991 (Administración Calderón)	4
Decreto No. 20697-J-1991 (Administración Calderón)	7

6. Funcionamiento del Consejo

El artículo 6 de la ley manda que los acuerdos del Consejo se tomarán (adoptarán) por mayoría absoluta de los *miembros presentes*. En caso de empate, el Presidente tendrá doble voto. Para lo no dispuesto en esta ley, el Consejo se regirá por la Ley general de la administración pública.

Evidentemente, si se trata de los *miembros presentes* del Consejo, ello significa que para el *quorum* requerido será necesaria la presencia de por los menos tres de los cinco integrantes. Por lo que respecta al Director Ejecutivo (artículo 14 y 15), formará parte del Consejo, con voz, pero sin voto. Por supuesto que para efectos del *quorum* no se cuenta.

7. Instalación de los miembros del Consejo

El Ministro de Justicia instalará y juramentará a los miembros del Consejo, *quienes no devengarán dietas*, al tenor del artículo 7 de la ley.

La novedad aquí es que los citados miembros no ganan dietas por la asistencia a las reuniones del Consejo, explicable debido a que todos esos funcionarios devengan salarios.

8. Funciones del Consejo

El numeral 8 de la ley establece las funciones del Consejo nacional de espectáculos públicos y afines.

- a) Resolver los recursos de apelación que se interpongan por la aplicación de la presente ley. Las resoluciones del Consejo agotan la vía administrativa.
- b) *Establecer políticas* para cumplir los fines de esta ley y tomar las decisiones y los acuerdos necesarios para ejecutar esas políticas, que serán de acatamiento obligatorio.

Este numeral ordena que la resolución del Consejo, al resolver una apelación, da por *agotada la vía administrativa* para los efectos de acudir a la sede judicial respectiva.

9. Comisión de control y calificación de espectáculos públicos

El artículo 9 crea esta comisión, como un órgano subordinado y dependiente del Consejo Nacional de Espectáculos Públicos.

10. Integración de la Comisión de control y calificación de espectáculos públicos

El artículo 10 de la ley se refiere a la integración de esta comisión de esta manera:

- * Director Ejecutivo del Consejo (que tiene aquí voz, pero sin voto) y
- * 4 miembros seleccionados por el Ministro de Justicia entre profesionales de estas disciplinas:
 - Psicología o siquiatria
 - Educación
 - Sociología
 - Derecho

En el caso de que esos miembros profesionales no sean funcionarios del Poder Ejecutivo, devengarán dietas por la *asistencia a las sesiones* que se regularán en el *reglamento de esta ley*. El pago de las *dietas* se regirá por la *ley especial* respectiva.

El Director Ejecutivo no devengará dietas. Esto por cuanto tiene asignado el salario correspondiente.

11. Funciones de la comisión

El artículo 11 de la ley establece las funciones de la Comisión de control y calificación de espectáculos públicos, las cuales son:

- a) Resolver en primera instancia, sobre la calificación y la regulación de las *actividades* contenidas en esta ley.

Contra sus resoluciones podrán interponerse los recursos de revocatoria y apelación subsidiaria ante el Consejo, dentro de *5 días hábiles* posteriores a que se notifique la resolución

Antes de dictar la resolución citada, la Comisión *oír*á a quienes puedan resultar afectados con ella, de conformidad con el procedimiento que se defina en el *reglamento* de esta ley.

-000-

En esta situación, lo recomendable es establecer los recursos de revocatoria ante la Comisión, con apelación en subsidio ante el Consejo.

¿Con qué criterios y a quiénes "oirá" la comisión porque puedan "resultar afectados" con la futura resolución administrativa?

Se trata de una especie de *debido proceso* a particulares que puedan resultar perjudicados por la citada resolución de la Comisión. Ya veremos de qué manera el *reglamento* regulará esta situación.

b) *Regular, en aras del bien común y sobre la base de que la libertad de expresión no incluye la libertad de exhibición*, las actividades mencionadas en el artículo 2, y *prohibir* las que constituyan un peligro social, por su contenido estrictamente pornográfico o violento, por su potencial de incitación al crimen o al vicio o por degradar la condición del ser humano.

-000-

Este inciso b) del numeral 11 merece un análisis en detalle.

En una sociedad democrática y en un Estado de Derecho, no caben las censuras previas ni las prohibiciones para los adultos. Sí, están establecidas las responsabilidades civiles y penales por el mal uso o el abuso de los derechos.

Claro que en un Estado *totalitario* sí es posible que se den censuras previas y prohibiciones. El Estado establece lo que es permitido y lo que no lo es. No existe un régimen de libertades, derechos y garantías constitucionales.

Esta disposición es inconstitucional; aún admitiendo que las libertades de expresión y de exhibición pueden ser tratadas por separado, son -sin duda- garantías y derechos protegidos por la Carta Magna.

Esta norma fue incorporada en la Asamblea legislativa al proyecto que el Poder Ejecutivo remitió. Se trata de una disposición represiva y que atenta contra los derechos humanos y la Constitución Política.

Esta norma amerita que se interponga una acción de inconstitucionalidad ante la Sala Constitucional.

Abarca esa *inconstitucionalidad* todo espectáculo público, ya que el artículo 2 define lo que ha de entenderse por tal.

Se violan así los artículos 26 y 29 de la Constitución Política.

Artículo 26:

Todos tienen derecho de reunirse pacíficamente y sin armas, ya sea para negocios privados, o para discutir asuntos políticos y examinar la conducta pública de los funcionarios.

Artículo 29:

Todos pueden comunicar sus pensamientos de palabra o por escrito, y publicarlos sin previa censura; pero serán responsables de los abusos que cometan en el ejercicio de este derecho, en los casos y del modo que la ley establezca.

Lo que sigue enunciando este inciso b) del artículo 11 de la ley, es propio de regímenes políticos totalitarios y dictatoriales; y, por consiguiente, violatorio de nuestra Carta Magna y de los Convenios de derechos humanos ratificados por nuestro país:

bajo el pretexto del bien común se prohíben aquellas actividades que

- * Constituyan un peligro social por su contenido estrictamente pornográfico o violento o por degradar la condición del ser humano.

¿Quién califica y regula que las actividades bajo la lupa de la censura, constituyan ese peligro y por consiguiente sean prohibidas?

Respuesta:

Los funcionarios estatales que componen la Comisión y el Consejo de espectáculos públicos.

La experiencia y el conocimiento directo que tuve a lo largo de 14 años en este terreno me mostró la mentalidad conservadora y represiva de la mayoría de los integrantes de estos organismos gubernamentales. No existió el menor respeto y consideración por el régimen de derecho ni por los derechos humanos.

Estos censores y represores son los que calificarán si una actividad -para los efectos de prohibirla- como peligro social, de acuerdo a su contenido pornográfico, potencial de incitación al crimen o al vicio o por degradar la condición del ser humano.

Es del conocimiento público que, jurídicamente, no hay censura ni prohibición para los adultos, de acuerdo a la Constitución Política y a los convenios de derechos humanos ratificados por Costa Rica.

Es evidente, que este inciso b) del artículo 11 de la ley es inconstitucional.

El inciso c) del numeral 11 afirma que la Comisión fomentará la exhibición de películas de alto valor artístico, social, cultural y educativo; y, otros espectáculos.

La expresión "otros espectáculos", podría ser usada para no quedar restringida la actividad de fomento a las películas.

* * *

Su inciso d) le señala a la Comisión que formule o le dé al Consejo recomendaciones técnicas, que sirvan de base para definir políticas en materia de radio, cine, televisión, videos y espectáculos públicos de cualquier naturaleza o índole.

El inciso e) le manda a la Comisión velar por el cumplimiento de esta ley.

El inciso f) viene a desempeñar las conocidas funciones de "cajón": otras establecidas en esta ley y sus reglamentos.

12. Recursos administrativos

El numeral 12 de la ley se refiere a los recursos administrativos.

Las personas físicas o jurídicas que resulten afectadas en sus derechos subjetivos o intereses legítimos, están legitimadas para plantear los recursos de revocatoria y apelación subsidiaria contra las decisiones de la Comisión; y, el recurso de reconsideración contra los actos del Consejo.

Igual legitimación le corresponde a la *Defensoría de los Habitantes* para proteger los intereses generales de la comunidad. (Ver Ley No. 7319 creadora de este funcionario, de 27 de noviembre de 1992; adscrito al Poder legislativo y que desempeña sus actividades con independencia funcional, administrativa y de criterio -artículo 2- en la defensa y protección de los derechos e intereses de los habitantes -numeral 1-).

Este aspecto de los *recursos administrativos*, para la defensa de los administrados, tiene que ser regulado por el *reglamento* respectivo. Mientras éste se promulga, se aplicarán las normas de la Ley de administración pública.

La novedad que presenta esta disposición es que le da la legitimación a la *Defensoría de los Habitantes* para que interponga los mencionados recursos administrativos en esta materia.

13. Otra prohibición inconstitucional

El numeral 13 establece otra prohibición inconstitucional y violatoria de los derechos humanos, al decir que una actividad de las enumeradas en el artículo dos de esta ley puede ser prohibida cuando esa actividad incite:

- * A la subversión
- * Al vicio
- * Al crimen
- * Al odio por razones religiosas, raciales o de nacionalidad o cuando su contenido sea estrictamente pornográfico.

Otra disposición propia de sistemas políticos totalitarios.

Se repite la expresión del numeral 11, inciso b): contenido estrictamente pornográfico.

Esta disposición del Poder Legislativo se la incluyó a la ley. Es decir, en el proyecto que el Poder Ejecutivo le remitió, no estaba.

Esta norma debe ser llevada a la Sala Constitucional, mediante una acción de inconstitucionalidad, ya que lesiona la Carta Magna. *A priori* no pueden existir prohibiciones ni censura para los adultos. Para sancionar el abuso del derecho, están las responsabilidades civiles y penales de las personas.

Incluso la redacción de este numeral trece es amañada y truculenta:

No se podrá prohibir ni restringir una actividad de las enumeradas en el artículo dos, por las ideas que sustente, *excepto* cuando la actividad incite a: (texto siguiente ya transcrito).

14. Director Ejecutivo

Habrá un Director Ejecutivo que formará parte del personal regular del Ministerio de Justicia. Su nombramiento se regirá por el Estatuto de Servicio Civil y deberá ser un profesional en derecho, *ciencias sociales* o psicología, manda el artículo 14 de la ley.

Aquí hay un error de concepto cuando se refiere a *ciencias sociales*, derecho y psicología. Estas ciencias incluyen cabalmente al derecho, sociología, antropología, historia, geografía, siquiatria, economía, psicología, etnografía. Por esta razón, esta norma está mal redactada ya que debió decir simplemente *ciencias sociales*; y, no caer en la confusión de indicar el derecho y la psicología como si fueran extrañas a esas ciencias.

15. Funciones del Director Ejecutivo

El numeral 15 de la ley establece que las funciones del Director Ejecutivo son:

- a) Velar por el cumplimiento de los acuerdos del Consejo y de la Comisión de control y calificación de espectáculos públicos,
- b) Constituirse en órgano director de procedimiento, cuando sea necesario,
- c) *Presidir la comisión de control y clasificación de espectáculos públicos,*
- d) Fungir como secretario del Consejo nacional de espectáculos públicos y afines, con voz pero sin voto,
- e) Procurar y administrar los recursos materiales que permitan el funcionamiento óptimo de los órganos establecidos en la presente ley,
- f) *Formar parte de la comisión de control y clasificación de espectáculos públicos.*

De modo obvio se nota una repetición del inciso f) con el c), siendo innecesario el f) por cuanto el c) manda que este director preside la comisión citada.

16. Comisiones auxiliares cantonales

De acuerdo con el numeral 16 de la ley se crean las comisiones auxiliares cantonales como órganos auxiliares de la comisión de control y clasificación de espectáculos públicos. En cada cantón del país existirá una comisión integrada por tres vecinos.

17. Nombramiento de las comisiones auxiliares

El numeral 18 manda que los integrantes de esas comisiones serán nombrados por la municipalidad del cantón respectivo, por tres años; pudiendo ser reelegidos por períodos sucesivos.

Esta norma manda que para el inicio de sus funciones, es indispensable que aprueben el curso de capacitación que impartirá el Ministerio de Justicia. En el caso de que no aprueben ese curso, la municipalidad hará otro nombramiento (por supuesto, que en otra persona o vecino).

De acuerdo con esta disposición, en cada cantón del país las municipalidades nombrarán a tres de sus vecinos para que integren las comisiones

auxiliares, después de haber aprobado el curso de capacitación que el Ministerio de Justicia les habrá dado.

Como no hay requisitos de ningún tipo para integrar esas comisiones, es de imaginarse la inoperancia e inopia de esas comisiones.

18. Funciones de las comisiones auxiliares

De conformidad con el numeral 17 de la ley a estas comisiones les corresponde:

- * Apoyar las tareas de divulgación de las políticas en la materia de esta ley, y
- * Detectar cualquier violación de las regulaciones impuestas por la Comisión y el Consejo e informar de inmediato al Director Ejecutivo.

Recordemos que estos miembros de las comisiones auxiliares desempeñan su cargo sin recibir salario. Por otra parte, analicemos la integración de los concejos municipales, fruto de la politiquería cantonal.

Para tener el panorama más completo se puede añadir el siguiente artículo 19 de la ley.

19. Documento de identificación

El numeral 19 de la ley establece que los miembros del Consejo, de la Comisión y de las Comisiones auxiliares cantonales y el Director Ejecutivo del Consejo, tendrán libre acceso a los espectáculos públicos, de cualquier índole, para lo cual serán acreditados con un carné de identificación, emitido por el Ministro de Justicia.

-000-

Estas comisiones auxiliares pueden desarrollar mal o bien esas funciones de divulgación y de información de anomalías. De todos modos habrá que esperar el desempeño de estas tareas a cargo de particulares.

20. Obligaciones de los empresarios

En el numeral 20 se estipula que:

La persona física que, en nombre propio o de una persona jurídica, distribuya, presente, transmita o capte, para la divulgación

comercial o gratuita, películas en cine o en video, juegos de video, programas de radio o televisión y espectáculos en vivo, está obligada a poner ese material a disposición de los órganos competentes, *facilitarles los medios para examinarlo* y cumplir con acuerdos respectivos. Además, *debe ceder al Consejo, gratuitamente, el espacio necesario para advertir al público sobre la clasificación y las restricciones de los espectáculos e indicarlo en la publicidad respectiva.*

Esencialmente, tiene el mismo número y manda de modo similar lo que el numeral 20 del decreto ejecutivo No. 20373-J del 21 de abril de 1991, que fue declarado inconstitucional por la Sala Cuarta.

Se trata del mismo vicio constitucional: *censura previa*, como en los regímenes dictatoriales.

21. Sanciones administrativas. Distribución del material sin autorización

El numeral 21 de la ley manda que la persona física que, en nombre propio o de una persona jurídica, distribuya o exhiba, en forma comercial o gratuita, material regulado en esta ley, *sin la calificación ni la autorización previa de la Comisión*, por cada unidad distribuida o exhibida será sancionada con una multa equivalente a siete veces el salario base del oficinista 1, establecido en el presupuesto nacional.

Cuando se incurra en esta infracción más de una vez, se duplicará la multa.

-000-

En esta disposición se incurre, de nuevo, en la *inconstitucionalidad* de establecer la *censura previa* ("sin la calificación ni la autorización previa de la Comisión"). Nuestro país no es un régimen policial ni dictatorial, pero al tenor de la redacción y aprobación de estas leyes pareciera que hay que insistir (ante todos los espacios legítimos) que la democracia y el Estado de Derecho son mucho más que etiquetas de un sistema político.

22. Sanciones administrativas. Avances sin autorización

Será sancionada con una multa equivalente a dos veces el salario base del oficinista 1, establecido en el presupuesto nacional, la persona física que, en

nombre propio o de una persona jurídica, exhiba, en una película de acceso restringido para una determinada edad, un avance o porción de una película no autorizada para personas de esa edad. La multa se impondrá por cada exhibición.

Cuando se incurra en esta infracción más de una vez, se duplicará la multa. Todo ello de acuerdo al numeral 22 de la ley.

23. Sanciones administrativas. Material exhibido para un público no autorizado

Será sancionada con una multa equivalente al salario base del oficinista 1, establecido en el presupuesto nacional, la persona física que, en nombre propio o de una persona jurídica, exhiba material regulado en esta ley, ante menores cuya edad sea inferior a aquella para la cual se autorizó la exhibición. Cuando se incurra en esa infracción más de una vez, se duplicará la multa. Lo anterior de conformidad con el numeral 23 de la ley.

24. Sanciones administrativas. Cierre de locales

Cuando se incurra en la misma infracción más de una vez, la autoridad judicial ordenará *cerrar el local* donde se cometió y suspender las operaciones de la persona o la empresa, de la siguiente manera:

- a) Por *un mes*, al cometer la infracción por segunda vez;
- b) Por *tres meses*, al cometer la infracción por tercera vez;
- c) Cuando se cometa la misma infracción por *cuarta vez*, la autoridad judicial ordenará el *cierre definitivo* del establecimiento y lo comunicará a la municipalidad respectiva, la cual deberá cancelar la patente, o al Ministerio de Gobernación para que cancele las concesiones de frecuencias de televisión o radio, o a las autoridades competentes para que cancelen el permiso o la autorización respectiva.

El *Director Ejecutivo* llevará un registro, bien respaldado, de las infracciones establecidas jurisdiccionalmente y de las personas y empresas responsables. De acuerdo, al artículo 24 de la ley.

25. Responsabilidad solidaria: actuación a nombre de persona jurídica

En todos los casos en que una persona física actúe en nombre de una persona jurídica, ésta será responsable en cuanto al pago de las multas, según lo manda el artículo 25 de la ley.

26. Procedimiento jurisdiccional. Autoridades competentes

Las alcaldías de faltas y contravenciones serán las autoridades competentes para conocer de las infracciones descritas en esta ley, al tenor del artículo 26.

Por supuesto, que hay que señalar que las decisiones del alcalde de faltas y contravenciones, tienen *apelación ante el superior respectivo*.

Asimismo, se debe indicar que al ser la autoridad competente este alcalde, la *conducta sancionada no es delito*, sino una contravención o falta.

27. Procedimiento

El procedimiento se iniciará mediante denuncia del Director Ejecutivo, ya sea por sí mismo o por medio de la Procuraduría General de la República o de las comisiones auxiliares cantonales ante la Alcaldía de faltas y contravenciones de la jurisdicción territorial correspondiente.

Cuando la denuncia sea presentada por un particular, se trasladará al Director Ejecutivo del Consejo para que, en lo procedente y posible, sustancie la denuncia por sí mismo o por medio de la Procuraduría General de la República, según lo manda el artículo 26.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, la denuncia ante el citado alcalde, la puede interponer:

* *El Director Ejecutivo directamente, o por medio de:*

La Procuraduría General de la República o de la comisión auxiliar cantonal respectiva.

Efectivamente, un *particular* puede presentar una denuncia ante el Director Ejecutivo, pero éste en definitiva la estudia y decide si la presenta ante el alcalde correspondiente o no.

28. La Procuraduría General de la República siempre es parte

El numeral 28, establece que la Procuraduría General de la República se tendrá como parte, con independencia de la persona denunciante.

29. Fundamento legal del proceso

El artículo 29 manda que para el sustanciamiento del proceso se seguirán las reglas establecidas para las denuncias de faltas y contravenciones.

Es decir, se hace referencia al ordenamiento procesal penal.

30. Sentencia condenatoria y depósito de la multa

De acuerdo con el numeral 30 en caso de sentencia condenatoria se otorgará un plazo de ocho días (habrá que entender que hábiles) para depositar la multa respectiva.

Si el infractor no la deposita, la alcaldía ordenará el cierre provisional del negocio y suspenderá la autorización para realizar la actividad comercial hasta tanto no se cancele al multa, sin perjuicio de las sanciones de cierre y suspensión por las reincidencias.

31. Destino de las multas

El artículo 31 manda que el producto de las multas por la aplicación de esta ley, irá a la caja única del Estado, de donde se girará al Consejo nacional de espectáculos públicos, el cual los destinará a la adquisición de los bienes y servicios necesarios para el cumplimiento de esta ley.

32. Ley de orden público

Esta ley es de orden público y deroga las que resulten incompatibles con su aplicación, de conformidad con el numeral 32.

Para la *Corte Plena*, el *orden público* es: el conjunto de principios, que por una parte, atañen a la organización del Estado y a su funcionamiento; y, por otra parte, concurren a la protección de los derechos del ser humano y de los intereses de la comunidad, en un justo equilibrio para hacer posible la paz y el bienestar de la convivencia social. (Sesión extraordinaria del 26 de agosto de 1982). (Cf. Magistrado Rodolfo Piza-Escalante, *Premio de la libertad*, San José, Acta Académica, N° 12, UACA, 1993, p. 139).

En Argentina (1960) jurisprudencialmente se afirmó que el *orden público* debe entenderse como el conjunto de principios fundamentales —religiosos, morales, políticos, y económicos— en que se cimienta la organización social (cf. Gonzalo Biggs “Cobro judicial de la deuda externa morosa de América Latina” en Robert Drevlin y Oscar Altimir, compiladores *Moratoria de la deuda en América Latina*, Buenos Aires: FCE, 1994, p. 454).

33. Vigencia de la ley

Esta ley rige desde su publicación en La Gaceta, de acuerdo a su artículo 33.

34. A modo de conclusiones

Esta ley era necesaria para el país, sin embargo, a pesar de que desde la Administración de Monge Alvarez se hicieron los intentos para legislar en esta materia, no fue sino en la Administración Figueres Olsen que se aprobó en la Asamblea legislativa esta normativa. Lamentablemente, en el Poder Legislativo, le insertaron varias disposiciones inconstitucionales sobre prohibiciones y censura previa para los adultos, las cuales violan la Carta Magna y la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por ello se hace necesario interponer acciones de inconstitucionalidad ante la Sala respectiva para que se eliminen del texto de esta ley estas normas inconstitucionales.

35. Bibliografía

Hernández, Rubén. *Las libertades públicas en Costa Rica*. (San José: Juricentro, 1980).

Jara, Giselle. *La censura en Costa Rica*. (San José: tesis, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica, 1991).

López-Calleja, Alfredo. *Régimen legal de la censura de espectáculos públicos en Costa Rica*. (San José: tesis, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica, 1974).

Mouchete, Carlos. *Derechos de autor e intérpretes de obras literarias y artísticas*. (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970).

Quesada, Ivo. *La propiedad intelectual*. (San José: tesis, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica, 1982).

Romero-Pérez, Jorge Enrique. *Derecho administrativo. Ensayos*. (San José: UNED, 2ª ed. 1993).

Análisis de la ley de derechos de autor. (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 79. 1994).

Solano, Walter. *Historia mundial de la censura y evolución histórica de la censura en Costa Rica*. (San José: tesis, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica, 1974).

LA JUSTIFICACION POLITICA, JURIDICA Y MORAL DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL

Dr. Bernal Arias Ramírez^(*)
Abogado costarricense

III. JUSTIFICACION POLITICA DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL CARACTERISTICAS

La justificación política de la desobediencia civil se refiere a la legitimación de la conducta de desobediencia civil por parte de los ciudadanos cuando el Estado actúa de manera ilegítima o cuando las leyes que se aplican son injustas o contrarias a los principios de justicia y equidad. Esta justificación se basa en el derecho natural y en el derecho positivo, y se fundamenta en el principio de que el ciudadano tiene el deber de obedecer a las leyes que son justas y equitativas, pero que no tiene el deber de obedecer a las leyes que son injustas o contrarias a los principios de justicia y equidad.

Fundamento y concepto de desobediencia civil

Antes de definir el concepto de desobediencia civil, es necesario hacer unas breves consideraciones de que se trata de un acto de desobediencia política, es decir, de un acto de desobediencia que se realiza en el ámbito de la política y que tiene como finalidad la modificación o la derogación de una ley o de un acto de autoridad.

En primer lugar, puede decirse que la desobediencia civil es un acto de desobediencia política que se realiza en el ámbito de la política y que tiene como finalidad la modificación o la derogación de una ley o de un acto de autoridad.

En segundo lugar, puede decirse que la desobediencia civil es un acto de desobediencia que se realiza en el ámbito de la política y que tiene como finalidad la modificación o la derogación de una ley o de un acto de autoridad.

En tercer lugar, puede decirse que la desobediencia civil es un acto de desobediencia que se realiza en el ámbito de la política y que tiene como finalidad la modificación o la derogación de una ley o de un acto de autoridad.

(*) Realizó el Programa de Doctorado en Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid.
Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política.
Funcionario del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

SUMARIO:

Presentación

- I. Fundamento, concepto y definición (características)
- II. Clasificaciones de la desobediencia civil
- III. Justificación política de la desobediencia civil
- IV. La justificación jurídica de la desobediencia civil
- V. La justificación moral de la desobediencia civil

PRESENTACION

El presente ensayo, fue elaborado en el marco académico y con ocasión del curso de "Desobediencia al Derecho", impartido por el Catedrático de Filosofía del Derecho, de la Universidad Complutense de Madrid, Prof. Dr. Jesús Lima Torrado.

I. FUNDAMENTO, CONCEPTO Y DEFINICION (CARACTERISTICAS)

En materia de desobediencia civil hay una enorme disparidad de criterios acerca de cuál es la naturaleza y función que cumple tal forma de disenso. Sin embargo, autores como Malem, Workin, Bobbio, Rawls y Nino, entre otros, coinciden en que la desobediencia civil tiene por objeto cuestionar cierto tipo de leyes para obligar a las autoridades gubernamentales a que deroguen, modifiquen o aclaren una dispersión de carácter constitucional.

Fundamento y concepto de desobediencia civil

Antes de definir la desobediencia civil, es necesario hacer unas breves consideraciones de, qué se entiende por civil. La palabra civil como forma de acción política tiene varios significados:

En *primer lugar*, puede hacer referencia a cierto reconocimiento de los disidentes, de la existencia de un deber general del ciudadano de observar las leyes del Estado.

En *segundo lugar*, puede ser utilizada para distinguir la desobediencia civil de la utilización de cualquier fuerza militar.

En *tercer lugar*, para distinguir dichos actos de otros que pueden ser denominados inciviles o incivilizados.

En *cuarto lugar*, para subrayar el carácter público y abierto de los actos de desobediencia.

Por último, *en quinto lugar* el término va implícito con la naturaleza del objetivo que persiguen los desobedientes.

Para Malén, la palabra civil implica que dichos actos son ejecutados por los ciudadanos, señalando la necesidad de distinguirlo de la desobediencia militar, eclesiástica y administrativa.

Definición de desobediencia civil

Malem, así como Rawls, acogen el concepto de Bedau quien define que alguien comete un acto de desobediencia civil, solo si sus actos son ilegales, públicos, no violentos y conscientes realizados con intención de frustrar leyes, programas o decisiones del Gobierno.⁽¹⁾

Es ilegal, porque se trata de actos que violan una ley vigente o una decisión gubernamental obligatoria, estos actos pueden ser activos o pasivos, los primeros son objeto de una prohibición legal, o dicho de otra forma aquellos cuya ejecución conlleva la aplicación de una sanción. Ejemplo: la ocupación por los negros surafricanos de los asientos de los autobuses destinados a los blancos; los segundos (pasivos), por el contrario es la no realización de aquello que es prescrito por las normas u órdenes administrativas, como por ejemplo, no cubrirse en tiempo de simulacros de bombardeos para protestar contra la carrera de armamentos.

En este punto entramos en una polémica, la cual por razón de tema no se abordará en este trabajo, pero que es de suma relevancia para clarificar el concepto de "ilegalidad". Moreno Mateos, afirma que: "Si el Derecho Positivo extrae su validez de su correspondencia con el Derecho Natural, toda norma legislativa o consuetudinaria debería ser considerada nula o inexistente. Esta es una teoría que hace del Derecho Positivo un sistema de normas subordinado al Derecho Natural".⁽²⁾ Es un planteo que aún no ha sido aceptado por la mayor parte de los positivistas, pero que autores como Kelsen asumen diciendo que, hay un parangón entre la Constitución "Derecho Natural" y "Derecho Positivo" por legislación.

Lo anterior es para explicar que la desobediencia civil, cuando se expresa en los cauces normales y en apego estricto a sus características que la distinguen: como un valor superior de fondo, que forma parte de los Derechos Fundamentales,

(1) Malém Sena, Jorge F.: *Concepto y justificación de la desobediencia civil*. Editorial Ariel, S.A., Barcelona (España), Ira. edición, 1988, pp. 238.

(2) Moreno Mateos, José Juan, *Sobre normas inconstitucionales*, en Revista Española de Derecho Constitucional del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, año 13, núm. 38, mayo-agosto, 1993, p. 91.

emanados del Derecho Natural y contenidos también en algunas normas de Derecho Positivo (normas internas o de Tratados internacionales suscritos y ratificados por los Estados); encuentra asidero incluso legal y de interpretación jurídica si se le observa como norma de valor superior.

Actos públicos y abiertos, se ejecutan tratando de llegar a los más amplios sectores de la sociedad, de tal suerte que posibilite el conocimiento de las pretensiones políticas y morales de los disidentes.

Actos voluntarios y conscientes, son voluntarios, puesto que el agente de haberlo querido los hubiese podido evitar, y conscientes porque el desobediente civil intenta justificar su acción por una incompatibilidad que existe entre la ley que cuestiona y sus convicciones político-morales, es decir, el autor de la acción debe estar completamente seguro de que la acción realizada sea justa y correcta.

Son actos no violentos, quedando excluidos por esta causa los sabotajes o asesinatos que, aún pudiendo ser catalogados como actos de resistencia, nunca forman parte de la desobediencia civil. Hugo Adam Bedau, entiende por actos no violentos "aquellos en que el actor no trata de llegar a su objetivo amenazando con la violencia, ni incitando a la violencia y que no responde con violencia o con resistencia violenta a las provocaciones que pudiese existir en el curso de su desobediencia; y que está preparado para sufrir, sin defensa, las indignidades y brutalidades que le pudieran infligir como consecuencia de sus actos".⁽³⁾

II. CLASIFICACIONES DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL

En este orden de ideas los doctrinarios, ven la necesidad de hacer una delimitación conceptual de la desobediencia civil con otros tipos de desobediencia a la Ley. De la clasificación doctrinaria, sólo serán objeto de estudio por su importancia los siguientes tipos de desobediencia a la ley:

A) La desobediencia revolucionaria

Busca el cambio del sistema por vías no previstas o distintas a las contempladas en el mismo ordenamiento jurídico. Sin embargo, la desobediencia civil no puede ser entendida dentro del mismo esquema conceptual que la revolución, ya que la primera no persigue la modificación extrasistémica de las normas estatales, ni se propone, cambiar la estructura básica de la comunidad. Su objetivo es más limitado: se concreta en la derogación de una ley, en la sustitución de un programa de gobierno o la alteración de una determinada

(3) Bedau, Hugo Adam.: *On civil disobedience*, en Journal of Philosophy, No. LVIII, 1963, p. 661.

política particular. El desobediente civil viola la ley para manifestar su protesta, pero dentro del más amplio respeto a la Constitución y a las autoridades establecidas. Acepta el sistema jurídico vigente en su totalidad, llegando a sostener, con el fin de justificar su acción, siendo precisamente las leyes que él critica las que no observan los preceptos constitucionales, tanto en su letra como en los principios morales por ellos receptados.⁽⁴⁾

Por ejemplo es criticable en nuestro país procesos judiciales, que culminan con un laudo o una sentencia a favor de ciertos funcionarios de nivel jerárquico superior (mandos ejecutivos), que basados en las leyes laborales (criticables por los privilegios que algunas de ellas otorgan), aumentan los salarios de dichos funcionarios exorbitantemente, incluso llegando a extremos de ser seis o siete veces mayores del salario que devenga un profesional en el régimen laboral de la Administración Pública. Entonces la pregunta es: Se justifica o no que existan este tipo de leyes, en un país como el nuestro con una realidad económica y social muy concreta? La respuesta sería obviamente no, por lo que sería una conducta típica a desobedecer, ya que el mismo ordenamiento contempla prebendas y preferencias, que no se justifican desde el punto de vista ético y moral (en razón de que atentan contra la moral positiva que informa la Constitución –Dworkin–, o contra el sentido de justicia de la mayoría –Rawls–, o contra los principios morales individuales –Bedau–. Cabe destacar que este tipo de situaciones o hechos fácticos basados en derechos, son los que trata de reformar o modificar un desobediente civil.

Por tanto, no se debe confundir la desobediencia civil, con la revolución porque sus objetivos y metodologías son diferenciables, ya que la primera presupone el respeto al orden constitucional vigente, mientras que la segunda trata de romper con dicho orden.

B) Desobediencia criminal

Regulada en los códigos penales por tratarse de una actividad delictiva que se encuadra en una norma penal, cuya conducta es típica, antijurídica y culpable. Sin embargo, el concepto de desobediencia civil no se agota en la mera comisión de un acto punible por lo que no puede ser equiparado al de los actos específicos delictivos que el agente lleva a cabo. Se puede diferenciar el delito común de la desobediencia civil; en el primer caso, se realiza la conducta de una manera secreta u oculta (es la búsqueda de un interés individual: antijurídico y culpable de conducta delictiva común, Ej. Extorsión), mientras que en el

(4) Malem Seña, Jorge F.: *Concepto y justificación de la desobediencia civil*. Editorial Ariel, S.A., Barcelona (España), 1ª edición, 1988, pp. 238.

segundo caso, el acto se hace público, es abierto y con una acción de motivación política (hacia un interés colectivo, o de bien común, Ej. Huelga de hambre).

C) Derecho de resistencia

Establecido en algunas constituciones contemporáneas, como la de la República Federal Alemana, en su Art. 20 apartado 4, señala, que cuando no existe ningún medio, todos los alemanes tienen derecho a la resistencia contra todo aquel que emprenda la eliminación del orden establecido.

Otro ejemplo, es la Constitución Política del Perú de 1993, consultada en el referéndum el 31 de octubre de 1993, que es quizás una de las más avanzadas en América Latina, en lo que a disposiciones y texto se refiere (dudamos de su exacta implementación por el régimen actual existente), establece en su artículo 46: “Nadie debe obediencia a un gobierno usurpador, ni a quienes asumen funciones públicas en violación de la Constitución y de las Leyes. La población civil tiene el derecho de insurgencia en defensa del orden constitucional...”⁽⁵⁾

D) Mera disidencia

La mera disidencia, opera en las sociedades democráticas, constituyéndose en un canal a través del cual el individuo o grupo social utiliza los medios de comunicación con el fin de hacer oír su voz en defensa de sus intereses políticos, económicos, sociales o culturales, manifestando su abierta discrepancia con las decisiones gubernamentales. No obstante sucede que dichos canales para ejercer el disenso o la actividad política son utilizados por los centros decisivos para mantener una situación de privilegio, en ese sentido la desobediencia civil va más allá que el disenso, expresándose a través de una violación a la ley, siendo injusta para la comunidad a la cual él pertenece. El disenso varía según el país “depende de la cantidad de espacio en que se mueva el individuo y las organizaciones de la sociedad civil”; además depende de la fuerza y capacidad de censura del país de que se trate; y de cantidad de medios de comunicación que estén bajo la esfera o dominio del Estado, versus los medios alternativos “no estatales”, sean estos privados o de cualquier índole “Medios Independientes”, que mantengan una posición rectilínea, objetiva e imparcial de los fenómenos socio-políticos.

(5) CCD *Constitución Política del Perú* de 1993, consultada en Referéndum el 31 de octubre de 1993, impresa en Editora Perú, S.A. Lima, 1993.

E) **Disidencia anarquista**

Se caracteriza, porque niega tanto la obediencia a las leyes del Estado, como al Estado mismo. El accionar anarquista está dirigido, en última instancia a la total eliminación del sistema jurídico mediante la utilización en caso necesario, de métodos violentos; a diferencia de los desobedientes civiles que sólo persiguen el cambio del status normativo de una determinada conducta, sosteniendo valores morales básicos de la comunidad, respetando la estructura estatal, en el sentido de que se respeta sin mayores objeciones las sanciones por ella impuestas, lo que implica que son fieles al sistema democrático de gobierno, al que ayudan a estabilizar colaborando en la corrección de sus injusticias.⁽⁶⁾

F) **Los movimientos de no cooperación**

Forma de resistencia pasiva a la autoridad. Para Malém constituye una típica técnica de acción política destinada a favorecer el cambio social de una manera no violenta. Gandhi lo utilizó como un modo de acción política y como modo de instrumento de protesta para colapsar y paralizar al gobierno colonial inglés.

G) **Objeción de conciencia**

Son los casos en que una persona, por imperativo de conciencia, se niega a cumplir con lo establecido por las prescripciones estatales, puede ser definida como "un acto privado destinado a proteger al agente de la intervención estatal".⁽⁷⁾ Está relacionada a la negativa de ingresar al servicio militar o a saludar o venerar los símbolos nacionales, en muchos países, son personas que objetan el servicio militar por razón de una convicción profunda de orden religiosa, humanitaria, ética, moral, filosófica, o de cualquier otra naturaleza, negándose al uso de las armas, o en su caso a toda prestación militar.

III. JUSTIFICACION POLITICA DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL

Entre las razones que se aducen para desobedecer la ley se encuentran una diversidad de motivos, principalmente de índole político, moral o de conciencia.

(6) *Ob. cit.* Malém Seña, Jorge F., pág. 52.

(7) Raz, citado por Malém Seña, *op. cit.*, pág. 55.

Ahora bien, en un sistema no democrático la inobservancia a la ley es fácilmente justificable pero en un sistema democrático su justificación es prácticamente imposible. Esto se debe a que en un Estado democrático no solo existe una participación equitativa de los ciudadanos en el juego político, en el que se deciden y se dictan las leyes, sino también porque en tales sistemas se encuentran perfectamente establecidos cuáles son los procedimientos que permiten cambiar tanto el status normativo de una disposición, como una situación que la mayoría considera injusta o digna de ser modificada.

Peter Singer, examina las diferencias existentes entre una sociedad democrática y otra que no lo es, con el objeto de establecer cuáles son las razones para obedecer la ley en una sociedad democrática que no se dan en otro tipo de sociedades.

"Hay quienes critican el uso de modelos simplificados como base para la teoría política, ya que no llegan a poner de relieve todas las complejidades de las situaciones políticas reales, pero incluso así pueden ser útiles para ayudarnos a ver algo que resulta oscuro en una situación más compleja".⁽⁸⁾

Nos vamos a valer de tres modelos simplificados que señala Singer, de sociedad a partir del cual, presenta tres variantes: la situación descrita se desarrolla en un colegio universitario, cuyos alumnos forman una asociación de estudiantes, a la que todos sin excepción pertenecen, participan y deciden con agilidad sus actividades y los asuntos de la asociación.

El caso hipotético que nos sirve de base de fundamentación es el siguiente: con las cuotas que pagan los afiliados a la asociación, se pretende la suscripción a una revista "X", la que será puesta en uso colectivo en el salón principal de la residencia estudiantil de la universidad, para ser consultada por todos aquellos que la quieran leer. La revista usualmente tiene artículos racistas y xenofóbicos.

Modelos o variantes

1. En esta variante, las decisiones las toma una sola persona el jefe o líder, guiado por los intereses de los miembros, en este sentido, si alguien tenía que objetar la suscripción a la revista, se le invitaba a dirimir sus diferencias en una pelea con los amigos del líder, que eran los mejores boxeadores de la asociación. Nadie objetó nada y desde que asumió el poder, el líder se ha conformado razonablemente con la promesa de gobernar en el interés de todos.

(8) Singer, Peter: *Democracia y desobediencia*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona (España), 1ra. edición, 1985, p.p. 161.

Relacionando lo anterior con nuestro caso hipotético, el líder decide suscribirse a la revista "X"; sin embargo, un miembro de la facultad a quien llamaremos el disidente, plantea objeciones a la revista, porque la publicación lleva a cabo una campaña difamatoria contra la minoría negra del país. La campaña está llevada de tal manera que se mantiene dentro de los límites del derecho.

Para el disidente la sola presencia de la revista es una ofensa, teme que los otros miembros de la asociación no tengan claro como él el carácter tendencioso de la revista, la lean regularmente y su lectura inflame los prejuicios latentes que los lleven a actos de discriminación dirigidos contra la minoría de la facultad.

El disidente pide al líder que reconsidere su decisión, pero el líder permanece inalterable. Entonces el disidente decide iniciar una acción más enérgica. Todas las mañanas antes de que se hayan levantado los demás asociados, va a la sala común y se lleva la revista.

2. En la segunda variante, el modelo es similar pero quién toma las decisiones es el miembro más antiguo. En la primera la desobediencia puede justificar hasta el uso de la violencia. En esta variante, no se utiliza la violencia pero se obedece sin cuestionar por la simple tradición. El disidente plantea en vano su objeción al asociado mayor, y finalmente decide llevarse la revista todas las mañanas.

3. En esta variante las decisiones más importantes son tomadas por todos los estudiantes. Implica la participación igualitaria de todos en las asambleas y el ejercicio del voto sin restricciones, utilizándose el sistema de voto de la mayoría.

En las Asambleas todos los miembros tienen libertad de palabra, son presididas correctamente y los recuentos de votos son precisos.

El disidente concurre a estas Asambleas, vota de acuerdo a sus opiniones, en algunas ocasiones le aprueban sus mociones, en otras se las rechazan.

Cuando una moción resulta aprobada, los que votaron en contra la aceptan y no obstaculizan su puesta en práctica.

En una Asamblea se propone que la Asociación se suscriba a la revista "X". El disidente se opone a esta moción sin conseguir ganar a la mayoría y la moción resulta aprobada.

En las próximas asambleas y en las siguientes trata que se revoque esa decisión pero no lo consigue, de manera que él no será capaz de convencerlos, al darse cuenta de ello el disidente se lleva la revista, como en los casos anteriores.

De acuerdo a los hechos que conocemos hay diferencias en el peso de las razones morales, porque en cada caso hay oposición al retiro de la revista, por parte del disidente. En los tres modelos, la acción era contraria a una norma de la asociación. Sin embargo, hay razones especiales para obedecer las leyes en una democracia, estamos ante la elección de la mayoría, acción que no es válida en los dos primeros casos (Tiranía y Monarquía).

En el diseño de los modelos, es menos probable que las decisiones tomadas por un solo hombre favorezcan los intereses de todos, a diferencia de si las decisiones fueron tomadas colectivamente por todos los miembros de la asociación, estamos entonces ante dos modelos no-democráticos y el tercero como un modelo democrático, que nos compele a abodecer la leyes por ser la voluntad de la mayoría en igualdad de condiciones.

A. Argumentos en contra de la desobediencia civil

Malem sostiene, que hay varias razones importantes para obedecer la ley en un modelo de democracia, que no son válidas en otros sistemas políticos.

1. Al desobedecer no sólo se viola la ley y el orden, sino que al mismo tiempo, se atenta contra los beneficios de la cooperación social, dados gracias a la aceptación de ciertos principios y procedimientos, cuyas rupturas sólo pueden conducir al caos y a la anarquía.

2. Otro argumento a favor de obedecer la ley, (siguiendo el caso hipotético), sería que los integrantes de la asociación, incluido el disidente, tienen el derecho de la lectura de todas y cada una de las revistas que se adquieran, estando prohibido el ocultamiento o sustracción de cualquiera de ellas.

3. En el tercer modelo hay mayor posibilidad de derogación y cambio progresivo de las leyes.

4. El tercer modelo de asociación, es presentado como el paradigma de un "gobierno popular", basado en el consentimiento de sus miembros, los cuales "se gobiernan a sí mismos".

5. En ese modelo de Asociación, cada integrante posee un voto de igual valor, lo que constituye un "compromiso equitativo" entre todos ellos. Semejante compromiso establece a su vez un buen motivo para respetar las decisiones de las asambleas.

6. La participación de los asociados en el procedimiento de decisión origina una obligación de acatar las resoluciones obtenidas por su mediación. *La participación implica la aceptación* de las decisiones tomadas en forma conjunta, las que representan un compromiso para todos; es decir, *aceptar*, aquí significa tanto participar en el procedimiento de toma de decisiones como acatar sus resultados. En segundo lugar esta participación, en la que todos toman parte de buena fe, crea una obligación "prima facie" de aceptar los resultados del procedimiento.

Sartori manifiesta: "La democracia opera en la práctica como un mecanismo de moderación, filtración y decantación de los procesos de poder, la democracia implica un procedimiento de adopción de decisiones más bien lento, y desde la perspectiva de su ámbito de acción, un abanico de decisiones de alguna manera restringido, de suerte que en muchas ocasiones hay inercia temporalizadora, a veces una falta de resolución, lo cual deduce a una petitoria de democracia, con un proceso creciente de transformación racional y global, esto es pedir demasiado".⁽⁹⁾

Sartori nos indica que la democracia si bien es un proceso imperfecto y lento, ha logrado despersonalizar el poder, de sustituir el poder personal por el poder impersonal, esto nos lleva a la idea que la democracia es la forma política conocida que libera a los ciudadanos del "temor de las personas" a las que se confía el poder, aún cuando haya disparidad en los modos o formas para poder acceder a ese poder entre los grupos que luchan por él.

B. Argumentos a favor de la desobediencia civil

Es discutible la validez de la desobediencia civil, en sociedades democráticas basadas en un Estado de Derecho. Es característico de toda democracia la participación de todos los individuos en la toma de decisiones, cada uno tiene derecho al voto y todos los votos son de igual valor, toda decisión es tomada por la mayoría, pero ello no implica necesariamente que el resultado obtenido mediante este proceso sea justo: (En el caso de Costa Rica, los partidos políticos mayoritarios, apoyados en sus estatutos y reglamentos internos, hacen que el ciudadano que si bien es cierto tiene derecho al voto, no tiene el derecho a elegir directamente sus representantes, porque se tiene un procedimiento de nóminas de candidatos a representación popular "impuestas" a través del voto

(9) Sartori, Giovanni: *Teoría de la democracia. 2. Los problemas clásicos*, Ed. castellano: Alianza Editorial, S.A., Madrid-España, 1988, pág. 525.

delegado, en instancias de asambleas de circunscripción: delegados distritales, cantonales, provinciales y nacionales, desvirtuando la elección directa y popular).

La participación de todos en la toma de decisiones no es condición suficiente para dar por un hecho el consentimiento de cada uno en cualquier decisión tomada. El procedimiento no basta para justificar cualquier resultado: un gobierno democrático puede tomar decisiones tiránicas, en estos supuestos, la única conducta políticamente justificada es la de desobedecer las decisiones asumidas mayoritariamente. En este sentido la desobediencia civil es un elemento corrector del procedimiento de la mayoría.

Partimos de la misma pregunta, sólo que redactada al contrario de la que hace Malem: *¿existen o no razones políticas para desobedecer la ley regulada en un proceso político?*

Hay varios argumentos que señalan que sí se puede desobedecer la ley, y por tanto resistirse a ella, estos argumentos específicos son:

1. La mayor parte de los procedimientos de decisión donde participan las personas, están pre-establecidos, es decir, no han sido establecidos por ninguno de los participantes dentro del proceso decisorio.
2. El método o el procedimiento, muchas veces está viciado, ya que el mismo puede dar mayor poder a unos en detrimento de los otros, con lo cual se estimularía la oposición de aquellos que tienen menos poder o que son más débiles.
3. El llamado procedimiento democrático (de la mayoría), se muestra incapaz de garantizar para todos los casos posibles la moralidad de sus resultados.
4. Dentro del procedimiento de las reglas democráticas, en más de una ocasión los representantes no deciden como lo hubieran hecho sus electores, ni estos pueden escoger libremente a aquellos. Schumpeter señaló que la decisión del electorado "no fluye de su iniciativa, sino que es configurada, y su configuración es una parte del proceso democrático". Es decir no hay asimetría, reciprocidad, entre representante y elector, estableciéndose un mensaje en una sola dirección, que el representante o candidato dirige al elector, quien deberá aceptar acríticamente. Esto se acentúa más en un Estado de régimen bipartidista, cuya asimetría se nota claramente en nuestro país, cuando se analiza el discurso y proximidad con el pueblo de los candidatos a la Presidencia de la República y al Poder

Legislativo, en los meses que abarcan la campaña electoral, versus, la realidad existente una vez convertidos en representantes del Poder Ejecutivo y Legislativo respectivamente, donde en muchas ocasiones priva el interés de esos individuos como grupo (político, económico o social), en detrimento de los que otorgaron contenido a ese mandato; aceptando estos últimos acríticamente sus proyectos y lineamientos estatales. Como resultante se va notando un divorcio entre la época pre-electoral con la práctica del llamado coloquialmente concepto "hacer Gobierno". Esta asimetría se relaciona íntimamente con el punto 7 infraescrito.

5. Se desvirtúa la participación en elecciones, cuando las políticas son decididas de forma oligárquica, impuestas a nivel jerárquico y mantenidas de manera autoritaria: la regla de "una persona un voto", pierde parte de su sentido y de su fuerza legitimante.

En los últimos tiempos se han escrito muchos tratados acerca de la crisis de los partidos políticos y subsecuentemente en la participación electoral, es así como Pedro Nikken, señala que "Está aún por precisar, en toda su dimensión, la determinación de las causas de la crisis democrática y la identificación de los valores a rescatar dentro de una reformulación del sistema político, que respondan a la axiología democrática y a las expectativas de la mayoría. Agrega, que íntimamente vinculado con este tema está el de los partidos políticos, ya que su crisis de credibilidad, su creciente ineptitud para ser intermediarios entre la sociedad civil y el poder político privan al sistema político de una herramienta capital",⁽¹⁰⁾ cual es la participación popular formulada a través de los instrumentos del sistema electoral democrático.

6. La democracia desarrolla principios, procedimientos e instituciones que generan condiciones para la propia continuidad del sistema, prediciendo los futuros comportamientos de los miembros. En ese sentido, el sistema jurídico cumple una función conservadora del status quo, lo que cierra el camino al cambio político.

Los sistemas estatales que no cuentan con institutos tales como los referendums o los plebiscitos, o cualquier otro tipo de consulta popular, son los que agudizan la inamovilidad y la resistencia a los cambios positivos de los principios democráticos, impidiendo el remozamiento de los mismos.

(10) Nikken, Pedro, y otros: *La democracia de partidos políticos en crisis*, IIDH/ CAPEL, San José, Costa Rica, 1992, p.p. 147.

7. La desinformación del sistema, hace que muchos electores no se enteren de la personalidad de los candidatos y de sus postulados programáticos. La democracia supone que todos los ciudadanos tienen libre acceso a las fuentes de información y que a la vez son capaces de discernir, pero la realidad es otra, porque los centros informativos (medios de comunicación social) la mayoría de las veces, se concentran en pocas manos, aumentando la capacidad manipuladora de esos grupos.

8. La apatía: El proceso puede causar cierta indiferencia, en el sistema democrático de gobierno, donde la pérdida de legitimidad de un Estado, se puede dar porque la mayoría de sus ciudadanos no participan en la elaboración del discurso político, sobre todo en circunstancias donde la apatía significa mantener una situación de opresión para las minorías o grupos disidentes.

También en el caso de la apatía entra en juego el elemento abstencionismo en una elección, donde un porcentaje muy bajo de la ciudadanía elige a los representantes, siendo mayor el porcentaje de abstenciones que el de votos válidos, estamos aquí ante una apatía por participar aún cuando existan condiciones inobjetables de reglas democráticas que no ponen en tela de juicio el sistema.

Lo anterior se reafirma con la siguiente cita: "En algunos procesos electorales recientes puede constatarse una disminución de la participación electoral frente a comicios de años anteriores, entre los que pueden citarse las elecciones generales celebradas en Guatemala (noviembre de 1990 y enero de 1991) y en República Dominicana (junio de 1990). Lo mismo ha sucedido en elecciones para constituyentes celebradas en Colombia (diciembre de 1990) y en Paraguay (diciembre de 1991)".⁽¹¹⁾

Rawls, por su parte establece ciertas condiciones para ejercer la desobediencia civil:

"Primero señala, que cuando las leyes impositivas atacan o disminuyen la libertad básica pueden ser rechazadas a través de la desobediencia civil.

La segunda condición es que se hayan agotado los canales de protesta, en este caso la desobediencia civil es un último recurso (aunque en este aspecto reconoce algunas graves excepciones, en situaciones extremas).

La tercer condición es el respeto a ciertas limitaciones que exige el deber de justicia. Si una minoría está justificada para utilizar la desobediencia civil,

(11) Cerdas, Rodolfo; Rial, Juan y Zovatto, Daniel, *Una tarea inconclusa: elecciones y democracia en América Latina*, San José, C.R., IIDH, 1992. 785 p.p.

cualquier otra minoría en circunstancias similares también estaría justificada. Así podría ocurrir que haya muchos grupos con la misma justificación lo que ocasionaría un serio desorden que podría minar la eficacia de una constitución justa".⁽¹²⁾

Rawls supone entonces, que hay un límite dentro del cual puede llevarse a cabo la desobediencia civil, sin que ello lleve a una interrupción en el respeto a la ley y a la Constitución, produciendo consecuencias desafortunadas para todos.

La solución ideal desde un punto de vista teórico, sería una alianza política cooperativa por parte de las minorías para regular el nivel total de disidencia. Cuando hay muchas demandas, todas ellas justificadas ha de adoptarse un plan justo que las considere equitativamente, y no excedan los límites permitidos.

Lo más real sería un acuerdo político entre las minorías que sufren alguna injusticia para que todas tengan una oportunidad y no se excedan los límites de la desobediencia civil. Con una dirección adecuada esto sería posible. Así, se aseguraría también el principio de imparcialidad, con la que quedaría protegido el deber natural de justicia, base primaria de nuestros vínculos políticos respecto a un régimen constitucional.

C. La desobediencia civil, como un elemento fortalecedor de la democracia

El sistema político está plagado de imperfecciones, en muchas ocasiones el procedimiento en la toma de decisiones es injusto, ya que una limitación a la conciencia limita la obligatoriedad de las reglas del juego político, perdiendo validez absoluta por cuanto impone al sujeto decisiones que él no hubiera tomado, arrastrándolo a que las reconozca y las acepte. Segundo, porque la desobediencia ética es un imperativo moral y no una táctica política, en donde mi individualidad y mis valores están por encima de la misma supraindividualidad que me ha sido impuesta, en este caso a través de las reglas políticas de una sociedad democrática. Es asegurar el sentido humano como valor superior, en un orden social destinado en sí al mantenimiento y aseguración de relaciones específicas de poder.

La desobediencia civil es compatible con las demás instituciones democráticas de gobierno porque enfatiza el carácter corrector de las decisiones mayoritariamente alcanzadas (así como en el marco del Estado contribuye el

control de la constitucionalidad de las leyes, que hace el Poder Judicial; el veto del Poder Ejecutivo al Legislativo, en proyectos que afecten intereses populares; o en el caso del control de los actos administrativos cometidos por el Ejecutivo). También, puede hacer una gran contribución a la estabilidad social ayudando a remover las causas del desorden en la misma estructura social y legal, ya que puede coadyuvar al perfeccionamiento de la calidad de las leyes.

Otro aspecto es, que la protesta política por la vía pacífica, es un medio adecuado para participar en la vida social, y es fuente agregativa de voluntad para grupos minoritarios que carecen de poder decisorio, ya que sirve como poder negociador favorable para los puntos de vista de quienes protestan, y que utilizada con mesura e inteligencia, sirve para estabilizar el orden constitucional. Por último la desobediencia civil, puede jugar un papel moralizador del proceso político, al poner de manifiesto sus imperfecciones, irregularidades e injusticias.

IV. LA JUSTIFICACION JURIDICA DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL

"La justificación jurídica de la desobediencia a la ley se ha abordado principalmente desde el ámbito jurisdiccional. Los profesores Martimer Kadish y Sanford Dardish, afirman la posibilidad de justificar determinadas desviaciones legales. Ellos hablan de <desobediencia legitimada>".⁽¹³⁾

Para los autores norteamericanos, existen en los sistemas constitucionales modernos, tres clases de normas legitimantes para hablar de justificar jurídicamente la desobediencia a la ley. Estas normas son:

1. La norma de validez.
 2. La norma que posibilita realizar un mal menor.
 3. La norma que posibilita justificadamente no cumplir con ciertas leyes.
1. Respecto a la *norma de validez* se parte de la idea de que en los Estados democráticos la Carta Constitucional permite la posibilidad de revisar, a través del control judicial, los actos del Gobierno y el Parlamento. Es decir, que cualquier ciudadano pueda presentar un recurso de Inconstitucionalidad y lograr una sentencia favorable. Y en ciertos casos se logra este resultado mediante la violación de la ley cuestionada.

(12) Rawls, John, *Teoría de la justicia*, versión al castellano por González, María Dolores, Fondo de Cultura Económica, Madrid-España, 656 p.p.

(13) Tomado de: Malém Seña, *op. cit.*, pág. 192-193.

Existen casos bajo los cuales se intentó legitimar actos de desobediencia civil, argumentando la inconstitucionalidad de las leyes. Estos casos se pueden dar en los siguientes supuestos:

- Cuando decisiones gubernamentales violan aquellos principios que según los disidentes, están contenidos en el espíritu de la Constitución y que de una u otra manera han sido recorridos por las más altas instancias judiciales.
 - Cuando derechos constitucionalmente reconocidos son violados por el Gobierno, denegados a nivel local o no aplicados en un territorio limitado del Estado. Esto puede suceder (y de hecho ocurre en los Estados Unidos), en los Sistemas Federados.
 - Cuando los disidentes protestan contra decisiones gubernamentales que contradicen de manera expresa normas establecidas por organismos internacionales. La apelación a las leyes internacionales como medio de justificar la desobediencia civil cuando el Gobierno viola principios o acuerdos de tal carácter, puede ser realizada de manera generalizada.
 - Cuando existen disposiciones constitucionales para justificar la desobediencia a la ley o el cumplimiento de programas gubernamentales si han sido decididos irregularmente.
2. La segunda norma legitimante de la que hablan los profesores norteamericanos, es la que permite a un ciudadano ocasionar a otro, a otros o al Estado, *un mal menor como aquel que se produciría si se hubiera seguido la norma prescrita por ley*. Aquí se trata de realizar una conducta promotora de un valor más alto que el de la literal observancia a la ley.
 3. Por último, encontramos *la norma que permite justificadamente no cumplir con ciertas leyes*. Este supuesto se produce cuando las normas son ineficaces o por la no aplicación reiterada de una norma. Esto sucede generalmente en el sistema norteamericano, basándose en el principio del desuso.

Por otro lado, en Alemania la desobediencia civil directa puede ser interpretada como una estrategia eficaz para lograr que el Tribunal Constitucional

declare la inconstitucionalidad de la ley violada, esta es la posición que fundamenta Ralf Orcier. Señala este autor, que la desobediencia civil en un sistema constitucional, debe satisfacer, para ser legítima, los siguientes requisitos:

- La protesta tiene que ser contra una injusticia grave, como puede ser la violación de derechos fundamentales, pero nunca pueden ser justificadas acciones destinadas a la eliminación del Estado democrático y de Derecho.
- La protesta tendrá que ser también apropiada, necesaria y adecuada.

En síntesis, la desobediencia civil no se presentaría como un elemento extraño al Estado, lo que permitiría ir reformando y consolidando a un Estado democrático.

Algunas ideas sobre la justificación jurídica de la desobediencia civil:

1. El deber de obediencia al Derecho no es absoluto y puede ser dejado de lado por puntos de vista superiores u obligaciones morales más importantes.
2. La desobediencia civil sería una estrategia para obtener la declaración judicial de inconstitucionalidad.
3. Algunos autores, cuya opinión va dirigida a casos donde los órganos jurisdiccionales que aún cuando decidieran declarar la inconstitucionalidad de la ley violada, en dichos casos no se estaría hablando de desobediencia civil.
4. La doctrina de la Ley y el orden no justifica la desobediencia civil, exige absoluta sumisión a las normas del Estado.
5. El problema de la permisibilidad jurídica de la desobediencia civil, nos lleva a tratar el problema de criterios de validez de la ley.
6. Para establecer la validez de las normas jurídicas en general y en particular, las consecuencias que se siguen de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes cuestionadas, se ha planteado tres modelos de validez normativa: El Kelseniano, el propuesto por el prof. Francisco Suárez y el de Von Wright.

V. JUSTIFICACION MORAL DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL

La justificación moral de la desobediencia civil se circunscribe en el campo de la ética normativa.

Teorías: **A. El relativismo moral**

B. El utilitarismo

A. Tanto el relativismo descriptivo como el sustantivo son insuficientes para la justificación moral de la desobediencia civil.

El *relativismo descriptivo* reduce la ética a una mera descripción de hechos, de comportamientos humanos, para esta teoría los juicios de valor son meros informes.

El *relativismo sustantivo* tiene dos corrientes principales: a) relativismo sustantivo, b) relativismo emotivo.

a) El *relativismo sustantivo* expone que no existen valores en el mundo externo, y los juicios éticos sólo hacen referencia a preferencias individuales. El único imperativo moral válido es el de la propia conciencia.

b) El *relativismo emotivo*, argumenta que los juicios morales no pueden predicar la validez o invalidez, verdad o falsedad, pues los términos éticos carecen de significación empírica y sus contenidos expresan reacciones puramente emotivas.

B. El *utilitarismo* es una corriente ética, la cual afirma que es deber moral de un agente ejecutar un acto en una ocasión determinada si con ello produce mayores y mejores consecuencias que otro curso de acción alternativo. Las acciones de los hombres no son buenas ni malas en sí mismas, sino que lo son en relación a sus consecuencias. Esta teoría no puede ofrecer una justificación previa y generalizada de la desobediencia civil.

a. La *desobediencia civil en John Rawls*: Acepta la definición de Hugo Adam Bedau: "Alguien comete un acto de desobediencia civil, cuando sus actos son ilegales, no violentos y conscientes, realizados con la intención de frustrar leyes, o programas de gobierno", y agrega dos elementos: el apelar el sentido de la justicia de la comunidad y declarar que los principios de cooperación no se respetan; que la violación a la ley, se realiza con respeto y fidelidad

al derecho, así que el agente acepte las consecuencias de su conducta. Establece condiciones para justificar la desobediencia civil que se deben entender como *presunciones*: Si la violación a la ley, se hace apelando al sentido de justicia de la comunidad, se limita la justificación a casos injustos. Es un último recurso político, que urge a la mayoría democrática a cambiar, habiendo una negativa, por ésta se justifica. El deber natural de justicia implica algunas restricciones. Se justifica la desobediencia civil cuando hay violaciones a los derechos fundamentales. En Rawls la desobediencia civil, cumple el papel estabilizador del sistema constitucional en una sociedad casi justa.

b. *Habermas*, dice que la desobediencia civil, "es un elemento que contribuye a configurar de una manera no convencional, la voluntad política colectiva, más que un elemento estabilizador, es una piedra de toque para que se comprenda adecuadamente las bases morales de la democracia".

La desobediencia civil es una vía alternativa de participar en la vida política, utilizada por aquellos a los que se les niegan los cauces ordinarios, de toma de decisiones políticas ya tomadas. Así se transforma en una alternativa moralmente justificada, que para Habermas requiere limitaciones, porque no debe ejercerse fuera del esquema constitucional. Respetar el marco constitucional es importante, porque el Estado Democrático puede exigir obediencia a sus ciudadanos, atendiendo más a situaciones de legitimidad que de legalidad. La desobediencia civil resulta justificable cuando se practica con miras a llamar la atención de una situación anómala en un régimen democrático liberal.

Los desobedientes invocan principios morales, que sirven de marco al procedimiento democrático. También la violación de principios morales o su no aplicación justifica la desobediencia aún contra leyes que se han sancionado de acuerdo con el procedimiento, con ello se justifica sin calcular placeres o displaceres propuestos por el utilitarismo. Lo anterior no significa caer en la trampa del individualismo, que impide presentar como universalizables los valores invocados. Desde el punto de vista moral, los valores invocados por los desobedientes civiles, (si fueran sólo intereses de grupo sin posibilidad de hacerlos universales), no tendrían posibilidades de ser aceptados por la colectividad, o a lo mejor serían nulos, imposibles de justificar. El desobediente afirma con su acción que la situación es injusta.

BIBLIOGRAFIA

- Bedau, Hugo Adam: *On civil disobedience*, en Journal of Philosophy, No. LVIII, 1963.
- Cerdas, Rodolfo; Rial, Juan y Zovatto, Daniel: *Una tarea inconclusa: elecciones y democracia en América Latina*, San José Costa Rica, C.R., IIDH, 1992.
- CCD Constitución Política del Perú de 1993, consultada en Referéndum el 31 de octubre de 1993, impresa en Editora Perú, S.A. Lima, 1993.
- Malém Seña, Jorge F: *Concepto y justificación de la desobediencia civil*. Editorial Ariel, S.A., Barcelona (España), 1ª edición, 1988.
- Moreno Mateos, José Juan: *Sobre normas inconstitucionales*, en Revista Española de Derecho Constitucional del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid-España, año 13, núm. 38, mayo-agosto, 1993.
- Nikken, Pedro, y otros: *La democracia de partidos políticos en crisis*, IIDH/CAPEL, San José, Costa Rica, 1992.
- Rawls, John: *Teoría de la justicia*, versión al castellano por González, María Dolores, Fondo de Cultura Económica.
- Singer, Peter: *Democracia y desobediencia*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona (España), 1ª edición, 1985.
- Sortori, Geovanni: *Teoría de la democracia. 2. Los problemas clásicos*, Ed. castellano: Alianza Editorial, S.A., Madrid (España), 1988.

NOCIONES ELEMENTALES DE TEORIA GENERAL DEL DERECHO AGRARIO

Lic. Enrique Napoleón Ulate Chacón^(*)

(*) El autor es especialista en Derecho Agrario, Profesor del Posgrado en Derecho Agrario de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, Juez titular del Juzgado Agrario de Liberia, y actualmente Letrado de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

SUMARIO:

- 1) Introducción
- 2) Factores que originan al Derecho agrario como sistema normativo
- 3) Planteamientos de las Escuelas clásicas en torno a la autonomía del Derecho agrario
- 4) La aparición del Profesor Antonio Carrozza en el plano científico: proposición del método de estudio del Derecho agrario a través de sus institutos
- 5) El problema de definir el Derecho agrario. La teoría de la agrariedad y su vinculación con el método de estudio por institutos
- 6) La autonomía del Derecho agrario como sistema: los presupuestos de especialidad, organicidad y completez
- 7) La autonomía de sistema y la necesidad de dar una definición del derecho agrario
- 8) El Derecho agrario como ciencia, su autonomía, los problemas del objeto y del método

1) Introducción⁽¹⁾

En 1991, la Cátedra de Derecho Agrario de nuestra Facultad de Derecho, se dio a la tarea de efectuar una revisión del programa utilizado hasta ese momento a nivel de Licenciatura. El gran desarrollo operado en el plano del Derecho positivo, en el pensamiento doctrinal, pero sobre todo y fundamentalmente en el plano jurisprudencial, exigía una puesta al día. Con el afán de que el estudiante –ya pronto a concluir sus estudios– pudiera enfrentar los retos de una realidad que como litigante o como funcionario judicial se iba a encontrar en el campo del Derecho Agrario se decidió darle una orientación más práctica, combinando el estudio de temas procesales con derecho sustantivo y abundante jurisprudencia. Fue así como prácticamente se eliminó del programa la parte de Teoría general dejando únicamente, como capítulo introductorio del curso, lo relativo a la noción de Derecho agrario y la actividad agraria. A pesar de lo anterior, los profesores nos vimos en la imperiosa necesidad de abordar la Teoría General en las primeras clases, sobre todo por la importancia científica que tiene. Es a través de ella que se ha consolidado nuestra disciplina como ciencia, partiendo de un método de estudio propio (por institutos), un objeto que la distingue y es la base de su definición, un sistema de fuentes que le da completez, y finalmente, la interpretación (sistemática, material y evolutiva) de la normativa agraria que ha permitido una amplia evolución jurisprudencial en nuestro país.

Por esa razón, para este período lectivo 1992-1993, se escribió este ensayo titulado “*Nociones elementales de teoría general del Derecho agrario*”, para su utilización como capítulo introductorio al estudio de nuestra disciplina. El mismo constituye una síntesis de los planteamientos más importantes y novedosos planteados por la doctrina iusagrarista. Es un testimonio de la confluencia de dos grandes escuelas: la italiana del Profesor Antonio Carrozza, y la Latinoamericana del Profesor Ricardo Zeledón. Estos grandes maestros y juristas, nos han enriquecido con sus obras iusagrarias, este ensayo, es un testimonio de su labor.

(1) La versión preliminar de esta investigación fue publicada en *Antología de Derecho Agrario*, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1992.

2) Factores que originan el Derecho agrario como sistema normativo⁽²⁾

Podría pensarse que el Derecho Agrario existe desde hace mucho tiempo. Sin embargo, no es así. El Derecho Agrario, entendido desde su configuración como sistema normativo, tiene su origen en una época reciente. Surge a finales del siglo XIX y a principios del siglo XX por la confluencia de factores económicos, sociales, jurídicos, políticos e ideológicos, y hasta culturales, los cuales se mencionan brevemente.

a) *El Capitalismo*. Este factor, fundamentalmente de índole económico y político, tiene una influencia decisiva en la agricultura tradicional. Con la revolución industrial se empieza a introducir en el campo de la agricultura todo un modernismo tecnológico, tales como maquinaria agrícola, abonos químicos, etc., pero sobre todo, el factor tierra va a asumir una importancia fundamental como instrumento de producción, pues ya no va a ser entendido como un bien de goce y disfrute simplemente, sino como bien productivo apto para producir otros bienes de consumo.

A pesar de la influencia de este factor en la agricultura, el capitalismo origina al Derecho Comercial que se resuelve inicialmente en los actos de comercio, en los contratos y finalmente en la empresa. Se excluye toda posibilidad de que la actividad agraria tenga cabida dentro de ese esquema. Por otra parte, con la existencia del Código Civil, en cuya base está la propiedad de la tierra, los problemas de la agricultura se tienen que resolver —en un primer momento— a través de él. Pero como la propiedad es vista desde un punto de vista estático, y la propiedad de la tierra es un instrumento de producción, rápidamente se empieza a sentir la incapacidad del Código Civil, y la exclusión en el Código de Comercio, de regular las relaciones jurídicoagrarias, basadas fundamentalmente en el ejercicio de actividades agrarias que dotan de dinamismo a la propiedad de la tierra. Se pone de manifiesto entonces un segundo factor.

b) *La ruptura de la Unidad del Derecho Privado*. Mientras en el Código de Comercio francés de 1807 ya se empieza a poner en evidencia la categoría dinámica de empresa, que no da cabida a la actividad agraria, el Código Civil se mantiene bajo un esquema estático al regular la propiedad como un bien de goce y consumo y no como un bien de producción. El Derecho agrario se

(2) Para todo, véase Zeledón Zeledón (Ricardo). *Origen, formación y desarrollo del Derecho Agrario en los Derechos Humanos*. En: **Revista de Ciencias Jurídicas**, Colegio de Abogados, San José, Costa Rica, N° 62, mayo-agosto, 1988, págs. 119-135. También publicado en: **Rivista di Diritto Agrario**, Milano, Editore Giuffrè, Anno LXVII, Fasc. 3, 1988, p. 330-348.

manifiesta a través de la actividad agraria dotando al fundo de la característica propiedad-actividad, por ello no se encuentra sustento jurídico en esos esquemas iusprivatistas. Se presenta así la ruptura de la unidad del Derecho privado, por su incapacidad de resolver los problemas derivados de las nacientes relaciones jurídicas agrarias. Se conoce el instituto de la propiedad agraria, que rompiéndose con la vieja concepción de verlo como un derecho absoluto, sagrado e inviolable. Se exalta el principio de la función social de la propiedad, por existir en la sociedad un alto interés en la producción, como parte del proceso de publicización y de los ordenamientos jurídicos. El trabajo agrario requiere una importancia fundamental y es tutelado el productor sobre el mero propietario. El fundo entra en la nueva clasificación de los bienes productivos por excelencia e, incluso, es utilizado en un principio por la doctrina agrarista (la escuela técnico-económica de Giangastone Bolla) para fundamentar la autonomía científica de nuestra materia.

“El derecho agrario nace entonces del derecho civil, pero no como traslado de estudio de la tierra. El derecho agrario es derecho de actividad, no solo de propiedad, nace como una unidad de organización y de la utilización de la tierra en la producción agrícola”.⁽³⁾

c) *Evolución del Esquema Jurídico Constitucional*. El último factor que incide en el origen del moderno Derecho agrario, y le impregna solidez normativa, es el paso del Estado liberal de Derecho al Estado Social de Derecho. Ello ocurre como consecuencia de la evolución de los esquemas constitucionales. Dentro del marco constitucional surgen los Derechos económicos y sociales, también llamados derechos de la segunda generación. En las primeras constituciones sociales (México, 1917, URSS, 1918 y Weimar, 1919) se introduce el criterio de la función social de la propiedad agraria que impregnada del factor trabajo se convierte en un poder-deber para quien la ostente. Lo económico (exigencia impuesta al productor) y lo social (exigencia impuesta al Estado), rápidamente va a impregnar todas las relaciones jurídicas agrarias, y por ende los institutos nacientes de la disciplina.⁽⁴⁾ Posteriormente, surgen los derechos de la tercera generación, en particular, el derecho al desarrollo y a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, los cuales va a dar otra dimensión al Derecho agrario.

(3) Zeledón Zeledón (Ricardo). *El origen del moderno Derecho Agrario*. En: **Temas del Derecho Agrario Europeo y Latinoamericano**, San José, Editorial FIDAC, 1982, pág. 19.

(4) Zeledón Zeledón (Ricardo). *El fundamento económico y social en el Derecho Agrario*. En: **Antología de Derecho Agrario**, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1989, págs. 17-47. Esta investigación pone de relieve la influencia particular de lo económico y lo social en cada uno de los institutos iusagrarios.

3) Planteamientos de las Escuelas clásicas en torno a la autonomía del Derecho agrario.⁽⁵⁾

En el preciso momento de confluencia de esos tres factores que dan origen normativo al Derecho agrario, se inicia una rica discusión doctrinal en torno a la autonomía de esta disciplina. Con la publicación de la *Rivista di Diritto Agrario Italiana*, en 1922, se abre el debate en torno a este importante tema. En 1928, Gian Gastone Bolla, director de la Rivista, invita a la discusión sosteniendo la autonomía del Derecho Agrario. Bolla pone de relieve el tecnicismo de la materia y afirma que la disciplina de la actividad agrícola se diferencia del derecho común pues se basa en la unidad económica del fundo, factor esencial en el cual confluyen todas las relaciones de la agricultura. Sostiene la autonomía en relación a un sistema coherente, completo y orgánico. Dentro del sistema de fuentes figura la costumbre como forma de buscar organicidad y dar soluciones a los problemas internos, los contratos ligados íntimamente al factor técnico-económico, el fundus instructus como base de la empresa agraria, y el "ius propium" o sentido teleológico de todas las normas agrarias referido al momento del ejercicio mismo de la actividad. Encabeza así el profesor Giangastone Bolla, la Escuela técnico-económica.

Poco tiempo después, surge en la discusión Ageo Arcangeli, quien encabezando la Escuela Jurídica, sostiene la especialidad del Derecho agrario y niega su autonomía. Afirma que esta disciplina forma parte del sistema del Derecho privado, y únicamente se caracteriza o diferencia por la especialidad de las normas jurídicas que regulan situaciones de índole agrario. Dirigiendo varias críticas a los sostenedores de la tesis de la Autonomía solo lo da la existencia de principios generales comunes, propios y especiales de la materia, que confieran unidad a sus institutos. Aboga por reforzar la unidad del Derecho Privado, y sostiene la unidad del método jurídico, pues los elementos técnicos económicos deben ser traducidos en normas jurídicas para que adquieran relevancia, así como la unidad del sistema de fuentes que debe ser el mismo del Derecho privado. El Derecho agrario no es autónomo —sostiene— si carece de un sistema de fuentes propio.

Como consecuencia de las anteriores críticas, los sostenedores de la autonomía se dan a la tarea de demostrarla en tres planos: a) legislativo,

(5) Para todo véase Carrozza (Antonio) y Zeledón Zeledón (Ricardo). **Teoría General e Institutos del Derecho Agrario**. Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea, 1ª edición, 1990, págs. 41-75. De igual forma, pueden consultarse: Carrozza (Antonio). *Autonomía del Derecho Agrario*. En **Revista Judicial**, San José, Costa Rica, Editorial Judicial, setiembre, 1979, N° 14, págs. 9-18; Meza Lázarus (Alvaro). *Autonomía del Derecho Agrario*. En: **Revista Judicial**, San José, Costa Rica, Editorial Judicial, junio, 1986, N° 37, págs. 101-114.

b) didáctico y, c) científico. En los dos primeros planos no existió problema alguno, había abundante contenido normativo, y suficientes textos y cátedras sobre la materia. En el tercer plano es donde se presenta al mayor reto, por cuanto los agraristas-autonomistas al pretender demostrar los principios generales propios y exclusivos de la materia, no se pusieron de acuerdo, por ser de diversas corrientes: unos iusnaturalistas y otros iuspositivistas. La tesis de la especialidad cobra mayor fuerza y se impuso frente a la autonomista, manteniéndose aún más después de la promulgación del Código Civil Italiano de 1942, que unificó el Derecho privado, imperando hasta 1962.

4) La aparición del profesor Antonio Carrozza en el plano científico. Proposición del método de estudio del Derecho agrario a través de sus institutos

En 1962, aparece en escena el profesor Antonio Carrozza, máximo exponente del Derecho Agrario Moderno, quien manifiesta que la discusión clásica termina sin vencedores ni vencidos. Dicha disputa —afirma— tiene el mérito de estimular el desarrollo de la nueva disciplina, demostrando su vitalidad y factibilidad de su estudio científico, así como la utilidad del tratamiento al que las "dos escuelas" del Derecho agrario habían comenzado a someterla. Replantea en su libro *Gli istituti del Diritto agrario*⁽⁶⁾ el tema de los principios generales, diciendo que éstos deben ser buscados estrictamente en el derecho positivo. Plantea además, que no tiene sentido en buscar principios generales: partiendo del método de estudio del Derecho agrario a través de los institutos jurídicos propios y exclusivos, se pueden determinar principios concretos, referidos a cada uno de ellos.⁽⁷⁾

(6) Prefacio del libro: Carrozza (Antonio). **Gli istituti del diritto agrario**, Milano, Italia, Editore Giuffrè, Vol. I, 1962, prefazione, págs. 5 y 6, 221 págs.

(7) "Quanto al método di esporre il diritto agrario per istituti, ritiene l'autore ch'esso si presta meglio d'ogni altro ai tentativi di sistemazione scientifica del diritto agrario, ossia alla elaborazione di un sistema giuridico organico e autonomo, dotato di proprie norme con principi propri e quindi di "istituti" suoi proprie norme con principi propri e quindi di "istituti" suoi propri. Solo cosí, anzi, sembra possibile scoprire quei famosi principi generali su cui giustamente si vuole fondata l'autonomia o la specialità di una branca particolare delle discipline giuridiche: principi che sono fantomatici ed avanescenti se guardati del sommo di un intero organismo del diritto (qualunque esso sia), divengono finalmente individuabili quando sono isolati dentro il singolo istituto, perché ciò che si perde in latitudine (si tratterá di principi meno... generali) si guadagna in profondità e concretezza". Carrozza (A.). *Ibid.*, págs. 5-6.

El Instituto jurídico, base del sistema, se forma de un reagrupamiento de normas jurídicas ligadas en vista a un fin práctico superior o más importante a aquel que puede alcanzar la norma singular, la cual puede provenir de cualquier parte del ordenamiento jurídico. Busca así el profesor Carrozza, la *Individuazione del diritto agrario per mezzo dei suoi istituti*.⁽⁸⁾ para construir el sistema del Derecho agrario, debe contarse con un número de institutos jurídicos propios de la disciplina (y para lograr aglutinarlos, pronto va a establecer el mínimo común denominador, presente en todos y cada uno de ellos). Pone así de relieve que, más que los principios generales, son las normas y su aglutamiento a través de institutos la manifestación más convincente de la autonomía de la disciplina.

Para definir cuáles institutos van a componer el sistema del Derecho agrario, es necesaria la noción de agrariedad que, partiendo de las leyes biológicas, cumpla una función de denominador común entre ellas, pues será lo que les señale su grado de pertenencia al ámbito del Derecho Agrario.

5) El problema de definir el Derecho agrario. La teoría de la agrariedad y su vinculación con el método de estudios por institutos

El problema de la definición del Derecho agrario,⁽⁹⁾ ha sido abordado partiendo desde un punto de vista crítico en relación con los planteamientos de la doctrina tradicional. En ella se identifica la materia agraria como el “derecho de la agricultura”, noción vaga e imprecisa que normalmente se refiere a una agricultura vieja.

La materia jurídica agraria presenta caracteres de *complejidad* debido a la influencia del tecnicismo propio de la materia (hecho técnico), que implica una modernización tecnológica en el ejercicio de la agricultura. Ello conduce a considerar varios tipos de agricultura: una tradicional (apegada a la explotación del fundo o tierra como elemento fundamental de la producción), y otra moderna y cambiante que no requiere tanto del factor tierra o incluso prescinde de él. También presenta caracteres de *desorganicidad* por la dificultad de dar un contenido uniforme al término “agricultura”. Ello se debe no solo a la influencia de la reglamentación administrativa y a la legislación especial –cuyo contenido es inmenso–, sino también a la política impuesta por el Estado, sobre todo en materia de comercialización de productos agrícolas.

(8) Carrozza (Antonio) y Zeledón (Ricardo). *Teoría General e institutos del Derecho agrario*, op. cit., Parte I, Capítulo IV, págs. 77-95.

(9) Carrozza (Antonio). *Problemi Generali e profili di qualificazioni del Diritto agrario*. Milano, Italia, Editorial Giuffrè, 1975, Cap. I, págs. 1-59.

Junto a la vaga noción del “derecho de la agricultura”, se le han dado las más diversas calificaciones al Derecho agrario: como Derecho civil fundiario; derecho de las cosas (con referencia al fundo o a los productos agrícolas); derecho de los contratos agrarios; el derecho de la empresa agraria; como derecho de los recursos naturales, etcétera. Todas esas nociones son insuficientes para explicar la verdadera esencia de la materia.

Para el profesor Antonio Carrozza, debemos de remontarnos más allá de aquellos factores de especificación de Derecho Agrario (el hecho técnico y el hecho político), y buscar la causa más remota de especialidad. Se trata de descubrir el *ius proprium* de la materia, es decir, un criterio intrínseco de *agrariedad* que nos va a permitir:

- a) Concebir el objeto propio de la materia agraria;
- b) Aglutinar las normas con el fin de construir institutos propios y exclusivos del Derecho agrario; y
- c) Constituir el mínimo común denominador de cada uno de los institutos.

Este *perfil sistemático* busca, sobre todo, precisar la función asignada a la noción de agrariedad en el ámbito de la teoría general del Derecho agrario: “Ella debería constituir el instrumento para racional agregación y las normas constituyentes del Derecho Agrario, o mejor de los institutos de los cuales forman parte, así como poder verificar que tales institutos re-entran en la competencia del derecho agrario y sean homogéneos, en vista de la formación de un verdadero y propio “sistema”.⁽¹⁰⁾

En otros términos, se pretende localizar en los distintos institutos un mínimo común denominador (de agrariedad) que automáticamente los conduzca a ámbito del Derecho agrario, sustrayéndolos de la competencia de otras materias. Este modo de encontrar el mínimo común denominador está acorde con el método (y la necesidad) de estudiar el Derecho agrario a través de sus institutos, conduciéndose de lo particular a lo general, pues solo si es posible construir el entero sistema del Derecho agrario.

Junto con el perfil sistemático, se debe trabajar también un *perfil didáctico*. Mediante este último método, no solo se pretende con el Derecho de la agricultura, pues esa concepción no aclara la real amplitud de la materia ni la delimita respecto de otras; sino además, presentar la materia regulada por el Derecho agrario, en un doble orden de directrices: la primera –y más importante– nos conduce, inmediatamente, a la definición del Derecho agrario en una

(10) Carrozza (Antonio). *Problemi Generali...*, págs. 62-63.

fórmula sintética; la segunda, describe la posición ocupada por el Derecho agrario en la división de las ramas del Derecho.⁽¹¹⁾ Evidentemente, la primer directriz, nos va a servir de parámetro para lograr la segunda, porque solo tendiendo una clara definición podemos decir qué es y qué no es Derecho agrario, es decir, se establecerían los límites de la disciplina.

La investigación debe limitarse –según el propio Prof. Carrozza– al *ius proprium* de la materia, es decir, aquello que permitiría clasificar como típicamente agrarias ciertas relaciones en virtud de una constante inconfundible: un concepto general y unitario de agricultura que toda normativa del Derecho agrario –verdaderamente orgánica– presupone y sobreentiende siempre en todas sus partes. Una vez identificado ese concepto de agrariedad estaría ya preconstruida en su núcleo esencial la definición del Derecho agrario como rama autónoma del derecho.

De esta forma el Prof. Carrozza, habiendo profundizado en el análisis de los datos normativos más importantes que permitieran revelar una noción de lo agrario –sin éxito– fundamentalmente en relación con los artículos 2082 y 2135 del Código Civil italiano, establece que ella solo puede ser explicada –desde un punto de vista metajurídico, pero también metaeconómico y metasociológico, y ontológicamente hablando– la actividad productiva consiste en el desarrollo de un ciclo biológico, vegetal, o animal, ligado directa e indirectamente al disfrute de las fuerzas y de los recursos naturales y que se resuelve económicamente en la obtención de frutos, vegetales o animales, destinables al consumo directo bien tales cuales, o bien previa una o múltiples transformaciones”.⁽¹²⁾

En noviembre de 1972, en las Jornadas Italo-Españolas de Derecho agrario, el profesor italiano consolida (con su teoría de la agrariedad) los nuevos planteamientos de la Escuela moderna del Derecho agrario, encaminados hacia la construcción de una teoría general para la materia.

A este punto, podemos decir con el Prof. Ricardo Zeledón: “En síntesis, la ciencia del Derecho agrario nace en 1922 con la fundación de la “Rivista di Diritti Agrario” y la aparición de la primera cátedra del Derecho Agrario, ambos a cargo de Bolla. La doctrina clásica del Derecho Agrario se ubica en 1922 a 1962, con una decidida influencia victoriosa de la especialidad sobre la autonomía. En 1962 opera la ruptura con la concepción clásica al plantearse una nueva respuesta metodológica para la superación del problema de los principios

(11) Carrozza (Antonio). *Problemi Generali...*, pág. 65.

(12) Carrozza (Antonio). *Problemi generali e profili...*, pág. 74. En igual sentido Carrozza (Antonio). *La noción de lo Agrario (agrariedad) fundamento y extensión*. En: **Revista Judicial**, San José, Costa Rica, Editorial Judicial, setiembre, 1977, p. 19.

generales naciendo la escuela moderna del derecho agrario en 1972 en virtud de dos hechos –uno físico y otro científico– como son la muerte de Bolla y la aparición de la teoría de la agrariedad, base para la construcción de la teoría general”.⁽¹³⁾

6) La autonomía del Derecho agrario como sistema: los presupuestos de especialidad, organicidad y completez

La Escuela moderna del Derecho agrario, encabezada por el Profesor Carrozza, replantea los temas de la especialidad y de la autonomía tanto del sistema como de la ciencia iusagrarista.⁽¹⁴⁾

La *especialidad*, se entiende, está referida al objeto de la normativa agraria. Existen normas que regulan situaciones jurídicas propias, derivadas del hecho técnico de la agricultura. Este es un presupuesto de la autonomía del sistema. En un sentido más técnico, la especialidad está referida a la excepcionalidad de las normas que rompen primero la generalidad para, posteriormente, convertirse en especiales.

Aún cuando la especialidad de las normas reviste importancia para la autonomía del sistema normativo del Derecho agrario, dicha autonomía se debe estructurar en torno a la racional agregación (sistematización) de las normas buscando los institutos propios de la materia.

En otros términos, “el Derecho agrario puede decirse autónomo en cuanto se propone regular, de manera orgánica, una materia técnicamente independiente (las relaciones referidas a la agricultura), por la cual prepara normas definibles como especiales o excepciones, en confrontación a las normas de derecho común, organizándolas en institutos jurídicos típicos”.⁽¹⁵⁾

La *organicidad* y *completez* figuran también como presupuestos de la autonomía del sistema. El Derecho agrario es completo en la medida en que se esté dotado de un sistema de fuentes propio. para ello se debe dar prevalencia a las fuentes internas sobre las externas con el fin de llenar lagunas en sus propias fuentes, sin tener que recurrir a la aplicación directa o analógica de fuentes

(13) Carrozza (Antonio) y Zeledón Zeledón (R.). *Teoría general e Institutos...*, *op. cit.*, págs. 64-65.

(14) *Ibid.*, págs. 65-73. En igual sentido y para una mayor profundización véase: Carrozza (Antonio), *La autonomía del Derecho Agrario*, **op. cit.**, también Meza Lázarus, **op. cit.**

(15) Carrozza (Antonio). *Lezioni di Diritto Agrario*, tomo I, *Elementi di teoria generale*, Milano, Italia, Editores Giuffré, 1988, pág. 54.

heterónomas. El Derecho agrario es orgánico por su capacidad de autodeterminarse en todas sus partes, en todos sus institutos por medio de la unicidad del fenómeno o ciclo biológico presente en toda forma de producción o crianza de animales o vegetales.

En conclusión, puede afirmarse que el sistema normativo del Derecho agrario es *autónomo*, y que: “la autonomía descende de un organismo distinto y propio, vale decir, dotado de institutos propios y peculiares. No es la presencia de principios generales de la materia, principios opinables en la esencia y prácticamente inaferrables, sino la presencia de institutos jurídicos propios y exclusivos (y la susceptibilidad de agregación que ellos muestran, sobre la base de un común denominador de agrariedad) es el signo de un modo de ser autónomo. Y es aquí que podemos descubrir el así llamado fundamento de la autonomía”.⁽¹⁶⁾

7) La autonomía del sistema y la necesidad de dar una definición del Derecho agrario

“Quien ha comenzado a concebir y tratar el Derecho agrario como una rama autónoma del Derecho (e inicialmente del derecho privado), es inducido inmediatamente a luchar por aislar los institutos que presenta un mínimo común denominador de (agrariedad) propiedad agraria, empresa agraria, contrato agrario, prelación agraria, y así sucesivamente, y recorriendo este camino él es forzado a conferir concretez a una noción de Derecho Agrario que de otro modo se vería perdida en un mar de conjeturas de las cuales permanecen huellas en las definiciones propuestas para expresar la esencia de la materia”.⁽¹⁷⁾

La doctrina tradicional había presentado al Derecho agrario como el derecho de los contratos, derecho de los recursos naturales, derecho agroalimentario, derecho del territorio, etcétera. Todas esas concepciones son alternativas, y reflejan una parte del objeto del Derecho agrario.

(16) Carrozza (Antonio). *Lezioni di Diritto Agrario*, op. cit., pág. 57.

(17) Carrozza (Antonio). *La Ricostruzione teorica del sistema del Diritto agrario a traverso dei suoi istituti: ragionamenti sulla tecnica da applicare*. Relación presentada al Encuentro Mundial de Derecho Agrario, celebrada en Pusada do Rio Quente, Goiania, Brasil, setiembre de 1991, pág. 3. Recientemente publicado –y traducido al español– en: *Revista Argentina de Derecho Agrario y Comparado*, Rosario, Argentina, julio, 1993, páginas 5-16.

El prof. Carrozza, después de criticar esos planteamientos, y basado en la construcción del Derecho agrario mediante sus institutos, expone la más reciente y completa definición:

El Derecho agrario consiste en el complejo ordenado como sistema, de los institutos típicos que regulan la materia “agricultura” sobre el fundamento del criterio biológico que la distingue.⁽¹⁸⁾

Esta noción, que tiene la virtud de ser simple y novedosa, refleja el contenido y la esencia de la agricultura. El objeto propio de la materia está al centro de la definición. Mientras que en el pasado, los que buscaron dar una definición del concepto de agricultura tuvieron la culpa de dejar indefinido dicho concepto, el Profesor italiano descifra la sustancia propia de la materia que las normas de Derecho agrario están llamadas a regular, y aparece con claridad todo lo que está detrás del sustantivo “agricultura”, dando el justo y verdadero sentido “al derecho de la agricultura”, mediante una proposición sintética.

Esta definición llena los dos requisitos que habitualmente se exigen para definir cualquier rama del derecho a saber:

- 1) Expresa sintéticamente, pero en forma suficientemente clara, el objeto típico de la normativa en cuestión, que es reconstruido sobre el fundamento del derecho positivo del pensamiento doctrinal y jurisprudencial –el criterio biológico inmerso en la noción de agrariedad–; y
 - 2) Comunica la noción exacta, de la especie y de la entidad de las relaciones existentes (perfil histórico) y existentes (perfil dogmático-sistemático) con los otros sectores del ordenamiento. Esta, es consecuencia de la primera pues lo que sirve como base de la redefinición, también es útil para distinguir qué es y qué no es Derecho agrario.
- 8) **El Derecho agrario como ciencia. Su autonomía. Los problemas del objeto y del método**

La autonomía científica es una portada y un reflejo de las investigaciones, de los estudios, de los escritos sobre temas generales y sus problemas específicos de la materia. Es obra del jurista-científico. Se busca la coherencia, la unidad, y la integración del sistema normativo.

(18) Carrozza (Antonio). *Lezioni di Diritto Agrario*, op. cit., pág. 27.

El problema de toda ciencia jurídica es, esencialmente, un problema de relaciones entre el objeto y el método, por lo que se debe aclarar cuáles corresponden al Derecho agrario.

Para la consolidación científica de esta disciplina se ha planteado la necesidad de señalar y precisar cuál es su verdadero objeto. Incluso se ha afirmado que cualquier planteamiento anterior a la determinación del objeto del Derecho agrario es precientífico, y cualquier planteamiento realizado sin la determinación del objeto del Derecho agrario es acientífico⁽¹⁹⁾

El problema fue discutido en Italia en el año de 1982. La doctrina europea, encabezada por el profesor Carrozza, propone siempre el método de estudio del Derecho agrario a través de sus institutos; a su vez, confronta la concepción "pura" del Derecho agrario con las concepciones "alternativas", y refuerza ese método con la teoría biológica de la agrariedad o teoría del ciclo biológico, con el fin de demostrar la inconsistencia de ciertas objeciones originadas en un diverso tratamiento metodológico.⁽²⁰⁾

La tarea de la ciencia del Derecho agrario es construir una teoría general. Un conjunto de conceptos y de instrumentos conceptuales para lograr la organicidad y la completez del sistema, frente a las normas difusas contradictorias y oscuras promulgadas por el legislador. Los datos normativos deben ser clasificados, ordenados y elaborados con el fin de reducirlos a la homogeneidad sobre la base del mínimo común denominador de agrariedad, y para ello, el método idóneo es el estudio del Derecho agrario a través de sus institutos.

También la posición latinoamericana, expuesta por el Prof. Ricardo Zeledón,⁽²¹⁾ coincide en identificar el objeto del Derecho agrario, en la agrariedad misma, pero partiendo de la competencia de los tribunales agrarios. Ellos conocen de las actividades esencialmente agrarias y las conexas (cuando sean realizadas por el mismo empresario agrario). Sin embargo, propone un método tridimensional para la determinación de dicho objeto:

"Según se afirma en epistemología jurídica, el objeto se desdobra en dos: el objeto material y el objeto formal. Dentro del material el Derecho agrario debe ubicar la actividad agraria, la cual resulta ser hecho pero también va a ser el valor o sea el fin de la actividad agraria que tiene un hondo sentido social, y por ende susceptible de un tratamiento axiológico y el objeto formal que es la norma".⁽²²⁾

(19) Carrozza y Zeledón. *Teoría general e institutos...*, op. cit., pág. 114.

(20) *Ibid.*, parte I, capítulo V, págs. 97-112.

(21) Carrozza y Zeledón. *Op. cit.*, parte II, Cap. VI.

(22) Carrozza y Zeledón. *Op. cit.*, pág. 131.

La actividad agraria ha tomado importancia en las últimas décadas. Ha sido el elemento decisivo a nivel doctrinal, legislativo y jurisprudencial para definir el objeto del Derecho agrario.

Doctrinalmente asume importancia desde que se descubre que en toda actividad productiva agraria está presente un ciclo biológico animal o vegetal, y que este ciclo biológico es el que va a permitir diferenciar la actividad agraria de otras actividades tales como la industrial o la comercial. Es ahí cuando la doctrina asume la actividad agraria como elemento esencia para conceptualizar lo agrario.

En la jurisprudencia, la actividad agraria es asumida como elemento delimitador de la competencia de los tribunales especializados agrarios.

Finalmente, a nivel normativo la actividad agraria empieza a tener relevancia en la medida en que el ciclo biológico de producción o cría de animales y vegetales pasa a la mira del legislador, del plano metajurídico al plano jurídico.⁽²³⁾

La importancia de concebir la agrariedad dentro de la actividad productiva agraria es la de permitir un punto de convergencia entre los diferentes elementos, tanto subjetivos como objetivos y así convertirse en un elemento causal, que es el único cuya esencia permite determinar el *proprium* de la materia agraria.

El fundamento jurídico de la teoría de la agrariedad en nuestro ordenamiento permite al Derecho agrario abrazar las más modernas tecnologías aplicadas a la actividad agraria, y así concebir en orden al factor social y político una agrariedad territorial y una agrariedad no territorial.

La agrariedad territorial se manifiesta como aquella actividad productiva agraria cuyo ciclo biológico se cumple aprovechando las fuerzas y recursos naturales de la tierra, y que se resuelve económicamente en la obtención de productos vegetales o animales destinables al consumo directo como tales o previa una o múltiples transformaciones. Su particularidad viene dada por la utilización del terreno como la porción del territorio calificada por una aptitud agronómica propia (agrícola, forestal, ganadera, etc.) y por tanto por su función económico-social.

La agrariedad no territorial consiste en la actividad productiva agraria, cuyo ciclo biológico vegetal o animal se cumple mediante el aprovechamiento de sustancias o alimentos nutrientes por medios artificiales y que se resuelve económicamente en la obtención de productos vegetales o animales destinables al consumo directo como tales o previa una o múltiples transformaciones. Su particularidad es la prescindir del elemento tierra, o de su empleo como mero soporte en el ámbito de la empresa agraria.

(23) Para un análisis normativo de la teoría de la agrariedad en nuestro país, véase Ulate Chacón (Enrique). *La agrariedad de la Ley Fodea a la Luz del Moderno Derecho Agrario*. San José, tesis de grado para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1990, 177 págs.

SUMMARY

The present paper attempts to demonstrate a philosophical analysis of the period comprehended between 1880 and 1890, when the liberal laws of 1884 were inacted. It also attempts to demonstrate that such laws instead have a positivist liberal ideology.

RESUMEN

En el presente trabajo se pretende demostrar mediante un análisis jurídico-filosófico del período comprendido entre los años 1880 a 1890, como las leyes de 1884 conocidas como "liberales" son realmente de una inspiración ideológica liberal-positivista.

LAS LEYES DE 1884 EN COSTA RICA

En el gobierno de don Próspero Fernández se emitieron un número de leyes que se caracterizaron por un fuerte ataque a la Iglesia Católica, hecho extraño si se observa que Costa Rica era en ese entonces y continúa siendo un Estado confesional. Esta afirmación se constata al observar el artículo 51 de la Constitución de 1871, vigente en ese momento, la cual manifestaba que la religión de la República era la Católica, Apostólica y Romana, aunque no expresaba la obligación económica del Estado para con ella, el 26 de abril de 1882 se reforma haciéndola expresa en el artículo.⁽¹⁾

A partir de esta contradicción entre el actuar del gobierno de don Próspero con el aparato jurídico constitucional, la mayoría de los historiadores han explicado esa situación usando el anticlericalismo del movimiento liberal. De allí que a las leyes de 1884 se les conozca en el ámbito nacional, por casi todos los entendidos, como LAS LEYES LIBERALES DE 1884. Esto por cuanto el actuar del Ejecutivo y el Legislativo es más acorde con los aires del momento, mientras que la constitución es más pétrea, o sea, tiene menos adaptabilidad a las corrientes ideológicas en boga. Posiblemente la razón que ha motivado esa hermenéutica es la fuerza que tuvo el liberalismo en todo el siglo pasado.

(1) Véase Marco Tulio Zeledón, *Digesto Constitucional*, Colegio de Abogados, 1946, pp. 211 y 227.

En la presente investigación se intentará fundamentar una explicación ideológica diferente.

La hipótesis que sostenemos es que dichas leyes no son estrictamente liberales. En el estudio que se hizo en la obra de dos reconocidos filósofos de las ideologías del siglo XIX, don Constantino Láscaris y don Luis Barahona, encontramos que ambos afirman que en el período de 1880 a 1890 hay un fuerte influjo del positivismo en nuestro país. Sin embargo, sus afirmaciones carecen de un fuerte respaldo fáctico, más bien parece que su gran olfato investigativo y algunas pistas históricas los llevaron a dichas conclusiones.⁽²⁾ En este trabajo se buscará acrecentar el material fáctico que permita afirmar que los dos ilustres personajes ya mencionados tenían razón, y a la vez se quiere refutar el mal nombre que se le ha puesto a las leyes de 1884.

La metodología que se usará no es el análisis de las leyes en sí, sino que se buscará una visión global de toda la producción legislativa de 1880 a 1890, sin embargo, por ser mucho el material se analizarán solamente las de gran peso, lo cual conlleva a una mejor comprensión de cuál era la corriente ideológica motivante que ordenaba coherentemente todo el ordenamiento jurídico costarricense. Esta última afirmación, se hace en virtud de que todo el andamiaje que creó el Código General de 1841, que había promulgado don Braulio Carrillo, padre jurídico de Costa Rica, fue cambiado en esa década, entonces hay nuevos cimientos jurídicos a partir de allí.

EL PENSAMIENTO POSITIVISTA

Antes de evaluar los hechos histórico-jurídicos para sostener nuestra hipótesis, es necesario ilustrar al lector sobre las ideas positivistas en que nos afirmamos.

1. Antecedentes

Esta doctrina filosófica es creada por Augusto Comte (1798-1857), quien busca una "regeneración universal". El mundo en el siglo diecinueve estaba viendo cambios asombrosos con la ciencia y la alta productividad que ésta generó. Estos cambios no estaban siendo enfocados filosóficamente. Prevalecía la metafísica como forma suprema del pensamiento, es decir, se buscaba el ser detrás de las cosas. Comte, analizando la ciencia, observa que ésta se atiene a los hechos y de ahí su avance y triunfo. Así, la filosofía debe basarse, al igual que la ciencia, en los hechos.

(2) Véanse los libros de los autores *Desarrollo de las ideas filosóficas en Costa Rica*, San José, Editorial Studium, 1983 y *Las ideas políticas en Costa Rica*, San José, Ministerio de Educación Pública, 1980.

Recuérdese que Comte busca un cambio en la sociedad de su tiempo (regeneración universal), por esta razón comienza a estudiarla y a raíz de su estudio crea la sociología. A partir de él, se verá el estudio de la sociedad como otra ciencia. La sociología o ciencia social, está injertada en el conjunto de las ciencias, y tiene encomendada la tarea de ser el agente que produzca o desencadene los hábitos indispensables para la organización social.⁽³⁾

2. El hombre y las principales tesis del positivismo

Comte estructura su pensamiento a partir de una filosofía de la historia, tanto individual como social.

La humanidad ha vivido tres etapas y en cada una de ellas puede apreciarse progreso. La idea de progreso es fundamental: el racionalismo y la Revolución Francesa eliminan la creencia teológica, sin este paso no podría haber progreso.⁽⁴⁾

El avance de las ciencias, especialmente en la física, química y la biología, influyen en la idea de etapas. Para Comte, al igual que el hombre no puede volver atrás en el tiempo, la sociedad o humanidad tampoco lo hace. Lo "positivo" va a ser la forma o modo de filosofar que se base en los hechos o fenómenos de observación y el análisis de sus relaciones o leyes de coordinación.

El hombre individual debe sufrir el cambio de mentalidad que la sociedad también sufre. Este proceso tiene a la educación como eje principal del cambio. Comte cree en una "educación popular" que guiará al individuo y por ende a la sociedad al progreso.

El progreso, lo describe en tres etapas por las cuales ha pasado la humanidad, y que siempre son en sentido ascendente, incluso afirma que en los conocimientos o concepciones principales del espíritu humano a través de la historia se pueden rastrear elementos de cada una. Las tres etapas las describe como la etapa Teológica, la metafísica y positiva.

La etapa teológica se caracteriza por el deseo de buscar conocimientos absolutos, cosa que se manifiesta también en el desarrollo individual del hombre. Se trata de encontrar la naturaleza íntima de los seres, y se los representa como producidos por un agente sobrenatural.⁽⁵⁾

(3) Urdanoz (Teófilo), *Historia de la Filosofía*, Madrid, BAC, Vol. V, 1975, pp. 182-215.

(4) La teología al creer en verdades absolutas no deja posibilidad del avance y estudio de sus verdades más allá de lo conocido, es decir no hay alternativa de interrogar las verdades absolutas.

(5) Comte, (Augusto), *Discurso sobre el espíritu positivo*, Madrid, 1934, pp. 7-27.

En el estadio metafísico los agentes sobrenaturales son reemplazados por fuerzas abstractas inherentes a los diversos seres en el mundo. Es una explicación del mundo en el más acá. El ser está aquí y ahora el buscar entender al mundo y al hombre se realiza sin acudir a otro mundo. El más allá pierde vigencia.

En el tercer estadio, el saber absoluto se considera obsoleto. En este estadio se reconocen las limitaciones del hombre para obtener nociones, lo cual hace que se prescindiera de ellas.

La ley científica es un hecho general, es decir, un hecho que podemos medir y determinar, aunque es constante en el tiempo, no es absoluta.

La ciencia como acción del hombre crea leyes que organizan y clasifican la naturaleza en su provecho, lo cual como se observa es una posición materialista, que elimina la búsqueda de causas finales. La ciencia al igual que el hombre no puede ser absoluta, porque está ligada a un ambiente. Es importante aclarar que a pesar del pronunciado relativismo de Comte no llegó al escepticismo. El cree que las distintas teorías son aproximaciones de la realidad, la cual en algún grado se mantiene oculta, pero no incognoscible, hay progreso en el conocimiento. Las leyes científicas las infiere el investigador a través de la racionalidad, característica que distingue al positivismo del empirismo, o sea, no hay una conciencia refleja.

En cuanto al Derecho y lo que éste regula, Comte lo ve como una ciencia. Tanto el hombre como la naturaleza pueden ser objeto de observación y a partir de ellos crear leyes: el derecho será dependiente de la sociedad y de los hombres que la componen. En él se apreciará el progreso y sobre todo deberá ser factual. Esta facticidad será apreciada en la evidencia empírica de la norma jurídica escrita. De allí que el positivismo sea entonces el surgimiento de explicaciones basadas en la experiencia real del hombre y de su racionalidad.

LAS LEYES DE 1884 COMO LEYES LIBERAL-POSITIVISTAS

Sabiendo las ideas fundamentales del positivismo en Costa Rica, se intentará hacer una visión global de nuestras leyes que fortalezcan la hipótesis ya planteada en el título del presente apartado.

El Código Civil de 1888 es el código medular de la sociedad civil, por lo tanto su análisis se hará en primer lugar.

El Código Civil de 1888 como es lógico innova en el campo de su sustentación filosófica, no sólo es una mejor traducción del Código de Napoleón, sino que también le agrega rasgos de la nueva corriente filosófica en boga en nuestro país.

El período que va desde 1841 a 1888, o si se quiere, de código a código (General-Civil), es esencialmente de transición. En este lapso encontramos leyes

como la de Hipotecas de 1865, que crea el Registro Público, el Código de Comercio como una necesidad de reglamentación del naciente capitalismo agrario (1859), el Código Penal de 1880, adecuado a este capitalismo y otras. Es importante destacar que la transición llevó a Costa Rica a una nueva elaboración del liberalismo presente en el Código de 1841.

A partir de 1888 tendremos un liberalismo que llamaremos positivista. La razón de esto se encuentra en el giro que sufren las ideas liberales a partir del pensamiento de Augusto Comte y su discípulo Littré en Costa Rica.

El Código Civil de 1888 por lo antes dicho mantiene características liberales ilustradas (o sea, con fuerte influencia de los revolucionarios de 1789), que por supuesto analizaremos con relación al de 1841. El liberalismo de Carrillo era ilustrado. Había una fuerte influencia francesa, por esta razón el concepto de estado y su formación fue la guía de éste. Los ilustrados eran políticos, y dejaron de lado ciertos postulados del liberalismo que en el momento consideraron insignificantes. En Costa Rica, al igual que en Francia, se consideró que la construcción del estado nacional era la tarea primordial.

En 1888 el Estado ya estaba formado, por lo que el liberalismo deja este asunto y empieza a manejar otros.

La Universidad de Santo Tomás será en gran medida la responsable de esta nueva faceta del liberalismo. En ella se educaron José María Castro Madriz, Bernardo Soto y otra serie de hombres de la patria. Es especialmente importante hacer notar que su Escuela de Derecho ocupó un lugar preeminente en este proceso. El doctor Antonio Zambrana, cubano, figura insigne de dicha escuela, junto con juristas de la talla de Lorenzo Montúfar, Pedro Pérez Zeledón, José María Céspedes, Ezequiel Gutiérrez, José Astúa Aguilar y Salvador Jiménez, crean una fuerte influencia krausista y positivista, predominando esta última como se observa en el programa de Filosofía del Derecho en 1895, el cual muestra esa corriente ideológica.⁽⁶⁾

Estos profesores de Derecho habían recibido la influencia de Augusto Comte a través de los escritos de Littré, su discípulo y habían comenzado a enseñarlo, vinculándolo con el liberalismo. Así, no es de extrañar que el código y el período se distingan por un liberalismo positivista.

Como antecedentes legislativos de esta corriente positivista podemos mencionar en primer término, la Constitución de 1871, la cual viene a ser el gran marco en el que se moverá el Código de 1888. Hay que considerar que esta Constitución es fuertemente liberal, y que los rasgos positivistas del período son

(6) Láscaris Conmeno (Constantino), *Desarrollo de las ideas filosóficas en Costa Rica*, San José, Editorial Studium, 1983, p. 413.

más manifiestos en las leyes que en ella, sin embargo, en sus artículos 10, 17 y el 47 hacen preeminente la ley como hecho fáctico, pues el estar publicada y con posibilidades de ser leída y conocida es un rasgo que el positivismo contempla.

“Artículo 10: El ejercicio de la ciudadanía, se suspende, pierde y recobra por las causas que determina la ley.

Artículo 17: Las disposiciones del Poder Legislativo ó del Ejecutivo que fueren contrarias á la Constitución son nulas y de ningún valor, cualquiera que sea la forma en que se emitan. Los son igualmente los actos de los que usurpen funciones públicas y los empleos conferidos sin los requisitos prevenidos por la constitución ó las leyes.

Artículo 47: Todo costarricense ó extranjero, ocurriendo a las leyes, debe encontrar remedio para las injurias ó daños que haya recibido en su persona, propiedad ú honra. Debe hacersele justicia pronta, cumplidamente y sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.”⁽⁷⁾

El Código Civil, que es el cuerpo de leyes más importante del período es en el que se observan con más claridad varios conceptos liberales positivistas. Basta empezar a leer los primeros artículos para encontrar un elemento de raíz positivista y tremendamente revolucionario para la Costa Rica de ese entonces. La ley en el positivismo adquiere la característica de hecho natural únicamente cuando ha recibido el tratamiento adecuado y se ha publicado. Este hecho les permite a estos pensadores hacer coherente el precepto “de que nadie puede alegar ignorancia de una ley debidamente publicada”, así como el refuerzo en cuanto a “que ni por desuso ni costumbre o práctica en contrario, puede alegarse su no aplicación”.⁽⁸⁾ Este principio también tiene que ver con la supremacía de la ley o si se quiere con el concepto de estado de Derecho John Locke en su liberalismo planteaba la primacía de la ley, creando el juez en la sociedad civil. La innovación positivista es ver en la ley escrita un hecho susceptible de análisis científico y por ello, también con un carácter de mayor obligatoriedad, como es la prohibición de alegar ignorancia de ella.

El hecho jurídico comprobable es la ley hecha y publicada debidamente. La legislación aumenta su valor, es un hecho real.

(7) Véase el Digesto Constitucional al respecto.

(8) Artículo 1 del Código Civil de 1888 (actualmente vigente y reformado en muchas de sus partes).

Es interesante, además, observar en este código, comparándolo con el de 1841, un nuevo rasgo con respecto a la propiedad. En el del 41, la mujer tenía un status casi de propiedad del marido como se observa en los artículos 133 y 135 de la parte civil. No poseía características de persona ante la ley. La capacidad jurídica estaba ausente en las mujeres, no ejercían acciones judiciales en forma autónoma; cualquier acción debía llevar el consentimiento del marido. En 1888 el código establece una emancipación, aunque esta acción libertaria no es total, pues ni en la ley, ni en la Constitución de 1871, es ciudadana, no es sujeto de voto. Sin embargo, no hay duda que hay un avance en la situación de la mujer. Este fenómeno no sólo ocurre con respecto a ellas, sino también con los hijos, pues se les otorga mayor capacidad jurídica y económica. Esta innovación no es extraña al liberalismo, incluso por su misma concepción ideológica debió ser más radical, pero sin duda, la realidad empírica de la acción de los hijos y de las mujeres (rasgo importante para el positivismo) es la que consigue esta variación.

El nuevo Código Civil posee una diferencia fundamental con el del 41 en la propiedad, pues en este último se definía claramente la propiedad como “un derecho de gozar y disponer de las cosas del modo más absoluto”. (Art. 301), el de 1888 obvia esta definición, pues aunque no elimina el elemento liberal clarifica el contenido, cosa que no hacía el anterior. Este hecho reviste especial importancia desde el punto de vista filosófico, pues divide la propiedad, creando para ello, en forma clara la conceptualización entre propiedad plena y limitada. Aunque esta idea de plena y menos plena estaba en el derecho indiano y en el Código de 1841, estos cuerpos jurídicos no habían logrado darle precisión jurídica. Su importancia filosófica radica en la medida en que mercantiliza y codifica mejor la propiedad, permitiendo una mayor autonomía de la voluntad (el hombre individual hace lo que quiere con su propiedad) y una mayor explotación, cosa necesaria para el capitalismo agrario, ya consolidado en Costa Rica para esta época. Así, el liberalismo que por un lado intenta aumentar y proteger la libertad individual, logra su objetivo con esta legislación. Sin embargo, la precisión terminológica del código del '88, no es solamente un producto liberal, sino que el fuerte factor positivista del dato sensible tiene una función legislativa, pues es el análisis del uso práctico de la propiedad por los individuos la base primordial de los cambios en el apartado propietario. Un ejemplo de esta precisión es la servidumbre, la cual en 1841 se hacía depender del individuo, definiéndola como la situación en que una cosa sirve a la persona. En el código del '88 se repara el problema y se establece como el derecho o servicio que presta un fundo sobre otro fundo. Esta diferenciación podemos comprenderla dentro de nuestro marco conceptual como una distorsión del liberalismo imperante desde 1841, mientras que con base en el positivismo que valora y juzga importante la observación empírica como fundamento del conocimiento (sense data), permite definir las relaciones entre las cosas como servidumbres reales (Art. 384 Código General de 1841).

El cambio en la servidumbre funcionaliza económicamente la propiedad, asegurándole, por ejemplo, que un fundo enclavado (sin salida), siempre goce de posibilidades de salida y acceso. Por ello, podemos creer que hay una mayor precisión en la ley, que responde, por un lado, a las exigencias económicas del liberalismo, y por otro, al aporte empírico positivista, pues las leyes son la base, en esta corriente de pensamiento, de la ciencia del derecho, ya que éstas deben estar apegadas a la realidad sensible.

Además en el Código del '88, la norma sobre el uso de la propiedad establece que solo puede hacerse lo no prohibido por ley, excluyendo los reglamentos que se comprendían en la norma respectiva del código del '41. Con base en lo dicho, podemos concluir que el cambio, no hay duda, responde a la nueva concepción positivista.

Es importante destacar que el nuevo código innova con respecto a una nueva forma de propiedad. La revolución industrial iniciada alrededor de 1750, así como la gran importancia de la ciencia para el positivismo, pueden ser las causas de que se legisle sobre esta nueva propiedad. Por eso no es extraño que se tutele la propiedad intelectual, e incluso, se prevea leyes especiales para que rijan la materia. (Art. 275)

Al margen del Código Civil, pero siguiendo la idea de la emancipación de la mujer, vemos en la creación del Colegio de Señoritas otro avance. Esta casa de enseñanza, permitirá el acceso a la educación a las mujeres costarricenses. Este aspecto educativo juntamente con la reforma educativa de 1885, en la cual se laiciza la educación a nuestro parecer se logran dos objetivos:

1. Un fortalecimiento aún mayor del Estado, pues asume en forma total la educación del país. La razón fundamental de que se realice semejante acción hasta ese año se debe a que ya existe un aparato productivo que otorga suficientes rentas al Estado para costear dicha empresa.
2. El análisis positivista de la historia es sin duda el motivante más fuerte de la creación educativa, pues el estadio positivista de la sociedad se puede acelerar mediante la idea comteana de la "educación popular" (lo cual logra un triunfo ideológico del Estado, pues la educación no hay duda es el mejor vehículo para transmitir visiones de mundo).

La educación juega un gran papel, y según Comte debía poner énfasis en los hechos de la ciencia. Incluso, el cierre de la Universidad de Santo Tomás se hace aduciendo hechos empíricos, haciendo uso de la argumentación que ello se hacía en pro del avance científico.⁽⁹⁾

(9) Quesada Camacho (Juan Rafael), "La educación en Costa Rica: del apogeo del liberalismo al Estado Benefactor" en *Las instituciones costarricenses de las sociedades indígenas a la crisis de la República Liberal*, San José, Editorial U.C.R., 1989, p. 443.

En 1888 se viven los beneficios de los actos de Tomás Guardia, el cual con mano firme creó estabilidad a través del ejército. Junto a este proceso militar legitimado por una constitución, permite que en el país se logre establecer el capitalismo agrario. Con el fortalecimiento económico estatal, puede darse una arremetida mayor contra la Iglesia, existe un ejército para reprimir alzamientos populares incitados por ella. Además el ingrediente positivista de arreligiosidad propician aún más la separación entre Iglesia y Estado, que por supuesto no riñe con el liberalismo. Esta última idea es básica para nuestra hipótesis, pues es claro que don Braulio Carrillo arremetió contra la Iglesia e incluso ella venía perdiendo terreno desde la Independencia, así la Ley de Venta de Cofradías de 1830 le elimina poder económico, don Braulio se encarga de crear algunas leyes que prohíben el actuar de la Iglesia, como por ejemplo eliminando las procesiones fuera de los templos, sin embargo, no crea algo básico en la corriente liberal, como es el matrimonio civil, así hasta 1888 la Iglesia tiene la potestad de casar. ¿A qué se debe que don Braulio no lo hiciera? La hipótesis que sugerimos pero que no intentamos probar, es que él era posiblemente un político que no quería ganarse la mala voluntad eclesial ante los cambios que intentaba hacer. De allí que decidió no hacerse enemigos gratuitos. A la par de esto, Costa Rica no tenía una economía sólida para vincularse al mercado internacional. La debilidad económica del país era también debilidad de su gobierno. Por esto no eliminó esta prebenda eclesial. A la vez, el hecho de que en 1850 el Estado costarricense decreta *políticamente* la diócesis costarricense al margen de la Iglesia, muestra que no es posible sugerir que están motivadas las leyes de 1884 en el liberalismo puro que predominó antes de la década del ochenta, en el cual la Iglesia era el enemigo a vencer. Esto se manifiesta claramente como una hipótesis que debe desecharse, la Iglesia en esa época ya había perdido su relevancia y no era un peligro para el Estado.

Las leyes de 1884 fueron un ataque certero a la Iglesia Católica, tal es el caso de: la expulsión del Obispo Thiel, la prohibición de las órdenes monásticas, la prohibición de procesiones fuera de los templos y otras. Aunque estas medidas concuerdan con las ideas liberales de cualquier poder alterno —en nuestro caso la Iglesia Católica—, llama la atención la radicalización del gobierno. Los positivistas afirmaban en su filosofía de la historia que el estadio o momento histórico superior era el del espíritu positivo. Este estadio era el de la ciencia y el del verdadero progreso humano, eliminando las bases de creencias erróneas del hombre. La religión, sin embargo, en esta concepción pertenece a un estadio de desarrollo del hombre anterior, y necesariamente superable, y el que existieran ideas religiosas tradicionales mostraba el atraso de los pueblos. De allí que pueda ser entendida esta radicalización, no solamente como una muestra de las ideas liberales vigentes desde 1840, sino también como reflejo del nuevo ingrediente positivista adherido al liberalismo. Claro está, sin embargo, que esta idea es apenas una de las razones posibles de este fenómeno. Hay que acotar que la

Iglesia durante esta época es muy beligerante, no hay que olvidar el escrito del Obispo Thiel sobre el "justo salario" y otras acciones de la Iglesia en el campo político, que permiten ver que no solo es el positivismo la causa de estas leyes. Sin embargo, Láscaris citando a Monseñor Sanabria y su libro sobre Thiel, nos dice que la atmósfera en los años 1883 y siguientes entre intelectuales y abogados que llegan al poder era aconfesional.⁽¹⁰⁾

Por ello don Próspero Fernández, Presidente de la República en esa época, poseía esta característica. Por lo anterior no es tan descabellado suponer como uno de los ingredientes para la promulgación de esas leyes el positivismo. También es importante destacar que don Mauro Fernández fue un discípulo intelectual de Herbert Spencer, positivista inglés, al cual incluso, cuenta la historia conoció personalmente. Siendo ministro de educación don Mauro, llevó a cabo la reforma educativa, la cual en sus propias palabras debe ser enfocada bajo la idea del progreso, en la cual no cabía el estadio religioso, por lo cual, el ataque a las instituciones dirigidas por religiosos laicizándolas es fácilmente explicable bajo esta óptica ideológica.

En *conclusión* hay suficiente prueba empírico-jurídica para sostener que si en todo el período se observa el positivismo, las leyes de 1884 también respondían a dicha corriente. Así la expulsión de los jesuitas, del obispo, y otras acciones deben correctamente ser llamadas *liberal-positivistas*.

(10) Láscaris, Conmeno, *op. cit.*, p. 70.

INDICE

	Pág.
<i>Presentación</i>	8
 <i>Ensayos:</i>	
La actividad probatoria en el proceso penal costarricense <i>Lic. Frank Alvarez Hernández, Lic. José Francisco Coto Meza</i>	9
Comercio y medio ambiente en las relaciones comerciales Norte-Sur: GATT, OMC y los acuerdos internacionales sobre medio ambiente <i>Lic. Ricardo Meléndez Ortiz</i>	29
El cambio en la base de la deuda externa latinoamericana y los principios del Derecho <i>Dr. Víctor Pérez</i>	49
Ley de espectáculos públicos. Comentario y análisis <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	67
La justificación política, jurídica y moral de la desobediencia civil <i>Dr. Bernal Arias Ramírez</i>	95
Nociones elementales de teoría general del Derecho agrario <i>Lic. Enrique Napoleón Ulate Chacón</i>	117
Las leyes de 1884 en Costa Rica <i>Prof. Héctor Miranda Fonseca</i>	133