

Director y Editor

*Dr. Jorge Enrique Romero Pérez*

Dr. Francisco Morán Alfaro  
Dr. Roberto Iglesias Mora

FOR LA FACULTAD DE DERECHO

Dr. María Antonieta Sáenz Escobar (Costa Rica)  
Dr. Víctor Pérez Vargas  
Dr. Roberto Barahona Jarael

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

BIBLIOTECA  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

REVISTA  
DE  
CIENCIAS JURIDICAS

76  
(1963-1993)

30 años

SAN JOSE, COSTA RICA

1993

SETIEMBRE-DICIEMBRE

JUNTA DIRECTIVA DEL  
COLEGIO DE ABOGADOS

1994

Presidente:

Dr. Francisco Morera Alfaro

Vicepresidente:

Dr. Roberto Iglesias Mora

Secretario:

Lic. Francisco Dall Anese Ruiz

Prosecretario:

Lic. Federico Sáenz de Mendiola

Fiscal:

Licda. Carmen Aguilar Mora

Tesorero:

Lic. Benjamín Odio Chan

Vocal 1:

Lic. Alvaro Dengo Solera

Vocal 2:

Lic. Mariano Núñez Olivares

Vocal 3:

Lic. Rolando Chacón Murillo

Vocal 4:

Lic. Gerardo Mora Salas

Vocal 5:

Lic. Carlos Alvarado Hernández

AUTORIDADES  
UNIVERSITARIAS

Rector:

Dr. Luis Garita Bonilla

Directora Consejo Universitario:

Dra. Alicia Gudián Fernández

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

Decano Sistema de Estudios de Posgrado:

Dra. Yamileth González García

Coordinador de la Comisión Editorial:

Ing. Mario Murillo Rodríguez

## PRESENTACION

En este número 76, se publican investigaciones en los campos del Derecho económico internacional, laboral, público, civil, ambiental; y, de lingüística jurídica.

Esperamos que con esta nueva edición se analicen aspectos del Derecho que reflejan el avance jurídico nacional.

*El director y editor*

## EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE CANADA Y ESTADOS UNIDOS DE AMERICA: HACIA LA CONSOLIDACION DE UNA FORMA MAS AVANZADA DE INTEGRACION

*Ms. Patricia Gudiño Fernández\**  
Abogada costarricense

(\*) Candidata al Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montreal y Asistente de Investigación en el Centro de Derecho Público de la Universidad de Montreal.

## INTRODUCCION

La práctica de la integración regional ha tenido una interesante evolución en los últimos cuarenta años que se ha cristalizado en dos grandes períodos: el primero tendría como límites temporales 1950 y 1970, el segundo se perfilaría a partir de la década de los setenta hasta nuestros días.

La fase inicial se caracteriza por la emergencia de diferentes zonas de integración económica en el mundo entero, donde el rol de los Estados fue fundamental y la creación de la Comunidad Económica Europea (CEE) tuvo un efecto multiplicador. La segunda etapa se tipifica, de un lado, por la consolidación de ciertas zonas de integración (CEE) y al mismo tiempo por el fracaso de otras experiencias que culminarían con la degradación (el Mercado Común Centroamericano, la Asociación latino-americana de libre-comercio). De otro, concentrándose especialmente en el último quinquenio de los ochenta, por la búsqueda de la configuración de bloques económicos (Tratado de Libre-Comercio Canado-Americano, Tratado de Libre Comercio Norteamericano, Tratado de Maastrich).

Dicha búsqueda, presente en un contexto diferente del que caracterizara los años cincuenta, tiene como denominador común con aquél: la internacionalización de la economía y la regionalización. Estos dos elementos, fenómenos de larga data, asumen hoy nuevas formas de manifestación.<sup>(1)</sup>

(1) El profesor VALASKASKIS encuentra las primeras expresiones de la mundialización de la economía en el siglo XV. Esta ha evolucionado a partir de esa época pudiéndose reconocer al menos cuatro grandes períodos. Actualmente estaríamos en la cuarta etapa que debutando a principios de los 80 se caracteriza no solo por el rol fundamental que hoy juegan el sector privado en la vida económica internacional, sino también, por la movilidad de todos los factores de producción. Kimon VALASKAKIS, "What Exactly is Globalization and What is its Relationship with Information Technology?", in David COOKLIN and Lucie DESCHENES, *Canada's Information Revolution*, Ottawa, The Institute for Research on Public Policy and Canadian Workplace Automation Research Centre, 1991, 37.

Por otra parte, el origen del establecimiento de alianzas regionales con el fin de ampliar los mercados, ha sido documentado a partir del siglo XVI: entre 1818 y 1924 se constituyeron no menos de dieciséis zonas aduaneras. Para ampliar el tema V. Fritz MACHLUP, *A History of Thought on Economic Integration*, New York, Columbia University Press, 1977, p. 106.

La historia del Canadá evidencia que el continentalismo del libre comercio y la diversificación de la política comercial económica son dos oposiciones que de manera dialéctica, han sido también una constante en su política exterior.<sup>(2)</sup> En 1854, Lord Elgin, Gobernador General de Canadá, firmó el Primer Tratado de Reciprocidad con los Estados Unidos en vigencia hasta en 1866. El Primer Ministro Macdonald en 1879 se pronunciaría en favor "de la dirección de la reciprocidad de tarifas con nuestros vecinos" y preveería la posibilidad de un nuevo Acuerdo con los Estados Unidos.<sup>(3)</sup> En 1911, ambos países negociarían otro Entendimiento con el fin de llevar a cabo una reducción sustancial de tarifas, el que jamás fue ratificado a causa de la derrota sufrida por el partido liberal jefado por Sir Wilfried Laurier, quien habría sido el principal artífice del Acuerdo. En 1947, William Lyon Mackenzie King, en el último minuto, echaría marcha atrás a la conclusión de un Tratado de Libre Comercio negociado, hasta ese momento, en secreto absoluto con los Estados Unidos.<sup>(4)</sup>

A pesar de los esfuerzos emprendidos después de la Segunda Guerra Mundial para que la política internacional canadiense encontrase alternativas de diversificación—cuya máxima expresión se alcanzaría bajo el gobierno de Pierre Elliot Trudeau en su conocida Tercera Opción—<sup>(5)</sup> el continente americano fue testigo en el decenio que acaba de terminar, de un importante virage en el contenido de las relaciones exteriores de esta nación, con el cual se privilegió la opción del continentalismo.<sup>(6)</sup> El Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos de Norteamérica (T. L. C. ) firmado en 1988 es un ejemplo claramente palpable de ello.

En este artículo se parte del principio que si bien el Canadá y los Estados Unidos iniciaron esta nueva etapa de integración regional, con la primera forma que se conoce: el libre comercio, el marco jurídico en el que está concebido el Tratado, incluye elementos que están en relación con etapas más avanzadas de integración, acelerándose de esta manera, la conformación del bloque economí-

- (2) John HALSTEAD, *Les impacts politiques de l'Accord de libre-échange canadoaméricain*, Conferencia, Université de Montréal, Montréal, 18 mars 1992.
- (3) David J. BERCUSON, "Canada's Historic Search for Secure Markets", in John CRISPO, *Free Trade: The Real Story*, Toronto, Gage Educational Publishing Company, 1988, p. 11.
- (4) Albert DESBIENS, *Le cadre hisforique des relations canado-américaines*, Conferencia, Université de Montréal, Montréal, 15 janvier 1992.
- (5) Michell SHARP, *Les relations canado-américains: choix pour l'avenir*, Ottawa, Secrétariat d'État aux Affaires extérieures, 1972.
- (6) Casper GAROS, *Canada - United States Free Trade: Background, Issues and Impact*, Amsterdam, VU University Press, 1990, p. 9-12.

NO SALE  
ANOTADO 05 OCT. 1994

co en América del Norte. Por tanto, el objetivo es en primer término, precisar los elementos que permiten proponer que el T. L. C. desborda la clásica noción de libre comercio acunada por los teóricos de la Integración Económica. En segundo lugar, a pesar que los estudios dedicados al análisis del impacto económico del T. L. C. han sufrido diversas críticas<sup>(7)</sup> y del contexto económico en que se han desenvuelto las relaciones comerciales entre ambas naciones en los últimos años,<sup>(8)</sup> aquí se tratará de clarificar, sobre la base de los aportes doctrinarios que han hecho una evaluación de las repercusiones del Tratado,<sup>(9)</sup> la forma en que los elementos jurídicos anteriormente señalados se han traducido en la realidad y el camino de su evolución para conformar el gran mercado regional que es hoy la América del Norte.<sup>(10)</sup>

#### EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE EL CANADA Y LOS ESTADOS UNIDOS: HACIA LA CONSOLIDACION DE UNA FORMA MAS AVANZADA DE INTEGRACION

La teoría de la la integración económica regional tiene un gran auge a partir de 1950, momento en que sale a la luz la publicación de Jacob Viner.<sup>(11)</sup>

- (7) Fernand MARTIN, "Libre-échange et économies locales" dans M. CATIN et P. DJONDANG, *Commerce international et économies régionales*, Paris, Economica, 1992, p. 163. Pierre-Paul PROULX, *Trade Liberalization and Regional Development in North America Development in North America a Canadian's Perspective*, Cahier 8814, Mai 1988, p. 23.
- (8) La recesión, las fluctuaciones del dólar canadiense, las modificaciones en el cuadro de las importaciones estadounidenses y de la producción de bienes manufacturados en el Canadá son algunos de los elementos que caracterizan el mismo. STATISTIQUES CANADA, *Evolución du commerce: Etats-Unis. Les industries manufacturières 1981-1991*, Ottawa, Ministre de l'Industrie, des Sciences et de la Technologie, 1993, p.7 y 8.
- (9) El trabajo de Nicole LACASSE, *Bilan intérimaire de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis*, Congrès de l'A. C. E. L. A. C., *Le Canada et le libre-échange dans les Amériques*, Ottawa, 23 octobre 1992 es sugestivo a causa de la visión de síntesis presente en éste.
- (10) Para este efecto se recurrirá fundamentalmente a Jeffrey HAWKINS, "The Canada-U. S. Free Trade Agreement: An Interim Assessment", (1992) 8 *Business America*, 1-5, Daniel SCHWANEN, *Were the Optimists Wrong on Free Trade? A Canadian Perspective*, Montreal, C.D. Howe Institute Commentary, N° 37, 1992 y STATISTIQUES CANADA, *op. cit.*, nota 8.
- (11) Jacob VINER, *The Customs Union Issue*, New York, Carnegie Endowment for International Peace, 1950.

Los primeros estudios, en esta época, concentraron su interés en la constitución de zonas aduaneras y sus repercusiones.<sup>(12)</sup> Sin embargo, temas como: los efectos de los acuerdos de integración económica, los análisis sobre el impacto de las economías de escala y la competencia imperfecta en los modelos de base, la extensión de la teoría de las uniones aduaneras a otras formas de integración y la preocupación por el estudio de las múltiples variables que intervienen en dichos procesos (incertidumbre, imprevisibilidad y barreras no tarifarias), caracterizan los avances alcanzados en los últimos años por los estudiosos en este campo.<sup>(13)</sup>

A pesar de este interesante desarrollo teórico, la definición de la integración económica sigue caracterizándose por ser un haz de significaciones que evidencia su complejidad; en este trabajo se privilegia la noción de integración económica internacional que la conceptualiza como un proceso en el que se mobilizan paulatinamente los factores de producción trayendo como consecuencia la eliminación progresiva de las fronteras económicas y políticas entre los miembros de la zona establecida. Aunque esta evolución se efectúa en diferentes fases –definidas a nivel teórico como: zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común, unión monetaria, unión económica–<sup>(14)</sup> en la práctica

(12) M. KRAUSS, "Recents developments in Custom Unión Theory: An Interpretive Survey", (1972) 10 *Journal of Economic Literature*, 413-436.

(13) Alfred TOVIAS, "A Survey of the Theory of Economic Integration", (1991) *Journal of European Integration*, 6.

(14) Las siguientes definiciones han sido elaboradas a partir de las propuestas de Bela BALASSA, *The Theory of Economic Integration*, III., Homewood, 1961, Miroslav JOVANOVIĆ, *International Economic Integration*, London, Routledge, 1992, Pierre-Paul PROULX, *La mondialisation, l'intégration économique et les politiques: Quelles leçons tirer de l'expérience européenne?*, Montréal, 1991, Ministère de Finances du Québec, Panayotis SOLDATOS, "Les dimensions politiques et institutionnelles du libre-échange canado-américain", dans Daniel TURP (dir), *Libre-échange nordaméricain*, Montreal, 1992, p. 674.

La creación de una *zona de libre comercio* tiene como objetivo principal el establecimiento de la libre circulación de bienes originarios de los Estados participantes en esta. El mecanismo que se utiliza para ello es la eliminación de las barreras tarifarias y no tarifarias entre los países signatarios, quienes las mantienen frente a terceros.

En la *unión aduanera*, además de la remoción de los obstáculos cuantitativos y cualitativos al comercio, los países participantes –poniendo en común uno de los elementos fundamentales de su política comercial– establecen una tarifa exterior idéntica frente a terceros.

El *mercado común* se caracteriza por la presencia de los mismos elementos de la unión aduanera a los cuales se suma la movilidad de todos los factores de producción y la instauración de restricciones, en este campo, a los Estados que no participan en el proceso.

estas etapas no siempre se presentan de manera gradual; con frecuencia los límites entre las mismas se desdibujan a causa del dinamismo que les caracteriza y de las decisiones políticas que se prioricen.<sup>(15)</sup>

En el caso del Tratado de Libre Comercio firmado entre los Estados Unidos y el Canadá este cristaliza una de las opciones del abanico de posibilidades que el Canadá examinará con el fin de mejorar su posición comercial con esa nación, a saber: a) mantener el *statu quo*, b) inspirarse de la Política Nacional preconizada por Macdonald en 1879, c) resucitar la Tercera Opción, d) continuar con una política agresiva a nivel multilateral o e) escoger la vía de la liberalización bilateral con los Estados Unidos;<sup>(16)</sup> este último caso las alternativas exploradas habrían sido: los acuerdos sectoriales, la firma de un acuerdo marco o la conclusión de un tratado global.<sup>(17)</sup>

Finalmente Canadá se inclinaría por la negociación de un tratado general, en el que ambos países acordarían constituir una zona de integración económica que según algunos se ha conformado con los elementos característicos del *libre comercio*, opinión que al no ser unánime a nivel doctrinario, alterna con al menos otras tres propuestas.

La primera precisa justamente que el artículo 101 del T. L. C. refiere a una zona de libre comercio, no a una unión aduanera o a un mercado común.<sup>(18)</sup>

La segunda sostiene que como consecuencia del carácter integrado de las economías canado-estadounidense y la naturaleza misma de los flujos de comercio, que incluyen también los servicios, es difícil de referirse, en este caso,

La *unión monetaria* tiene como objetivo el establecimiento de tasas de cambio fijo y la conversión de monedas entre los países miembros, quienes pueden decidir crear un frente único contra terceros Estados en sectores tales: tasas de cambio, reservas de divisas extranjeras, liquidez bancaria, tasas de interés, así como la creación de un banco central.

La *unión económica* implica la coordinación y armonización de políticas macroeconómicas y monetarias así como sociales y de desarrollo. Esta etapa de integración puede realizarse de manera parcial o total y en general la creación de instituciones comunes son intrínsecas a esta.

Para tener una visión gráfica de estas V. los cuadros propuestos por P. SOLDATOS, *Id.*, p. 681 et Miroslav JOVANOVIĆ, *Id.*, p. 10.

(15) Miroslav JOVANOVIĆ, *op. cit.*, nota 14, 10-11.

(16) Richard LIPSEY and Murray SMITH, *Canada's Trade Options in a Turbulent World*, Toronto, C. D. Howe Institute, 1985, p. 54.

(17) *Id.*, p. 73

(18) Richard G. LIPSEY and Robert YORK, *Evaluating the Free Trade Deal*, Toronto, Howe Institute, Policy Study 6, 1988, p. 28, Donald M. McRAE and Debra STEGER, *Understanding the Free Trade Agreement*, Halifax, IRP, 1988, p. 5.

a una zona de libre comercio en el sentido estricto del término, puesto que todos estos elementos llevan a una *unión aduanera* como mínimo.<sup>(19)</sup>

Otra hipótesis rechaza la afirmación anterior estableciendo que el mencionado Tratado *no es una unión aduanera* porque las tarifas canadienses y americanas pueden diferir frente a terceros países y cada Estado es soberano en la aplicación de su política comercial en relación con otras naciones.<sup>(20)</sup>

Una cuarta posición plantea que dicho acuerdo de integración económica refleja sobre todo la visión de una *zona de libre comercio "más"* ya que en el contenido del mismo hay una serie de elementos que hacen pensar que la región canado-americana va "más" allá de un libre comercio tradicional.<sup>(21)</sup> Consecuentemente, el mencionado Acuerdo incluye tanto la eliminación de barreras comerciales como otros elementos característicos de etapas más avanzadas de liberalización económica.<sup>(22)</sup>

Nuestra posición se inspira del contenido y de ciertos elementos de demostración de esta última hipótesis. El T. L. C. es justamente un buen ejemplo de lo que se mencionó anteriormente, los modelos puros no se producen sino en la teoría y como ellos se cristalizan en relación con una realidad que es muy dinámica, están en perpetua evolución, razón por la que si bien el proceso de regionalización emprendido por Canadá y Estados Unidos al inicio fue concebido en el marco de una típica zona de libre comercio, otros índices ya manifiestos en su cuadro jurídico hacen pensar que ambos Estados van "más allá" de la primera etapa de integración. El fundamento jurídico y los objetivos del T. L. C. (A), las disposiciones relativas al comercio de los productos (B) y una serie de elementos característicos de otros estados de la integración económica que están presentes en el Tratado (C) se constituyen en el eje del esclarecimiento de la afirmación anteriormente hecha.

## A. Fundamento jurídico y objetivos

### 1. El GATT y el artículo XXIV

Uno de los principios básicos que rigen el Acuerdo General de Tarifas de Aduana y del Comercio (GATT) es la cláusula de la nación la más favorecida;

(19) Pierre-Paul PROULX, *op. cit.*, nota 14, p. 9.

(20) Carl GRENIER, *Le contenu économique de l'Accord de Libre-échange CanadoAméricain*, Montréal, Notas pour une exposé, 1990, p. 6.

(21) Panayotis SOLDATOS, *op. cit.*, nota 14, p. 682.

(22) GATT, *Instruments de base et documents divers*, Supp. 38, Geneve, 1992, p. 61 § 26, p. 77 § 76, p. 78 § 76.

sin embargo, esta conoció en el momento mismo de la creación del GATT una importante excepción establecida en uno de sus artículos que autoriza la creación de zonas de libre comercio o de uniones aduaneras. Por esta razón el fundamento jurídico del T. L. C. encuentra su fuente en las principales directrices incorporadas en la mencionada disposición: el artículo XXIV del GATT. A ese fin la disposición 101 del Tratado establece:

"El Gobierno de Estados Unidos de América y el Gobierno de Canada en conformidad con el artículo XXIV del Acuerdo General de Tarifas de Aduana y de Comercio (GATT) establecen por las presentes una zona de libre comercio".<sup>(23)</sup>

La primera etapa —a la que se ya ha hecho referencia—<sup>(24)</sup> de un proyecto de integración regional se define en el artículo XXIV 8 b) del GATT en el que a la letra se afirma: "Se entiende por zona de libre comercio un grupo de dos o más territorios aduaneros entre los que los derechos de aduana y las otras reglamentaciones comerciales restrictivas (con la excepción, en la medida en que sea necesario, de las reestricciones autorizadas según los términos de los artículos IX, XII, XIII, XV y XX) son eliminadas por lo esencial de los intercambios comerciales en relación con los productos originarios de los territorios constitutivos de la zona de libre comercio".<sup>(25)</sup> Como se desprende de lo anterior, dos aspectos de fondo son prioritarios al optar por esta forma de regionalización: la eliminación debe ser por lo *esencial* del comercio y los productos deben ser *originarios* de los territorios respectivos, de ahí la importancia de establecer claramente las normas de origen.

Por otra parte, con el fin de vigilar por el respeto de los principios establecidos en este artículo, el GATT acordó crear un mecanismo de control institucional (artículo XXIV 7 a)) por lo que el Consejo de dicho organismo instauró un Grupo de Trabajo el 12 de abril de 1989 cuyo mandato era por una parte, examinar el T.L.C. a la luz de las disposiciones del artículo XXIV y por otro, presentar un reporte de sus conclusiones.<sup>(26)</sup>

(23) Todos los artículos del Tratado a los que se hace mención en este artículo tienen como referencia bibliográfica, Accord du libre-échange entre el Canada et les États-Unis, dans Daniel TURP (dir.), *Libre-échange nord-américain*, Montréal, 1992, p. 135.

(24) *Supra*.

(25) *Accord général sur les tarifs douaniers et la commerce*, dans Jacques-Iván MORIN, Francis RIGALDIES et Daniel TURP, *Droit International Public*, Thémis, 1987, p. 105.

(26) GATT, *op. cit.*, nota 22, p. 52, § 1.

En cuanto a la primera tarea, tanto los representantes de Estados Unidos como de Canadá en el momento de su comparencia ante el Grupo de trabajo resaltaron los siguientes criterios con el fin de subrayar las calidades del Tratado:

- a) El T.L.C. originó la *zona de libre comercio* más vasta y completa del mundo, cuyo balance solamente un año después de la entrada en vigencia de este, ascendía a los 174 billones de dolares (U.S.) a nivel del comercio bilateral, lo que sumado al rubro de los servicios, arrojaría un resultado final de más de 200 billones de dolares.<sup>(27)</sup>
- b) El T.L.C. se caracteriza no solo por su absoluta conformidad con las normas establecidas por el GATT, sino que además, el mismo se constituye en el más completo de los Acuerdos –que en relación con el artículo XXIV– se haya examinado al interior de un Grupo de Trabajo.<sup>(28)</sup>
- c) El T. L. C va “más allá de las reglas actuales del GATT con el fin de liberalizar los intercambios y de establecer nuevas disciplinas”<sup>(29)</sup> lo que da origen a una completa redefinición de la expresión *libre comercio* en el seno del GATT.<sup>(30)</sup>

Por su lado, los miembros del Grupo de Trabajo –reconociendo que a causa de la amplitud de su campo de aplicación el T. L. C. es uno de los acuerdos de libre comercio más ambiciosos jamás examinados por el GATT–<sup>(31)</sup> manifestaron sus principales preocupaciones en torno a:

- a) Las contradicciones de las disposiciones del Tratado con el GATT.<sup>(32)</sup>
- b) La supremacía acordada a las normas del Tratado sobre el GATT, especialmente en cuanto al Sistema de Reglamento de Conflictos.<sup>(33)</sup>
- c) La relación de las disposiciones del Acuerdo con las negociaciones y el posible resultado de las mismas en la Ronda de Uruguay.

(27) *Id.*, p. 52, § 3.

(28) *Id.*, p. 54, § 6, p. 77, § 75.

(29) *Id.*, p. 61, § 26, p. 77, § 76, p. 78, § 76.

(30) *Id.*, p. 78, § 76.

(31) *Id.*, p. 81, § 83.

(32) *Id.*, p. 58, § 19.

(33) *Id.*, p. 59, § 20, p. 83, § 93 y 94.

- d) El retraso con el que las partes enviaron sus respectivos documentos al GATT, puesto que casi dos años pasaron entre la Constitución del Grupo de Trabajo y la primera reunión con los representantes de ambas naciones.<sup>(34)</sup>

En relación con la segunda parte de su mandato, la conclusión a la que llegó el Grupo especial se inscribiría en lo que ha sido la regla en el GATT desde 1958<sup>(35)</sup> –año en que se estableciera el primer Grupo de Trabajo que analizaría la constitución de la Comunidad Económica Europea–. “No habiendo podido llegar a un consenso acerca de la compatibilidad de las disposiciones del Tratado con el Acuerdo General (GATT), el Grupo de Trabajo estima que debe limitarse a rendir cuentas al Consejo de los puntos de vista expresados por sus miembros durante los debates”.<sup>(36)</sup> Lo cierto es que la tolerancia se ha convertido en la norma en el GATT<sup>(37)</sup> y el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Canadá que entrará en vigencia el 1 de enero de 1989, con la aprobación o no de este organismo ha dejado ya trazas claras en su camino de evolución.

## 2. Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos de Norte América: objetivos

El T. L. C. se estructura en torno a ocho grandes secciones<sup>(38)</sup> y 21 Capítulos. De la sola lectura de los títulos de estas es evidente que la Segunda Parte corresponde al núcleo de un Acuerdo de Libre Comercio: el *Comercio de*

(34) *Id.*, p. 80, § 82.

(35) En aquel momento se afirmaría: “El Comité (Grupo de Trabajo) es de la opinión que sería más provechoso buscar soluciones prácticas y constructivas abandonando provisionalmente el terreno jurídico y la confrontación de las tesis sobre la compatibilidad del *Tratado de Roma* con las disposiciones del artículo XXIV del Acuerdo General. GATT, *Instruments de base et documents divers*, Supp. 6, Genève, 1958, p. 74 § 3.

(36) GATT, *op.cit.*, nota 22, p. 84, § 98.

(37) J. G., CASTEL, “Consistency of the 1988 Canada-U.S. Free Trade Agreement with Article XXIV of the General Agreement on Tariffs and Trade”, in Marc GOLD and David LEYTON - BROWN (ed), *Trade - offs on Free Trade: The Canada - U.S. Free Trade Agreement*, 1988, Toronto, Carswell, p. 49.

(38) Primera Parte: Objetivos y alcances. Segunda Parte: Comercio de Productos. Tercera Parte: Mercados Públicos. Cuarta Parte: Servicios, Inversiones y Autorización de estadía temporal. Quinta Parte: Servicios Financieros. Sexta Parte: Disposiciones Institucionales. Setima Parte: Otras Disposiciones. Octava Parte: Disposiciones Finales.

*Productos*. Sin embargo, se puede constatar que en otros apartados se ha reglamentado sobre: los servicios, la circulación de personas, las inversiones, los servicios financieros y los mercados públicos, por lo que realmente al decir del profesor SOLDATOS, estos elementos testimonian que se dan más allá del libre comercio.<sup>(39)</sup>

En el Capítulo Primero del Tratado se encuentran claramente establecidas las líneas generales de lo que será el contenido del mismo. El *objetivo* del T.L.C. es *eliminar* los obstáculos al comercio tanto de los *productos* como de los *servicios* (artículo 102 a)) así como el “liberalizar de manera sensible las condiciones de las *inversiones* al interior de la zona de libre comercio (artículo 102 d)). El artículo 105 resume claramente la intención de ambas naciones con el fin de permitir la movilidad de estos tres factores cuando dispone que: “Cada Parte acordara, en la medida prevista por el presente Acuerdo, el tratamiento nacional en lo que concierne a las *inversiones*, el *comercio de los productos* y a los *servicios*”.

Por otro lado, los dos países se proponen evitar la imposición de cuotas y embargos, así como la utilización de normas técnicas que obstaculicen el intercambio comercial. Otras de las metas son eliminar la mayor parte de los derechos de aduana en el caso de productos agrícolas, mejorar el comercio de bebidas alcohólicas y la abolir de manera progresiva los derechos de aduana que pesan sobre los productos automotores así como la creación de un mecanismo oficial de Resolución de conflictos.<sup>(40)</sup>

En síntesis las normas que traducen los objetivos establecidos en el Acuerdo refieren, por una parte, al comercio de los productos (B), centro de todo Tratado de Libre Comercio y por otra, a ciertos elementos característicos de etapas más avanzadas de integración (C).

## B. El Comercio de los Productos

La parte esencial del Tratado se encuentra en la Segunda Parte del mismo, sobre todo en los Capítulos 3, 4 y 5 de éste, donde se establecen las normas en relación con las barreras tarifarias (1), las barreras no tarifarias (2) y las normas de origen (3).

(39) *Supra*.

(40) Paul DAVENPORT, “L’*économie politique du libre-échange: un survol*”, A. R. RIGGS, *Canadian-American Free Trade: (The Sequel). Historical, Political and Economic Dimensions*, Halifax, IRP, 1988, p. xxi.

## 1. La reducción de barreras tarifarias

Como se señalara, el objetivo principal del Tratado es la eliminación de todos los derechos de aduana —tarifas, restricciones cuantitativas y todo otro obstáculo que impida el flujo del libre comercio—<sup>(41)</sup> de los productos originarios del territorio de una u otra Parte en un plazo máximo de diez años. Algunas mercancías estarán exentas de estos derechos en el momento de la entrada en vigencia del Tratado; en otras la eliminación será progresiva, a saber en plazos de cinco a diez años (artículo 401. 2 y 3). El período más largo se aplicará a los productos de los sectores considerados “sensibles”: agricultura, textiles, vestido, acero, automóvil y autopartes.<sup>(42)</sup>

También ha quedado previsto en el Tratado la alternativa de acelerar la eliminación de las mismas en el caso de números particulares de la lista de las respectivas Partes (artículo 401. 4). Sin embargo, no todos los productos se verán beneficiados de esta exención, *las frutas y legumbres frescas quedan excluidas* (artículo 702) y en el caso de los *vinos y bebidas espirituosas* la liberación acordada es limitada (artículo 801). En cuanto a la industria del Automóvil, el Tratado reconoce los principios establecidos en el Pacto del Automóvil, firmado entre ambos gobiernos en 1965 y —creando una serie de medidas especiales— se prevé también la eliminación gradual de derechos de aduana en este campo.

Finalmente, las Partes se comprometen tanto a eliminar como a no establecer en el futuro impuestos o derechos a las exportación de un producto hacia el territorio de la otra Parte, salvo que los mismos fueran mantenidos cuando el producto tuviera como destino el consumo interno (artículo 408).

Antes de la entrada en vigencia del Acuerdo solamente el 25% —aproximadamente 30 billones de dólares U.S.— del comercio entre ambos países estaba sujeto a tarifas; de esta cantidad el 10% correspondía a las exportaciones de Estados Unidos hacia el Canadá y al 5% de las exportaciones canadienses hacia Estados Unidos;<sup>(43)</sup> la tarifa que aplicará el Canadá a los productos estadouni-

(41) Richard G. LIPSEY and Robert YORK, “Tariffs and Others Borders Measures”, in John CRISPO, *Free Trade: the Real Story*, Toronto, Gage Educational Publishing Company, 1988, p. 24-25.

(42) J. Alec MACPHERSON, “The Canada-U.S. Free Trade Agreement: Tariffs and Customs Procedures”, in Donald M. McRAE and Debra STEGER, *Understanding the Free Trade Agreement*, Halifax, IRP, 1988, p. 137.

(43) William BARREDA, “Tariffs and Customs Rules”, in Donald M. McRAE and Debra STEGER, *Understanding the Free Trade Agreement*, Halifax, IRP, 1988, p. 132; Gordon RITCHIE, “The Canada - U.S. Free Trade Agreement”, in Donald M. McRAE and Debra STEGER, *Understanding the Free Trade Agreement*, Halifax, IRP, 1988, p. 9.

ubican sobre todo en las áreas de las denominadas industrias "tradicionales".<sup>(54)</sup> En oposición a estas aseveraciones, resulta también que las exportaciones de bienes no liberalizados por el T.L.C. siguen la misma tendencia tanto en relación con los Estados Unidos (-2,2%) como con sus contrapartes comerciales establecidos en diferentes puntos del planeta (-1.2%).<sup>(55)</sup>

En el campo de las barreras tarifarias, los resultados obtenidos en la investigación de *Statistiques Canada* encuentran una asociación entre la naturaleza positiva de "la propensión a importar" y los cambios de naturaleza negativa a nivel de las tarifas. Así en el caso del comercio norte-sur (Canadá-E.U) "el grado de correlación negativa entre las dos variables es de -0.80, lo que significa que cerca de 2/3 de la variabilidad (coeficiente de determinación" de 0.64) de las variaciones de "la propensión a importar" pueden explicarse por los cambios realizados en las tarifas de aduana".<sup>(56)</sup> En el caso del mercado sur-norte (E.U-Canadá) dicho coeficiente se estimaría en -0.69, lo que podría encontrar su explicación en la reducción de derechos de aduana canadienses.<sup>(57)</sup>

Por su parte, HAWKINS analizando los productos incluidos en el Sistema Armonizado de Clasificación observa también un crecimiento especialmente en los sectores a los que anteriormente se aplicaba tarifas elevadas. Según dicho funcionario, las exportaciones de Estados Unidos a Canadá se incrementaron en un 100% en relación con 45 de los 98 Capítulos de éste, tal es el caso de los productos marítimos, muebles, tintes y pinturas, jabones, productos químicos, plásticos, papel, vestido y maquinaria eléctrica. Del lado canadiense, los destiladores de whisky y el activo sector de la aviación han aumentado considerablemente sus exportaciones.<sup>(58)</sup>

Finalmente el 4 de enero de 1993 el Ministro don Otto Jelinek anunciaría que —como resultado de una nueva etapa de reducción de tarifas bajo los auspicios del T.L.C.— 1.800 productos adicionales se verían beneficiados de esta a partir del 1° de enero de 1993, entre ellos: motores fuera de borda, hornos eléctricos, motores eléctricos, *coffee makers*, maquinaria de imprenta, válvulas, bombas y compresores, muebles de madera para cocina, muebles plásticos para casa, muebles de madera para oficina, papel de interiores, papel sanitario y

(54) *Id.*, p. 6 y 7.

(55) *Id.*, p. 6.

(56) En ciertos sectores como mueble, papel, en donde hubo cambios de tarifas aduaneras se produjeron cambios positivos en el porcentaje en "la propensión a importar". STATISTIQUES CANADA, *op. cit.*, nota 8, p. 21.

(57) En este caso los sectores más dinámicos fueron textiles, alimentos, caoutchouc, a pesar de que las más importantes reducciones tarifarias se presentaron en el caso del sector del vestido y textiles de primera transformación. *Id.*, p. 20.

(58) J. HAWKINS, *loc. cit.*, nota 10, 3.

veleros. De la misma manera, en aquel momento, el mismo afirmarí que "la reducción y la eliminación de estas tarifas aduaneras ayudará a nuestros detallistas a competir contra su contraparte americana y los consumidores canadienses saldrán beneficiados por los bajos precios. Nuestros exportadores se beneficiarán también porque los Estados Unidos están reduciendo sus tarifas a los bienes producidos en Canadá".<sup>(59)</sup>

## 2. Barreras no tarifarias

El Tratado incorpora ciertas disposiciones que traducen el interés de ambos países en reducir no sólo las barreras tarifarias sino también *las barreras no tarifarias*. Se prohíbe a las Partes las restricciones cuantitativas o variantes de las mismas a las exportaciones (artículo 407. 2). En ese mismo sentido, éstas adquieren el compromiso de eliminar todos los obstáculos (directos o disfrazados) al comercio en la región (artículo 603), así como de buscar la *compatibilidad de normas y procedimientos* para la aprobación de los productos, con lo cual se abriría "la puerta a la armonización de normas y procedimientos de autorización de los productos"<sup>(60)</sup> entre las agencias de ambos países. En cuanto a las subvenciones a la agricultura, conviniendo que estas deben ser eliminadas a escala mundial, las dos naciones se comprometen a trabajar en conjunto, en el marco de las negociaciones de la Ronda de Uruguay (artículo 701), por lo que evitando atacar el problema de fondo, se establecen disposiciones especiales para las frutas y legumbres (artículo 702).

La voluntad manifiesta de ambos países en el Tratado con el fin de *armonizar sus políticas* —buscando de esta manera eliminar los innecesarios obstáculos al comercio— ha dado como fruto una dinámica de coordinación entre diferentes sectores de las dos naciones. *Air Conditioning Institut, Canadian Standard Asociation, American Society for Testing Materials, American Gas Association, Canadian Gas Association, U. S. Underwriters Laboratories*, testimonian esta labor conjunta emprendida.<sup>(61)</sup>

Por otro lado, en dos<sup>(62)</sup> de las tres ocasiones en que se ha invocado la aplicación del Capítulo 18,<sup>(63)</sup> en los casos conocidos como Salmon y Aren-

(59) *Canadian Trade Law Reports*, (1992) 39, 2.

(60) N. LACASSE, *op. cit.*, nota 9, p. 13.

(61) HAWKINS, *loc. cit.*, nota 10, 4.

(62) Actualmente esta pendiente de resolución otro diferendo que opone nuevamente a las Partes, Canadá invocó el arbitraje en setiembre de 1992 para el caso de la *Leche de Ultra Alta Temperatura*.

(63) En esta Parte del Tratado se establece el mecanismo para la prevención o la resolución de conflictos que surjan en relación con la interpretación o la

que,<sup>(64)</sup> por una parte y Langostas<sup>(65)</sup> por otro, la discusión de fondo ha sido determinar si la aplicación de medidas aparentes de conservación acordadas por cada Parte constituían una restricción disfrazada al comercio, con lo que se iba el encuentro de los principios del GATT incorporados en el Tratado.<sup>(66)</sup>

En el proceso del *Salmon y el Arenque*, iniciado a solicitud de los Estados Unidos, el Reporte unánime del Grupo Especial concluyó que en la forma en que en ese momento Canadá imponía la obligación de desembarco del 100% del salmón y el arenque pescado en sus costas, esta constituía una restricción a la exportación y que la misma no podía justificarse en aras de la "conservación" por lo que dicho país contravenía las obligaciones en las que había incurrido al firmar dicho Tratado.<sup>(67)</sup> Sin embargo, la recomendación del Grupo sugeriría que este país restringiere la demanda de desembarco a un porcentaje a establecerse entre el 80 o el 90% del volumen total pescado.<sup>(68)</sup> Finalmente se llegaría a una resolución política auspiciada por la Comisión en la que se acordaría que la medida canadiense en causa se aplicaría al 80% del salmón y el arenque desembarcado, como consecuencia de esto, se establecería una cuota del 20% en favor de los Estados Unidos, la que aumentaría a un 25% en el período 91-92 y posterior a este sería sujeto de una nueva revisión.

aplicación del Acuerdo. De la misma manera se puede recurrir a este instancia cuando alguna de las Partes estime que una medida adoptada o prevista, es o será incompatible con las obligaciones establecidas en el Acuerdo o tendrán por efecto anular o comprometer las ventajas de este. Dos áreas están excluidos de la aplicación de este artículo: los servicios financieros y la materia de derechos antidumping o derechos de compensación (artículo 1801).

- (64) El Grupo Especial que se encargó de revisar el proceso fue instituido el 1 de junio de 1989 y el Reporte Final fue depositado el 16 de octubre del mismo año. Rapport Final du Groupe Spécial, *Dans l'obligation de Canada en matière de débarquement du saumon et du hareng de la côte du Pacifique*, 16 octobre 1989, Traduction fournie par la Section canadienne du Secrétariat binational.
- (65) En el caso de las *Langostas del Canadá* el grupo especial se constituyó el 30 de enero de 1990 y el 25 de mayo de ese año se presentó el Reporte Final. Rapport Final du Groupe Spécial, *Homards du Canada*, 25 mai 1990, USA 89-1807-01.
- (66) Cynthia LICHTENSTEIN, "L'émergence d'une jurisprudence des groupes spéciaux du chapitre 18 de l'Accord de libre-échange Canada-États Unis", Cahiers de communications du Colloque *Europes et Amériques: perspectives convergentes et divergentes sur le droit international*, Montréal, S. Q. D. I., Tome 1, 1992, p. 20.
- (67) Rapport Final du Groupe Spécial, *op. cit.*, nota 64, § 8.02.1 y 2.
- (68) *Id.*, § 8.02.2 y 7.40.

La decisión del Grupo de Trabajo que tuvo a cargo el expediente de la *Langosta* generó descontento en diversos sectores.<sup>(69)</sup> La recomendación en esta causa—contrariamente al litigio anterior—se hizo sobre la base de tres opiniones mayoritarias y dos disidentes, reflejando, según algunos, una clara inclinación "nacional" de los miembros del grupo.<sup>(70)</sup>

El dictamen de la mayoría se pronunció en el sentido que las medidas adoptadas por los Estados Unidos relevan del artículo III del GATT y no del artículo XI del mismo (la pregunta confeccionada por ambos países al Panel se refería sobre todo a esta última disposición).<sup>(71)</sup> El dictamen de minoría consideraría que la medida adoptada por los Estados Unidos era incompatible con las obligaciones de Estados Unidos en términos del Artículo XI del GATT. Hasta la fecha las Partes no han llegado a un consenso.

En el campo de los derechos *antidumping* y derechos de compensación, el recurso que se ha hecho al mecanismo previsto en el Capítulo 19 demuestra que en este campo hay importantes divergencias en las relaciones comerciales entre ambos países. A pesar de que en conjunto los procesos establecidos en este campo no representan sino alrededor del 3% del total del comercio entre ambos países,<sup>(72)</sup> no menos de 20 contenciosos han sido iniciados invocándose la aplicación del Sistema Especial del Reglamento de Conflictos; diecisiete de los veinte fueron entablados a iniciativa del Canadá.<sup>(73)</sup> La evaluación de los resultados obtenidos en estas acciones ha dado lugar a dos corrientes de opinión, claramente resumidas por la doctora Lacasse. Por un lado se encuentran aquellos que utilizan estas causas como una "prueba elocuente de que el Tratado funciona mal y protege poco los intereses del Canadá", por otro, quienes creen al contrario que "esto prueba que el proteccionismo esta muy activo (sobre todo en Estados Unidos), pero que el Acuerdo nos ha dado derechos y recursos eficaces para hacerlos valuar cuando ellos son irrespetados por la administración americana. Los plazos para resolver los litigios puede ser largos, pero mucho menos que antes de la vigencia del Tratado".<sup>(74)</sup>

- (69) C. LICHTENSTEIN, *op. cit.*, nota 66, p. 24; N. LACASSE, *op. cit.*, nota 9, p. 25; William GRAHAM, "Dispute Resolution in the *Canada-United States Free Trade Agreement: One Element of a Complex Relationship*", (1992) 37 *Mc Gill J. L.*, 563.
- (70) Joseph A. MCKINNEY, "Dispute Settlement under the U.S.-Canada Free Trade Agreement", (1991) 6 *Journal of World Trade*, 122.
- (71) Rapport Final du Groupe Spécial, *op. cit.*, nota 65, § 11.2.
- (72) GATT, *op. cit.*, nota 22, p. 60 § 23. J. HAWKINS, *loc. cit.*, nota 10, 5.
- (73) Gary N. HORLICK and Amanda DEBUSK, "Dispute Resolution Panels on the U. S. -Canada Free Trade Agreement the First Two and One-Half Years", (1992) 37 *McGill Law Journal*, 577.
- (74) N. LACASSE, *op. cit.*, nota 9, p. 29.

### 3. Las normas de origen

El origen de las mercancías es otro de los pilares del comercio internacional puesto que el mismo determina el régimen aduanero aplicable a estas. Actualmente la internacionalización de la economía hace que el proceso para clarificar dichas normas sea muy complejo, por lo que en el Capítulo Tercero y en el Anexo 301.2 se han establecido en detalle las condiciones de base con la finalidad de determinar cuando una mercadería es "originaria" del territorio de uno u otro país. El objetivo de esta sección es doble: por una lado se busca determinar cuáles productos gozarán de la eliminación parcial o total de derechos de aduana, por el otro se pretende de esta manera, evitar las desviaciones de comercio al interior de la zona.

Dos criterios fundamentales han sido retenidos para ese efecto:

1. Los productos son originarios del territorio de una Parte si ellos han sido *enteramente* obtenidos o producidos en el territorio de una o de la otra parte, o en el de ambas (artículo 301.1).
2. Los productos son originarios del territorio de una Parte si ellos han sufrido una *transformación substancial* –en el territorio de una u otra Parte o en el de ambas– que lleve a un cambio a la clasificación tarifaria incluida en el Anexo 301.2 (artículo 301.2).

Con el fin de determinar la transformación sustancial, el concepto que se ha seleccionado es el siguiente: el valor de los materiales originarios utilizados o consumidos, en la producción de las mercaderías, más *el costo directo de montaje* de estos no deben constituir menos del 50% del valor de los productos, en el momento de su exportación hacia el territorio de la otra Parte. En segundo término, las mercaderías no pueden haber sido sometidas, después de su montaje, a ninguna forma de tratamiento en un tercer país u otro tipo de actividad similar a esta (Anexo 301.2 apartado 4).

Ambos países se han comprometido a no introducir rentas para las operaciones aduaneras que tocan los productos originarios (artículo 403) y los Estados Unidos prometen eliminarlas en un período de cinco años. Así también se ha previsto la consultación regular con el fin de asegurar una administración eficaz de las disposiciones de este Capítulo, conformes al espíritu y a la intención del presente Acuerdo (artículo 303).

En el artículo 304 se incorporan ciertas definiciones que precisan el contenido de algunos de los términos utilizados anteriormente.<sup>(75)</sup> Justamente en

(75) Costo directo de tratamiento, costo directo de montaje, materiales, productos enteramente obtenidos o producidos, valor de materias originales, valor de productos exportados.

este campo el Canadá recurrió al mecanismo creado en virtud del artículo 1807 del Tratado, con el fin de que se le diera una interpretación a uno de los términos establecidos en el acápite en mención: el costo directo, denominación con la que se se conocería después el litigio.<sup>(76)</sup>

Los expertos del Grupo Especial constituido para pronunciarse sobre el conflicto concluirían que la interpretación del artículo 304 realizada por el Servicio de Aduanas estadounidense –era inconsistente con las provisiones del T.L.C. Así afirmarían que “Los pagos de intereses *bona fide* que pesen sobre cualquier categoría de deudas –estén éstas garantizadas o no– y habiendo sido adquiridas en el curso normal de los negocios para financiar la adquisición de immobilizaciones tales como bienes inmuebles, fábricas o el equipo utilizado para la producción de bienes en el territorio de una parte pueden ser incluidos en el “costo directo de producción” o “costo directo de ensamblaje”.<sup>(77)</sup> La *recomendación* en este diferendo exige el retiro de la resolución del Servicio de Aduanas estadounidense<sup>(78)</sup> con lo que se espera lograr de nuevo, con los buenos oficios de la Comisión, una solución política negociada.

A manera de síntesis, se puede afirmar que como bien ha podido constatar en esta sección (B), los elementos característicos de la zona de libre comercio no sólo han sido traducidos en una normativa jurídica en el Tratado sino que estos han seguido también una interesante evolución en su aplicación.

### C. Elementos de otras etapas más avanzadas de integración

Como ha sido ya sugerido<sup>(79)</sup> las disposiciones del Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos, no se concentran exclusivamente en el comercio de productos. Contrariamente a la dinámica seguida en la constitución de zonas de integración, en este Tratado se han incluido una serie de regulaciones de sectores que tradicionalmente habían sido reglamentados cuando de otras etapas más avanzadas de integración se tratare: la energía (1), los mercados públicos (2), los servicios (3), la libre circulación de personas (4), las inversiones (5) y los servicios financieros (6).

(76) El Reporte Final del Grupo Especial tiene como fecha de depósito el 8 de junio de 1992. Final Report of the Panel, *In the Matter of Article 304 and the Definition of Direct Cost of Processing or Direct Cost of Assembling*, 8 junio de 1992, USA 92-1807-01.

(77) *Id.*, § 84.

(78) *Id.*, § 85.

(79) *Supra*.

## 1. La energía

Una especie de mercado común de la energía ha sido establecido<sup>(80)</sup> en el Capítulo 9 del Tratado con el cual se autoriza las exportaciones de la misma y sus derivados. Sin embargo, salvo algunas excepciones, las disposiciones de este apartado mantienen el *status quo* existente en este campo entre ambas naciones.<sup>(81)</sup> En el Tratado se reglamentan una serie de medidas aplicables a los productos energéticos originarios del territorio de una o de otra Parte (artículo 901), dicha denominación se refiere a ciertos productos que se encuentran clasificados en el el Sistema Armonizado (artículo 901.2): carbón, aceite crudo, productos del petróleo, gas natural, electricidad y algunos gases como el propano, butano y etano.

Las Partes se comprometen, reafirmando los derechos y obligaciones asumidos bajo la tutela del GATT, a no imponer prescripciones de precio mínimo a la exportación y a la importación, excepto en este último caso, cuando estas han sido autorizadas en materia de antidumping y derechos de compensación (artículo 902.2).

Ambos países asumen también el compromiso de eliminar los impuestos o derechos a la exportación de un producto energético, a menos de que estos se mantengan o se impongan al mismo producto cuando este sea destinado al consumo interno (artículo 903).

Sin embargo, hay ciertas situaciones en que se permite mantener o adoptar restricciones a la exportación. Primeramente, si estas "no reducen la proporción de las expediciones totales para la exportación de un producto energético específico puesto a la disposición de la otra Parte, en relación con el aprovisionamiento total de ese producto para la Parte que mantiene la limitación; comparativamente a la proporción observada durante el período de treinta y seis meses más recientes para el que las informaciones están disponibles antes de la imposición de la medida, o durante cualquier otro período representativo en que las partes puedan convenir (artículo 904 a)).

En segundo lugar si la parte no establece un precio más elevado a la exportación —por la vía de licencias, derechos, impuestos y prescripciones de precios mínimos— que el precio demandado mientras el producto mencionado es consumido en el país (artículo 904 b)).

En tercer término, "si la restricción no ocasiona una perturbación de las vías normales, asegurando el aprovisionamiento de la otra Parte ni de propor-

(80) Panayotis SOLDATOS, *op. cit.*, nota 14, p. 685.

(81) Rowland J. HARRISON, *Energy and National Treatment Rules vs. Discriminatory Policies*, Donald M. McRAE and Debra STEGER, *Understanding the Free Trade Agreement*, Halifax, IRP, 1988, p. 187.

ciones normales entre los productos energéticos específicos fornidos a la otra Parte, por ejemplo entre el petróleo bruto y los productos refinados y entre diferentes categorías de petróleo bruto y de productos refinados" (artículo 904 c)).

Finalmente los motivos de seguridad nacional pueden ser invocados como un elemento de excepción a fin de restringir las importaciones y exportaciones de un producto energético. (artículo 907).

Por otra parte, el Tratado prevé un mecanismo de consultación cuando una de las Partes considere que es objeto de discriminación (artículo 905). Ambos países convienen en estimular las actividades de exploración y explotación de petróleo y de gas con el objetivo de mantener la base de reserva de estos recursos energéticos (artículo 906). En el artículo 908 se reconoce que el Tratado no es inconsistente con los principios establecidas por la Agencia Internacional de Energía, a pesar de que en caso de incompatibilidad, el Programa Internacional de la Energía prevalecería sobre el Acuerdo, aspecto que fuera objeto de discusión en el seno del Grupo de Trabajo del GATT.<sup>(82)</sup>

## 2. Los mercados públicos

Canadá y Estados Unidos reafirman en el Capítulo 13 las obligaciones y derechos que en este campo han ya adquirido a la luz del GATT.<sup>(83)</sup> El objetivo de este aparte está claramente expresado en el artículo 1301 que evidencia la voluntad de las Partes de ampliar los flujos comerciales mutuamente ventajosos ofrecidos por los mercados públicos de bienes (no de servicios).<sup>(84)</sup> Sobre la base del principio de la no discriminación y de la competencia leal y libre, ambos países se comprometen a buscar activamente la liberalización de las políticas internacionales en relación con dichos mercados.

Las obligaciones que se derivan de estos artículos se aplican únicamente a los mercados descritos en el Anexo 1304.3, entre los que destacan Ministerios y algunas oficinas públicas, salvo pocas excepciones: el Departamento de Energía y Transporte en el caso de Estados Unidos y Transporte, Comunicaciones, Pesca y Océanos del lado canadiense.<sup>(85)</sup> El valor mínimo establecido para la liberalización en este ha sido fijado en 25.000 \$ U.S. (artículo 1304.1). Por otra parte, el principio de tratamiento nacional es admitido cuando se señala que

(82) GATT, *op. cit.*, nota 22, p. 61, § 26.

(83) John D. RICHARD and Richard DEARDEN, *The Canada - U.S. Free Trade Agreement*, Illinois, CCH Canadian, 1988, p. 23.

(84) Richard G. LIPSEY and Robert YORK, *op. cit.*, nota 18, p. 75.

(85) *Ibid.*

cada país debiera acordar a los productos admisibles un tratamiento no menos favorable al tratamiento más favorable acordado a sus propios productos (1305.1), para lo cual cada nación introducirá o mantendrá una serie de procedimientos equitativos, oportunos, transparentes y eficaces (1305.3).

En este campo caracterizado fundamentalmente por el proteccionismo los flujos de comercio entre ambos países se han incrementado. Del lado estadounidense, entre 1989 y 1991, las compañías de este país han ejecutado no menos de cuatrocientos contratos con el gobierno canadiense para contabilizar un total de 26 millones de dólares (U. S.). Las pequeñas firmas de esta nación penetran eficazmente este mercado, uno de los ejemplos lo constituye la adjudicación, por primera vez a una de éstas, de un contrato con el Ministerio Canadiense de la Agricultura en 1990. A pesar de que no hay informaciones estadísticas para cuantificar la evolución que esta área ha tenido del lado canadiense, Hawkins afirma que los contratos de las compañías de este país en el campo de los gastos no militares, excedieron los 111 billones en 1990. Solamente *Spar Aerospace* firmó contratos con la NASA por alrededor de 200 millones de dólares (U. S.).<sup>(86)</sup>

### 3. Los servicios

El Capítulo 14 contiene uno de los elementos calificados como "pioneros"<sup>(87)</sup> en el T. L. C.: los servicios; definidos éstos como bienes inmateriales de circulación internacional los cuales tienen un valor para los productores y los consumidores.<sup>(88)</sup> La prestación de éstos según las modalidades aceptadas al interior de la zona de libre comercio comprende en primer lugar: la producción, distribución, venta, comercialización así como la compra y la utilización del mismo; en segundo término, el acceso a los sistemas de distribución interna y el uso de estos. Tercero: el establecimiento de una empresa comercial con el fin de facilitar las alternativas mencionadas anteriormente y en último, bajo la reserva del Capítulo 16, toda inversión con miras a un servicio y toda actividad asociada a la ejecución del mismo. (artículo 1401).

Dos disposiciones en este Capítulo son interesantes. Una en la que se establece el derecho de las personas de una de las Partes a recibir un tratamiento no menos favorable que aquel acordado a sus congéneres en circunstancias similares (artículo 1402), aunque ciertas diferencias de tratamiento sean autorizadas por motivos de prudencia, fiduciarios, de salud, seguridad o para la protección de los consumidores. La otra en la que se permite y reconoce el ejercicio profesional en ciertos campos (1403).

(86) J. AWKINS, *loc. cit.*, nota 10, 4.

(87) G. RITCHIE, *op. cit.*, nota 43, p. 13.

(88) Murray SMITH, *Services*, in John CRISPO, *Free Trade: The Real Story*, Toronto, Gage Educational Publishing Company, 1988, p. 34.

En el Anexo 1408 se incluye una lista de los servicios contemplados en el presente Capítulo, entre los que sobresalen, en el campo de los servicios profesionales: la ingeniería, la arquitectura, la contabilidad, los servicios científicos y técnicos, las consultorías en administración y agricultura. Algunos sectores mayores como las industrias culturales, las industrias de transporte y los servicios básicos en el campo de las comunicaciones han sido excluidos por el momento, otras áreas como salud, educación y servicios sociales no están cubiertos tampoco por las disposiciones de este Capítulo;<sup>(89)</sup> sin embargo, el artículo 1405 deja el camino abierto para la inclusión de nuevos servicios así como el acceso a estos (artículo 1405).

El interés de las disposiciones de este Capítulo consiste en que las mismas tienen un carácter eminentemente prospectivo por lo que no hay necesidad de realizar grandes cambios legislativos en esta área, además de que se incorpora una serie de principios sobre los servicios que son discutidos actualmente en el marco del GATT.<sup>(90)</sup>

En el estudio realizado por uno de los miembros del Departamento de Comercio estadounidense se establece que traduciendo un alza de 18% en comparación con 1990, el total de los servicios vendidos por la parte canadiense ascendió a 13.2 billones de dólares (U. S.).<sup>(91)</sup> David SCHWANEN en su análisis concluye que la tendencia al alza en el caso de las exportaciones canadienses de servicios liberalizados por el T.L.C contrastan con los resultados obtenidos en el área de los servicios no liberalizados, siempre en el contexto del eje Estados Unidos - resto del mundo. En ese sentido, los primeros han aumentado en un 13.5% hacia los Estados Unidos mientras que la evolución de dicho rublo ha tenido en relación con las otras naciones del orbe es de -1,2%. Contrariamente, en el caso de los segundos, la tendencia al incremento es similar para los componentes del binomio a saber: 12,3% hacia Estados Unidos y 12.7% hacia sus otros partners comerciales.<sup>(92)</sup> Los servicios en el sector de la publicidad (76.5 % hacia EE.UU. y 39.5% hacia otros países) y de las comunicaciones (56.1% en E.E.UU. y 10.8% con el resto del mundo) son los que han tenido una importante presencia en el mercado estadounidense.<sup>(93)</sup>

### 4. La libre circulación de personas

Reconociendo la estrecha relación comercial existente entre ambos países, las Partes se proponen, en primer término, facilitar las estadías tempo-

(89) *Id.*, p. 36.

(90) Richard G. LIPSEY and Robert YORK, *op. cit.*, nota 18, p. 78.

(91) J. HAWKINS, *loc. cit.*, nota 10, 3.

(92) Daniel SCHWANEN, *op. cit.*, nota 10, p. 11.

(93) *Ibid.*

rales de "hombre o mujeres de negocios"<sup>(94)</sup> sobre una base de reciprocidad, así como establecer procedimientos y criterios transparentes en la materia. Con esto lo que se persigue es asegurar los movimientos migratorios fronterizos, la protección de la mano de obra local y el empleo permanente (artículo 1501).

Las partes autorizarán dichas estadías temporales a cuatro categorías de "hombres o mujeres de negocios": visitantes, comerciantes e inversionistas, profesionales y empleados de sociedades, con una experiencia de trabajo mínima de un año (Anexo 1502). Estos deben además satisfacer las condiciones de ingreso en virtud de las leyes aplicables en relación con la salud y seguridad pública, así como de seguridad nacional.

Con el fin de facilitar la aplicación de este Capítulo, las Partes establecen un proceso de consultación periódica (artículo 1503) y en caso de una ausencia de consenso se prevé el mecanismo del Capítulo 18 como un medio para resolver los conflictos (artículo 1504).

El balance que se presenta en este caso señala que en el período 89-90, acogiéndose a las disposiciones del Tratado, alrededor de 1.800 profesionales norteamericanos ingresaron al Canadá y 3.700 canadienses lo hicieron por su parte en territorio estadounidense; en este último caso se mostró un alza del 120% en relación con el año anterior. Para 1991, 5,100 nacionales canadienses estaban incorporados a las compañías de su país establecidas en Estados Unidos.<sup>(95)</sup>

## 5. Inversiones

El T. L. C. no presenta grandes cambios en cuanto a la dinámica que hasta ese momento había caracterizado las regulaciones existentes, entre ambos países, en este campo.<sup>(96)</sup> El Capítulo 16 refleja el compromiso adquirido entre dos naciones que se caracterizan por tener perspectivas diferentes en el manejo de las inversiones extranjeras,<sup>(97)</sup> por lo que en el se ha establecido un *minimum* de derechos y obligaciones.

(94) Esta concesión se aplica exclusivamente a "los ciudadanos de una Parte que hacen el comercio de productos o de servicios, o que se dedican a actividades de inversión" (artículo 1506), por lo que los inmigrantes y los residentes extranjeros están excluidos de estos beneficios.

(95) J. HAWKINS, *loc. cit.*, nota 10, 5.

(96) A. E. SAFARIAN, "Foreign Direct Investment", in John CRISPO, *Free Trade: The Real Story*, Toronto, Gage Educational Publishing Company, 1988, p. 79.

(97) J. Christopher THOMAS, "An Analysis of Chapter 16", Donald M. McRAE and Debra STEGER, *Understanding the Free Trade Agreement*, Halifax, IRP, 1988, p. 165.

El artículo 1602 sustrae de su aplicación el área de los servicios financieros, con excepción del sector de los seguros, los mercados públicos, los servicios de transporte y las industrias culturales (artículo 2005). Por otra parte los servicios no comprendidos en el Capítulo 14 están también excluidos, entre estos: transporte, telecomunicaciones, educación y otros servicios sociales así como los servicios en relación con la dirección y la explotación de empresas comerciales establecidas en su territorio.

Así mismo consagra el principio del tratamiento nacional a los inversionistas de uno y otro país –*salvo estipulación contraria*– cuando del establecimiento, la adquisición, la dirección y explotación y la venta de nuevas empresas comerciales se trata, por lo que se prohíbe la exigencia de una participación mínima de nacionales en la empresa así como el forzar la venta o cesión de una parte de la empresa en razón de la nacionalidad del inversionista. Al mismo tiempo se proscriben la expropiación (artículo 1605) y la autorización "ligada" –para el establecimiento de una empresa– a la utilización de productos, bienes, servicios, proveedores o porcentajes mínimos en el territorio de la nación que acoge al inversionista (artículo 1603).

A su vez, el Tratado exemptúa, de la aplicación del tratamiento nacional a las empresas comerciales establecidas o adquiridas por la Corona (artículo 1602.7). Otras excepciones a la norma del tratamiento nacional se encuentran señaladas en el párrafo 8 del artículo 1602, con lo que se permite un tratamiento diferenciado entre los inversionistas extranjeros y los correspondientes nacionales, en presencia de ciertas circunstancias. La primera contempla que esta diferencia se justifica por razones de gestión prudente, fiduciarias, de salud y seguridad o de protección a los consumidores. En segundo lugar, que el dicho tratamiento debe equivaler en la práctica al mismo tratamiento que la Parte acuerda a sus inversionistas tomando en cuenta, para ello, las mismas consideraciones. Finalmente cuando haya mediado la previa comunicación entre las Partes.

A pesar de todo lo estipulado anteriormente, se especifica que en los casos en los que la legislación vigente no esté conforme con las disposiciones de los artículos 1602, 1603 1604 y 1605, dicha legislación continuará a aplicarse (artículo 1607).

En el Anexo 1607.3. 1) y 2) se establecen los elementos con los que se autoriza al Canadá a aceptar o rechazar la adquisición directa o indirecta de una empresa canadiense, así como también los límites en el valor de los activos brutos que pueden ir de los 5 millones de dólares canadienses a los 150 millones. Después de tres años de la fecha de entrada en vigencia del Tratado las adquisiciones indirectas no serán examinadas (Anexo 1607. 3. ii D)). Para la puesta en marcha de estas disposiciones la Ley de Inversiones Canadiense y sus reglamentos deberán ser modificados en algunos casos.

Por otro lado, a pesar que las industrias culturales han sido generalmente excluidas del Tratado, el inciso 4 del artículo 1607 dice a la letra que si el Canadá exigiera la cesión forzada de una empresa comercial del sector cultural situada en ese país, previo examen de la adquisición indirecta de la citada empresa por un inversionista de los Estados Unidos, esta nación (el Canadá) debería ofrecer al mencionado inversionista la compra de su empresa al justo valor comercial que tuviera en ese momento en el mercado libre, tal y como haya sido determinado por una evaluación imparcial e independiente.<sup>(98)</sup> Contrariamente a lo estipulado anteriormente, las industrias petroleras, de gas y dedicadas a la extracción de aluminio han sido sustraídas de la aplicación de las disposiciones de esta sección del Tratado (Anexo 1607. 3).

Otro aspecto que ha sido considerado en el Tratado garantiza la transferencia de los frutos de la inversión (artículo 1606).

Este sector, como se mencionará, se caracterizaba por su dinamismo aun antes de la conclusión del Tratado. En el caso del Canadá entre 1987 y 1989 la inversión directa creció en un 16%; sin embargo en 1990 disminuyó en un 4%, según algunos a causa del fenómeno de la recesión. Las inversiones canadienses han sido canalizadas fundamentalmente en dos rumbos: por una parte, estas se han concentrado en las ciudades fronterizas entre ambos países<sup>(99)</sup> y por otra parte, sobre todo en el sector de servicios bancarios, diferentes entidades canadienses (*Banque Nationale* y *Banque Royale* en el el Estado de New York y *Caisse Desjardins* en el Estado de la Florida) se han establecido con el fin de ofrecer los mismos a sus nacionales instalados allí.<sup>(100)</sup>

Del lado estadounidense sus inversiones en el Canadá, para el año 1987, alcanzaron los 57,8 billones de dólares (U. S.) y con un alza del 18% totalizaron 68,4 billones de dólares en 1990. Diversas compañías norteamericanas, entre éstas Hughes Aircraft, se han instalado en territorio canadiense al amparo del Tratado, con el fin de ser más competitivas y de participar agresivamente en el mercado.<sup>(101)</sup>

Otra situación que ha merecido la atención de los analistas es que este gran mercado creado por el Acuerdo ha atraído también los inversionistas extranjeros. Las inversiones directas sumaron 3.7 billones de dólares (U. S.) constituyéndose así en el primer aporte neto en este campo desde 1974.<sup>(102)</sup>

(98) Accord du libre-échange entre le Canada et les États-Unis, *op. cit.*, nota 23.

(99) La Cámara de Comercio del Estado de Detroit contaba en 1989, con 34 compañías canadienses instaladas sobre todo en el sureste de Michigan con un total de 4.136 empleados. En 1990 el número de firmas había aumentado a 56 empleando 6.768 personas. J. HAWKINS, *loc. cit.*, nota 10, 4.

(100) *Ibid.*

(101) *Ibid.*

(102) *Ibid.*

## 6. Servicios financieros

El sector financiero está en el corazón de la vida económica de una nación y su rol está directamente ligado con las políticas monetarias de la misma, de allí su importancia.<sup>(103)</sup> La clave de la Parte V del Tratado está en la definición de "institución financiera" incluida en el artículo 1706;<sup>(104)</sup> esto que a simple vista podría parecer un tecnicismo, encierra las obligaciones de los dos países en cuanto al tratamiento de las mismas.<sup>(105)</sup> El principio del tratamiento nacional aparece de nuevo reconocido en el artículo 1702 y 1703.

Los Estados Unidos se comprometen a autorizar al sistema bancario nacional y a los bancos extranjeros, a transigir, comprar y a suscribir letras de crédito que sean honrados en una medida similar por el Canadá o sus subdivisiones políticas. Como contraparte, el Canadá asume, en cuanto a la aplicación de las leyes federales, la obligación de no someter a las restricciones que limitan la propiedad extranjera en las instituciones financieras bajo control canadiense, a las personas de Estados Unidos que residen habitualmente allí (artículo 1703.1). Por otro lado el Canadá exemptúa las filiales bancarias canadienses bajo control americano, individual y colectivamente, de las restricciones en el monto global del activo nacional de las filiales extranjeras instaladas en el país (artículo 1703. 2).

El epílogo de los temas tratados en esta sección (C) se conforma a partir de la noción que el T. L. C suscrito entre estas dos naciones de Norte América no sólo desborda los estrictos criterios en los que se ha circunscrito a nivel teórico el establecimiento de una zona de libre comercio sino que estos se han logrado traducir en la práctica cotidiana de las relaciones comerciales que se realizan entre ambos Estados.

## CONCLUSION

El Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos es el marco en el que se cristalizaron una serie de intereses políticos de estas dos naciones

(103) Carl J. LOHMANN and William C. MURDEN, "Policies for the Treatment of Foreign Participation in Financial Markets and their Application in the U. S. - Canada Free Trade Agreement", Donald M McRAE and Debra STEGER, *Understanding the Free Trade Agreement*, Halifax, IRP, 1988, p. 147.

(104) El concepto a "toda sociedad autorizada a llevar a cabo actividades en virtud de las leyes sobre las instituciones financieras de una y otra Parte o de una de sus subdivisiones políticas, tales como esta Parte las ha definido, o una sociedad de portafolio que la controle" (Artículo 1706).

(105) C. LOHMANN and W. MURDEN, *op. cit.*, nota 103, p. 159.

integrantes del Grupo de los Siete: el Canadá buscaba fundamentalmente reglamentar y garantizar su acceso a un mercado que absorbe el 75% de sus exportaciones. Por su lado, los Estados Unidos tenían en perspectiva, a partir de la utilización de un mecanismo que cuarenta años antes habrían combatido en el seno del GATT, la constitución de un bloque económico que no solamente hiciera frente a los otros que se constituyen básicamente en Asia y Europa sino que a la vez con esto buscaría presionar las negociaciones llevadas a cabo a nivel multilateral en el seno del GATT.

A pesar que el Tratado asume teóricamente la forma de la primera etapa de integración, tanto el entorno que caracterizara las relaciones comerciales entre ambos Estados, antes de la firma del Acuerdo, como las disposiciones jurídicas de éste traducen la intención de embarcarse un proceso mucho más complejo que el del libre comercio, con todas las implicaciones que esto trae.

La opiniones en cuanto a los efectos del libre comercio han estado siempre divididas entre quienes a través de un cristal de optimismo anunciarían efectos positivos a derivarse de la aplicación del mismo y quienes por el contrario manifestarían una constelación de inquietudes en torno a este. Si bien los estudios de base a los que se ha hecho referencia en este trabajo se inscriben en esa perspectiva favorable, ciertamente cuando de establecer zonas de integración se trata hay siempre perdedores y ganadores, por lo que con lo que en este campo el establecimiento de una región de libre comercio u otra forma más avanzada de integración no es el "remedio universal".

Por otra parte, no debe perderse de vista que el efecto macroeconómico de crecimiento se acompaña de manera dialéctica de un efecto de "choc" y que este último tendrá un impacto positivo o negativo a nivel local dependiendo de las medidas de compensación que le sigan. Pocos estudios se han consagrado a ese nivel en la de liberalización de comercio emprendido hace cuatro años entre estas dos naciones con lo que aun quedan grandes incógnitas en este campo.

Lo que sí queda claro es que si bien la constitución de esta zona de integración entre Canadá y Estados Unidos evoluciona a etapas más avanzadas, la decisión de estos dos países de extender la misma a todo el Norte del continente americano con la inclusión de México testimonia el ritmo acelerado con el que se constituye el bloque americano.

## BIBLIOGRAFIA

## DOCUMENTOS OFICIALES

- Accord de libre échange entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, dans dans Daniel TURP (dir.), *Libre-échange nordaméricain*, Montréal, 1992.
- Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, dans Jacquesvan MORIN, Francis RIGALDIES et Daniel TURP, *Droit International Public*, Thémis, 1987.
- Final Report of the Panel, *In the Matter of Article 304 and the Definition of Direct Cost of Processing or Direct Cost of Assembling*, 8 junio de 1992, USA 92-1807-01, GATT, *Instruments de base et documents divers*, Supp. 6, Genève, 1958.
- GATT, *Instruments de base et documents divers*, Supp. 38, Genève, 1992.
- Rapport Final du Groupe Spécial, *Dans l'obligation de Canada en matière de débarquement du saumon et du hareng de la côte du Pacifique*, 16 octobre 1989, Traduction fournie par la Section canadienne du Secrétariat binational.
- Rapport Final du Groupe Spécial, *Homards du Canada*, 25 mai 1990, USA 89-1807-01.
- STATISTIQUES CANADA, *Evolution du commerce: Etats-Unis. Les industries manufacturières 1981-1991*, Ottawa, Ministre de l'Industrie, des Sciences et de la Technologie, 1993.
- DOCTRINA**
- BALASSA, B., *The Theory of Economic Integration*, III., Homewood, 1961.
- BARREDA, W., "Tariffs and Customs Rules", in Donald M. McRAE and Debra STEGER, *Understanding the Free Trade Agreement*, Halifax, I RP, 1988, 131-134.
- BERCUSON, D., "Canada's Historic Search for Secure Markets", in John CRISPO, *Free Trade: The Real Story*, Toronto, Gage Educational Publishing Company, 1988, 8-15.
- DAVENPORT, P., "L'économie politique du libre-échange: un survol", A. R. RIGGS, *Canadian-American Free Trade: (The Sequel). Historical, Political and Economic Dimensions*, Halifax, IRP, 1988, xvii- xxvi.

- DESBIENS, A., *Le cadre historique des relations canado-américaines*, Conferencia, Université de Montréal, Montréal, 15 janvier 1992.
- GAROS, C., *Canada - United States Free Trade: Background, Issues and Impact*, Amsterdam, VU University Press, 1990.
- GRENIER, C., *Le contenu économique de l'Accord de Libre-échange Canado-Américain*, Montréal, Notas pour un exposé, 1990.
- HARRISON, R., "Energy and National Treatment Rules vs. Discriminatory Policies", Donald M. McRAE and Debra STEGER, *Understanding the Free Trade Agreement*, Halifax, IRP, 1988, p. 179-190.
- HALSTEAD, J., *Les impacts politiques de l'Accord de libre-échange canado-américain*, Conferencia, Université de Montréal, Montréal, 18 mars 1992.
- JOVANOVIC, M., *International Economic Integration*, London, Routledge, 1992.
- LACASSE, N., *Bilan intérimaire de l'Accord de libre-échange Canada-États - Unis*, Congrès de l'A. C. E. L. A. C., Le Canada et le libre-échange dans les Amériques, Ottawa, 23 octobre 1992.
- LICHTENSTEIN, C., "L'émergence d'une jurisprudence des groupes spéciaux du chapitre 18 de l'Accord de libre-échange Canada-Etats Unis", Cahiers de communications du *Colloque Europe et Amériques: perspectives convergentes et divergentes sur le droit international*, Montréal, S. Q. D. I., Tome 1, 1992, 19-24.
- LIPSEY, R. and M. SMITH, *Canada's Trade Options in a Turbulent World*, Toronto, C. D. Howe Institute, 1985.
- LIPSEY, R. and R. YORK, "Evaluating the Free Trade Deal", Toronto, Howe Institute, 1988.
- , "Tariffs and Other Border Measures", in John CRISPO, *Free Trade: the Real Story*, Toronto, Gage Educational Publishing Company, 1988, 23-33.
- LOHMANN C. and W. MURDEN, "Policies for the Treatment of Foreign Participation in Financial Markets and their Application in the U. S. - Canada Free Trade Agreement", Donald M. McRAE and Debra STEGER, *Understanding the Free Trade Agreement*, Halifax, IRP, 1988, p. 147-164.
- MACPHERSON, J., "The Canada-U.S. Free Trade Agreement: Tariffs and Customs Procedures", in Donald M. McRAE and Debra STEGER, *Understanding the Free Trade Agreement*, Halifax, IRP, 1988, p. 135-144.

- MACHLUP, M., *A History of Thought on Economic Integration*, New York, Columbia University Press, 1977.
- MARTIN, F., "Libre-échange et économies locales" dans M. CATIN et P. DJONDANG, *Commerce international et économies régionales*, Paris, Economica, 1992, 161-183.
- PROULX, P. P., *Trade Liberalization and Regional Development in North America Development in North America a Canadian's Perspective*, Cahier 8814, mai 1988.
- , *La mondialisation, l'intégration économique et les politiques: Quelles leçons tirer de l'expérience européenne?*, Montréal, 1991, Ministère de Finances du Québec.
- RICHARD, J. and R. DEARDEN, *The Canada - U.S. Free Trade Agreement*, Illinois, CCH Canadian, 1988.
- RITCHIE, G., "The Canada - U. S. Free Trade Agreement", in Donald M. McRAE and Debra STEGER, *Understanding the Free Trade Agreement*, Halifax, IRP, 1988, 9-18.
- SAFARIAN, A. E., "Foreign Direct Investment", in John CRISPO, *Free Trade: the Real Story*, Toronto, Gage Educational Publishing Company, 1988, 77-86.
- SCHOTT, J., "The Free Trade Agreement: A U. S. Assessment", in Jeffrey J. SCHOTT and Murray G. SMITH, *Free Trade Agreement: The Global Impact*, Washington, Institute for International Economics, 1-36.
- SCHWANEN, D., *Were the Optimists Wrong on Free Trade? A Canadian Perspective*, Montréal, C. D. Howe Institute Commentary, N° 37, 1992.
- SHARP, M., *Les relations canado-américains: choix pour l'avenir*, Ottawa, Secrétariat d'État aux Affaires extérieures, 1972.
- SMITH, M., "Services", in John CRISPO, *Free Trade: The Real Story*, Toronto, Gage Educational Publishing Company, 1988, 34-43.
- SOLDATOS, P., "Les dimensions politiques et institutionnelles du libre-échange canado-américain", dans Daniel TURP (dir), *Libre-échange nord-américain*, Montréal, 1992, 635-746.
- THOMAS, J. T., "An Analysis of Chapter 16", Donald M. McRAE and Debra STEGER, *Understanding the Free Trade Agreement*, Halifax, IRP, 1988, 165-178.

VALASKAKIS, K., "What Exactly is Globalization and What is its Relationship with Information Technology?", in David COOKLIN and Lucie DESCHENES, Canada's Information Revolution, Ottawa, The Institute for Research on Public Policy and Canadian Workplace Automation Research Centre, 1991, 37-39.

VINER, J., *The Customs Union Issue*, New York, Carnegie Endowment for International Peace, 1950.

#### PUBLICACIONES PERIODICAS

GRAHAM, W., "Dispute Resolution in the Canada-United States Free Trade Agreement: One Element of a Complex Relationship", (1992) 37 *Mc Gill J. L.*, 545-573.

HAWKINS, J., "The Canada - U. S. Free Trade Agreement: An Interim Assessment", (1992) 8 *Business America*, 2-5.

HORLICK, G. and A. DEBUSK, "Dispute Resolution Panels on the U. S. -Canada Free Trade Agreement: the First Two and One-Half Years", (1992) 37 *McGill Law Journal*, 575-595.

M. KRAUSS, "Recent developments in Custom Union Theory: An Interpretive Survey", (1972) 10 *Journal of Economic Literature*, 413-436.

McKINNEY, J., "Dispute Settlement under the U. S. - Canada Free Trade Agreement", (1991) 25 *Journal of World Trade*, 117-129.

TOVIAS, A., "A Survey of the Theory of Economic Integration", (1991) 1 *Journal of European Integration*, 5-23.

## LA DOCTRINA SOCIAL DE LA IGLESIA CATOLICA Y EL DERECHO DEL TRABAJO COSTARRICENSE

Lic. Oscar Bejarano  
Abogado costarricense

Después de haber leído el artículo de Oscar Bejarano, me acordé de un hecho que me sucedió en el año 1942, cuando yo era estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. En ese momento, el Dr. Rafael Ángel Calderón Guardia, entonces Presidente de la República, estaba promoviendo la reforma social, conocida como la Doctrina Social de la Iglesia Católica, durante su estancia en Bélgica, específicamente de la conferencia que el Cardenal Mercier de Lovaina había impartido en el Código de Malinas.

Un amigo de entonces, el Dr. Oscar Bejarano, relata como el doctor del Proyecto de Código y el Dr. Calderón, Presidente de la República, se preocupó de la familia y como desde los estudios de esta en Bélgica "ya tenía a la mano impresa con claridad, la idea de establecer los seguros sociales..." que efectivamente surgió en 1942, es decir, antes de la gran reforma social de 1943. Relata también una conversación de los valores que tuvo con el Dr. Calderón, cuando se concretó las ideas sociales que tenía, dice el Dr. Bejarano que "A lo personal él me llamó, me interrogó ampliamente sobre mis ideas, las escuchó en las suyas propias y en esa y en sucesivas conversaciones se consolidó la voluntad de pensamiento que tuvo la guía del Dr. Calderón Guardia y con él se concretó que solo a él le correspondía hablar de organizar la reforma social de Costa Rica".

Tanto el texto del presente que en él el Presidente de la República promueve el Proyecto de Código de Trabajo al soberano Congreso Constituyente el

## SUMARIO:

- I. Antecedentes
- II. ¿Qué es la Doctrina Social de la Iglesia Católica?
- III. La cuestión social
- IV. Los grandes principios de la Doctrina Social Cristiana
- V. La Encíclica Rerum Novarum
- VI. La realidad jurídico laboral costarricense frente a la Rerum Novarum

## I. ANTECEDENTES

Por ley #24 de 2 de julio de 1943 se aprobó por el Congreso Constitucional de la República una reforma constitucional a la entonces vigente Constitución Política de 1871; esa reforma consistía en introducirle una Sección Tercera denominada "De las Garantías Sociales" con los artículos 51 a 65.

Lo anterior fue el resultado de un proceso de reforma revolucionario dentro del derecho social costarricense ya que constituía ese Capítulo Constitucional el indispensable marco que permitiría promulgar el 23 de Agosto de 1943 con vigencia a partir del 15 de Setiembre de ese año, el Código de Trabajo, materializándose así la reforma social más asombrosa de la América Latina por lo profundo del cambio que significó en el manejo de las relaciones entre el capital y el trabajo y lo pacífico de su promulgación.

Diversos factores señalados ya en repetidas ocasiones produjeron ese acontecimiento histórico; señaladamente se mencionan la decisión política del entonces Presidente de la República, Doctor Rafael Angel Calderón Guardia, de hacer la reforma social, conocedor de las fuentes de la Doctrina Social de la Iglesia Católica durante su estadía en Bélgica, específicamente de la corriente de pensamiento que el Cardenal Mercier desde Lovaina había materializado en el célebre Código de Malinas.

Un testigo de excepción, el Dr. Oscar Barahona Streber, relata como él, redactor del Proyecto de Código y el Dr. Calderón, Presidente de la República se conocían de familia y como desde los estudios de éste en Bélgica "ya tenía en su mente, impresa con claridad, la idea de establecer los seguros sociales..." lo que efectivamente hizo en 1942, es decir, antes de la gran reforma social de 1943. Relatando una conversación de las varias que tuvo con el Dr. Calderón, tratando de concretar las ideas sociales que tenía, dice el Dr. Barahona que "A los pocos días me llamó, me interrogó ampliamente sobre mis ideas, las cotejó con las suyas propias y en esa y en sucesivas conversaciones se consolidó la identidad de pensamiento que bajo la guía del Dr. Calderón Guardia y con el mérito histórico que sólo a él le corresponde había de originar la reforma social de Costa Rica"<sup>(1)</sup>

Tanto el texto del mensaje que envió el Presidente de la República junto con el Proyecto de Código de Trabajo al soberano Congreso Constitucional el

(1) BARAHONA Streber, Oscar. "Orígenes y Perspectivas de la Legislación Social". Disertación en Cámara de Comercio de Costa Rica. 15 de Mayo de 1991.

12 de Abril de 1943, como la explicación de motivos de la Ley, el dictamen de la Comisión sobre el Proyecto y el discurso que pronunció el Presidente en el Congreso el 17 de agosto de dicho año al aprobarse el Código contienen frases referentes a la inspiración de la reforma. En efecto, el primero menciona:

“Además, cada una de sus disposiciones ha sido armonizada y confrontada con la doctrina social de la Iglesia Católica, que, como sabéis, tiene su máxima expresión en las Enclílicas “Rerum Novarum” “Cuadragésimo Anno”, “Divini Redemptoris” y Código Social de Malinas”.<sup>(2)</sup>

El segundo cita el folleto “La Iglesia y el Orden Social” según se dice “que contiene la doctrina social católica...” y cita a Pío XI.<sup>(3)</sup>

El discurso del Presidente específicamente dice:

“La Patria tiene necesariamente que levantarse como un inmenso espíritu tutelar, sobre uno plataforma de justicia cristiana...”.<sup>(4)</sup>

Encontró el político apoyo incondicional de una figura egregia en el Obispo de San José, Monseñor Víctor Manuel Sanabria Martínez, que como Jefe de la grey católica, mayoritaria dentro de la sociedad costarricense, y buen conocedor de la historia a la cual había dedicado importantes trabajos y, desde luego, de los principios de la Doctrina Social de la Iglesia Católica, no dudó un momento en poner todo su empeño para que se hiciera realidad ese proyecto.

Teniendo el gobierno amplia mayoría en el Congreso se tramitó a golpe de tambor el proyecto elaborado en lo fundamental por un joven estudiante de derecho a quien se le había encargado ese trabajo, el Doctor Oscar Barahona Streber.

El discutido apoyo que brindaran los comunistas, entonces, una fuerza de relativa importancia dentro de la política costarricense por medio de su máximo dirigente, el Licenciado Manuel Mora, vino a evitar que esta fuerza pudiera aprovecharse en alguna medida de tan importante reforma; pero, no cabe duda que no constituye el punto medular para que esa reforma se materializara.

(2) Código de Trabajo, Imprenta Nacional, 2a. edición, 1943, págs. 121 a 127.

(3) *Idem.*, pág. 155 y sgte.

(4) *Idem.*, pág. 156.

Figuró desde el inicio en el artículo 65 de la Constitución Política un precepto que se repite casi inalterado en el artículo 74 de la vigente Constitución Política de 7 de noviembre de 1949; el texto original rezaba:

“Los derechos y beneficios a que esta Sección se refiere son irrenunciables. Su enumeración no excluye otros que se deriven del principio cristiano de Justicia Social, serán aplicables por igual a todos los factores concurrentes al proceso de producción y reglamentados en un Código Social y de Trabajo, a fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional”.

El cambio introducido por la Constitución de 1949 a ese precepto radica en agregar después de “Justicia Social” la frase “y que indique la ley”.

Ese cambio ofrece en la redacción actual dos posibles interpretaciones; una favorable y una desfavorable. La primera sería entender que con el agregado dicho los principios cristianos de Justicia Social deben estar expresamente indicados en la ley. La segunda sería interpretar que esa indicación en la ley se refiere a la enumeración de los derechos y beneficios, y no, de los principios.

En el primer caso la redacción se entendería como “Los derechos y beneficios a que este Capítulo se refiere son irrenunciables. Su enumeración no excluye otros (derechos y beneficios) *que indique la ley* y que se deriven del principio cristiano de justicia social”.

En el segundo caso se leería como “Los derechos y beneficios a que este Capítulo se refiere son irrenunciables. Su enumeración no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y que *indique la ley* (los principios)”.

Una referencia del Acta de la Asamblea Constituyente #171 celebrada a las 15 horas del 20 de Octubre de 1949<sup>(5)</sup> pareciera inclinarse por la segunda opción porque en ella consta que el Diputado Jiménez Quesada haciendo referencia a la moción que introdujo el referido párrafo (y que indique la ley), el representante Rojas Espinoza, afirmó lo siguiente:

“Que el concepto “principio cristiano de justicia social” resultaba sumamente vago. Sobre este asunto no existe ningún criterio técnico bien definido. De ahí que el compañero Rojas Espinoza tratara de remediar esa deficiencia, estableciendo que el principio cristiano de justicia lo establecerá la ley”.

(5) Actas. Asamblea Nacional Constituyente de 1949, Imprenta Nacional 1946, Tomo 3, pág. 515.

No consta el criterio del proponente del cambio, Señor Rojas Espinoza, pero sí consta a la referencia indicada el del Lic. Fernando Volio Sancho que dijo que "la expresión tiene contenido ya que existen una serie de concepciones filosóficas perfectamente claras al respecto".

Debo hacer notar que en la Sesión 127 de las 15 horas del 10 de agosto de 1949 ese mismo texto que era el 65 de la anterior Constitución se aprobó sin ser agregado, tal y como estaba en la reforma de 1943.

La cuestión parece importante porque si se exigiera que el Código de Trabajo determinara expresamente los principios cristianos de justicia social no podrán aplicarse, con lo cual la expresión sería meramente lírica y no de principio, dados los antecedentes históricos de la inclusión de esa frase que figura además en el artículo 1 del Código de Trabajo dudamos que esa interpretación sea la acertada y basta entender que al figurar en dicho artículo su mención se cumplió con el deseo del constituyente y que la ley a que se refiere la Constitución es el Código de Trabajo.

Por otra parte tómesese en cuenta la dificultad de describir los principios cristianos de justicia social que tienen un elemento mutable como veremos y que cambia con cada fase histórica y sociedad. Además no cabe duda de que esos principios constituyen realmente principios generales del derecho de trabajo, que aún sin mención pueden y deben servir para la hermenéutica de las normas legales juntos con otros principios no escritos que se admiten frecuentemente como son el indubio pro operario, el de la primacía de la realidad, el de la norma más favorable, el pro fondo en las cuestiones de seguridad social, etc.

Consecuente con ese precepto el Código de Trabajo establece en el artículo 1o. lo siguiente:

"El presente Código regula los derechos y obligaciones de patronos y trabajadores con ocasión del trabajo, de acuerdo con los principios cristianos de Justicia Social".

El Licenciado Guillermo Malavassi, en su célebre obra, "Los Principios Cristianos de Justicia Social y la Realidad Histórica de Costa Rica"<sup>(6)</sup> menciona, citando a Barahona Streber, cómo "El anteproyecto de Código de Trabajo fue elaborado por mí hace 33 años... El original fue entregado al Señor Presidente de la República y discutido con él y Ilmo. y Revd. Monseñor V. M. Sanabria,

(6) MALAVASSI, Guillermo. "Los Principios Cristianos de Justicia Social y la Realidad Histórica de Costa Rica". Editorial Trejos Hermanos, 1977, pág. 323.

Arzobispo de San José, de gratísima memoria", quien reconoce además que "Varios costarricenses colaboraron después en la redacción final de los respectivos proyectos. Sin agotar la lista menciono por ahora al Lic. Ernesto Martín Carranza, al Lic. don José Albertazzi Avendaño y al Lic. Francisco Fonseca Chamier, todos miembros del Congreso durante el Cuatrienio mil novecientos cuarenta-cuarenta y cuatro".

El mismo Barahona cuenta como anécdota que cuando ya el Presidente Calderón había aprobado el proyecto de Código de Trabajo se lo mostró a Monseñor Sanabria para oír sus observaciones, temeroso de cuáles fueran esas observaciones. Monseñor quien además de unas cuestiones de forma le pidió sólo una cuestión de fondo y fue la inclusión de la Doctrina Social de la Iglesia dentro de los principios que informaban la nueva legislación, sugiriendo el Lic. Barahona una fórmula general que queda materializada en la frase ya consignada en el Artículo 1o.

Quedó así consagrado, para la posteridad, dentro del Derecho Laboral Costarricense la influencia permanente y decisiva de esa doctrina sin la cual no puede haber ninguna reforma jurídica válida en el tanto que se aparte de ella; el objeto del presente trabajo es derivar algunas consecuencias de este hecho que es conocido, pero, no aplicado dentro de la praxis iuslaboral costarricense.

## II. ¿QUE ES LA DOCTRINA SOCIAL DE LA IGLESIA CATOLICA?

Quizás debiéramos comenzar este indispensable capítulo diciendo que es esa doctrina porque muchos problemas de malas interpretaciones y peores soluciones de las cuestiones sociales se han visto en nombre de esta doctrina.

Esta doctrina constituye la toma de posición de la Iglesia Católica como jerarquía, con fundamento en la Verdad Revelada, lo que se denomina, en su conjunto, el Magisterio de la Iglesia integrado por los Evangelios y los Documentos Oficiales de la Iglesia tales como Concilios, Cartas Encíclicas y otros. Basta, por ahora, este breve resumen de una compleja actividad histórica de la jerarquía eclesial en torno a las verdades eternas que constituyen el fundamento de la religión católica.

La toma de posición de la Iglesia lo es en relación con los problemas de la sociedad y del hombre inserto en ella, de manera que, se dan criterios ajustados a los principios de la religión de manera que los católicos tengan esas soluciones a los diversos problemas que la historia les va presentando en cada época, pero, todo con un fin trascendente, no inmanente, a saber, la salvación del alma.

Si esto se pierde de vista, las diversas tomas de posición de la Iglesia frente a los problemas sociales, podría tomarse, como de hecho ha ocurrido,

como un programa doctrinario, político o revolucionario; mas, eso no es así, porque lo que se conoce como Doctrina Social está muy claramente definida de parte de la Iglesia Católica en los muy numerosos documentos que los diversos Papas han emitido.

Como afirma José Miguel Ibáñez Langlois:<sup>(7)</sup> "La Doctrina Social de la Iglesia se mueve entre ciertos principios morales incondicionales y los signos de los tiempos" (Mt. 16.3), es decir, los cambiantes instituciones de cada época y lugar".

De manera que es ese elemento mutable denominado "los signos de los tiempos lo que hace variable en el tiempo y en el espacio el acercamiento a un problema social y la recomendación que sobre él se dé desde el punto de vista de esas Verdades Eternas, que dentro del campo meramente jurídico se encuentran inciertos dentro de lo que se conoce como "Derecho Natural".

No es nuevo que la Iglesia se pronuncie sobre problemas sociales que aquejan a las diversas sociedades y acongojan al ser humano; por ejemplo, en la Edad Media, la Iglesia combatió la usura que era un serio problema económico y esto fue Doctrina Social de la Iglesia; en la Alta Edad Media la Iglesia promovió las congregaciones como una forma de ejercicio legítimo del derecho de asociación y esto, también, es Doctrina Social. De manera que no nos llamemos a error creyendo que la Iglesia se quedó callada ante los problemas que produjo la Revolución Industrial en la segunda mitad del Siglo XIX, en la naciente clase obrera, como con frecuencia se le acusa.

Cuando el 15 de Mayo de 1891 el Papa León XIII promulgó la famosa Encíclica Rerum Novarum la jerarquía católica europea representada por figuras como Kettler en Alemania, Mermillod en Francia, Manning en Inglaterra y Gibbons en Estados Unidos, habían ejercido su influencia en torno a lo que se denominaría la cuestión social"; "desde 1881 a 1883 se había reunido en Roma una comisión de teólogos encargados de examinar las aplicaciones de la moral católica en el terreno económico".<sup>(8)</sup>

A continuación resulta obligado analizar cuáles son los grandes principios de la Doctrina Social.

### III. LA CUESTION SOCIAL

Preocupaba a la Iglesia Católica junto con numerosos intelectuales de la época que la Revolución Industrial hubiere producido una nueva clase social

(7) IBAÑEZ, José M. "Doctrina Social de la Iglesia". Ediciones Universidad de Navarra, España, 1987, pág. 30.

(8) "Ocho grandes mensajes". Biblioteca de Autores Cristianos, Undécima edición, Madrid, 1979, pág. 15.

paupérrima y llena de problemas como era la clase obrera; sería ocioso relatar aquí las condiciones que imperaban en las fábricas, en las minas y en general en los centros de trabajo de los países industrializados de Europa y referirnos a los intentos revolucionarios de la Revolución Cartista de Inglaterra, de la Comuna de París, del Manifiesto Comunista, de la creación de la Internacional Socialista y tantos otros eventos que se sucedieron a partir de 1848 en el Viejo Continente. Baste recordar que todo este cúmulo de problemas sociales fue conocido como la "cuestión social" y constituye el punto medular en el que se centró la atención de la Iglesia para proponer soluciones dentro de la Doctrina Social que vino a alcanzar así su punto culminante con la promulgación de la primera de las encíclicas sobre este problema, la Rerum Novarum.

Y no sólo en Europa tuvo importancia esta cuestión social, sino en América, y en lo que nos interesa en Costa Rica porque el Obispo Monseñor Augusto Thiel con vista de esa Encíclica hizo leer en todas las Iglesias una carta que provocó toda una revuelta por su fuerte contenido social, sobre todo en lo que se relacionaba con el salario justo y con la participación del trabajo respecto del capital que, constituyen punto sustancial de toda esta problemática.

De manera que dentro del desarrollo de la Doctrina Social como afirma el autor Johannes Messner:<sup>(9)</sup> "En este primer estadio, la cuestión social fue sentida de modo preponderante como cuestión obrera, incluso en la noción de justicia social, que aparece en los años de 1840 a 1850 casi simultáneamente en varios países se revelan en un principio únicamente exigencias de justicia en la relación de trabajo industrial".

No obstante que, como lo apunta ese autor, en el fondo subyacía "el problema de la propiedad y el trabajo".<sup>(10)</sup>

No se puede generalizar y en consecuencia no se puede hablar de una única cuestión social sino, de varias cuestiones sociales, por la misma complejidad de las interacciones humanas en la vida de sociedad; Mezzner acertadamente lo percibe cuando afirma que "Del mismo modo que cada sociedad posee su cuestión social, cada cuestión social posee características peculiares en función de la peculiaridad del respectivo sistema social... De aquí que la cuestión social haya de ser definida como la cuestión de las deficiencias del orden social de una sociedad por lo que respecta a su cometido de realizar el bien común, la cuestión de las causas y de los medios necesarios para su superación".<sup>(11)</sup>

(9) MESSNER, Johannes. "La Cuestión Social". 2a. edición, Ediciones Rialp, Madrid, 1976, pág. 15.

(10) *Idem.*, pág. 20.

(11) *Idem.*, pág. 20.

#### IV. LOS GRANDES PRINCIPIOS DE LA DOCTRINA SOCIAL CRISTIANA

Para acercarse a la solución de las cuestiones sociales la Doctrina Social de la Iglesia Católica utiliza principios fundamentales a todo humanismo cristiano y propios del Derecho Natural Cristiano que podemos resumir en los siguientes:

- a) El principio de naturaleza de persona espiritual y moral del hombre, lo que le confiere especial dignidad; este es el primer principio social.
- b) El principio de la autoridad suprahumana de la ley moral natura. Este es el fundamento teológico de la doctrina que se deriva de la Verdad Revelada.
- c) El principio del amor fraternal para el prójimo, que se traduce en el plano individual, ético y moral de la caridad, y, en el social en la solidaridad.
- d) El principio de la esencia moral del derecho como valor supremo y cuya finalidad es la justicia.
- e) El principio de la libertad del hombre en el plano personal y en el social, con capacidad de autodeterminación, lo que lo hace un ser responsable de sus actos para lo cual cuenta con su inteligencia y su voluntad.
- f) El principio de subsidiariedad del Estado según el cual debe haber tanta libertad como sea posible y tanto Estado como sea necesario; reconoce, en consecuencia, que son las organizaciones de los hombres las que deben llevar adelante las tareas que impone la Doctrina Social y, el Estado sólo intervendrá, en lo que sea estrictamente necesario para ese fin.
- g) El principio del bien común según el cual los intereses individuales deben ceder en aquello que beneficie a la colectividad pero respetando un ámbito de libertad individual para ciertos principios fundamentales.
- h) El principio de solidaridad que tiene una múltiple derivación:
  - i) En cuanto principio ontológico y jurídico constituye el fundamento del solidarismo como orden social (Heinrich Pesch).
  - ii) Como principio de virtud en el sentido moral comunitario.
  - iii) Como principio de interés de cohesión de grupo.

Los anteriores conceptos encuentran desarrollo en la obra de Messner<sup>(12)</sup> quien afirma que “el solidarismo constituye por su misma esencia una doctrina filosófico-social del ser social (metafísica social)”.

(12) *Idem.*, pág. 371 y ss.

Nos interesa en punto al derecho del trabajo todo el contenido de la doctrina pero es claro que algunos de esos principios están más cerca de los problemas laborales que otros, como son, el principio de la libertad del hombre, el del bien común, el de la subsidiariedad del Estado y el de la solidaridad, que tienen aplicaciones concretas y prácticas en el quehacer laboral y que pueden servir de guía certera en la solución de los conflictos laborales; entendemos que ello es imperativo dentro de nuestro ordenamiento jurídico en virtud de los artículos 74 de la Constitución Política y 1o. del Código de Trabajo y que constituyen además punto fundamental de cualquier reforma a las leyes de trabajo.

#### V. LA ENCICLICA RERUM NOVARUM

Esta Encíclica promulgada el 15 de Mayo de 1891 por León XIII, constituye la piedra fundamental que ha dado origen a todo el moderno análisis de las cuestiones sociales del siglo transcurrido hasta la fecha, y ha sido pródigo en documentos relacionados con el tema que han culminado con la última de Juan Pablo II “Centesimus Annus” (1o. de Mayo de 1991).

El tema de la Encíclicas que contiene 41 acápites dividida en una introducción sobre el Problema Obrero, una parte primera denominada Exposición Polémica y una parte segunda Exposición Positiva que culmina con una Exhortación Final, es el problema de los trabajadores, las relaciones entre capital y trabajo, las diferentes soluciones que proponen los socialistas y los deberes sociales de las partes relacionadas con la cuestión como son patronos, obreros y las autoridades haciendo referencia también a las asociaciones de obreros y a las relaciones del trabajador con su familia. Como puede verse, todo el esquema posible de interacciones sociales está analizado a la luz de los grandes principios que hemos dejado señalados.

Cabe resaltar de toda la Encíclica, de todo lo que tiene relación específica con el derecho del trabajo, lo siguiente:

- a) Centrar el análisis de todo el documento en el problema obrero y su descripción, haciendo énfasis en los adelantos de la industria y de las artes... el cambio operado en las relaciones mutuas entre patronos y obreros, la acumulación de las riquezas en menos de unos pocos y la pobreza de la inmensa mayoría, la mayor confianza de los obreros en sí mismos y la más estrecha cohesión entre ellos...”<sup>(13)</sup>

(13) LEON XIII. Rerum Novarum, 15.5. 1891, #1.

Aquí está todo el problema social descrito en torno al sistema de producción capitalista que es el que nos rige hoy en día, a saber, aquel en el cual el poseedor del capital paga a los que sólo poseen su fuerza de trabajo para que le produzcan, obteniendo una ganancia por el producto final. Este es el sistema que surgió de la Revolución Industrial e intentó ser sustituido por alguna forma de socialismo sin éxito como lo demuestra el cambio que estamos presenciando en los llamados países comunistas, al cual dedica Juan Pablo II en su Encíclica referida todo un capítulo. Y lo cual nos lleva a la conclusión de que el cuadro básico de la *Rerum Novarum* sigue estando vigente, si bien debemos señalar que el capitalismo moderno es bien diferente del capitalismo manchesteriano del siglo pasado y que tiene una conciencia social mucho más avanzada que aquél. De aquí la vigencia permanente de esta Encíclica que encuadra, dentro del centenario, toda la renovación que la doctrina social de la Iglesia puede brindarnos de cara al Siglo XXI para solucionar la siempre presente cuestión social, hoy agravada por nuevos factores históricos y económicos como son las nuevas tecnologías, la privatización de actividades estatales, el sometimiento de los problemas sociales a los económicos, todo lo cual se traduce dentro de la praxis jurídico-laboral en una flexibilización de normas que favorecen al patrono.

Descartada la solución socialista a la cual se dedica la encíclica en los números 2 y 3 de la Exposición Polémica, se analiza un punto muy importante:

b) La primacía del ser humano. El socialismo y el comunismo centran toda su atención en la sociedad a la cual quedó sometida el ser humano individual; al contrario del producto final de la Revolución Francesa que exaltó la parte individual del ser con desprecio de la parte social, presenciamos en la segunda mitad del Siglo XIX el fenómeno contrario. Esto produjo como consecuencia el abuso en contra de la individualidad. Se pierde de vista, así, que el ser humano es un ser individual y social a la vez y que no puede desmembrarse de manera que es preciso ambos factores equilibrándolos para evitar que uno no abuse del otro, tan mala puede ser la individualidad sola como la parte social aislada cuando se trata de estudiar la inserción y el quehacer del hombre en el mundo.

El derecho del trabajo se mueve dentro de ambos polos y de hecho el derecho individual del trabajo atiende al primer concepto y el derecho colectivo de carácter económico social al segundo. Recuerda el documento: "la naturaleza del hombre (que) Comprende simultáneamente la fuerza toda y perfecta de la naturaleza animal, siéndole concedido por esta parte... el disfrute de los bienes de las cosas corporales" si bien "Lo que se acusa y sobresale en nosotros, lo que da al hombre el que lo sea y se distinga de las bestias, es la razón o inteligencia".<sup>(14)</sup>

(14) *Idem.*, #4.

Bien se comprende que este punto de vista del ser humano permitió al derecho del trabajo considerar al trabajador en un plano de igualdad con el patrono, igualdad que si bien no es real ya que las desigualdades son obvias, si lo es en atención al peso que el Estado pone en la defensa del trabajador para producir un equilibrio económico social. Este es uno de los puntos fundamentales del derecho del trabajo moderno, su razón de ser, y como se ve, la Encíclica lo señala claramente. Lo que se denomina en ella el señorío final y el señorío instrumental, al cual se dedica el número 6, y que eleva el trabajo a un medio de obtener la propiedad de las cosas, elevando el mismo a "título de propiedad". De este concepto muy desarrollado por los posteriores documentos papales, en especial la *Laborem Exercens* de Juan Pablo II, deriva toda una serie de consecuencias jurídico-laborales, como veremos infra, que son trascendentales dentro de nuestras leyes laborales.

Comentando la *Laborem Exercens* el profesor Américo Plá Rodríguez en una conferencia dictada el 5 de Mayo de 1988 en la Universidad de la República de Uruguay,<sup>(15)</sup> decía que las ideas tradicionales originadas en la *Rerum Novarum* al respecto eran "1. La dignidad del trabajo; 2. La prioridad del trabajo sobre el capital" y que "El trabajo humano tiene un valor ético, el cual está vinculado completa y directamente el hecho de que quien lo lleva a cabo es una persona, un sujeto consciente por sí mismo" (por lo cual) "Las fuentes de la dignidad del trabajo deben buscarse principalmente no en su dimensión objetiva sino en su dimensión subjetiva... el trabajo está en función del trabajo y no el hombre en función del trabajo". Se resume así por parte de este ilustre laboralista toda la incidencia del pensamiento de León XIII y Juan Pablo II en relación con el trabajo subordinado que es la materia que determina la aplicación del derecho del trabajo, de donde resulta insoslayablemente unidos los principios jurídicos con los principios filosóficos cristianos.

c) El reconocimiento de la propiedad privada. La doctrina sobre los bienes temporales siempre ha dejado claro dentro del campo de la doctrina social de la iglesia que los bienes son para disfrute de todo el género humano, si bien se reconoce un ámbito de uso personal y exclusivo en virtud de trato justo para la propiedad privada; a la par de este concepto se reconoce que esa propiedad tiene una función social. Cuando la *Rerum Novarum* se promulgó la propiedad estaba representada por la tierra. No sería sino hasta después que aparecería, con el capitalismo, la propiedad representada por el capital en forma de otros bienes que no fueran la propiedad o de intangibles como la propiedad intelectual, el

(15) PLA Rodríguez, Américo. "Justicia y Paz en el Pensamiento de Juan Pablo II". Conferencia Universidad de Uruguay, 5.5.88, Editorial Universidad de la República, págs. 24 y 26.

accionario, etc. Al respecto el número 16 dice que "Poseer bienes en privado... es derecho natural del hombre; y usar de este derecho sobre todo en la sociedad de la vida, no sólo es lícito sino incluso necesario en absoluto. Es lícito que el hombre posea cosas propias".

Dentro del campo del derecho laboral la propiedad privada de los medios de producción es un punto muy importante porque da al empresario patrono los medios para dirigir el trabajo de los trabajadores, de manera que los derechos y obligaciones de las partes en los contratos individuales de trabajo están enmarcados por ese derecho y en el derecho colectivo de trabajo la relación de los beneficios del capital y su distribución es punto fundamental.

d) A partir del #23 la Encíclica incursiona en el campo de los deberes generales del Estado señalando la necesidad, en virtud del principio de equidad y de bien común de que los gobernantes velen por los proletarios, es decir, por los que no tienen nada; fácilmente se concluye en que todo el campo de la seguridad social encuentra su fundamento en este punto.

Además señala expresamente la Encíclica que es preciso que el Estado vele por las jornadas de trabajo limitándolas para no perjudicar la salud de los trabajadores y por los salarios, los cuales deben ser tutelados, así como señala especialmente (punto #31) el necesario respeto y fortalecimiento que se merecen las asociaciones formadas por los interesados, reconociendo así no sólo el derecho de asociación que todo ser humano tiene sino, específicamente, las asociaciones de trabajadores que, como fácilmente se comprenden, son los sindicatos que era la lucha que se presentaba en esa época de parte de la clase trabajadora. El desarrollo posterior de la doctrina social vino a extender a cualquier forma de asociación obrera, tales como las cooperativas y en nuestro medio las asociaciones solidaristas, ese concepto universal del derecho de asociación dentro del campo laboral (#34).

La Encíclica señala bien la limitación del Estado en el derecho de regular las asociaciones; el principio de la subsidiariedad del Estado queda patente en los #35 y 36.

e) Donde la Encíclica alcanzó su mayor polémica e impacto fue en la teoría del salario justo que considera (#32) "asunto de la mayor importancia" criticando el concepto del salario como mercancía fijado por el libre juego de la oferta y la demanda; y denominando como violencia reclamada por la justicia la condición más dura que pueda un trabajador aceptar por necesidad o por miedo en uso de una disminuida libertad sindical.

Es aquí donde se establece el salario justo en los siguientes términos "el salario no debe ser en manera alguna insuficiente para alimentar a un obrero frugal y morigerado"; bien se comprende que estas ideas de León XIII en 1891

produjeran una fuerte reacción ya que en esa época los salarios se fijaban libremente con el consecuente resultado de que como la mano de obra siempre excedía las necesidades, las fijaciones eran bajo mínimos absolutos. Igualmente es comprensible la reacción que produjo la carta pastoral de Monseñor Thiel que fue una de las causas que motivó su expulsión del país.

f) La participación de los trabajadores en el derecho de propiedad es el punto que se trata en el número 33 justificado porque "Los hombres sabiendo que trabajan lo que es suyo, ponen mayor esmero y entusiasmo" por lo cual "las leyes deben favorecer este derecho y proveer, en la medida de lo posible a que la mayor parte de la masa obrera tenga algo en propiedad".

Este tema de suyo delicado ha alcanzado en nuestros días un notable desarrollo ya que ha dado lugar a las figuras laborales de la congestión en sus variadas formas y de la participación en los beneficios, sin descartar que una forma de trasladar propiedad es gravar con cargas sociales a la empresa brindando gratuitamente al trabajador servicios de educación y entrenamiento, de asistencia social en sus formas de seguros, enfermedad, maternidad, vejez, invalidez y muerte, de acceso a capital por medio de bancos de los trabajadores, y otras formas similares.

g) Al final, en la Exhortación (#41), se recuerda el principio de la caridad que no es otro, en el campo social, que el de la solidaridad, en el cual como dice Messner<sup>(16)</sup> se engloban los principios cardinales del bien común y de la subsidiariedad por lo cual prácticamente tanto la relación de trabajadores y patronos, como las de sus asociaciones, y las de ellos con el Estado quedan cubiertas por las soluciones que permitan una mayor justicia social.

## VI. LA REALIDAD JURIDICO LABORAL COSTARRICENSE FRENTE A LA RERUM NOVARUM

Examinando el derecho laboral costarricense cabe apreciar que prácticamente su desarrollo está contenido en la reforma constitucional, el Código de Trabajo y la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social, de 1943. Con posterioridad a estas leyes ciertamente se dictaron otras de contenido social como la Ley del Aguinaldo o Décimotercer mes, la creación del Instituto Nacional de Aprendizaje, del Instituto Mixto de Ayuda Social, del Banco Popular y de Desarrollo Comunal, la Ley de Asociaciones Solidaristas, el fortalecimiento de la organización de los tribunales de trabajo y una moderna Ley de Riesgos de Trabajo.

(16) MESSNER, Johannes. *Op. cit.*, pág. 372, #119.

En todo caso y considerando tales principios como generales no cabe duda de que coinciden con lo que se conoce como Derechos Humanos porque son de carácter universal y sustentan el derecho occidental; ocurre con ellos igual que con los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo no ratificados por Costa Rica, que, aunque no constituyen legislación positiva no puede desconocerse su existencia, de manera que, sirven como principios generales del derecho.

Sin embargo resulta interesante apreciar ciertas circunstancias de aparente vacío legal en que se cuestiona la constitucionalidad de alguna institución laboral, tal el caso de los laudos arbitrales dictados en los juicios de arbitraje económico social. Existe un Recurso de Inconstitucionalidad pendiente en la Sala Constitucional alegando la inconstitucionalidad de todos los capítulos del Código de Trabajo relativos al Conflicto Colectivo de Carácter Económico Social y el Arbitraje Obligatorio. A la luz de los principios de la doctrina social analizados, no cabe duda de que caen dentro de aquellos otros derechos y beneficios relacionados en el artículo 74 de la Carta Magna que tampoco son contrarios al ordenamiento constitucional en cuanto constituyen medios de solución pacífica de los conflictos sociales que buscan además el equilibrio de los factores concurrentes al proceso de producción porque nadie puede negar que dentro de este concepto se engloba la actividad, no sólo de los particulares, sino la del Estado que es parte fundamental del proceso productivo nacional. Así las cosas la constitucionalidad de un derecho o beneficio adjetivado por la ley común bien puede y suele encontrar asidero legal en la disposición general mencionada. Tampoco cabe duda alguna de que el principio de solidaridad y el de bien común encuentran cabal desarrollo en esta doctrina.

Otro caso concreto en que encontramos fundamento en dicha norma constitucional es el relativo a las Convenciones Colectivas en el sector público, que si bien no son obligatorias por disposición del artículo 54 del Código de Trabajo, sí son posibles de acuerdo con el 62 en relación con el 74 de la Constitución Política, nuevamente se puede afirmar que la paz social que se obtiene entre capital y trabajo con esta clase de instrumentos colectivos está prohibida por los citados principios de bien común y solidaridad, de manera que mal pueden resultar inconstitucionales.

Como ejemplo de funcionamiento práctico del principio de solidaridad tenemos, en el caso de la jurisprudencia nacional, la aplicación que se ha hecho del principio pro fondo cuando se trata de casos en que se contraponen el interés individual contra el general en materia de fondos de jubilación o pensiones; reiteradamente se ha establecido que el principio fundamental de esos fondos es que los aportes individuales se afectan a la finalidad general sin que se cree ningún derecho a los mismos antes de que se cumplan los requisitos de retiro que cada fondo señala de manera, que, antes sólo existe una expectativa de derecho.

Donde más se nota en los últimos tiempos la influencia de este principio es en materia de solidarismo; el espectacular desarrollo que esta forma de asociación ha alcanzado en el sector laboral, ya que hoy en día existen más de 1.200 asociaciones solidaristas registradas en el Ministerio de Trabajo, demuestra cómo los principios cristianos de hecho fundamentan nuevas figuras laborales. El solidarismo que nació en 1947 al amparo de la Ley General de Asociaciones #218 de 8 de agosto de 1938 y de la libertad de asociación que consagra como garantía individual el artículo 25 de la Constitución Política constituye una forma de asociación laboral que no vino a ser regulada en forma expresa sino con la Ley #6970 del 7 de Noviembre de 1984 (Ley de Asociaciones Solidaristas).

Este tipo de asociaciones conjuga en su seno la aplicación de diversos principios de justicia social, aparte del de la solidaridad: el del bien común, como toda forma asociativa; el de la subsidiariedad del Estado en cuanto forma intermedia de la sociedad. Constituye en consecuencia, un buen ejemplo de aplicación del artículo 74 de la Constitución Política sobre todo tomando en cuenta que por casi 30 años funcionó sin ley especial. Su importancia es tal hoy en día, dentro de la realidad laboral costarricense, que se discute en la Asamblea Legislativa su inclusión como garantía constitucional al artículo 60 de la Constitución Política, aunque no es necesario que figure expresamente en ella para que sea constitucional su existencia, como en general no lo es requisito de los derechos que las leyes consagren y que tengan asidero en la doctrina social de la Iglesia.

De manera que resulta útil al jurista ejercitar en la aplicación práctica de los principios de la doctrina social en relación con los aparentes vacíos legales o constitucionales, campo en el cual se abre un vasto futuro a los iuslaboralistas; la integración del derecho se hace así más fácil y consecuentemente la justicia social se alcanzará con más facilidad sobre todo tomando en consideración lo cambiante que resultan los criterios de acuerdo con las condiciones económicas, sociales y políticas en constante evolución en cada fase histórica de las sociedades.

Podemos afirmar, que en la Encíclica Rerum Novarum se encuentra el fundamento de toda la reforma social costarricense; este espíritu no puede perderse de vista cuando se trata no sólo de reformar la ley laboral, sino de interpretarla y aplicarla, por lo cual todos los operadores del derecho laboral, cualquiera que sea la posición en que lo ejerzamos, debemos confrontar constante y permanentemente esa aplicación práctica con los grandes principios que dieron origen a la citada reforma para no traicionar su fundamento filosófico.

Ciertamente ha existido temor a citar expresamente los principios arriba enumerados como fundamento de acciones laborales; temor por desconoci-

miento, ya que, existiendo obligación de los católicos de estudiar la doctrina social de la Iglesia no se acostumbra porque se piensa, infundadamente, que es cosa de curas, sin advertir que son criterios confrontados con la realidad pero a la luz de Verdades Eternas que le dan un sello de certeza que no es propio de los análisis humanos.

Con la aplicación de estos principios nadie pretende que se eliminen los conflictos entre el capital y el trabajo, vale decir, entre patronos y trabajadores porque como bien lo dice Juan Pablo II se "ha reconocido claramente el papel positivo del conflicto cuando se configura como lucha por la justicia social" (y cuando) "la lucha de clases se abstiene de los actos de violencia y del odio recíproco, se transforma poco a poco en una discusión honesta, fundada en la búsqueda de la justicia".<sup>(17)</sup>

Sin embargo, debemos ratificar la vigencia permanente de los principios que a partir de la *Rerum Novarum* produjeron un renacimiento de las inquietudes sociales puesto de manifiesto en los innumerables documentos que hasta el día de hoy ha emitido la Iglesia Católica porque en verdad, y como decía Pablo VI, "Desde la época en que la *Rerum Novarum* denunciaba clara y categóricamente el escándalo de la condición de los obreros dentro de la naciente sociedad industrial, la evolución histórica ha hecho tomar conciencia, como lo testimoniaban ya la *Quadragesimo Anno* y la *Mater et Magistra*, de otras dimensiones y de otras aplicaciones de la justicia social... Hoy el hecho de mayor importancia, decíamos es que la cuestión social ha adquirido proporciones mundiales".<sup>(18)</sup>

(17) JUAN PABLO II. "Centésimo Anus". 1.5. 1991, #14.

(18) PABLO VI. "Dimensión Social del Comportamiento Humano". Carta Apostólica. 14.5.71, #5.

## CULPABLE MIENTRAS NO PRUEBE SU INOCENCIA: PROBLEMAS DE NUESTRO SISTEMA JURIDICO

Jorge Arturo Quesada Pacheco, Ph.D.  
Sociolingüista, analista de discurso

SUMARIO:

Abstract

Síntesis

1. Introducción
2. El texto y su representación
3. Antecedentes
4. Los involucrados
5. La declaración del denunciante
6. El informe del OIJ al agente fiscal
7. Las inconsistencias
8. Versión del fiscal al Juez de Instrucción
9. La versión del imputado
10. Implicaciones
11. Conclusión
12. Bibliografía

ABSTRACT

This paper presents a linguistic analysis of a criminal case: stealing. It demonstrates, following Brown and Yule's (1983) discussion of text and its representation, that more than one text is created from the original presented by the plaintiff. Austin's (1962) explanation and classification of speech acts is also used to show how the texts presented here differ. This paper also argues that the creation of texts in cases like the one discussed here harms the defendant.

SINTESIS

Este artículo presenta un análisis lingüístico de un caso penal y demuestra, siguiendo la noción de texto y de su representación discutida por Brown y Yule (1983), que más de un texto es creado partiendo del original presentado por el ofendido. La explicación y clasificación de actos lingüísticos que expone Austin (1962) también se emplea para mostrar como los textos presentados aquí difieren. Este trabajo además argumenta que la creación de textos en casos como el que aquí se discute perjudica al imputado.

ABSTRACT

The paper presents a linguistic analysis of a criminal case regarding... following Brown and Yule's (1983) discussion of text and its... than one text is created from the original... Austin's (1962) explanation and classification of speech acts is used to show how the text presented here differs. This paper also argues that the creation of texts in cases like the one discussed here during the defendant...

SINOPSIS

Este artículo presenta un análisis lingüístico de un caso penal y demuestra... la noción de texto y de su representación discutida por Brown y Yule (1983), que más de un texto es creado a partir del original... La explicación y clasificación de los actos lingüísticos que propone Austin (1962) también se emplea para mostrar cómo se crean los textos en casos como el que aquí se discute: durante el interrogatorio al imputado.

9. El caso de la imputación
10. Implicaciones
11. Conclusión
12. Bibliografía

## 1. INTRODUCCION

En este artículo se discute, dentro del marco del análisis lingüístico de textos un caso de hurto agravado: desde la declaración del denunciante hasta la resolución dictada por el Juzgado Segundo de Instrucción.

Los objetivos de este trabajo son: 1) aplicar la noción de texto y de su representación a las declaraciones e informes presentados en este caso penal, siguiendo lo expuesto por los lingüistas Brown y Yule (1983). 2) Demostrar que en el hurto agravado que aquí se discute se crea más de un texto a partir de un original, constituido por la declaración del denunciante; para esto se recurrirá a la teoría de actos lingüísticos. 3) Mostrar que este tipo de creación de textos perjudica al acusado.

Primero discutiremos la noción de texto y cómo se representa. Luego presentaremos los antecedentes de este caso y los involucrados. Después analizaremos, en términos de actos ilocucionarios, la declaración del denunciante (el texto original), el informe del OIJ al Agente Fiscal y sus inconsistencias, la versión del Fiscal al Juez de Instrucción y la versión del imputado. Finalmente, presentaremos las implicaciones de casos como el que tratamos aquí y la conclusión.

## 2. EL TEXTO Y SU REPRESENTACION

Brown y Yule (1983:6) emplean el morfema "texto" como un término técnico para referirse al registro de un evento comunicativo. Partiendo de esta simple definición, tenemos que la declaración de un denunciante ante un organismo judicial constituye un texto, el texto original.

Sin embargo, el texto del declarante se hace en forma oral ante un secretario quien no posee el mínimo entrenamiento en la difícil tarea de *transcripción* de textos orales; es decir, no se le ha instruido en las formas más apropiadas de representar un texto. Esta deficiencia lleva al secretario a interpretar lo que se declara ante él, modificando, a veces sustancialmente, el evento comunicativo. El texto oral original se pierde porque no se graba y, por lo tanto, no hay manera de confrontarlo con lo que luego aparece en forma escrita.

Brown y Yule comentan que la noción de texto como un registro escrito es común en el estudio de la literatura y que generalmente suponemos que un

texto presentado en diferentes tipos de papel, tamaños de letra o tipos de impresión constituye un mismo texto. Como esto resulta muy superficial, consideran que es importante aclarar lo que se entiende por el "mismo" texto.

Para que un texto sea considerado el "mismo" es necesario reproducir las palabras, frases, cláusulas y oraciones en el orden que se dieron por consiguiente, el orden de los hechos que se relatan en el texto original debe ser el mismo que aparezca en su representación. Además, los segmentos paralingüísticos como la entonación, las pausas y el lenguaje enfático deberían aparecer en la representación del evento comunicativo. Esto nos lleva a otro problema: ¿cómo representar las pausas en la transcripción, si en el lenguaje oral nunca indicamos cuando se trata de una coma, punto y coma, punto y seguido o punto y aparte? A manera de experimento, sería importante presentar una declaración ante varios secretarios simultáneamente para descubrir si la transcripción (la representación del texto) es exactamente igual.

Para concluir este punto, haremos hincapié en que un texto es entonces el registro de un evento comunicativo: una declaración, una conversación, un debate, etc. Considerando que existen diferencias entre lo dicho y lo transcrito, podemos afirmar que la denuncia presentada ante el secretario es editada o modificada de algún modo por él, y por lo tanto, constituye un nuevo texto.

### 3. ANTECEDENTES

En una mañana de setiembre de 1989, el vehículo de un individuo rueda desde donde ha sido aparcado hasta el pequeño jardín de una vivienda, propiedad de una señora de edad avanzada. El vehículo, en este trayecto, destroza un pequeño muro de cemento que protegía el jardín. El sobrino de la anciana, quien se encontraba presente en el lugar del accidente, toma del vehículo una cartera tipo "maricona". Se hace el parte correspondiente al accidente, y a los días se resuelve en contra del dueño del vehículo a quien se le responsabiliza a cubrir el gasto de las reparaciones del muro. Sin embargo, el dueño del vehículo plantea una acusación contra el sobrino de la anciana por una supuesta sustracción de \$500 (quinientos dólares) de la cartera que se encontraba en el vehículo.

### 4. LOS INVOLUCRADOS

El dueño del vehículo es un individuo con pasaporte panameño y vecino de Alajuela. No existe más información sobre él en las declaraciones. Es él quien acusa y lo identificaremos como "el denunciante" o "declarante" u "ofendido" en el resto de este trabajo.

El individuo a quien hemos identificado como el sobrino de la anciana es un profesor universitario, vecino de San José y sin antecedentes penales. La declaración del denunciante señala al profesor universitario como el supuesto responsable de haberle sustraído \$500.00 que se encontraban en la maricona. De aquí en adelante identificaremos al profesor universitario como "el imputado".

La anciana, propietaria de la vivienda dañada, vecina de Alajuela, es la única testigo que rinde declaración ante el Juzgado Segundo de Instrucción de Alajuela. A ella la identificaremos como "la testigo".

### 5. LA DECLARACION DEL DENUNCIANTE

El párrafo siguiente muestra la transcripción de lo declarado por el denunciante ante la Delegación Regional de Alajuela del Organismo de Investigación Judicial.<sup>(1)</sup>

Hoy en horas del mediodía, al ser las 12, tuve un percance con mi vehículo en el taller de silenciadores Lalo... Resulta que accidentalmente se introdujo a una casa vecina, sin causar mayores daños materiales ni a ninguna persona, situación que aprovechó el señor "imputado" para sustraerme una cartera 'maricona' del vehículo y llevársela para el interior de la vivienda. Al rato después de haberse hecho las diligencias con el inspector de tránsito, me devolvió la cartera, pero sin la suma de \$500 (quinientos dólares), que portaba adentro el [sic] señor Juan, oficial de Tránsito de esta ciudad y sus dos compañeros, son testigos del momento en que "el imputado" me hizo entrega de dicha cartera; asimismo son testigos de este acto, el señor Pedro y Pablo, todos vecinos de esta localidad. No omito manifestar que el responsable de este hecho; es decir de la sustracción del dinero, digo supuesto responsable, lo es un sobrino del propietario de la propiedad donde se introdujo mi carro y según me informaron vive en San José...

Según Austin (1962) los hablantes al decir algo hacemos algo y a esto le llama actos lingüísticos. Sin embargo, esta definición es imprecisa, y el mismo Austin (1962:92) lo reconoce al afirmar que " 'doing something' is a very vague expression". Debe aclararse, entonces, de qué manera al producir un enunciado

(1) Los nombres de establecimientos comerciales y de personas que se mencionan en las declaraciones han sido cambiados para proteger su identidad.

hacemos algo. Austin propone clasificar eso que hacemos, en tres tipos de actos lingüísticos locucionarios, ilocucionarios y perlocucionarios. El acto locucionario equivale a la producción de un enunciado con cierto sentido y referencia "which again is roughly equivalent to 'meaning' in the traditional sense" (p. 109) En esa misma página, Austin explica que un acto ilocucionario es como el de 'advertir', 'informar' y 'amenazar', "utterances which have a certain (conventional) force". Cada acto ilocucionario está asociado con *la fuerza* del enunciado; esto permite que se pueda expresar con un verbo performativo. Un verbo de este tipo es aquel que al anunciarse hace que un determinado acto se considere ejecutado. Por ejemplo, en un bautizo, hasta tanto la persona apropiada no pronuncie la frase clásica "Yo te bautizo..." no se considera que la persona, a quien se ha llevado a la ceremonia religiosa para ese fin, esté bautizada. Ahora, regresando a la fuerza del enunciado, podemos explicar este concepto por medio de un ejemplo. El enunciado a) no tiene un verbo performativo.

a) Te pago mañana. Sin embargo, la fuerza de a), que no constituye una descripción sino una promesa, se puede expresar explícitamente con el verbo performativo 'prometer' como se aprecia en b).

b) Te *prometo* que te pago mañana. Según esto, todos los enunciados se podrían parafrasear usando un verbo performativo. Finalmente, un acto perlocucionario lo describe Austin como el efecto causado al decir algo: convencer, persuadir y hasta sorprender.

Siguiendo esta teoría, haremos una lista de los actos ilocucionarios, tomando en cuenta la fuerza de cada enunciado, realizados por el denunciante, éstos los extraeremos de la transcripción de su declaración.

1. *Afirma* que tuvo un percance con su vehículo.
2. Califica el percance como un accidente.
3. *Afirma* que el vehículo se introdujo a una casa.
4. *Afirma* que:
  - a) El imputado se aprovecha del accidente;
  - b) El imputado le sustrae una cartera tipo maricon;
    - c) Se hicieron diligencias con el inspector de Tránsito;
    - d) Después de las diligencias, el imputado le devuelve la cartera;
    - e) El imputado no le devuelve \$500.00 que estaban en la cartera. (Aquí hay otro acto lingüístico implícito: la afirmación de que existía esa suma en la cartera).
5. *Afirma* que tres oficiales de Tránsito y dos vecinos son testigos del momento en que el imputado le entrega la cartera.

6. *Declara* que el supuesto responsable de la sustracción del dinero es el sobrino del propietario de la propiedad donde se introdujo su carro.
7. *Asevera* que su carro se introdujo en la propiedad mencionada en 6.

La mayoría de los actos ilocucionarios del declarante constituyen una afirmación o aseveración, mientras que sólo uno es una descripción. Esta lista sería prácticamente la misma si dividiéramos la declaración en tópicos siguiendo la definición de Brown y Yule (1983) o si utilizáramos el tópico como unidad de análisis (Shuy 1982).

Aplicando esta misma teoría de actos lingüísticos, examinaremos, en el siguiente apartado, el informe que presenta el OIJ al Agente Fiscal.

## 6. EL INFORME DEL OIJ AL AGENTE FISCAL

Veinte días después de la declaración del denunciante, el imputado, atendiendo una cédula de citación, se presenta ante la oficina del OIJ en los Tribunales de Justicia de Alajuela. Ese día el imputado fue encarcelado.

El texto preparado por el OIJ y dirigido al Agente Fiscal se presenta a continuación.

En relación a la causa por el supuesto delito de *Hurto* en perjuicio de "el denunciante" y en contra del presunto imputado... Hecho ocurrido en Alajuela, le informamos:

*DILIGENCIAS POLICIALES:* A las 13:30 del (se indica fecha), se presentó a este Despacho el Sr. "denunciante", pasaporte... y vecino de Alajuela... quien bajo la denuncia # 0000, manifestó que ese día en horas del mediodía, tuvo un percance con su vehículo en las cercanías del Taller de Silenciadores... donde el mismo en forma accidental se introdujo dentro de una casa. Situación que fue aprovechada por una persona de nombre... para sustraerle una cartera tipo 'maricon', que estaba en el interior del vehículo. Agregó que rato después de haberse presentado el Inspector de Tránsito a realizar las diligencias, esta persona le devolvió su maricon, pero son [sic] la suma de \$500.00 [sic] dólares, que estaban dentro de la misma. Indicó que sobre el particular existen varios testigos que observaron en el momento que le fue devuelta la cartera.

Entrevistados los *Inspectores de Tránsito* que se hicieron presentes al lugar de los hechos y otros *testigos presenciales*,

*afirmaron haber visto al joven "imputado" en el momento que sacó del interior del vehículo, la maricon dicha y se la llevó hacia [sic] el interior de la vivienda.*

Localizado el presunto *imputado*... negó los cargos e indicó que rendirá su declaración en el momento que se apersone su abogado.

**PRUEBA DOCUMENTAL:** Denuncia y fotocopia del pasaporte y parte de Tránsito.

**PRUEBA TESTIMONIAL:** Citar a *Pablo*, céd. 0000, vecino de Alajuela..., casa # 00; la *testigo*, vecino [sic] de esta Ciudad...; *Pedro*, localizable por medio del ofendido y los Inspectores de Tránsito Sres. *Juan, José, y Jacinto*, todos localizables en la Policía de Tránsito de Alajuela.

**PRESUNTO IMPUTADO**... céd. 0000, hijo de Fulano y Sutana, vecino de San José... quien es presentado a su Despacho con este informe, quedando a su orden.

**DERECHO:** Las diligencias se fundamentan en los artículos 44 y 166 del Código de Procedimientos Penales y artículos 3-4 de la Ley Orgánica del OIJ. (Firman el documento un Oficial, un Investigador y el Jefe a.i., de la OIJ de Alajuela).

Este informe está enmarcado dentro de un único acto ilocucionario: el de informar: "le informamos". Sin embargo, el texto es presentado como un informe que contiene dos partes: 1) lo aportado por el texto del denunciante y 2) lo que el OIJ ha logrado descubrir por sus propios medios. Lo primero se resume en a).

- a) Lo que relató el denunciante;

La segunda parte del informe contiene los puntos de b) a f).

*Informa sobre:*

- b) Una entrevista hecha por alguien a quien no se especifica;
- c) Lo afirmado por los Inspectores de Tránsito y otros testigos presenciales: *haber visto al joven "imputado", en el momento que sacó del interior del vehículo, la maricon dicha y se la llevó hacia [sic] el interior de la vivienda.*

- ch) La prueba documental que consideraron: Denuncia y fotocopia del pasaporte y parte de Tránsito;
- d) La prueba testimonial que intentaban recolectar: Citar a tres personas particulares y a los Inspectores de Tránsito;
- e) La detención del imputado: "Es presentado a su Despacho con este informe, quedando a su orden".
- f) Los artículos en que fundamentaron sus "diligencias".

Aunque el texto del OIJ se presenta como un simple informe, es importante notar que existen otros actos lingüísticos implícitos. Esto confirma el comentario de Brown y Yule (1983-233), "Desde la perspectiva del hablante, varias oraciones juntas pueden constituir un acto lingüístico... Por otro lado, un enunciado puede realizar varios actos simultáneos". Entonces, el OIJ, desde su perspectiva, presenta la globalidad del texto como un solo acto lingüístico que en este caso hemos identificado como el acto ilocucionario de informar. Sin embargo, en el punto b) el acto lingüístico de afirmar está presente: se afirma que una entrevista fue realizada. Del mismo modo en el punto c) se afirma que los Inspectores de Tránsito y otros testigos presenciales hicieron algo: afirmaron haber visto al imputado sacar la cartera del interior del vehículo. La clasificación del texto del OIJ en términos de actos ilocucionarios demuestra que se trata de un texto diferente del presentado por el denunciante: estos actos difieren considerablemente de un texto al otro: ninguno de los que aparecen entre b) y f) inclusive se pueden rescatar del texto del ofendido.

Además de las diferencias entre los textos, existe otra serie de problemas, en el texto del OIJ, que discutiremos en la siguiente sección bajo el subtítulo 'las inconsistencias'.

## 7. LAS INCONSISTENCIAS

En primer lugar, el texto señala que la causa que se sigue es el *supuesto* (destacado mío) delito de HURTO, y en contra del *presunto* (destacado mío) imputado. A pesar de indicar con estos adjetivos que se trata de una conjeturas de una hipótesis que debe ser probada, el OIJ actuando precipitadamente y en forma contradictoria detiene al imputado. Precipitadamente, porque sin contar con una declaración de los testigos, ni con la indagatoria del imputado, o sea con información parcial e incompleta, decide enviar al acusado a prisión.<sup>(2)</sup> En forma contradictoria, porque ha presentado el hecho como un supuesto, pero lo evalúa

(2) Este hecho convierte al acusado en individuo culpable hasta tanto no pruebe que es inocente.

como un hecho comprobado. El denunciante mismo ha declarado, "No omito manifestar que el responsable de este hecho; es decir de la sustracción del dinero, digo *supuesto* (destacado mío) responsable lo es...". Es obvio, entonces, que hasta ahora se trata de una hipótesis y no de un hecho comprobado. Entonces, ¿cuál es la razón fundamental para encarcelar al imputado?

En segundo lugar, en la versión del denunciante, un oficial de Tránsito es explícitamente señalado como testigo de que el imputado hizo entrega de la cartera. También nombra, el mismo denunciante, a otros dos testigos.

El señor Juan, oficial de Tránsito de esta ciudad y sus dos compañeros, son testigos del momento en que "el imputado" me hizo entrega de dicha cartera; asimismo son testigos de este acto, el señor Pedro Rojo y Pablo Azul, todos vecinos de esta localidad.

Sin embargo, el texto del OIJ informa que el denunciante,

Indicó que sobre el particular existen varios testigos que observaron en el momento que le fue devuelta la cartera.

En esta versión "oficial" la identificación de los supuestos testigos se pierde. Estas innovaciones en la transcripción de los hechos denunciados originan un nuevo texto que difiere del original. Si analizamos el contenido proposicional de las dos versiones tenemos lo siguiente.

En la versión del denunciante,

- 1) Juan, Pedro y Pablo, vecinos de esta comunidad, son testigos.

En la versión del OIJ,

- 2) Hay varios testigos.

Lo expresado en 1) es específico; lo apuntado en 2) es vago, demasiado general y hasta gramaticalmente indefinido: 'varios'; esto equivale al artículo indefinido 'unos'. La interpretación de la frase compuesta por los sustantivos (nombres propios) 'Juan, Pedro y Pablo', nunca será la misma que se le dé a la frase nominal modificada por el adjetivo 'varios' por su carácter indefinido. Además, este adjetivo puede evocar diversos significados: muchos, un grupo considerable (más de tres), cinco, etc. interpretado como una referencia a tres personas únicamente.

Además, la versión del OIJ agrega:

Entrevistados los *Inspectores de Tránsito* que se hicieron presentes al lugar de los hechos y *otros testigos presenciales*, afirmaron *haber visto al joven "imputado", en el momento que saco del interior del vehículo, la maricona dicha y se la llevó hacia [sic] el interior de la vivienda.*

Este extracto del informe es trascendental. Si tanto los inspectores como los testigos presenciales fueron entrevistados, ¿por qué no existe declaración de ellos como testigos? Además, la forma impersonal usada en la redacción del informe nos lleva a preguntar, ¿entrevistados por quién? luego, ¿afirmaron ante quién?; finalmente, ¿cómo se produjo esa afirmación, como respuesta a una pregunta, a una insinuación, o simplemente como parte de un comentario, sin aportación de pruebas, en una conversación informal fuera de los tribunales? La brecha entre el texto del denunciante y el del OIJ continúa creciendo. El denunciante dice,

El señor Juan, oficial de Tránsito de esta ciudad y sus dos compañeros, son testigos del momento en que "el imputado" me hizo entrega de dicha cartera;

El principal acto ilocucionario en esta parte del texto consiste en una afirmación sobre la presencia de testigos cuando la cartera es devuelta al ofendido.

Sin embargo, el texto del OIJ presenta información nueva que atribuye a los *supuestamente* entrevistados.

Afirmaron *haber visto al joven "imputado", en el momento que sacó del interior del vehículo, la maricona dicha y se la llevó hacía [sic] el interior de la vivienda.*

Aquí el auto ilocucionario consiste en informar que los testigos quienes nunca llegaron a declarar) *afirmaron* haber presenciado dos hechos: 1) la sustracción de la cartera y 2) la introducción de ésta en la vivienda (por parte del imputado).

Es importante resaltar que ni el mismo denunciante pudo atestiguar que hubiera *visto al imputado momento de sacar la maricona del vehículo*. Prueba de esto es su misma declaración donde reconoce que el imputado es el responsable hipotético, "el *supuesto* (destacado mío) responsable".

Otra inconsistencia del texto mismo del OIJ consiste en decir: "Al rato después de haberse presentado el Inspector de Tránsito a realizar las diligencias,

esta persona le devolvió su mariconá. Esto implica que los inspectores debieron trasladarse al lugar del percance porque obviamente no estaban en el lugar del accidente en el momento cuando ocurrió. Entonces, ¿cómo hicieron para ver al imputado sacar la mariconá del vehículo?

No sólo altera esta parte del informe el orden cronológico de los hechos conforme los relata el denunciante, sino que está claro, en la denuncia, que lo afirmado por los supuestos testigos es haber visto el momento en que se realiza la devolución de la mariconá, no la sustracción (ver acto ilocucionario 5 de la declaración del ofendido y c) del informe).

Ahora analizaremos lo que "prueban las pruebas" aportadas en el informe del OIJ?

- 1) **PRUEBA DOCUMENTAL:** Denuncia y fotocopia del pasaporte y parte de Tránsito.

Esto únicamente verifica que existe una denuncia, pero no aporta nada a favor del contenido proposicional más importante de la declaración y sobre el cual se basa el caso: el hurto de quinientos dólares. También prueba que el denunciante es de origen extranjero, si la fotocopia ha sido confrontada con el original y se acepta como un documento auténtico.

- 2) **PRUEBA TESTIMONIAL:** Citar a Pablo, céd. 0000, vecino de Alajuela..., casa # 00; la "testigo" vecino [sic] de esta Ciudad...; Pedro, localizable por medio del ofendido y los Inspectores de Tránsito Sres. Juan, José, y Jacinto, todos localizables en la Policía de Tránsito de Alajuela.

Esta parte del texto constituye evidencia irrefutable de que no ha habido declaración de testigo alguno; la prueba consiste en *citar a los testigos*. Siendo este el caso, ¿dónde se ubica la supuesta entrevista a los inspectores de Tránsito y a "los otros testigos presenciales" que afirman haber presenciado al imputado tomar la mariconá del vehículo? Además, es válido preguntarse, ¿por qué una entrevista y no una cédula de citación para que rindan declaración jurada? ¿Se le puede dar el mismo valor legal a una "entrevista" y a una declaración jurada y firmada?

Antes de finalizar esta sección del trabajo, podemos concluir que se ha demostrado que 1) el texto del OIJ es inconsistente y 2) se ha creado un nuevo texto por que no constituye una representación (según Brown y Yule) del presentado por el denunciante: el informe del OIJ contiene más, y diferentes, actos ilocucionarios.

Ahora examinaremos el texto del Agente Fiscal.

## 8. VERSION DEL FISCAL AL JUEZ DE INSTRUCCION

Hemos afirmado que el texto de la declaración del denunciante difiere del presentado por el OIJ ante el Agente Fiscal.

En esta parte del análisis, argumentaremos que el Agente Fiscal, al tramitar el caso, crea otro contexto y por lo tanto, otro texto. Un extracto del Requerimiento de Instrucción Formal presentado por el Agente al Juez se presenta en las siguientes líneas.

Que el (se indica la fecha) del año en curso, sin que se precise la hora exacta pero como al mediodía, el aquí ofendido "denunciante" tuvo un percance con su vehículo al introducirse con el mismo en una casa de habitación cerca de los... de esta ciudad, situación que aprovechó el aquí imputado... para sustraerle una cartera tipo mariconá del interior del vehículo.

Que momentos después el aquí imputado... hizo entrega al ofendido... de dicha cartera pero apoderándose ilegítimamente de la suma de quinientos dólares que están dentro de la misma.

Este texto difiere de los dos primeros: el del denunciante y el del OIJ por tres razones importantes.

La primera es que ya no existe duda de la culpabilidad del imputado; dejó de ser el *supuesto* (este adjetivo es eliminado) responsable; esto implica que no se trata de un *supuesto* hurto sino que realmente estamos frente a un hurto, definitivo, sin lugar a dudas.

La primera razón nos conduce a la segunda. No sólo se elimina la situación hipotética de un hurto y de una persona específica como responsable. Se le acusa en forma explícita de haberse apoderado ilegítimamente de quinientos dólares. Estas descripciones están ausentes en los textos hasta ahora examinados.

Que momentos después el aquí imputado... hizo entrega al ofendido... de dicha cartera pero apoderándose *ilegítimamente* (destacado mío) de la suma de quinientos dólares que estaban dentro de la misma.

La tercera razón por la que se considera que el texto, en su contenido proposicional, difiere de los dos anteriores consiste en un cambio del contexto en que ocurrieron los supuestos hechos.

El aquí ofendido “denunciante” tuvo un percance con su vehículo al introducirse *con el mismo* (destacado mfo) en una casa de habitación cerca de los... de esta ciudad, situación que aprovechó el aquí imputado... para sustraerle una cartera tipo maricona del interior del vehículo.

Según este texto, 1) el denunciante se encontraba dentro del vehículo cuando éste (el vehículo) se introdujo en la casa de habitación: “*al introducirse con el mismo*” y 2) esta situación fue la que aprovechó el imputado para sustraerle al ofendido la cartera tipo maricona. Sin embargo, una comparación de los actos ilocucionarios identificados en el texto del denunciante con los del texto presentado por el Agente Fiscal nos muestra claramente las diferencias.

Según el texto original, el denunciante

1. *Afirma* que tuvo un percance con su vehículo.
2. *Califica* el percance como un accidente.
3. *Afirma* que el vehículo se introdujo a una casa.

El acto ilocucionario 3 difiere del presentado por el texto del Agente Fiscal.

*Afirma* que el denunciante *se introduce con su vehículo* en una casa de habitación.

De manera que en este texto, el Fiscal introduce un protagonista dentro del vehículo. Esto varía no sólo el texto y crea otro, sino que también crea otro contexto. Porque no es lo mismo tomar un objeto de un vehículo que ha sido dejado solo, que de uno donde se encuentra el chofer quien ha tenido un accidente.

De manera que el contexto presentado por el Agente Fiscal, difiere del expuesto por el denunciante y el OIJ.

Examinemos ahora la versión del imputado.

## 9. LA VERSION DEL IMPUTADO

Al día siguiente de estar encarcelado el imputado, el abogado defensor se presenta al Juzgado y se le inicia la indagatoria a su cliente, quien ha sido llevado para ese propósito a los calabozos de los Tribunales.

En su versión de los hechos, el imputado describe la situación del accidente.

Un vehículo particular se introdujo hacia atrás en la propiedad destrozando totalmente un mundo [sic] (muro) de cemento sin mayor perjuicio para el automóvil.

Además, de acuerdo con la declaración del imputado,

Había varios mirones los cuales al ser interpellados por mí, respecto sobre la propiedad del automóvil, negaron esa, no aparecía dueño del vehículo, lo cual me llenó de incertidumbre.

Este es un dato importante que se opone a la versión del Agente Fiscal quien afirma que el denunciante se introdujo *con* el vehículo a la casa de habitación.

Ante la aparente ausencia del dueño del vehículo, el imputado declara qué lo condujo a actuar como lo hizo.

Mi sentido común me dictó que en esas circunstancias la única manera viable... para garantizar la presencia de dueño alguno del vehículo, era tomar una maricona que se encontraba dentro del vehículo que había penetrado dentro de la propiedad de mi tía. Tomé la maricona y de inmediato se la dí a mi angustiada tía acompañado de las siguientes palabras “tégala aquí hasta que venga [sic] los oficiales de Tránsito”. En el momento mismo que entregaba la maricona a mi tía aparece una persona quien afirmó ser el dueño del vehículo y que a la postre resultó ser el aquí denunciante, le hace saber que mi tía se encontraba en posesión de su maricona la cual se la devolvería una vez que se apersonaran los oficiales de Tránsito.

En primer lugar, el imputado aclara cuál fue el motivo de su reacción: garantizar la presencia de su dueño.

En segundo lugar, el imputado afirma que inmediatamente después de tomar la maricona se la entrega a su tía; la única testigo que se presentó a los tribunales a declarar que ella fue quien la entregó. Según el imputado, es en este momento cuando el denunciante se hace presente y el imputado aprovecha para indicarle que le ha entregado la maricona a la tía y que le será devuelta una vez que se presente el Oficial de Tránsito. Si esta afirmación es verídica (lo cual no le compete a este autor demostrarlo), el Tránsito no estaba en el momento del percance; esto crea la duda de que realmente pudieran haber visto al imputado tomar la maricona, además contradiría el informe del OIJ.

El texto producido por la indagatoria del imputado, del cual hemos tomado algunos extractos, muestra otra perspectiva de los hechos. Esto demuestra lo apuntado por O'Barr (1982), que no todas las versiones que se presentan en un juicio son iguales; algunas son contradictorias y no todas pueden ser la versión correcta. También indica ese autor que el papel del jurado, o de un juez, o de un tribunal, consiste en decidir a quién creerle y cuál de los testimonios acoger. Pareciera, entonces, que el OIJ en este caso específico se atribuyó la potestad de juez y encontró al imputado culpable (sin aportación de pruebas y sin escuchar otras versiones) y decidió encarcelarlo.

Consideramos que hubo un error de procedimiento serio y una apresurada e irrazonable acción por parte del OIJ. Cometieron un atropello al actuar sin escuchar la versión del imputado y sin fundamentar sus "pruebas". En este sentido, el imputado tiene razón al declarar,

Deseo manifestar mi sorpresa e indignación tanto por la denuncia en mi contra como por el trato de que he sido objeto. Esto por cuanto por medio de una cédula de citación se me convida como testigo a una declaración sumaria y de inmediato se procede a mi detención privándome de mi derecho de libertad siendo excesivo de que la misma no era necesaria para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley.

En cuanto a la devolución de la cartera tipo maricona, el denunciante afirma que a él se la devolvió el imputado. Según el imputado, lo hizo la testigo, su tía. Según la testigo, ella misma lo hizo como se puede apreciar en su declaración.

Como la puerta del vehículo estaba abierta mi sobrino cogió una maricona que estaba dentro del mismo y me la dio a mí mientras lograba hacer que llegaran las autoridades del Tránsito... aclaro fui yo quien le entregué la maricona delante de dos oficiales del Tránsito al aquí ofendido.

El testimonio de la testigo hace hincapié en tres aspectos importantes. 1. Que los Oficiales de Tránsito no estaban presentes cuando el imputado tomó la maricona. De nuevo, esta afirmación contradice el informe del OIJ que afirma que los Inspectores de Tránsito y otros testigos presenciales, entrevistados por alguien, afirmaron haber visto al imputado, "en el momento en que sacó del interior del vehículo la maricona dicha". 2. Que fue la testigo, y no el imputado, quien entregó la maricona al denunciante. 3. Que el imputado no se llevó la maricona para hacer la llamada telefónica, pues él la tomó y se la entregó a la testigo antes de buscar un teléfono público.

Al no existir ninguna otra declaración de testigos, queda sin fundamento la versión del OIJ en su informe al Agente Fiscal.

Al día siguiente de haber sido encarcelado el imputado, su abogado defensor solicita ante el Juez la excarcelación de su cliente. En dos ocasiones la solicitud es rechazada. El proceso continúa con la indagatoria del imputado, dándole validez a toda la documentación presentada. Una vez que el Juez revisa el testimonio aportado por el imputado, se concede la excarcelación.

Catorce días después de su excarcelación, se dicta Falta de Mérito en favor del imputado.

Dieciséis meses después se cierra el caso, con la sentencia del Juez, que en parte dice:

El estado del proceso no fue modificado en modo alguno, puesto que no se recibió con posterioridad a ese pronunciamiento ningún tipo de prueba, por lo que ahora procede dictar Sentencia de Sobreseimiento a favor..." (del imputado).

La sentencia demuestra lo que se puede haber sospechado a lo largo de este análisis: 1) Que el OIJ no tenía *pruebas* que justificaran la detención y encarcelación del imputado y 2) Que no existió declaración alguna de testigos que afirmaran lo que el OIJ dice que afirmaron.

Es importante hacer resaltar que el Juez, en el apartado "Resultando" de la Sentencia de Sobreseimiento, también escribe que el denunciante, "tuvo un percance con su vehículo al introducirse *con el mismo* (destacado mío) en una casa de habitación. En otras palabras, replica el acto ilocucionario que aparece en texto del Agente Fiscal.

## 10. IMPLICACIONES

El análisis de este caso revela implicaciones serias. Una es que cualquier persona víctima de una denuncia puede ser privada de su libertad, sin habersele probado nada, tenga o no antecedentes penales, sin declaración jurada y firmada por testigos, y sin haber sido sorprendido *in fraganti*. Esto quiere decir que un individuo se convierte en culpable, cuando alguien presenta una denuncia en su contra, hasta que no pruebe su inocencia.

La otra implicación, tan seria como la primera es que un inocente puede "ser conducido a la culpabilidad" a partir de una sospecha, mediante la creación de diferentes textos y contextos por parte de "nuestros administradores de la Justicia".

Una tercera implicación es que los textos que se presentan en nuestros Tribunales no se analizan. Esto permite que el proceso legal continúe sin que sus lectores cuestionen la coherencia del texto y sin prestar atención a las contradicciones que los textos quedan presentar. Mientras tanto, un individuo puede desperdiciar, injustamente, parte de su vida en una celda hasta que no pruebe que es inocente.

## 11. CONCLUSION

Hemos analizado en este artículo un caso de Hurto Agravado partiendo de la declaración del denunciante y finalizando con la resolución dictada por el Juzgado Segundo de Instrucción. Se ha empleado la noción de texto y de su representación según los lingüistas Brown y Yule (1983) para demostrar que en el caso que aquí se ha discutido se creó más de un texto a partir de uno original, constituido por la declaración del denunciante. Para demostrar las diferencias entre los textos se recurrió al concepto de actos lingüísticos expuesto por Austin (1962). También se ha argumentado que este tipo de creación de texto perjudica directamente al acusado.

## 12. BIBLIOGRAFIA

- Austin, J. L. 1962. *How to do Things with Words*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Brown, Gillian y George Yule. 1983. *Discourse Analysis*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Langacker, Ronald W. 1973. *Language and its Structure: Some Fundamental Linguistic Concepts*. New York: Harcourt Brace Jovanovich, Inc. Segunda edición.
- Levinson, Stephen C. 1953. *Pragmatics*. Cambridge: Cambridge University Press
- O'Barr, William. 1952. *Linguistic Evidence: Language, Power, and Strategy in the Courtroom*. New York: Academic Press.
- Searle, John R. 1969. *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Shuy, Roger 1951. Topic as the Unit of Analysis in a Criminal Law Case. *Analyzing Discourse: Text and Talk*. Georgetown University Round Table on Languages and Linguistics. Deborah Tannen, editor.

## CONCESION DE OBRA PUBLICA

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez(\*)

Catedrático

Investigador del Instituto  
de Investigaciones Jurídicas

Profesor de Derecho Administrativo; y

Derecho Económico Internacional

(\*) Fax (506) 234-2723.

## SUMARIO:

1. Resumen
2. Abstract
3. Introducción
4. Definición
5. Objetivo
6. ¿Quiénes pueden dar concesiones?
7. Impacto ambiental
8. Muelles, aeropuertos, ferrocarriles
9. Plazo de la concesión
10. Licitación pública
11. Reglamento de la contratación administrativa (RCA)
12. Prestación del servicio
13. Extinción de la concesión
14. Rescate
15. Caducidad de la concesión
16. Reglamento
17. Vigencia de la ley
18. Intentos de reforma a la ley No. 7329
19. Contraloría General de la República
20. A modo de conclusión
21. Breve glosario
22. Bibliografía
23. Anexo: Ley de concesión de obra pública

## 1. RESUMEN

Nuestro país cuenta con una Ley de concesión de obra pública, resultado de los vientos de privatización y del neoliberalismo oficial.

En esta investigación haremos un análisis de esta normativa y de aspectos anexos.

## 2. ABSTRACT

To concede the construction and exploitation of public infrastructure to particular companies of local or international capital approved by the Law No. 7329, which has been in vigeny since the 9 th. of february of 1993, is part of the process of privatization and economic neoliberal criteria imposed to the country by the International Financial Organisms (IFO).

In this game of foreigner interests, the costarrican people suffers the negative consequences of those gubernamental politics.

## 3. INTRODUCCION

El oficialismo impulsó esta nueva legislación sobre la concesión de obra pública favorecer la tendencia privatizadora impuesta por los organismos financieros internacionales. Así, esta ley tuvo una tramitación muy rápida en la Asamblea Legislativa lo cual contrasta con cientos de proyectos de ley, de interés nacional que nunca llegan a ser leyes o terminan en los archivos.

## 4. DEFINICION

La concesión de obra pública es un *contrato administrativo* por el cual el Estado le da al particular por un plazo dado la explotación de una obra pública, construida por la Administración Pública o por el sector privado a cambio de una pactada cantidad de dinero (tarifa o peaje) que pagaran las personas (usuarios) que utilicen la obra.

La concesión (el dar) por el lado de la Administración Pública significa un acto por parte de ella. Cuando el Estado negocia con un particular y le da esta clase de concesión bajo un determinado cartel o pliego de condiciones se

configura el *contrato de concesión de obra pública*. (Cf. entre otros, Enrique Sayagues Laso, Tratado de Derecho administrativo, T. II, ed. Martín Bianchi, Montevideo, 1959, pp. 119 y ss.; Osvaldo Máximo Bezzi, *El contrato de obra pública*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982, pp. 383 y ss.).

El artículo 1 de la Ley General de concesión de obra pública (*en adelante LC*) define la citada concesión como un instituto de derecho público mediante el cual el Estado encarga a una persona la ejecución de una obra y le transmite, temporalmente, los poderes jurídicos necesarios para que la explote, por medio del pago de una contraprestación o *tarifa* que abonarán los *usuarios*, con la autorización, control y vigilancia de la Administración Pública, pero por cuenta y riesgo del concesionario.

La Ley No. 7329 (Gaceta del lunes 15 de marzo de 1993, No. 51) (Cf. *infra* anexo) llamada Ley general de concesión de obra pública (*en adelante ley de concesión LC*) define esta figura jurídica como el *instituto* jurídico de Derecho público mediante el cual el Estado encarga a una persona la ejecución de una obra y le transmite, temporalmente, los poderes jurídicos necesarios para que la explote, por medio del pago de una contraprestación o tarifa que abonarán los usuarios, con la autorización, control y vigilancia de la Administración Pública, pero por cuenta y riesgo del concesionario (*artículo 1*).

Lo que define a la concesión de obra pública es su naturaleza de *contrato*. Instituto es una aceptación genérica en el campo del Derecho, así se habla de institución o de instituto jurídico. Pero, en el caso concreto, lo específico o concreto (en la concesión de obra pública) es su índole *contractual*. Ello se explica porque en el proyecto de ley de enero de 1992, artículo 1, no se hacía una definición de este contrato (Cf. expediente No. 11.344, Comisión de asuntos jurídicos, Asamblea Legislativa).

También debe consultarse en este sentido de apoyo al capital transnacional y a intereses foráneos un documento que circuló entre los grupos privatizantes bajo el título *mueble privado* y de fecha 29 de abril de 1992, cuyo objetivo era apoyar esos intereses privatizadores y neoliberales financiados por organismos radicados en suelo nacional pero alimentados con fondos extranjeros (OFI). Así, se explica la rapidez con la que una asamblea legislativa—lenta e ineficiente—, aprobó con una velocidad inusitada este proyecto de ley. Esto es congruente con lo que este poder público ha venido haciendo durante la década anterior en la cual fueron aprobados proyectos de ley sobre ajustes estructurales e imposiciones legales de dichos organismos financieros internacionales (OFI)—v.gr. “modernización de la banca” léase privatización de la banca estatal y robustecimiento de la banca privada—.

Lo interesante es que para las elecciones de 1994, las palabras *neoliberalismo* y *privatización*, fueron desechadas del discurso de los dos

partidos mayoritarios porque les quitaba votos dado el rechazo popular a esas políticas que durante años (desde 1982, en forma permanente), se aplicaron a nuestro país. También los OFI han eliminado seguir con ese discurso, aunque sí con los ajustes, pero han propuesto reformas en el campo social (salud, educación, vivienda, etc.) ante el fracaso y perjuicios que las políticas neoliberales le han causado a la mayoría no solo del pueblo costarricense, sino asimismo de la sociedad latinoamericana; eso sí, aumentando la riqueza para los que son ricos (crecimiento económico) y ampliando las capas sociales sumidas en la pobreza (descenso pronunciado del desarrollo económico y social).

En la redacción del proyecto de julio de 1992, se decía en su artículo 1 que la concesión de obra pública es un acto de derecho público. Cabalmente, en un debate por televisión celebrado en Canal 7, (3 de agosto de 1992) con uno de los diputados de la citada comisión legislativa hice ver que el artículo 1 debía redactarse en el sentido que la concesión de obra es un contrato de derecho público (de los conocidos como *contrato administrativo*). Por esta razón en el siguiente proyecto se le cambió la redacción por la actual de dicha concesión es un instituto de derecho público. (Cf. folleto de CINDE de setiembre de 1993 sobre esta ley, p. 5, San José).

La premura y confusión de los que han impulsado este proyecto político de privatización neoliberal en contra del país y de los costarricenses, ha llegado a sostener que esta privatización está inspirada en “un ánimo patriótico de bien público” (folleto de CINDE, cit. p. 9). Lo cierto es que con dineros de organismos financieros internacionales se ha financiado la campaña para impulsar esta ley, mesas redondas o paneles y “dictámenes” pagados en apoyo a esta legislación privatizadora y extranjerizante (cf. dictamen enviado al sub-jefe OPS-US/AID por Fiduciaria de Inversiones Transitorias S.A., FINTRA, fondo en fideicomiso proyecto Codesa, de fecha 6 de noviembre de 1991).

Es ridículo que los redactores del reglamento de esta ley (ver análisis *infra*), por ejemplo, lleguen a la “conclusión” para redactar un reglamento lleno de errores y horrores jurídicos que “el término *obra pública* es un concepto poco preciso, cuya definición podría limitar la cobertura de los proyectos por concesionar” (cf. documento enviado por el MOPT, con fecha 9 de setiembre de 1995, a la Contraloría General de la República, *en adelante* Contraloría).

Ese concepto “poco preciso” tiene, por lo menos 400 años de ser tratado, estudiado y analizado. Dentro del campo de la contratación administrativa (cf. nuestro libro *Contratos del Estado*, San José, UNED, 1993), el primer contrato que es analizado (porque es el primero que históricamente aparece en escena) es cabalmente el de *obra pública*. Entre otros, Pedro Melgarejo en 1647—Madrid— daba esta información en su libro *Compendio de contratos públicos*. Es una observación ignorante venir a decir en el umbral del Siglo XXI que el concepto de *obra pública* es “poco preciso”.

## 5. OBJETIVO

El objetivo o el fin de esta ley es la privatización de muelles y de obras públicas, entregando la construcción y el cobro de tarifas en manos del sector privado extranjero y nacional.

En la realidad quedará en nada lo que el artículo 2 de la ley afirma, la Administración concedente (–el Estado–) mantendrá el derecho de propiedad de la obra pública y la titularidad en la prestación del servicio público.

Así se dice en el documento *supra* (OPS-USA/AID del 6 de noviembre de 1991, en adelante OPS):

“Se plantea la necesidad de construir un muelle en donde el dueño y administrador será una empresa privada o una corporación que represente intereses privados, en la vertiente atlántica, para la exportación bananera e importación de lo necesario para esa actividad del banano”.

Se trata de “construir un puerto de altura en el litoral atlántico, que será privado, porque dará servicios únicamente a una entidad para un número limitado de artículos, con entera exclusión del público” (documento OPS, cit., p. 1.).

Las “conclusiones” a que llegó este dictamen remitido a OPS-US/AID citado, fueron:

- \* Que sí hay posibilidad legal de planear, construir y administrar un muelle privado en el litoral atlántico, con controles y reglamentaciones del Estado.
- \* Siempre es mejor, por el elevado costo que implica el diseño, y construcción de un muelle, mantener una concesión otorgada directamente a través de una ley especial, que regule todo el proceso de diseño, construcción y administración del muelle y que modifique a favor de la empresa privada, sea nacional o extranjera, las leyes de JAPDEVA, el MOPT y zona marítimo terrestre, siendo este medio el más estable y quizás favorable para tal proyecto de la citada construcción y administración del muelle privado (cf. documento, *idem.*, pp. 52 a 55).

Precisamente, por ello es que se explica que la influencia para configurar esta ley vino de México, en donde el Derecho público está rezagado por el sistema político cerrado (la dictadura del PRI durante 65 años). Esto también es lamentable, porque se supone que si se sigue copiando lo extranjero por lo menos se buscarán matrices más desarrolladas; y, sistemas jurídicos y políticos

donde exista Estado de Derecho y una democracia con un cierto nivel de realidad y dignidad; y, no de un país subdesarrollado –asimismo– en estos cruciales aspectos.

Por eso se entiende que CINDE, en su panel –cuyas conferencias se editaron en un folleto que circuló impreso en setiembre de 1993– incluyera a un mexicano que precisamente hizo mención de la Ley de vías generales de comunicación (México, D.F.: Dirección general de asuntos jurídicos de la Secretaría de comunicaciones y transportes, 1987), citando el artículo 89 de esa ley que manda:

Las vías generales de comunicación que se construyan en virtud de *concesión*, con sus servicios auxiliares, sus dependencias y demás accesorios, *son propiedad* del concesionario durante el término señalado en la misma concesión” (documento, cit., p. 16).

El mexicano ante semejante normativa dijo:

“Se trata de un concepto un poco extraño de propiedad”, (*idem*).

Claro que lo extraño no es el concepto de propiedad. Evidente, ¡no! Lo extrañísimo es que la concesión de obra pública implicara que el concesionario fuere propietario de la obra. Es un injerto, un absurdo jurídicamente, pero lógico en el sistema jurídico –político–mexicano que no es un Estado de Derecho ni tampoco democrático–.

## 6. ¿QUIÉNES PUEDEN DAR CONCESIONES?

Las concesiones de obra pública las puede dar el Estado o Administración Pública, en sentido genérico (el Poder Ejecutivo, municipalidades –administraciones locales– y entes descentralizados).

## 7. IMPACTO AMBIENTAL

Siempre se tomará en cuenta el impacto ambiental del proyecto de concesión de obra pública, para lo cual es obligatorio el criterio del MINEREM (Ministerio de recursos naturales, energía y minas), el que supervisará la construcción de la obra y la prestación del servicio, en lo relativo al ambiente (artículo 4, *in fine* de la Ley No. 7329).

## 8. MUELLES, AEROPUERTOS, FERROCARRILES

Las concesiones para *nuevos* muelles, aeropuertos y ferrocarriles es obligatorio que se tramiten de conformidad con esta ley No. 7329 y aprobadas (las concesiones) por el Poder Legislativo de acuerdo al plazo que establezca el Reglamento de orden, dirección y disciplina interior (se aprobó otro *proyecto* de este Reglamento, el 9 de marzo de 1994, publicado en La Gaceta No. 65 del 5 de abril de este año. *La Nación* del 14 de abril de 1994; el cual espera la decisión final de la presente nueva legislatura).

Los citados bienes, mientras se encuentren en servicio no pueden ser enajenados, gravados ni arrendados —directa o indirectamente—, ni salir de ninguna forma del dominio y control del Estado (artículo 6 de la Ley No. 7329).

## 9. PLAZO DE LA CONCESION

El artículo 9 de la Ley No. 7329 presenta dos plazos de concesión:

- i) *25 años*: No puede ser mayor a este período y comienza el día en que la Administración Pública reciba la obra pública a plena satisfacción;
- ii) *50 años*: Cuando se trate de la concesión de muelles, ferrocarriles y aeropuertos, por la complejidad de la obra y el tiempo que se requiere para la recuperación de la inversión.

En este aspecto, claro está que es cuestión de criterio, pero considero que el plazo de 50 años es muy amplio, razón por la que estimo que ese lapso de tiempo máximo debe ser de 30 años, pues al cabo de 50 años lo que el concesionario le devuelve al Estado estará bien depreciado.

## 10. LICITACION PUBLICA

Sin duda la licitación pública es el medio idóneo para seleccionar al contratista y al concesionario público (cf. mi libro *Los contratos del Estado*, San José: UNED, 2ª ed. 1993).

El numeral 12 de la Ley No. 7329 establece que toda concesión otorgada al amparo de esta ley se sujetará al procedimiento de licitación pública.

## 11. REGLAMENTO DE LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA (RCA)

El artículo 195 del Reglamento de la contratación administrativa (RCA) se refiere a la concesión de obra pública. Lo importante aquí es destacar que esta

normativa reglamentaria no tenía base legal; la cual es requisito *sine qua non*. Es decir, este numeral del RCA fue ilegal, ya que careció de una ley de concesión de obra pública, (tómese en cuenta que esta ley tiene fecha 15 de marzo de 1993). Anteriormente, la situación era de ilegalidad manifiesta. La ilegalidad sí se mantiene en la concesión de servicios públicos, (art. 193, RCA).

De ahí la necesidad de una ley de contratos del Estado, cuyo último borrador de proyecto circuló en noviembre de 1993. Es el sexto proyecto de ley que se elabora en tal sentido pero carente de voluntad política para aprobarlo.

En otras palabras, indico que el RCA presenta una serie de irregularidades e ilegalidades, pues traspasó las fronteras del reglamento ejecutivo de la Ley de Administración Financiera de la República (LAFR) en lo que atañe a la contratación administrativa, sin que hubiera preocupación real y manifiesta de los grupos con poder para variar esa anomalía tan pronunciada.

Hago la observación de que existe un proyecto de ley sobre la *contratación administrativa* (Expediente N° 11.840), publicado en el Alcance N° 1 a La Gaceta N° 13 del 19 de enero de 1994, pero carente de apoyo político.

## 12. PRESTACION DEL SERVICIO

El concesionario está en la obligación de prestar el servicio con estricta sujeción a las condiciones de esta ley No. 7329, su reglamento y el respectivo contrato de concesión (artículo 23, párrafo 23, primer párrafo).

## 13. EXTINCION DE LA CONCESION

Son causas de la *extinción* de la concesión de obra pública:

- a) Nulidad del acto adjudicatario (de adjudicación) o del contrato de concesión;
- b) La imposibilidad de cumplimiento como consecuencia de medidas adoptadas por los poderes del Estado con posterioridad al contrato;
- c) El rescate por causa de interés público;
- d) La caducidad por incumplimiento del concesionario;
- e) La expiración del plazo de concesión; y
- f) Cualquiera otra que se establezca en el contrato.

Podemos indicar que cuando se refiere a “poderes del Estado” obviamente se está señalando a los Poderes Ejecutivo, Judicial y Legislativo.

Por otra parte, la última causa de extinción de la concesión de obra pública es de *numerus apertus*, ya que remite al contrato de esa concesión para que en él se establezcan otras causas de dicha extinción, pero con autorización legal, (Artículo 34 de la Ley No. 7329).

#### 14. RESCATE

Cuando, a criterio del Estado (Administración concedente) existan fundados motivos de conveniencia nacional para asumir la prestación directa del servicio, podrá decretarse el *rescate* de la concesión por causa de interés público (Artículo 38 de la ley No. 7329).

#### 15. CADUCIDAD DE LA CONCESION

Procederá la *caducidad* de la concesión de obra pública por las siguientes causas:

- a) Incumplimiento injustificado del programa de trabajo para la ejecución de la obra;
- b) Violación de los principios de legalidad, generalidad, continuidad, adaptabilidad y eficiencia en la prestación del servicio;
- c) La falta de aplicación de las tarifas autorizadas, en perjuicio de los usuarios;
- d) La declaratoria de quiebra o concurso de acreedores del concesionario;
- e) *Cualquier otro motivo* de incumplimiento grave en las obligaciones del concesionario, derivados del acto de adjudicación y de esta ley, (Artículo 39 de la Ley 7329).

Aquí también se establece el criterio de *numerus apertus* ("cualquier otro motivo...").

(Cf. mis libros *El servicio público*; y, *Antología del servicio público*, publicados por la Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, San José, 1983, 4ª ed. y 1984, respectivamente).

#### 16. REGLAMENTO

La Ley No. 7329 establece en su artículo 42 que el reglamento respectivo tiene que estar listo dentro de los 90 días (naturales) siguientes a la publicación de dicha ley. Este plazo se ha terminado y el reglamento no se ha publicado, como lo analizaremos *infra*.

#### 17. VIGENCIA DE LA LEY No. 7329

El numeral 44 de la Ley No. 7329 manda que la vigencia de esta ley se cuenta a partir de la publicación de ella en La Gaceta (lunes 15 de marzo de 1993).

#### 18. INTENTOS DE REFORMA A LA LEY No. 7329

La Ley No. 7329 se publicó el lunes 15 de marzo de 1993. A la fecha el reglamento de esta ley no se ha publicado en La Gaceta—un año después— a pesar del mandato legal ya citado (el Poder Ejecutivo reglamentará esta ley dentro de los 90 días siguientes a la publicación de la ley).

Sin embargo, ya existen intentos de reformar la ley para acomodarla a los intereses del capital transnacional, pues hicieron gestiones de conseguir financiamiento (millonario en dólares) para convertirse en concesionarios de obra pública, con la condición de dar como aval la concesión. Este intento no pasó de ser tal, entre otros motivos, por cuanto la ley no permite esta jugada financiera. Tampoco (es de esperar) se podría reformar la indicada ley para darle legitimidad a esta maniobra, porque significaría que los reales concesionarios serían los que darían el financiamiento y tendrían en garantía la respectiva concesión de obra pública. Estos intentos de reforma no han llegado al Poder Legislativo bajo la forma de un proyecto de ley; pero, con el tiempo es posible que lo presenten a la "corriente legislativa". Me parece que es posible esta acción en el Poder Legislativo, pues los intereses internacionales son muy fuertes.

Entre los intentos mencionados de reforma, está el borrador de nuevo proyecto de ley sobre esta materia que se encuentra en la Casa Presidencial desde marzo de 1993.

La finalidad esencial —entre otras— de este nuevo proyecto es darle un giro completo al artículo 8 vigente que manda:

*Artículo 8:* Los derechos y obligaciones del concesionario y, en su caso, de los subcontratistas *no* pueden ser cedidos, fideicometidos o gravados (...) (Enfasis nuestro).

Efectivamente, así nada más, le quitaron el NO al citado numeral para decir que esa norma es permitiva; y, no prohibitiva como en la actualidad lo es.

De ese modo, los interesados en esos negocios pretenden que las obras públicas dadas en concesión se pueden ceder dar en fideicomiso, gravados. Así, el patrimonio nacional se entrega al capital transnacional en forma anónima, como está ya pasando con las playas y las riquezas naturales de Costa Rica.

La venta y entrega del país es una historia larga desde el siglo pasado. En los hechos, este coloniaje permanece funcionando mediante las cúpulas de poder radicadas en este país como socios minoritarios de esa explotación internacional.

También, en el borrador del nuevo proyecto de ley, en su numeral 39 se afirma que el Estado facilitará al concesionario las divisas (los dólares) para el pago del principal e intereses de los préstamos y obligaciones que el concesionario realice en el exterior, al mismo tipo de cambio de venta vigente.

A su vez, el numeral 38 del borrador citado se refiere a los beneficios tributarios o impositivos que tendrá el concesionario cuyo monto es de un 95% respecto de las bases imponibles.

Esos son los llamados beneficios económicos y los tributarios, incorporados en este borrador del nuevo proyecto de ley de marzo de 1993, que está en la Casa Presidencial.

No hay duda de que los cambios e innovaciones de este borrador al nuevo proyecto de la ley de conceción de obra pública, se hicieron tomando en cuenta, obviamente, los intereses del capital transnacional, al cual los socios minoritarios locales corren en servir adecuadamente a un año de aprobarse la vigente Ley No. 7329, 15 de marzo de 1993.

Cuando cierro la redacción de este trabajo (*abril de 1994*) la situación está planteada de esta manera, lo cual explica también que este Gobierno (1990-1994) no tenga prisa en publicar el reglamento correspondiente. Ha usado como pretexto para lo anterior las indicaciones de los errores que los proyectos de reglamentos enviados por el MOPT a la Contraloría General de la República, han tenido.

#### 19. CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA Y REGLAMENTOS

Desde junio de 1993 hasta enero de 1994 ha existido un ir y venir de cartas y notas entre el MOPT y la Contraloría respecto de proyectos de reglamento, a los cuales la institución contralora le ha hecho una serie de observaciones de fondo que el MOPT asimiló en parte.

Precisamente, en nota de 27 de enero de 1994, el Contralor General de la República le dice al ministro (MOPT) que las observaciones formuladas por la Contraloría al reglamento en cuestión se han hecho con el único propósito de colaborar con la Administración (MOPT) para que el reglamento, cuya elaboración es de su exclusiva responsabilidad (del MOPT), se promulgue en la forma que mejor garantice la correcta aplicación de la ley y la satisfacción de los intereses públicos.

A la fecha (*abril de 1994*; 12 meses después de publicada la Ley No. 7329), el reglamento sigue sin tener vida en el ordenamiento legal costarricense, a pesar del mandato de la propia ley (Artículo 42) en el sentido de que el reglamento tenía que estar publicado en La Gaceta 90 días después de publicada la ley en el diario oficial.

No se sabe cuál va a ser la redacción definitiva de este reglamento con la nueva Administración (1994-1998). Por ello habrá que esperar la versión

última que salga publicada en una Gaceta futura. Esperaremos el reglamento que se promulgue para su análisis respectivo.

#### 20. A MODO DE CONCLUSION

La Ley No. 7329 de concesión de obra pública fue aprobada bajo presión de los intereses neoliberales y de privatización orquestados por los organismos financieros internacionales (OFI).

Un punto relevante para esos intereses foráneos es el de dar un aval o garantía la propia concesión y así obtener cantidades millonarias en dólares para financiar la construcción de la obra. La ley, tal y como está no permite esta posibilidad de transnacionalizar más al país y las obras públicas. Por ello, los esfuerzos de este capital internacional están orientados a lograr modificar la ley para hacer esa entrega (en garantía) de la concesión. Igualmente, focalizan sus intereses comerciales en debilitar lo relativo a estudios de factibilidad y de impacto ambiental que estorban las ganancias que desean obtener, pero que sin duda destruyen el país como lo están haciendo los "programas turísticos" extranjeros, lo cual es obvio, ya que a los inversionistas foráneos lo que les interesa es el rendimiento del capital y no la naturaleza ni el ambiente ni los países en los que invierten. El colmo de todo esto es que, por ejemplo, la Defensoría de los habitantes ha sido acusada por altos funcionarios del gobierno actual (Administración, 1990-1994) de asustar y ahuyentar a los inversionistas extranjeros por las denuncias que hace esa Defensoría en protección del medio ambiente (v.gr. Papagayo en Guanacaste, marzo-abril de 1994).

#### 21. BREVE GLOSARIO

**Administración concedente.** Aquella que otorga la concesión al concesionario respectivo.

**Concedente.** La Administración Pública que otorga al concesionario el objeto dado de una concesión.

**Concesión.** Acto administrativo por el cual la Administración Pública otorga a un particular, mediante el respectivo contrato, una obra pública o un servicio público.

**Concesionario.** Aquella persona que, luego de la licitación pública respectiva, resulta ser el contratista para la explotación de un servicio público; y, la construcción y/o explotación de una obra pública conforme al contrato correspondiente.

**Contraloría General de la República.** Institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública, pero tiene absoluta independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores (artículo 183 de la Constitución Política).

**Contrato de obra pública.** Su objeto es la construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de un bien inmueble.

**Cartel, pliego de condiciones.** Es el documento público en el que constan las condiciones, requisitos y requerimientos de la Administración Pública al invitar a participar a los potenciales oferentes en uno de los variados contratos administrativos que ofrece el Estado.

**Clases de contrato administrativo.** Las clases más conocidas del contrato administrativo público son, entre otras, las siguientes: de obra pública, suministros, empréstito.

**Contrato administrativo.** Así se conoce al convenio que celebra el Estado, bajo el régimen de Derecho público, con el seleccionado oferente (adjudicatario) que se convertirá en el contratista público.

**Contrato de concesión de obra pública.** Convenio por el que el Estado establece con el contratista seleccionado, las cláusulas, condiciones y requisitos de una determinada obra pública con el fin de que el contratista la explote (o, la construya y/o explote) de conformidad con el clausulado citado.

**Impacto.** Expresión popularizada que indica efecto, perturbación, consecuencia, repercusión o daño, causado sobre un sistema natural, ambiente, población o individuo animal o vegetal. Puede ser de origen natural o antropogénico. En la actualidad, todos los proyectos que involucran una transformación en el medio que puedan traer alguna consecuencia ambiental como la construcción de puentes, carreteras, represas, aeropuertos, o la operación de minerías, industrias, explotaciones forestales y marinas, requieren de un estudio de impacto ambiental para orientar los diseños, manejo y control de la operación (Mata y Quevedo).

**Impacto ambiental.** Alteración con efectos negativos para el ambiente natural, u na comunidad, población o especie biológica en particular. Cuando se trata de recursos naturales posiblemente afectados por las actividades de los seres humanos, es necesario realizar estudios de consecuencias o repercusiones ambientales y su cuantificación económica, para analizarlos en contraposición a las ganancias o ventajas del proyecto. (Mata y Quevedo).

**Impacto ecológico.** Efecto, perturbación o consecuencia de un cambio de origen natural o antropogénico sobre el sistema ecológico de un área. Los estudios o evaluaciones de un impacto ecológico o ambiental son de enorme importancia antes de llevar a efecto cualquier programa o proyecto de desarrollo moderno, con el objeto de determinar si éste es conveniente o no, y si es factible de modificaciones (Mata y Quevedo).

**Licitación pública.** Medio administrativo más idóneo para la selección del contratista público. Es un procedimiento administrativo destinado a invitar a los oferentes para que participen en un llamado para escoger el contratista más adecuado para los intereses de la Administración Pública. Todos los elementos y factores de la oferta, plica o propuesta de los oferentes deben ser tomados en consideración para los efectos de la selección del contratista; esto significa que si bien el precio es de la plica es relevante no es definitivo para la escogencia, sino que tiene que ser ponderado con los demás factores de selección (servicio, mantenimiento, historial, calidad, etc.).

**Mecanismos de selección del contratista público.** Dichos mecanismos, entre otros, son: remate, contratación directa, certamen, licitación pública, licitación privada.

**Peaje.** Percepción de una tasa por el uso de un medio determinado de comunicación y destinado exclusivamente a costear o financiar su construcción y mantenimiento sin afectar la libertad de tránsito por otras vías.

**Rescate.** El Estado, por razones de interés público comprobado, puede ponerle fin al contrato administrativo respectivo antes del vencimiento del plazo. Es una medida de reorganización del servicio público, en cuyo mérito al Estado asume la ejecución o prestación directa del mismo.

**Revocación por razones de oportunidad.** Se limita a la extinción del derecho que la concesión o el contrato le atribúan al contratista con el Estado.

**Tarifa.** El precio o retribución económica que los usuarios del servicio público o de la obra pública pagan por ser tales, de acuerdo al contrato administrativo respectivo.

## 22. BIBLIOGRAFIA

- ANDRADE, Nectario et al. *Imprevisión en los contratos de obra pública*. (Venezuela: Universidad de Zulia, Revista de la Facultad de Derecho, No. 26, 1969).
- ARROYO, Orlando et al. *El contrato de obra pública*. (San José: Facultad de Derecho, UCR, Tesis de grado, inédita, 1993).
- BEZZI, Osvaldo. *El contrato de obra pública*. (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982).
- BORQUEZ, José. *Introducción al Derecho ambiental comparado*. (Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1993).
- BRIEVA, Amador et al. *Sistemas de contratación de obras*. (Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1985).
- CINDE. *Documentos de trabajo sobre la Ley de concesión de obra pública*. (San José: Artercit, Vol. Nos. 1 y 2, 1993).
- COTO ALBAN, Carlos. *El caso de los ferrocarriles del Atlántico*. (Limón: Japdeva, 1970).
- CORTIÑAZ-PELAEZ, León et al. *Introducción al Derecho administrativo*. (México: Ed. Porrúa, 1992).
- FERNANDEZ, German. *Concesión de servicio público*. (San José: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, Tesis de grado, inédita, 1967).
- FERNANDEZ, Héctor. *El contrato de concesión de obra pública*. (San José: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, posgrado, inédito, 1991).
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho administrativo*. (Madrid: Cívitas, 1980).
- \_\_\_\_\_. *La figura del contrato administrativo*. (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 26, 1975).
- GARRIDO, Fernando. *Dictamen sobre las concesiones de ferrocarriles del atlántico en Costa Rica*. (San José: Revista de la Contraloría General de la República, No. 12, 1971).
- GEOFRÉ, Pierre. *El medio ambiente*. (Madrid: Ed. Orbis, 1985).
- GONZALEZ, Rafael. *El Derecho público y el medio ambiente en Costa Rica*. (San José: Revista de Ciencias Jurídicas No. 46, 1982).
- LAMARQUE, Jean; y SABORIO, Rodolfo. *Derechos humanos y ambiente*. (San José: Fundación Ambio. Academia Costarricense de Derecho Ambiental, 1994).
- MARTIN-MATEO, Ramón. *Derecho ambiental*. (Madrid: IEAL, 1977).
- MATA, Alfonso; y QUEVEDO, Franklin. *Diccionario didáctico de ecología*. (San José: Universidad de Costa Rica, 1990).
- MO, Fernando. *El contrato de construcción privada*. (Buenos Aires: Depalma, 1959).
- \_\_\_\_\_. *Régimen legal de las obras públicas*. (Buenos Aires: Depalma, 1966).
- MONTEALEGRE, Manuel. *La contratación administrativa: las prerrogativas de la Administración Pública*. (San José: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, Tesis de grado, inédita, 1984).
- ORTIZ, Eduardo. *Lecciones de Derecho administrativo*. (San José: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, mimeografiadas, 1972). *Aspectos legales de las concesiones ferrocarrileras*. (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 27, 1975).
- PATIÑO, Jaime. *Apertura económica y justicia*. (Calí: Hojas de Papel Eds., 1992).
- PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. (París: Dalloz, 1984).
- \_\_\_\_\_. *Droit de protection de la nature et al environnement*. (París: LGDJ, 1973).
- ROMERO-PEREZ, Jorge Enrique. *Los contratos del Estado*. (San José: UNED, 2ª ed., 1993).
- \_\_\_\_\_. *La licitación pública en Costa Rica*. (San José: Universidad de Costa Rica, 1975).
- \_\_\_\_\_. *Ensayos de Derecho administrativo*. (San José: UNED, 2ª ed., 1993).
- \_\_\_\_\_. *El servicio público*. (San José: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1983).
- \_\_\_\_\_. *Antología del servicio público*. (San José: Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1984).
- \_\_\_\_\_. *Derecho administrativo y Estado costarricense*. (San José: Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1984).
- \_\_\_\_\_. (Comp.) *Derecho Público I*. (San José: Universidad de Costa Rica, 1977).
- \_\_\_\_\_. (Comp.) *Derecho Público II*. (San José: Universidad de Costa Rica, 1978).
- \_\_\_\_\_. *Medio ambiente y derecho*. (Tijuana, México: Revista Occidental, año 7, No. 1, 1990).
- \_\_\_\_\_. *Ajuste estructural y el derecho*. (San José: RCJ, N° 70, 1991).
- SABORIO, Rodolfo. (comp.) *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos vigentes en Costa Rica*. (San José: Ed. SEINJUSA, 1993). Normas básicas de Derecho público. (San José: Ed. SEINJUSA, 1992).
- SAYAGUEZ LASO, Enrique. *Tratado de Derecho administrativo*. (Montevideo: Ed. Martín Bianchi, 1959).
- SALAZAR, Roxana. *El derecho a un ambiente sano*. (San José: Ed. Libro Libre, 1993).
- \_\_\_\_\_. *Legislación y ecología en Costa Rica*. (San José: Ed. Libro Libre, 1991).
- \_\_\_\_\_. y SABORIO, Rodolfo. *Derechos humanos y ambiente*. (San José: Fundación Ambio. Academia Costarricense de Derecho Ambiental, 1994).
- SUAREZ, Carlos. *Legislación comparada de la obra pública*. (México: Limusa, 1985).
- VALVERDE, José. *Proceso de privatización en Costa Rica*. (San José: ASEPROLA-SINDCU, 1993).

23. ANEXO: LEY DE CONCESION DE OBRA PUBLICA

(Gaceta, 15 de marzo de 1993)

Nº 51

LEY Nº 7329

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPUBLICA  
DE COSTA RICA

DECRETA

LEY GENERAL DE CONCESION DE OBRA PUBLICA

CAPITULO I

**Disposiciones Generales**

*Artículo 1.*—La concesión de obra pública es el instituto jurídico de derecho público mediante el cual el Estado encarga a una persona la ejecución de una obra y le transmite, temporalmente, los poderes jurídicos necesarios para que la explote, por el pago de una contraprestación o tarifa que abonarán los usuarios, con la autorización, control y vigilancia de la Administración, pero por cuenta y riesgo del concesionario.

*Artículo 2.*—La Administración concedente mantendrá el derecho de propiedad de la obra pública y la titularidad en la prestación del servicio público.

El concesionario tiene la obligación de cuidar, reparar y mantener la obra y todos los bienes de la concesión y la obligación de prestar el servicio público, de conformidad con esta Ley, su reglamento y el contrato de concesión.

*Artículo 3.*—El Poder Ejecutivo, los entes descentralizados y municipales pueden otorgar concesiones para la construcción, reparación, ampliación, conservación y restauración de obras públicas y su correspondiente explotación, con base en las disposiciones de esta Ley.

*Artículo 4.*—El Presidente de la República y el Ministro del ramo otorgarán las concesiones de obra pública que competan al Poder Ejecutivo, de conformidad con las disposiciones de esta Ley.

Si la obra se encuentra en el ámbito de competencia de un ente descentralizado, a solicitud de este y con base en esta Ley, el Consejo de Gobierno podrá formular la directriz que corresponda para el trámite de la concesión.

Las municipalidades pueden otorgar en concesión, por votación no menor de las dos terceras partes de la totalidad de sus miembros, obras para la prestación de servicios públicos propios, en interés de sus comunidades, cuando no puedan suministrarlos directamente en forma eficiente.

La Contraloría General de la República, a la que se le enviará todo acuerdo municipal que autorice el trámite de una concesión, puede objetarlo por razones de legalidad.

En todo caso, se tomará en consideración el impacto ambiental del proyecto, para lo cual debe abstenerse el criterio del Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas, el que supervisará la construcción de la obra y la prestación del servicio, en lo relativo al ambiente.

*Artículo 5.*—No puede darse en concesión una obra pública, cuando su otorgamiento pueda significar una limitación a derechos fundamentales referentes al libre tránsito, a la salud y a la educación salvo que, además de la obra en concesión existan otras por medio de las cuales el Estado preste esos servicios.

Tampoco pueden darse en concesión, las obras que sean fundamentales para el resguardo de la soberanía o de la seguridad de la Nación o que afecten la libertad, tranquilidad o seguridad de los habitantes, ni los bienes mediante los cuales el Estado o los entes públicos brinden servicios en condición de exclusividad o monopolio.

*Artículo 6.*—Los ferrocarriles, muelles y aeropuertos nacionales, estos últimos mientras se encuentren en servicio, no podrán ser enajenados, arrendados ni gravados, directa o indirectamente, ni salir, de ninguna forma del dominio y control del Estado.

Las concesiones que se otorguen para construir y explotar nuevas instalaciones de ferrocarriles, muelles y aeropuertos deben ser tramitadas de acuerdo con esta Ley y aprobadas por la Asamblea Legislativa, dentro del plazo que corresponda a su Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior.

Pueden darse en concesión, los servicios públicos complementarios o no esenciales, situados en ferrocarriles, muelles y aeropuertos.

*Artículo 7.*—La explotación del bien objeto de la concesión se entenderá siempre para beneficio del interés público. Este propósito se cumplirá con la prestación del servicio público, según los siguientes principios: conveniencia nacional, legalidad, generalidad, continuidad, eficiencia, adaptabilidad y justa retribución.

*Artículo 8.*—Los derechos y obligaciones del concesionario y, en su caso, de los subcontratistas, no pueden ser cedidos, fideicometidos o gravados. No puede celebrarse ningún convenio de usufructo, arrendamiento, administración o explotación, total o parcial, sobre los bienes objeto de la concesión, sin el consentimiento previo y expreso de la Administración concedente y la aprobación de la Contraloría General de la República.

Si la licitación se adjudica a una persona jurídica extranjera, esta debe trasladar su sede social al territorio nacional antes de firmar el contrato respectivo. Si decide no trasladar su sede, debe constituir una sociedad anónima nacional, cuyo capital le pertenecerá íntegramente, para que esa sociedad sea la concesionaria. Las acciones de la concesionaria deben ser nominativas.

La sociedad tendrá su libro de registro de accionistas al día y a disposición de la Administración concedente y de la Contraloría General de la República. Cualquier transmisión de sus acciones requiere, por su validez, la autorización previa y escrita de la Administración concedente y el refrendo de la Contraloría General de la República. Este requisito se hará constar en el registro en que esté inscrita la sociedad.

Los dispuesto en este párrafo se aplicará cuando la concesionaria sea una sociedad costarricense.

El incumplimiento de las disposiciones de este artículo dará lugar a la caducidad de la concesión.

*Artículo 9.*—El plazo de la concesión no puede ser mayor de veinticinco años y se inicia el día en que la Administración reciba la obra pública a plena satisfacción.

En tratándose de proyectos de ferrocarriles, aeropuertos y muelles, por la complejidad de la obra y el tiempo que se requiere para la recuperación de la inversión, la concesión será de hasta cincuenta años.

*Artículo 10.*—Toda contratación de concesión de obra pública, que se otorgue al amparo de esta Ley, debe ser refrendada por la Contraloría General de la República; se publicará en el diario oficial "La Gaceta"; se formalizará en escritura pública ante la Notaría del Estado y se inscribirá en la Sección Especial del Registro Público, que se creará con ese propósito. Antes del cumplimiento de estos trámites, no puede ejecutarse el contrato.

La contratación debe contener todos los acuerdos entre la Administración concedente y el concesionario para la ejecución de la obra y los derechos y obligaciones del concesionario para la prestación del servicio público.

*Artículo 11.*—Para lo no previsto en la presente Ley y su Reglamento, se aplicarán, en lo pertinente, la Ley de la Administración Financiera de la República, la Ley General de la Administración Pública y la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

## CAPITULO II

### Contratación y ejecución de la obra

*Artículo 12.*—Toda concesión otorgada al amparo de esta Ley se sujetará al procedimiento de licitación pública.

*Artículo 13.*—El cartel de licitación debe contener las condiciones generales y un extracto de las especificaciones técnicas, suficientes para identificar inequívocamente la obra y los servicios públicos que se prestarán, así como los aspectos por valorar y los mecanismos para su ponderación.

*Artículo 14.*—Cuando el oferente no va a construir la obra, total o parcialmente, debe señalar en su propuesta las personas a las que les corresponderá realizarla y aportar los contratos y atestados técnicos y financieros de todos los participantes. En estos casos, tanto el concesionario como los subcontratistas serán solidariamente responsables por la ejecución de la obra.

En igualdad de condiciones, se dará preferencia en la subcontratación a los empresarios nacionales.

No se podrán usar fondos de empréstitos aprobados por la Asamblea Legislativa o a través de instituciones públicas para financiar a los concesionarios, ni el Estado podrá conceder avales para este fin.

*Artículo 15.*—Las garantías de participación y de cumplimiento deben rendirse, de conformidad con las reglas que establecen la Ley de la Administración Financiera de la República y el Reglamento de la Contratación Administrativa.

Para la fase de explotación de la obra, el Reglamento de esta Ley fijará las garantías adicionales que aseguren la correcta ejecución del contrato y la eventual sustitución de esas garantías, en caso de pérdida o desmejoramiento.

*Artículo 16.*—Para la selección del concesionario, la Administración debe considerar lo siguiente:

- a) El presupuesto asignado a la obra, sus especificaciones técnicas y el programa de trabajo.
- b) El pago de indemnizaciones para las expropiaciones necesarias.
- c) La modalidad de los servicios que se prestarán y sus beneficios para los usuarios.
- ch) La evaluación económica del proyecto, con análisis de costos, beneficios y rentabilidad.
- d) El sistema tarifario o la contraprestación que se solicita.
- e) La capacidad financiera del oferente y la procedencia de sus recursos.
- f) La experiencia del oferente en proyectos similares.
- g) Cualquier otro aspecto de interés público o de importancia específica para la obra o el servicio público de que se trate.

Tendrá especial importancia el compromiso del oferente de que, en igualdad de condiciones, ocupará, directamente o por medio de los subcontratistas, la mayor cantidad de recursos humanos especializados u operativos que, en ese momento, laboren en la Administración concedente.

*Artículo 17.*—El concesionario y, en su caso, los subcontratistas están obligados a cumplir el programa de trabajo hasta la terminación de la obra. Si el programa no se cumple o la obra no se realiza, conforme a las especificaciones técnicas acordadas, se declarará la caducidad de la contratación, con pérdida de la garantía rendida y de todos los derechos de la concesión.

En los eventos de caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados, la administración concedente podrá acordar una ampliación para la terminación de la obra, previo dictamen de la Contraloría General de la República.

La ejecución de las obras se realizará por cuenta y riesgo del concesionario y los subcontratistas autorizados.

*Artículo 18.*—La Administración concedente ejercerá una inspección permanente, en toda la etapa de construcción de la obra, a fin de constatar que se ajusta a las estipulaciones del contrato.

Al terminar la fase de construcción, se levantará un acta sobre el estado de la obra y el cumplimiento o el incumplimiento de la contratación. El acta deberá firmarla las partes contratantes y los profesionales a cargo de la ejecución de la obra. Cumplidos estos trámites a satisfacción, la Administración concedente recibirá la obra y la incluirá en su patrimonio.

*Artículo 19.*—El concesionario deberá asumir, por su cuenta, la indemnización de los daños que se ocasionen a terceros, como consecuencia de la ejecución del proyecto o de la conservación y explotación de la obra, salvo que esos daños se hayan producido como consecuencia de medidas impuestas por el Estado o el incumplimiento de obligaciones a cargo de la Administración concedente.

Los bienes provenientes de demoliciones, talas de árboles y bosques y otros recursos naturales, serán propiedad del Estado. Sólo se podrán emplear en la obra o pasar a propiedad del concesionario, si así se hubiera previsto, expresamente, en el pliego de condiciones y deducido o compensado su valor en el contrato.

El concesionario será responsable ante el Estado por los daños que cause al ambiente, que no hayan sido considerados en el contrato y en los diseños de la obra.

El cumplimiento de estas obligaciones dará lugar a la caducidad de la concesión.

*Artículo 20.*—Cuando fuere necesario adquirir inmuebles o afectar derechos reales para los fines de esta Ley, se procederá conforme a los siguientes procedimientos:

El Ministerio de Obras Públicas y Transportes, a gestión de la Administración, podrá adquirir, de forma directa, mediante permuta de propiedades de la Administración o por donación, y previo informe favorable de la Contraloría General de la República, los bienes o derechos que sean necesarios para sus objetivos, cualquiera que sea su valor, según resulte del avalúo hecho al efecto.

En caso de compra directa, de no aceptar el propietario el precio fijado, se procederá con los trámites de expropiación señalados en este artículo. En todos los casos deberá realizarse un avalúo previo de los bienes y derechos que fuere necesario adquirir. Dicho avalúo lo hará la Dirección General de la Tributación Directa del Ministerio de Hacienda, la que estará autorizada para autorizar, en estas funciones, a peritos de otros ministerios o instituciones.

El Ministerio de Obras Públicas y Transportes, a petición de la Administración levantará un expediente administrativo que contendrá los planos del terreno que se pretende expropiar, certificación, si fuere procedente, de la inscripción o anotación de la finca respectiva y los demás datos necesarios. Además, pedirá, con envío de tales documentos, a la Dirección de Tributación Directa, Sección de Avalúos Especiales, que proceda a determinar el monto de la indemnización que deberá pagarse al propietario del inmueble afectado. Obtenido el informe de la Dirección General de la Tributación Directa, el Ministerio requerirá al propietario o a su representante para que, dentro de los cinco días hábiles siguientes, manifieste si está dispuesto a vender, por el precio fijado, el bien que se necesita, a efecto de que comparezca al otorgamiento de la escritura.

Si el propietario no aceptare el precio o si no concurriere al llamado, se procederá de inmediato al procedimiento de comprobación del interés público para la expropiación, según los trámites de los artículos 308 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública. Concluido este trámite, se dictará el decreto ejecutivo de expropiación y, publicado éste, se pasará el expediente respectivo a la Procuraduría General de la República, a fin de que, en representación del Estado, prosiga las diligencias hasta su finalización ante la jurisdicción que corresponda.

Para la fijación del precio definitivo, el juez podrá nombrar un perito profesional de la lista que, al efecto, ponga en su conocimiento el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos.

El depósito de la suma de dinero, fijada por la Dirección General de la Tributación Directa como indemnización, puesto a la orden del propietario en el juzgado, autoriza a la Administración a entrar en posesión de lo expropiado. El propietario podrá retirar la suma depositada sin perjuicio de continuar con las diligencias de expropiación. Forme la resolución final dictada por el juzgado, se ordenará girar al propietario la suma adeudada y se expedirá mandamiento al Registro Público, a efecto de que se practique la inscripción correspondiente a nombre del Estado o de la Administración concedente. El Registro Público se encargará de los referidos trámites de inscripción, sin perjuicio de terceros de mejor derecho. Ese acto podrá practicarse, aun cuando no estuviere inscrita la finca o se tratare de derechos proindivisos o el propietario debiere impuestos o derechos a favor del Estado, en cuyo caso su monto será rebajado del precio que va a recibir el expropiado.

La Dirección General de la Tributación Directa, en todos los casos, pondrá el anotado a los documentos en que la Administración adquiere y cargará el impuesto respectivo al trasmite. En caso de que el inmueble pertenezca a una sucesión, un concurso, un ausente, un incapaz o un menor de edad, los procedimientos se seguirán con el respectivo representante legal. Cuando en el inmueble existe copropiedad, las diligencias se verificarán y se notificarán a todos los copropietarios y el monto de la indemnización lo girará el juzgado a los interesados, de conformidad con lo que disponga el Código Civil.

Si se tratare de inmuebles por donar, para que la Administración entre en posesión bastará con el documento privado en que el propietario, ante tres testigos, prometa la donación. El propietario está obligado a otorgar la escritura pública ante la Notaría del Estado, dentro de los quince días posteriores a la fecha del documento privado.

El pago de los honorarios de los peritos lo hará la Administración, de conformidad con la tabla que, para esos efectos, usa el Banco Nacional de Costa Rica; excepción hecha de los casos especiales en que el juzgado, mediante una resolución motivada, estime y considere que los honorarios deben ser diferentes.

*Artículo 21.*—El pago de las indemnizaciones a las que se refiere el artículo anterior estará a cargo del concesionario, cuando así se hubiera estipulado en el contrato. El concesionario deberá hacer el depósito correspondiente en el momento que se lo requiera la administración concedente y podrá apersonarse en las diligencias de expropiación.

*Artículo 22.*—La Administración Pública podrá otorgar permiso sin goce de salario, hasta por cuatro años improrrogables, a los servidores públicos que deseen laborar, temporalmente, con las empresas concesionarias en los términos que establece esta Ley. Esos trabajadores estarán facultados para dar por concluida su relación laboral con la Administración Pública, con el pleno reconocimiento y pago de sus prestaciones legales. La Administración Pública otorgará el permiso, previo procedimiento de la selección de los interesados, mediante concurso interno, el cual se establecerá en el Reglamento de esta Ley y siempre que con ello no se perjudique la prestación de servicio.

La negación del permiso, por parte de la Administración Pública, deberá hacerse mediante una resolución razonada.

Los servidores públicos que hayan participado en la elaboración del cartel, en el proceso de adjudicación de la concesión o en el contrato de la explotación del servicio no podrán acogerse a lo estipulado en este artículo.

La violación de la disposición anterior tendrá como sanción el despido, sin responsabilidad patronal, para el funcionario beneficiado y para el que autorizó el permiso, sin perjuicio de otras responsabilidades legales que les sean aplicables.

**Prestación del servicio**

*Artículo 23.*—El concesionario está en la obligación de prestar el servicio con estricta sujeción a las condiciones establecidas en esta Ley, en su Reglamento y en el contrato de concesión.

El concesionario deberá acatar las disposiciones que dicte la Administración concedente, en caso de emergencia nacional o para asegurar la continuidad en la prestación del servicio, sin perjuicio de las indemnizaciones que procedan a su favor.

*Artículo 24.*—El concesionario no podrá destinar el inmueble o la obra, en todo o en parte, a otros fines que no sean los originalmente previstos. El incumplimiento de esta disposición dará lugar a la caducidad del contrato.

Tampoco podrá instalar nuevos servicios sin la autorización de la Administración concedente, previo dictamen de la Contraloría General de la República.

*Artículo 25.*—En todo momento, la Administración concedente deberá ejercer los controles necesarios sobre los bienes y servicios de la concesión, para verificar el cumplimiento de esta Ley, de su Reglamento y del contrato concesión.

*Artículo 26.*—La contraprestación que recibirá el concesionario será la tarifa o retribución económica que deberán abonar los usuarios del servicio.

La tarifa o retribución económica se fijará con base en factores de razonabilidad económica e interés social, tales como el costo de las inversiones efectivamente realizadas y su recuperación en el plazo de la concesión, los gastos de conservación y de explotación técnicamente aceptables, la utilidad justa del concesionario y la capacidad económica de los usuarios.

Cuando fuere necesario disminuir la incidencia de los costos de inversión en las tarifas, la Administración podrá destinar en su presupuesto una contrapartida.

*Artículo 27.*—La potestad de la Administración concedente para modificar tarifas es indelegable; pero, para su aplicación, se requerirá de la aprobación del Servicio Nacional de Electricidad, en las concesiones que otorguen el Poder Ejecutivo y los entes descentralizados y de la Contraloría General de la República en las concesiones que otorguen las municipalidades.

*Artículo 28.*—El concesionario tendrá derecho a solicitar la modificación de tarifas cuando por razones ajenas a sus obligaciones, se afecte el equilibrio económico y financiero de la concesión previsto en el contrato. El concesionario deberá demostrar documentalmente su petición.

La solicitud se publicará en el diario oficial "La Gaceta", para que cualquier interesado pueda apersonarse e impugnar la petición ante la propia Administración concedente o el ente que corresponde de acuerdo con el artículo 27 de la presente Ley.

El plazo de impugnación será de quince días hábiles.

*Artículo 29.*—En la fijación de las tarifas deberá utilizarse el sistema métrico decimal.

Las tarifas se expresarán en la unidad monetaria nacional, sus múltiplos y submúltiplos.

*Artículo 30.*—Las tarifas se fijarán en resolución razonada, se publicarán por la Administración concedente en el diario oficial "La Gaceta" y deberán ser aplicadas por el concesionario, sin variación alguna.

*Artículo 31.*—Las tarifas serán siempre generales para todo el público que solicite los servicios. Se garantiza la igualdad de trato a todos los usuarios.

Se prohíben los acuerdos especiales y particulares sobre tarifas y modalidades en la prestación de los servicios.

El incumplimiento de estas disposiciones producirá la caducidad de la concesión.

*Artículo 32.*—La Administración concedente podrá modificar, por razones de interés público, las características de la prestación de los servicios.

El concesionario no podrá negarse a continuar prestando el servicio; pero la Administración concedente deberá indemnizar o subvencionar a concesionario, si demuestra que la modificación alteró los beneficios económicos que se tuvieron en cuenta en el contrato de concesión.

En caso de que las nuevas disposiciones sobre la prestación del servicio no tengan trascendencia económica en perjuicio del concesionario, éste no podrá deducir ninguna reclamación contra la Administración concedente.

*Artículo 33.*—Se garantiza a todas las personas, la facultad de presentar denuncias, peticiones o quejas ante la Administración concedente, con el objeto de que sean tutelados sus derechos o intereses, lesionados con motivo de la concesión o la prestación del servicio.

La Administración concedente oír al concesionario sobre la denuncia, petición o queja presentada y tomará de inmediato las acciones que correspondan, de conformidad con esta Ley y con el procedimiento administrativo que establece la Ley General de la Administración Pública.

## CAPITULO IV

### Extinción de la concesión

*Artículo 34.*—Son causas de extinción de la concesión:

1. La nulidad del acto adjudicatario o del contrato de concesión.

2. La imposibilidad de cumplimiento, como consecuencia de medidas adoptadas por los poderes del Estado con posterioridad al contrato.
3. El rescate por causa de interés público.
4. La caducidad por incumplimiento del concesionario.
5. La expiración del plazo de la concesión.
6. Cualquiera otra que se establezca en el contrato.

*Artículo 35.*—Cuando se produzca la extinción de la concesión, por cualquier causa, la Administración concedente recibirá la obra objeto de la concesión, en buen estado y en correcto funcionamiento, libre de gravámenes y sin costo alguno, salvo las indemnizaciones que procedan de conformidad con esta ley.

La Contraloría General de la República y la Administración concedente practicarán una diligencia de inspección, inventario y aseguramiento de bienes, con citación del concesionario. La diligencia se realizará con suficiente antelación, para la protección de los intereses políticos, a juicio de la Contraloría General de la República.

*Artículo 36.*—La nulidad absoluta del contrato de concesión se declarará cuando se haya celebrado o tramitado con violación, expresa o implícita, de las disposiciones de la presente Ley o de la Ley de Administración Financiera de la República.

No se presumirá legítimo el acto o el contrato absolutamente nulo, ni se podrá ordenar su ejecución.

El acto o contrato absolutamente nulo no se podrá arreglar a derecho ni por saneamiento ni por convalidación.

La nulidad absoluta, cuando fuere evidente y manifiesta, deberá declararse de oficio, sin necesidad de recurrir al proceso de lesividad que señala la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativo.

En lo previsto, se aplicarán las disposiciones sobre nulidades de la Ley General de la Administración Pública.

*Artículo 37.*—Cuando el concesionario se encontrare en un caso de imposibilidad de cumplimiento, por medidas generales o de orden económico, adoptadas por los Poderes del Estado con posterioridad al contrato, deberá plantear el asunto ante la Administración concedente la que, de inmediato, le dará el correspondiente trámite.

La declaración de extinción sólo se dictará cuando existan razones evidentes de legalidad o de oportunidad, que imposibiliten al concesionario continuar con la prestación del servicio.

La Administración concedente trasladará el asunto al Ministerio de Obras Públicas y Transportes para que prosiga los trámites de avalúo e indemnización, conforme se establece en el artículo 20 de esta Ley, en lo que sea aplicable.

En las indemnizaciones que procedan, solo se tomarán en cuenta las inversiones efectivamente realizadas y una utilidad razonable durante el plazo de la concesión, así como el estado actual de los bienes y las pérdidas que se pudieran haber ocasionado, por causas atribuibles al concesionario, a la Administración concedente o a los usuarios, debido a la suspensión del servicio o las deficiencias en su prestación.

Firme el acto administrativo final de extinción, la Administración concedente recibirá los bienes de la concesión, sin que sea necesario que se verifique, de previo, el pago de la indemnización a la que pudiere tener derecho el concesionario.

La liquidación respectiva requerirá la aprobación de la Contraloría General de la República.

*Artículo 38.*—Cuando a juicio de la Administración concedente, existan fundados motivos de la conveniencia nacional para asumir la prestación directa del servicio, podrá decretarse el rescate de la concesión por causa de interés público.

Antes de la ejecución del acto administrativo final de rescate, la Administración concedente deberá indemnizar, de manera inmediata y directa, los daños y perjuicios causados al concesionario. Para ello, solo se tomarán en cuenta las inversiones efectivamente realizadas y una utilidad razonable durante el plazo de la concesión.

La Administración concedente trasladará el asunto al Ministerio de Obras Públicas y Transportes, para que prosiga los trámites de avalúo e indemnización que establecen en el artículo 20 de esta Ley, en lo que sea aplicable. La liquidación respectiva requerirá la aprobación de la Contraloría General de la República.

*Artículo 39.*—Procederá la caducidad de la concesión por las siguientes causas:

- a) El incumplimiento injustificado del programa de trabajo para la ejecución de la obra.
- b) La violación de los principios de legalidad, generalidad, continuidad, adaptabilidad y eficiencia en la prestación del servicio.
- c) La falta de aplicación de las tarifas autorizadas, en perjuicio de los usuarios.
- ch) La declaratoria de quiebra o concurso de acreedores del concesionario.
- d) Cualquier otro motivo de incumplimiento grave en las obligaciones del concesionario, derivados del acto adjudicatario y de esta Ley.

Una vez que el acto administrativo de caducidad sea definitivo en vía administrativa, la Administración concedente podrá hacer efectivas, de inmediato, las garantías otorgadas por el concesionario.

*Artículo 40.*—En los casos de extinción de la concesión, previstos en los artículos 36, 37, 38 y 39, se aplicarán las siguientes reglas:

1. El acto administrativo final de extinción de la concesión se dictará previo dictamen favorable de la Contraloría General de la República.
2. En las concesiones otorgadas por el Estado, la declaración de extinción la pronunciará el Consejo de Gobierno.
3. Cuando se trate de los entes descentralizados, la declaración la hará el órgano superior jerárquico de la institución.
4. En el caso de las municipalidades, la declaración la acordará el Concejo respectivo.

*Artículo 41.*—La Administración concedente, el concesionario, los particulares con interés legítimo directo y las entidades mencionadas en los artículos 10 y 14 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, podrán ocurrir a la vía jurisdiccional, en defensa de sus derechos.

La interposición de la demanda no impedirá a la Administración concedente ejecutar el acto o la disposición impugnados.

*Artículo 42.*—El Poder Ejecutivo reglamentará esta Ley, dentro de los noventa días siguientes a su publicación.

*Artículo 43.*—La presente Ley deroga cualquier otra que se le oponga.

*Artículo 44.*—Rige a partir de su publicación.

### Comuníquese al Poder Ejecutivo

Asamblea Legislativa.—San José a los veinte días del mes de enero de mil novecientos noventa y tres.—Roberto Tovar Faja, Presidente.—Alfredo Cruz Alvarez, Primer Prosecretario.—Guillermo Zúñiga Trigueros, Segundo Prosecretario.

Dado en la Presidencia de la República.—San José a los nueve días del mes de febrero de mil novecientos noventa y tres.

### Ejecútese y Publíquese

R. A. Calderón F.—Los Ministros de la Presidencia, Lic. Rolando Laclé Castro y de Obras Públicas y Transportes, Ing. Mariano Guardia Cañas.—C-4624.

# PACTOS DE TRASCENDENCIA EN EL DERECHO ESPAÑOL

Lic. José María Zonta Arias  
Abogado costarricense

## 2. UBICACION HISTORICA

Ambos conceptos se pagan desde la época de los reyes católicos, el Derecho de Trascendencia se pagaba por el uso de las pasturas, el Derecho de Trascendencia se pagaba por el uso de las pasturas, el Derecho de Trascendencia se pagaba por el uso de las pasturas...

(1) Véase el artículo 1.º de la Ley de 1.º de Mayo de 1801, que establece el Derecho de Trascendencia en favor de los pastores de las montañas de Guadalupe y de San Juan de los Rios, y el artículo 1.º de la Ley de 1.º de Mayo de 1802, que establece el Derecho de Trascendencia en favor de los pastores de las montañas de Guadalupe y de San Juan de los Rios...

El presente artículo trata de los pactos de trascendencia en el derecho español, en particular de los pactos de trascendencia en el derecho de las montañas de Guadalupe y de San Juan de los Rios. Se trata de un estudio de carácter histórico y jurídico, que pretende analizar el origen y evolución de estos pactos, así como su importancia en el derecho español. El artículo se divide en dos partes: la primera trata de la ubicación histórica de los pactos de trascendencia, y la segunda trata de su contenido y efectos jurídicos. En la primera parte se analiza el origen de los pactos de trascendencia en el derecho español, que se remonta a la época de los reyes católicos. En la segunda parte se analiza el contenido y efectos jurídicos de los pactos de trascendencia, que consisten en el pago de una suma de dinero por el uso de las pasturas.

## SUMARIO:

1. Introducción
2. Ubicación histórica
3. Tesis de la doctrina española: *Numerus clausus*
4. Postura de *numerus apertus*
5. Análisis del sistema normativo
6. Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros
7. Conclusiones

## 1. INTRODUCCION

Una polémica ha dividido a la Doctrina española el presente siglo, referida así el sistema de inscripción de derechos reales es *numerus apertus* o *numerus clausus*. Este pequeño artículo, sin la pretensión obviamente de zanjar el asunto, intenta aportar el análisis del comportamiento de la Jurisprudencia más reciente, entendiéndolo que aunque las resoluciones de décadas pasadas son muy interesantes y nos permiten seguir la evolución de la Dirección de los Registros, es en las decisiones de la década reciente donde tenemos que buscar la actual orientación del sistema. Esto nos lleva a la siguiente aclaración: si bien se aludirá a las tendencias que dicha Jurisprudencia ha tenido desde 1930, conscientemente se omitirá la cita de ésta, para concentrarnos en la más reciente. Este análisis llegará luego de una exposición y comentario de las posturas doctrinales que sostienen con argumentos muy respetables sistemas.

La discusión se centra en determinar si el Ordenamiento Español obedece a la lista abierta de derechos reales, en los que los particulares, haciendo uso de su iniciativa privada, pueden crear nuevos derechos reales, o si, por el contrario, deben limitarse a utilizar el elenco ofrecido por el Código Civil. Este punto y sus matices y derivaciones escinde a autores que, muchas veces usando los mismos datos normativos, llegan a conclusiones totalmente diferentes. Algunos autores califican la polémica de estéril, otros le conceden mucha importancia aludiendo a su relación con el orden público. Nosotros pensamos que la discusión no es inútil, y coincidimos con Díez Picazo en que buena prueba de ello son las numerosas resoluciones que el tema provoca.

## 2. UBICACION HISTORICA

Ambas tendencias en pugna tienen vetas históricas en las que apoyar sus posturas, el Derecho romano se inclinó por mantener el sistema del *numerus clausus*, pues su oferta se limitaba a las servidumbres, la anticresis, la superficie y los derechos de garantía.<sup>(1)</sup> En el Derecho germánico, por su parte, la

(1) PUIG BRUTAU, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español*. T. III, *Derechos Reales*, Vol. I. E.R.D.P., Madrid, 1972, pág. 22. Vid. en el mismo sentido: DÍEZ PICAZO, Luis, *Autonomía de la voluntad y derechos reales*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 513, marzo-abril, 1976; y COSSIO y CORRAL, Alfonso de, *Instituciones de Derecho Civil*, T. II, *Derechos Reales*. Cívitas, Madrid, 1988, pág. 36.

posibilidad de crear derechos reales era muy amplia, pues "los distintos ordenamientos jurídicos germánicos concedían el dar efecto real mediante la Gewere a cualquier obligación referida a una cosa determinada, especialmente el Derecho territorial prusiano admitió la atribución de carácter real a cualquier derecho limitado mediante la transmisión de la posesión o inscripción en el Registro de Hipotecas. El sistema de libertad del Derecho germánico se acentuó aún más durante todo el Derecho Intermedio, en donde se admitió plenamente que la voluntad pudiera atribuir efectos reales a ciertas situaciones obligatorias, sobre todo bajo la rúbrica de la obligatio rei, propter rem, etc. El Derecho feudal era propicio a esa posibilidad jurídica, y el mismo derecho canónico presentaba fórmulas paralelas a ese respecto".<sup>(2)</sup>

Esta permisibilidad del sistema provocó que la propiedad inmueble se saturara con gravámenes que hacían muy difícil su tráfico, y muchas propiedades iban a la ruina, como lo recuerda Díez Picazo, que uno era el dueño del terreno y otro de sus árboles, otras veces alguien era propietario del pasto que naciera y su vecino de las plantaciones ya hechas, complicación multiplicada cuando el inmueble se convertía en objeto de herencia, pues no se podía dividir la cosa objeto del derecho.

Esta situación cambió con la reforma agraria producida en el siglo XVIII, que impuso la tendencia a liberar a los inmuebles de la saturación de gravámenes que sobre ellos reinaban, esta restricción en la libertad privada de imponer derechos reales se plasmó finalmente en el Código Civil alemán, imposibilitando legalmente la creación de otros derechos reales distintos del listado de dicho Código.<sup>(3)</sup>

Aparte del citado Código alemán, siguen hoy el sistema de numerus clausus Suecia, Suiza, Portugal, Holanda, Finlandia, Japón y Argentina, triunfando en este último la tesis de Vélez Sarsfield.<sup>(4)</sup> En Francia, donde el tema se discute, se considera que impera el sistema de numerus apertus, mientras que en Italia, la doctrina parece pacífica en que domina el numerus clausus, luego de la promulgación del Codice en 1942.

### 3. TESIS DE LA DOCTRINA ESPAÑOLA. NUMERUS CLAUSUS

Sin que esta exposición sea exhaustiva nos confirmará que importantes autores están a favor de esta tesis. Castán se preguntaba si sería conveniente que

(2) PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 23. Agrega que producto de este sistema, fueron los numerosos vínculos, gravámenes y confusas ligaduras que entorpecían el tráfico inmobiliario en la Edad Moderna.

(3) COSSIO, *op. cit.*, pág. 36.

(4) DÍEZ PICAZO, *op. cit.*, pág. 276.

el sistema fuera numerus clausus, y se respondía rotundamente que sí, pensaba que "el sistema limitativo es el más conforme con la naturaleza del derecho real y los intereses de los terceros", y apoyándose en autores como Erlich, Jerónimo González; y, Serrano y Serrano, decía que así como el derecho de obligaciones sirve a necesidades individuales, el derecho real satisface necesidades colectivas, por lo tanto los contratantes no pueden modificar su esencia, ni transformar en cosa corpórea lo que no lo es, para establecer un derecho real ni constituir un derecho independiente sobre una porción integrante de una cosa.<sup>(5)</sup>

Las ventajas argumentadas en favor de este sistema son las siguientes: uniforma la gama de derechos reales sobre las cosas en unas categorías perfectamente definidas y con caracteres bien determinados, evitándose así la abundancia de derechos reales, algunos sin nombre conocido en Derecho, se facilita la labor del registro en su función de calificación, se dispone de unos esquemas fijos en que colocar las nuevas construcciones jurídicas, y se deja libre el campo de los derechos personales para satisfacer nuevas exigencias jurídicas.<sup>(6)</sup>

El modelo numerus clausus, en opinión del Prof. Lacruz, ofrece gran seguridad a adquirentes y terceros, pues el nombre del derecho señala sin más su contenido, y la voluntad del otorgante no puede constituir sino modificaciones previstas por la ley, advierte asimismo que, el Estado no puede dejar en manos de los particulares, la posibilidad de concederle a un conjunto de facultades la condición de derecho real, pues esto tendría graves efectos sobre los terceros, sobre la economía y la riqueza del país, "el numerus clausus sirve a los intereses de la claridad y la seguridad jurídica, que aconsejan evitar la aglomeración de clases y variedades infinitas de fenómenos".<sup>(7)</sup> Y Puig Brutau suma dos argumentos a esta lista, el primero al afirmar que el derecho real supone una obligación pasiva a los terceros, ¿es que éstos, se pregunta, van a estar siempre obligados a respetar cualquier situación creada caprichosamente por el acreedor? "Si existe un deber exigible de respeto es porque la ley ha trazado las líneas fundamentales que es preciso guardar, pero si se sale de ellas,

(5) CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. T. II, Derecho de cosas, Vol. I, Reus, Madrid, 1987, pág. 83. Los ejemplos que pone son: gravar una cuarta parte indivisa de un predio de servidumbre de paso, y transferir la propiedad de la piel de un tigre que sigue encerrado en un zoológico.

(6) Esta lista de ventajas es la expuesta por Serrano y Serrano, citado por Castán, *op. cit.*, pág. 83.

(7) LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Derechos Reales*, Vol. I, 1ª Parte. *Poseción y Propiedad*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1988. Agrega que el sistema numerus clausus hace de los derechos reales moneda acuñada circulando por el tráfico con un valor fijo, prestando gran servicio a los adquirentes y a los terceros.

ad libitum no se puede, en buena lógica, exigir la adhesión de los extraños". Y continúa diciendo que los derechos reales suponen el acatamiento de formalidades tradicionalmente exigidas, de cuya publicidad deriva la oponibilidad erga omnes de tales derechos.<sup>(8)</sup>

Incluso algún autor, tal vez poniendo más ardor en la polémica, ha amenazado con el caos al sistema inmobiliario si se lo dejara a expensas del modelo numerus apertus, en efecto, Servat Adúa se preguntaba que "si se diera a la voluntad humana la más plena autonomía a este respecto, ¿no se introduciría la anarquía y el caos en nuestro sistema inmobiliario. ¿No se desnaturalizaría el Registro subordinando al arbitrio de la libertad de contratación el mayor o menor ámbito de su misión protectora? ¿No se dificultaría el tráfico sobre inmuebles al multiplicarse sus gravámenes? ¿No sobrevendría fatalmente el descrédito de todo el sistema inmobiliario?"<sup>(9)</sup> Como estas interrogantes demuestran, el asunto no ha estado carente de pasión y convicciones fuertes.

Estos argumentos y otros han sido esgrimidos, además de por los citados, por autores como Planiol, Hernández Gil, Martínez Pérez, Ballester Giner y Cossío.<sup>(10)</sup>

Como hemos visto, argumentos y razones no les faltan a los propugnadores de esta postura. Deseamos terminar esta sección resumiendo lo dicho en palabras de Castán, para quien la doctrina científica "llega a la conclusión de que, en el fondo, incluso nuestro Derecho positivo sigue el criterio de numerus clausus".<sup>(11)</sup>

#### 4. POSTURA DE NUMERUS APERTUS

Este sistema propugna la lista abierta, considera que la voluntad privada no debe limitarse al menú de derechos reales citados en el Código Civil, sino que su autonomía le permite forjar, tanto modificaciones en la estructura de los

(8) PUIG BRUTAU, *op. cit.*, págs. 23-24.

(9) SERVAT ADUA, José. *Derechos reales y pactos de trascendencia real. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. T. XXI, 1948, pág. 750. Sin embargo, renglones después, curiosamente se contradice, y prevé que "la voluntad puede seguir y seguirá elaborando nuevos tipos de derechos reales como fórmulas jurídicas, las más adecuadas para las nuevas necesidades que vayan surgiendo", con lo que al parecer, desmiente sus negros temores.

(10) PLANIOL, cit. por Puig Brutau, *op. cit.*, pág. 24. FERNANDEZ GIL y MARTIN PEREZ, citados por Lacruz, *op. cit.*, pág. 25, BALLESTER GINER, Eladio, *Derechos reales*. 2ª ed., Valencia, 1986. Cossío, *op. cit.*, pág. 37. Ballester Giner aclara que no es cierto que la Dirección de los Registros sea enemiga ni mire con disfavor el sistema legal español.

(11) CASTÁN, *op. cit.*, pág. 84.

derechos típicos, como figuras novedosas. Aunque el próximo apartado estará destinado al estudio del esquema normativo español sobre el respecto, ya aquí tendremos que comenzar a leer los artículos usados por ambos "bandos" para sostener sus posturas.

Dentro de su discurso a favor del numerus clausus, Lacruz menciona algunas ventajas que los numerusaperturistas suelen argumentar: que el numerus clausus es una camisa de fuerza a la iniciativa privada, porque la espontaneidad social forja para cada situación instrumentos jurídicos más adecuados por la ley, que así se priorizan exigencias técnicas a las conveniencias vitales, que la actividad legislativa va siempre detrás de la vida y sus necesidades. Y por último, que el Registro Inmobiliario debe estar al servicio de la vida real, recogiendo los instrumentos jurídicos más idóneos para llenar las necesidades y aspiraciones de los sujetos, siendo los derechos reales atípicos precisamente este tipo de instrumentos.<sup>(12)</sup>

Según Díez Picazo, "la doctrina del numerus apertus posee a su favor el argumento incontestable de que el Código civil no contiene ninguna prohibición de que los particulares puedan crear derechos reales. Es más, ni siquiera existe en él un precepto que establezca una lista de los derechos que son derechos reales, ni abierta ni cerrada".<sup>(13)</sup> Los principales caballos de batalla de la postura numerus apertus son sin duda los artículos 2.2 de la Ley Hipotecaria y el 7 de su Reglamento. En el primero se lee: En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán: 2. Los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y *otros cualesquiera reales*.<sup>(14)</sup>

Este artículo está desarrollado por el 7 del Reglamento Hipotecario, según el cual "no sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, *sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en Derecho*, modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales".

(12) LACRUZ, *op. cit.*, pág. 25.

(13) DÍEZ PICAZO, Luis; y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. III, 5ª ed., Madrid, 1990.

(14) Artículo que tiene su equivalente en el Código costarricense: Art. 459. En el Registro de la Propiedad se inscribirán... 2. Aquellos en que se constituyan, reconozcan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, servidumbres y cualesquiera otros reales diversos del de hipoteca.

Estos artículos vienen complementados por el 1255 y el 1280 del Código Civil, el primero, si bien para contratos, estipula que "los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público".<sup>(15)</sup> Y el 1280 expresa que deberán constar en documento público: 1. Los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles.

Luego de este repaso normativo podemos adentrarnos en algunas opiniones doctrinales que sustentan el *numerus apertus*, y sin duda el que más claramente lo ha defendido es Albaladejo. Para este Profesor Emérito, los derechos típicos no son los únicos posibles, sino que caben, en principio, otros derechos reales que los particulares deseen establecer. Esta libertad de movimiento la marca Albaladejo en tres vertientes: creando derechos reales originales, mezclando elementos de los ya existentes o modificando la estructura interna de los típicos. Su postura es decidida: "la tesis del *numerus apertus* no sólo hay que aceptarla en nuestro Derecho vigente, sino que es preferible también en abstracto. Y el argumento de que los derechos reales interesan a la comunidad, y no sólo a los particulares que los establecen, y que por eso su lista no debe ser abierta, es argumento que, incluso teniendo cierto peso, para desbancar el sólido apoyo que para el sistema de lista abierta representa el recoger la libertad de cada uno de imponer sobre sus bienes los derechos que apetezca".<sup>(16)</sup>

El *numerus apertus* se entiende dominante en dos vertientes: 1. porque es factible legalmente alterar la estructura de los derechos típicos (cfr. artículos 392, 467, 470, 523, 594, 598, 1648.2 del Código Civil español, y 51.6 del Reglamento Hipotecario). Cabe sujetar los derechos reales a condición (11-23 y 37 Ley Hipotecaria), término o modo (647 C.C.), y en general a situaciones temporales limitadas o a situaciones jurídicas de pendencia. Y 2. porque cabe inventar nuevos tipos de derecho, reales; Bernaldo de Quirós, a quien le debemos esta doble proyección, cita la sentencia del Tribunal Supremo del 30 de diciembre de 1930, que admite nuevas figuras censuales similares a la *enfiteusis*.<sup>(17)</sup>

(15) El Código Civil costarricense no contiene un artículo equivalente. Pero la libertad contractual resulta de la relación del art. 28 b) de la Constitución Política, con los arts. 1022 y 1023 del Código Civil.

(16) ALBALADEJO, Manuel. *Curso de Derecho Civil Español*. T. III. Bosch, Barcelona, 1982, págs. 23-24.

(17) PEÑA BERNALDO DE QUIROS. *Manual de Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Universidad Complutense, Madrid, 1982, pág. 22.

Este mismo autor alega en favor del *numerus apertus* que es imposible que la Ley prevea todas las figuras que satisfagan las múltiples exigencias de la realidad. Díez Picazo intenta superar la polémica, reconociendo la vigencia del *numerus apertus* dentro del Ordenamiento español, y tratando de avanzar un paso más allá: reconocido el poder de la autonomía de la voluntad para crear derechos reales, la pregunta a contestar ahora, según él, es qué límites tiene esa iniciativa privada, y concluye que a ésta es menester "se sobrepongan otros factores que cabría calificar de control social, como son la plena determinación del objeto, la forma y la publicidad".<sup>(18)</sup>

Entre los autores que, con opiniones más o menos matizadas, se adscriben al modelo *numerus apertus* poderlos citar: Chico y Ortiz, O'Callagan, Acedo, García y García, y García Cantero.<sup>(19)</sup>

## 6. ANALISIS DEL SISTEMA NORMATIVO

Los artículos que hemos citado les ha servido a ambos sectores para llevar agua a sus molinos, inicialmente los analizaremos desde la óptica de los autores que defienden el *numerus clausus*.

El 1255 C. C. es utilizado no tanto en sí mismo, sino para echar en falta un equivalente que permita la libertad contractual en la esfera de los derechos reales, Cossío y Roca Sastre lo ubican a la luz de este razonamiento. Lacruz va un poco más allá y ante el uso del 1255 por analogía, opone, basado en la distancia entre el crédito exigible frente a un contrato y el derecho real oponible *erga omnes*, el argumento a contrario; y remata diciendo que "también el argumento ex art. 1255 queda en cuestión si se repara en que tal precepto, cuando establece la libertad de crear obligaciones, lo hace dentro de un esquema rígido de lo que es la obligación o el crédito, y además con eficacia *inter partes*",<sup>(20)</sup> lo que nos conduce al tema de la relatividad de los contratos. Por su parte Díez Picazo nos recuerda que el 1255 "está casi inmediatamente seguido por otro

(18) DÍEZ PICAZO. En *Autonomía de la voluntad y derechos reales*, págs. 299-300.

(19) CHICO y ORTIZ, José María. *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, T. I. Marcial Pons, Madrid, 1981, pág. 440. O'CALLAGHAM MUÑOZ, Xavier, *Compendio de Derecho Civil*. T. III, E.R.D.P., Madrid, 1938, pág. 27. ACEDO, Jesús, *Derechos reales innominados*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero, 1959, pág. 497. GARCIA GARCIA, José Manuel, *Derecho Inmobiliario Registral e Hipotecario*, T. I, Cívitas, Madrid, 1988, pág. 553. GARCIA CANTERO, Gabriel, en nota a Castán, *op. cit.*, págs. 85-86-87.

(20) LACRUZ, *op. cit.*, pág. 27. También Castán, pág. 84 echa de menos un equivalente para derechos reales.

texto en virtud del cual los contratos sólo surten efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos”.

En cuanto al art. 1280, si bien se declara en él la voluntad de los particulares de engendrar derechos, se le achaca que no prejuzga la libertad de configuración, es decir, la facultad de producir tipos de derecho, reales no regulados expresamente en la ley”.<sup>(21)</sup>

Son más difíciles de combatir los datos normativos extraídos de la legislación hipotecaria, que, como ya vimos, ofrecen apoyos sólidos a la tesis *numerus apertus*, pero se intenta. Hernández Gil considera la frase “y otros cualesquiera reales”, del artículo 2 L.H. es “una mención colectiva de verdaderos derechos reales típicos que existen en nuestro ordenamiento, y que no fueron singularmente citados por el art. 2 L. H. en razón, seguramente a que en mayor o menor medida existe duda sobre su naturaleza jurídica, aunque predomina su consideración como verdaderos derechos reales”.<sup>(22)</sup> Y como ejemplos cita el derechos de superficie, los foros, la anticresis, los derechos de tanteo, retracto y la opción. Visto así, esta expresión implicaría un grupo de derechos no citados en otros lugares, por no estar plenamente reconocidos como reales, y no la permisibilidad de que la iniciativa privada pueda forjar nuevos derechos reales.

Se ha intentado también desvirtuar el poder liberatoria de la voluntad privada en el art. 7 del Reglamento Hipotecario, y así, Martín Pérez, citado por Lacruz, explica la frase “cualquier acto de trascendencia real sin nombre propio en Derecho” a través del art. 594 C.C., que permite al dueño establecer en su inmueble “las servidumbres que tenga por conveniente y en el modo y forma que bien le pareciere”. O sea, dentro de la figura típica servidumbre caben variantes bautizados en Derecho y otros innominados, que serían los que las partes forjan con sus pactos. Martín Pérez limita, entonces, la facultad creativa al juego interno dentro de cada figura típica. Y Lacruz por su parte agrega que el art. 7 deja abierta la interrogante de cuándo un contrato goza de trascendencia real, y atribuye la falta de nombre propio en Derecho al contrato, no al derecho real mismo, lo que en su opinión lo distingue del citado art. 2 L.H. Su ataque a la norma culmina afirmando que el art. 7 cede su fuerza si se repara en su naturaleza reglamentaria, pues de una norma de este rango no cabría extraer efectos que implican importantes juicios de valor sobre el tráfico de los inmuebles.<sup>(23)</sup>

Estas son algunas de las objeciones que el cuadro normativo recibe. Ahora expondremos razones aducidas por la corriente *numerus aperturista*, que se apoya en estos mismos artículos.

(21) Cossío, *op. cit.*, pág. 37.

(22) HERNANDEZ GIL, citado por Lacruz, *op. cit.*, pág. 25, nota 9, quien suscribe dicha construcción.

(23) MARTIN PEREZ, cit. por Lacruz, *op. cit.*, pág. 25. Y el mismo Lacruz.

El Prof. Díez Picazo, frente a las objeciones a la tesis del *numerus apertus* de que no existen en el C.C. una norma similar al 1255, en materia de derechos reales, responde que este razonamiento llevaría a la absurda e injusta conclusión de que lo que no está expresamente permitido se encuentra prohibido, el argumento de que el art. 2 podría referirse a otros derechos reales reconocidos pero no enumerados en el Código lo contesta afirmando que, puestos a imaginar, bien podríamos deducir que se refiere al sistema *numerus apertus*, y sobre el rango reglamentario del art. 7 R.H., agrega que sería válido se aislase del art. 2 L.H. pero que al contrario, lo que hace es complementarlo y desarrollarlo.

Para Acedo la existencia del art. 7 es una muestra indudable de que el sistema español se inclina por el modelo *numerus apertus*.<sup>(24)</sup> Para arribar a la misma solución, O'Callaghan utiliza el art. 1255 C.C., agregando eso sí, que las partes en uso de esta facultad deben respetar conceptos básicos, haciendo concurrir en el derecho real creando factores elementales, (sujeto, objeto y eficacia, entre otros),<sup>(25)</sup> lo que con su terminología García Cantero denomina “contenido esencial de la relación jurídica o de la situación jurídica que resulta del acto de autonomía o negocio creador”.<sup>(26)</sup>

## 6. JURISPRUDENCIA DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS

Si bien anunciamos en la introducción que no es nuestra intención hacer un análisis de toda la jurisprudencia registral, sino solamente la de los últimos 10 años, para que ese comentario no parezca salido de la nada, comentaremos brevemente el comportamiento de las resoluciones desde 1930 hasta la década de los setentas. Quien primero nos auxilia en dicha tarea es Castán, quien sostenía que la Dirección de los Registros simpatizaba con la postura *numerus clausus*, “reconociendo que la doctrina condensada en la frase *numerus apertus* no autoriza la constitución de cualquier relación jurídica inmobiliaria con el carácter y los efectos de un derecho real”.<sup>(27)</sup>

Por su parte Chico y Ortiz considera que la dirección marca una pauta restrictiva en la elaboración de los derechos reales por parte de los particulares, y resume su tesis así: el modelo *numerus apertus* no autoriza a la constitución

(24) ACEDO, *op. cit.*, pág. 48.

(25) O'CALLAGHAN, *op. cit.*, pág. 27.

(26) GARCIA CANTERO, *op. cit.*, pág. 85 s.s.

(27) CASTÁN, *op. cit.*, pág. 84.

de cualquier derecho real... y ha de llenar las características externas y aparentes que les hacen trascender a terceros y los requisitos que exige su inscripción.<sup>(28)</sup> Ballester Giner coincide con este enfoque sobre la jurisprudencia.<sup>(29)</sup>

Díez Picazo, siendo uno de los autores que más certeramente han criticado el modelo *numerus apertus*, opina que es, sin embargo, el seguido por el sistema español. A él le debemos un interesante análisis de la jurisprudencia discurrida entre 1930 y 1959, resumiendo sus impresiones en las siguientes máximas:

- a. La voluntad no puede configurar situaciones hipotecarias contra los preceptos civiles;
- b. Hay que respetar los preceptos que impiden la autorización de la propiedad;
- c. La manifestación o declaración de la voluntad debe llenar los requisitos de fondo y forma que impone la especial naturaleza de tales derechos y las características externas que han de trascender a los terceros;
- d. Las orientaciones limitativas encierran innegables ventajas porque facilitan la labor de los Registradores, favorecen los cálculos de los terceros y evitan la creación de derechos innominados y ambiguos;
- e. Para constituir un derecho real es menester que se dé en ello un interés serio y legítimo.<sup>(30)</sup>

En un trabajo posterior este mismo autor, de la misma fuente jurisprudencial, extrae conclusiones, que añadimos con afán complementador:

1. El derecho real creado debe reunir los requisitos típicos de la categoría;
2. Que esta creación real no contradiga el orden público (art. 1255), entendido como orden público económico;
3. Es menester describir perfectamente el objeto gravado y el derecho que pretende inscribirse;
4. Respeto a los requisitos formales (escritura pública);
5. Es necesario que esa voluntad privada vaya unida a una causa, considerada como la función económica-social.<sup>(31)</sup>

(28) CHICO y ORTIZ, *op. cit.*, pág. 443. Añade que la jurisprudencia posterior ha variado ese criterio. Debemos recordar que su edición es de 1981.

(29) BALLESTER GINER, *op. cit.*, págs. 18-19.

(30) DÍEZ PICAZO, en *Autonomía de la voluntad y derechos reales*, pág. 293.

(31) DÍEZ PICAZO, *Sistema de Derecho Civil*, pág. 57.

Esto nos ofrece un panorama previo de lo que la jurisprudencia ha señalado, para estudiar ahora si en la década de los 80, ha cambiado de parecer, o conserva sus posiciones.

1. La resolución de 1 de abril de 1981 estudia la trascendencia real de una futura operación hipotecaria de división material, siendo el caso de una finca adquirida pro-indiviso por varias personas, que pactaron el modo de proceder en su día a la disolución de la comunidad creada, mediante una división material predeterminada. El fallo considera "que nuestro sistema inmobiliario está basado según establece el artículo 2 de la Ley Hipotecaria exclusivamente en la inscripción de los títulos que contengan derechos de naturaleza real, si bien no prima un criterio de *numerus clausus*, tal como se desprende del artículo 7 del Reglamento Hipotecario, que permite el ingreso de cualquier contrato de trascendencia real que sin tener nombre propio en derecho, modifique desde luego, o en el futuro, alguna de las facultades del dominio sobre inmuebles o inherentes a derechos reales. Considerando que ese criterio de *numerus apertus* adoptado por nuestra legislación, obliga al Registrador, en una misión ciertamente no sencilla, como ya ha declarado este Centro, al estudio en cada caso concreto del acto o pacto que se pretende inscribir, al objeto de examinar si se dan o no los caracteres típicos del derecho real, es decir, la absolutidad y la inmediatividad, que determinaría su acceso a los libros, registrales, y caso de que no fuera así, poder rechazarlo, a fin de evitar que entren en el Registro derechos de naturaleza personal. Considerando que en el presente caso el pacto discutido ofrece una naturaleza real en cuanto a que:

- a. Sujeto activo de la titularidad real lo es cada condeño, en tanto que sujetos pasivo, son los restantes copropietarios que lo sean al tiempo de realizarse la disolución de la comunidad, los cuales se encuentran obligados como tal copropietarios y no por el vínculo personal;
- b. El derecho a que la división material se lleve a cabo en la forma pactada recae directamente sobre la finca, sobre la cuota intelectual y sobre una parte de finca físicamente determinada en el pacto;
- c. Produce una mutación jurídico real inmobiliaria al modalizar el alcance de la cuota y excluir los procedimientos de disolución de comunidad, a excepción del pactado, todo lo cual trae como consecuencia que el titular del derecho pueda exigir *erga omnes* que se le adjudique precisamente esa determinada porción de la finca, y que ese derecho sea exigible en perjuicio de terceros.

La resolución de 25 de junio de 1981 se refiere a sí el pacto contenido en la Estipulación tercera de la escritura calificada, que indica que "El Estado incorpora el inmueble adquirido a su patrimonio sin sujeción a condición alguna y sin obligarse a destinarlo a un fin determinado", supone una extralimitación

en sus facultades por parte de las personas que comparecieron en nombre del Estado, motivo que impediría la inscripción solicitada. Considera la Dirección que es su constante doctrina, la de no permitir el acceso al Registro a todos aquellos derechos o pactos que carecen de *trascendencia real* o que no estén asegurados con una garantía de esa naturaleza, mucho menos habrá de tenerse en cuenta cuando el fin ni siquiera origina entre las partes un pacto obligacional.

La resolución de 14 de mayo de 1984 debate si puede tener acceso al Registro de la Propiedad el derecho que el titular de dos parcelas colindantes establece a favor de los futuros titulares de una de ellas le que el garaje del edificio que se construya en esta última pueda expandirse a parte del subsuelo de las otras de las citadas parcelas, teniendo en cuenta que el suelo cuya parte subterránea se invade no es edificable en altura, según impone su licencia administrativa, y que además no tendrá conexión física alguna con el edificio a construir en el resto de la parcela invadida. Aprovecha la Dirección para recordar que el modelo *numerus apertus* es más palpable en materia de servidumbres prediales, que sobre el principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 C.C.), que autoriza la constitución de servidumbres siempre que no contravengan ni la ley ni el orden público, lo que no sucede en este caso, en el que la servidumbre constituida es un existencia de las relaciones socio-urbanísticas que la realidad genera, y en la que razones de necesidad, utilidad y servicio, imponen que un edificio expanda su garaje a parte del subterráneo de un suelo colindante no edificable. Una limitación así debe hacerse constar, continúa la Dirección, para que surta efectos contra terceros, en la inscripción de la parcela que soporta el gravamen impuesto, y además, si así se solicita, como cualidad del predio dominante, dada la nota de inseparabilidad de toda servidumbre. La Dirección rechaza la inscripción, considerando que no cabe entender que la expresión del garaje debajo del suelo colindante obligue a interponer aquél dentro del edificio construido, dado que ninguna conexión física tiene con el mismo.

La resolución de 10 de abril trata de lo que denomina un "complejo negocio de transmisión de solares", para entender éste citaremos sus especiales características:

1. Arranca su causa del contrato traslativo de los dos solares;
2. Los solares se transmiten a cambio de una contraprestación, cuya exigibilidad queda aplazada a momento posterior al previsto para ultimar la edificación;
3. El adquirente de los solares contrae la obligación de edificar sobre ellos en las condiciones y términos prefijados.
4. La contraprestación que recibirá la entidad que enajenó los solares consistirá, alternativamente a su elección:
  - a. Cantidad de dinero;

- b. Los locales o viviendas construidos específicamente determinados (para lo cual se constituyó sobre ellos un derecho de opción inscrito ya);
- c. Otros locales construidos;

5. La transmitente deberá ejecutar la opción dentro del lapso de 4 años, a partir de la fecha de la escritura, y la obligación de pagar el precio total de los solares surge sólo si la adquirente renunciare al ejercicio de la totalidad de dichas opciones;
6. Las partes convienen inscribir las opciones, y en efecto, dicha inscripción consta en los folios correspondientes. Bien, esa opción no responde a la típica enunciada en el art. 14 del Reglamento Hipotecario,<sup>(32)</sup> afirmando la Dirección que "conviene precisar que no podría haber sido suficiente para negar la inscripción, dado nuestro sistema de *numerus apertus*, el que el derecho de adquisición no responda exactamente, como sin duda sucede, al tipo previsto en el art. 14 R.H."

La resolución de 20 de mayo de 1987 versa sobre si la genérica fijación de un margen de responsabilidad hipotecaria por intereses, comprende tanto los remuneratorios como los moratorios, lo sólo los primeros, como sostiene el Registrador, quien, en consecuencia, deniega la inscripción de la estipulación referente a los intereses de demora por su *falta de trascendencia real*. El fallo apoya este rechazo, sosteniéndose en el principio de especialidad, según el cual no cabe entender incluidos bajo la genérica cobertura real por intereses, a los devengados en caso de mora, éstos, si pretenden protección hipotecaria, deberá establecerse en forma diferenciada. Por clarificador transcribimos este párrafo: "Más allá de esta consideración unitaria que en el contrato se pretende dar al mecanismo estipulado, la trascendencia "erga omnes" del estatuto de la propiedad inmueble, la exigencia de una razón justificativa suficiente en los derechos reales configurados por los particulares al amparo del *numerus apertus* establecido en los artículos 2 L.H. y 7 del R.H., la necesidad de perfiles claros en la

(32) Art. 14 Reglamento Hipotecario: Será inscribible el contrato de opción de compra o el pacto o estipulación expresa que lo determine en algún otro contrato inscribible, siempre que además de las circunstancias necesarias para la inscripción reúna las siguientes:

1. Convenio expreso de las partes para que se inscriba.
2. Precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso, el que se hubiera convenido para conceder la opción.
3. Plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá exceder de cuatro años.

configuración de cada derecho real que se constituya, la inviolabilidad de la libre circulación de bienes, obliga a un examen minucioso de aquél para depurarlo de aquellos elementos carentes de los requisitos estructurales necesarios para modalizar el derecho de propiedad del inmueble afecto, y ello, a pesar de estar conectados a otros de indudable alcance real y sin perjuicio de la operatividad que en el ámbito personal pudieran tener si es que no traspasan los límites generales o específicos señalados a la autonomía de la voluntad”.

Siguiendo este razonamiento, esta resolución inscribe la facultad conferida al acreedor para inspeccionar el bien hipotecado, pero rechaza la facultad del mismo acreedor de determinar por sí, a efectos del vencimiento, si el bien hipotecado se encuentra abandonado o derruido. Tampoco es posible, por su falta de *trascendencia real*, inscribir la facultad del acreedor de obtener por sí solo segunda copia de la escritura dotada de ejecutividad. Esta escritura, como vemos, es interesante, porque contrasta cláusulas inscribibles con otras rechazadas.

La resolución de 5 de junio de 1987 plantea que la creciente importancia del crédito territorial, así como el deseo de asegurarse la plena efectividad de la cobertura hipotecaria estipulada, han desembocado en una excesiva complejidad, cuando no ininteligibilidad del mecanismo negocial, en contra de la exigencia real legal de claridad y precisión de los derechos reales, con el consiguiente detrimento del tráfico inmobiliario. Efectivamente, junto al contenido típico del derecho de hipoteca se establece todo un conglomerado de deberes, cargas y límites a cargo del deudor o del hipotecante, a los que se intenta dar alcance real, ya en cuanto integradas en una situación jurídica unitaria modalizadora del contenido normal del dominio sobre el inmueble gravado, o como obligaciones accesorias cuyo incumplimiento provoca el vencimiento anticipado del crédito garantizado.

Frente a este panorama, la Dirección decide que esta interacción entre elementos personales y reales, y la relación de accesoriedad en que se hallan, no puede desnaturalizar estos últimos: la configuración de situaciones reales, dada su importancia económico-social y su trascendencia erga omnes, no queda totalmente confiada a la autonomía privada, el *numerus apertus* reconocido en nuestro ordenamiento jurídico, presupone la satisfacción de determinadas exigencias estructurales, como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real configurado, la inviolabilidad del principio de libertad de tráfico, etc. Por ello la Dirección, sin prejuzgar la validez inter partes de estas previsiones restrictivas, su pretendida operatividad real la excepciona, al no resultar cumplidas las exigencias estructurales aludidas. Y las razones de la Dirección para rechazar estas estipulaciones accesorias son:

1. Contradican la existencia y finalidad mismas del derecho real de hipoteca, el cual debe recaer directamente sobre el bien gravado, siendo indiferente quién sea su titular o las vicisitudes patrimoniales del deudor;
2. Sobre no añadir ninguna garantía nueva, ni aportar utilidades apreciables al acreedor: amplían de manera desorbitada e injustificada sus facultades en detrimento de la propiedad de los demás acreedores del deudor, y sobre todo de éste último.
3. Menoscaban de modo evidente la aptitud circulatoria y crediticia del bien gravado.

El fallo de 26 de junio de 1987 versa sobre la posibilidad de segregar de un edificio de dos plantas, no constituido en Régimen de Propiedad Horizontal, un local sólo de la planta baja, e imponer sobre esta porción la servidumbre de apoyo de la planta segunda y de las futuras que se contruyeran. Y además, agrupar el local y solar segregados a otro local perteneciente a un edificio colindantes, sí constituido bajo aquel régimen. La Dirección ante esto razona que la multiplicidad de situaciones fácticas posible en esta materia, determina la no imposición de construcciones jurídicas específicas, sino, al contrario, el reconocimiento a los particulares de la facultad de elección del instrumento jurídico que, entre los varios que proporciona el Ordenamiento, les resulte más adecuado al caso concreto, en función de sus características peculiares y de los fines perseguidos. Ahora bien, esta libertad de configuración debe moverse dentro del respeto a las exigencias estructurales del sistema y a los límites derivados de la trascendencia erga omnes del status jurídicos de los bienes. La Dirección opta por rechazar la inscripción, pues la inevitable interdependencia física, así como la complejidad e intensidad de las relaciones derivadas, reclama jurídicamente la inseparabilidad entre el derecho sobre el espacio privativo y la titularidad sobre los elementos que lo definen y posibilitan su goce separado.

La resolución de 30 de junio de 1987 plantea la inscribibilidad de un contrato, denominado de venta en garantía de deuda, que es objeto de reconocimiento, en el que la obligación asumida por una de las partes de transmitir la cosa vendida, no responde a una correlativa obligación de la otra parte de pagar precio alguno, sino a una exclusiva finalidad de garantía de la deuda, que la primera reconoce en favor de la segunda, quien únicamente asume el compromiso de retransmitir si dicha deuda resulta efectivamente satisfecha en el plazo de 15 años.

El Registrador rechaza la escritura alegando imprecisión de la verdadera naturaleza jurídica del negocio, pudiendo existir violación de las normas reguladoras de la compraventa y de los préstamos con garantía real. El Registro rechaza efectivamente la inscripción, y antes de valorar sus razones, nótese que

estamos frente a un negocio fiduciario "*crum creditore*", en el que, según jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, no hay enajenación propiamente dicha, sino garantía o afianzamiento del débito. Acotado lo anterior diremos que las razones del rechazo son:

1. No puede reflejarse en el Registro en favor del llamado comprador, el derecho a que se refiere la escritura, la propiedad misma, ya que como queda demostrado, del título resulta que el "comprador" no ha adquirido la propiedad.
2. Porque no puede reflejarse tampoco, el derecho real de garantía producido a favor del prestamista, pues ni la naturaleza y extensión de este posible derecho aparecen con la precisión y claridad que exige el principio de especialidad.

En la resolución de 23 de octubre de 1987 se conoce una escritura, que contiene una cláusula según la cual vencerá el préstamo hipotecario de pleno derecho, cuando el prestatario incumpliere cualquiera de las obligaciones siguientes: pago por intereses, aunque excedieren el máximo garantizado hipotecariamente, pago del impuesto del Tráfico de Empresas, fidelidad del prestatario en los datos que sirvan de base a la concesión del préstamo o a la vigencia del mismo, obligación de no enajenar, gravar, arrendar o ceder el disfrute de la finca hipotecada o alterar su destino, pagar las contribuciones y demás gastos de la finca, exhibir recibos y asegurarla contra daños.

Obviamente la Dirección rechaza la escritura. Y transcribo este párrafo porque en realidad no tiene desperdicio: "En la configuración de los derechos de obligación predomina el principio de autonomía de voluntad y son excepcionales los límites que impone el orden público. En la configuración de derechos reales predominan, en cambio, los criterios de orden público, sin negar totalmente el juego de la autonomía de la voluntad; ello es consecuencia de la propia naturaleza del dominio y de los derechos reales, pues tienen trascendencia *erga omnes* y afectan directamente al estatuto jurídico del aprovechamiento y circulación de los bienes y, por tanto, a la economía de la Nación.. Por eso la flexibilidad de la configuración de una obligación debe ceder ante las exigencias del orden público en cuanto al contenido y alcance que esa misma obligación vengán a determinar (...) No caben a efectos hipotecarios, los pactos que, en contradicción con el principio de determinación, dejen los contornos del derecho real... al arbitrio de una sola persona. (...) Una cláusula como la rechazada... involucraría en la obligación otras múltiples obligaciones con injustificado detrimento del claro perfil que el orden público y la economía exigen a los derechos reales.

La resolución de 28 de octubre de 1988 es muy corta, pero aprovechamos un par de ideas: estima el Registrador que inscrito en favor de los transmiten-

tes un derecho a construir en el subsuelo, no puede practicarse —la inscripción de la transmisión de una cuota sin que previamente se declare la construcción realizada y se constituya dicha edificación en régimen de propiedad horizontal—. Mas no hay razón legal que apoye esa exigencia y que limite, la facultad de disposición connatural, en principio, de todo derecho real.

Y la otra idea es que tratándose de derechos atípicos inscritos, no puede pretender el Registrador que en la escritura reciba una exacta denominación —que no la tiene— y lo importante es que del conjunto de la escritura sea indudable que las partes se refieren al derecho inscrito.

Y la última resolución que citaremos plantea si es inscribible una escritura pública en la que un Ayuntamiento "cede el uso" de un edificio de su propiedad a la Tesorería Nacional, para fines de servicio social. Responde la Dirección recordando que los contratos de cesión del mero uso no dan lugar a enajenación de derecho real alguno, rigiendo, en su caso, las reglas del comodato. Para entender que el acto era de gravamen del inmueble y que lo cedido era un derecho real habría sido preciso que resultara de modo patente la voluntad de las partes de constituir un derecho de esta naturaleza. "No habiendo derecho real, el contrato no es de los que puede ser inscrito". Resolución de 16 de octubre de 1989.

## 7. CONCLUSIONES

Esta última parte del trabajo, en la que intentaremos dar, en la medida de nuestras limitadas posibilidades, un aporte y una visión personal de lo expuesto, estará dividida en dos secciones, el comentario del panorama doctrinal que ya conocemos, con la inevitable toma de postura, y el comentario de la jurisprudencia.

Importantes autores, como hemos visto, argumentan a favor del modelo *numerus clausus*, que no existe para los derechos reales una norma similar al art. 1255 C.C. (Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público), que regula los derechos obligacionales, pero creemos que la crítica no es admisible, pues el principio que rige las relaciones entre privados es el de permitir lo no prohibido, a la inversa del Derecho Público, que permite sólo lo autorizado, o sea, entre los particulares no tenemos que esperar a que una norma nos autorice un acto o contrato, basta con que dicho acto no esté expresamente limitado.

El citado mecanismo mediante el cual Martín Pérez convierte al art. 7 R.H. en casi un soporte del sistema *numerus clausus*, me parece hábil pero desafortunado. Este autor nos habla de una libertad interna, de la posibilidad de variar contenidos dentro de los derechos tipificados, y nos demuestra la gran flexibilidad del *numerus clausus*, lo que a nosotros nos hace pensar en el consejo

del poeta: "uno es totalmente libre de hacer lo que quiera, pero dentro de su jaula". En realidad el art. 7 (...no sólo deberán inscribirse... los derechos reales... sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho...), es muy claro y hay que ser muy hábil para hacer derivar de palabras tan claras significados contrarios. Y con casi las mismas palabras podríamos referirnos a la interpretación que del art. 2 de la Ley Hipotecaria (En los Registros... se inscribirán... los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo... y otros cualesquiera reales), hace Hernández Gil según la que la frase "y otros cualesquiera reales", no significa la posibilidad de crear nuevos tipos, sino una mención conjunta y no expresa de derechos reconocidos, pero dudosos. No comulgo con su planteamiento porque está claro que el legislador no quiso hacer una lista hermética de derechos reales, sino permitir la movilidad, la flexibilidad jurídica.

Aunque reconozco que el art. 7 R. H. tiene nivel reglamentario, serían válidas sus críticas si fuese un islote aislado, pero al contrario, forma parte de un sistema normativo doctrinal y jurisprudencial, que a mi entender forman un frente sólido en favor de la vigencia de los *numerus apertus* en Derecho español.<sup>(33)</sup>

Algunos autores plantean el modelo *numerus apertus* como una verdadera calamidad para el sistema. Cossío se pregunta, ¿Es que los terceros van a estar siempre obligados a respetar *cualquier* situación creada *caprichosamente* por el acreedor?, (el énfasis es nuestro). Puig Brutau advierte que "el sistema del *numerus apertus*... no cabe duda que introduce la confusión y el desorden", y por supuesto las negras preguntas-premoniciones de Servat Adúa: "¿No se introduciría la anarquía y el caos en nuestro ordenamiento inmobiliario?... ¿No sobrevendría fatalmente el descrédito de todo el sistema inmobiliario?". Todas estas advertencias, como hemos visto algunas de cierto dramatismo, nos hacen pensar en un modelo *numerus* sin límites, sin más ley que la ocurrencia de los contratantes, especie de patente de corso para navegar por el Derecho civil inventando derechos reales todos los días, pero la realidad nos ha demostrado que el sistema aperturista funciona de manera muy distinta, reglamentado, con límites legales bien definidos, solucionando problemas nuevos, y probablemente más deberá solucionar en un futuro donde la tecnología nos asombra día a día. No nos parece descabellado pensar en que los años nos impondrán nuevas necesidades jurídicas, nuevas formas de relacionarnos con los bienes, y considero que un Derecho flexible, de listas abiertas al progreso, un Derecho que le otorgue a la libertad privada la movilidad, la maniobra normada pero cómoda,

(33) Cfr. LACRUZ, *op. cit.*, pág. 27.

es el que necesitamos para los retos venideros. Es cierto que el Ordenamiento marcha tras la realidad, pero un poco de previsión no le vendría mal.

A estas alturas ya resulta una obviedad decir que considero no sólo que el modelo *numerus apertus* rige en Derecho español, sino que creo que debe seguir rigiendo en él. No comparto la construcción formal que hace reinar el modelo *apertus* en superficie y "en el fondo" el *clausus*.<sup>(34)</sup> Otro de los argumentos clausistas es que es muy difícil crear nuevos derechos reales, sin embargo nadie ha dicho que sea fácil, ni hay norma en el Ordenamiento que declare derechos reales sólo a los de sencilla o compleja creación, el grado de dificultad no me parece un criterio válido para descartar la naturaleza real de una figura.

La afirmación de que el sistema *clausus* facilita la labor del Registro, ya fue hábilmente contestada por Albaladejo,<sup>(35)</sup> y también por Chico y Ortiz, para quien el asunto ha de ser "entendido sin perjuicio de la gran dificultad que supone separar lo real de lo personal, en lo que tanto juego tiene la intención de las partes y la redacción de las cláusulas y la necesidad de ampliar el campo de lo real al amparo del *numerus apertus*, para no restringir nuestro Registro a uno de 'purezas reales' que no tenga proyección en el futuro", (el énfasis es nuestro).<sup>(36)</sup>

Seguimos el ya expuesto esquema de Peña Bernaldo de Quirós, de admitir el *numerus apertus* a dos niveles, tanto creando nuevas situaciones reales, como modificando la estructura de las figuras típicas, de hecho la posibilidad ofrecida por el Ordenamiento de alterar el interior de los esquemas típicos, al contrario que a Martín Pérez, a nosotros nos parece un argumento más a favor del imperio de los *apertus* en el Derecho español. Miramos con interés y suscripción la postura de Díez Picazo, que nos parece conciliadora y útil, que reconoce que en el Ordenamiento impera la postura *numerus apertus*, pero además, constructivamente, enfatiza que ahora lo importante es investigar los límites de ese poder creador de derechos atípicos, su labor de extraer pautas de la jurisprudencia registral es enormemente útil en ese esfuerzo por conocer las fronteras de la libertad privada como fuente de derechos reales.

Y a ese esfuerzo, es que pretendo dedicar, con mis modestísimas capacidades, la segunda parte de estas conclusiones, a intentar derivar de la jurisprudencia reciente, esos límites a la iniciativa privada. Sin perjuicio, claro está, de que algunos coincidan con los ya citados.

De la jurisprudencia de los años ochenta, podemos extraer las siguientes pautas:

(34) Cfr. Castán, *op. cit.*, pág. 34, y ROCA SASTRE, *op. cit.*, pág. 278.

(35) ALBALDEJO, *op. cit.*, págs. 23-24.

(36) CHICO y ORTIZ, *op. cit.*, pág. 425.

1. El criterio adoptado por la legislación española es el de *numerus apertus*.
2. La misión del Registro es la de examinar en cada caso concreto el acto o pacto que se pretende inscribir, al objeto de constatar si se dan o no los caracteres típicos del derecho real, es decir, la absolutidad y la inmediatez, que determinaría su acceso a los libros registrales, y en caso de que no fuere así, rechazarlo a fin de evitar que entren en el Registro derechos personales.
3. La posibilidad de *numerus clausus*, que es más palpable en materia de servidumbres reales que sobre el principio de autonomía de la voluntad, autoriza la constitución de servidumbres, siempre que no contravengan la Ley ni el orden público.
4. La configuración de situaciones jurídico-reales, dada la importancia económico-social y la trascendencia erga omnes del estatuto de la propiedad inmueble, no queda totalmente confiada a la autonomía privada.
5. El *numerus apertus* presupone la satisfacción de determinadas exigencias estructurales, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación de los contornos del derecho real configurado y la inviolabilidad del principio de libertad de tráfico.
6. En la configuración de los derechos reales predominan los criterios de orden público, sin negar totalmente el juego de la autonomía de la voluntad, ello como consecuencia de la propia naturaleza del dominio y de los derechos reales, pues tienen trascendencia erga omnes, y afectan directamente al estatuto jurídico del aprovechamiento y circulación de los bienes, y por lo tanto, a la economía de la Nación.
7. No caben, a efectos hipotecarios, los pactos que en contradicción con el principio de determinación, dejen los contornos del derecho real al arbitrio de una de las partes.
8. No cabe el pacto por el que se haga depender el vencimiento de la obligación al arbitrio del deudor, con el consiguiente perjuicio del tercer poseedor, ni cabe tampoco que se haga depender del vencimiento de cualquier tipo de comportamientos del deudor distinto del incumplimiento mismo de la obligación específicamente garantizada.

## LEGITIMACION AMBIENTAL

Lic. Julio Jurado Fernández  
Abogado costarricense

## SUMARIO:

### Introducción

1. Legitimación ad causam y Derecho ambiental
2. La legitimación ambiental en la acción contencioso administrativa
3. La legitimación ambiental en el recurso de amparo
4. La legitimación ambiental en la acción de inconstitucionalidad

## INTRODUCCION

La aplicación —y eventualmente el respeto— de las disposiciones legales que tutelan el ambiente está estrechamente vinculado al problema de la legitimación de las personas para accionar judicialmente amparadas a dichas normas, y es un tema que debe estudiarse en relación con los tipos de procesos, las pretensiones deducibles y las partes intervinientes.

El quebranto de las normas ambientales puede provocarlo, con su actuación o con su omisión, un sujeto de Derecho privado o un sujeto de Derecho público. Este último, simplemente omitiendo ejercer el control debido sobre la actuación de los privados que infringen las normas ambientales, o infringiendo directamente con su actuación disposiciones jurídicas destinadas a proteger y conservar el ambiente. La naturaleza jurídica (privada o pública) de quien quebranta normas jurídicas ambientales —el sujeto pasivamente legitimado— define el tipo de proceso, como también lo define la naturaleza jurídica del ilícito cometido y la clase de pretensión que se deduce (o es posible deducir) en virtud de la infracción al ordenamiento jurídico ambiental.

Es decir, si frente al quebrando de disposiciones jurídico-ambientales es necesario demandar a un sujeto de Derecho público es ante la jurisdicción contencioso administrativa donde debe plantearse, sea de un acto administrativo junto con el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, sea la anulación sin indemnización o simplemente la indemnización por daños y perjuicios; pero si la infracción proviene de un sujeto de Derecho Privado, la pretensión debe deducirse ante la jurisdicción común (civil). Por otra parte, si el de la infracción conlleva violación directa de Derechos Fundamentales, cometida por particulares o por la Administración, el asunto deberá dirimirse en la jurisdicción constitucional y el proceso adecuado es el recurso de amparo, tratándose de actos no normativos, excepto en la hipótesis de leyes autoaplicativas; sin embargo, si se trata de actos normativos, el proceso adecuado es el de inconstitucionalidad que en todo caso no está limitado a violación de Derechos Fundamentales, pues se analiza cualquier tipo de inconstitucionalidad de los actos normativos estatales. Finalmente, si la infracción implica la comisión de un delito la jurisdicción y el proceso serán, obviamente, penales.

De lo dicho, salta a la vista que la legitimación ad causam como legitimación activa de los particulares, no puede ser analizada en abstracto y en términos generales. Aparte de nociones comunes a todo tipo de proceso, la legitimación activa para accionar ha de estudiarse según el tipo de proceso (constitucional, civil, administrativo o penal).

Ahora bien, tratándose del respecto y acatamiento de la normativa jurídico ambiental, el papel de la Administración Pública como su garante es decisivo. En consecuencia, en este artículo interesa hacer algunas consideraciones fundamentalmente acerca de la legitimación ad causam activa de los particulares en la jurisdicciones constitucional y contencioso administrativa, pues en ellas se ventilan los procesos en los cuales la Administración figura como demandada a excepción, claro está, de la acción de inconstitucionalidad, donde no hay, técnicamente hablando, parte demandada, pero en la cual se pueden analizar los actos normativos de la Administración, por lo que también interesa a los fines de este ensayo.

### 1. La legitimación ad causam y el Derecho Ambiental

La legitimación ad causam refiere a la capacidad para ser parte en un proceso concreto, estando determinada por la posición en que se encuentran las personas respecto de la pretensión procesal. La capacidad para ser parte —que no es más que la capacidad jurídica en el ámbito del proceso— es innata en toda persona por el simple hecho de serlo. La capacidad procesal también denominada legitimación ad procesum, consiste en la aptitud de realizar por sí actos procesales: es la manifestación en el proceso de la capacidad para actuar que de no existir se suple mediante la representación. Tanto la capacidad para ser parte como la capacidad procesal, refieren a la aptitud genérica para ser parte; pero la legitimación ad causam refiere a una situación concreta: cuando un sujeto puede intervenir como actor o demandado en un proceso por existir una específica y especial relación entre él y una determinada situación jurídica en litigio.<sup>(1)</sup> De allí que —y esto es importante tenerlo muy en cuenta— existe la tendencia a considerar que la determinación de esa idoneidad para ser parte, específica de un determinado proceso y distinta de la legitimación ad procesum, asunto éste meramente procesal, se determina resolviendo sobre el fondo de lo discutido en el proceso.

Ahora bien, sea cual sea la jurisdicción y el proceso a seguir, cuando la pretensión se funda en normas de Derecho Ambiental, las condiciones de la acción para lograr la tutela jurisdiccional del derecho o interés de que se trate, es lo que denominamos legitimación ambiental.<sup>(2)</sup> Podría plantearse que con ello

(1) Ver en tal sentido GONZALEZ PEREZ, Jesús, *Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano*, págs. 115-166.

(2) Obviamente, se parte de la existencia de un sector del ordenamiento jurídico que, por la especialidad de sus normas, se denomina Derecho Ambiental, independientemente de cual sea el criterio seguido —o a seguir— para establecer esa especialidad y su grado de autonomía, si ha de reconocérsele alguno respecto a otras ramas del Derecho positivo.

no se alude a nada sustancialmente distinto frente a la legitimación activa tal y como se presenta el proceso en que, según sea el caso, deba discutirse la pretensión. Así, por ejemplo, tratándose de pretensiones deducidas frente a la Administración Pública, los sujetos estarían legitimados activamente siempre y cuando reúnan las condiciones establecidas por la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo (LRJCA), sin que la referencia a normas de Derecho Ambiental como fundamento, conlleve un tratamiento distinto. Lo anterior, por cuanto no existe un proceso específico para la aplicación de la normativa ambiental; sin embargo, con el término legitimación ambiental no se alude a una realidad normativo-procesal específica. Es un concepto para analizar críticamente el tema de la legitimación tal y como se presenta en, por ejemplo, la jurisdicción constitucional o contencioso administrativa en función de la naturaleza específica de las normas ambientales sustantivas.

En todo caso, aunque este tema debe estudiarse en el marco de los diversos procesos en que puede accionarse con fundamento en normas ambientales, ha de tenerse presente un aspecto en principio común a todos los procesos como requisito de la legitimación activa: la exigencia de un interés individual (directo) o de un derecho subjetivo lesionado; es decir, la existencia de un perjuicio que afecte la esfera individual (básicamente de índole patrimonial) definida por el interés privado y los derechos individuales o individualizables. En fin, cuando la pretensión se funda en el Derecho Ambiental, la exigencia de una *lesión individual* como resultado del quebranto a las normas ambientales.

### 2. La legitimación ambiental en la acción contencioso administrativo

La legitimación para deducir pretensiones frente al Estado basadas en el Derecho Ambiental, implica analizar el punto como legitimación activa en la acción contencioso administrativo, según lo dispuesto por la LRJCA. Sobre el particular, el artículo 10 regula lo relativo a la legitimación para demandar, disponiendo, en lo que al efecto interesa por ahora, que podrán demandar la declaratoria de ilegalidad y la anulación de los actos y de las disposiciones de la Administración Pública, los que tuvieren *interés legítimo y directo* en ello. Cuando, además de la anulación, se pretende el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y su restablecimiento con o sin reparación patrimonial, el demandante deberá ser *titular de un derecho subjetivo* derivado del ordenamiento jurídico cuya infracción por el acto o disposición impugnadas se acusa. Se requiere que la anulación pedida resulte en un beneficio en favor del accionante en forma directa e inmediata, consistente en la eliminación del acto perjudicial, lo cual implica que el interés directo y legítimo exigido por nuestro

Ordenamiento jurídico debe ser actual y cierto, existiendo al momento de incoarse la demanda porque el daño o menoscabo en la esfera jurídica del particular –patrimonial o moral, si es relevante para el ordenamiento jurídico– se ha producido o es previsible que se produzcan.<sup>(3)</sup> Es decir, que el interés directo y legítimo requerido excluye la posibilidad de demandar la anulación de un acto o disposición de la Administración Pública buscando la simple legalidad objetiva (interés simple) de la actuación de la Administración, porque el interés debe ser personal y redundar en una beneficio personal ya que la lesión debe ser individual y personal, esto es, afectar la esfera jurídica particular de quién acciona.

Lo anterior hace dificultosa la búsqueda de la actuación de la normativa ambiental cuando se ve violentada por la Administración Pública, porque quién ello pretenda debe demostrar el interés legítimo y directo en el sentido expresado. Esto es un problema que merece ser analizado teniendo en mente los intereses que la norma ambiental tutela. Es decir, el punto puede resumirse en lo siguiente: ¿Debe, tratándose del Derecho Ambiental, mantenerse el carácter individualista del proceso contencioso administrativo?

La pregunta, obviamente, debe considerarse no sólo frente a la posibilidad de reconocer el interés simple tratándose de la legitimación ambiental, sino, además, frente a la posibilidad de reconocer intereses colectivos, corporativos y difusos, como ocurre en materia de constitucionalidad. En todo caso, debe tenerse presente que el Ordenamiento jurídico ambiental tiende a tutelar un interés colectivo específico además del interés público presente en sus normas. Este interés colectivo pone en duda que la legitimación activa exigida en el proceso contencioso-administrativo, sea la mas adecuada para Derecho ambiental, y lleva a pensar en otro tipo de legitimación ad causam para los procesos en que la pretensión de anulación se fundamenta en el Derecho administrativo-ambiental.

En todo caso, es talvez en el ámbito de la protección judicial de los Derechos Fundamentales donde el interés colectivo tutelado adquiere mayor importancia a la hora de resolver los problemas procesales atinentes a la legitimación ad causam para accionar. Sobre todo cuando en el conjunto de los Derechos Fundamentales se reconoce un tipo especial catalogable como Derechos Ecológicos o Ambientales. En este sentido, de los procesos mediante los cuales pueden protegerse los Derechos Fundamentales, interesa analizar el Recurso de Amparo y la Acción de Inconstitucionalidad.

(3) Ver Sentencia de la Sala Primera No. 134-92 de las 14 horas con 35 minutos del 23 de setiembre de 1992.

### 3. La legitimación ambiental en el recurso de amparo

El artículo 33 de la Ley de Jurisdicción Constitucional establece que cualquier persona puede interponer el recurso de amparo. La ley no exige como requisitos procesales condiciones especiales para ser parte activa. Cualquiera persona, no importa que relación ostente respecto a la pretensión procesal, está activamente legitimada para interponer el recurso, con lo cual es claro que puede ser parte quien no sea titular del Derecho Fundamental violado. Sin embargo, la Sala Constitucional no ha interpretado lo dispuesto en el artículo 33 en esa forma, pues ha declarado sin lugar o rechazado de plano recursos por carecer el actor de legitimación ad causam.

La Sala Constitucional ha descartado que el artículo 33 consagre una acción popular, al considerar que la violación o amenaza de violación de los Derechos Fundamentales de una o varias personas en concreto, es un requisito de legitimación para interponer el recurso; una condición de la acción en el recurso de amparo. En otras palabras, que no es cualquiera el que puede interponerlo, sino el titular de un Derecho Fundamental o cualquier otra persona pero en su favor. En este sentido el Voto # 93-90 de las 10 horas de 24 de enero de 1990, que en lo conducente dijo:

“...lo que debe entenderse que al hablar la ley (sic) de “cualquier persona” se refiere al agraviado en un derecho constitucional o a todas aquellas que lo interpongan en su favor. Es decir, toda persona está habilitada para promover esa acción (individual o colectiva) pero en el entendido de que si la plantea el agraviado, ésta deberá ser titular del derecho constitucional lesionado y si lo interpone otra persona que no sea el agraviado, será a favor de éste”.

Resulta clara la resolución: “cualquiera” no es “cualquiera”, sino el agraviado, a pesar de lo dicho por el artículo 33, y si no es el agraviado, entonces cualquier otra persona pero en su favor, con lo cual la específica relación del agraviado con la pretensión se convierte en presupuesto procesal para que “cualquiera” interponga el recurso. Desde este punto de vista, quien interpone un recurso de amparo a favor de otro, no es parte, sino aquél a cuyo favor se interpone, como si el artículo 33 precitado estuviera atenuando o eliminando cualquier requisito procesal propio de la legitimación ad processum (y no de la legitimación ad causam) para poder interponer el recurso a nombre de otro.<sup>(4)</sup>

(4) Es necesario tener presente la distinción entre los presupuestos procesales necesarios para la constitución regular del proceso –entre los que está la

Así, si la persona a cuyo favor se interpuso el recurso titular de un Derecho Constitucional lesionado, se resuelve como falta de legitimación activa, necesariamente de aquél a cuyo favor se interpuso.

Los Votos Nos. 228-90 y 285-90 de las 15 horas de 26 de febrero de 1990 y de las 17 horas con 30 minutos de 13 de marzo de 1990, respectivamente, reiteran esta interpretación. Merece destacarse este último pues liga el problema de la legitimación activa al objeto y materia del recurso, señalando que por su medio no se garantiza "...la vigencia constitucional, en abstracto, sino en relación con las amenazas o violaciones al goce de los derechos fundamentales de las personas...". Siendo que si el promovente no ostenta la condición de agraviado en un Derecho Fundamental, el recurso se rechaza de plano por no estar legitimado.

El numeral 33 es claro: cualquiera puede interponer el recurso de amparo. No se establece que sólo quien resulte lesionado en un Derecho Fundamental —cuya protección define el objeto y materia del recurso— puede interponerlo, abriendo la posibilidad de que otro lo haga en su nombre sin formalidad alguna, como se han interpretado los alcances de dicha norma. El recurso de amparo, en este sentido, lo puede interponer cualquiera sin que al respecto puedan darse objeciones atinentes a la legitimación ad causam, pues la norma simplemente elimina la necesaria existencia de un ligamen entre quien promueve el recurso y la violación alegada. La existencia de esta violación es necesaria para que el mismo sea declarado con lugar por el fondo, en virtud del objeto y materia del recurso. Es decir, que tratándose de Derechos Fundamentales de carácter individual —Derechos Civiles y Políticos— la no titularidad del derecho cuya violación se acusa por quien interpuso el recurso (o favor de quien se interpuso) no puede ser vista como falta de legitimación porque dicha titularidad no es requisito para interponerlo.<sup>(5)</sup> Simplemente, porque en el caso

legitimación ad procesum— y las condiciones de la acción en un proceso determinado según la pretensión deducida, entre las cuales figura la legitimación ad causam. De esta forma, la legitimación ad causam se refiere a la titularidad del poder de accionar y mantiene su función exclusivamente procesal aunque en muchas ocasiones, para determinarla, debe analizarse la pretensión por el fondo porque, al decir de MICHELI, una cosa es establecer si el proceso se desarrolla respecto a los sujetos que van a ser los destinatarios de sus efectos y otra cosa es determinar quién es el titular del derecho y quién es el obligado (MICHELI, Gian Antonio, *Curso de Derecho Procesal Civil*, E.J.E.A., Vol.1, 1970, pp. 24-25).

- (5) En este sentido, en el recurso de amparo no se exigen condiciones atinentes al poder de accionar: procesalmente, no debe examinarse —previamente a pronunciarse sobre el fondo si el promovente es destinatario de los efectos del proceso.

concreto el supuesto agraviado no era titular de Derecho Fundamental alguno como derecho subjetivo o como situación jurídica subjetiva por tratarse de Derechos individuales, el asunto se resuelve por el fondo constatando la inexistencia de la violación y declarando sin lugar el recurso por el fondo.<sup>(6)</sup>

Sin embargo, la inexistencia de requisitos procesales para ostentar la legitimación activa, no significa el reconocimiento de un interés simple para recurrir sobre la base del respeto en abstracto —objetivamente— de los Derechos Fundamentales, porque en aquellos de base o estructura individualista, precisamente por proteger intereses individuales, siempre es necesaria la presencia de un interés individual, subjetivo, (y de una lesión individual) cuya tutela es la que se va a producir, si hay mérito para ello, con el recurso. Es decir, cualquiera puede interponerlo a tenor del precitado numeral 33, pero debe haber un agraviado determinado en cuyo favor se pronuncia el Órgano jurisdiccional amparando su derecho. De no haberlo, se declara el amparo sin lugar por el fondo.<sup>(7)</sup>

La titularidad del Derecho Fundamental cuya lesión se invoca, tiene que ver con el fondo de lo discutido, porque, precisamente, el objeto del proceso y el contenido del pronunciamiento de fondo son los Derechos Fundamentales cuya violación se invoca y cuya protección se pide. La titularidad del Derecho lesionado no es, en consecuencia, un asunto que deba analizarse solamente en cuanto tal porque no es condición para ejercer la acción: se analiza como parte del fondo. Es decir, está comprendido dentro del objeto mismo del recurso, pues si se ha quebrantado un Derecho Fundamental alguien debe ser su titular: un individuo y una lesión individual si se trata de un Derecho de los catalogados como individuales.

- (6) Mientras la supuesta falta de legitimación sea declarada al resolver sobre el fondo y no como requisito para interponer el recurso, su efecto práctico será irrelevante, aunque sea procesalmente incorrecto, ya que siempre se entrará a conocer el asunto por el fondo y no se hará otra cosa que constatar la no violación de un Derecho Fundamental, que en esta clase de derechos siempre consistirá en una lesión individual.

Si el asunto se conoce por el fondo, es lo mismo decir que el recurrente no es titular de un Derecho Fundamental lesionado que decir que no hay agravio individual o individualizable de Derecho Fundamental alguno en el caso examinado, aunque en la primera forma de expresarlo se termine declarando sin lugar o rechazando el recurso por falta de legitimación activa. Es igual porque de esta forma la legitimación no estará operando como requisito procesal para interponer el recurso; es decir, para que este sea conocido y examinado en sentencia en cuanto al fondo.

- (7) Esto puede parecer contradictorio; sin embargo, tómesese en cuenta que el recurso de amparo la pretensión no puede ser otra que la protección de Derechos Fundamentales, y cuando son individuales siempre habrá una lesión individual

La acción popular, establecida en el artículo 33 de la LJC, adquiere pleno contenido frente a Derechos Fundamentales cuyos titulares son colectividades, particularmente la comunidad estatal como colectividad, porque entonces es cuando el interés colectivo se convierte en la base del recurso, siendo innecesaria la lesión individual para proteger el derecho, porque el juez constitucional, en estos casos, tutela intereses colectivos y protege bienes comunes o de la colectividad.

Se está legitimado para interponer el recurso por un interés colectivo (en consecuencia, puede interponerlo cualquiera por el simple hecho de pertenecer a la colectividad de que se trate) y se falla por el fondo en razón de un interés colectivo protegiendo bienes que son de la colectividad. Hay acción popular en el pleno sentido de la palabra, debiendo establecerse así los verdaderos alcances del artículo 33 de la LJC cuando de la defensa de esta clase de derechos se trata<sup>(8)</sup>. Precisamente, esta es la situación de los relacionados con la protección ambiental y ecológica, derechos ubicados en la categoría de Derechos Humanos de

a diferencia de como se presenta el interés simple en la acción contencioso administrativa, donde la legitimación para pedir la anulación del acto debe estar vinculada a la existencia de un derecho subjetivo o un interés directo y personal. En la acción contencioso administrativa de anulación, no sería necesaria la titularidad de un derecho subjetivo o la presencia de un interés directo y personal si el interés simple fuese reconocido; es decir, sería innecesaria la existencia de una lesión individual.

Pero en el recurso de amparo, aunque no se exija en el recurrente la titularidad de un Derecho Fundamental para accionar, si se trata de Derechos Fundamentales de carácter individual, debe existir una lesión individual por la sencilla razón de que el proceso se encamina, en tales casos, a constatar su existencia bajo la forma del quebranto a Derechos individuales de tutela constitucional, como el contenido del pronunciamiento de fondo.

De allí que, pudiendo interponer el recurso "cualquier" al tenor del artículo 33 de la LJC, existe respecto a este "cualquiera" un interés simple, desde el punto de vista procesal si no se trata del agraviado mismo; pero debe existir un agravio individual para el pronunciamiento de fondo en tanto la lesión individual es parte del objeto mismo del proceso, no como requisito de la acción.

(8) Es interesante hacer notar lo anterior, sobre todo si tomamos en cuenta que parte de la doctrina nacional ha considerado que dicho artículo consagra una verdadera acción popular en materia de amparo. En tal sentido, ver HERNANDEZ VALLE, Rubén, *La Tutela de los Derechos Fundamentales*, pág. 93 y MORA MORA, Luis Paulino, *La Justicia Constitucional Costarricense* en el libro *La Justicia Constitucional: Una promesa de la democracia*, T. II, pág. 237.

Tercera Generación,<sup>(9)</sup> y cuya característica fundamental, de importancia para lo dicho, es la protección que brindan a bienes jurídicos de toda la comunidad, tutelando intereses colectivos o comunitarios. Por supuesto que los individuos pueden, en su condición de tales, ser titulares del derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, tal cual o como derecho a la salud, si se quiere aunque este sea menos amplio que aquél; pero, según su estructura y por los intereses que tutela, el titular de ese derecho es la comunidad como un todo. Resulta contradictorio e inapropiado a esta clase de derechos (que son constitucionales y que deben ser protegidos como tales) exigirles como requisito para brindar la tutela constitucional, su quebranto en función del ejercicio individualizado que podría hacerse —y se hace— de ellos, cuando lo específico y propio de estos derechos es, cabalmente, los intereses colectivos que protege.

En esos casos, la acción popular implica, desde el punto de vista de los intereses tutelados, la protección jurisdiccional de los colectivos y generales como base de dicha acción; por ello, aunque pueda recurrirse sobre la base de un ejercicio individual del derecho, basta que el actor la comunidad estatal como la colectividad portadora de los intereses cuya tutela se pide, resultando innecesaria la exigencia de un agravio individualizado en un sujeto;<sup>(10)</sup> caso contrario, siempre debe tratarse del ejercicio del Derecho de alguien determinado para lograr el amparo constitucional, por lo que si son Derechos no individuales por su estructura, deben ser individualizables en su ejercicio. Lo anterior, plantearía ciertas dificultades respecto a derechos que siendo de los

(9) La jurisprudencia nacional ya ha reconocido la existencia del derecho al ambiente sano y ecológicamente equilibrado como Derecho Humano, hablando expresamente del Derecho Ecológico como una nueva clasificación jurídica dentro de los llamados Derechos Humanos de Tercera Generación; y ello como resultado de la profusa y amplia normativa internacional que Costa Rica ha suscrito, la producción jurídica nacional y los artículos 69, 89, 121 inciso 14 y 140 inciso 19 de la Constitución Política. Así, especialmente, Sentencia No. 189 de las 14 horas con 20 minutos de 30 de octubre de 1991 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

(10) En tal sentido, es ilustrativo lo dicho por Eduardo Ortiz Ortiz: "Es posible que la ley pueda otorgar a cualquiera la acción para que el Juez se pronuncie en tutela de un interés que es de toda la comunidad nacional. Esto es lo que se llama acción popular y consiste en la posibilidad legal de pedir y obtener justicia sobre la base de la pertenencia del actor a una comunidad amplia, como la estatal". (ORTIZ ORTIZ, Eduardo, *Intereses colectivos y legitimación constitucional*, en Revista *Iustitia*, No. 46, 1990, pág. 4).

protegidos por el recurso de amparo, según lo dispuesto en las normas citadas, tiene como titulares a grupos sociales o a la colectividad en general.<sup>(11)</sup>

Tómese en cuenta que muchas veces es difícil establecer la vinculación entre la violación a dicho derecho (como Derecho Fundamental de carácter colectivo, se entiende) y el ejercicio individual del mismo, en el caso de una persona o un grupo de personas determinadas.<sup>(12)</sup> Sin embargo, y en razón de lo dicho (particularmente por su específica estructura y naturaleza) debería bastar la afectación de los intereses colectivos en la lesión al derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado para lograr una sentencia estimatoria favorable.

- (11) La Sala Constitucional recientemente ha sentado criterios que dificultan una concepción como la delineada respecto a Derechos Fundamentales de base no individualista. Así, al tratar nuevamente sobre el objeto del recurso de amparo ha dicho que éste versa sobre infracciones constitucionales que necesariamente se traduzcan en violación a Derechos Fundamentales. Tesis ésta correcta desde todo punto de vista, siempre y cuando no exijamos el ejercicio individualizado de los Derechos Fundamentales como requisito para todos los casos, como lo hace la Sala al decir:

“El amparo tiene su objeto constitucionalmente delineado; no es un contralor de legalidad objetiva sino un procedimiento *sui generis* para mantener o restablecer situaciones jurídicas individualizadas que sufren amenaza cierta e inminente o han sido violentadas”. (Voto 3433-92).

Ciertamente mediante el amparo no hay control objetivo de constitucionalidad, pues el amparo es un remedio procesal para el quebranto de Derechos Fundamentales. Pero no todos, para existir como tales, han de ser ejercidos individualmente. ¿Qué sentido tiene reconocer Derechos Fundamentales protectores de bienes comunes y de intereses colectivos si para tutelarlos y garantizarlos se exige que sean ejercitados individualmente, configurando situaciones jurídicas individualizadas? Si ello es así, entonces no hay, en un sentido práctico, tales Derechos Fundamentales colectivos cuyo titular es precisamente la colectividad. Claro está, el problema consiste en que si se reconocen tales derechos como colectivos desde todo punto de vista, incluso para garantizarlos frente a su quebranto sin pedir su individualización, no queda más remedio que aceptar que cualquiera puede pedir su protección por el simple hecho de pertenecer a la colectividad titular del derecho.

- (12) Piénsese, por ejemplo, en un caso en el cual se incumplen las disposiciones jurídicas—de ley y reglamento—atinentes al uso controlado que de su propiedad deben hacer quienes tengan fincas en un área declarada Refugio de Vida Silvestre; y se incumplen por parte de los propietarios porque la Administración no ejerce el control sobre el uso que el ordenamiento jurídico exige, como

#### 4. La legitimación ambiental en la acción de inconstitucionalidad

El artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece como requisito para interponer la acción un asunto previo pendiente de resolverse en el cual se haya invocado dicha inconstitucionalidad como medio razonable para proteger el derecho o interés que se considera lesionado. El asunto pendiente puede ser judicial—incluido el habeas corpus y el recurso de amparo—o administrativo en el procedimiento para agotar la vía administrativa. De allí, que los requisitos exigidos para estar activamente legitimado son los propios del asunto previo de que se trate y, si el derecho lesionado es a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, entonces lo dicho sobre la legitimación ambiental en los procesos analizados debe retomarse aquí. El asunto es claro respecto al proceso contencioso administrativo, no así respecto al recurso de amparo si se aceptara la existencia de la acción popular en este proceso, pues en principio ésta se trasladaría a la acción de inconstitucionalidad, por razones obvias. Sin embargo, los criterios jurisprudenciales prevalecientes sobre la legitimación *ad causam*, ponen en duda la viabilidad práctica de lo anterior.

En consecuencia, interesa analizar a la luz de la jurisprudencia el problema planteado por segundo párrafo del precitado artículo 75, según el cual no es necesario el asunto previo cuando, por la naturaleza del asunto, no hay lesión individual, o se trata de intereses difusos, o de intereses que atañen a la colectividad en su conjunto. En los Votos números 234-90, 980-91 y 1631-91, la Sala Constitucional ha delineado los alcances de esta disposición. De ello resulta claro que no se trata de una acción popular, pues al respecto dijo la Sala:

“El artículo 75 actual es más amplio y permite la denominada acción directa de inconstitucionalidad, es decir, aquella que no requiere la invocación de inconstitucionalidad dentro de un asunto previo, en los siguientes casos: cuando por la naturaleza del asunto no existe lesión individual o directa, cuando se trate de

resultado de una incorrecta interpretación y aplicación del mismo. En un caso así, aunque evidentemente hay un interés colectivo y general afectado, para lograr un fallo favorable en la vía de amparo tendría que haber alguien perjudicado en lo personal por lo que constituye una conducta omisa de la Administración. De existir la acción popular, cualquier persona podría plantear el recurso, haya o no haya alguien afectado en lo personal. Tal y como está regulado el recurso en la Ley de Jurisdicción Constitucional, cualquiera puede plantear el recurso—artículo 33—pero, si para esta clase de derechos no se interpreta la norma de tal forma que haya base para una acción popular, para ser acogido por el fondo debe existir el quebranto de un derecho fundamental de una persona determinada, aquella a cuyo favor se interpone el recurso.

intereses difusos, cuando se refiera a intereses de la colectividad en su conjunto o la interponga el Contralor General de la República, el Procurador General, el Fiscal General o el Defensor de los Habitantes. Así, no se reguló una verdadera acción popular, esto es, la posibilidad de accionar en esta vía sin requerir del todo la vinculación con el asunto principal, sino que se exigió demostrar la existencia de alguna de las excepciones enumeradas". (Voto No. 234-90 de las 14 horas del 28 de febrero de 1990).

En realidad, tratándose de una acción directa—como efectivamente lo es—no se requiere de vinculación alguna con un asunto pendiente, porque en tal caso pierde su carácter incidental. Es decir, el segundo párrafo regula la acción directa de inconstitucionalidad estableciendo los casos en que no es necesario un asunto pendiente de resolver en el cual se invoque la inconstitucionalidad. De allí que sea incorrecto sostener que no hay acción popular porque aun se mantiene cierta vinculación con el asunto principal, puesto que tal asunto es innecesario. Si no hay acción popular es porque la norma, aunque exime de los requisitos de legitimación propios del asunto previo al establecer la acción directa, exige condiciones para su ejercicio. ¿Cuáles son? A eso se enfilan, aunque no con mucho éxito, las otras dos sentencias citadas. En el Voto número 980-91, se dijo:

"II. La Sala concluye en que esta acción directa es admisible, pese a ser también correcta la tesis de que el artículo 75 de su Ley no consagra una legitimación ilimitada, al modo de una acción popular o causipopular, y de que, en consecuencia, los intereses de la colectividad en su conjunto a que se alude en su párrafo 2 no pueden meramente equivaler a los genéricos de la legalidad o de la legalidad constitucional. Lo que ocurre es que la actora fundamentó en forma errónea su legitimación, la cual deriva, no de un interés colectivo como el que aquella expresión supone, sino de uno de los denominados "difusos", en cuanto iguales y los mismos para un conjunto, indeterminado aunque determinable, de personas, quienes son sus titulares, colectivamente, todas y cada una de ellas como miembros de esa colectividad". (Voto No. 980-91 de las 13 horas 30 minutos del 25 de mayo de 1991).

Y, en Voto número 1631-91, estableció:

"II. Sobre la admisibilidad: La Cámara de Comercio de Costa Rica está legitimada para promover esta acción, en virtud de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 75 de la Ley de la

Jurisdicción Constitucional. Contrariamente a lo argumentado por la Procuraduría General de la República y la Municipalidad de San José, en el caso de marras no es necesario la existencia de un asunto pendiente, pues por la misma esencia del asunto, se trata de la defensa de intereses corporativos. El interés que detenta la Cámara de Comercio y que la legitima para interponer esta acción, es, en efecto, su carácter de entidad corporativa, caracterizada por la representación y defensa de un núcleo de intereses pertenecientes a los miembros de determinada colectividad o actividad común, y, al mismo tiempo, de cada uno de sus miembros, de forma no individualizada, pero individualizable, lo que constituye un interés corporativo o que atañe a esa colectividad jurídicamente organizada, razón por la que esta acción es admisible en los términos del párrafo segundo del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional". (Voto No. 1631-91 de las 15 horas con 15 minutos del 21 de agosto de 1990).

De los párrafos transcritos se podría, en principio, extraer las siguientes conclusiones:

- 1) Los intereses de la colectividad en su conjunto no se refieren al interés simple a la constitucionalidad de las normas, actuación de los Poderes Públicos;
- 2) El interés difuso no es un interés colectivo, pero se define como aquél igual para un conjunto indeterminado aunque determinable de personas;
- 3) Existe un denominado "interés corporativo" definido como aquél perteneciente en forma no individualizada, aunque individualizable, a los miembros de determinada colectividad o actividad común—por ejemplo, una Cámara profesional o un Sindicato— y cuya invocación legitima a la corporación como colectividad jurídicamente organizada, que ejerce un interés propio en tanto actúa en representación de su miembros.

Ha de suponerse, porque la sentencia no lo indica expresamente, que los denominados "intereses corporativos" son aquellos que, según el artículo 75 precitado, atañen a la colectividad en su conjunto, porque el difuso, como se ha visto, es aquel igual para un conjunto indeterminado de personas, pero que en la medida en que se individualizan en un conjunto determinado de personas y este conjunto se organiza jurídicamente, se transforman en intereses corporativos.

Tales son las condiciones para el ejercicio de la acción directa de inconstitucionalidad que excluyen, a juicio de la Sala Constitucional, una acción popular en esta materia. Sin embargo, se trata de condiciones que aluden a

intereses distintos a los individuales y particularizados y que, por lo mismo, no requieren de una lesión provocada en el ámbito de los intereses individuales y privados de personas determinadas. Los intereses afectados, que legitimarían a entes corporativos o a personas individualmente consideradas, son colectivos —los propios de entidad corporativa de que se trate— en el primero de los casos, o difusos, es decir reconocidos como propios de un conjunto de personas en tanto son iguales para ellas. En este último caso, la superación de la exigencia de una lesión individual es particularmente importante, porque el ordenamiento jurídico reconoce a los sujetos individualmente considerados, la posibilidad de accionar en defensa de un interés que no es particular, sino perteneciente a un conjunto indeterminado de personas. Ciertamente, ese conjunto de personas puede llegar a determinarse y ese interés difuso puede llegar a individualizarse, pero lo importante es que, aún no siéndolo, un sujeto pueda accionar si la existencia del interés difuso invocado resulta clara, aunque no esté sufriendo una lesión en su esfera individual de intereses. El interés colectivo —corporativo— también implica una superación de la base individualista de la legitimación exigida en otros procesos, sólo que en este caso el interés resulta más delineado en tanto si hay un conjunto de personas determinadas que como colectividad lo ostentan, y aunque resulte posible individualizarlo, lo importante es que aún no estándolo se pueda invocar su defensa por las entidades que los representan.

Todo lo dicho tiene especial relevancia frente a la naturaleza jurídica del Derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado —o el conjunto de derechos en que tal concepto se puede desglosar— que, aunque formulado como Derechos Humanos o Derechos Fundamentales, si reciben tutela constitucional como principios reconocidos en nuestra Carta Magna.<sup>(13)</sup> Tal derecho —o conjunto de derechos— protegen intereses colectivos y son, básicamente, de estructura colectiva, aunque puedan ser ejercidos individualmente y sean individualizables los intereses por ellos tutelados. En tal sentido, la legitimación de la acción directa de inconstitucionalidad es congruente con las características del Derecho ambiental, específicamente con los intereses colectivos que éste protege y con la estructura colectiva del Derecho Humano a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Retomando el tema de la legitimación ambiental, la acción directa de inconstitucionalidad para la defensa de aquellos intereses que atañen a la colectividad en su conjunto, nos coloca frente al problema de los llamados

(13) Tal reconocimiento ya ha empezado a perfilarse en la jurisprudencia constitucional a partir del Voto número 2233-93 de la Sala Constitucional de las 9 horas 36 minutos del 28 de mayo de 1993.

intereses corporativos en los términos en que han sido explicados. Podría pensarse que en tal caso, una entidad colectiva (una asociación de vecinos constituida para la defensa del ambiente en su comunidad, por ejemplo) podría ejercer la acción directa de inconstitucionalidad en resguardo de aquellos principios constitucionales protectores del ambiente, si sus intereses corporativos se ven lesionados. Habría que tener presente la relación entre la colectividad jurídicamente organizada y el reconocimiento del interés colectivo o corporativo propio de esa colectividad, planteándose el interrogante de si basta asumir la existencia de tales intereses en función de los fines y propósitos que la entidad se autoimpone, sin exigir que dichos intereses resulten de la constitución material —real— de la colectividad de que se trate. Así, por ejemplo, cuando un grupo de trabajadores se asocian y forman un sindicato, los intereses propios —corporativos— de dicha entidad resulta no sólo de lo que declaran formalmente como sus fines y propósitos, sino del hecho de que son tales trabajadores. Lo mismo habría que plantearse en función de los intereses corporativos de colectividades jurídicamente organizadas en materia ambiental.

Por su parte, la defensa de intereses difusos y la ausencia de lesión individual y directa, son dos típicos casos de legitimación para plantear la acción directa de inconstitucionalidad. Si el ambiente, y su protección, tiene la importancia vital que sabemos que tiene, entonces resulta innecesario —e inconveniente— mantener una exigencia individualista en materia de legitimación que en muchos casos resulta difícil demostrar. En las diferentes situaciones que se pueden presentar violaciones a principios constitucionales atinentes a la protección ambiental, es fácilmente detectable un interés difuso presente en la comunidad de que se trate (y que para estos casos perfectamente puede serlo la sociedad costarricense en tanto comunidad nacional) y cuya defensa permitiría ejercer la acción directa de inconstitucionalidad. Además, es frecuente la violación de principios constitucionales protectores del ambiente que no producen una lesión individual, pues ésta más bien se produce en intereses colectivos, en tanto se reputan intereses nacionales por la importancia que la misma Constitución les otorga. Así, por ejemplo, podría ser el caso de una decisión de la Administración Pública mediante la cual se da en concesión, bienes demaniales (que lo son por su valor e importancia ecológica) para un uso que claramente va en detrimento de los principios proteccionistas consagrados en la Constitución. Una medida de tal naturaleza difícilmente provocaría, por su naturaleza, una lesión individual y directa. En un caso así, si no se otorga la acción directa de inconstitucionalidad, no se podría ejercer el control jurisdiccional para la salvaguardar los valores y los principios tutelados por la Constitución en esta

RESEÑA BIBLIOGRAFICA

**Hans Kelsen.** *Introducción a la Teoría Pura del Derecho.* Traducción del inglés de Emilio O. Rabasa. Carta-Autorización de Robert Walter. Presentación a la primera edición peruana de Domingo García Belaúnde. Apéndice Bibliográfico de José F. Palomino Manchego. Ediciones Luis Alfredo, Lima, 1993. 139 pp.

Mi único recuerdo personal de Hans Kelsen se remonta a 1967. En compañía de otros estudiantes de Derecho y del profesor Antonio Bascuñan pude visitarle en la grata y nada ostentosa vivienda que él ocupaba junto a su esposa en una de las colinas de Berkeley. Permanecí entonces casi todo el tiempo en silencio ante el notable jurista, inhibido seguramente por la lucidez, la agilidad y la modestia con que trajinaba entre sus libros y papeles, mientras daba respuesta a las preguntas que el grupo de visitantes le dirigíamos.

Recuerdo, asimismo, que al término del encuentro nos anunció que esa tarde debía ir al campus de la universidad para ver una antigua película. Aceptó fotografiarse con nosotros frente a su casa, junto a una verja de madera, y le vimos alejarse en seguida no hacia el interior de la vivienda, sino calle abajo, en un viejo Chevrolet 51, cubierto por un arrugado impermeable, mientras conducía con algo de prisa y distracción, a punto de estrellarse contra el cerro y luego contra una pareja de árboles. Tenía entonces 86 años y era la época del año en que se insinuaba ya la primavera en California.

Hans Kelsen, el jurista más destacado e influyente del siglo, iba a morir en esa misma casa de Berkeley en 1973, a los 91 años. Se cumplen, pues, en éste ya 20 de su muerte y no veo por qué estas líneas no puedan servirnos para avivar su memoria y hacer un recuerdo de su obra. Los partidarios de sus ideas compartirán nuestro propósito y se sumarán a este homenaje. Sus detractores concederán al menos lo que uno de sus críticos Luis Legaz Lacambra, admitió alguna vez con hidalguía: "Si hoy podemos ver más que Kelsen—dijo el filósofo español— es a condición de montarnos sobre sus hombros".

Kelsen es bien conocido entre los juristas por el esfuerzo que desplegó para procurar una mejor comprensión del Derecho, de su estructura y de las nociones fundamentales de su conocimiento. Llamó "Teoría Pura del Derecho" a uno de sus libros y esta misma denominación acabó sirviendo para designar al conjunto total de su pensamiento. Ese modo de hablar, sin embargo, fue tal

vez la fuente de muchos de los malentendidos y confusiones que su obra produjo entre quienes creyeron erróneamente que el autor venía pretendiendo presentar al Derecho en un inexistente e imposible estado de pureza, cuando lo que él pretendió fue únicamente establecer las fases de una ciencia jurídica depurada de los elementos ideológicos que por siglos habían dificultado una más certera identificación y descripción del Derecho como objeto de conocimiento.

Kelsen es conocido también por sus contribuciones en el campo de la teoría política. "Esencia y valor de la democracia", un librito suyo de 1920, es una verdadera joya en cuanto explicación sobre lo que significa hablar de democracia cuando invocamos esta palabra para referirnos a esa forma de gobierno que el propio Kelsen prefirió también a todas las demás, porque, al presuponer ella la libertad y al fundarse además en la tolerancia, era la única que correspondía con su vocación científica y con su consiguiente deseo de ver desarrollarse la ciencia con el mínimo de interferencias producidas por quienes detentan el poder.

Partidario de un conocimiento jurídico expurgado de jactancias metafísicas, de contaminaciones ideológicas y de genuflexiones ante los poderes de turno, prosélito de una forma de gobierno que se manifiesta dispuesta a entregar el poder sólo a quienes consigan para sí la mayoría y se muestren dispuestos a ejercerlo con respeto por las minorías, Kelsen no pudo menos que padecer la persecución del nacionalsocialismo y la hostilidad de los colaboradores que éste tuvo también en el mundo científico y universitario.

Después de deambular por diversas universidades europeas pudo Kelsen radicarse finalmente en los Estados Unidos, en 1940. Allí, en un clima político e intelectual muy diferente, continuó hasta el fin de sus días haciendo lo que siempre había hecho y lo único que en verdad debe hacer todo auténtico hombre de ciencia: pensar y dejar pensar libremente, y no guardar otra fidelidad que a las pocas evidencias y a las sinceras convicciones que pueda conseguir en su comprensión del mundo y de las cosas.

Los precedentes recuerdos y reflexiones encuentran motivo, como se dijo, en el reciente aniversario de la muerte de Kelsen, pero, también, en la feliz y oportuna publicación en Perú de una obra de Kelsen que constituye un espléndido resumen de las ideas del autor. Me refiero a "Introducción a la Teoría Pura del Derecho", en traducción de Emilio O. Rabasa, y que cuenta con una informada *Presentación* de Domingo García Belaúnde y con un *Apéndice Bibliográfico* de Kelsen que ha preparado José F. Palomino Manchego, ambos de la Universidad de Lima.

La obra en referencia fue redactada por Kelsen al modo precisamente de un compendio introductorio a su *Teoría Pura del Derecho*. Esta última, por otra parte, no es sólo el título de uno de los libros más importantes del autor —que cuenta con dos versiones, una de 1934 y la segunda de 1960—, sino la

denominación que acostumbra darse al conjunto de las ideas que Kelsen vertió durante su larga vida en más de 600 publicaciones.

Escrita con brevedad y con propósitos deliberados de simple divulgación, *Introducción a la Teoría Pura del Derecho* cubre sin embargo, con claridad y síntesis, algunos de los principales temas desarrollados por Kelsen a lo largo de toda su obra escrita, tales como Ser y Deber Ser, Causalidad e Imputación, el Derecho como orden coercitivo, Derecho y Estado, Derecho y Moral, y Positivismo Jurídico y Doctrina del Derecho Natural.

Por lo mismo, se trata de una obra muy útil, a efectos académicos, en dos sentidos diferentes: como texto introductorio que puede ser utilizado en el primer año de los estudios de Derecho, y, a la vez, como síntesis del pensamiento del autor sobre el Derecho en un curso de término de los estudios jurídicos, como es el de Filosofía del Derecho.

La obra que comentamos fue antes publicada en México, pero es hoy de difícil hallazgo en esa edición, ya lejana, que data de 1960. Por lo mismo, y tal como señalamos anteriormente, no ha podido ser más feliz y oportuna la iniciativa del profesor García Belaúnde en orden a gestionar y presentar lo que constituye la primera edición peruana de una obra muy adecuada tanto como aproximación y como síntesis del pensamiento de Kelsen. Valioso es también el esfuerzo que ha hecho el profesor José F. Palomino Manchego para presentar en esta nueva edición lo que él llama *Bio-bibliografía de Hans Kelsen*.

En un medio como el nuestro —el de las naciones del cono sur de América— en el que este tipo de iniciativas editoriales son más bien escasas, el trabajo que han llevado a cabo los profesores García Belaúnde y Palomino Manchego merece las más calurosas felicitaciones.

Así lo entendió también el *Instituto Hans Kelsen* de Viena, y su infatigable director Dr. Robert Walter, cuando concedió autorización para esta edición peruana de la obra que hemos comentado en estas líneas.

Dr. Agustín Squella Narducci<sup>(\*)</sup>

Rector de la Universidad de Valparaíso. Chile.

Profesor de Introducción al Derecho  
y Filosofía del Derecho.

(\*) Dirección: Casilla 123-V. Valparaíso, Chile.

INDICE

	Pág.
<i>Presentación</i> .....	8
 <i>Ensayos:</i>	
El Tratado de libre comercio entre Canadá y Estados Unidos de America: Hacia la consolidación de una forma más avanzada de integración	
<i>Ms. Patricia Gudiño Fernández</i> .....	9
La doctrina social de la iglesia católica y el derecho del trabajo costarricense	
<i>Lic. Oscar Bejarano</i> .....	43
Culpable mientras no pruebe su inocencia: problemas de nuestro sistema jurídico	
<i>Jorge Arturo Quesada Pacheco, Ph.D.</i> .....	61
Concesión de obra pública	
<i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i> .....	81
Pactos de trascendencia en el Derecho español	
<i>Lic. José María Zonta Arias</i> .....	111
Legitimación ambiental	
<i>Lic. Julio Jurado Fernández</i> .....	135
 <i>Reseña bibliográfica:</i>	
Introducción a la Teoría Pura del Derecho	
<i>Dr. Agustín Squella Narducci</i> .....	151