

340  
R



CONSEJO ASESOR:

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS:

Licda. Egenery Venegas Villegas  
Dr. Ovelio Rodríguez León

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez (Decano)  
Dr. Víctor Pérez Vargas  
Dr. Rodrigo Barahona Israel

Revista de Ciencias Jurídicas  
Universidad de Costa Rica  
Facultad de Derecho  
Colegio de Abogados  
No. 67 - Cuatrimestral  
setiembre - diciembre - 1990 - 250 págs.

I Derecho - Revistas

**BIBLIOTECA**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**UNIVERSIDAD DE COSTA RICA**

4 DIAS

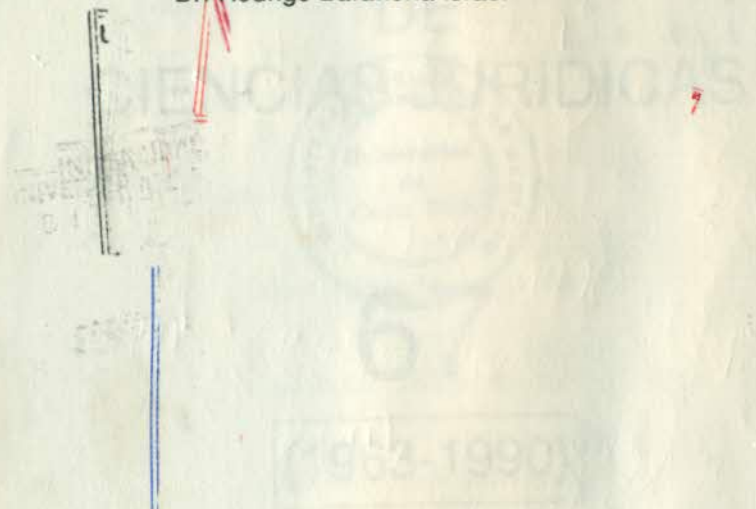
Hecho el depósito de Ley.

Impreso en Costa Rica.

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

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

0034-7787



19 ABR 2012

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA  
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA  
DE  
CIENCIAS JURIDICAS



67

(1963-1990)

27 AÑOS

SAN JOSE, COSTA RICA  
1990  
SETIEMBRE-DICIEMBRE



*Educación y Política*  
*Políticas de Gasto Público*

*Inversión Pública*

*Nicaragua - Honduras*

*Políticas de Gasto Público en Educación*  
*DIJ. Derechos Profesores*

*Legislación Ambiental*

340R  
No. 67/1990  
REV156090

JUNTA DIRECTIVA DEL  
COLEGIO DE ABOGADOS

Sistema de Bibliotecas - UCR



REV156090

1990

Presidente:

Lic. Alfredo Bolaños Morales

Vicepresidente:

Lic. Carlos I. Echeverría Perera

Secretaria:

Licda. Egennerly Venegas Villegas

Prosecretario:

Lic. Juan Casafont Odor

Fiscal:

Lic. José Manuel Arroyo Gutiérrez

Tesorero:

Lic. Carlos E. Muñoz Vega

Vocal 1:

Lic. Oscar Arias Valverde

Vocal 2:

Dr. Ovelio Rodríguez León

Vocal 3:

Lic. Federico Sáenz De Mendiola

Vocal 4:

Lic. Carlos Ramírez Aguilar

Vocal 5:

Licda. Rosa E. Blanco Matamoros



Nº Inscripción

REV156090

BIBLIOTECA  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

"SALE POR 8 DIAS"

U. C. R.  
BIBLIOTECA DERECHO  
★ 19 NOV. 2012 ★  
1474430 62  
CIRCULACION

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

SIBDI SISTEMA DE BIBLIOTECAS INVESTIGACIÓN Y COOPERACIÓN  
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA  
VICERRECTORÍA DE INVESTIGACIÓN

Entregar en la última fecha indicada.

ez

c:

nes Jurídicas:

za

osgrado:

rial:

## PRESENTACION

En este número 67 se cierra el año de 1990, el cual ha constituido un homenaje a los 50 años de fundada nuestra *Alma Mater*.

En el número presente se incluyen ensayos en el campo del derecho laboral, económico, parlamentario, agrario, internacional, ecológico; y, sobre sociología y filosofía del derecho.

Se publica además un documento importante respecto de las Universidades Privadas.

*El director y editor*

---

CINCUNETENARIO UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

---

## LOS PODERES DEL JEFE DE LA EMPRESA

*Lic. Oscar Bejarano C.*  
Abogado Costarricense

### EL FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CONTRATO DE TRABAJO

El contrato de trabajo es un acto jurídico que establece una relación de dependencia entre el trabajador y el empleador. Este contrato se fundamenta en el principio de autonomía de la voluntad de las partes, pero también está sujeto a la intervención del Estado para garantizar la justicia social y el bienestar del trabajador. El contrato de trabajo es un acto jurídico que establece una relación de dependencia entre el trabajador y el empleador. Este contrato se fundamenta en el principio de autonomía de la voluntad de las partes, pero también está sujeto a la intervención del Estado para garantizar la justicia social y el bienestar del trabajador.

## SUMARIO

- I Introducción
- II El fundamento de los derechos y obligaciones del contrato de trabajo
- III El poder del mando
- IV El poder disciplinario
- V Los poderes del empleador y la flexibilidad del derecho de trabajo
- VI Notas Bibliográficas

## I INTRODUCCION

Después de varios años de tener centrada la atención en los problemas socio-económicos que la crisis económica y la revolución tecnológica en la cual las relaciones industriales son parte activa, manejando temas y conceptos más económicos, políticos o sociales que jurídicos, como son los relativos a la concentración social, a la flexibilidad de la mano de obra y mercado de trabajo, a la solución del desempleo, los contratos atípicos, la economía subterránea y tantos otros conceptos que han modificado el léxico laboral, resulta realmente interesante volver al quehacer jurídico hablando de derecho.

El derecho individual de trabajo parecía estar condenado al archivo, ante la importancia y el avance de los conceptos colectivos, pero los organizadores de este Seminario no han demostrado con su temario que ello no es cierto dedicando seis temas al contrato individual de trabajo.

Cuando inicié este trabajo no puede menos que recordar lo que el maestro Alonso Olea me dijera en uno de los tantos congresos de derecho del trabajo en que nos encontramos, en cuanto a lo difícil que es hacer una conferencia sobre derecho individual de trabajo porque, afirmaba, hablar de derecho siempre es difícil, y lo fácil que resulta hablar de algún tema de derecho colectivo porque es de más impacto y generalmente de mayor actualidad.

Me veo ahora en la tesitura de hablar de un tema jurídico conociendo la veracidad de las palabras de don Manuel.

## II EL FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CONTRATO DE TRABAJO

Siendo el contrato de trabajo un contrato bilateral, oneroso, sinalagmático perfecto, no podemos menos que recordar en el Bicentenario de la Revolución francesa a su producto más elaborado en el campo jurídico, el Código de Napoleón de 1804 que consagró el principio del "PACTA SUNT SERVANDA" y que pasó a nuestras legislaciones americanas que consagran el principio homónimo de que "el contrato es ley entre las partes".

Refiero lo anterior porque el derecho individual del trabajo tiene origen en el derecho contractual civil, y prueba de ello es que la mayoría de las

legislaciones que tienen sistema codificado no se refieren al tema de las obligaciones y del nacimiento del contrato sino que permiten al derecho común todo lo relativo a ellas como son el consentimiento y sus vicios, y todo lo demás.

La teoría que parece gozar de mayor aceptación sobre la causa de los derechos del patrono sobre el trabajador, parece ser la que relaciona el tema a un esquema y análisis estrictamente contractualista, mirando en el sinalagma, es decir, en la recíproca relación de derechos y obligaciones entre las partes, patrono trabajador, la causa recíproca de las contraprestaciones mutuas. Así, por ejemplo, se afirma que el patrono tiene poder de subordinación jurídica sobre el trabajador a cambio del trabajo otorgado y del salario pagado.

Dentro de los autores más señalados de nuestra disciplina que se adhieren a esta explicación estrictamente contractual del funcionamiento de los poderes patronales serán los siguientes:

Alfredo Montoya Nagar<sup>(1)</sup> afirma que "La satisfacción del genérico derecho del crédito de empresario exige que éste, por imperativo de la naturaleza de la relación laboral, ostente un haz de poderes destinados a la organización general de la empresa y a la ordenación de las prestaciones laborales (poder de dirección) y a la represión de las conductas laboralmente ilícitas del personal de la empresa (poder disciplinario). Esta suma de poderes constituye la contrapartida de la situación de sujeción o dependencia en la que se encuentra sometido el trabajador."

El maestro dominicano Lupo Hernández Rueda<sup>(2)</sup> también pertenece a los contractualistas porque afirma:

"los patronos y los trabajadores son acreedores y deudores recíprocos de obligaciones. Esto es una consecuencia del carácter sinalagmático del contrato de trabajo. Por ello, los derechos del patrono son deberes del trabajador, los derechos de éste son obligaciones del patrono..."

Como el derecho del trabajo tiene un fuerte contenido tuitivo y protector del trabajador en cuyo favor están los conocidos principios de la norma mínima y del contenido mínimo, en cuya virtud se suponen incorporados a todo contrato individual de trabajo los derechos consagrados en las leyes sociales que son irrenunciables, y en la duda se aplican las leyes en el senti-

No. 67/1990  
REVIS6090

do unívoco al interés del trabajador, ello permite afirmar otras derivaciones siempre contractualistas que el maestro Mario L. Deveali<sup>(3)</sup> consagra en los siguientes términos:

"Las obligaciones a cargo de la empresa son de diverso linaje; ellas pueden tener origen en la ley, en las convenciones colectivas o en los contratos de trabajo; por eso se suelen distinguir en doctrina como obligaciones legales, convenciones o contractuales, respectivamente..."

Dentro de esta corriente importante de pensamiento, y como ya se afirmó, las obligaciones del trabajador son los derechos del patrono si bien existe un elenco unánimemente reconocido de poderes patronales, de los cuales se derivan obligaciones específicas, de suerte que es preciso, para hacer un diagnóstico acertado del tema, recurrir a un análisis de esos poderes genéricos.

Otras explicación menos jurídica, según se afirma, más política y social, si se requiere más económica, pero tremendamente atractiva es la posición de la doctrina francesa que centra la explicación de la causa de que el patrono disponga de poderes sobre el trabajador en la empresa.

G. H. Camerlynck y Gerard Lyon-Caen<sup>(4)</sup> citando al autor de la teoría institucional de la empresa PAUL DURAND, transcribe en su obra y hace suyos los siguientes conceptos:

"El empleador dispone, como jefe de la empresa, de tres prerrogativas: de un poder legislativo, de un poder de dirección y de un poder disciplinario... el fundamento de las prerrogativas de jefe de empresa se encuentra en las responsabilidades que él asume. En nuestra organización económica, el empresario está encargado de asegurar la producción y los intercambios, él corre el riesgo de la explotación y de asegurar el bien común de los miembros de la empresa."

Dentro de este punto de vista como miembros de la empresa se considera no sólo el patrono o sus socios, en el caso de patronos que asumen formas asociativas, sino a los trabajadores mirándose a la organización de capital y trabajo como de interés público en la producción de bienes y servicios para disfrute común; de allí que se señala la responsabilidad del empresario por el buen suceso de la empresa, como causa importante, y preferente a la meramente contractual, que justifique en derecho sus prerrogativas o poderes frente al trabajador.



Ciertamente en Francia bajo la vigencia del Código Civil aplicable a los contratos de trabajo no existía antes de la promulgación de la Ley del 4 de Agosto de 1982 claramente definido un derecho que regulara el poder disciplinario, que Jean Claude Javillier denomina "derecho disciplinario" y que es fundamental dentro de los poderes del empleador. Más adelante volveremos sobre el tema, pero la importancia del mismo sobre el concepto de la empresa y los poderes del empleador queda constanding en la siguiente frase de dicho autor:

"A partir de la ley del 4 de Agosto de 1982 la disciplina en la empresa está sometida a un régimen jurídico que implica una ruptura con el que venía aplicándose desde larga data... Antes de la Ley del 4 de Agosto de 1982, existía un derecho de despido, pero no había más que un poder disciplinario. Después de ésta ley se instala un derecho disciplinario."<sup>(5)</sup>

Debemos mencionar una tercera posición menos jurídica y más política que asumen respecto a los poderes patronales los sectores de izquierda que ven en la relación obrero-patronal una derivación o consecuencia de la lucha de clases y consecuentemente los poderes patronales como un abuso de quienes detentan el capital sobre los asalariados. Ubicamos dentro de esta corriente el pensamiento de Gino Giugni<sup>(6)</sup> quien afirma que:

"Característica especial de la vida productiva en la época moderna es, por el contrario, la existencia, en el sustrato de la estructura social, de un conflicto de interés permanente entre los trabajadores subordinados y los empresarios. Estos últimos al disponer de los medios de producción y, por tanto, del poder de decisión sobre su organización y utilización, se encuentran, respecto de los trabajadores subordinados, en una posición de supremacía..."

Esta teoría es divergente de la comunidad de intereses en la empresa supra señala y lleva a afirmar, como dice Tomás Sala Franco<sup>(7)</sup>

"La imposibilidad de encontrar un interés común a las partes nos lleva a afirmar la identificación entre interés objetivo de la empresa e interés del empresario... El negocio laboral es, por otra parte, un contrato de cambio cuya causa consiste fundamentalmente en el intercambio de trabajo y retribución".

La anterior noción opone un concepto interesante y nuevo que el del interés objetivo de la empresa por encima del interés subjetivo del empresario que no es el concepto que rige en la mayoría de nuestros países latinoamericanos dentro de los cuales no ha calado todavía la noción de la empresa como un ente distinto del empresario y que siempre conlleva las mismas finalidades.

Las anteriores ideas nos introducen al tema específico que nos ocupa ahora, cualquiera que sea la posición que se asuma frente a las diversas corrientes que hemos esbozado sobre la explicación del fundamento de los poderes patronales, ya sea quienes prefieren adherirse a la explicación contractual, o a los que prefieren el criterio de la empresa. Cualquiera que sea la decisión en unos casos será suficiente un esquema y en otro el segundo, sin dejar de lado a que en algunas situaciones será preciso recurrir a ambas teorías frente a situaciones individuales que cada vez se presentan con mayor frecuencia y con mayor grado de complejidad, como veremos adelante sobre todo por la introducción de cambios dentro de las prácticas de empresa por causas tecnológicas.

### III EL PODER DEL MANDO

Siendo el trabajo subordinado el elemento fundamental del contrato de trabajo, el que sirve para distinguirlo de otros contratos similares en los que se dan los otros dos elementos como son un trabajo personal y una remuneración que pertenecen a la esfera del derecho común, en la mayoría de los códigos figura expresamente señalado.

Así vgr. en el artículo 20 de la Ley Federal Mexicana del Trabajo (1970) se señala que:

"Se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le de origen, la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario".

El artículo 62 del Código de Trabajo de Panamá (1971) dispone:

"Se entiende por contrato individual de trabajo, cualquiera que sea su denominación, el convenio verbal o escrito mediante el cual una persona se obliga a prestar sus servicios o ejecutar una obra a favor de otra, bajo la subordinación o dependencia de ésta".

El artículo 18 del Código de Trabajo de Costa Rica (1943) define:

“Contrato individual de trabajo, sea cual fuere su denominación, es todo aquel en que una persona se obliga a prestar a otras sus servicios o ejecutarle una obra, bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada de ésta, y por una remuneración de cualquier clase o forma.”

Todas esas definiciones concuerdan con el concepto fundamental del trabajo subordinado y subrayan la dependencia del trabajador, concepto éste que sigue siendo vigente para definir el contrato individual de trabajo como consta de las últimas leyes laborales promulgadas que siguen repitiendo los viejos conceptos que la Ley Federal Mejicana de 1931 ya había impuesto en la materia.

En virtud de este elemento el patrono dispone de lo que se conoce como poder de mando, disposición genérica de ordenar los elementos de la producción con forme su finalidad y que se deriva en numerosas obligaciones del trabajador, la mayoría especificada en cada legislación laboral.

El poder patronal de mando se materializa en un poder general de dirección empresarial; es lo que la Sala de Casación de Costa Rica<sup>(8)</sup> ha señalado como “el derecho patronal de dar instrucciones” en virtud del cual “el patrono dispone y fiscaliza” en lo que se define como una “relación de poder” no como una cuestión de hecho de modo que el poder existirá “siempre que el patrono se encuentre en la posibilidad de dar ordenes de mando en la ejecución del contrato.”

De manera que no estamos en presencia de un poder de hecho que nos llevaría a un problema de relación social no jurídica, sino de un verdadero poder jurídico con todas sus consecuencias; y es precisamente en virtud del contrato individual de trabajo que lo que es un simple poder de hecho se convierte en un poder de derecho que en consecuencia obliga a la contraparte que es el trabajador, a acatar las ordenes patronales.

Es lo que ha definido el Tribunal Superior de San José<sup>(9)</sup> en los siguientes términos:

“La relación de trabajo no nace sino a partir del momento en que la subordinación del trabajador al empresario deja de ser un simple poder de hecho para transformarse en un poder jurídico. En tanto no se ejerza sino un poder de hecho sobre el trabajador, no existirá relación de trabajo...Donde exista subordinación como poder jurídico, esto es, como principio de autoridad, habrá relación de trabajo y faltando ese ele-

mento estaremos en presencia de un contrato de derecho civil. El poder jurídico del empresario es un poder de disposición de la energía de trabajo, lo que quiere decir que la esencia de la relación de trabajo estriba en que el patrono se encuentra, en todo momento, en posibilidades de disponer de la fuerza de trabajo de sus obreros, según convenga a los fines de su empresa.”

Alonso Olea dentro de un plano social integral, desde luego que la simple relación individual de trabajo, hace descansar en ese poder de dirección “una obligación o poder general de protección del trabajador, cualitativamente diferenciado del de remunerar el trabajo” de manera que sobre el empresario, según ese autor, pesa lo que él denomina “deber de protección” que no deriva de la apropiación de los frutos del trabajo sino de que “el trabajo debe ser prestado de cierta manera y con sujeción a ciertas ordenes cuya fuente es el empresario, al que el contrato atribuye un poder directivo sobre el modo de la prestación.”<sup>(10)</sup>

Específicamente el autor español define el poder de dirección, así:

“El poder de dirección es la facultad por derecho potestativo, que confiere al empresario el contrato de trabajo, de dar ordenes sobre el modo, tiempo y lugar de ejecución del trabajo, el poder de dirección es un poder de ordenación de las prestaciones laborales” Montoya.<sup>(11)</sup>

La Revolución Tecnológica ha traído una transformación al poder de mando del jefe de la empresa en términos favorables a su ejercicio, habida cuenta de que los programas de conversión industrial imperativamente requieren de un amplio ejercicio de las facultades de transformación de los medios de producción que necesariamente pasan por cambios e innovaciones de las prácticas de trabajo.

Si bien el trabajador está obligado a adaptarse a las necesidades de la empresa, bien en los términos que lo permita su contrato escrito de trabajo, si lo hay, bien por la regla genérica que dispone que el trabajador debe brindar su fuerza de trabajo dentro de su capacidad a la empresa. Es lo que el Código de Trabajo de Costa Rica dispone en el artículo 20 al decir que:

“Si en el contrato no se determina el servicio que debe prestarse, el trabajador estará obligado a desempeñar solamente el que sea compatible con sus fuerzas, aptitudes, estado



o condición, y que sea del mismo género del que formen el objeto del negocio, actividad o industria a que se dedique su patrono.”

Aquí surge una teoría que cada vez tiene menos campo de aplicación pero que ha sido muy importante para la defensa de los trabajadores frente a los abusos patronales en esta materia, conocida como “ius variandi”. Esta locución latina que se traduce generalmente como “derecho de variación” se define, como lo hace Carlos Carro Zúñiga<sup>(12)</sup>, como:

“El derecho del empleador de modificar el contrato...” y “...que le permita modificar las bases de trabajo, sin o contra la anuencia del empleado, cuando existe una justa necesidad de empresa y sin ocasionar grave perjuicio a éste.”

La jurisprudencia costarricense se ha pronunciado en términos similares como puede verse de las siguientes sentencias del Tribunal Superior de Trabajo de San José:

Sentencia Nº 2369 de 10:25 horas del 21 de junio de 1979:

“Como consecuencia del ius variandi, que constituye una potestad de conferida al patrono para modificar por sí la forma, modo o lugar de las prestaciones en interés de la producción, las variaciones no trascendentales, las que no alteren la índole de la prestación no requieren un acuerdo de voluntades y deben ser acatadas por el trabajador, so pena de incurrir en causal de despido.”

Sentencia Nº 1040 de 13:05 horas del 4 de marzo de 1980:

“De acuerdo con la doctrina del ius variandi es una de las manifestaciones más claras de ejercicio del poder jerárquico del patrono, y en principio constituye la posibilidad de modificar por la sola decisión de éste, algunas de las condiciones explícitas o implícitas del contrato de trabajo, referidas al cumplimiento por el trabajador de algunas obligaciones a su cargo emergentes de ese contrato, ya sea porque lo aconsejen las necesidades de la empresa o bien urgencias económicas colectivas;...”

El abuso patronal a esa facultad de variación de las condiciones de trabajo no fundamentales es una situación de hecho que solo llega a conocimiento de los Tribunales cuando el trabajador se tiene por despedido alegando ruptura de la relación por el abuso patronal, situación ésta que por ser extrema en cuanto expone al trabajador al desempleo, en medio de la crisis social y económica que en general vive Latinoamérica y que desde luego afecta el empleo, ha provocado que en años recientes no sólo sea menor la cantidad de asuntos que llegan a los tribunales por ius variandi, sino que la calidad del concepto en discusión se ha flexibilizado en forma tal que los tribunales miran con buenos ojos todo lo que se refiere a mejorar la producción, la comercialización y la exportación de bienes y servicios colocando al trabajador como responsable, en parte, de los cambios requeridos.

Este fenómeno de transformación de los conceptos fundamentales del derecho individual del trabajo aunque sorprendente, no es una novedad dentro de nuestra disciplina que a lo largo de nuestra historia ha venido regulando el fenómeno del trabajo humano en las diversas condiciones que la economía de la producción demanda.

#### IV EL PODER DISCIPLINARIO

A fin de ordenar la actividad del trabajador dispone el patrono de lo que se denomina como poder sancionador o poder disciplinario y que consiste en la facultad de imponer sanciones al trabajador que no cumpla debidamente con sus deberes, los que debidamente están señalados en un numerus clausus tanto en las legislaciones laborales como en las reglamentaciones de taller y en los contratos individuales de trabajo.

Como bien lo apunta JAVILLIER<sup>(14)</sup> en Francia ha dado lugar a una interesante evolución al punto de hablarse de un derecho disciplinario, dando así a entender que la temática es más que un asunto que interesa únicamente al fondo de que si existe o no falta que sancionar, sino una cuestión que atiende al derecho de defensa, previo a la sanción y a un procedimiento que lo garantice con lo cual se articula una verdadera legislación y jurisprudencia especializada dentro de lo relativo al contrato individual de trabajo y su ejecución.

La cuestión relativa al tipo de sanciones está clara tanto en la doctrina como en las legislaciones; se excluyen las penas pecuniarias y normalmente se admiten como sanciones el apercibimiento oral o escrito para sanciones menores, y la suspensión sin goce de salario y el despido para las más graves. Esto en el derecho occidental, porque en los países socialistas el tipo de sanciones difiere sustancialmente del esquema indicado habida cuenta de

que al considerarse interés del estado, fundamental, la producción en esos regímenes la falta laboral que atente contra la misma adquiere especial gravedad al punto de que se admiten sanciones tales como la degradación del puesto, pérdida de los derechos fundamentales del trabajador, inclusive el derecho de trabajar, rebaja de salario e inclusive la cárcel. Obviamente estamos en presencia de una confusión de intereses y finalidades que no se da en los regímenes capitalistas.

Normalmente la suspensión se limita en el tiempo, en el caso de Costa Rica a ocho días sin goce de salario (artículo 68 inciso e. del Código de Trabajo) cuando se trata de trabajadores privados y plazos mayores en el servicio público.

El derecho de defensa del trabajador está tímidamente esbozado en la legislación costarricense, ya que si bien se exige en el caso de las sanciones disciplinarias que no sean el despido, en éste último no existe un procedimiento marcado. En el servicio público, sobre todo en el régimen centralizado bajo la Ley de Servicio Civil sí existe claramente regulado y con suficiente protección y garantía para el servidor público, que no puede ser despedido si previamente no se le demuestra la causal de despido.

Un buen ejemplo de la protección que se le otorga al trabajador frente al despido en el sector público es la ley que se promulgó en Costa Rica bajo el número 6227 del dos de mayo de 1978, Ley General de la Administración Pública, cuyos artículos 308 y 319 señalan dentro del denominado procedimiento ordinario administrativo la aplicación de sus normas "a los procedimientos disciplinarios cuando éstos conduzcan a la aplicación de sanciones de suspensión o destitución, o cualesquiera otras de similar gravedad" (artículo 308 - 2).

Ese procedimiento es de tal naturaleza que se tramita con plena intervención del trabajador y su abogado, las pruebas se reciben en una comparencia oral y privada y se emite una resolución que es apelable para ante el superior, todo como acto previo para agotar la vía administrativa antes de recurrir a la vía jurisdiccional; si el servidor recurre a la vía contencioso administrativo puede ser anulado el acto de despido o de sanción si es violatorio de los derechos del trabajador produciéndose la reinstalación en el primer caso. En la jurisdicción laboral no se acuerda la reinstalación ya que solo se ventilan derechos económicos derivados del despido (pagos de preaviso de despido, auxilio de cesantía, salarios caídos, etc).

Inclusive existe un proyecto de reforma a la Ley de Amparo Constitucional que pretende extender el amparo a las violaciones a los derechos constitucionales, que no sean objeto de recurso de hábeas corpus, a las personas privadas. Ahora con la ley vigente se otorga el amparo con violación al derecho de defensa del trabajador despedido cuando se trata de servidores públicos; con la reforma de prosperar se abriría una nueva vía de protección rápida y efectiva de protección a los trabajadores comunes.

Naturalmente en los regímenes laborales en que existe libre despido, caso de Costa Rica, el poder disciplinario es ejercido en forma más liberal por los patronos que en los casos en que el derecho de despido está limitado, y donde existe el recurso de la reinstalación del trabajador con el pago de salarios caídos en caso de un despido incausado, supuesto que en la legislación costarricense sólo se da en el régimen de Servicio Civil.

Pero la existencia de un verdadero derecho disciplinario, y sobre todo, de un control jurisdiccional del poder disciplinario del patrono privado, no existe en la forma tan clara como lo ha desarrollado la legislación y la jurisprudencia francesa, después de la promulgación de la ley del cuatro de Agosto de 1982, excepto por lo dicho, en cuanto a los servidores públicos protegidos por la Ley General de la Administración Pública o del Servicio Civil.

JAVILLIER nos señala algunas consecuencias de la nueva legislación en los siguientes términos:

"a) El respeto del derecho de defensa implica para el trabajador la posibilidad de conocer las imputaciones que se le hacen y de responderlas haciendo valer sus propios argumentos... En el futuro no podrán existir en el legajo del trabajador documentos por los que se comprueben faltas que no le hubiesen sido notificadas... Debe realizarse una entrevista previa con el trabajador... El juez debe verificar la regulación del procedimiento seguido..."<sup>(15)</sup>

Aunque no pretendemos, desde luego, en esta oportunidad hacer un análisis detallado de la situación en Francia que vario radicalmente desde que antes de la Ley de 1982 el empleador era, respecto del poder disciplinario el único juez ya que el control jurisdiccional sobre dicho poder se limitaba a los casos de abuso de derecho, en que con base en principios civilistas era posible enmendar el abuso, inclusive llegando a prohibirse todo análisis sobre la proporcionalidad de la sanción con la falta cometida de manera que en el fondo los jueces no podían sustituir las apreciaciones del empleador sobre los hechos y la imputabilidad del trabajador, sí debemos de mencionar el importante esfuerzo de esa legislación en favor de un derecho que se considera elemental dentro de los derechos humanos, como es el derecho de defensa, en este caso, del trabajador.

El futuro de este aspecto según dicho autor, es promisorio, sobre todo cuando se trata del derecho de despido, que es el que más daño causa a la sociedad y al trabajador; a la sociedad porque contribuye al desempleo que es uno de los flagelos de nuestros países y que acarrea toda la problemática social, económica y política; y al trabajador porque le resta el ingreso único con el cual debe sostenerse él y su familia, como es el salario. El despido es,

pues, la máxima sanción que se puede imponer al trabajador dentro del régimen disciplinario laboral y debe obedecer a la violación de obligaciones principales, lo que se denomina en el derecho costarricense, faltas graves, las cuales son analizadas dentro de la especial naturaleza protectora del derecho del trabajo pro operario, con carácter limitado y restrictivo.

Podríamos decir aquí con JAVILLIER <sup>(16)</sup> que:

“No es del caso practicar un inventario exhaustivo como tampoco aplicarse a un trabajo de prospectiva jurídica o judicial. Sin embargo todo legislador debería apoyarse, para preparar y debatir sus textos, en estudios de sociología jurídica que permitan medir la incidencia de las practicas y estrategias tanto sindicales como patronales. Porque las normas nada son sin las manifestaciones reales que emanan de estas prácticas...”

La pregunta más inquietante es hasta donde debe llegar la facultad judicial cuando se trata de analizar una sanción disciplinaria, sobre todo en la valoración de la gravedad de la falta y de la proporcionalidad de la sanción en relación con la falta, aspectos estos en que el empresario demanda cierta flexibilidad ya que es quien conoce los problemas de la producción contra la cual la indisciplina motiva graves daños que no siempre son entendidos por los jueces de derecho, de manera que puede darse el caso, no poco frecuente en nuestros países, de que una mal entendida protección al trabajador prohija vicios que conspiran no sólo contra el empleado sino contra la producción del país en general.

## V LOS PODERES DEL EMPLEADOR Y LA FLEXIBILIDAD DEL DERECHO DEL TRABAJO

No quiero finalizar este trabajo sin antes analizar el contexto histórico vigente dentro del cual se sitúa hoy la ejecución del contrato individual de trabajo, en el marco de los poderes del empleador.

No cabe duda de que el derecho del trabajo vive una profunda transformación que si bien es muy marcada en el campo del derecho colectivo y del papel de los sindicatos, también ha afectado notablemente el derecho individual, modificando, en favor del empleador, las potestades de mando y disciplinarias.

La flexibilización que requieren los cambios tecnológicos otorga un espacio mayor al empleador en cuanto de refiere a cambios en la ejecución de los trabajos debido a la necesidad de aplicar nuevas tecnologías y consecuentemente de variar el contenido tradicional de la relación de trabajo; la

empresa que no logre transformar su esquema de producción de los nuevos requerimientos no sobrevive, sobre todo de cara a la exportación que es la finalidad trazada a nuestros países como el medio óptimo de salir del subdesarrollo. El caso de Costa Rica y República Dominicana son claro ejemplo de ello con el programa de la Cuenca del Caribe.

En la parte disciplinaria quizás la flexibilización haya afectado en menor medida al trabajador ya que a la par de que se conceden facultades nuevas al empleador para transformar el objeto de trabajo, se nota, por lo menos en Costa Rica y desde luego en los países europeos, una tendencia a establecer procedimientos de control de la potestad disciplinaria.

Lo que se denomina desregularización del derecho de trabajo, que no es otra cosa que una mayor participación de la autonomía de la voluntad frente a la heteronomía también contribuye en buena medida a un aumento de los poderes del empleador, porque en el tanto en que se abre el espacio de la negociación individual, o colectiva, así se aumenta la posibilidad de que por la vía del contrato el patrono imponga mayores condiciones obligacionales al trabajador o al grupo de trabajadores.

Este aspecto es relevante y constituye uno de los signos más señalados del nuevo derecho individual del trabajo que se está gestando más que por la vía de la reforma legal a las leyes sociales, difícilmente reformables, por el cambio de la autonomía de la voluntad. Por ello aludíamos al inicio de esta presentación, al Bicentenario de la Revolución Francesa y al dogma de la voluntad como fuente de derecho.

Lo anterior no significa de ninguna manera, que el derecho de trabajo no sepa afrontar el reto que representa un cambio tan sustancial como es lo que podría juzgarse en apariencia como un abandono de la protección tradicional a los derechos del trabajador; la disyuntiva del empleo pleno frente al desempleo, del avance tecnológico frente a la obsolescencia del aparato productivo, en síntesis, del desarrollo frente al subdesarrollo, sólo podrá ser superada con un enorme esfuerzo de replanteamiento de los grandes principios del derecho laboral a la luz de las necesidades que plantea el Siglo XXI a nuestras sociedades.

## VI NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- 1.- MONTOYA MELGAR, Alfredo. “Derecho del Trabajo”. 9 Edición, Editorial Tecnos, 1988. Página 341.
- 2.- HERNANDEZ RUEDA, Lupo. “Manual de Derecho del Trabajo”. Tomo I. 4 Edición. Editorial IET, 1985. Página 267.

- 3.- DEVEALI L., Mario. "Tratado de Derecho del trabajo". Tomo I. Editorial La Ley, 1964. Página 491.
- 4.- CAMERLYNCK, GH. - LYON-CAEN, Gérard. "Droit du travail", 7 Edición. Editorial Dallos, 1975, Página 344.
- 5.- JAVILLIER, Jean Claude. "El ejercicio y el control jurisdiccional del poder disciplinario". En Rev. Trabajo y Seguridad Social N° 2, año 1986. Editorial El Derecho. Página 86.
- 6.- GIUGNI, G. "Derecho Sindical". Edición en español Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de España, 1983. Página 24.
- 7.- SALA FRANCO, Tomás. "La movilidad del personal dentro de la empresa". Editorial Tecnos, Madrid. 1973. Página 315.
- 8.- Sentencia de Casación número 1 de 14:30 horas del 4 de Enero de 1980. \Publicación oficial, Costa Rica.
- 9.- Tribunal Superior de Trabajo de San José, Sentencia N° 4120 - 80 de 10 horas del 19 de noviembre de 1980. Archivo Costa Rica.
- 10.- ALONSO OLEA, Manuel. "Derecho del Trabajo". 8 Edición revisada. Editorial Universidad de Madrid, 1983. Página 261.
- 11.- ALONSO OLEA, Manuel, op. cit. página 262.
- 12.- CARRO ZUÑIGA, Carlos. "Los factores condicionantes del ius variandi". Editorial Colegio de Abogados, Costa Rica 1964. Página 3.
- 13.- Sentencias N° 2369 - 79 de 10:25 horas del 21 de junio de 1979, y N° 1041 - 80 de 13:05 horas del 4 de marzo de 1980. Archivo Costa Rica.
- 14.- JAVILLIER, Jean Claude, op. cit. páginas 99, 100 y 101.
- 15.- Idem.
- 16.- Idem, página 103.

## APUNTES SOBRE EL MECANISMO DE CONVERSION DE DEUDA EXTERNA -COSTA RICA-

*Lic. Roberto Avendaño Chinchilla*  
 Director del Departamento de Deuda Externa  
 Banco Central de Costa Rica\*

\* Se trata del punto de vista personal del autor.

## SUMARIO

- I Introducción
- II Antecedentes:
  - 1- Legales
  - 2- Económicos y financieros
- III Descripción del mecanismo
- IV Resultados
- V Conclusiones

## Anexos

## I. INTRODUCCION

Para los que de una u otra forma hemos estado relacionados con la agobiante función de la deuda externa del país, estos apuntes tienen como propósito repasar la experiencia que sobre el mecanismo de conversión hemos alcanzado, mediante una visión, por decir doméstica, del grupo de trabajo que tuvo a su cargo, la ejecución del mismo.

La experiencia y los años nos han demostrado que las ideas iniciales esbozadas en el esquema de conversión o canje, son compartidas por los funcionarios relacionados con la deuda de muchos países deudores. Desde sus inicios se quiso que el programa fuera considerado como de reactivación económica, no de estabilización, con el fin de introducir un elemento innovador y creativo en la problemática de la deuda, y al mismo tiempo iniciar una curva de aprendizaje tanto en el sector público como en el privado que nos permitiera explorar nuevos rumbos en este gravísimo problema. La información que sobre este tema existía era muy poca, por no decir inexistente, solo Brasil había tenido cierta experiencia en los años 60 con su regulación de inversiones extranjeras, Chile y México por su parte apenas estaban esbozando sus programas respectivos, por este motivo se ha utilizado el término "doméstico" para hacer referencia a la visión que se desea presentar sobre el esquema, con el fin de describir nuestra propia experiencia y dejar para un segundo trabajo las impresiones sobre mecanismos similares aplicados en otros países.

Cuando se habla o escribe sobre el tema de la conversión surge la duda de si la misma constituye un prepago de deuda, la respuesta a esta inquietud hace que cada uno de nosotros empiece a tomarle gusto al asunto, por nuestra parte diremos que el esquema de conversión en el caso de Costa Rica, lo hemos visto como una operación de canje de deuda externa por interna, lógicamente que existen posiciones en contrario.

## II. ANTECEDENTES

A partir de la segunda reestructuración de la deuda pública costarricense con la banca comercial, (negociaciones conocidas en algunos foros como Club de Londres), ocurrida en setiembre de 1985, se puso nuevamente en evidencia la inconformidad sobre tales acuerdos, máxime que contenían

cláusulas aún más duras que las incluidas en los anteriores convenios de 1983. Era previsible que el país en un cortísimo plazo estaría incumpliendo esos acuerdos, como de hecho sucedió en junio de 1986 con la propuesta de Costa Rica a los bancos comerciales. Con un alto grado de pesimismo ante la inflexibilidad de la banca comercial acreedora de Costa Rica fue que a finales de 1985 fue tomando forma un posible mecanismo de conversión o canje de deuda, hecho que coincidió con una propuesta de un banco de New York para capitalizar una entidad bancaria costarricense por medio de pagarés de la deuda externa, esta propuesta no se llegó a concretar pero dio lugar a otras solicitudes similares y a que el BCCR decidiera estudiar el asunto y tratar de establecer las condiciones bajo las cuales podrían aceptarse este tipo de propuestas. Fue así como en la sesión celebrada el 18 de marzo de 1986, la Junta Directiva del Ente Emisor aprobó los términos de referencia que servirían de base para estudiar las ofertas, no obstante tenían que transcurrir varios meses para que el mecanismo adquiriera forma, dado que era necesario estudiar más a fondo aspectos de tipo legal, económico y financiero.

### 1. Aspectos legales

Como fue mencionado en la introducción, el grupo de trabajo consideró la conversión como una operación de canje de deuda externa por interna, sin embargo tal concepto en lo que se refiere a los acuerdos de reestructuración, no lo contemplaba, motivo por el cual el canje de documentos constituye una clara violación de las cláusulas de prepago, "pari-passu" (trato igualitario) y "negative pledge" (obligación de no hacer). Asimismo los bancos entre sí se protegen por la cláusula de "sharing of payments" mediante la cual se estipula que si algún banco recibe un pago en exceso del que le corresponde, debe compartirlo con los demás. Sobre estos aspectos se hicieron las consultas correspondientes y se sugirió que debía hacerse una solicitud de dispensa ("waiver") de esas cláusulas, trámite muy largo y sumamente oneroso para el país, de tal suerte que la solicitud no se presentó ante Bank of America que es el banco agente de la refinanciación. Se consideró también que Costa Rica estaba ofreciendo una posibilidad para que los bancos acreedores recuperaran parte de las pérdidas que podían sufrir en caso de descontar sus títulos en los mercados secundarios, en vista de que los mismos se transaban a un precio muchísimo menor del 100% de su valor.

### 2. Aspectos económicos y financieros

Desde un primer momento se pensó que el producto de la conversión debería estar dirigido a aquellas actividades generadoras de divisas, de tal

suerte que se pudiera neutralizar el efecto inflacionario de la "colonización" de la deuda. Se consideró que la actividad exportadora es de carácter estratégico en la economía nacional, motivo por el cual se le dio la más alta prioridad, asimismo se estimó que un programa de conversión por un monto muy bajo minimizaría el efecto monetario, máxime si se producían inversiones adicionales.

Aquí cabe destacar que aunque el mecanismo en referencia se fundamenta en la depreciación que han sufrido nuestros títulos de la deuda en el mercado internacional, la idea en ningún momento era de un simple intercambio de documentos, sino aprovechar esa circunstancia, captura del descuento, para que los recursos resultantes del intercambio, se orientaran hacia actividades como las mencionadas, asimismo aquellas que vinieran a sustituir importaciones o a ampliar las facilidades crediticias de nuestro sistema financiero.

Con la idea de capturar el descuento de los títulos, se idearon 2 formas: una mediante un precio reducido del valor facial y otra por medio de una tasa de interés castigada. En el primer caso los títulos se reciben a menos del 100% y se canjean por documentos en colones con tasas de mercado, en el otro caso, los títulos se aceptan a un 100% y el descuento se refleja en una tasa de interés menor, de tal forma que en términos de valor presente quede reflejado dicho descuento. Esta modalidad aunque teóricamente es equivalente a la primera, presenta problemas en cuanto a su tratamiento contable y financiero, dado que el descuento no se puede mostrar en libros y es cuestionable la utilización de una tasa apropiada para estimar el valor presente, ya que resulta complicado calcular el costo para una entidad bancaria como el BCCR u otro indicador que sirva para descontar el repago y los intereses que generen los títulos en colones.

Con este breve resumen de los antecedentes de la conversión veamos ahora cómo opera el mecanismo.

## III. DESCRIPCION DEL MECANISMO

La guía de conversión que puso a disposición de los intereses el BCCR durante el segundo semestre de 1986, es bastante clara en cuanto a los lineamientos generales, los cuales se pueden resumir de la siguiente forma: el interesado somete al Ente Emisor un plan detallado de las inversiones que se propone efectuar, el banco de acuerdo a las prioridades que a tal efecto estableció, le asigna un precio de conversión en función de su prioridad y de la cotización de la deuda de Costa Rica en los mercados secundarios del exterior, asimismo establece un plazo determinado para formalizar la

transacción en el entendido que un banco costarricense es el encargado de supervisar y controlar dichas inversiones.

Al formalizar la transacción de canje, se cancela la deuda externa proporcionada por el interesado y a cambio se le entregan títulos en colones del BCCR por el equivalente en moneda nacional, al tipo de cambio vigente y a plazos similares a los pactados en la deuda externa, lógicamente que estos títulos se aceptan a un precio menor de su valor facial, ya sea mediante una reducción directa del precio o por medio de una tasa de interés "castigada".

Dependiendo del origen de los recursos por medio de los cuales se adquirieron los documentos de deuda externa, el interesado tiene la opción de solicitar su registro como una deuda o como una inversión de capital, con el propósito de repagar el crédito externo o repatriar la inversión extranjera. En caso de que no se solicite tal registro, se puede pensar que se produce una repatriación indirecta de capitales o en el peor de los casos que se haya acudido al mercado negro de divisas.

Una última observación sobre el mecanismo es que se establece que la deuda elegible para el intercambio es aquella proveniente de los acuerdos de reestructuración de deuda externa y el financiamiento de US\$75,0 millones, exceptuando la facilidad revolutiva de crédito pactada en 1983 con los bancos acreedores de Costa Rica.

#### IV. RESULTADOS

En el esquema de conversión se estableció un monto total de US\$180,0 millones de valor facial, monto que representa un 15% de la deuda refinanciada con los bancos comerciales (US\$1.200,0 millones) y un 5% de la deuda total del país en ese momento (US\$3.600,0 millones).

La primera transacción se efectuó en agosto de 1986 y la recepción de ofertas tuvo que cerrarse en diciembre de ese año, dado que al cierre de la ventanilla se habían presentado ofertas por un monto total de US\$280,0 millones, correspondientes a 73 proyectos diferentes, de los cuales se han aprobado 35, a la fecha se han formalizado 32,2 han sido retirados y 1 se encuentra en proceso de formalización.

La lista se presenta en el anexo 1 y en el 2 se clasifican los mismos, por el tipo de actividad, obteniéndose una reducción en la deuda externa de US\$117,2 millones, a un tipo de cambio promedio de  $\text{¢}62,6$  por dólar, a un precio de conversión promedio de 65%, estos resultados corresponden a 32 proyectos debidamente formalizados.

En lo referente al capítulo del registro de capitales o de deuda, podemos determinar que la mitad del total de los proyectos presentan estas op-

ciones para repatriar la inversión y los correspondientes dividendos, así como el de brindar servicio al crédito externo incurrido por las empresas nacionales para adquirir los títulos elegibles en el esquema de conversión. Los resultados se muestran en el anexo 3 en donde únicamente 3 empresas han hecho uso efectivo del registro por US\$639.720,0 y US\$2.593.807,87 de deuda y capital respectivamente. En cuanto a una tercera modalidad de este registro, podemos mencionar que se permitió que un beneficiario retuviera US\$0,68 por caja de banano exportada para repagar el crédito en que incurrió para adquirir la deuda externa, mediante una "escrow account" en un banco del exterior, este registro permite contabilizar un monto de US\$9,0 millones para ese efecto, de tal suerte que el servicio está en función de la generación de exportaciones de banano.

Cabe hacer notar que el último rubro de las actividades del anexo 2, conservación de parques nacionales, merece especial importancia por haber tomado un gran auge, dado el interés y la participación de bancos acreedores dispuestos a donar sus tenencias de deuda externa, entendemos que con propósitos tributarios en sus países de origen, a la fecha el BCCR está abocado a ejecutar un mecanismo no convencional de conversión, con el objetivo de financiar programa orientados al campo de los recursos naturales, apoyo a pequeños empresarios y desarrollo educativo.

#### V. CONCLUSIONES

En la actualidad resulta fácil obtener una excelente visión de los diferentes mecanismos de conversión de deuda, llámese "deuda por deuda", "deuda por productos", "deuda por efectivos", "deuda por capital" o "deuda por naturaleza", sin embargo al remontarnos al año de 1984 recordamos que cuando en Costa Rica se empezaron a tratar estos asuntos, resultaba temerario y hasta cierto punto inmoral pensar en aceptar títulos de deuda externa por menos de su valor facial, ha cambiado tanto el concepto de que ahora se habla de donaciones de deuda.

En retrospectiva en el caso de Costa Rica se pueden enumerar los siguientes objetivos básicos que dieron origen a la conversión:

1. Captura del descuento.
2. Atracción de nuevas inversiones extranjeras.
3. Reducción y alivio en el servicio de la deuda.
4. Incremento de las exportaciones.
5. Repatriación de capital.
6. Establecimiento de una curva de aprendizaje para Costa Rica.

Consideramos que los objetivos se han alcanzado, la mayoría en forma satisfactoria, otros parcialmente y un solo caso en forma decepcionante, veamos:

#### 1. *Captura del descuento*

El precio promedio de conversión es de un 65%, lo cual indica que se ha capturado un 35%, según los datos del anexo 2. Cabe hacer notar que se beneficio ha estado en función directa del deterioro que ha sufrido la deuda externa de Costa Rica en los diferentes mercados secundarios del exterior, dado que el mecanismo establece un punto de referencia basado en las cotizaciones de nuestra deuda, que como sabemos han estado decreciendo en forma sostenida desde los inicios del esquema.

#### 2. *Atracción de nuevas inversiones extranjeras*

Este punto ha sido decepcionante ya que supusimos al inicio, en forma muy optimista, que los bancos acreedores estarían dispuestos a participar accionariamente en empresas costarricenses, sin contar con todas las regulaciones a que están sometidos y que la función de los bancos es hacer banca. Cabe mencionar el problema que representa para esas entidades su participación, dadas las restricciones que a tal efecto establecen los diferentes convenios de refinanciación que ha suscrito Costa Rica.

En el caso concreto de nuestro país solo una entidad bancaria del exterior ha efectuado inversiones directas en una firma costarricense, favorecida con la conversión.

#### 3. *Reducción y alivio en el servicio de la deuda*

Los datos en el anexo 2 son elocuentes, la deuda externa refinanciada con la banca comercial se ha reducido en, aproximadamente un 10%, monto nacionalizado de deuda interna que demanda un servicio en colones a plazos ligeramente superiores a los pactados contractualmente, a tasas de interés que fluctúan entre un 20% y un 26%.

#### 4. *Incremento en las exportaciones*

Es un poco prematura evaluar este concepto, dado que muchos proyectos todavía están en la fase de ejecución y otros todavía no han alcanzado las metas propuestas, sin embargo estudios de auditoría indican que los proyectos revisados están cumpliendo los objetivos satisfactoriamente, excepto por 1 ó 2 casos.

#### 5. *Repatriación de capitales*

Es válido suponer que una empresa que no ha formalizado un registro de capital o de deuda para tener acceso al mercado oficial de divisas, tiene que acudir al mercado negro o recurrir a repatriar capital, suponemos que esto último es lo que ha ocurrido, para lo cual tomamos como base, en lo posible, que no hemos detectado una variación significativa de las cotizaciones entre el mercado negro y el oficial durante la vigencia del mecanismo.

Cabe agregar también que sólo 3 empresas han solicitado registro de capital o deuda, según se muestra en el anexo 3, por un total de US\$3,2 millones.

#### 6. *Establecimiento de una curva de aprendizaje para Costa Rica*

Consideramos que el proceso ha sido aleccionador, sin embargo, si desde un primer momento hubiéramos evaluado todas las ramificaciones y complicaciones que un mecanismo de este tipo presenta, probablemente se estaría, en estos momentos, redactando las regulaciones correspondientes, no obstante se partió de una serie de lineamientos generales que se fueron adaptando conforme se presentaban nuevas condiciones, resumidas en una guía de conversión de 8 páginas.

Obtener la curva de aprendizaje ha tomado tiempo, pero su utilidad es sumamente valiosa para hacerle frente a decisiones que se requieren tomar, no sólo en mecanismos convenciones de conversión, sino en una serie de modalidades sobre el tratamiento de la deuda externa, como son el reciente "macro-swap" de México, las modalidades del esquema chileno, el pago de la deuda de Costa Rica a México, el plan brasileño de 1987 y en general las soluciones que al problema de la deuda se han discutido y se discuten en los diferentes foros.

Como un último punto se hace necesario mencionar el precio de la factura de la conversión, es decir todos aquellos aspectos que se cuestionan de la bondad del mecanismo y que sumados esos rubros representan el costo total que es necesario cancelar, dentro de los cuales se pueden mencionar los siguientes:

- presiones inflacionarias
- saturación del mercado interno de valores
- asignación de recursos
- presión en las tasas internas de interés
- guerra de incentivos a nivel internacional



- mercado negro
- la bicicleta o "round tripping"
- componente importado y valor agregado
- pérdida del poder de negociación de la deuda externa
- infraestructura administrativa requerida
- nacionalización de la deuda externa
- pérdida del control sobre la política monetaria

Para finalizar hago mención a lo dicho por un célebre ejecutivo de la industria automovilística, que escribió un libro de gran impacto, cuyo nombre ustedes pueden deducir, que dijo lo siguiente:

"Aprenda, aplique esfuerzo al trabajo, pero después, por lo que más quiera, ¡haga algo!"

ANEXO I

MECANISMO DE CONVERSION DEUDA PUBLICA EXTERNA  
-PROYECTOS APROBADOS POR JUNTA DIRECTIVA-  
(AL 21 DE JUNIO DE 1988)

PROYECTO	MONTO APROBADO DOLARES (\$)	VALOR DE LOS TITULOS RECIBIDOS (\$)	MONTO CONVERTIDO	
			US\$ //	¢ (BEM)
Capitalización del banco para financiar proyectos exportación	4.000.000,00	3.930.011,98	2.593.807,91	145.253.242,80
Exportación de banano	26.000.000,00	20.084.211,56	20.084.211,56	1.209.128.686,81
Exportación de flores y plantas ornamentales	1.500.000,00	1.500.000,00	1.050.000,00	60.795.000,00
Exportación de helechos	1.400.000,00	1.400.000,00	980.000,00	56.987.000,00
Exportación carne de cangrejo	4.250.00,00	1.599.508,79	992.824,13	63.053.482,83
Exportación de banano	4.600.000,00	4.600.044,21	3.220.030,95	192.396.849,09
Exportación cosméticos y artículos de tocador	750.000,00	750.000,00	466.200,00	28.205.100,00

Continúa...

Exportación de yuca, malanga ñame y ñampi	2.100.000,00	2.100.000,00	1.462.125,00	86.591.268,75
Capital de trabajo (exportación prendas de vestir)	6.000.000,00	5.800.000,00	3.596.000,00	212.523.600,00
Construcción naves industriales	8.850.000,00	8.834.981,56	4.877.914,77	300.600.362,58
Producción huevo fértil (sustitución importaciones)	10.500.000,00	10.502.317,32	5.828.786,11	362.841.935,66
Exportación de cueros	1.280.000,00	1.280.000,00	805.1220,00	49.072.064,00
Exportación jugos concentrados	7.500.000,00	7.500.000,00	4.717.500,00	289.182.750,00
Exportación de flores	2.925.000,00	2.925.000,00	1.785.712,50	108.839.176,88
Producción esquejes y exportación de flores	2.900.000,00	2.900.000,00	1.732.500,00	110.620.125,00
Exportación puertas de madera	11.800.000,00	11.713.534,08	7.249.962,70	456.816.545,77
Planta procesadora de pulpa	4.000.000,00	4.000.000,00	2.405.000,00	147.426.500,00
Exportación plantas ornamentales	500.000,00	500.000,00	297.500,00	18.846.625,00
Conservación de Parques Nacionales	5.400.000,00	5.400.000,00	4.050.000,00	296.609.960,04

Continúa...

Exportación mariscos y pescado fresco congelado	1.568.000,00	1.568.000,00	799.680,00	53.378.640,00
Exportación plantas ornamentales				
Producción y exportación de camarón	1.500.000,00	1.500.000,00	750.000,00	55.125.000,05
Producción helechos de cuero para exportación	1.150.000,00	1.150.000,00	575.000,00	38.381.250,00
Producción y exportación plantas ornamentales	2.600.000,00	2.600.000,00	1.118.000,00	81.837.600,00
Exportación melones	2.975.000,00			
Exportación plantas ornamentales	3.100.000,00	3.100.000,00	1.333.000,00	97.575.600,00
Expansión actividad pesquera	1.385.000,00	1.385.000,00	567.850,00	41.566.620,00
Producción y exportación de productos plásticos	2.300.000,00	2.300.000,00	897.000,00	65.660.400,00
Exportación carrocerías de fibras de vidrio	995.586,00	995.586,00	388.278,54	28.538.472,69

Continúa...

Exportación puntas de cauán uso industria electrónica	399.173,00	399.173,00	155.677,47	11.395.590,80
Exportación empaques polietileno y celofán	1.080.116,00	1.080.116,00	421.245,24	30.729.840,26
Exportación empaques hule	1.775.148,00	1.775.148,00	692.307,72	50.676.925,10
Exportación artículos plásticos uso farmacéutico	929.839,00	929.839,00	362.637,21	26.545.043,77
Exportación bolsas plásticas	1.150.559,00	1.150.559,00	448.718,01	32.846.158,33
Siembra de banano	5.915.788,00			
Conservación de Parques Nacionales	5.600.000,00			
Desarrollo Forestal <sup>2/</sup>				
<b>TOTAL</b>	<b>140.679.209,00</b>	<b>117.253.030,50</b>	<b>76.704.589,82</b>	<b>4.810.047.416,21</b>

1/ REPRESENTA EL VALOR DE LOS TITULOS RECIBIDOS AL PRECIO DE CONVERSION.

2/ DONACION DE US\$ 5.000.000,00 DEL GOBIERNO DE HOLANDA PAARA COMPRA DE PAGARES DEUDA EXTERNA CON FINES DE REFORESTACION.

ANEXO 2  
COSTA RICA: MECANISMO DE CONVERSION  
-MILLONES-

ACTIVIDAD/PROYECTO	Nº PROY.	VALOR FACIAL DEUDA EXTERN. \$	(1)	VALOR FACIAL DESCONTANDO DEUDA EXTERNA \$	(2)	(3)	PRECIO CONVER. 2/1%	(4)	TIPO DE CAMBIO ¢/\$ 3/2	(5)
1) Exportación (agricultura, industria y productos marinos)	28	88,6		59,3	3.694,7	67	62,3			
2) Capitalización intermediarios financieros	1	3,9		2,6	145,3	67	55,9			
3) Construcción naves industriales zona franca	1	8,8		4,9	300,6	56	61,3			
4) Sustitución de importaciones	1	10,5		5,8	362,8	55	62,6			
5) Conservación Parques Nacionales	1	5,4		4,1	296,6	76	72,3			
	32	117,2		76,7	4.800,0	65	62,6			

ANEXO 3  
 REGISTROS CONVERSION DEUDA EXTERNA  
 (ART. 14-BIS REGLAMENTO REGISTRO SELECTIVO)  
 -al 22 de julio de 1988-

DEUDA	CAPITAL
US\$185.000,00	
US\$454.720,00	US\$2.593.807,85
US\$639.720,00	US\$2.593.807,85
US\$639.720,00	US\$2.593.807,85

ANEXO 4  
 COSTA RICA: SALDOS DE LA DEUDA PUBLICA EXTERNA  
 (AL 31 DE DICIEMBRE DE 1987)  
 -CIFRAS EN MILLONES DE U.S. DOLARES-  
 ESTIMACION PRELIMINAR

BANCOS COMERCIALES .....	1.383,2
Refinanciado .....	1.155,2
No refinanciado .....	228,0
ORGANISMOS BILATERALES .....	946,3
Club de París .....	362,3
Refinanciado .....	121,3
Posible refinanciación .....	241,0
Restos .....	584,0
ORGANISMOS MUNILATERALES .....	1.344,8
BONOS Y FRN's .....	76,5
PROVEEDORES .....	21,6
TOTAL .....	3.772,4

LA PROPIEDAD FORESTAL\*

*Dra. Ligia Roxana Sánchez Boza*  
 Profesora Facultad de Derecho  
 Universidad de Costa Rica  
 Directora Instituto de  
 Investigaciones Jurídicas

\* Trabajo realizado dentro del Proyecto *La aplicación real de los Derechos Reales en Costa Rica*. Este trabajo fue realizado *antes* de que se aprobara la actual Ley Forestal; *pero*; responde (en su conjunto) a los lineamientos generales de dicha ley.

## SUMARIO

- 1- Introducción
- 2- Definición
- 3- Sujetos y objetos
- 4- Ciclo de vida
- 5- Contenido y ejercicio
- 6- Conservación, protección y defensa
- 7- Beneficios e incentivos
- 8- Registros y controles
- 9- A modo de conclusión
- 10- Anexo (el crédito forestal)
- 11- Bibliografía

## 1. INTRODUCCION

El objetivo de la presente investigación ha sido dirigido a definir en forma concreta y real al régimen de la propiedad forestal, de acuerdo con la ley, su reglamento y las diferentes disposiciones dictadas por la Dirección General Forestal del Ministerio de Agricultura y Ganadería.

El plan seguido contiene en primer lugar una definición de la Propiedad Forestal junto con el ciclo de vida de ésta -constitución, adquisición, transmisión y extinción-; determinación de los sujetos involucrados en el régimen de propiedad forestal así como del objeto, tomando este último en forma amplia, según las tendencias modernas de contemplar una extensa gama de cosas como objetos en sentido jurídico, a saber cosas simples, cosas complejas y en forma principal, las universalidades de hecho, vastamente contempladas en la Ley Forestal; el estudio también ha contemplado la definición del contenido y el ejercicio de la propiedad forestal, dentro de la teoría general de los límites y limitaciones y si bien, el aspecto de incentivos fiscales y técnicos, es parte de ese tema, se le ha considerado por aparte, en el tanto que por sí mismo requiere de un tratamiento específico, con el fin de dejar sentado claramente su contenido; un título correspondiente a la conservación y defensa de la propiedad forestal, en el tanto que ésta tiene su propia normativa; finalmente; finalmente, el lector encontrará un título correspondiente a los registros y controles contemplados en la Ley Forestal.

## 2. DEFINICION DE LA PROPIEDAD FORESTAL

De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico la propiedad es una sola, en relación con el esquema definido en el artículo 264 del Código Civil, sin embargo, como una forma de resumir los diferentes contenidos que puede asumir este modelo, según el objeto que proteja, es que se habla de propiedad forestal, propiedad de aguas, propiedad minera, con lo cual se desea expresar que tales objetos están sometidos a un régimen particular para gozar y disponer de los objetos a que se aplica el derecho de propiedad.

Correspondió a un gran jurista italiano, en la primera mitad del Siglo XX, la dilucidación del tema anteriormente indicado, fue él en su obra *La propiedad y las propiedades*, quien sintetizó a la comunidad o lanzó su propia teoría jurídica internacional, en el sentido de que si bien existía un único esquema de propiedad, éste variaba según el objeto al cual se debía aplicar, de tal modo que surgían diversos regímenes acordes con los objetos que se

querían tener en propiedad. Tales ideas se difundieron rápidamente en el mundo occidental, y entraron a formar parte de los conocimientos comunes de los juristas, hasta tal punto que muchos de ellos enseñan los conocimientos de Pugliatti, sin proteger la propiedad intelectual de tales ideas.<sup>(1)</sup> En nuestro caso, la propiedad forestal viene a ser el régimen que se define en el artículo 7 de la Ley Forestal, que indica que es el conjunto de disposiciones de carácter jurídico, económico y técnico, establecidas por la ley mencionada, su reglamento y demás normas y actos derivados de su aplicación que regulan la conservación, protección, renovación, aprovechamiento y desarrollo de los bosques y terrenos de aptitud forestal del país.

### 3. SUJETOS Y OBJETO DE LA PROPIEDAD FORESTAL

La propiedad forestal puede pertenecer al patrimonio nacional o bien, ser de los particulares, en el primer caso se lleva un inventario de los bienes, en el Ministerio de Hacienda, mientras que, en el segundo, se encuentra inscrita en el Registro Nacional, Registro, Registro Público de la Propiedad, con la limitación anotada a la finca correspondiente, según lo dispone la Ley Forestal.<sup>(2)</sup>

La gama de sujetos del derecho de propiedad forestal es bastante amplia, en el campo de la propiedad particular, pues pasa de personas físicas a personas jurídicas, donde destacan las sociedades y las cooperativas. Por parte del Estado existe un especial interés en la promoción de grupos organizados, tal y como lo estipula el artículo 44, para el fomento y desarrollo forestal, a los cuales se le ofrece el premio de algunos incentivos.<sup>(3)</sup>

En relación con el objeto de la propiedad forestal, es importante anotar la relevancia de las nuevas tendencias de clasificación de las cosas en sentido jurídico, en el tanto que se contemplan cosas simples, cosas compuestas y universalidades de hecho,<sup>(4)</sup> en gran cantidad. El bosque por sí es una universalidad de hecho y puede tomar la imagen de una reserva forestal o bien de zona protectora, según el fin que se le asigne.

La universalidad iuris presente en la Ley Forestal, es el llamado patrimonio forestal, el cual es definido en el artículo 3 como aquel constituido por todos los bosques y terrenos forestales de las reservas nacionales, y de las

(1) Acerca de la monumental obra de Salvatore Pugliatti, consultar a Pérez Vargas (Víctor), In memoriam, *Revista Judicial*, San José, No. 4, 1977, p. 9.

(2) Ver *Código Civil*, artículo 261.

(3) Ver *Supra*, Incentivos Fiscales.

(4) Biondo (Biondo), *Los bienes*, Barcelona, Editorial Bosch, 1961.

áreas declaradas inalienables, de las fincas inscritas a su nombre y de las pertenecientes a las municipalidades, a las instituciones autónomas y a los demás organismos de la Administración Pública (Artículo 32).

Dentro del patrimonio forestal pueden constituirse:

- a- Reservas forestales
- b- Zonas protectoras
- c- Parques nacionales
- ch- Refugios nacionales de la vida silvestre
- d- Reservas biológicas (artículo 35).

Objetos que vienen a constituir cada uno universalidades de hecho y que para su surgimiento a la vida jurídica, según sus características especiales, deben cumplir con los siguientes requisitos:

- definición de objetivos y ubicación del área;
- estudio preliminar de la tenencia de la tierra;
- censo preliminar de pobladores;
- financiamiento mínimo para su protección y manejo;
- emisión del decreto respectivo (artículo 36).

El Reglamento a la Ley Forestal agrega otras definiciones a las cosas en sentido jurídico, contempladas en dicha ley, como son el árbol forestal, áreas forestales, áreas silvestres, aserradero portátil –universalidades de hecho–, reservas nacionales (artículo 2).<sup>(5,6)</sup>

- (5) El aserradero portátil se entiende con el equipo de aserrío que por sus características y tamaño puede ser trasladado en forma rápida y bajo costo de una localización a otra, a fin de operar, lo que permitió incrementar la utilización del recurso forestal.
- (6) Reservas Nacionales: son aquellos terrenos comprendidos dentro de los límites de la República que no estén inscritos como propiedad particular de las municipalidades o de las instituciones autónomas, los que no estén amparados por la posesión decenal, los que por leyes especiales, no hayan sido destinados a la formación de colonias agrícolas y en general todos los que no siendo de propiedad particular, no están ocupados en servicios públicos. La importancia de la existencia de estos bienes en la Ley Forestal, clasificados entre las universalidades radica en la disciplina unitaria que se le da a cada uno, éstas de tal modo que ya cada uno de los objetos que las componen deja de tener vida jurídica independiente, porque se le ha asignado un destino determinado, según la Ley Forestal.

#### 4. CICLO DE VIDA DE LA PROPIEDAD FORESTAL (Adquisición, transmisión, pérdida).

Como cualquier derecho la propiedad forestal surge a la vida jurídica según ciertos hechos a los cuales el ordenamiento jurídico concede relevancia jurídica, en nuestro caso seguiremos las disposiciones de la Ley Forestal con el fin de determinar tales hechos.

Según la Ley Forestal son dos las posibilidades contempladas para dar lugar al nacimiento de la propiedad forestal: por la ley o por voluntad del particular. El primer caso sucede cuando un terreno es considerado por la Dirección forestal de aptitud forestal, entonces se hace la declaración, y se pasa a la expropiación de tal propiedad (artículo 37 L.F.);<sup>(7)</sup> en segundo lugar, un particular considera conveniente que su propiedad quede sometida al régimen de propiedades forestales y comunica su interés a la Dirección indicada (artículo 43 L.F.).

En sentido estricto, la expropiación no se puede tomar como una forma de adquisición de la propiedad; en doctrina es considerada como un modo de extinción de aquella,<sup>(8)</sup> al contrario, al ser una venta forzosa, la expropiación transmite la propiedad, su titular varía de un sujeto privado a un ente estatal, es una adquisición derivada, mientras que la manifestación expresa del particular de someter a régimen forestal su propiedad, a partir de una interpretación amplia del artículo 484 del Código Civil, en relación con el artículo 632 *ibídem*, respecto a las fuentes de las obligaciones, con el fin de introducir como modo de adquirir la propiedad forestal, nos permite considerar la manifestación unilateral del propietario como un modo de adquisición de la propiedad forestal.

No cabe duda que el resto de presupuestos contemplados en el artículo 484 *idem* son aplicables a la propiedad forestal como modos de adquisición, siempre y cuando ésta se encuentre en manos de particulares, pues la prescripción estaría obstaculizada con una propiedad pública forestal.

Ahora bien, si nos enfrentamos con una perspectiva más amplia de la propiedad forestal, podemos encontrar el nacimiento de varios derechos reales, privados y administrativos, de los cuales nos interesa para efectos de

(7) La Licda. Rosa Bustillo, Jefe Dpto. Legal de la D.G.E., emitió un pronunciamiento que hace necesario hacer gestiones para que los terrenos pasen al Estado. Entrevista no estructurada de junio de 1989.

(8) Albaladejo (Manuel), Derecho Civil, Derecho de bienes, Barcelona, Editorial Bosch, Volumen, 1977; este autor se encuentra entre los múltiples autores que dan tratamiento a los modos de extinción de la propiedad y derechos reales en cosa ajena.

esta investigación, el derecho de concesión. Pese a la falta de tecnicismo jurídico con que el artículo 41 de la Ley Forestal excluye el nacimiento de un derecho real de concesión, como una forma de protección de la propiedad forestal del Estado, cuando niega la posibilidad al concesionario de ser considerado como titular de un derecho real administrativo y por lo tanto titular de un derecho con un comportamiento, diverso al de los derechos privados. Tal artículo sigue la ruta trazada en el artículo 33 *ibídem* donde se define el patrimonio forestal del Estado y se reitera, innecesariamente, las características de la propiedad de dominio público, del demanio.

Los derechos reales administrativos al igual que los privados tienen un comportamiento determinado, según la normativa del Código Civil. El derecho de concesión se encuentra dentro de los derechos reales de goce, pues la Ley Forestal permite el aprovechamiento de reservas forestales estatales, salvo los parques nacionales y reservas biológicas, por parte de personas físicas o jurídica privada (artículo 55), y según un plan de manejo aprobado por la Dirección General Forestal.<sup>(9)</sup>

En los artículos 58 y 63 encontramos varios derechos reales administrativos, como son el de concesión y el usufructo de concesión, respectivamente, sobre reservas forestales, zonas protectoras y demás terrenos del Patrimonio Forestal del Estado, así como los requisitos que deberá cumplir el interesado, de carácter objetivo y subjetivo.

El interesado en la concesión deberá presentar un escrito que debe contener como mínimo su nombre y calidades, área solicitada, ubicación administrativa y geográfica, objetivos de la solicitud, plazo solicitado, frente al cual la Dirección General Forestal —dentro de los 30 días hábiles siguientes a la presentación—, realizará la inspección del terreno y analizará la posibilidad de un plan de manejo; si éste fuere aprobado se licitará la concesión solicitada y se deberá publicar un aviso en el Periódico Oficial y otro en periódicos de mayor circulación nacional, pagados por el interesado.

Los principales requisitos que se deberán contemplar en la evaluación de las ofertas son de carácter objetivo y subjetivo, a saber:

Objetivos: ingresos para el Estado e integración de las comunidades del lugar a las actividades a desarrollar.

Subjetivos: Capacidad técnica y económica del oferente.

Como hemos visto, una forma de transmisión de la propiedad forestal es la expropiación, además el Reglamento sobre la Protección y Aprovecha-

(9) Ver *infra*, pp.

miento de las Reservas Forestales, artículo 21, contempla, a contrario sensu, la transmisión de tales terrenos de un ente público a uno privado o persona física, siempre y cuando la Asamblea Legislativa desafecte tal bien (Artículo 262 C.C. y 729 C. Fiscal).

La pérdida de propiedad forestal se puede dar más que todo cuando hay destrucción del bien, como sería la desaparición de zonas protectoras o de algunos de sus elementos —sequía de un río—, lo cual daría lugar a una pérdida parcial, si no fuere posible regenerar los recursos forestales. En el caso de derechos reales constituidos en la propiedad forestal se podría dar su atención, ya sea por renuncia del titular o transmisión del derecho real.

## 5. CONTENIDO Y EJERCICIO DE LA PROPIEDAD FORESTAL

Es exactamente desde el punto de vista del contenido que podemos hablar de propiedad forestal, en el tanto que se dan una serie de derechos, facultades, deberes, obligaciones, cargas diversas y muy propias de este tipo de propiedad.<sup>(10)</sup>

En relación con los derechos debemos partir del sujeto para realizar una serie de observaciones, en cuanto a la disposición de la propiedad forestal, pues en el tanto que ésta sea patrimonio forestal, pertenecerá al Estado, y de acuerdo con el artículo 33, pertenecen al patrimonio demanial, en el tanto que son declarados inalienables e imprescriptibles, específicamente nos referimos a los parques nacionales y las reservas biológicas.

El resto de universalidades de hecho —reservas forestales, zonas protectoras, refugios naciones de vida silvestre— sí pueden pasar a manos del particular, mediante una concesión para el aprovechamiento de los productores forestales (artículo 56).

(10) Albaladejo, op. cit., pp. 255 a 290, nos da una interesante distinción para precisar el contenido de los derechos reales, en relación con las situaciones consideradas en doctrina como de “desventaja” para el titular del derecho real. Principalmente, el autor, hace la distinción entre límites y limitaciones, literalmente manifiesta, p. 257: “...entiendo por límites del derecho de propiedad, las fronteras, el punto *normal* hasta dónde llega el poder del dueño, o sea el régimen *ordinario* de restricciones a que (comparándolo con el supuesto de que fuese onímodo) está sometido tal poder. Otra cosa son... las *limitaciones* que, procediendo de muchas causas, pueden *reducir*, en casos singulares, el poder que normalmente tiene el dueño de la cosa”.

Los particulares propietarios de terrenos con aptitud forestal<sup>(11)</sup> pueden someterse voluntariamente al régimen forestal, con lo cual pueden obtener beneficios económicos (incentivos) y de carácter técnico (asesoría, a la vez, deberán cumplir con las disposiciones que dicte la Dirección General, Forestal, en cuanto el uso de sus terrenos.

La Ley Forestal está plagada de obligaciones y cargas a cumplir para el disfrute de algunas zonas del patrimonio forestal, por parte de los particulares o de aquellas personas que se sometieron al régimen forestal; de tales cargas Pugliatti,<sup>(12)</sup> nos indica que pertenecen a la categoría general del deber jurídico y que presentan una fisonomía propia, distinta de la otra categoría clásica que es la obligación, en el tanto que la carga u “onere” no implica sanción jurídica (ejecución o pena), sino que solamente es condición para obtener determinados efectos, de tal forma que si la persona obligada no cumple, pierde los efectos útiles del acto.

A continuación pasaremos a señalar las diferentes cargas presentes en la Ley Forestal y que sin lugar a dudas corresponden a la clasificación de límites, desarrollada por Albaladejo:

- 1— En relación con los terrenos pertenecientes a entes públicos, existe la norma que obliga a cualquier organismo de la Administración Pública a someter a la Dirección General Forestal, cualquier terreno de su propiedad o bajo su administración, con el fin de que se les clasifique como aptos no forestalmente, cuando cualquier organismo de la Administración Pública decida expropiar, permutar, ceder o enajenar, por cualquier título esos terrenos. Si alguna institución estatal no cumple con tal requisito que persigue la formación del patrimonio forestal (artículo 34), cualquier traslado de propiedad será detenido hasta su cumplimiento, por medio del Registro Público, donde se anotará como defecto la falta del dictamen de la Dirección.
- 2— Si los terrenos pertenecen a particulares, éstos deberán cumplir con el plan de manejo, el cual es un requisito para gozar de los terrenos forestales y bosques de propiedad privada, incluidos en una reserva forestal o zona protectora (artículo 48). Tales planes de manejo corren por cuenta de los interesados, ya sean terrenos de dominio particular o del patrimonio forestal del Estado.
- 3— Los concesionarios de aprovechamientos del Patrimonio Forestal del Estado debe rendir una garantía exigida para asegurar el cumplimiento

(11) Ver *infra*, incentivos.

(12) *La proprietà nel nuovo diritto*, Ed. Giuffrè, Milano, 1964, p. 39.



de los planes de manejo. La Dirección General Forestal aceptará entre otras: bonos del Estado, o de sus instituciones por un valor real, para lo cual se deberá adjuntar certificación de la Bolsa Nacional de Valores; certificados de depósito a plazo, hipoteca, póliza de INS y dinero en efectivo, el cual será depositado en una cuenta del fondo forestal. El monto de la garantía será de un veinticinco por ciento del valor de la madera en pie, o de los otros productos forestales de que se trate, en el sitio del aprovechamiento (artículos 63 y 64).<sup>(13)</sup>

- 4- Los permisionarios de funcionamiento de industrias forestales deberán demostrar que cuentan con materia prima suficiente para operar permanentemente, durante el lapso prudencial que la Dirección General Forestal considere necesario (artículo 95 Ley Forestal) y para mantener la vigencia del permiso del funcionamiento deberá cumplir con los varios requisitos, a saber: que la industria haya operado durante el último año en el lugar aprobado por la Dirección, que la industria haya cumplido con los requisitos de la información técnica científica, y estadística mensual, según el formato que administrará la Dirección, que la industria haya obtenido de la Dirección los permisos previos, requeridos para cualquier cambio en su diseño, capacidad instalada, remodelación y traslado, que la industria haya cumplido con lo estipulado por esa ley y su reglamento.

Asimismo, se deberán cumplir los requisitos establecidos en la Ley y su reglamento para la exportación e importación de productos forestales (artículo 101 Ley y 130 al 38 del Reglamento).

Tanto el propietario de terrenos de aptitud forestal como concesionario de áreas de Patrimonio Forestal del Estado están obligados a reponer el recurso, utilizando para ello técnicas basadas en regeneración natural o artificial (artículo 50 reglamento).

El ejercicio de un derecho es la realización del contenido, es llevarlo a la práctica y éste es el tema más importante de todos los perfiles de la propiedad forestal identificados en este estudio, en el tanto que es de suma relevancia observar si la Ley es llevada realmente a la práctica.

El modelo en que se debe ubicar el ejercicio del derecho sobre la propiedad forestal, lo encontramos en el denominado "Plan de manejo", a cargo de los interesados, sea que ejerzan su derecho sobre un terreno propio o de

(13) Al respecto la Lic. Rosa Bustillo, Jefe Depto Legal de la Dirección General Forestal en entrevista no estructurada del 20 de junio de 1989, nos manifestó que tal garantía hasta el momento no se exige, pero que se está organizando los mecanismos para su cumplimiento.

propiedad forestal del Estado (artículo 48. Reglamento), según guías oficiales establecidas por la Dirección General Forestal (artículo 4).

Con respecto al manejo y regeneración de los bosques y terrenos forestales, establece la Ley que todo aquel predio de aptitud forestal de dominio particular, estará sometido a un Plan de Manejo. Eso con el propósito de permitir su conservación y fomento, todo con arreglo a los principios económicos y silvícolas. Debe aclararse que los terrenos que definitivamente deben utilizarse de acuerdo con un plan de manejo son aquellos que estén incluidos o se incluyen en una reserva forestal o zona protectora. Esto quiere decir que los que no estén incluidos en estas áreas no necesariamente deben tener un plan de manejo; sin embargo, deben cumplir con una serie de requisitos exigidos por la Dirección General Forestal para la tala de árboles, como son los permisos, los que requieren para su aprobación, una solicitud escrita en papel sellado, indicando las hectáreas del predio, el número de matas a cortar, el nombre del propietario con sus calidades, certificación notarial o registral del inmueble, un plano catastrado de la finca, un mapa cartográfico de la zona donde se encuentra el inmueble, dibujado en la finca y con la firma de un ingeniero topógrafo; el permiso municipal para uso de caminos vecinales y por supuesto la inspección y aprobación de un Ingeniero Forestal de la Oficina Forestal de la zona.

Los planes de manejo deben ser aprobados por la Dirección General Forestal. Para tal efecto, deben ser presentados con la firma de técnicos forestales y de profesionales de otras carreras, con conocimiento sobre la materia. Una vez aprobado este plan de manejo, la Dirección autorizará anualmente la tala de árboles en ciertas zonas y en una determinada cantidad, obligando, por supuesto, al propietario a la siembra de nuevos árboles. Para el cumplimiento de los planes de manejo con la mayor exactitud y veracidad, esto es, para que no se tale ni se siembre más de lo autorizado, las corporaciones municipales y la Guardia de Asistencia Rural, conjuntamente con la Dirección General Forestal, se encargarán de vigilar no sólo las áreas sometidas a los respectivos planes, sino a todas aquellas con aptitud forestal.

Por otro lado, específicamente en lo que se refiere al aprovechamiento del recurso forestal en terrenos de propiedad privada, la Ley Forestal establece a algunas obligaciones, algunas de las cuales ya se han mencionado. Para la eliminación o tala de árboles o el aprovechamiento del bosque o demás productos forestales es necesario el permiso de la Dirección, la que deberá realizarse de acuerdo con las disposiciones del respectivo plan de manejo o en su caso por lo que determine la Dirección en los casos que no se tengan dicho plan. Debe indicarse que la Dirección puede prohibir el uso de determinado equipo o maquinaria en faenas de corta, extracción, transporte y

transformación cuando estas puedan afectar o afectar la regeneración de los recursos forestales.

Fundamentalmente, en el plan de manejo, se deberá indicar el tipo de maquinaria a utilizar en los procesos de corta, extracción y transformación primaria, así con un plan preventivo de incendio (artículo 84 Reglamento).

Entre las posibilidades de ejercicios de la propiedad forestal –pública o privada– podemos enumerar: la tala de árboles, aprovechamiento del bosque y demás productos forestales, actividades agropecuarias, establecimiento de industrias forestales –v6. extracción de carbón–.

Como lo indicamos desde el principio de este estudio, la propiedad forestal se rige por una disciplina especial contenida en la Ley Forestal, en donde existen una serie de prohibiciones que vienen a conformar límites a su contenido y consecuentemente, a su ejercicio, así como limitaciones en el caso de que se constituyan derechos reales administrativos, en la propiedad Forestal del Estado o particulares, es el caso de propiedad privada –v6. si se constituye un usufructo en un bosque, el usufructuario deberá abstenerse de realizar acciones que lo destruyan, como sería la tala indiscriminada de árboles, sin seguir un plan de reforestación.

Un caso típico de límite lo encontramos en el artículo 69 Regl., donde se prohíbe, expresamente, la tala de árboles o el aprovechamiento del bosque o demás productos forestales en terrenos de dominio particular, en el caso de que se le informe de la Dirección General Forestal indicare que no es procedente.

## 6. CONSERVACION, PROTECCION Y DEFENSA DE LA PROPIEDAD FORESTAL

La única forma de proteger es conservar el patrimonio forestal, tarea encomendada por la Ley Forestal, a la Dirección General Forestal del Ministerio de Agricultura y Ganadería (artículos 1 y 9).

Los lugares que reciben una protección más estricta son las zonas protectoras, en las que pueden estar incluidas bosques y terrenos forestales que por razón de la ley o decretos ejecutivos quedan sometidos obligatoriamente al régimen forestal.

En tales lugares está prohibido efectuar labores agropecuarias o eliminaciones la vegetación, salvo que la Dirección General Forestal determine que es posible (artículos 68 y 70). El pastoreo se admite si es compartible con la conservación de tales zonas y colabora a mejorarlas, sin embargo, también puede ser prohibido si se comprobare su incompatibilidad con la conservación de tales bosques y terrenos forestales (artículo 71).

La protección de la propiedad forestal puede ser preventiva, como el caso de los dictámenes del artículo 70 *ibídem*, o del artículo 73 donde se declare de interés público todas las actuaciones que tiendan a prevenir y extinguir los incendios forestales o propagación de plagas (artículo 79); así como controlar en la vigilancia del cumplimiento de los planes de manejo (artículo 98 Regl.) y el control del estado sanitario de las semillas y demás productos forestales (artículo 80); es necesario que el interesado obtenga un certificado de sanidad, en caso de que no existiere certificación que acompañe al producto importado.

La protección se puede dar, ya sea por elaboración de programas dirigidos a proteger y conservar los bosques y terrenos forestales o para la recuperación y restauración de la riqueza forestal dañada a causa de un incendio, para lo cual se prevé la confección de planes especiales y urgentes por parte de la Dirección General Forestal (artículo 76). También se previenen los daños a la propiedad forestal mediante la exigencia de planes preventivos, de incendios incluidos en los planes de manejo, así como la realización de grupos locales y regionales y la promoción de guardas forestales *ad honorem* (artículos 84, 83, 77 del Regl.).

En relación con la defensa encontramos que hay una norma categórica para enfrentar los actos de posesión *ad usucapionem* de la propiedad forestal del Estado, en el sentido de que si los bosques y terrenos pertenecen al patrimonio forestal, quedan excluidos como objeto de cualquier acto de posesión o transmisión por parte de particulares pues son declarados inembargables y imprescriptibles, en el tanto que son del demonio público (artículo 43) y la ley es reiterativa al indicar que no serán susceptibles de inscripción en el Registro Público, por medio de información posesoria.<sup>(14)</sup>

En relación a las sanciones y competencia de las autoridades en el ejercicio de la protección posterior a la violación o daño de la propiedad forestal, tenemos que, corresponde a la Guardia de Asistencia Rural ejercer las acciones pertinentes entre la denuncia de hechos dañosos a la propiedad forestal tanto pública como privada, según que la denuncia sea realizada por propietarios de terrenos privados sometidos al régimen forestal o bien por los mismos guardias rurales o los guardas forestales *ad honorem*.

Los propietarios de terrenos privados que hayan sufrido alguna invasión podrán solicitar, por escrito, a la Dirección General Forestal, que realice el desalojo, para lo cual la Institución verificará, a través de una inspec-

(14) Ver *supra* en cuanto a límites de entes públicos en propiedad privada del Estado, artículo 34, 56 Ley Forestal.

ción de campo, dentro de cinco días hábiles, la veracidad de la denuncia y una vez comprobada la Dirección General Forestal enviará una comunicación a la GAR, dentro de los trece días siguientes a la invasión a fin de que dentro de los siguientes cinco días proceda a desalojar.<sup>(15)</sup>

La responsabilidad derivada de las acciones perjudiciales a los terrenos forestales puede ser de carácter civil o penal. En el primer sentido encontramos un ejemplo en el artículo 72, que obliga a pagar los daños ocasionados por la destrucción causada en áreas de regeneración natural o plantación, por sus animales. En el otro sentido, hay múltiples sanciones que van desde la multa, pasando por la anulación de permiso, decomiso de madera (artículo 118) hasta la pena de prisión, aparte de las sanciones correspondientes ubicadas en el Código Penal.

Se castiga al invasor de una reserva forestal, zona protectora, parque nacional, refugio nacional de vida silvestre, reserva biológica u otras áreas de bosques o terrenos sometidos al régimen forestal, independientemente de su área, o de que se trate de terrenos privados del Estado con la pérdida de cualquier mejora que haya realizado, con lo cual se le tiene como un poseedor de mala fe (artículo 329 C.C.).

Las penas de prisión recaerán sobre aquellas personas que incurran en conductas como usurpación, incendio forestal, tala ilegal de árboles, realización de actividades agrícolas en terrenos de aptitud forestal sin autorización, oculte información a la Dirección Forestal, no desarrolle adecuadamente la función económica natural del terreno, que siendo dueños de animales no tomen las precauciones necesarias para que estos no se introduzcan en áreas forestales donde puedan causar daños, no reporte a la Dirección Forestal la aparición de plagas, realice quemas en los fundos forestales (artículos 117 a 125).

Aparte de las sanciones antes indicadas, los guardias forestales tienen la potestad de decomisar las maderas y demás productos forestales, sacados sin permiso, las cuales deben quedar a la orden de la autoridad judicial competente que conozca de la denuncia. El juez debe realizar un remate de esos objetos, según avalúo de un técnico forestal, dentro del mes siguiente del conocimiento de la denuncia.

El producto del remate queda a la orden de la autoridad judicial hasta tanto se resuelve el proceso penal; si el infractor es condenado, el dinero se

(15) Al respecto cabe apuntar que el procedimiento diverge del seguido en el desahucio administrativo, en el cual la denuncia se tramita ante el Ministerio de Gobernación.

reparte por partes iguales entre la Municipalidad correspondiente a la finca y la Dirección General Forestal. Si hay absolución el dinero se entrega al imputado.

Finalmente, cabe agregar que la Dirección General Forestal tiene ocho Centros Agrícolas regionales en: San Carlos, Siquirres, Grecia, Puriscal, Pérez Zeledón, Esparza, Liberia y Cartago, por medio de lo cual realizan la labor de conservación y protección de bosques y terrenos forestales del país.<sup>(16)</sup>

## 7. BENEFICIOS E INCENTIVOS

La Ley Forestal establece una serie de ventajas a favor del particular, que disfrute de algún derecho real, sobre terrenos forestales, lo cual es un dato más para confirmar nuestra posición de enfrentar a la propiedad forestal como una situación real compleja. El beneficiario de la Ley Forestal puede recibir colaboración económica o técnica, ya sea a través de exenciones en el pago de tasas e impuestos, o préstamos blancos; otorgamiento de certificados de abono forestal CAF, que pueden ser entregados en forma adelantada, después de cumplir el plan de manejo, o por circunstancias especiales, como el pago de los gastos en el combate de plagas. O bien, la asistencia técnica puede ser obtenida a través de asesoría o en cursos de capacitación a grupos de vecinos. El dinero que da respaldo a los beneficios provenientes de la Ley Forestal se origina en el FONDO FORESTAL, creado con el objetivo de financiar programas de desarrollo forestal en cuenta a:

- manejo del recurso forestal existente
- reforestación de áreas de aptitud forestal ya denunciadas
- prevención y combate de plagas, enfermedades de los bosques e incendios forestales
- fomento y promoción de las industrias forestales y los mercados para sus productos
- actividades de la Dirección General Forestal relacionadas con los propietarios anteriores.

El Fondo Forestal obtiene sus recursos, principalmente, de los impuestos, multas y los bonos forestales previstos en la Ley Forestal, según ar-

(16) Entrevistas realizadas a funcionarios del Departamento de Asesoría Legal de la DGF, San José, 10 de noviembre de 1987, por un grupo de estudiantes del de Derechos Reales.

título 22; los ingresos, adquiridos por medio de esos bonos, se destinan en un sesenta por ciento a actividades sobre terrenos y bosques del patrimonio forestal del Estado o si son de propiedad privada cuando estén sometidas al régimen forestal por contener zonas protectoras o reservas forestales y se dediquen a la repoblación o estén sometidas al manejo de bosques. Otro treinta por ciento, se utiliza para financiar, mediante fideicomisos, actividades de desarrollo forestal realizadas por el sector privado.

En relación con los CAF, cabe apuntar que son títulos valores nominados y por lo tanto pueden ser negociados o utilizados para pagar todo tipo de impuesto, tasa –nacional o municipal–, o cualquier otro tributo; no devengan intereses y son emitidos exentos de cualquier impuesto, pueden hacerse efectivos desde el día de su emisión y tienen un período de caducidad de dos años (artículo 55 a 59 de la Ley y artículo 88 a 116 del Reglamento). La Dirección General Forestal debe comunicar al Ministerio de Hacienda y a la Bolsa de Valores los datos sobre los certificados emitidos cada mes (artículo 101 Reglamento).<sup>(17)</sup>

El Reglamento establece ciertas prioridades en la entrega de los CAF:

- La DGF debe dar preferencia a los planes de manejo cuyo objetivo principal sea la producción de madera para aserrío (artículo 99 del Reglamento).
- En caso de adelanto del CAF, la DGF deberá dar preferencia a los proyectos de reforestación que realicen los pequeños propietarios (artículo 102 *ibídem*), para lo cual se debe rendir una garantía cuya definición se deja a discreción de la DGF y la Dirección General de Tributación Directa.

Quedan excluidas del beneficio de los CAF los titulares de terrenos menos de una hectárea, las parcelas dedicadas a recreación y las segregaciones analizadas en contra del plan de manejo, las plantaciones de especies frutales y en general cuando el fin principal no sea la utilización de madera (artículo 82).

Las personas que hayan cumplido con el plan de manejo, en forma eficiente, también podrán obtener el beneficio de los CAF, para lo cual deben seguir el trámite indicado en los artículo 92 a 98 Reglamento).

(17) Corresponde al Departamento de Contabilidad de la Dirección General Forestal llevar ese control. En cuanto a la intervención del Ministerio de Hacienda y la Bolsa de Valores se dio únicamente al inicio, actualmente lo maneja sólo la Dirección General Forestal, tal y como se nos lo indicó la Lic. Bustillo, en entrevista citada.

Los CAF también se conceden, sin excepción, a los participantes en el combate de plagas y enfermedades que eventualmente aparecieran en sus plantaciones, siempre y cuando estén amparados por un plan de manejo aprobado por la DFG, con el fin de que sufragen los gastos surgidos en esa actividad, y siempre y cuando cumplan con los siguientes requisitos:

- comunicación formal y oportuna de la DGF de la aparición de la plaga
- comprobación por parte de la DGF de que la enfermedad no sobrevino como consecuencia de la negligencia o irresponsabilidad del reforestador, es decir, que surgió por causas ajenas a su voluntad.
- combate de la plaga con estricto acatamiento de las recomendaciones dadas por la DGF.
- fehaciente comprobación ante la DGF de lo invertido (artículo 90).

En caso de incumplimiento del plan de manejo, las personas beneficiadas con los CAF, deberán reintegrar al fisco de dinero obtenido con intereses y sin perjuicio de las demás sanciones que establece la ley (artículo 89).

Otro beneficio contempla en la Ley forestal consiste en el crédito blando, a cargo del Sistema Bancario Nacional y bancos comerciales, previa determinación en el presupuesto anual de una suma no inferior al 5% de los préstamos asignados para el sector agropecuario, exclusivamente para financiar la plantación de árboles, la operación de viveros forestales y la actividad de silvicultura, en general. Si tales actividades se desarrollan en los bosques y terrenos con aptitud forestal de propiedad privada, sometidos al plan de manejo, aprobado por la DGF, se canalizan los fondos en los bancos antes mencionados.

En la Ley Forestal se contemplan varios incentivos fiscales para las personas físicas o jurídicas que se encuentran en diversas situaciones:

- 1- Exoneración de impuesto territorial para aquellas fincas inscritas en el régimen forestal con el fin de desarrollar un proyecto de reforestación y disfrutar de los CAF (artículo 112 Reglamento).
- 2- Exoneración de impuesto de todo tipo para aquellos beneficiarios del CAF que no los utilizaron, siempre y cuando los utilicen para la compra de equipo, maquinaria o vehículos, previa autorización de la DGF y la Dirección General de la Tributación Directa (artículos 91, 73 Reglamento).
- 3- Exoneración del pago de impuesto territorial, del impuesto a tierras incultas según Ley No. 2825; del pago de impuestos de renta por los

ingresos obtenidos de la venta de los productos de la plantación y de los impuestos y gravámenes de importación cuando se trate de equipo, vehículos y maquinaria e insumos justificados técnicamente, para aquellas personas que no se han acogido al sistema de los CAF y tienen un plan de manejo probado por la DGF (artículo 87).

- 4- Exención de derechos de aduanas para la adquisición de maquinaria, repuestos, equipos y herramientas; depreciación acelerada de los activos, prioridad en el otorgamiento de crédito o vales; prioridades en el otorgamiento de crédito; facilidad de la exportación de productos; exención de aportes al Instituto Nacional de Aprendizaje,<sup>(18)</sup> para aquellas empresas que acrediten su inversión en programas de capacitación; disfrute de certificados de abono tributario existentes con que se promueve la exportación. Los anteriores beneficios están destinados a las industrias que se reorganicen, reubiquen o aumenten su eficiencia de acuerdo con la política de la DGF (artículo 98).

Dentro de la asistencia técnica encontramos que da la DGF, está la promoción de constitución de grupos organizados para el fomento y desarrollo forestal, que sean propietarios o ejecuten actividades silviculturales en terrenos forestales. Tales personas podrán participar de los programas de la DGF destinadas a la mejora y elevación del nivel tecnológico, celebración de reuniones de carácter educativo e investigativo y la revitalización de la industria forestal (artículos 43 a 46).

## 8. REGISTROS CONTROLES DE LA LEY FORESTAL

En la Ley Forestal están contemplados diversos registros dirigidos a diferentes fines, ya sea a tutelar objetos pertenecientes al patrimonio forestal, o bien, actividades relacionadas con la propiedad forestal. En el primero caso, los registros inventarían, clasifican, ordenan según los criterios existentes en la Ley Forestal; en el segundo, buscan establecer la titularidad de tales objetos para cumplir debidamente con los fines de la Ley Forestal, estipulados en el artículo primero.

Con interés de facilitar al lector la localización de los seis registros regulados en la Ley Forestal, pasaremos a definirlos de acuerdo con el orden de aparición en la normativa indicada.

(18) Esto no se da según la Lic. Bustillo, en entrevista citada.

## 6.1- Catálogo de utilidad pública

El catálogo de utilidad pública está a cargo e la Unidad de Cartografía, Fotointerpretación y Dibujo (artículo 4 Reglamento) y tiene como objetivo llevar un control de planos catastrados o en proceso de catastración, de las propiedades inscritas, según el criterio técnico topográfico indicado en la Ley Forestal por medio de la definición de las áreas administradas: zonas protectoras, refugios nacionales de fauna silvestre y reservas forestales.

A ese catálogo se le conoce como Registro de Catastro Forestal, el cual cuenta con Archivos Gráficos y Literales. Entre los Archivos Gráficos se encuentran los Mapas Cartográficos y Planos catastrados, muchos de los cuales son elaborados por funcionarios del mismo Departamento. En los Archivos Literales se sigue un sistema de fichas según el titular, ubicación, tipo de área administrada, linderos y otros aspectos.

La existencia de este registro se debe a la función de contralor e informador que tiene respecto del apoyo que presta a los inspectores forestales, quienes ante la duda sin un terreno es o no área administrada, recurren a ese inventario para obtener los datos.

## 6.2- Inventario Nacional Forestal

A cargo del Departamento de Manejo y Aprovechamiento Forestal se encuentra el Inventario Nacional Forestal, el cual funciona con el objeto de planificar adecuadamente la protección, fomento y aprovechamiento racional de los recursos forestales (artículo 46) y aparte de esas funciones le corresponde mantener actualizados los registros sobre aprovechamiento forestal, con datos como área explotada, volúmenes, área remanente.

Según los datos existentes en el Inventario Nacional Forestal, el Departamento de Manejo y Aprovechamiento Forestal otorga permisos de transporte de madera o de plantaciones forestales. Los permisos están divididos en cuatro tipos: el permiso tipo A corresponde al transporte de madera de corte menor; el permiso tipo B, tiene como base el plan de manejo ya sea para cambio de uso de tierra, uso de zonas boscosas tipo C para plantaciones forestales en terrenos de aptitud agrícola o plantaciones forestales, en terrenos donde no se permite el cambio de uso; el permiso tipo D otorga permiso de utilización en reservas forestales o terrenos de patrimonio forestal del Estado.

Este departamento lleva el control de los permisos de mayor volumen, tipo B y el resto están a cargo de las subregiones forestales.

### 6.3- Registro especial de exoneraciones

Los concesionarios de áreas de patrimonio forestal del Estado deben pagar al Fondo Forestal derechos, cuyo monto es fijado anualmente por la Dirección General Forestal por medio de un decreto ejecutivo con base en:

- valor de la madera en pie o de los productos forestales
- o una suma anual por cada hectárea dada en concesión, a fijarse según la actividad por realizarse (artículo 57).

En casos especiales la Dirección General Forestal podrá exonerar a los concesionarios de los derechos antes indicados, para lo cual se requiere una condición especial y para el control de tales beneficios la Ley Forestal establece un Registro Especial de Exoneraciones (artículo 58).<sup>(19)</sup>

Tales exoneraciones se concederán en los siguientes casos:

- Cuando se trate de aprovechamientos realizados directamente por la población rural, para fines de consumo familiar o construcción de implementos de trabajo de uso particular, siempre y cuando, éstos no estén destinados a la venta.
- Cuando se trate de productos que se requieran para el consumo o construcción de la habitación del personal que labora en áreas rurales de las empresas del Estado y sus instituciones autónomas.
- Cuando se trate de organizaciones campesinas rurales correspondientes a programas estatales de desarrollo de alta prioridad.
- En caso de emergencia o catástrofe. En este caso se requiere la declaratoria de emergencia por parte del Poder Ejecutivo y de los requisitos técnicos que establezca la DGF.

Ese registro deberá contener como mínimo:

- nombre del solicitante
- lugar donde se van a aprovechar los productos forestales por exonerar.
- cantidades y estado actual de los mismos
- monto exonerado

(19) Este reglamento aún no ha sido promulgado, según entrevista con la Licda. Bustillo ya citada.

### 6.4- Registro de Régimen Forestal

Con el objetivo de promover el sometimiento al Régimen Forestal, la Ley Forestal contempla una serie de incentivos para los propietarios de terrenos con aptitud forestal,<sup>(20)</sup> quienes deben cumplir una serie de requisitos para formar parte del Régimen Forestal, por medio del Registro de Régimen Forestal (artículo 63), el cual es llevado por el Departamento de Reforestación y Protección Forestal (artículo 4, Reglamento).

#### *Requisitos para formar parte del Registro de Régimen Forestal*

El propietario debe presentar una serie de documentos a la Dirección General Forestal en el período comprendido entre el 1º de octubre de cada año hasta el 31 de marzo del año siguiente.

Estos documentos son los siguientes:

- a- Solicitud por escrito, en papel sellado dirigida al Departamento de Reforestación y Protección Forestal su incorporación al Régimen Forestal.
- b- Certificación del Registro Público de la Propiedad.
- c- Certificación del Registro Mercantil en caso de que se trate de personas jurídicas.
- d- Plano catastrado de la finca señalando el área que desea someter al Régimen Forestal.
- e- Hojas cartográficas, escala 1:50000 ubicando la finca.
- f- Plan de reforestación o manejo.
- g- Certificación de la calidad de las plántulas a utilizar en los proyectos de reforestación. El encargado del proyecto de reforestación extenderá esa certificación.

Conforme al artículo 57 del Reglamento a la Ley Forestal, una vez que la solicitud se acepte como completa se realiza una visita preliminar a la finca para determinar la aptitud de los suelos. El técnico responsable rinde el informe respecto en un plazo no mayor a 20 días hábiles. Si los terrenos son de aptitud forestal se evalúa el plan técnico de Manejo Forestal, y una vez aprobado, se inscribe en el Libro de Registro.

(20) Ver aparte sobre Incentivos y Beneficios.

Cumplidos los anteriores requisitos, el propietario de terreno, con aptitud forestal, debe firmar un CONTRATO FORESTAL, elaborado en la Unidad de Asesoría Legal, lo cual le permite solicitar la deducción del impuesto sobre el área respectiva y quedará sometido a las visitas anuales que la Sección de Fiscalización Forestal de Hacienda realizará para comprobar la ejecución del plan de manejo y el estado del terreno.

En este Registro hay un libro de inscripciones que contiene entre 250 a 300 inscripciones, llevadas según el sistema del registro Público de la Propiedad y contiene inscripciones sobre terrenos dados en arrendamiento bajo condición de tener un plan de manejo.

#### 6.5- Registro de Industrias Forestales

Corresponde al Departamento de Desarrollo de Industria Forestal (artículo 4 Reglamento) llevar un registro de actividades relacionadas con la explotación industrial del patrimonio forestal, este es un Registro de Industrias Forestales.<sup>(21)</sup> Tales industrias están sometidas al control de la DGF desde el momento de su instalación hasta su extinción, se fiscaliza su funcionamiento, ampliación y traslado. Previamente a registrar una industria forestal la DGF debe autorizar su funcionamiento (artículo 93).

El industrial debe presentar una solicitud de inscripción con los siguientes requisitos: certificación de personería jurídica si se trata de persona jurídica, plano catastrado de lugar donde se ubicará la industria autorización escrita de la municipalidad respectiva así como el plan de manera y un estudio de factibilidad técnica y financiera de la industria (artículo 93; artículos 117, 118, 119 Reglamento).

Si una industria forestal no mantiene el permiso de funcionamiento con una vigencia de dos años, se considerará como industria nueva (artículo 121 Reglamento).

#### 6.6- Registro de Aserraderos portátiles

El Departamento de Desarrollo Industrial se ocupa de llevar un Registro de aserraderos portátiles que controla el consumo de maderas en rollo del país y determina la tecnología aplicada para la corta de madera, los principales datos que se toman en cuenta para la identificación de los aserraderos

(21) De acuerdo con la Licda. Rosa Bustillo hay más de treinta industrias no inscritas, según entrevista ya citada.

consiste en: ver cuales operan en el país, comprobar su inscripción o no, cantidad de madera que consumen, determinar la cantidad de mano de obra contratada, tipo de maquinaria y el destinatario de la madera, entre otras.

Según la Ley Forestal (artículo 139 en fine), la Dirección General Forestal debe establecer los requisitos de funcionamiento entre estos: la obligación de los propietarios de aserraderos portátiles de enviar informes anuales, sin embargo, la práctica no ha permitido llevar el control al día, por lo que el Departamento amplió el plazo de tres meses, con el fin de que la información pueda ser procesada (es una decisión administrativa).<sup>(22)</sup>

Las Industrias a diciembre de 1987, estaban representadas por un (0% de Aserraderos, 1 fábrica de chapas, 1 fábrica de Playwood, 2 fosforeras, 1 fábrica de aglomerado (Durpanel).

#### 6.7- Registro de Motosierras

Otro registro bajo la tutela del Departamento de Desarrollo Industrial es el Registro de Motosierras, cuya razón de ser consiste en la necesidad de hacer un registro. Responde a tres tipos de actividades:

- por el mejoramiento en las fincas,
- utilización de residuos de explotaciones,
- por obras comunales.

A pesar de que el registro se lleva para controlar las actividades antes indicadas, es un registro de titularidad, pues a cada propietario de motosierra se le provee de un carné, previa presentación de factura original o carta venta donde se especifiquen las características de la motosierra: tipo, marca, características y otras. De tal modo que si una persona no porta el carné donde se la autoriza a manejar la motosierra en un determinado aserrío, se la decomisa ese bien (artículo 122, inc. f).

#### 6.8- Registro de profesionales

Un registro de calidad de las personas que realizan una determinada actividad, esta previsto en el artículo 5 reglamento, y funciona bajo la vigilancia de la Unidad Administrativa, ese Registro es el Registro de Profesionales, cuyo objetivo primordial es la realización de estudios forestales y controlar su aplicación.

(22) Entrevista con la Licda. Rosa Bustillo, ya citada.

## 9. A MODO DE CONCLUSION

Consideramos que ofrecer un paradigma como base del estudio del Ciclo de vida de los Derechos Reales es de suma importancia para la enseñanza y comprensión de tales derechos. Existen otros aspectos de la vida de la Propiedad Forestal que no fueron explotados en esta investigación, pero es nuestro interés promover el estudio sistemático de ésta, en el tanto que representa la vida de las futuras generaciones.

Otras investigaciones deberán ser orientadas a estudiar la relación de la Ley Forestal, y el tratamiento de la Propiedad Forestal, en otras leyes vigentes de nuestro ordenamiento jurídico, tales como las que regulan la caza, la pesca, el régimen de aguas, por enunciar las más importantes.

## 10. ANEXO<sup>(23)</sup>

### *El Crédito Forestal*

Con el afán de especifica un poco más lo relativo al punto del crédito forestal, que se incluyó en el trabajo sobre el Contenido y Ejercicio de la Propiedad Forestal: debemos indicar lo siguiente.

La práctica bancaria en cuanto al crédito exigiría que el Banco Central de Costa Rica organizará el plan nacional de crédito estatal: de tal forma que esta entidad decía a los Bancos Comerciales del Sistema Bancario Nacional, qué porcentaje de su presupuesto debían destinar a crédito y qué áreas eran la prioritarias.

No obstante, en la actualidad, eso ya no sucede: el Banco Central ya no es el encargado de planear la política crediticia estatal. Cada Banco, de moto propio decide qué cantidad de su presupuesto destina a crédito y cuáles rubros incluye. Pero aún queda un control, por parte del Banco Central, si bien es cierto no ordena el monto a invertir en el área que nos ocupa, posee un mecanismo que produce el mismo resultado: el aumento del Encaje Mínimo Legal de la reserva bancaria, ésto con el fin de evitar que haya mucho circulante en la calle. La generalidad señala un 35%, lo que de alguna forma limita el disponible. En colones eso significa que o disponible para crédito es más o menos 16 millones de colones, que deben distribuirse en comercio, industria y agropecuario, destinándose a éste, en términos generales, un 65%. Como pue-

(23) Anexo tomado del trabajo "Contenido y ejercicio de la propiedad forestal", presentado al Curso de Derechos Reales, 1987, dirigido por la autora, realizada por los estudiantes Andrés Montejo Morales y Tatiana Reubén Coronado.

de notarse de lo dicho, no existe un rubro específico de crédito forestal, éste se incluye dentro del agropecuario. Esto por cuanto la demanda para crédito forestal es bastante baja.

Debemos señalar, que el Banco Central pidió a los Bancos Comerciales que destinarán un porcentaje específico para crédito forestal; sin embargo esto nunca fue llevado a la realidad, porque debía realizarse con los cursos propios de cada banco y el Banco Central pretendía que se ofrecieran a un interés del 8% anual y con un plazo que oscilaba entre 12 y 20 años. Como nos decía el jefe de crédito agropecuario del Banco Nacional de Costa Rica, bueno con este interés y un plazo tan largo, si el Banco lo hiciera quebraría; pues los préstamos se ofrecen a los del 20% de interés y con plazos normalmente más cortos.

Las garantías que se piden para estos préstamos son: hipotecaria, prendaria y fiduciaria, prefiriéndose la primera, la que incluso se acepta de segundo grado si el primero corresponde a una institución del Estado.

El interés oscila entre el 21% y 23%, siendo normalmente el 21.5% y los plazos son muy variados, a determinarse por un perito que valorará la situación, oscilan entre nueve y cuatro años prorrogables.

Según la institución bancaria el trámite dura un mes o mes y medio, pero la realidad de las cosa es que en el práctica ese corto tiempo se transforma hasta en seis meses en algunos casos.

## 11. BIBLIOGRAFIA

ALBALADEJO (Manuel). *Derecho Civil. Derecho de Bienes*, V.I, Editorial Bosch, Barcelona, 1977.

BIONDO (Biondo). *Los bienes*, Ed. Bosch, Barcelona, 1961.

PEREZ (Víctor), In Memoriam, *Rev. Judicial No. 4*, 1977.

PUGLIATTI (Salvatore). *La proprietà nel nuovo diritto*, Ed. Giuffré Milano, 1964.

### *Leyes y Decretos*

*Ley Forestal No. 7030*, de 2 de mayo de 1986.

*Reglamento a la Ley Forestal No. 16386-MAG*, de 7 de mayo de 1986.

### *Código Civil*

### *Código Fiscal*

*Entrevista a la Lic. Rosa Bustillo*, Jefe Depto, Legal de la Dirección Forestal, junio 1989.



Lic. Elías Soley Gutiérrez  
Abogado costarricense

de forma de lo dicho, no existe un medio específico de crédito (bancario, etc.) en los países de la zona. En el por ejemplo, la ley de 1962 que creó el Banco Central de Costa Rica, que el Banco Central emite el papel moneda. Como resultado de esto, el crédito se presta en forma de depósitos en los bancos y el Estado, como garantía, emite el papel moneda. Como resultado de esto, el crédito se presta en forma de depósitos en los bancos y el Estado, como garantía, emite el papel moneda. Como resultado de esto, el crédito se presta en forma de depósitos en los bancos y el Estado, como garantía, emite el papel moneda.

Las garantías que se piden para estos préstamos son: hipotecas, pólizas de seguro y fianzas. En primer lugar, la que indica el artículo 21 de la Ley de Préstamos, es el primer correspondiente a las instituciones del Estado. El artículo 22 de la Ley de Préstamos, es el segundo correspondiente a las instituciones del Estado. El artículo 23 de la Ley de Préstamos, es el tercer correspondiente a las instituciones del Estado. El artículo 24 de la Ley de Préstamos, es el cuarto correspondiente a las instituciones del Estado.

La práctica es que se piden en algunos casos, hipotecas, pólizas de seguro y fianzas. En primer lugar, la que indica el artículo 21 de la Ley de Préstamos, es el primer correspondiente a las instituciones del Estado. El artículo 22 de la Ley de Préstamos, es el segundo correspondiente a las instituciones del Estado. El artículo 23 de la Ley de Préstamos, es el tercer correspondiente a las instituciones del Estado. El artículo 24 de la Ley de Préstamos, es el cuarto correspondiente a las instituciones del Estado.

ALBALADEJO (Manuel), Director Civil, Dirección de Préstamos, V.I. Editorial, San José, Costa Rica, 1977. 120 páginas. Este libro trata de los préstamos en Costa Rica, desde su origen hasta la actualidad. Incluye una introducción y tres capítulos principales. El primer capítulo trata de la evolución de los préstamos en Costa Rica. El segundo capítulo trata de la legislación que regula los préstamos. El tercer capítulo trata de la práctica de los préstamos.

Costa Rica, 1977. 120 páginas. Este libro trata de los préstamos en Costa Rica, desde su origen hasta la actualidad. Incluye una introducción y tres capítulos principales. El primer capítulo trata de la evolución de los préstamos en Costa Rica. El segundo capítulo trata de la legislación que regula los préstamos. El tercer capítulo trata de la práctica de los préstamos.

de forma de lo dicho, no existe un medio específico de crédito (bancario, etc.) en los países de la zona. En el por ejemplo, la ley de 1962 que creó el Banco Central de Costa Rica, que el Banco Central emite el papel moneda. Como resultado de esto, el crédito se presta en forma de depósitos en los bancos y el Estado, como garantía, emite el papel moneda. Como resultado de esto, el crédito se presta en forma de depósitos en los bancos y el Estado, como garantía, emite el papel moneda. Como resultado de esto, el crédito se presta en forma de depósitos en los bancos y el Estado, como garantía, emite el papel moneda.

de forma de lo dicho, no existe un medio específico de crédito (bancario, etc.) en los países de la zona. En el por ejemplo, la ley de 1962 que creó el Banco Central de Costa Rica, que el Banco Central emite el papel moneda. Como resultado de esto, el crédito se presta en forma de depósitos en los bancos y el Estado, como garantía, emite el papel moneda. Como resultado de esto, el crédito se presta en forma de depósitos en los bancos y el Estado, como garantía, emite el papel moneda. Como resultado de esto, el crédito se presta en forma de depósitos en los bancos y el Estado, como garantía, emite el papel moneda.

## SUMARIO

- 1- Introducción
- 2- Primero Democracia y luego Parlamento
- 3- Finalidad del Tratado
- 4- Parlamento y Democracia
- 5- Conclusión

## 1 Introducción

Desde los años en que la región centroamericana vivió, o pretendió vivir, con base en una República Federal, el ánimo integrador del istmo en lo político, social cultural fue severamente eliminado por la realidad imperante en cada uno de los países involucrados. Un común denominador ha caracterizado el fracaso de los diferentes intentos, que a través de la historia, se han dado, buscando la integración centroamericana, este denominador común lo constituye la falta de voluntad y de madurez política de muchos gobiernos del área, que por lo general en la época de gestación de un plan integrado cooperan entusiastamente, pero que conforme avanza el proyecto abandonan sus demagógicas promesas; lo anterior aunado a las diferentes abismales que existen entre las diferentes culturas políticas, sociales, ideológicas y cívicas que coexisten en la región centroamericana, ha sido la causa fundamental del fracaso por unir la región. La región centroamericana se caracteriza por ser heterogénea en cuanto a principios sociales y políticos básicos, y además porque cada uno de los países ha asumido individualmente su propia responsabilidad en materia de dirección política y social.

Definitivamente que cualquier intento, o criterio acerca de la viabilidad de un Parlamento Centroamericano, sea este favorable o desfavorable, deberá fundamentarse en la historia que sobre integración centroamericana ha escrito nuestro país; sobre todo si las características y los motivos que hicieron fracasar la mayor parte de esos intentos anteriores se mantienen latentes e inclusive en forma evidente, en casi la totalidad de los países del área (por ejemplo: heterogeneidad en cuanto a principios políticos, sociales y culturales; adopción de sistemas antagónicos e incompatibles de gobierno, que hacen imposible pensar en estos momentos sobre integración política; conceptos diferentes, opuestos e irreconciliables sobre lo que la Democracia significa; regímenes de opresión militar y avasallamiento del pueblo, en contraposición con un sistema pluralista, democrático y respetuoso de los derechos humanos como lo es el costarricense; sistemas políticos basados y fundamentados en personalismos y en intereses particulares, que mantienen a muchos centroamericanos en una posición frustrada ante la vida, caracterizada por el hambre, el sufrimiento y la desesperanza; y por último, las terribles luchas civiles, que reflejan claramente el descontento y la necesidad de los pueblos por eliminar la práctica irrespetuosa de los derechos inherentes al ser humano que vive en sociedad).

El Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano constituye uno de los temas más debatidos y criticados por la opinión pública nacional en los últimos meses; su historia, su fundamento, su finalidad, el procedimiento utilizado en cada país para aceptarlo, las diferentes reacciones gubernamentales y sociales en torno al asunto, sus posibles efectos, etcétera, hacen que este tema se transforme día a día en un asunto de absoluto interés público.

## 2. "Primero Democracia y luego Parlamento"

Según se dijo en la parte introductoria de este análisis, la finalidad del mismo radica en un deseo sano de contribuir en el esclarecimiento del panorama que en torno al Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano se ha formado en la sociedad costarricense. Para ello se eligió un método analítico, pormenorizado y exhaustivo del articulado del Tratado mencionado, haciendo ver el enfrentamiento innegable que este tendrá con la legislación nacional, y poniendo de relieve los riesgos y problemas a los cuales Costa Rica se hará absolutamente vulnerable en caso de ratificar el documento.

Partiendo desde el principio, nos vemos obligados a detenernos en uno de los artículos más controversiales del Tratado, EL ARTICULO PRIMERO. Este numeral presenta la naturaleza del Foro regional en una forma muy especial, hasta cierto punto equivocado; se parte del hecho de que el Parlamento Centroamericano es un medio para alcanzar la democracia y no, como en realidad se concibe doctrinaria y políticamente, como una institución misma de un sistema democrático. Recientemente, por medio de un comentario que fué publicado al suscrito en el Periódico "La República", señalé que uno de los vicios de fondo que presenta este artículo lo constituye el hecho desnaturalizador de una figura propia de la Democracia, el "Parlamento", al quererla hacer aparecer como un medio para llegar a ese sistema político, y como algo propio del sistema.

Sabemos que un órgano parlamentario es el fiel y absoluto representante del pueblo, que de sus deliberaciones se considera que puede extraerse el sentir mismo de las sociedades; por ello es que para que su vida sea efectiva y productiva para un pueblo, necesita que su creación se verifique en un ambiente de paz, democrático, pluralista y respetuoso del derecho a manifestarse que tienen los pueblos; en una sociedad con principios políticos y valores ideológicos muy claros y arraigados, en la que la norma de derecho político que rige su sistema sea, sin cuestionamiento alguno, la DEMOCRACIA; en una Nación respetuosa de los derechos humanos y de la supremacía de su ordenamiento jurídico como único medio aceptado por la colectividad para regir su actividad.

Definitivamente la creación de una institución democrática, como el Parlamento que se propone para el área centroamericana, exige como presupuesto necesario que el pueblo que será representado en este foro tenga inculcados los principios y valores democráticos mas puros; que efectivamente practique este sistema político, que crea en él, que se identifique con él, y que este dispuesto a sacrificarse por él.

La tesis que impulsa la creación del Parlamento Centroamericano de previo a instaurar la democracia como sistema político en todos los países del istmo, es contradictoria a los principios mas puros de esta doctrina política. Manteniendo esta posición se pretende invertir los procedimientos, ya que el mecanismo lógico es primero consolidar la Democracia y luego pensar en crear sus instituciones (que obviamente necesitaran de esta para desarrollarse efectivamente y contribuir en forma productiva con el avance y el desarrollo integrado de los pueblos centroamericanos); pero, si se cree que un Parlamento servirá como UN MEDIO para alcanzar la Democracia, no sólo tenemos asegurado un fracaso internacional en materia de integración de la región, sino que además, ingenuamente y contra nuestro propio prestigio internacional, tendremos asegurado un fracaso en materia política a nivel nacional y no presentaríamos como un país desconocedor e imprudente en el ejercicio de un sistema político que, paradójicamente, nos ha regido desde hace muchos años. En pocas palabras, ratificando el Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano estaríamos siendo cómplices de la creación de una institución sin contenido político, ideológico y doctrinario; estaríamos creando lo accesorio sin haber llegado a alcanzar lo principal (la Democracia); estaríamos creando una institución no solamente desprotegida y vulnerable técnicamente hablando, sino que se compromete al pueblo costarricense a participar en una aventura que no ofrece ninguna garantía y que, por el contrario, obrece una amplia gama de riesgos y condiciones asombrosas de vulnerabilidad.

Siguiendo con el análisis del artículo primero del tratado relacionado, debo mencionar que el mismo se contradice claramente desde un punto de vista jurídico político, ya que si bien sus primeras líneas hacen ver al Parlamento como un medio para alcanzar la Democracia, sus últimas líneas reflejan una intensión de querer fundamentar el mismo es una Democracia representativa y participativa del pluralismo, lo que es bien sabido que no existe, y que desde hace muchos años no ha existido, en los restantes países del área centroamericana. Es precisamente esta contradicción la que nos hace concluir que el resto del articulado de este Tratado Internacional se encuentra viciado, sobre todo si partimos del hecho revelador de que si la naturaleza misma del órgano (su fondo, su sustancia) es confusa y contradictoria, contraria a los principios, valores y procedimientos lógicos del sistema demo-

crático, es seguro que las normas que regulan su funcionamiento y operación estén igualmente equivocadas.

### 3. Finalidad del tratado

Saliéndonos un poco del análisis político o jurídico del Tratado, existe un aspecto que mucha gente en Costa Rica ha comentado con preocupación respecto a la iniciativa de crear un Foro Parlamentario en los términos establecidos en el Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano; este aspecto se refiere concretamente a la finalidad misma, o a la intención con la que ha sido elaborado el Tratado creador del Parlamento. La interrogante ha sufrido sobre todo con base en las manifestaciones de aquellos que han defendido la creación del Parlamento previo a la instauración de la Democracia en todos los países del área; manifestaciones que sostienen que el Gobierno y el pueblo costarricense no deben temer por la creación de este foro, ya que (según esta personas) el Parlamento es simplemente un órgano deliberativo que no emitirá decisiones vinculantes para nuestro país.

Tal aseveración debe ser comentada desde dos puntos de vista, a saber: definir cual es la utilidad misma del Parlamento si tomamos el criterio como cierto; o, por otro lado, definiendo en términos reales cual es la función de un órgano de este tipo en un plano internacional, cuales son sus repercusiones a nivel nacional, y cual es el verdadero papel que desempeñó a nuestro país en el citado Foro (está última posición, lógicamente, desvirtuando el criterio señalado).

En cuanto al primer punto, partiendo de la posición asumido por los defensores de la creación inmediata del Parlamento, debemos tener muy claro que actualmente existen una serie de instancias para incentivar y fomentar el diálogo entre los responsables de dirigir los destinos de los países centroamericanos, entre las mismas podemos citar las periódicas reuniones de Cancilleres, las reuniones de Vicepresidentes, y las reconocidas reuniones de Presidentes de la República que grandes esperanzas han hecho surgir entre los habitantes del istmo centroamericano. Entonces, existiendo tanto mecanismos para "conversar" a nivel gubernamental, porqué crear un foro parlamentario con idénticas funciones; cual es la verdadera intención de crear una instancia de representación popular para tratar asuntos que pueden ser tratados por sujetos con representación gubernamental?. Definitivamente que, aceptando la posición de que el Parlamento es simplemente un órgano deliberativo y no un órgano decisorio, estaríamos entonces engrandeciendo el sistema burocrático internacional inútilmente, ya que sencillamente se estaría creando una institución paralela a las muchas instancias de diálogo existentes.

Además, si lo que se busca es un nuevo foro para dialogar y no tomar decisiones, tenemos que fundamentar muy bien la iniciativa y no verla como una simple expectativa, ya que la experiencia del diálogo en Centroamérica ha sido muy triste, así como también la labor de grupos de países mediadores que muy pronto vieron frustradas todas sus esperanzas de cooperar con la paz en la región; frustración generada básicamente por la intransigencia, la irracionalidad, y la conveniencia con que los gobernantes de los países del área tratan sus "asuntos domésticos".

Así las cosas, no nos queda más que concluir que sí la finalidad real del Parlamento comienza y fenece en el diálogo, en la conversación y en el intercambio de criterios, sencillamente cometeríamos una ofensa intelectual y política al llamarlo "Parlamento"; lo anterior aunado al hecho de que sería una instancia estéril, sin poder de decisión, en la que lo que se discuta no llegará nunca a conclusiones por la simple razón de que las conclusiones exigen ser ejecutadas para que cobren plenitud, nos determina claramente que el futuro Parlamento Centroamericano no sólo no contribuirá a alcanzar la paz sino que mas bien contribuirá a entorpecer los procedimientos, a crear barreras para el diálogo y a fomentar la dispersión del poder de decisión entre los Estados parte. Siendo el foro regional un foro de discusión, cuyas decisiones no son vinculantes, no se puede determinar por ningún lado cual es realmente su utilidad; sobre todo, como bien se dijo, sí ya existen muchas instancias de diálogo en estado de vigencia y en estado de frustración que pueden continuar con sus conversaciones en busca de la Democracia real y efectiva en la región, y una vez lograda pensemos en Parlamentos pero bajo un mismo ideal y convicción.

En cuanto al segundo punto, debemos señalar que el tratado mismo concibe al Parlamento Centroamericano como un órgano de decisión a nivel supranacional; lo anterior se pone de manifiesto en varios aspectos, entre los cuales señalo a título de ejemplo la facultad de aprobarse su presupuesto y la de nombramiento del funcionario ejecutivo de más alto nivel en los organismos centroamericanos. Por otro lado, basta con analizar las palabras del señor Presidente de la República de Guatemala, al que se le atribuye la responsabilidad de haber incrustado el Tratado relacionado en el Plan de Paz original, cuando en una visita reciente a este país indicó que las decisiones del Parlamento eran vinculantes moralmente para cada uno de los países miembros, y que su inobservancia haría acreedor al incumplimiento de represalia y sanciones de tipo aislacionista; viniendo tal criterio del sujeto que puede interpretarnos auténticamente el documento, omitimos cualquier comentario al respecto ya que los términos son muy claros.

Además, con la creación de un Parlamento (institución eminentemente política) se pretende lograr la integración política centroamericana, actitud

censurable por inoportuna, ya que una unión de este tipo es factible entre gobiernos y pueblos conocedores de un mismo modelo de sociedad y de un mismo régimen de vida que regule su actividad política, y, para el caso concreto de Centroamérica, podría pensarse en tal iniciativa solamente cuando logremos avances y resultados reales en el proceso de democratización de la región, no antes, ya que, como dije anteriormente, hacerlo implica violar e invertir los procedimientos lógicos que una comunidad democrática debe respetar.

Respecto al artículo segundo del tratado relacionado es importante hacer notar una disposición que se repita varias veces a través del artículo de este documento, y que se refiere concretamente a la "remisión" expresa que hace el Tratado a la Legislación nacional de cada uno de los países miembros. En forma muy clara, el texto del Tratado nos remite a la Legislación de cada uno de esos países en lo que respecta a elección y atribuciones de los futuros legisladores centroamericanos, lo cual, necesariamente, nos conduce a analizar aspectos fundamentales de las características de los Gobiernos de los países del área para poder determinar el carácter legislativo de cada uno de ellos y las posibilidades reales de que se "colegise" a nivel supranacional en el Foro Parlamentario.

Es lógico cuestionarse que si los países centroamericanos tienen un sistema político y social absoluta e incuestionablemente distinto al costarricense, sus procedimientos de elección popular y su reglamentación y beneficios otorgados a sus disputados deben ser igualmente diferentes. Lo anterior por ejemplo en materia de garantías electorales, métodos de participación popular, conciencia cívica de su pueblo, atribuciones y prerrogativas de los legisladores, etcétera.

La experiencia política, no solo de los países del istmo sino que a nivel mundial, ha sido concreta y tajante en el sentido de que en los países militarizados el ordenamiento jurídico es, o lo constituye, una normativa complaciente y amoldada a las necesidades y requerimientos de la clase militar en el Poder; sencillamente la ley constituye un medio legitimador de supuestas democracias al servicio de las dictaduras. Así las cosas, al remitir el Tratado constitutivo del Parlamento Centroamericano a las legislaciones nacionales para llenar sus lagunas jurídicas en materia de fondo (como son la elección y prerrogativas de los legisladores), se nos introduce en una aventura muy peligrosa caracterizada por países con modelos y costumbres jurídicas, políticas y sociales muy diferentes.

Esta disposición genera una vulnerabilidad enorme del Parlamento Centroamericano como Institución Política, ya que países dirigidos, subordinados y acostumbrados a la opresión militar desde el Poder público, en los que la legislación es creada por y para el gobierno, para legitimar y justificar

el ejercicio dictatorial del poder público, no pueden ser agentes confiables de un ordenamiento jurídico capaz de servir de fundamento a una Institución Política Democrática como la que se pretende crear a nivel centroamericano. Por otro lado resulta contradictorio que el Tratado mismo se manifieste en el sentido que el Parlamento es un medio para alcanzar la Democracia, pero que a su vez remita para su creación y regulación a la legislación existente en los Estados miembros, la que sabemos que fue creada en un ambiente militar, y antidemocrático, en el cual la voz del pueblo no es escuchada y en el que los señores legisladores por lo general representan los intereses de una clase militar determinada.

#### 4. Parlamento y Democracia

Como último punto a comentar en este análisis crítico del Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano, necesariamente debemos mencionar su enfrentamiento, innegable, con el espíritu y la letra misma de nuestra Constitución Política, pilar fundamental de nuestra Democracia y ejemplo real de paz y excelencia en la regulación de la vida dentro de la sociedad costarricense. Por más que muchos quieran obviarlo, ya sea diciendo que no existe tal enfrentamiento o simplemente diciendo que lo que se haga o diga en el Parlamento no es vinculante, tenemos la obligación de advertir, a todos aquellos que por una u otra razón no han determinado los alcances reales de este Tratado, que la redacción del mismo es violatoria de principios constitucionales y del espíritu mismo de la doctrina democrática pluralista y representativa.

Es bien sabido que el Tratado relacionado tiene una especie de "exposición de motivos", denominada "preámbulo", en el cual se dejan entrever una serie de aspectos que ponen manifiesto no sólo las intenciones de aquellos que redactaron el Tratado, sino que evidencia la falta de costumbres democráticas en ellos; lo anterior lo digo con fundamento en una serie de criterios esbosados en frases como la que manifiesta la intención de "crear el Parlamento para fortalecer la Democracia", cuando es bien sabido que desgraciadamente Centroamérica está muy lejos de lograr siquiera vestigios reales de ir encaminada hacia la instauración de un sistema democrático (lo anterior haciendo la lógica y necesaria de Costa Rica); o, por ejemplo, cuando en el citado preámbulo se habla del "derecho de todas las naciones centroamericanas a determinar libremente y sin injerencias externas de ninguna clase su modelo económico, político y social", cuando también de sobra es sabido que sí lo que se pretende crear en el istmo es una Democracia, esta, como sistema de derecho político que es, NO ACEPTA NINGUN OTRO MODELO

POLITICO QUE NO SEA EL DEMOCRATICO; y, por último, cuando se dice que los señores Presidentes de las Repúblicas Centroamericanas están “convencidos que la institucionalización de un Parlamento Centroamericano permitirá que los países de la región discutan y *decidan* asuntos políticos, económicos, sociales y culturales que les afectan...”, cuando, como ya he explicado reiteradamente, existen actualmente una serie de instancias políticas y gubernamentales para dialogar a nivel regional y cuyo tema central ha sido la evolución política de Centroamérica en busca de la paz y la democracia; lo anterior hace innecesario e inútil el proponer la creación de una instancia más, mas grande y onerosa, y, peor aún, caracterizada por un enorme vacío doctrinario e intelectual.

Analizando el Tratado desde un ángulo constitucional, debemos hacer notar una serie de contradicciones y faltas, que deben ser tomadas en cuenta ya que el mismo Tratado remite a nuestra legislación para regular la materia inherente al sistema de elección, atribuciones y prerrogativas de los señores Diputados centroamericanos. A pesar de ello, considero indispensable aclarar que, a mi juicio, estos vicios tan importantes por enfrentarse a nuestra Constitución Política constituyen razón de más para improbar el Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano en la forma en que se ha presentado a la Asamblea Legislativa.

Por una parte, el Tratado otorga facultades y obligaciones a los Presidentes y Vicepresidentes de la República, las cuales en Costa Rica son fijadas por norma constitucional; asimismo establece un sistema de reelección para los señores Diputados, cuando según las disposiciones constitucionales estos NO PUEDEN SER REELECTOS SUCESIVAMENTE; establece un período de legislatura de CINCO AÑOS, cuando el establecimiento por nuestro ordenamiento jurídico es de cuatro años; el artículo dos del Tratado relacionado establece diferencias entre los futuros Diputados de la región, dando a una clasificación de los legisladores de acuerdo a su clase, ubicando a unos (de los incisos b y c) en una posición privilegiada, y a los otros (inciso a) en una posición desventajosa con respecto a los anteriores; con esta división se desnaturaliza la actividad y el carácter propio del legislador, que se supone es un representante directo del pueblo y por ello, en un Parlamento, no deben existir diferencias de ningún tipo.

## 5. Conclusión

Para concluir es necesario recapitular ciertos aspectos básicos: en primer lugar ha quedado demostrado que el Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano presenta una serie de vicios jurídicos y políticos de

gran envergadura, los cuales no pueden ser subsanados por dos razones obvias: porque los restantes países centroamericanos ya lo ratificaron en la forma en que se encuentra presentado a nuestra Asamblea Legislativa, y porque el Tratado mismo no admite reservas; en segundo lugar, los argumentos que se han pretendido oponer a la crítica proveniente del sector de la opinión pública que abversa la creación del Parlamento han sido desvirtuados, subsistiendo la seria preocupación de la mayoría de los costarricenses sobre el destino final de esta peligrosa iniciativa de integración política centroamericana. Preocupación que ha crecido ultimamente por la negativa a convocar a una consulta popular, o “plebiscito”, que dicho sea de paso es estrictamente necesaria en todos aquellos asuntos en que se cambie o se afecte la organización política de nuestro país (de conformidad con lo estipulado por el artículo siete constitucional.)

No podemos aventurarnos, ingenuamente, cuando de por medio está la soberanía nacional, el futuro político del pueblo y el prestigio internacional de nuestro país; existen otros medios para llegar a la Democracia; el Parlamento NO ES UN MEDIO para tales efectos, es una institución creada por el sistema democrático y que por ello mismo exige como presupuesto previo a su constitución un ambiente absoluto e incuestionablemente democrático. De esta forma pretendo dejar muy clara mi posición, que no es contra la institución democrática parlamentaria, sino que es contra los mecanismos utilizados por los señores Presidentes de las Repúblicas Centroamericanas, contra el oportunismo, la improvisación y el desorden manifestado por aquellos que han impulsado el criterio de que el Parlamento debe ser creado ahora sin importar las consecuencias, que buscan crear una institución democrática en un ambiente de guerra, absolutamente convulsionado y acostumbrado a vivir (salvo el caso de Costa Rica obviamente) en un régimen arbitrario, antidemocrático, militarizado, y, en muchos casos, irrespetuoso de los derechos humanos.

Así las cosas, reitero: PRIMERO DEMOCRACIA REALMENTE CONSTITUIDA Y PRACTICADA, LUEGO PARLAMENTO CENTROAMERICANO; y si algún día, como es el deseo de la mayoría de los costarricenses de buena voluntad, los demás países centroamericanos llegan a creer y practicar la Democracia, antes de suscribir un Tratado como el mencionado es necesario que se dé un profundo análisis jurídico sobre los alcances de esta iniciativa, que se manifiesten, abiertamente, todos los sectores en un amplio debate nacional, y que culmine tan loable actitud con una consulta masiva al pueblo para que sea éste el que decida, con argumentos, sí compromete a nuestro país para que participe en una instancia política como la propuesta.

## LA SOCIOLOGIA DEL DERECHO EN VENEZUELA

Carmen Luisa Roche

Miriam San Juan

Profesoras e investigadoras venezolanas

La sociología del derecho en Venezuela ha sido una disciplina que ha experimentado un crecimiento constante y sostenido a lo largo de los años, gracias a la dedicación y el esfuerzo de un grupo de investigadores que han trabajado en el campo de la sociología del derecho.

La investigación sociológica del derecho en Venezuela ha sido una actividad que ha experimentado un crecimiento constante y sostenido a lo largo de los años, gracias a la dedicación y el esfuerzo de un grupo de investigadores que han trabajado en el campo de la sociología del derecho.

Desde sus comienzos, podemos encontrar a autores que han trabajado en el campo de la sociología del derecho en Venezuela, gracias a la dedicación y el esfuerzo de un grupo de investigadores que han trabajado en el campo de la sociología del derecho.

### LA ENSEÑANZA DE LA SOCIOLOGIA DEL DERECHO

Desde cuando se han realizado como profesores de la sociología en Venezuela a todos los profesores que de alguna manera han interesado por la sociología del derecho y por el funcionamiento de la sociedad venezolana, gracias a la dedicación y el esfuerzo de un grupo de investigadores que han trabajado en el campo de la sociología del derecho.

En el campo de la enseñanza de la sociología del derecho en Venezuela, se ha realizado un trabajo constante y sostenido a lo largo de los años, gracias a la dedicación y el esfuerzo de un grupo de investigadores que han trabajado en el campo de la sociología del derecho.

## SUMARIO

- I Introducción
- II La enseñanza de la sociología del derecho
- III La investigación socio-jurídico
- IV Bibliografía

## I INTRODUCCION

El presente papel de trabajo tiene por objeto principal describir los aspectos resaltantes de la enseñanza y de la investigación sociológica en nuestro país, introduciendo algunos elementos de análisis que permitan una discusión más fructífera en el seno del grupo de trabajo.

Nuestra intención inicial fue presentar un panorama más amplio, pero por restricciones de tiempo y dificultades para obtener información desde Caracas, en relación a la actividad de otros centros universitarios situados en otras ciudades del país, hemos tenido que circunscribirnos, sobre todo en la parte que se refiere a la investigación, a lo que se ha realizado en la Universidad Central de Venezuela.

Hechas estas advertencias, pedimos excusas por cualquier omisión en la cual hayamos podido caer y esperamos que ésta sea la oportunidad para que todos los que nos interesamos por la Sociología Jurídica en Venezuela establezcamos contacto y mantengamos en lo adelante un intercambio fructífero.

## II LA ENSEÑANZA DE LA SOCIOLOGIA DEL DERECHO

Aún cuando se han señalado como precursores de la sociología en nuestro país a todos los pensadores que de alguna manera se han interesado por las características peculiares y por el funcionamiento de la sociedad venezolana, creemos, como lo han sostenido algunos autores que han estudiado el tema, que la sociología en Venezuela se inicia con la generación de los llamados "positivistas". Se sabe, dice Albornoz (1.962), que la filosofía de Comité comienza a ser manejada por los pensadores venezolanos hacia la década de 1.870 y que "la rápida asimilación de las ideas del positivismo y del socialismo en nuestro país es consecuencia... del interés de nuestros ideólogos por hallar las 'leyes del desarrollo social' en nuestra sociedad, lo cual permitiría un control más racional de la misma". Ello es notable, según el mismo autor, en los integrantes del Instituto Venezolano de Ciencias Sociales, fundado en Caracas en 1.877.

Sin embargo, la enseñanza de la sociología a nivel universitario sólo se inicia a comienzos de éste siglo. Ello ocurre al ser incluida dentro del pensum de la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad Central la asignatura Sociología. Se discute quien fue el primer profesor de Sociología, si Terrero Atienza o Carlos León, así como tampoco está claro cual fue el año



exacto en que comenzó a dictarse. En todo caso, fue Carlos León quien escribió en 1.904 el primer texto venezolano de esta asignatura, titulado "Elementos de Sociología".

En la Universidad de los Andes, la materia es incluida en el pensum de la Facultad de Ciencias Políticas en la reforma de 1.904. El primer profesor de la misma es Julio C. Salas, quien comienza a dictarla en 1.909 y "al no encontrar un texto de enseñanza... que reuniese a la superioridad de la exposición y rigor científico, las cualidades didácticas necesarias", publica en 1.912 sus "Lecciones de Sociología aplicada a la América" (Strozzi, 1.988).

Los motivos que en esa época llevaron a incluir la Sociología como asignatura dentro de los estudios jurídicos se relacionan con la naturaleza "humanística" de esta carrera frente a las demás que existían en esa época (Caldera, 1.956), concebida como carrera para la preparación de "humanistas" capaces de desempeñar diversas funciones (Pérez Perdomo, 1.981).

La asignatura se dedicaba al estudio de la Sociología General, exponiendo el concepto, el método y las diversas corrientes y escuelas existentes y dando especial importancia a las "leyes" de la vida social. Se dictaba al parecer durante los dos últimos años de la carrera que duraba seis y era considerada como una asignatura de "segunda clase" (Albornoz, 1.962).

En los textos venezolanos ya mencionados se dice que la Sociología "estudia las acciones humanas, con el objeto de proporcionar al hombre el mayor perfeccionamiento moral y el mayor bienestar material" (León, citado por Albornoz). Sobrestimación del conocimiento sociológico típico de los primeros tiempos de la sociología (Albornoz, 1.962). Dichos textos siguen y remiten a los textos extranjeros de la época, en particular a Gumplovicz (León) y a Spencer (Salas). El enfoque de estas obras se sitúa dentro de las tendencias evolucionistas, organicistas y legalistas (leyes causales) predominantes en los comienzos de la disciplina.

En la enseñanza de la Sociología en la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad Central de Venezuela se suceden una serie de profesores entre los que merece destacarse José Rafael Mendoza, conocido penalista, quien comienza a enseñar sociología en 1.933. El doctor Mendoza escribe un libro de texto, cuando, según dice, se percata de que las doctrinas sociológicas que se enseñaban para el momento en que se encargó de la cátedra eran "doctrinas unilaterales". Su "Manual de Sociología" es publicado en 1.934 y trata de reflejar los avances que para el momento se habían producido en la disciplina en Europa y Norteamérica.

Hacia mediados de siglo se inicia una nueva perspectiva de los estudios de derecho (Pérez Perdomo, 1.981). Ya se había diversificado el estudio de las ciencias sociales al crearse carreras como Economía, Historia, Sociología y el pensum de la escuela de derecho, siguiendo esa corriente, se vuel-

ve más específico. Aumenta el número de asignaturas jurídicas al crearse nuevos cursos sobre nuevas ramas del derecho, al mismo tiempo en que se amplía el ya tradicional estudio del Derecho Civil. Ello va acompañado de una reducción de los cursos de carácter general que ocupaban buena parte del pensum a comienzos de siglo. La asignatura en cuestión deja de llamarse Sociología a secas para convertirse en Sociología del Derecho, de acuerdo con las nuevas tendencias de especialización del objeto de estudio.

El artífice de la nueva orientación de la disciplina es fundamentalmente Rafael Caldera quien se encarga de la Cátedra desde el curso 1942 - 43 (Caldera, 1.956). De acuerdo con su enfoque particular, el programa de la sociología que se estudia dentro de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela va a pasar, como el mismo dice, "desde el clásico corte de exposición general del conocimiento sociológico, hacia la formación de una verdadera Sociología Especial, dirigida a fomentar en los alumnos un interés por el aspecto social de la vida jurídica y a orientar futuros estudios en el campo de las relaciones sociales". En su criterio la sociología que se estudia dentro del pensum de derecho no debe orientarse, como había sido tradicional, hacia los temas y conceptos generales de esa ciencia, así como tampoco hacia lo que llama "un estudio aislado del Derecho en la vida social, menospreciando su relación concreta con los demás fenómenos sociales". Como lo expresa en una ponencia enviada al Congreso Latinoamericano de Sociología, en las Facultades de Derecho "ha de estudiarse una Sociología del Derecho en la cual, después de ubicado adecuadamente el fenómeno jurídico dentro de la realidad colectiva, se lo relacione con sus influencias recíprocas con la vida familiar, económica, política, internacional, moral, religiosa, cultural, y con las anomalías sociales, como las manifestaciones reales de esa realidad social compleja dentro de la cual el Derecho vive y actúa". De esta manera "se orientará definitivamente al alumno, en la forma del sentido social frente a las diversas ramas del Derecho que irá estudiando durante su carrera" (Caldera, 1.956).

Esta concepción de la disciplina como materia formativa y concientizadora o creadora del sentido social frente al derecho, lleva en consecuencia, en su criterio, a ubicarla en el primero o primeros años de la carrera.

Orlando Albornoz en su obra "La Sociología en Venezuela" (1.962) emite un juicio sumamente crítico en relación con el programa de Sociología elaborado por Caldera dentro de la concepción arriba descrita y que se dictaba en la Escuela de Derecho para el momento en que el autor escribe su obra. Según Albornoz "este programa no cumple para nada la función que ha de llenar en una Escuela de este tipo un curso de sociología". "No es verdad un programa de esta ciencia. Los conceptos elementales universales que han de aparecer en un curso como éste no son mencionados en ninguno de sus temas. El estudio de la sociedad, de la cultura, del conjunto de normas que determinan la existencia de un comportamiento aceptado; los conceptos de

status, rol, diferenciación de roles, proceso social, grupo social, cambio social, etc., son desconocidos completamente". Albornoz califica la orientación general de este curso como lo que en Latinoamérica se conoce como "la sociología de los juristas", es decir, la que resulta de la consideración de todos los fenómenos sociales como si fuesen fenómenos puramente jurídicos.

Años más tarde, en el marco de un seminario de doctorado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central, Clemy Machado de Acedo estudia la obra de Caldera y lo ubica dentro de lo que, usando la terminología empleada en el seminario, se llamó "paradigma social" para el estudio del Derecho. En lo que se refiere a su obra de Sociología del Derecho, recogida parcialmente en unos apuntes mimeografiados, la autora sostiene que en ella Caldera "efectúa una revisión de la teoría sociológica que le permite una conceptualización sociológica del Derecho, básica para toda práctica ulterior que persiga ese objetivo" y añade, que aún cuando Caldera "intenta un conocimiento de la realidad concreta, no se lo plantea, como lo haría hoy un científico que comparte su postura, a través de una investigación", lo cual se explica por su formación y la ausencia de tradición en investigación social en la época.

El programa elaborado por Caldera de acuerdo con la orientación descrita, continúa todavía hoy vigente, con modificaciones, tres de las cuatro universidades nacionales donde se estudia la carrera de Derecho: Universidad de los Andes, Universidad del Zulia y Universidad de Carabobo y en la Universidad de Santa María. En el programa de la Universidad de los Andes se introdujeron modificaciones que incorporan algunos problemas típicos de la sociología del derecho contemporánea.

En la Universidad Católica Andrés Bello, el programa de sociología ha sufrido dos cambios importantes. En el primero, se introdujeron los temas básicos de la sociología del derecho contemporánea: funciones sociales del derecho, estratificación social y derecho, cambio social y derecho y los roles sociales del abogado. Se trataba fundamentalmente, sin embargo, de un programa de sociología general, integrado en gran parte por los temas clásicos de un programa de ese tipo. Un tiempo después se eliminan los temas de Sociología del Derecho propiamente dicha y ésta se restringe a un solo tema dentro de un programa aún más marcadamente de Sociología General.

En la Universidad Central de Venezuela, después de varios intentos, se modifica el programa de Sociología Jurídica dentro de lo que en la exposición de motivos de reforma se denomina un "espíritu relativamente conservador". En la práctica, el nuevo programa obedece a una orientación totalmente distinta de la anterior, aunque incluya algunos temas que ya eran abordados brevemente, como el tema de control social y derecho y de las influencias recíprocas entre el derecho y la sociedad, y además reúne en un tema final el estudio de las instituciones sociales que antes ocupaban la mayor parte del curso.

El programa nuevo enfatiza fundamentalmente el estudio de los grandes problemas que los investigadores sociales de lo jurídico han venido haciendo objeto de análisis teórico y de investigación empírica, desde que se desarrolla la Sociología del Derecho como una rama especial de la Sociología después de la segunda guerra, a saber, el derecho como mecanismo de control social, las influencias recíprocas del derecho y el cambio social, la problemática que para el funcionamiento del derecho plantea la existencia de desigualdades sociales, los roles sociales del abogado. La estrategia de la enseñanza cambia al mismo tiempo, ya que la exposición de la materia se apoya sobretudo en lecturas seleccionadas sobre cada tema y en resúmenes o partes de informes de investigaciones realizadas sobre los distintos problemas tratados, dando preferencia a la incipiente producción venezolana, todo ello complementado con las explicaciones del profesor que orienta las discusiones de clase en base a dichos materiales.

Un programa preparado recientemente para el concurso de oposición abierto en la cátedra de Sociología del Derecho de la Universidad Central, es una ampliación del programa de asignatura de la Escuela de Derecho, que incluye además nuevos temas los cuales se nutren de investigaciones recientes realizadas en el país, sobre los procesos reales de la formación de las leyes y los sistemas de aplicación del derecho.

Hecha la aclaración de lo que hasta ahora ha sido la enseñanza de la Sociología del Derecho en nuestro país, pasamos a analizar la problemática que plantea actualmente dicha enseñanza dentro de las escuelas de derecho. Para ello nos vamos a referir fundamentalmente a la Universidad Central de Venezuela, con la cual estamos más familiarizadas, aún cuando muchos de los problemas que vamos a tratar son problemas generales a la materia.

La Escuela de Derecho de la Universidad Central, como ya se dijo, modificó el programa de la asignatura en 1976. En ello influyeron determinantemente las ideas de algunos profesores que ocupaban posiciones de dirección en ese momento, las cuales, a través de sus estudios en el extranjero o de sus preocupaciones o investigaciones personales se habían familiarizado con la problemática más recientemente abordada por la disciplina. Un curso ofrecido en el Doctorado de Derecho, dictado por Lorenzo Zolezzi, profesor de la asignatura en la Universidad Católica de Lima, contribuyó a crear conciencia de la necesidad de un cambio en el enfoque de la enseñanza de la Sociología del Derecho, así como también fue fuente de importante material de cátedra.

Creemos que la modificación del programa de la asignatura en la U.C.V. fue un importante paso en la dirección correcta, aún cuando falta todavía camino por recorrer. Precisamente es esta necesidad de precisar y enfrentar las dificultades que subsisten lo que motiva estas reflexiones. Cuando se trata de analizar y reflexionar sobre lo que debe ser un programa de enseñanza de cualquier tipo, es necesario partir de los objetivos generales, de la

meta, de la asignatura que se trate. En este caso es cuestión de determinar las metas y objetivos que debe perseguir un programa de Sociología Jurídica concebido para enseñar la materia a futuros profesionales del derecho.

Dentro del enfoque tradicional en nuestra Escuela de Derecho, la disciplina tenía como objetivo, como se vio anteriormente, crear un "sentido social" frente a las diversas ramas del Derecho, aún cuando también se habla de "fomentar en los alumnos un interés por el aspecto social de la vida jurídica y a orientar futuros estudios en el campo de las relaciones sociales". Ello se inscribía dentro de lo que, utilizando la terminología empleada en tecnología educativa, se denomina objetivos de enseñanza del área expresiva, que se refieren a las actitudes y a los valores. Creemos que los objetivos de enseñanza de una asignatura como la nuestra siguen siendo fundamentalmente del mismo tipo, sin que ello indique desconocer la importancia que también tiene dentro de ella los objetivos del área cognoscitiva. Sin embargo, el desarrollo, tanto de la teoría sociológica, como de los instrumentos de investigación social, permiten sostener que las capacidades a crear y a estimular en los futuros abogados, a través de la enseñanza de la Sociología Jurídica hoy en día, deben ser aquellas que habiliten para el análisis objetivo y crítico de la génesis y del funcionamiento del Derecho como parte de la estructura y de la organización social, así como de las interrelaciones con las demás partes del sistema social. Se trata de crear una actitud crítica frente al derecho, que sensibilice al estudiante y al futuro profesional para vincular lo normativo jurídico con la vida social, que es su razón de ser y su fin último. Se pretende evitar así la actitud generalizada en los abogados, que suelen perder de vista esa vinculación y llegan a ver al derecho como un ente con vida propia y separada de la social, lo que evidentemente trae consecuencias para el ejercicio de la profesión en general, sobre todo en sus facetas más trascendentes como aquellas que se refieren la función legislativa y judicial.

Si se parte de ese objetivo general, surgen inmediatamente tres interrogantes a las que es necesario dar respuesta con miras al objetivo planteado, a saber, que enseñar, cuando enseñar y cómo enseñar la Sociología del Derecho a los futuros abogados.

En lo que refiere al qué ya hemos adelantado algo. A esta pregunta debemos responder enfáticamente que debe enseñarse Sociología del Derecho, entendiendo por tal lo que en la actualidad constituye objeto de preocupación y estudio por quienes hacen investigación social de lo jurídico. Consideramos equivocado el enfoque que cree necesario o conveniente enseñar a los futuros abogados Sociología General. Ello no solo porque de esta manera se pierde un tiempo valioso en el tratamiento de contenidos que puede ser abordados simultáneamente con sus referencias propiamente socio-jurídicos, sino porque ello no motiva al estudiante de derecho quien no ve el verdadero

sentido de la Sociología del Derecho tiene para su formación, al no poder hacer la conexión entre su quehacer propio y una asignatura que ve como materia de cultura general.

En relación al cuando, la tendencia general en Venezuela ha sido la de colocar la enseñanza de la sociología en el primer año de los estudios de licenciatura. Esta decisión, que es vista como un corolario de la naturaleza formativa de la asignatura, presenta tres inconvenientes. El primero que tiene que ver con la poca formación sociológica de los estudiantes que ingresan a la carrera y es lo que ha llevado a alguna universidad a decidirse por Sociología General en lugar de Sociología del Derecho. Ya nos pronunciamos con respecto a esto. Cabe añadir que este inconveniente seguirá presente si la asignatura se coloca en un año más avanzado de la carrera y que la única marea de enfrentarlo sería previniendo cursos generales, introductorios o propedéutico, donde se estudiara sociología, entre otras materias generales o preparatorias del ciclo profesional propiamente dicho.

El segundo inconveniente que se enfrenta al situar la disciplina en el primer año es el de la falta de preparación jurídica de los estudiantes al nivel del primer año de la carrera. Si los alumnos no saben lo que es derecho ¿cómo puede hablarseles de sociología del derecho? Aún cuando no puede negarse la importancia de esta dificultad, ella no encuentra una solución fácil ya que la experiencia nos ha enseñado que más adelante en la carrera puede ser aún más difícil motivar o sensibilizar hacia un enfoque crítico y cuestionador del derecho a estudiantes que han recibido ya el "lavado cerebral" dogmático. El enfoque social tiende a remover su saber establecido desestabilizándolos y por ello provoca rechazo.

El inconveniente más serio es a nuestra opinión el tercero, que se refiere a la falta de refuerzos posteriores del enfoque social dentro de la carrera de Derecho. Esta carencia trae como consecuencia que en la mayoría de los estudiantes, aún de quienes se han mostrado aventajados alumnos de esta materia durante el primer año, se desensibilicen por completo en el transcurso del resto de sus estudios, por efecto del tratamiento puramente dogmático que va a recibir el resto de las asignaturas que verán en la carrera.

La solución a esta dificultad es obviamente el establecimiento de refuerzos más adelante en los estudios de licenciatura, bien sea a través de cursos o seminarios selectivo o no, sobre temas específicos de Sociología del Derecho, o mediante la incorporación del enfoque social a algunas al menos de las asignaturas tradicionalmente tratadas de manera puramente dogmática. En este sentido es posible que la incorporación en cuestión pueda darse más fácilmente en las asignaturas prácticas que en la puramente teóricas.

Creemos en resumen que el problema de la ubicación de la Sociología Jurídica dentro de los estudios de Derecho no tienen una respuesta satisfactoria si no nos situamos en la óptica de los tradicionales de Derecho en nuestro país, que parece ser también el de muchos países latinoamericanos y

aún de otros continentes. Pesamos que este problema debe de enfocarse dentro de una reestructuración a fondo de los estudios de Derecho que incorpore al pensum asignaturas como la metodología de la investigación social, entre otras disciplinas básicas de las ciencias sociales, muchas de las cuales desde hace ya tiempo forman parte de los pensa de las demás carreras de ciencias sociales.

Por último, en lo que se refieren al como enseñar Sociología del Derecho a los futuros juristas, ello se deriva directamente del objetivo que consideramos persigue la asignatura. Si se trata de crear actitudes nuevas y distintas frente al Derecho, si se trata de sensibilizar a los estudiantes respecto de nuevos enfoques de lo jurídico, más que de atiborrarlos de información que van a retener quizás hasta los exámenes y luego olvidar, sin lograr interiorizar la nueva perspectiva y por lo tanto sin conectarla con su vida profesional, se impone la utilización de metodologías de enseñanza diferentes a las solas conferencias del profesor. Se hace entonces necesario acudir a métodos más activos de enseñanza, los cuales exijan la participación de los estudiantes y donde se estimule la aplicación de los análisis teóricos a casos prácticos de la vida nacional con los cuales los estudiantes estén o puedan estar familiarizados, con el objeto de lograr esa interiorización del enfoque, ese cambio de actitudes que se persigue.

Por último queremos hacer referencia a los estudios de Sociología del Derecho dentro del marco de los estudios de Postgrado. Cuando tratamos sobre la ubicación de esas disciplina no nos plateamos siquiera que ella pudiera verse por primera vez a nivel de postgrado, ya que esta posición nos parece inadmisibile. Partimos de la idea de que el enfoque social hoy en día debe ser parte de la formación del abogado desde sus estudios de licenciatura. Creemos que en el Postgrado la Sociología del Derecho debe profundizarse a través de la práctica activa de la investigación social de la jurídico, que supone ya la adquisición de los conocimientos básicos en un nivel más bajo.

En este sentido se ha ofrecido dentro de los cursos de Doctorado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, desde hace varios años, una serie de seminarios que participan del enfoque social del derecho, con el objeto de despertar el interés por el estudio y la investigación social de lo jurídico. Estos estudios se han enfrentado con frecuencia a los mismos escollos con los cuales tropieza la enseñanza de la sociología del Derecho en los años superiores de la carrera de Derecho, a saber, ausencia de conocimientos en la materia y sobre todo falta de comprensión e incluso rechazo al enfoque particular del seminario. Ello se debe evidentemente a la falta de preparación de los alumnos como consecuencia de la poca consideración que se le da a esta disciplina en el nivel inferior y a la

ausencia absoluta de las actitudes y sensibilidades frente a lo jurídico que la investigación social requiere, carencia que es consecuencia del contenido excesivamente dogmático de los estudios de pregrado.

Es por estas razones por las cuales estamos iniciando dentro del Doctorado en Derecho un tipo de seminario donde hemos partido de un nivel bastante elemental del estudio sociológico del Derecho, con el fin de perseguir a los estudiantes que carecen de esta base, incorporarse al enfoque, con la esperanza de lograr rápidamente, tratándose de alumnos con más formación, un avance hacia la aplicación de los conocimientos teóricos en la materia al análisis de áreas concretas de la vida social.

Queremos terminar diciendo que estamos conscientes de no tener ni mucho menos todas las respuestas. Precisamente traemos aquí nuestras ideas y experiencias para que el intercambio con los colegas ayude a clarificar para todos el tema de la enseñanza de la Sociología Jurídica dentro de las Facultades de Derecho.

### III LA INVESTIGACION SOCIO-JURIDICA

La investigación jurídica en Venezuela presenta dos tendencias claramente separadas: la dogmática, que hasta ahora resulta dominante, y la socio-jurídica, que se inicia aproximadamente hacia los años de 1.970. La diferencia entre ambas orientaciones deriva de la forma en que construyen su objeto. En el primer caso, el interés se encuentra en el análisis conceptual de la dimensión normativa, reduciéndose lo jurídico únicamente a ese ámbito. En la nueva orientación, la óptica se expande hacia el sistema jurídico en toda su amplitud; se incluye no solo lo normativo, sino sus vínculos con lo social, analizándose los procesos reales de elaboración, los de aculturación jurídica, el impacto o penetración de los propósitos legislativos, la actividad de los agentes u operadores jurídicos, etc.

Al igual que sucede en otras disciplinas, la instauración de la Sociología jurídica en Venezuela se inicia con la crítica a las limitaciones del otro paradigma y con un reclamo sobre la necesidad de un mayor acercamiento a la sociedad, esto es, lo que Treves ha llamado "la revuelta contra el formalismo" (1.978: 123). En esta fase podemos ubicar a autores como Rodríguez U. (1.957), Brewer (1.975) y Abouhamad (1.977) (Pérez Perdomo, 1.983). En un estudio de la obra de éste último autor, se la califica como el primer difusor, en el campo del derecho de la familia, del enfoque social del derecho (San Juan, 1.982) Es característico de estos autores, el incluir dentro de sus áreas específicas el planteamiento de la relación derecho-sociedad, el señalamiento de disfunciones normativas y jurisdiccionales, la desmitificación de la ley y la inclusión de proposiciones de cambios en distintos niveles del sistema jurídico. Sin embargo, se quedan en el nivel del puro señalamiento, sin

que desemboquen en el tratamiento particular de las cuestiones que simplemente asoman. En la actualidad, la disciplina cuenta con investigadores profesionales y con trabajos que han accedido a un nivel de análisis más elaborado, menos genérico y con una metodología más adecuada al enfoque socio-jurídico. Al igual que en otros países, encontramos sociólogos y abogados que practican la nueva perspectiva. Es característico, además, que la mayoría de ellos son investigadores adscriptos a institutos universitarios a tiempo completo o a dedicación exclusiva. En el caso de la U.C.V., es interesante destacar que los sociólogos que se ocupan del estudio del derecho lo hacen, no en las escuelas de las cuales son egresados, sino en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.

Los institutos que han aportado mayor número de investigaciones socio-jurídicas son el de Ciencias Penales y Criminológicas y el de Derecho Privado. Aunque en el primer caso se podría cuestionar la pertinencia de la calificación, pues se trata de investigaciones criminológicas y la criminología se ha constituido en una disciplina autónoma, sin embargo, dada la adhesión de la mayoría de los trabajos a la perspectiva crítica del derecho penal y al examen de los procesos reales de aplicación, se trata en verdad de una sociología de esta rama del derecho. Las investigaciones Del Olmo (1.972), Hernández (1.977) y Linares (1.981) se ajustan a las características que se le atribuyen a la sociología jurídica. En efecto, trabajos tales como "El sistema Penitenciario" y "Los fraudes en los alimentos" de Mirla Linares e "Ideologización del Delito y de la Pena" de Tosca Hernández, combinan el examen de la ley y sus funciones ideológicas y su contrastación con los referentes empíricos, evidenciando funciones diferentes a las consagradas en el discurso teórico-jurídico. El instituto cuenta actualmente con nuevos investigadores que desarrollan trabajos de este tipo sobre la aplicación judicial de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, la de Sometimiento a Juicio y Suspensión Condicional de la Penal y la Ley Orgánica de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

Fuera de este contexto vale la pena mencionar el trabajo de Karin Van Groningen, profesora de Sociología Jurídica, referido a la "Aplicación de la Ley Penal y Desigual Social" (1.980), que estudia cómo se produce la aplicación de la ley en procesos penales formales, tomando como variable fundamental la clase social; la forma en que se concreta el tratamiento desigualitario se destaca a través del examen del trabajo efectivo realizado por abogados privados y por defensores públicos en los expedientes seleccionados. Esta tesis presentada a los fines de obtener la licenciatura en sociología en la UCAB, merece una mención especial, no sólo por su calidad, sino porque su autora continuó por un tiempo su línea de investigación, sin estar adscrita a ningún instituto universitario.

En el Instituto de Derecho Privado también han surgido investigaciones que se abscriben a la nueva orientación. Un trabajo importante y pionero

es el Enrique Marín sobre "La negociación colectiva en la función pública" (1.978), que constituye un análisis empírico del fenómeno y un análisis teórico que se apoya en los hechos evidenciados, lo que permite llegar a la naturaleza y alcance jurídico del hecho real de la participación de los agentes públicos en la determinación de sus condiciones de empleo a través de las negociaciones colectivas (Roche, 1.985). Otro trabajo reciente "La atribución al padre de la preferencia para el ejercicio de la patria potestad: ¿Un caso de derecho disfuncional?" de Carmen Luisa Roche, aporta un análisis rigurosos del funcionamiento de la regulación jurídica que atribuía al padre la preferencia para el ejercicio de la patria potestad con anterioridad a la reforma del Código Civil de 1.982.

La preferencia y crecimiento de la Sociedad Jurídica en Venezuela, es producto de la iniciativa e inquietudes personales de los investigadores y no de una política institucionalmente definida. Parece más bien, que algunos profesionales del derecho o de la sociología, inquietos e interesados por conocer su propia sociedad, han percibido un cierto agotamiento en el modelo conceptual, lo que dificulta la realización de trabajos creativos dentro de sus límites estrechos y saturados, desembocando así de manera natural, aunque no sin traumas y desarraigo, en la nueva manera de investigar el derecho como práctica social.

La perspectiva a prendido más fácilmente en el llamado Derecho Social. En cambio, en aquellas áreas que constituyen el núcleo tradicional de la dogmática jurídica son muy escasos los trabajos que se han producido. Pareciera que en ella las elaboraciones y abstracciones hacen más difícil conectar las instituciones con su función social y todavía resulta atractivo permanecer en el nublosos mundo de las especulaciones técnico-jurídicas. Dentro de este sector de la ciencia jurídica, sólo conocemos tres trabajos sobre la institución clásica de la propiedad: "Derecho de Propiedad de Vivienda en los Barrios de Caracas" de Pérez Perdomo y de Nikken (1.979). "La Propiedad Agraria en Venezuela" de Marcos Virela y "La Propiedad: Utopía y Realidad Jurídica" de Tosca Hernández. En el primero se estudian, no solo las reglas y principios jurídicos involucrados en el problema, sino también la operación de esas reglas y las instituciones estatales o para-estatales que las aplican o que aplican reglas sustitutivas (Roche, 1.985: 108); en el segundo, se examina la propiedad agraria desde una perspectiva jurídica y sociológica, esto es, el fenómeno social concreto, determinándose la imposibilidad de aplicar las normas por que éstas no son coherentes con la realidad del sistema social en su conjunto (Vilera, 1.985); y en el tercero, se busca aprehender la construcción jurídica del concepto a través de las diversas legislaciones y modificaciones históricas y precisar la protección efectiva de la propiedad en Venezuela, en el ámbito jurídico-penal y administrativo.

Un espacio importante para la difusión del nuevo paradigma ha sido el Centro de Estudios de Post-Grado de la Facultad de Ciencia Jurídicas. La

actividad del doctorado ha permitido la presencia de profesores que han interesado a los cursantes en el nuevo tipo de investigación. Lorenzo Zolezzi, Rogelio Pérez Perdomo y Rosa Del Olmo, han introducido la nueva perspectiva. Zolezzi dictó dos seminarios que convocaron exitosamente a muchos cursantes y los acercaron a los aspectos teóricos y práctico de la sociología jurídica. Pérez Perdomo ha desarrollado una actividad persistente y entusiasta en el Doctorado en Derecho. A través de seminarios como "Derecho y Desarrollo", Historia Social del Derecho, "La profesión jurídica en perspectiva comparada", doctrina, ciencia e investigación en el derecho", ha vinculado no sólo a los cursantes del Doctorado de Derecho, sino también a los de Ciencias políticas. Rosa Del Olmo, a través de seminarios dedicados al estudio de las políticas en materia de drogas o al exámenes de la cuestión de los derechos humanos, ha contribuido a generar un análisis más reflexivo del Derecho y del papel social de sus instituciones y regulaciones. En la actualidad, quienes presentamos el presente papel de trabajo, dictamos un curso introductorio de Sociología Jurídica que comprende los siguientes aspectos: objeto de la Sociología Jurídica, control social, cambio social y estratificación social y derecho.

En resumen la breve reseña que hemos hecho pone de manifiesto que desde la década del 70, la Sociología Jurídica ha estado presente en el nivel de Post-Grado, concretamente en los cursos de doctorado, a través de distintos seminarios. No ha sucedido así en los cursos de especialización y maestría. Aquí ha privado la orientación de profundización en áreas específicas de la dogmática jurídica, excluyéndose enfoques que, equivocadamente a nuestro juicio, se consideran distanciados de ese objetivo.

En el marco del doctorado se han producido también interesantes y valiosos trabajos que aplican el enfoque social del derecho. Entre ellos podemos mencionar, "La Democracia venezolana y las drogas: Política del Estado venezolano ante el problema de las drogas entre los años 1.959 y 1.985" de Ligia Sánchez, tutoriado por Rosa Del Olmo, "Dinámica jurídico-social del sistema de asignación y retribución de las potestades parentales" de Miriam San Juan; "La Ley como instrumento político de intereses económicos: Venezuela, legislación bancaria 1.910-1.911" de Ruth Capriles Méndez; y "La reforma de la ley de hidrocarburos de 1.943" de Clemy Machado de Acedo, tutoriados por Rogelio Pérez Perdomo. Este último cuenta con la obra más extensa en el campo de la Sociología Jurídica en Venezuela, resaltando su trabajo sobre "Los abogados en Venezuela" (1.985) y "Justicia y Pobreza" (en colaboración con otros autores), investigación jurídica colectiva sobre el tema de los servicios jurídicos para personas de bajos ingresos, auspiciada por el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas y el Ministerio de Justicia, que incluyó proposiciones de reforma.

Para finalizar no podemos dejar de referirnos a algunos factores limitantes en la expansión del nuevo paradigma. En primer lugar, tenemos que

aludir a la complejidad que caracteriza a las investigaciones en él encuadradas, lo que implica mayores exigencias teóricas y metodológicas, especialmente en razón de la amplitud de su objeto. Ello conduce, si se quiere abordar trabajos ambiciosos con fuentes empíricas importantes, a la necesidad de construir equipos interdisciplinarios, experiencia que entre nosotros parece contar con muy poca práctica, como lo evidencia el hecho de que los propios institutos de investigación no hayan logrado en causarla. Por otra parte, iniciativas de este tipo suponen costos y recursos que para cuyo acceso hay restricciones. Sin embargo, es de destacar los mismos han sido poco solicitados (Pérez Perdomo: 1.983), lo que parece sugerir que no hay suficiente evolución o madurez para emprenderlas.

El otro factor que por ahora le pone techo al desarrollo del enfoque social del derecho, vendría a estar constituido por ciertos límites en el uso o aplicación o conocimiento que produce. Los trabajos conceptuales, en su mayoría tienen un público asegurado, pues sus interpretaciones o teorías son susceptibles de aplicación en el ejercicio profesional. Los trabajos socio-jurídicos tienen una utilidad diferente. Al ubicar al derecho en su contexto social, son potencialmente aplicables por el sector público que interviene en la definición de políticas, aún cuando no hubiesen tenido esta finalidad inmediata. Sin embargo no ha existido mucho interés en promover este tipo de conocimiento, limitación que padece la investigación universitaria en general. Ello no implica que su incidencia haya sido nula. Mucho de los investigadores que hemos citado han sido muchas veces llamados a dar sus opiniones en distintos foros o en organismos públicos. Pero todavía parecen existir barreras que impiden la comunicación. Promover contactos entre investigadores y agencias administrativas que definen políticas o con entes que intervienen su aplicación es un cambio importante para superarlas. Igualmente, tratar de insertar las conclusiones de los trabajos dentro la dimensión formalizada del mundo jurídico. Otra vía estaría asociada al establecimiento de cambios, con grupos y organizaciones sociales intermedias, que requieran para su acción, apoyo en este tipo de práctica investigativa. En todo caso, es importante superar las restricciones, pues una percepción prolongada de esterilidad puede frenar la expansión de un conocimiento que tiene mucho por aportar en el entendimiento y superación de nuestra realidad socio-jurídica.

#### IV BIBLIOGRAFIA

Albornoz, Orlando: *La Sociología en Venezuela*. Editorial Arte. Caracas 1.982.

Caldera, Rafael: "La enseñanza de la sociología en las facultades de derecho". En: *Revista del Ministerio de justicia*. Año V, N° 18 y 19, Caracas 1.956.

Del Olmo, Rosa; "El Tratamiento del delincuente y los tribunales penales venezolanos". En: *Anuario del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Caracas, 1.970-1.972.

Hernández, Tosca: *La ideologización del delito y de la pena*. Imprenta Universitaria. U.C.V. Caracas, 1.977.

\_\_\_\_\_ : *La propiedad: utopía y realidad jurídica* (Mimeografiado). U.C.V. Caracas, 1.979.

Linares, Mirla: *El sistema penitenciario venezolano*. U.C.V., Caracas, 1.981.

\_\_\_\_\_ : *Los fraudes en los alimentos*. U.C.V., Caracas, 1.981.

Machado de Acedo, Clemy: *Caldera y el derecho social, ¿Un nuevo paradigma jurídico?* (Mimeografiado). U.C.V., Caracas, 1.982.

Marín, Enrique: *La negociación colectiva en la función pública*. Editorial Temis, Bogotá, 1.978.

Pérez Perdomo, Rogelio y Nikken, Pedro (en colaboración con Elizabeth Fassano y Marco Vilera): *Derecho y propiedad de la vivienda en los barrios de Caracas*. U.C.V. y F.C.E., Caracas, 1.979.

Pérez Perdomo, Rogelio: "Ensayo de la periodización de la historia social del derecho en Venezuela". En: *Libro homenaje a José Melich Orsini*. Instituto de Derecho Privado. U.C.V., Caracas, 1.983.

\_\_\_\_\_ : *Los abogados en Venezuela*. Monte Avila Editores, Caracas, 1.981.

\_\_\_\_\_ : *Justicia y Pobreza en Venezuela*. Monte Avila Editores, Caracas, 1.985.

Roche, Carmen Luisa: *Sociología Jurídica, Guía y materiales para su estudio por Libre Escolaridad*. Facultad de Ciencias Jurídicas y políticas. U.C.V., 1.985.

San Juan, Miriam: *La obra de Chibly Abouhamad y su ubicación dentro de los paradigmas existentes dentro de la ciencia jurídica venezolana*. Mimeografiado. U.C.V., Caracas, 1.982.

\_\_\_\_\_ : *La democracia venezolana y las drogas: política del Estado venezolano ante el problema de las drogas entre los años 1.959 y 1.958*. tesis doctoral. U.C.V., Caracas, 1988.

Strozzi, Susana: *Palabra y discurso en Julio C. Salas*. Tesis doctoral. U.C.V., Caracas, 1.987.

Van Groningen, Karin: *Desigualdad social y aplicación de la ley penal*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1.980.

Vilera, Marcos: *La propiedad agraria en Venezuela*. Tesis de Maestría. U.C.V., Caracas, 1.985.

Treves, Renato: *Introducción a la Sociología del Derecho*. Editorial Taurus, Madrid, 1.978.

Programas de la Asignatura Sociología del Derecho de la U.C.V., U.C., U.L.A., L.U.Z., U.S.A.M.

## ¿EL DERECHO INTERNACIONAL COMO INSTRUMENTO DE SOLUCION AL PROBLEMA DE LA DEUDA EXTERNA?

*Dr. Jorge Enrique Romero Pérez*

Decano de la Facultad de Derecho  
Catedrático de Derecho Público y Administrativo  
Miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas  
Universidad de Costa Rica

1. Excepción de responsabilidad
2. Responsabilidad del Estado
3. Fideicomiso
4. ...
5. ...
6. ...
7. ...
8. ...
9. ...
10. ...
11. ...
12. ...



La deuda externa del Tercer Mundo, permite a los países del Primer Mundo controlar las posibilidades de desarrollo de los países del tercer Mundo, con vistas a lograr impedir su éxito. Esta deuda se ha transformado en el instrumento decisivo para poder dictar la política económica y de desarrollo de los países endeudados del Tercer Mundo. Si se observa la tendencia de estos "ajustes estructurales" impuestos, se percibe que, obviamente, el condicionamiento central consiste en impedir la entrada de los países subdesarrollados por medio de productos industriales en la división mundial del trabajo.

La deuda externa del Tercer Mundo es un instrumento ideal para lograr este objetivo. Se suprime el desarrollo del Tercer Mundo en nombre de metas que, directa y aparentemente, no tienen nada que ver con él. El objetivo se hace invisible. Lo que es visible es la deuda de estos países, y su obligación de pagarla. No obstante, el resultado es que los países del Tercer Mundo son reducidos a una producción desesperante de materias primas, que suprime su potencial de desarrollo industrial.

Franz J. Hinkelammert

(San José: revista Pasos, No. 30. 1990, p. 4)

— o —

El pan nuestro de cada día, danósele hoy,  
Y, perdónanos nuestras *deudas*, como también  
nosotros perdonamos a nuestros *deudores*.

*Mateo, Cáp. 6, vers. 11 y 12*

## SUMARIO

Explicación

Siglas más usadas

Resumen/abstract

I Introducción

II Derecho internacional y deuda externa

Principios aplicables:

1. Nadie está obligado a lo imposible
2. Excesiva onerosidad sobreviniente
3. Responsabilidad compartida
4. Pacta sunt servanda
5. Rebus sic stantibus
6. Deudas odiosas
7. Acto del Estado
8. La inmunidad de jurisdicción
9. Protección diplomática
10. Doctrina Calvo
11. Doctrina Drago
12. "Derecho internacional privado"

- 13. Jurisdicción del país acreedor
- 14. Comity o cortesía
- III Deuda externa y soluciones políticas
- IV Deuda externa y ajustes estructurales
- V Los años 90: estancamiento y desestabilización política
- VI Deuda e intereses pagados
- VII El nuevo orden económico internacional
- VIII Derechos económicos, sociales y culturales
- IX Convención americana sobre derechos humanos
- X Conclusión
- XI Preguntas de control
- XII Bibliografía de referencia

#### EXPLICACION

Para 1990 las soluciones que se están elaborando en los Centros desarrollados, son de carácter político. Incluso en setiembre de este año, el Presidente Bush habló de una rebaja de la deuda externa para los países deudores de la mitad, con relación a su valor en libros. Claro está que luego los banqueros privados de las metrópolis se encargan de desmentir estos ofrecimientos, porque en la ingeniería de las finanzas internacionales las cosas no son tan fáciles ni simples; a pesar de que en el mercado secundario de la deuda, el valor de esos créditos es en promedio, del 15%, es decir, hay una depreciación del 85%.

Ahora el problema de la deuda lo continuarán los países subdesarrollados bajo la temática de los ajustes estructurales que los mantendrán en manos de los países industrializados.

#### SIGLAS MAS USADAS

- CEDI Centro Ecumenico de Documentação e Informação (Brasil)
- FMI Fondo Monetario Internacional
- CEPAL Comisión Económica para América Latina
- UCR Universidad de Costa Rica
- CFE Fondo de Cultura Económica (México)
- ONU Organización de Naciones Unidas
- OCDE Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (Francia)
- RCJ Revista de Ciencias Jurídicas (Costa Rica)
- IIDH Instituto Interamericano de Derechos Humanos
- CIDH Corte Interamericana de Derechos Humanos
- CFE Fondo de Cultura Económica (México)
- CSUCA Consejo Superior Universitario Centroamericano
- ESC Revista Estudios Sociales Centroamericanos (Costa Rica)
- USIA United States Information Agency
- DEI Departamento Económico de Investigaciones
- BM Banco Mundial

## RESUMEN

En este trabajo se analiza varios principios del Derecho Internacional aplicables al problema de la deuda externa de los países del Tercer Mundo.

Asimismo, se sostiene que en este momento la respuesta a este serio problema tiene que ser política.

## ABSTRACT

In this paper are analyzed various principles of International Law applicable to the problem of the external debt of Third World Countries. Also, it is sustained that in this moment the answer for this serious problem has to be a political answer.

## I INTRODUCCION

Los países deudores durante la década de los años 80 no han podido enfrentar el problema de la deuda. La solución jurídica a este problema político y financiero no ha servido, ya que los centros industriales y bancarios aplican las tesis del derecho anglosajón en detrimento del sistema romanista de origen continental europeo.

En última instancia, el país fuerte impone sus condiciones al país pequeño y del Tercer Mundo. El derecho se aplica cuando los países desarrollados lo permiten. De aquí que la meta a la paz por el derecho sea una expectativa y un deseo humanitario, en medio de la guerra y la pobreza del mundo subdesarrollado que depende de los países con alta tecnología y riqueza.

## II DERECHO INTERNACIONAL Y DEUDA EXTERNA

Son los principios del Derecho Internacional los que regulan los problemas de la deuda externa de los países del Tercer Mundo; debido a que la solución se reconoce debe ser mediante el derecho como instrumento de paz.

*Algunos de esos principios son:*

1. *Nadie está obligado a lo imposible.* Principio tomado del Derecho Romano (ver entre otros Pedro Bonfante. *Instituciones de Derecho Romano*, Madrid, Ed. Reus, 1965).

Este principio significa que nadie está obligado a lo imposible. En su original en latín: *ad impossibilia nemo tenetur*.

Este brocardo, adagio, apotegma o aforismo jurídico se complementa con estos otros: *impossibilitum nulla obligatio est* es nula la obligación de cosas imposibles y *ultra posse nemo obligatur* no obliga lo que excede de lo posible.

Lo que, aplicado a la deuda externa de América Latina significa que los países deudores no tienen capacidad de pago real para enfrentar el enorme monto de la deuda externa.

2. *La excesiva onerosidad sobreviniente.* El hecho de que la deuda externa sea de un monto imposible de pagar para los países deudores, ha significado que se da una excesiva onerosidad (carga muy elevada de la deuda) sobreviniente; es decir, posterior al pacto inicial de la deuda. Ya sea por el incremento artificial de las tasas de interés o por el proteccionismo de los países acreedores en perjuicio de los países deudores, entre otros elementos relevantes. Esas condiciones que alteraron las condiciones iniciales de gestación de los contratos de deuda pública externa de los países deudores, han roto el contrato, sin responsabilidad para los deudores, debido a que son hechos externos a ellos los que han elevado enormemente los costos de los contratos. Así como en el Derecho Administrativo se habla del *Hecho del Príncipe* que rompen contratos por actos del Gobierno o del Estado en perjuicio del contratista particular, debiendo indemnizar el Estado al co-contratante con la Administración Pública (cf. mi libro sobre *Contratos del Estado*, San José, Uned, 1989); así también cuando los Estados más fuertes y acreedores elevan las tasas de intereses en perjuicio de los países deudores, esto exime de responsabilidad a los países débiles en la relación jurídica. Lo anterior se refuerza con el hecho de que los países acreedores establecen barreras aduaneras contra el ingreso de bienes y mercancías de los países deudores, perjudicando sus economías (cf. Kathiana Aguilar y Marcela Matamoros *La excesiva onerosidad sobreviviente de la deuda externa latinoamericana*; San José: Tesis de Grado en Derecho, UCR, 1990).

Así se configura el *hecho del Imperio*. Es decir, son actos del país rico y acreedor en contra del país débil y deudor. Es absolutamente sabido, como hecho público, notorio y expreso que esos actos del Estado fuerte sobre el país deudor es no solo una agresión política y económica contra el país deudor, sino también un hecho o un conjunto de hechos que lesionan la soberanía del país pequeño y deudor, sino también un elemento que encarece artificialmente el contrato de deuda.

Es un *acto o hecho del Imperio*; es decir, un hecho del país acreedor contra el país deudor.

3. *Responsabilidad compartida.* Por el *hecho del Imperio*, el país rico y acreedor, que eleva unilateralmente el monto de la deuda no puede beneficiarse de ese incremento que se hizo a su favor como tampoco de establecer barreras aduaneras en daño directo de los países deudores. Por ello, el cobro de la deuda se torna en ilegal.

No, habría aquí razón jurídica que legitime a ese país acreedor; solo el hecho crudo y desnudo de ser el país más fuerte que impone unilateralmente sus condiciones al país débil y deudor.

Es la razón de la fuerza y no la fuerza de la razón.

Como en la realidad a la nación más fuerte no hay manera de sujetarla a derecho y de ponerla a jugar con las reglas del derecho; queda el recurso de indicar (al menos) una *responsabilidad compartida*, dada la forma alegre e irresponsable en que los *petrodólares* fueron repartidos entre los gobiernos militares y dictatoriales del Tercer Mundo, por las naciones acreedoras y la banca privada internacional.

Como efecto de lo anterior, los deudores y los acreedores deben compartir las consecuencias de la crisis y hacer esfuerzos comunes para resolverla (cf. Gonzalo Biggs *Aspectos legales de la deuda pública latinoamericana: la relación con los bancos comerciales*, Revista de la CEPAL, No. 25, 1984, p. 166).

4. *Pacta sunt servanda.* Este principio viene del Derecho Romano y significa que las obligaciones y contratos deben ser ejecutados y cumplidos de acuerdo a como se negoció en su comienzo.

Este principio no se aplica en obligaciones "odiosas", como es la situación de deudas altamente onerosas que dañan a los países deudores.

5. *Rebus sic stantibus.* Este otro principio del Derecho romano sostiene que las obligaciones y contratos cambian debido a las circunstancias sobrevinientes al momento en que se generó esa obligación o contrato.

Se admite que las circunstancias varían y con ellas los convenios entre los seres humanos y entre las naciones.

Este principio se aplica a la deuda externa, en favor del país menos favorecido y de los países pobres del Tercer Mundo.

Sin embargo, los banqueros privados de los países ricos y acreedores no aceptan esta tesis; principalmente en lo que se refiere a la deuda de los Gobiernos con esa banca.

6. *Deudas odiosas.* Obviamente, la deuda externa de los países pobres y deudores son odiosas ya que están hechas a favor de la banca privada internacional (intereses particulares y privados) frente a los intereses

públicos, comunes y de las colectividades de las naciones del mundo subdesarrollado.

Esas deudas han significado un incremento de la pobreza y de la miseria de las naciones deudoras (cf. informes de la OMS, CEPAL, ONU, UNICEF, etc.), (ver Luis Díaz Muller, *Es ilegal la deuda externa ante el Derecho Internacional*, Revista Nueva Sociedad, No. 101, Caracas, 1989, pp. 49 a 54).

7. *Acto del Estado*. Los actos del Estado deben ser respetados por los demás estados; así se respeta la soberanía de las naciones.

No deben reconocerse procesos judiciales en contra de Estados extranjeros.

Este principio no ha sido respetado por los países desarrollados y fuertes cuando se trata de enjuiciar a países del Tercer Mundo.

8. *La inmunidad de jurisdicción*. Es el reconocimiento de la personalidad internacional del Estado implica el reconocimiento, la igualdad, dignidad, independencia y suprenmacia territorial del Estado, como parte del fenómeno de la soberanía.

Así se entiende que los actos del Estado comprometiéndose con la deuda externa son actos de soberanía, lo cual le da *inmunidad de jurisdicción* (cf. Biggs, cit., p. 179).

9. *Protección diplomática*. Frente a las tesis, por ejemplo, de *Acto del Estado, o de la inmunidad de jurisdicción*, los países desarrollados han expresado el principio de la *protección diplomática*.

Por este principio se indica que un país puede intervenir en otro cuando un ciudadano del país interventor se considera dañado por el país intervenido.

Esto sucede cuando el país que interviene es más fuerte económica, política y militarmente que el país intervenido. Incluso el país fuerte reclama indemnizaciones en perjuicio del país deudor y débil.

Esta tesis la elaboró Emmerich von Vattel (1714-1767) en su obra *El tratado de gentes* (publicada en 1758).

10. *Doctrina Calvo*. Carlos Calvo, argentino (1824-1906) escribió *Derecho Internacional Teórico y Práctico de Europa y América* (1863). Desde 1896 planteó que el Estado no tiene responsabilidad por los daños sufridos por extranjeros como efecto de conmociones internas o guerras civiles. El Estado debe someter a la jurisdicción interna la reclamación de extranjeros; y, se debe agotar la jurisdicción nacional antes de invocar la protección de sus Gobiernos.

Este principio o doctrina Calvo, fue acogida por la Primera Conferencia Internacional Americana, celebrada en Washington en 1889-1890; y, en la Segunda, que se realizó en México en 1902.

Calvo defendió el punto de vista de que las relaciones entre particulares no se pueden asimilar a las que se desarrollan entre Estados soberanos (cf. Biggs, *idem.*, p. 164).

11. *Doctrina Drago*. Luis María Drago (1859-1921; Ministro de Relaciones Exteriores de Argentina) expuso en 1902 su tesis sobre la soberanía de los Estados y el respeto a los mismos; no pudiéndose usar la fuerza contra estos Estados soberanos para hacerles cumplir obligaciones entre tales Estados y particulares de otro Estado.

12. "*Derecho internacional privado*". Tesis defendida por abogados de la banca privada internacional, por la cual argumentan que la deuda de los países deudores debe ser tramitada, cobrada y ejecutada por los jueces, tribunales, leyes y jurisdicción de las naciones acreedoras; aplicándose así los principios del Derecho internacional privado, asimilando al Estado del país deudor como si fuera un particular y no una nación soberana.

13. *Jurisdicción del país acreedor*. Por esta tesis, que es la usual y mayoritaria en los contratos de deuda externa, la jurisdicción (en su sentido amplio) del país acreedor y en su idioma.

Es el reconocimiento de que los países del Tercer Mundo están en manos de las naciones acreedoras.

14. *Comity o cortesía*. Este principio sostiene que el país deudor y el acreedor respetan recíprocamente sus jurisdicciones y su soberanía para dirimir conflictos. En la práctica, para los efectos de la deuda externa, este principio no se aplica.

### III DEUDA EXTERNA Y SOLUCIONES POLITICAS

Para esta década de los años 90, se están esbozando respuestas políticas al problema de la deuda externa. Como respuestas financieras o tecnocráticas, el plan Baker y el Plan Brady no dieron los resultados esperados, pero pusieron sobre el tapete la tesis de la solución política, reforzada por posición política del Presidente Bush sobre rebajar la deuda en un 50% (setiembre de 1990), dado que en el mercado secundario de la deuda externa, ya su valor real muestra un descenso del 85%, en promedio del valor fácil, contable o en libros de esa deuda.

Sin embargo, los banqueros privados no aceptan esas tesis de rebajas sustanciales de la deuda; y, menos, en lo que se trata de la deuda de las naciones del Tercer Mundo.

De tal modo que las soluciones políticas tardarán bastante en ser aplicadas (cf. Jacqueline Roddick, *El negocio de la deuda externa*, Bogotá: Ancora, 1990, p. 247).

### IV DEUDA EXTERNA Y AJUSTES ESTRUCTURALES

A propósito del tema de la deuda, los organismos internacionales han impuesto a los países débiles y pobres los llamados programas de ajuste estructural (PAE) o SAL (*Structural adjustment loan*), para garantizarles a los países acreedores que las naciones del Tercer Mundo seguirán dependiendo de los centros industriales del Mundo, sin soberanía ni futuro. De ahí las definiciones que se dan de ese ajuste como cambios en la estructura económica volcados, estén orientadas hacia la dependencia externa. Y, con un altísimo costo social y político para los pueblos subdesarrollados.

En esa fortalecida dependencia externa, la fuga de capitales de las clases altas de las naciones subdesarrolladas es similar al monto de la deuda externa de sus países; pero la utópica repatriación de capitales, no será efectiva, pues no es rentable invertir en países quebrados económica y socialmente (cf. Morris Miller *No basta enfrentarse a la deuda*, México, CFE, 1989, pp. 74 y 154).

El subdesarrollo de la América Latina se ha aumentado con la desestabilización del sistema monetario internacional durante la década de los años 70, la crisis petrolera y la recesión de los 70 y 80. Todo ello es parte visible del iceberg de problemas que enfrentan nuestros pueblos (cf. Bernardo Lictaer *¿Es una oportunidad la deuda?*, México, CFE, 1989, p. 90).

A estas alturas la tesis de la *condicionalidad cruzada* (a cambio de la renegociación) se ha ampliado a los paquetes de condiciones que representan los PAE (programas de ajuste estructural). De ahí que se dice que la *condicionalidad cruzada* ha sido dejada de lado; pero, es falso, los ajustes estructurales en favor de las economías del Centro (Prebisch) representan las ataduras de las naciones empobrecidas del mundo.

Tanto México, Costa Rica como Filipinas han renegociado por separado sus deudas externas (caso por caso, aislados, como le sirve a los acreedores). Pero, los resultados reales de esas renegociaciones han fortalecido la dependencia de estas naciones respecto de los organismos financieros internacionales como de los países desarrollados.

De hecho, la deuda del sector público permanece intacta, mientras que la deuda externa del sector privado ha desaparecido (en favor de los empresarios) porque la absorbió el Estado y ahora es otra deuda más para el Gobierno.

### V. LOS AÑOS 90: ESTANCAMIENTO Y DESESTABILIZACION POLITICA

Para los países deudores, sus economías han quedado destrozadas en la década de los años 80. Así, el futuro, en términos reales, hace ver una década empobrecida y sin esperanzas de reactivar la economía, como dicen los eufemistas. Esta década será para la América Latina de mayor pobreza y de una fuente permanente de desestabilización política y social. De ahí que la pregunta *¿los años noventa: desarrollo con equidad?* (San José: Flacso, CEPAL Adolfo Gurrieri et al, 1990) sea impropio y despistadora de la realidad.

### VI DEUDA E INTERESES PAGADOS

Lo más dramático para América Latina es que tanto en fuga de capitales como en pago del servicio de la deuda externa, América Latina ya sobrepasó el monto nominal de esos créditos. Así estos países se han comportado como exportadores netos de capital; configurándose así una ironía cruel de naciones subdesarrolladas exportando capital a los países desarrollados.

Esta es parte de esa historia del subdesarrollo de estas naciones que en forma similar a los tiempos de la conquista (hace 500 años) soportó la fuga de oro y plata (ahora dólares) hacia las metrópolis.

## VII EL NUEVO ORDEN ECONOMICO INTERNACIONAL

Desde hace varias décadas se insiste en el nuevo orden económico internacional, pero no se ha hecho nada importante para que ese nuevo orden sea una realidad.

Ese nuevo orden estaría fundado en relaciones de paz, justicia y progreso entre las naciones; en las cuales las relaciones imperialistas y neoimperialistas (como fenómeno de dominación de naciones fuertes sobre las débiles) era parte del pasado. Sin embargo, esto quedó en pura letra muerta. Esperar que las naciones poderosas del Globo le den un trato humanitario y generoso a los pueblos débiles de la Tierra es una utopía.

El *Derecho al desarrollo* considerado como el conjunto de normas destinadas a regular la consecución del objetivo fundamental de superación del atraso de las naciones subdesarrolladas ha quedado como un pío deseo (cf. Luis Díaz Muller *El derecho al desarrollo y los derechos humanos*, Revista del IIDH, No. 4, 1986, pp. 5 y 6).

Al el nuevo orden económico internacional ha significado para los países subdesarrollados una relación de subordinación y de control mayor desde las metrópolis. La pobreza, el desempleo, las muertes curables y las condiciones generales de miseria se han incrementado para estos pueblos.

En este sentido el nuevo orden económico internacional gestado en la década de los 70 (1 de mayo de 1974); (cf. Juan Carrillo Salcedo, *Textos básicos de Naciones Unidas*, Madrid, Tecnos, 1982, pp. 245 a 249), con su declaración de la soberanía de los pueblos y de los Estados, ha quedado en el papel ante la crisis de la deuda externa y del aumento del subdesarrollo para los países del Tercer Mundo.

Fue Gunnar Myrdal (economista sueco, nacido en 1898) quien manifestó en 1975 al recibir el Premio Nobel de Economía que la pobreza de los países que se llaman ahora "subdesarrollados" ha sido aceptado como problema mundial. Fue reconocer que la pobreza existía en el Mundo. Agregando que la verdad es que sin muy radicales cambios en los patrones de consumo de los países ricos, toda palabra piadosa acerca de un nuevo orden económico internacional es un engaño (cf. en *Justicia económica internacional*, México, CFE, 1976, pp. 208 a 230).

¡Interesante no! Hasta 1975 se reconoce el problema de la pobreza como relevante y como un aspecto del subdesarrollo digno de ser tomado en cuenta a nivel mundial.

De ahí la declaratoria del utópico nuevo orden económico internacional en 1974 por las Naciones Unidas.

## VIII DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

El artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de diciembre de 1948 estableció:

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene, asimismo, derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

Este mandato humanitario y jurídico es un espejismo para los pueblos subdesarrollados y para amplios sectores marginados de los países desarrollados (cf. Alejandro Etienne Llano, *Protección de la persona humana en el derecho internacional*, México: Trillas, 1987).

No debe olvidarse, aunque los militares de América Latina les gusta ese olvido, que las normas en materia de derechos humanos son *cogens* (obligatorias) (cf. Luis Díaz Muller, *América Latina. Relaciones internacionales y derechos humanos*, México, CFE, 1986, p. 178).

Fue como antecedente de esa toma de conciencia mundial, la declaratoria que hizo las Naciones Unidas del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales el 16 de diciembre de 1966, en donde quedó establecido que todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación y a la protección de los derechos en esas áreas citadas tanto de los nacionales como de los extranjeros radicados en cada país.

La entrada en vigor de este Pacto fue el 3 de enero de 1976.

## IX CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

(aprobada en la Conferencia de los Estados Americanos de San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969).

Esta Convención sobre derechos humanos es considerada por parte de la clase alta de América Latina como una mera declaración sin eficacia legal

alguna. Sin embargo, es *ius cogens*, (obligatorias, vinculantes) y la pelea por la aplicación del derecho de los derechos humanos debe y tiene que ser una tarea de primer orden para los latinoamericanos.

Esta Convención refuerza la corriente de Convenios, Tratados y Pactos en materia de derechos humanos.

Debido al empobrecimiento provocado por la crisis económica de los años 80, se ha dado una violación abierta contra los derechos humanos en materias como salud, educación, vivienda, servicios públicos, etc., lo cual constituye una seria amenaza para el Estado de Derecho y para el sistema democrático.

Las medidas económicas tomadas por los centros financieros y los países acreedores (alza arbitraria de las tasas de intereses, establecimiento de intereses fluctuantes y compuestos, barreras proteccionistas, etc.), han jugado como herramientas para provocar miseria en las naciones subdesarrolladas; teniendo a los organismos financieros internacionales como instrumentos de presión de la política internacional de las naciones desarrolladas.

Así la administración de los pueblos del Tercer Mundo se hace desde afuera y por cuenta y riesgo de los habitantes del mundo subdesarrollado. De este modo la violación abierta de los derechos humanos y de las convenciones y pactos sobre esta materia, está a cargo de los centros financieros y de los países altamente desarrollados. Las clases altas de nuestros países son meras correas de transmisión de los engranajes establecidos en los Centros metropolitanos, a las cuales se les paga su comisión y su intervención en favor de las medidas adoptadas desde esos Centros. De esta manera se comportan como socios minoritarios de esa gran empresa internacional que es el control del Tercer Mundo a cargo del mundo desarrollado.

## X CONCLUSION

- 1- En estos momentos no se ha encontrado una solución satisfactoria para el problema de la deuda externa; a pesar de que el camino de la senda política se está trabajando.
- 2- Ya el problema de la deuda está siendo rebasado por la aplicación de los programas de ajuste estructural (PAE) elaborados bajo el pretexto del peso de la deuda sobre los países deudores; pero, ejecutados y programados por las naciones ricas como mecanismos de supeditación y de subordinación de las naciones subdesarrolladas a los centros indus-

triales, tecnológicos y financieros. No es nada nuevo el fenómeno; pero, si son novedosas las formas y los mecanismos de dominación internacional (cf. Jesús Sequeira y Jorge Porras. *La deuda externa pública. Un enfoque político*. San José: Tesis de Grado en Ciencias Políticas, UCR, 1989).

- 3- Los países deudores han perdido su soberanía frente al bloque acreedor. Así la subordinación del Tercer Mundo a los centros industrializados se ha fortalecido.
- 4- El peso del pago de la deuda externa y las imposiciones de todo orden que han significado los programas de ajuste estructural, se han convertido en instrumentos eficaces para violar los derechos humanos en los países del Tercer Mundo al incrementarse las enfermedades, el desempleo, el hambre, la ausencia de vivienda, etc.
- 5- Al bloque acreedor no le ha importado el costo social para los deudores del peso de la deuda.
- 6- En términos reales y efectivos no ha existido una rebaja de la deuda pública externa para los países deudores, solo se ha tratado de manifestaciones retóricas, sin el respaldo de los hechos.
- 7- Con la ejecución de los programas de ajuste estructural, se destruye la economía de los países del Tercer Mundo y se le distorsiona hacia las exportaciones que el bloque acreedor aprueba. Asimismo, la política de puerta abierta a las inversiones extranjeras, coloca a los pueblos deudores en una situación de exposición total al capital extranjero guiado por los beneficios propios, en perjuicio del Tercer Mundo (capital extractivo).
- 8- Para la América Latina, la década de los 70 significó incorporación de capital extranjero, la década de los años 80 ha implicado exportación de capital de América Latina al exterior (sangría de capital).
- 9- Los ajustes estructurales para los países del Tercer Mundo han significado (e implican) imponer prioridades a los países deudores en su estructura económica para garantizar los pagos de la deuda al bloque acreedor.
- 10- A pesar de que en el mercado secundario de la deuda, ésta se ha desvalorizado en (al menos) un 86% respecto de su valor contable o en li-



- bros; el bloque acreedor sigue imponiendo sus políticas para el pago y la subordinación del Tercer Mundo a ese bloque y a sus respectivos países subdesarrollados.
- 11- A principios de este año de 1990 (22 de enero) el *Wall Street Journal* dijo que "la estrategia Brady descansa en paz", ya que (entre otras cosas) trató de combinar dos aspectos contradictorios: a) disminuir la deuda; y, b) mantener los préstamos para los deudores.
- 12- Así, en la dimensión política se habla de la rebaja de la deuda; pero, los banqueros del bloque acreedor insisten en el pago y en las condiciones financieras establecidas.
- 13- Un sencillo cronograma del problema de la deuda podría ser el siguiente:
- 1981 Costa Rica declara moratoria (Administración Carazo).
- 1982 México declara moratoria en el pago de la deuda. Se inicia el problema de la deuda externa. Se da una honda preocupación en el bloque acreedor; pero, consideran que es un problema pasajero. Se considera el problema como económico, bancario y financiero.
- 1982 a 1985 Se establecen mecanismos entre el bloque acreedor y los países deudores estrictamente bancarios y financieros.
- 1985 *Julio*: se celebra la reunión en La Habana sobre el problema de la deuda externa. Se parte de la tesis política de que la deuda es impagable.  
*Octubre*: se anuncia el Plan de James Baker III; que es la tesis política de los Estados Unidos. Por primera vez, se reconoce internacionalmente que la deuda externa es prioritariamente un problema político.
- 1985 a 1989 Se establecen mecanismos financieros de *condicionalidad cruzada*, entre otros, para enfrentar el problema de la deuda externa del Tercer Mundo. El bloque acreedor no apoya el Plan Baker, éste fracasa. El programa estructural (PAE o SAL) continúa aplicándose desde 1983. El costo social del PAE es sumamente profundo y contribuye al estancamiento de los países deudores.

- 1989 *Febrero*: crisis política en Venezuela. Gran cantidad de muertos y de heridos. Se declara (de facto) levantamiento de las garantías constitucionales.  
*Marzo*: en respuesta a esa crisis, Estados Unidos, por medio de Nicholas Brady propone un nuevo plan para la deuda.
- 1990 El bloque acreedor hace naufragar el Plan Brady. De 1983 a 1990 se ponen en acción el PAE I y II.  
En este año se empieza a establecer el PAE III destinado (entre otras cosas) a *privatizar* el Estado (traslado de bienes estatales a la empresa privada) y a reducir el tamaño del aparato estatal. De esta manera se debilita el Estado y se fortalece la empresa local y extranjera.
- 14- Aún bajo el supuesto que considere que el problema de la deuda externa es cero, la reestructuración de la economía de los países del Tercer Mundo implica una gigantesca tarea que permita reiniciar un crecimiento sostenido que permita cierto grado de desarrollo económico y social. A su vez tendrían que hacerse verdaderas reformas estructurales que se conviertan en reformas agrarias, de distribución del poder económico y político y que incorporen a las mayorías desheredadas al proceso de crecimiento en lo social y en lo económico. Obviamente, las oligarquías y grupos dominantes en estos países deudores o del Tercer Mundo se opondrán a esta clase de cambios estructurales.
- 15- Los políticos del bloque acreedor hablan de rebajas en los montos de las deudas externas de los países del Tercer Mundo; sin embargo ello es falso ya que los banqueros y los financistas de ese bloque acreedor no proceden a rebajar nada. Por ello, para este año de 1990 y el próximo las políticas tenderán a imponer al PAE III (por ejemplo: reforma del Estado) y a fortalecer la dependencia de los países deudores respecto del bloque acreedor.
- 16- El FMI y el BM establecen políticas de ajuste apegadas al enfoque monetario de la balanza de pagos y la tesis de reformas estructurales del lado de la oferta (Gerardo Timossi *Deuda externa y ajuste estructural, notas preliminares de la experiencia centroamericana en los 80*. Guatemala: ponencias al VIII Congreso Centroamericano de Sociología, publicado en 1989, p. 796).
- 17- Este "ajuste estructural" va orientado a:
- i liberalización del comercio y la inversión extranjera

- ii bajar e igualar los niveles de protección efectiva
- iii reducir el papel o rol del Estado
- iv aliento a la libre circulación de capitales (Timossi, *idem*).

*Lo que agravó en los 80 el problema de la deuda fue:*

- i Alza desmedida en los precios de petróleo,
  - ii alza grave en las tasas de interés, en perjuicio de las deudas de los países del Tercer Mundo, que pactaron sus obligaciones con tasas de interés flotantes.
  - iii disminución en los precios internacionales de los productos tradicionales de los países deudores.
- 18- Durante este lapso de crisis de la deuda, la banca privada internacional no ha otorgado préstamos a los países deudores.
- 19- En lo que a América Central se refiere, para 1987, el peso de la deuda significó el 40% de las exportaciones totales (Timossi, *ibidem*).
- 20- La deuda externa no es solo un problema económico, sino que también lo es social y político. Los conflictos sociales, militares y políticos que provoca terminan por conformar un clima de alto riesgo e inestabilidad (cf. Pedro Vuskovic y René Escoto *Pequeños países periféricos en América Latina*. Caracas Nueva Sociedad *Cries*, Coordinadora Regional de Investigaciones Económicas y Sociales, Nicaragua, 1990).

#### XI PREGUNTAS DE CONTROL

- 1- ¿Cuál es el aporte del Derecho romano a la respuesta al problema de la deuda externa?
- 2- El Derecho Internacional Público, de *orientación romanista* ha sido atendido por los países acreedores en la temática de la deuda externa?
- 3- ¿Por qué razones o motivos los países acreedores esgrimen el *Common Law* como su instrumento legal para dar respuestas a la deuda externa de los países del Tercer Mundo?
- 4- ¿La *equity* del derecho anglosajón es idéntica, como herramienta jurídica de solución de problemas sociales, que la *equidad* de inspiración romanista?

- 5- ¿La función del *pretor peregrinus*, en el Imperio Romano, es similar a la que ejerce el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, en la actualidad?
- 6- ¿Qué factores han impedido que en la realidad exista un “nuevo orden económico internacional”?
- 7- En la realidad, los derechos humanos de los países del Tercer Mundo, ¿cómo son violadas (en su relación con el peso de la deuda externa)?
- 8- ¿Por qué razones los derechos económicos, sociales y culturales siguen en el papel sin trascendencia en la realidad de las sociedades del Tercer Mundo?
- 9- ¿Por qué razones la década de los 90 será de estancamiento y pobreza para los pueblos del mundo subdesarrollado?
- 10- ¿Por qué razones el régimen legal de los países del Tercer Mundo cede ante la estructura jurídica de los países acreedores?

#### XII BIBLIOGRAFIA DE REFERENCIA

- AGUILAR, Renato *et al.*, *La capacidad de pago de la deuda externa. Un estudio empírico sobre Argentina y el Uruguay*. (México: El Trimestre Económico No. 218, abril-junio de 1988).
- AGUILAR, Kathiana y MATAMOROS, Marcela. *La excesiva onerosidad sobreviviente de la deuda externa latinoamericana* (San José: Facultad de Derecho U.C.R. Tesis de grado, 1990).
- ANGARITA, Pablo. *Deuda externa: soberanía violada* (Medellín: Instituto de capacitación popular, 1989).
- ALIETAR, Bernardo. *¿Es una oportunidad la deuda?* México: CFE, 1987).
- ALVA CASTRO, Luis. *La deuda del Tercer Mundo. Nada a cambio de nuestros sacrificios* (Caracas: revista Nueva Sociedad No. 103, 1989).
- ANDERE, Eduardo *et al.* *Deuda externa y banca comercial acreedora estadounidense* (México: Instituto mexicano de ejecutivos y de finanzas, 1989).

- ALVAREZ, Alejandro et al. *Pagar o crecer* (México: Ed. Era. Cuadernos políticos No. 47, 1986).
- ANTONIO, Jorge et al (Eds). *Foreign debt and Latin American Economic Development* (New York: Pergamon Press, 1985).
- AVENDAÑO, Roberto. *Conversión de la deuda externa por naturaleza* (San José: inédito, 1989).
- ASCHENTRUPP, Hermann. *La dimensión política de la crisis y la renegociación de la deuda externa mexicana* (México: CIDE, 1985).
- BASUALDO, Eduardo. *Deuda externa y poder económico en la Argentina* (Buenos Aires: Ed. Nueva América, 1987).
- BECK, Dale. *Derecho privado y deuda externa* (México: UNAM, Boletín de derecho comparado No. 58, 1987).
- BERG, Onabew y SACHS, Jeffrey. *La crisis de la deuda: explicaciones estructurales de desempeño de los países*. (México: CFE. El Trimestre Económico. No. especial, julio 1989).
- BIGGS, Gonzalo. *Aspectos legales de la deuda pública latinoamericana: la relación con los bancos comerciales* (Santiago: Revista de la CEPAL, No. 25, 1984).
- BONNIN, Eduardo. *El documento de justicia y paz sobre la deuda externa* (San José: DEI, Pasos, No. 11. 1987).
- BOUCHET, Michel. *La deuda de las naciones y la pregunta de los \$1.300.000 millones* (Bogotá: Federación latinoamericana de bancos, 1989).
- BUSTELO, Eduardo (comp.). *Políticas de ajuste y grupos más vulnerables en América Latina* (México: CFE, Unicef, 1987).
- CAMBRONERO, Alfredo et al. *El financiamiento externo en Costa Rica. Estudio de aspectos relacionados con la capacidad de endeudamiento y la incidencia económica de la deuda* (San José: Tesis en Ciencias Económicas. No. 8463, UCR, 1985).

- CALDERON, Fernando; DOS SANTOS, Mari. *Hacia un nuevo orden estatal en América Latina* (San José: CSUCA. Revista ESC No. 53. 1990).
- CHARPENTIER, Silvia. *Costa Rica y la deuda externa* (Caracas: ed. Nueva Sociedad en: Costa Rica y el sistema internacional, 1990).
- CORTES, Roberto. *Finanzas y deuda pública en la organización nacional argentina* (Buenos Aires: revista Investigación y ensayos, No. 37, 1988).
- CABIESES, Hugo (ed.). *Crisis de la Deuda* (Lima: Centro de asesoría laboral, 1989).
- CABALLEROS, Rómulo. *Centroamérica: perspectivas económicas de largo plazo* (México: revista Comercial Exterior, Julio 1990).
- CACERES, Luis. *Ahorro, inversión, deuda externa y catástrofe* (México: revista Trimestre Económico, CFE, julio-setiembre, 1985).
- CALDERON, Fernando y DOS SANTOS, Mario. *Hacia un nuevo orden estatal en América Latina* (San José: CSUCA, revista Estudios Sociales Centroamericanos, ESC, No. 53. 1990).
- CESPEDES, Víctor Hugo et al. *Costa Rica frente a la crisis: políticas y resultados* (San José: Academia de Centroamérica, 1990).
- CEPAS. *¿Del gradualismo al "shock"?* (San José: CEPAS, No. 35. Abril-mayo. 1990).
- DE CASTRO, Benito. *El reconocimiento de los derechos humanos* (Madrid: Tecnos, 1982).
- DE PEÑA, Marcelo. *La deuda externa brasileña 1824-1943* (México: CFE. El Trimestre Económico No. 221. Enero-marzo 1989).
- DE SEBASTIAN, Luis. *La deuda externa de América Latina y la banca internacional* (San Salvador: UCA, 1987).
- DIAZ MULLER, Luis. *Es ilegal la deuda externa ante el Derecho internacional* (Caracas: revista Nueva Sociedad, No. 101, 1989).

- DORNBUSCH, Rudiger. *México: estabilización, deuda y crecimiento* (México: CFE El Trimestre Económico No. 221, 1989).
- DUSSEL, Enrique. *Deuda externa e innovaciones financieras* (México: Ed. Era, Cuadernos políticos, No. 53, 1988).
- Fondo Monetario Internacional (FMI). *Publicaciones varias: Staff Papers; Working Papers; Boletines; Finanzas y Desarrollo, 1989-1990*.
- FIGUEREDO, Reinaldo. *¿La deuda externa: un problema sin fin?* (Caracas: revista Nueva Sociedad, No. 94, 1988).
- FRIED, Edward y TREZISE, Pailip. *La deuda del Tercer Mundo: comienza la tercera fase* (Washington D.C.: USIA, revista Perspectivas Económicas, No. 70, 1990).
- FOXLEY, Alejandro. *Experimentos neoliberales en América latina* (México: CFE 1988).
- GALAN, Luis et al. *Deuda externa y reforma del sistema monetario internacional* (Bogotá: Pro-democracia, 1986).
- GAMBOA, U., Luis. *La deuda externa latinoamericana* (San José: UCR, Estudios No. 8, 1989).
- GARAY, Luis. *La iniciativa Brady en la evolución de la crisis de la deuda* (Bogotá: Creset-Fescol, 1989).
- GAVIRIA, César. *Deuda pública latinoamericana* (Bogotá: Contraloría General de la República, 1984).
- GAVITO, Javier et al. *Deuda externa y crecimiento económico: México* (México: Instituto mexicano de ejecutivos de finanzas, 1990).
- GREEN, Raul; LAURENT, Catherine. *El poder de Bunge & Born* (Buenos Aires: Legasa, 1989).
- GUERRA BORGES, Alfredo. *Desarrollo e integración* (UNAM-México, 1988).
- HABA, Enrique P. *Tratado básico de derechos humanos* (San José: Iuricentro, 1986, 2 tomos).

- HINKELAMMERT, Franz et al. *La deuda externa de América Latina* (Bogotá: revista Controversia, No. 143-144, 1988). *Enfoque teológico de la deuda externa* (San José: DEI, revista Pasos No. 17, 1988).
- HUSAN, Ishrat. *Experiencias recientes con la estrategia de la deuda* (Washington D.C.: BM-FMI, setiembre de 1989).
- JAGUARIBE, Elio et al. *Homenaje a Raúl Prebisch* (México: CIDE, 1989).
- JIMENEZ SANDOVAL, Humberto. *La deuda pública externa: teoría y práctica* (San José: revista Banca, bolsa y seguros, Nos. 1 y 2, 1990).
- JIMENEZ, Ronulfo y CESPEDES, Víctor Hugo. *Costa Rica: ajuste estructural y situación social* (San José: actualidad económica, abril, 1990. Cámara de Comercio de Costa Rica).
- JOVANE, Juan. *Deuda externa: contradicciones y políticas alternativas* (Panamá: revista Tareas, No. 68, 1988).
- IRVIN, George et al. *Centroamérica: el futuro de la integración económica* (San José: Dei-Cries, 1990).
- KUCZYNSKI, Pedro-Pablo. *El mercado evolutivo de la deuda externa del Tercer Mundo* (Washington D.C.: USIA, Perspectivas Económicas No. 61, 1987).
- LIETAER, Bernardo. *¿Es una oportunidad la deuda?* (México: CFE, 1987).
- LIZANO, Eduardo. *Desde el Banco Central* (San José: Academia de Centroamérica, 1987).
- LOCKMANN, Paulo et al. *Perdónanos nuestras deudas* (San José: Revista de interpretación bíblica latinoamericana, Pasos Nos. 5 y 6, 1990).
- LOPEZ DE LA ROCHE, Carmen. *Crisis fiscal e industrialización en el subdesarrollo latinoamericano* (Valencia, Venezuela: Ed. Vadell, 1988).
- LOPEZ, J. R. *El ajuste estructural de Centroamérica* (San José: Curso Centroamericano Ciencias Sociales, No. 26, 1989).
- MAGDOFF, Harry. *Imperialism: from the colonial age to the present* (New York: Monthly Review Press, 1978).

- MILLER, Morris. *¡No basta enfrentarse a la deuda!* (México: CFE, 1989).
- MIDIPLAN *El ajuste estructural en marcha* (San José: MIDIPLAN, setiembre de 1988). *El deterioro socioeconómico del año 1989* (San José: MIDIPLAN, julio de 1990).
- MUNDELL, Robert. *Perspectivas de la deuda y el ajuste* (Washington D.C.: USIA, Perspectivas Económicas, No. 68, 1989).
- NAVARRETTE, Jorge. *Enfoques latinoamericanos sobre el manejo de la deuda externa* (México D.F.: Instituto Matías Romero de estudios diplomáticos, Revista mexicana de política exterior, No. 22, 1989).
- OCAMPO, José, et al. *Colombia y la deuda externa* (Bogotá: Ed. Tercer Mundo, 1989).
- OCDE. *Financing and external debt of Developing countries* (París: OCDE, 1987).
- ONU. *Trade and development report. Debt and Development*. 1988.
- ONU. *La crisis de la deuda y el desarrollo*. Informe Secretaría General, 1988.
- OROZCO, Miguel. *Deuda y coyuntura* (México D.F.: revista El Cotidiano, No. 29, 1989, Universidad Autónoma Metropolitana).
- PACHECO, Máximo. *Los derechos humanos: documentos básicos* (Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1987).
- PAINTER, James et al. *Los traficantes de la pobreza: FMI y América Latina* (Bogotá: Ancora, 1987).
- PANIZZA, Roberto. *Monetarismo* (Barcelona: OIKOS-TAU, 1988).
- PASTOR, Robert (ed.). *Latin America's adjusting to the past or planning for the future?* (London: Lynne Rienner Publishers, 1987).
- PIZA R., Rodolfo; TREJOS, Gerardo. *Derecho internacional de los derechos humanos: la Convención Americana* (San José: Ed. Juricentro, 1989).
- REVEIZ, Edgar. *Deuda externa latinoamericana y proceso de ajuste* (Bogotá: Universidad de los Andes, 1985).

- REUBEN, Sergio. *Ajuste estructural en Costa Rica* (San José: Porvenir, 1988).
- RIEZNICK, Pablo. *Endeudamiento externo y crisis mundial* (Buenos Aires: Clacso, 1986).
- RIVERA U., Eugenio. *Implicaciones estratégicas de la deuda latinoamericana: el caso de Centro América* (San José: DEI, Pasos, No. 2. 1985).
- ROCCA, Fri et al. *A quién sirven las privatizaciones* (Montevideo: Ed. Tupac Amaru. 1989).
- RODOICK, Jacqueline. *El negocio de la deuda externa* (Bogotá: Ancora, 1990).
- ROJAS, Manuel. *Ajuste estructural y desajuste social* (San José: Cepas, 1990).
- RODRIGUEZ, Jaime et al. *Pasado y presente de la deuda externa de México* (México: Ed. El día, 1988).
- RODRIGUEZ, Ennio. *A path in the maze: Costa Rica cross-conditionality and development* (San José: preliminary draft. 1989).
- ROMERO PEREZ, Jorge Enrique. *Derecho y clases medias* (San José: Ministerio de Cultura Juventud y Deportes, 1985); *Algunas notas sobre los diversos enfoques acerca de la crisis* (Costa Rica) (San José: Revista de Ciencias Jurídicas No. 46, 1982); *¿La deuda externa... o eterna?* (San José: La Nación, 24-XII-87, p. 16-A); *El aporte de la CEPAL y las perspectivas del Estado costarricense* (San José: Revista Judicial No. 22, 1982); *Derecho Administrativo y Estado Costarricense* (San José: UCR, 1984); *La deuda externa: otra cara de la crisis* (San José: RCJ No. 59, 1988); *Coyuntura y proyecto nacional* (San José, inédito, 1988); *Estado social y democrático de derecho ante la crisis* (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 60, 1968); *Derecho y deuda externa* (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 62, 1989); *Deuda externa y derechos humanos* (San José: inédito, 1989). *Los supuestos del neoliberalismo económico y la deuda externa* (ensayo de derecho económico internacional) (San José: RCJ, No. 66, 1990).

- RUIZ, Clemente et al. *Crisis financiera y mecanismos de contención* (México: CFE, -UNAM, 1990).
- SILVA, Julio. *Deuda externa: crisis y confrontación* (Bogotá: Alborada, 1988).
- SARMIENTO, Eduardo. *El endeudamiento externo en economías fluctuantes y segmentadas* (Bogotá: Fedesarrollo, 1985).
- SAVAS, E.S. *Privatización: la clave de un gobierno mejor* (México: Ed. Gernika, 1989).
- SACHS, Jeffrey. *¿Cómo hacer que el Plan Brady funcione?* (San José: revista Incae, segundo semestre, 1989). Nuevos enfoques para la crisis de la deuda latinoamericana (México: Trimestre Económico, No. 221, 1989, CFE).
- SALINAS Carlos et al. *Cambio estructural en México en el mundo* (México: CFE. 1987. *Nuevos enfoques para la crisis de la deuda latinoamericana* (México: CFE. El Trimestre Económico. No. 221. Enero-marzo. 1989).
- SEQUEIRA, Jesús; PORRAS, Jorge. *Endeudamiento público externo: un enfoque político* (San José: tesis de licenciatura en Ciencias Políticas, UCR, 1989).
- SALOM, Roberto. *La balanza de pagos como instrumento para determinar el origen de la deuda externa* (San José: UCR, Revista de Ciencias Sociales, No. 44, 1989).
- SALAMAO, Luis. *Endividamiento externo brasileiro* (Brasilia: setembro. 1989).
- SANCHEZ, Ricardo. *Colombia: crisis y deuda externa* (Bogotá: Facultad de Derecho, 1985).
- SANDRA, Jara. *¿Qué es la deuda externa?* (San José: CEPAS. 1990). *¿Cómo solucionar el problema de la deuda externa?* (San José: CEPAS. 1990).
- SCHATAN, Jacobo. *América Latina: deuda externa y desarrollo* (México: Ed. El día, 1985).

- SCHILLING, Paulo et al. *Divida externa e igrejas* (Rio de Janeiro: CEDI. 1989). *A divida externa e o imperialismo na ultima década do século XX* (Sao Paulo: setembro, 1989. CEDI).
- SUNKEL, Osvaldo. *Deuda, crisis y desarrollo* (San José: revista Ciencias Económicas, Vol. VIII, No. 2, 1988).
- SUSAN, George. *A fate worse than debt* (London: Pelican book, 1988).
- TAMEZ, Elsa. *Justicia y justificación en ocasión de la deuda externa de América Latina* (San José: DEI, Pasos No. 22. 1989).
- TERRAGNO, Rodolfo. *Privatizar para que el Estado controle mejor* (Caracas: revista Nueva Sociedad, No. 104, 1989).
- TIMOSSI, Gerardo. *Centroamérica: deuda externa y ajuste estructural* (Managua: Cries, 1989).
- TUSSIE, Diana. *La coordinación de los deudores latinoamericanos: ¿Cuál es la lógica de su accionar?* (Buenos Aire: revista Desarrollo Económico, No. 109, 1988).
- TURRENT, Eduardo. *Deuda soberana igual a deuda comercial* (México: revista Nexos, No. 130, 1988).
- ULLOA, Gerardo. *Refinanciación y capitalización de la deuda externa en Costa Rica* (San José: Banco Central de Costa Rica, 1988).
- UGARTECHE, Oscar. *Perú y el 10%. La política de deuda bajo presión* (Caracas: revista Nueva Sociedad, No. 98, 1988).
- VARGAS, Emilio. *Ecología y deuda externa* (San José: Aportes No. 66, mayo de 1990).
- VARGAS, Luis. *La deuda y el ministro invisible* (San José: revista Aportes, No. 70, 1990).
- VARGAS, Paulino (ed.). *Crisis económica y ajuste estructural* (San José: UNED, 1990). *PAE III para reestructurar el Estado* (San José: aportes No. 65, abril 1990).
- VERCELLI, Alessandro. *Keynesianismo* (Barcelona: OIKOS-TAU, 1988).

VIRRARREAL, René. *Industrialización, deuda y desequilibrio externo en México* (México: CFE, 1988).

VITALE, Luis. *Historia de la deuda externa latinoamericana y entretelones del endeudamiento argentino* (Buenos Aires: Sudamericana, 1986).

WALKER, Ian. *Deuda y ajuste estructural: el caso de Honduras, 1980-1988* (San José: ESUCA, revista ESC No. 53. 1990).

## LA PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE EN CENTRO AMERICA

(Algunas conclusiones derivadas de la recopilación de la legislación realizada por el CSUCA y UNIVERSIDAD DE COSTA RICA 1987-1988).

*Dr. Rafael González Ballar*  
*Profesor Facultad de Derecho*  
*Universidad de Costa Rica*

## SUMARIO:

### PRESENTACION

- I Introducción  
Centro América: un estilo de desarrollo en desequilibrio con la explotación del ambiente
- II Conclusiones sobre el nivel constitucional de estrategias nacionales para la protección
- III La legislación: instrumento insuficiente para mejorar la protección del medio ambiente

### CONCLUSIONES

## PRESENTACION

Durante los años 1987-1988 el Consejo Superior Universitario Centroamericano y la Universidad de Costa Rica realizan conjuntamente una investigación dirigida en su primera parte a recopilarla legislación ambiental de los países centroamericanos.

Los resultados de la misma fueron de gran interés para extraer algunas conclusiones que hemos querido dar a conocer en la presente investigación. Ellos son lógicamente producto de una primera etapa de análisis del proceso de recopilación y no pretender ser algo completo y acabado.

Nunca antes se había podido valorar con certeza algunas conclusiones de lo que se sospechaba padecía el ordenamiento jurídico en la mayoría de nuestros países.

El estudio parte de valorar uno de los primeros esfuerzos que se han realizado en la región a nivel de las reformas constitucionales para el ambiente. Las tendencias seguidas en esta materia y el enunciado de los artículos que permiten en forma directa o indirecta derivar la posibilidad de la existencia de un derecho al mismo.

Por otro lado, ameritaba incursionar en la organización administrativa de cada país para confirmar la tendencia de una proliferación de organismos públicos con competencias en el campo ambiental. Por último, señalar las principales normas jurídicas y ver qué evolución sufrían los países en su tendencia hacia la sistematización en esta nueva rama del derecho. Se hacía necesario finalmente, comparar si nuestros países habían llegado a la posibilidad de condenar penalmente a las personas jurídicas.

Pero hablar del ordenamiento jurídico ambiental desligado de las realidades económicas y sociales nos ha parecido inapropiado. Por ello, hemos iniciado con un primer punto que da a conocer algunas de las realidades a que hemos llegado a pesar de la existencia de legislación en esta materia en la región. Nos lleva ello a pensar que Centro América tiene un estilo de desarrollo en desequilibrio con la utilización de los recursos naturales y el ambiente (I).



Asimismo, se hacía necesario ver algunas conclusiones sobre la evolución a nivel constitucional (II), para concluir con el tipo de legislación existente y su configuración como una normativa insuficiente para lograr la protección del ambiente (III).

## I. INTRODUCCION

*Centro América: un estilo de desarrollo en desequilibrio con la explotación del ambiente.*

De los perfiles ambientales elaborados recientemente para los países centroamericanos así como el informe Kissinger para Centro América resumimos algunas conclusiones que es interesante con los aspectos legales.

Se informa en la mayoría de informes que la región centroamericana es una región de una diversidad natural casi sin paralelo, si bien es cierto es a la vez extraordinariamente rica en recursos renovables, también es sobreexplotadora. "El bienestar de la mayoría de las poblaciones de los siete países aún depende marcadamente de los sistemas de recursos naturales renovables de la región; el mantenimiento para la agricultura de subsistencia; los ingresos por madera, ganadería, cultivos comerciales; los productos de las generosas aguas costeras; el empleo de recursos naturales en las industrias procesadoras; y los bienes tangibles proporcionados por los recursos de la región, incluyendo energía hidroeléctrica, leña, madera y abastecimiento de agua potable".

Lo grave es que incluso cuando se piensa que hay tendencias de planificación, "... Todas las tendencias económicas y demográficas han causado en las últimas décadas, una intensificación de la explotación planificada y no planificada de los sistemas de recursos naturales de la región para llegar a un nivel donde, en las apreciaciones de la mayoría de los especialistas de la región no podrán ser sostenidos en el futuro. En particular, los bosques están siendo cortados y las tierras colonizadas a tasas que, si continuaran por dos o tres décadas más podrían culminar en la virtual eliminación del área cubierta principalmente con bosques primarios y tierras no desarrolladas de la región".

Peor aún, los términos del intercambio comercial nos han llevado a "... que los problemas económicos de la década de 1980 creados por endeudamiento externo, las grandes facturas por importación de petróleo y los precios fluctuantes de las materias primas exportadas y productos agrícolas, golpea-

ron a los países de América Central particularmente fuerte debido a los mismos factores estructurales que hicieron incapaces a estos países de alcanzar una rápida expansión en las décadas de 1960 y 1970. Hasta cierto punto, las economías centroamericanas han sido obligadas, en los últimos años, a pagar el precio por el crecimiento económico anterior que ellas alcanzaron.

Las presiones por aumentar los productos de exportación basados en recursos naturales tienden a intensificar las ya abrumadoras presiones sobre los gobiernos para aumentar la explotación de tales sistemas de recursos: más tala de bosques para aumentar las exportaciones de madera y aumentar el área con ganadería, mejores incentivos para estimular la producción de cultivos claves de exportación, y un mayor agotamiento de los recursos pesqueros. Estas fuerzas, al menos, harán aún más crítico y difícil los desafíos de mantener los sistemas de recursos naturales y vitales sobre los cuales estas industrias agrícolas dependen: la base de suelos, los recursos de agua y los hábitat costeros tales como manglares y arrecifes de coral".

Todo es negro en los logros de la región aún "... a pesar de los esfuerzos para mejorar el estado general del manejo de los recursos naturales, como también en el incremento en los últimos años en la cantidad de tierras protegidas como áreas silvestres y parques nacionales, todos los gobiernos permanecen agobiados por crisis económicas y políticas de corto plazo. El manejo ambiental y de recursos naturales califica en una escala muy baja en la lista de prioridades inmediatas o urgentes. Todos los gobiernos de la región enfrentan una seria escasez de profesionales capacitados con especialidad en manejo de recursos naturales, y de presupuestos actuales para mantener inclusive al reducido número de profesionales que permanecen en la región".

La legislación para el ambiente es el reflejo y a su vez refleja el limitado alcance de los análisis económicos tradicionales y de sus evaluaciones sobre la relación costo-beneficio, son pocas y algunas no adecuadas herramientas teóricas o técnicas. La economía tradicional no desarrolló una adecuada valoración ni de los recursos naturales ni el ambiente que sea susceptible de ser incorporado en el cómputo global de beneficios o pérdidas económicas y sociales.

Salvo algunas mejoras recientes para el avance constitucional ambiental, la legislación nunca ha sido un instrumento que enfrente los problemas socio-ambientales y que conduzcan a reconocer que el desarrollo económico y social y el medio ambiente se condicionan mutuamente, es decir, que la sociedad humana y su medio biofísico natural y construido forman un solo sistema global.

El ordenamiento jurídico actual para la protección de los recursos naturales y el medio ambiente en cada país, es el fiel reflejo de lo que nuestros estilos de desarrollo han querido que éste sea. El interés siempre ha sido un crecimiento económico esencialmente exponencial; es por ello que la ley cuando regula la protección de los recursos naturales y el medio ambiente no puede oponerse jamás a la necesidad de este crecimiento económico y si lo hace, por más proteccionista que sea, el mismo sistema en virtud de la necesidad que existe de proseguir con un estilo de desarrollo, no cumple los preceptos de la ley o los irrespetan por no estar el factor ecológico en equilibrio con el económico.

Son legislaciones de los recursos naturales y el medio ambiente "blandas y tímidas", que son el producto, y reflejan, un estilo de desarrollo de corte capitalista con intervencionismo estatal, pero donde el consumismo y la falta de planificación respecto a los recursos predomina.

Se trata de una regulación con influencia de intereses de gobierno y privados -para explotar irracionalmente los recursos naturales y obtener riqueza en el menor plazo-.

Es una legislación cuya finalidad se dirige a arreglar problemas de propiedad de los recursos naturales o el equilibrio entre función social de muchos recursos contra el derecho absoluto de propiedad protegido y predominante a nivel constitucional.

Son legislaciones donde conviene creer que con la creación de un órgano, oficina o departamento y dándole algunas atribuciones tenemos resuelto el problema para la protección.

Concluimos que nuestros estilos de desarrollo han facilitado una legislación que por sí sola, hasta ahora, ha mostrado ser un instrumento insuficiente y ella contiene concepciones y una redacción que continúa reflejando:

-La mal interpretada creencia religiosa "procread y multiplicaos y henchid la tierra y sojuzgadla y dominad sobre los peces del mar y las aves del cielo y toda criatura viviente que se mueva sobre la Tierra" (Génesis 1:24-28). Y la creencia filosófica de que el "hombre es la medida de todas las cosas". Esto facilita, a su vez, una creencia ciega en que la ciencia y la tecnología encontrarán cómo sustituir los recursos naturales o cómo artificializar el ambiente, por lo tanto, no es necesaria una protección tan rigurosa.

-Las leyes actuales se han dictado con un fin ético, económico o incluso proteccionista en su concepción de fondo, pero ninguna permite encontrar el criterio de "Sistema de protección".

-En las leyes, ha privado el criterio clásico del instrumento legal, es decir, a una regla "x" siempre le cabe una sanción "y". Hemos creado un derecho esencialmente punitivo para los recursos naturales. La concepción preventiva no ha sido fin de nuestras leyes, de ahí que en la preparación y redacción de las mismas, en este campo, no se le haya dado participación al técnico o científico.

La conjunción de los anteriores factores ha provocado:

1. No se le ha dado importancia a Planes Nacionales o Estrategias de los Recursos Naturales y el Medio Ambiente, con concepciones integrales o sistemáticas de la ley como instrumento fundamental.
2. Una diversidad y dispersidad de normas jurídicas para los recursos naturales y el medio ambiente.
3. Una diversidad de órganos, oficinas, departamentos, instituciones en general, todos con competencia relacionadas con los recursos naturales; muchas de ellas con duplicidad.

## II. CONCLUSIONES SOBRE EL NIVEL CONSTITUCIONAL Y DE ESTRATEGIAS NACIONALES PARA LA PROTECCION

El proceso de constitucionalización del medio ambiente, para consagrarlo como un bien jurídico de protección constitucional, se ha dado en las diferentes constituciones del mundo como un fenómeno de aparición reciente. Sin embargo, lo más importante de este análisis o lo que más llama la atención, es que la mayoría de las constituciones del mundo adoptan dicho derecho al ambiente, siguiendo la estructura básica de los derechos que consagran, sea como una garantía individual, sea como una garantía social, o haciendo énfasis en la necesidad de una intervención estatal en la economía para lograrlo.<sup>(1)</sup>

(1) En virtud de que la aparición y afluencia de normas para la protección del medio ambiente es un fenómeno muy reciente, sólo las constituciones muy modernas han consagrado principios de rango constitucional para dicha protección. Por ejemplo, la Constitución de Bulgaria de 8 de mayo de 1971; la de Polonia de 1952, en su artículo 12, que fue reformada en este sentido; la Constitución de Cuba, artículo 27, de 24 de febrero de 1976; la de Portugal en el artículo

Por último, aunque son pocas, lo hacen a través de la consagración de las necesidades del medio ambiente, pero ligándolo a la búsqueda de una forma o estilo de desarrollo.

Las constituciones de Centro América tienen una característica bastante interesante, que consiste en la dificultad que existe en identificar si el derecho del medio ambiente, consagrado en las constituciones de estos países, es un derecho o garantía individual, o si se puede catalogar más como una garantía social. Tal vez deberíamos decir que dichas constituciones consagran más un derecho social, muy ligado en la mayoría de los casos a un deber del Estado pero con poca mención a la existencia de un tipo de desarrollo obligatorio para los poderes públicos involucrados.

Sin embargo, creemos que siguiendo la evolución constitucional moderna, poca importancia tiene que sea una garantía individual o social y mejor debemos hablar de un "derecho fundamental". Claro está, si mantenemos la idea de que el derecho al ambiente sano y ecológicamente equilibrado tiene más connotación social que individual si recordamos lo que clásicamente el Derecho Constitucional y las constituciones como tales, han definido como garantía individual a social.

---

culo 66 del 2 de abril de 1976; la de Rusia, artículo 18 de 7 de octubre de 1977, y por último, la constitución Española de 1978, en su artículo 41.

Ya hemos advertido anteriormente hasta qué punto el predominio de unos u otros derechos define un régimen político. Las libertades civiles son fórmulas tradicionales del régimen liberal; los derechos públicos y políticos están vinculados en gran parte a la democracia representativa en régimen de bienestar social; los derechos que regulan instituciones del orden social participen de este último régimen y son supuestos de un orden pluralista. Hoy aparecen en muchos órdenes constitucionales superpuestos como estratos sedimentados en la historia política de Occidente.

Para definir el perfil de un régimen, es necesario prestar una atención cuidadosa a cuáles de estos derechos aparecen como predominantes y cuáles están deliberadamente omitidos. En todo caso, esa presencia simultánea y esa superposición histórica es un perfil común del Derecho constitucional de Occidente, fraguado en un proceso histórico en que se acumulan y depuran diversas ideologías.

SANCHEZ AGESTA, (Luis), *Curso de Derecho Constitucional Comparado*, Sección Publicaciones, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1976, p. 84.

La misma es bastante exhaustiva en la consagración del régimen de protección ambiental; veamos los artículos:

"Artículo 124: Se reconoce la libertad de empresa y el Estado deberá apoyarla y estimularla para que contribuya al desenvolvimiento económico y social del país".

"Artículo 125: En esta materia son obligaciones fundamentales del Estado: 2º Tomar las medidas que sean necesarias para la conservación, desarrollo y aprovechamiento de los recursos naturales".

"Sección Décima: Régimen Económico y Social"<sup>(3)</sup>

"Artículo 118: Principio del régimen económico y social. El régimen económico y social de la República de Guatemala se funda en principios de justicia social. Es obligación del Estado orientar la economía nacional para lograr la utilización de los recursos naturales y el potencial humano, para incrementar la riqueza y lograr el pleno empleo y la equitativa distribución del ingreso nacional".

"Artículo 119: Obligaciones del Estado. Son obligaciones del Estado: c) Adoptar las medidas que sean necesarias para la conservación, desarrollo y aprovechamiento de los recursos naturales en forma eficiente".

"Artículo 125: Explotación de los recursos naturales no renovables. Se declara la utilidad y necesidad públicas, la explotación técnica y racional de hidrocarburos, minerales y demás recursos naturales no renovables".

---

(2) Constitución de fecha 15 de setiembre de 1965. Capítulo V. Régimen económico y social.

(3) Nueva Constitución Nacional. Asamblea Nacional Constituyente. 31 de mayo de 1985. Además ver art. 64, 65 y 97 de la misma.

"Artículo 113: Serán fomentadas y protegidas las asociaciones de tipo económico que tiendan a incrementar la riqueza nacional mediante un mejor aprovechamiento de los recursos naturales y humanos, y a promover una justa distribución de los beneficios provenientes de sus actividades".

"Artículo 117: Se declara de interés social la protección, restauración, desarrollo y aprovechamiento de los recursos naturales. El Estado creará los incentivos económicos y proporcionará la asistencia técnica necesaria para el desarrollo de programas adecuados.

La protección, conservación y mejoramiento de los recursos naturales y del medio serán objeto de leyes especiales".

Es importante hacer notar la dificultad que puede existir en reconocer la existencia de una garantía individual, en materia de reconocimiento o de elevación a rango constitucional de la situación ambiental. Ello obliga, en el caso de El Salvador a la necesidad de que las asociaciones y otros grupos interesados sean los que fomenten esta protección.

Existe en esta Constitución una obligación del Estado, a través de leyes especiales, de buscar la conservación y el mejoramiento de los recursos naturales. Por lo tanto, se hacen declaraciones de interés social del fenómeno de la protección y el aprovechamiento de estos recursos naturales, obligando al Estado a crear los mecanismos, tanto económicos como técnicos, para el desarrollo de programas adecuados.

Por otro lado, siempre dentro del ámbito económico que tiendan a incrementar la riqueza nacional, con un mejor aprovechamiento de estos recursos, se declaran precisamente de interés público, dando el beneficio a estas asociaciones que pudieran dedicarse a un mejor aprovechamiento de los mismos.

La Constitución de la República de Honduras,<sup>(5)</sup> dispone en forma literal en los siguientes artículos, una relación de protección del medio ambiente, que se refieren a lo siguiente:

(5) Constitución Política de la República de Honduras. Decreto 131 de 11 de enero de 1982; vigente desde el 20 de enero de 1982.

"Artículo 145: Se reconoce el derecho a la protección a la salud. Es deber de todos participar en la promoción y preservación de la salud personal y de la comunidad. El Estado conservará el medio ambiente adecuado para proteger la salud de las personas".

"Artículo 146: Corresponde al Estado por medio de sus dependencias y de los organismos constituidos de conformidad con la ley, la regulación, supervisión y control de los productos alimenticios, químicos, farmacéuticos y biológicos".

"Artículo 340: Se declara de utilidad y necesidad pública, la explotación técnica y racional de los recursos naturales de la nación. El Estado reglamentará su aprovechamiento, de acuerdo con el interés social y fijará condiciones de su otorgamiento a los particulares.  
La reforestación del país y la conservación de los bosques se declara de conveniencia nacional y de interés colectivo".

Haciendo un énfasis de los artículos, notamos que uno de los primeros puntos importantes de esta Constitución es que reconoce el derecho a la salud. En realidad, habla de la obligación de conservar o preservar la salud personal y de la comunidad. Por lo tanto, inmediatamente crea un deber hacia el Estado de conservar el medio ambiente adecuado para proteger dicho bien jurídico.

El artículo 340 es importante analizarlo más detenidamente, porque hace una declaración de utilidad y necesidad pública, en lo que respecta a que toda explotación que se realice de los recursos naturales, debe hacerse en forma racional y técnica, precisamente siempre con una intervención del Estado.

Declara también a la reforestación y conservación de los bosques como motivo de interés colectivo, de interés social.

La Constitución de Nicaragua<sup>(6)</sup> es una de las más recientes y expone en su artículo 60 lo siguiente:

"Artículo 60: Los nicaragüenses tienen derecho a habitar en un ambiente saludable; es obligación del Estado la preservación, conservación y rescate del medio ambiente".

(6) Constitución de enero de 1987.

Es interesante ver que dicho derecho es consagrado dentro del Capítulo III, como un derecho social y considera al mismo como la posibilidad que debe tener todo nicaragüense de habitar en un ambiente saludable, es decir, pone como valor jurídico la salud del hombre, que tiene que ser protegida a través del ambiente. Al mismo tiempo declara que es el Estado el que tiene la obligación de preservar y conservar el medio ambiente y los recursos naturales.

Por otra parte, *La Constitución de Panamá*,<sup>(7)</sup> que ha sido reformada por varios actos de reforma tendientes a introducir en la misma todo un Capítulo denominado "Del régimen ecológico". Al efecto citamos los siguientes artículos:

#### "Capítulo 7: Régimen Ecológico".

"Artículo 114: Es deber fundamental del Estado garantizar que la población viva en un ambiente sano y libre de contaminación, en donde el aire, el agua y los alimentos satisfagan los requerimientos del desarrollo adecuado de la vida humana".

"Artículo 115: El Estado y todos los habitantes del territorio nacional tienen el deber de propiciar un desarrollo social y económico que prevenga la contaminación del ambiente, mantenga el equilibrio ecológico y evite la destrucción de los ecosistemas".

"Artículo 116: El Estado reglamentará, fiscalizará y aplicará oportunamente las medidas necesarias para garantizar que la utilización y el aprovechamiento de la fauna terrestre, fluvial y marina, así como de los bosques, tierras y aguas, se lleve a cabo racionalmente, de manera que se evite su depredación y se asegure su preservación, renovación y permanencia".

"Artículo 121: El correcto uso de la tierra agrícola es un deber del propietario para con la comunidad y será regulado por la ley de conformidad con su clasificación ecológica a fin de evitar la suutilización y disminución de su potencial productivo".

(7) Constitución Política de la República de Panamá de 1972. Reformada por los Actos Reformativos de 1978 y por el Acto Constitucional de 1983.

La Constitución de Panamá, al igual que la mayoría de las otras constituciones empieza por obligar al Estado a darle a la comunidad panameña un ambiente sano y libre de contaminación. Esta obligación del Estado implica darle un desarrollo adecuado a la vida humana, lo cual es de suma importancia.

Si bien es cierto que la Constitución arranca dando una garantía a toda la población, a ese ambiente sano y libre de contaminación, la realidad es que le impone como deben al Estado las responsabilidades de que mantenga y logre un equilibrio ecológico, para evitar la destrucción de los ecosistemas. En pocas palabras, el Estado aparece siempre como una figura que será la que tiene que reclamar y ejercer el control para garantizar la utilización y aprovechamiento de los recursos naturales.

Es interesante en esta Constitución notar que habla de que la utilización y el aprovechamiento de los recursos naturales se tiene que llevar a cabo racionalmente, de tal forma que se evite la depredación y asegurar su preservación y renovación, así como su permanencia.

Nótese que está presente el principio de la racionalidad, sin embargo, no ligado a ningún tipo de desarrollo específico y necesario. Está presente la necesidad de que la ley venga a realizar una regulación de los recursos naturales para evitar que los mismos sean perjudicados, y por lo tanto, haya daños sociales, económicos y ambientales de importancia.

Es importante resaltar el respeto al uso correcto que tiene que tener la tierra agrícola, imponiéndole como un deber, no solamente de los propietarios, sino de la comunidad, obligando a que se proceda a una clasificación ecológica de la misma, evitando la disminución del potencial productivo de ella.

Costa Rica no tiene a nivel constitucional ninguna norma que pudiera permitir derivar un principio y a la vez un derecho de los administrados, a exigir un medio ambiente adecuado. Lo anterior tiene respuesta lógica. Y es el hecho de que la aparición y afluencia de normas para la protección del medio ambiente es un fenómeno reciente, y sobre todo, en lo que respecta al régimen jurídico de las reformas constitucionales.

Nuestro actual artículo 6 constitucional, reformado para la constitución de una zona de mar patrimonial, incluye consideraciones en relación a que dicha zona de mar patrimonial es una jurisdicción especial en la cual se

ejercen la protección, conservación y el control de la explotación extensiva de los recursos naturales.

Por otra parte, el artículo 112 inciso 14), habla de recursos renovables y no renovables y su explotación, en relación a las obligaciones que tendría nuestra Asamblea Legislativa en relación a la disponibilidad de los mismos. Pero insistimos, que en realidad no se habla de un derecho o de una obligación de los poderes públicos de garantizar un medio ambiente ecológicamente equilibrado, y mucho menos sano.

En Costa Rica existen cuatro proyectos de reforma constitucional para agregar una garantía a un medio ambiente propicio. La primera reforma constitucional pretende agregar al final del artículo 6 de la Constitución<sup>(8)</sup> el siguiente texto:

“También protegerá el ambiente en todo el territorio, procurando el mantenimiento ecológico favorable”.

La segunda reforma a la Constitución fue planteada también para reformar el artículo 6 de nuestra Carta Magna, y decía de la siguiente forma:

“El ambiente natural es patrimonio común de todos los habitantes de la República, y es derecho de todos aquellos el disfrute de un medio sano, libre de contaminación o degradación y propicio para el desarrollo pleno de sus vidas. El Estado, sus instituciones y los particulares tienen expresa obligación de contribuir para su preservación y correcto tratamiento. Las acciones orientadas a evitar o corregir situaciones generales de deterioro del ambiente son de interés público. Las instituciones del Estado, según su competencia, emitirán y ejecutarán las leyes, reglamentos, planes y programas y cualesquiera otras disposiciones necesarias para garantizar la efectiva protección de este patrimonio común. A este efecto toda acción pública o privada deberá orientarse en el sentido de proteger y aprovechar los recursos de la flora, la fauna, el suelo, el subsuelo, las aguas y el aire para evitar su deterioro”.

Sin embargo, en el año 1987, con muy poco tiempo entre una y otra reforma, se plantea un nuevo proyecto dentro de la Subcomisión de Legisla-

(8) Expediente No. 9649. Asamblea Legislativa.

ción, de la Comisión que pretende la vigencia del Proyecto de Miravalles.<sup>(9)</sup> Dicha reforma está planteada para el artículo 50 de la Constitución, y al final de dicho artículo diría lo siguiente:

“El Estado garantizará a toda persona al derecho a un ambiente ecológicamente equilibrado y sano. Los organismos públicos impulsarán un desarrollo sostenido de los recursos naturales y el ambiente y respetarán las disposiciones contenidas en leyes, decretos, reglamentos, planes, estrategias o cualesquiera otras regulaciones en materia ambiental.

Todo habitante del país tiene expresa obligación de contribuir a la preservación de los recursos. Las acciones orientadas a evitar o corregir situaciones generadoras del deterioro del ambiente son de interés público”.

Debemos hacer un comentario relacionado con las dos primeras reformas. Primero, en el sentido de que cometen un error común. Sobre todo parten del criterio de que la reforma constitucional debe incluirse en el artículo 6, como un nuevo párrafo. El artículo 6 no es un artículo que se pueda colocar siquiera dentro de lo que se llaman las garantías individuales, por un lado.

Por otro lado, la tendencia moderna más reciente y generalizada es a considerar el derecho ambiental a nivel constitucional, como un derecho social, como una garantía social, en virtud de que el hombre debe disfrutar de este tipo de garantías, entendidas en el sentido general como de disfrute en sociedad, y como de disfrute y garantía, no sólo en un sentido de individualidad, sino de participación como un ser social, incluso aunque lo aceptemos moderadamente sólo como derecho fundamental.

La primera reforma planteada, peca, por otro lado, de omisa en virtud de que si bien es cierto habla de protección al ambiente y de mantenimiento ecológico favorable, no es más explícita sobre las formas y obligaciones que el Estado debe tener para que la garantía consagrada sea real y efectiva.

Por otra parte, la segunda reforma constitucional es tomada casi de la redacción de los primeros artículos que contiene el Código de los recursos naturales de Colombia. Si bien es cierto esta reforma constitucional, a pesar de

(9) Exp. No. 10426. Asamblea Legislativa, Comisión Mixta para supervisar en forma permanente y de oficio el desarrollo del Proyecto Miravalles y la creación de un Código Ambiental para Costa Rica.

que pretende también ser adicionada al artículo 6, como un nuevo párrafo, parte de un concepto más amplio del ambiente pero utiliza conceptos indeterminados a saber: que el medio ambiente natural debe ser patrimonio común para todos los habitantes de la república, y de dar a todos el derecho a un disfrute de un medio ambiente sano. Sin embargo, esta reforma simplemente no la podríamos entender ni como una garantía individual por encontrarse propuesta por el artículo 6. Restringiendo en mucho el papel que realmente debe tener el Derecho Ambiental Constitucional al ser considerado este en su interpretación del hombre en sociedad, y de sus problemas con su medio.

Como lo vimos más arriba, la técnica de las constituciones modernas, en relación al medio ambiente, ha pesado más el considerarlo no como un derecho o garantía individual sino como derecho o garantía social. Sin embargo, sabemos que se ha fijado, la evolución del derecho constitucional en esta materia, acompañado de una fuerte intervención del Estado para garantizar la existencia del mismo.

Lo anterior lo manifestamos, porque creemos justificable la reforma constitucional que se plantea al artículo 50, como un derecho o garantía social en nuestra Constitución actual. Sin embargo, no es únicamente el considerarlo como un derecho o garantía social, sino que creemos que va más allá, porque en dicha reforma constitucional existe no solamente una garantía a toda persona a tener un ambiente ecológicamente equilibrado y sano, sino que también, necesariamente, el Estado debe evitar cualquier tipo de desequilibrio en lo que es la protección ecológica, los sistemas ambientales con los que se relaciona el hombre, y por ende, la palabra "sano" también implica un derecho a la salud de este hombre, dentro del sistema ambiental en el que él se desarrolla. Por lo tanto, si existe un equilibrio con los otros sistemas, con los cuales el hombre siempre se encuentra en relación, el hombre necesitará que su sistema de relaciones sea un sistema sano, en el cual va implicado también el criterio de lucha contra la contaminación.

Sin embargo, esto, que consideramos como una garantía justificable, como lo consagrado posteriormente, cuando se dice que los organismos deben impulsar un desarrollo sostenido de los recursos naturales y el ambiente. Esto de sostenido de los recursos naturales y el ambiente. Es de suma importancia, y creemos sería uno de los pocos textos constitucionales en que por primera vez en el mundo se obliga a que los organismos públicos, necesariamente, deben definir un tipo de desarrollo que será sostenido o sostenible, con respecto a los recursos naturales, y no ya cualquier tipo de desarrollo. Impor-

tante pues la obligación de caracterizarlo ya está bastante definida por los expertos en esta materia.

Por otro lado, es importante decir que la idea de un derecho al desarrollo y a un tipo específico de desarrollo respecto a los recursos naturales, es la que ha encontrado más respuesta en las Naciones Unidas, y la que específicamente nos interesa es aquella en que el desarrollo se asoció a las opiniones brindadas por los procesos de integración económica, al dominio y explotación de los mares, a la idea de democracia, al fin de las dictaduras militares.

"Este derecho al desarrollo fue inicialmente pensado como un derecho en el ámbito internacional, en cuanto derecho de las comunidades políticas, de los Estados y de los pueblos sometidos a una alineación colonial y extranjera".<sup>(10)</sup>

El perfil ideológico con que nace este Derecho posee dos características relevantes. En primer lugar, surge como un Derecho al servicio de los países subdesarrollados y; además, como un sistema de normas de carácter internacional.

La Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados (Res. 3281, de 12 de diciembre de 1974), expresó la constitución jurídico-económica de este diseño de un Nuevo Orden Internacional, que surgiría de los escombros del orden internacional de posguerra. Este debe ser, esta meta incumplida de la humanidad hasta el día de hoy, ha sido una promesa, un ideal jurídico sin solución de realidad que puede irse perfilando como necesario en los contenidos de nuestro derecho ambiental.

"Por esta época, se produjo la aceptación del Derecho al Desarrollo como un derecho individual y colectivo al mismo tiempo. El derecho al desarrollo como derecho del hombre, de la persona humana, pasó a formar parte del doble carácter de este derecho; derecho del individuo a una vida libre y digna; derecho de la sociedad a su realización integral".

La Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, aprobada por abrumadora mayoría en la Asamblea General de Naciones Unidas, esta-

(10) GROS ESPIELL, (Héctor) y otros, *DERECHO ECONOMICO INTERNACIONAL*, Fondo de Cultura Económica, México.

blece que todo Estado tiene y ejerce libremente soberanía plena permanente, incluso posesión, uso y disposición, sobre su riqueza, recursos naturales y actividades económicas".<sup>(11) (12)</sup>

El proceso de concretación de los principios de derecho internacional, en su proyección al campo de las relaciones económicas internacionales, se ha iniciado y ha cumplido ya importantes etapas, pero obviamente, no ha concluido. Principió con la adopción de múltiples resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en un proceso cuyo comienzo puede situarse hacia 1960 y de la Conferencia de las Naciones Unidas aprobados en la Conferencia de Ginebra (1964) y en la Resolución 46 (III), adoptada en Santiago de Chile (1972), titulada "Medidas para alcanzar un acuerdo más completo respecto de los principios que han de regir las relaciones económicas internacionales y las políticas comerciales conducentes al desarrollo". Y culminó con las resoluciones de la Asamblea General que hemos citado en el párrafo 1, es decir, con la Declaración referente a la Estrategia Internacional para el Segundo Decenio de las Naciones Unidas para el Desarrollo, con la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados y con las resoluciones relativas al Nuevo Orden Económico Internacional, adoptadas en las VI y VII Asambleas Generales Extraordinarias de las Naciones Unidas.<sup>(13)</sup>

(11) Vd. César Sepúlveda, et. al. "Exégesis de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados". México Editorial Porrúa, 1976, pp. 644-645. Ver también Ricardo Méndez-Silva. "La soberanía permanente de los pueblos sobre sus recursos naturales". Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Año V, No. 16-17, enero-agosto 1973.

(12) La idea de soberanía económica está relacionada con la noción de soberanía permanente de los pueblos sobre sus recursos naturales. La Asamblea General de las Naciones Unidas ha reconocido expresamente esta soberanía: Resolución 626 (VII) de 1952; Resolución 1803 (XVII) y Resolución 2158 (XXI) de 1966, entre las más importantes.

(13) Evidentemente no ha sido proclamado sólo por las Naciones Unidas y, en ellas, no es únicamente la Asamblea General el órgano que ha adoptado resoluciones a ese respecto. Por el contrario, en diferentes organizaciones internacionales y en varios órganos y entidades del sistema de las Naciones Unidas, hay referencias al Nuevo orden Económico Internacional y a sus diversos aspectos. En especial es indispensable recordar las resoluciones sobre la materia tomada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, en sus reuniones de Ginebra (1964), Nueva Delhi (1968), Santiago de Chile (1972) y Nairobi (1976), así como las decisiones de las reuniones del Grupo de los 77 en Argel (1967), Lima (1971) y Manila (1976), que prepararon conceptualmente el aporte de los países en vías de desarrollo a las Conferencias de la UNCTAD.

Recordemos también la Resolución 41128 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 4 de diciembre de 1986, que es una declaración sobre el Derecho al desarrollo. Precisamente es necesario consagrarlo así, o plantearlo así, en virtud de que un desarrollo equilibrado, ligado al aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y del medio es la única forma justa de que los poderes públicos puedan empezar a replantearse un poco al modelo o estilo de desarrollo hasta ahora seguido, en el sentido de que detengamos nuestra tendencia hacia el consumismo y hacia el gasto irracional de nuestros recursos naturales. La ventaja de que en una reforma constitucional se integra el factor desarrollo sostenible y que el derecho ambiental lo empiece a desarrollar, a la reforma, es de suma importancia. Pero la importancia mayor estaría en que se le indique a los poderes públicos qué tipo de desarrollo se quiere con respecto a los recursos naturales y el medio ambiente. En este sentido, si partimos del criterio de que queremos un desarrollo o estilo de desarrollo sostenible, estaríamos obligando a los poderes públicos a definirse con respecto a los mismos; de manera tal que logremos, como dicen los técnicos, los máximos niveles de utilización de un recurso sin el deterioro del mismo, y sin sacrificar la posibilidad de la existencia del mismo, para las generaciones futuras.

Este ligamen de la protección o de una forma de estilo de desarrollo o de relación con los recursos naturales, pretendemos satisfacer las necesidades básicas materiales, espirituales y culturales de las generaciones actuales, pero también, de las futuras. De esta manera, obligará a definir y establecer políticas, organización y planes de acción donde el uso sostenido de dichos recursos y del ambiente, se integre plenamente en todos los aspectos del desarrollo económico y social del país.

De una forma más específica, esto implicará la necesidad de que se defina que los poderes públicos deberán actuar con respecto a dichos recursos, de tal manera que se logre siempre mantener los procesos ecológicos esenciales y los sistemas vitales de los que depende la supervivencia y el desarrollo humanos, mantener y mejorar la diversidad genética del país, tanto de especies silvestres y domesticadas que son de beneficio actual o potencial para la humanidad. También deberá asegurar el aprovechamiento sostenido de los recursos naturales del país, especies y ecosistemas, controlando los niveles y patrones naturales de uso dentro de los límites que sean manejables en nuestro país.

Además, mantener y mejorar una calidad ambiental adecuada que garantice el bienestar de la existencia humana, y por último, alcanzar niveles de estabilidad ambientales y de población que estén en balance con productividades sostenibles de los recursos básicos que garantizan una calidad de vida razonable.



Lógicamente, debe verse que un estilo de desarrollo que permita deducir lo anterior, va a tener o mantener opciones de desarrollo futuro abiertas y flexibles. Por otro lado, va a pretender mantener una base amplia de recursos básicos confiables, en vez de depender únicamente de pocos recursos muy vulnerables. Tenderá a mantener escalas de desarrollo de un término y naturaleza que también permita la participación local, en concordancia con principios sostenidos ecológicamente dentro de patrones sociales y culturales deseables para la sociedad costarricense.

Además, minimizaría el desperdicio de los recursos en su proceso de aprovechamiento, propiciando así la posibilidad de reciclamiento.

En los problemas ambientales buscará soluciones preventivas con las de rehabilitación. Por último, se procurará integrar la conservación con el desarrollo, de tal manera que ambos sean efectivos en términos de costos. Todo ello dentro de lo que una planificación integrada del uso de la tierra permita alcanzar, buscando balances óptimos de un recurso tan importante con la necesidad de explotación de todo otro recurso que depende de la tierra, y por supuesto, de los grados de contaminación a que puedan llegar dichos recursos en su utilización.

Las recomendaciones de varios organismos internacionales para que la mayoría de los países del mundo adopten Estrategias Nacionales para el Desarrollo Sostenido, en las cuales, al igual que la que se ha dictado a nivel mundial por UICN, WWF, PNUMA, se logren investigar los principales obstáculos para el desarrollo sostenido en todas las áreas de desarrollo de un país y dar soluciones para alcanzarlo.

De los países centroamericanos, solamente Costa Rica está haciendo un esfuerzo por elaborar la misma y que tenga a nivel constitucional la obligatoriedad de los principios en ella consagrados o al menos del más importante: la búsqueda de un desarrollo sostenible.

Las estrategias mencionadas llevan la idea de que las mismas se conviertan en planes de desarrollo obligatorios para los gobiernos y no sólo planes no vinculantes como la mayoría de la planificación en los países de Centro América

### III. LA LEGISLACION: INSTRUMENTO INSUFICIENTE PARA MEJORAR LA PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE

Las recopilaciones de la legislación ambiental en Centro América revelan, a nivel legal y reglamentario, indicadores de que la legislación ha sido

dictada sin ninguna unidad sistemática y orgánica. Y este síntoma se revela sobre todo a nivel legal y reglamentario, que es donde lógicamente existe una proliferación mayor de estos textos.

El desarrollo de este punto lo haremos en relación a tres ideas básicas que son fácilmente detectables en la legislación recopilada:

- 1) Los niveles de desarrollo de la legislación son distintos en la mayoría de los países del área. Para esto valoramos no sólo el número y el tipo de textos que tratan algún punto de Derecho Ambiental, sino el avance que ha tenido muchos países en relación a la existencia o no de un Código o Ley Ambiental unificadora de criterios para el tratamiento del tema.
- 2) Existe una desorganización administrativa entre las diferentes instituciones o agencias con jurisdicción en el manejo y control del ambiente y los recursos naturales.

En general, la regla común en los países de la región ha sido la creación y establecimiento de agencias u organismos gubernamentales con jurisdicción en perfiles singulares del ambiente o los recursos naturales. A cambio de una organización sistemática y coordinada de las acciones públicas ambientales, se encuentra una actividad desarticulada de unidades, agencias o secciones gubernamentales operando separadamente.

La regla es que existan prácticas segmentadas y no globales de la acción gubernamental para la protección ambiental y los recursos naturales, lo que constituye el común denominador en la región. Segmentación que ha impedido la ejecución de estrategias globales de conservación y desarrollo sostenido y la aplicación de criterios globales en el manejo ecosistemático poniendo de relieve las correlaciones múltiples de los diferentes sistemas y elementos entre sí.

En lo que respecta a la organización, los organismos que a continuación se citan, muchos intervienen en forma directa en la protección, pero algunos otros en forma indirecta. La situación que encontramos caótica es que siempre de una manera u otra tienen alguna atribución, aunque sea en forma indirecta, y la posibilidad de ejecutarla. Son entidades que si bien no ejercen sus atribuciones, entran en el funcionamiento de otras.

- 3) Determinar si las personas jurídicas pueden o no ser sujetos activos del delito, y por ende, susceptibles de imputación y responsabilidad penal, es uno de los aspectos fundamentales en la formulación de una adecuada política criminal ecológica.

En la sociedad industrial moderna, un volumen considerable de actividades económicas se encuentra bajo el control de empresas, corporaciones en las cuales la voluntad e identidad individuales se diluyen en la "voluntad" única de la persona jurídica. En consecuencia, una variada gama de acciones contra el ambiente y los recursos naturales es agenciada a través de esas "voluntades" empresariales o corporativas. La legislación de los países centroamericanos, con marcada influencia del derecho romano y francés, se ha inclinado preferencialmente por la exclusión de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

## PANAMA

### 1) *LEGISLACION. Algunos aspectos legales y reglamentarios*

Registra antecedentes normativos de orden general en el Decreto Ley de Setiembre de 1950 sobre Explotación de Recursos Naturales, regulatorio de todo lo concerniente al desarrollo y explotación de los recursos naturales y el establecimiento de industrias. Y la Ley 3 de enero, 1957, sobre Protección de los Recursos Naturales.

Con una legislación ambiental dispersa de amplia cobertura el país no cuenta con un Código Ambiental o Ley Orgánica del Ambiente.

### 2) *ORGANIZACION ADMINISTRATIVA*

En cuanto a la organización administrativa, en el caso de Panamá podemos decir que para referirnos a los órganos políticos que generan la legislación en materia ambiental, tenemos que anotar el artículo 153 de la Constitución Política que a la letra dice:

"Artículo 153: La función legislativa es ejercida por medio de la Asamblea Legislativa y consiste en expedir las leyes necesarias para el cumplimiento de los fines y el ejercicio de las funciones del Estado declarados en esta Constitución y en especial para lo siguiente:

1. Expedir, modificar, reformar o derogar los Códigos Nacionales.
2. Expedir la Ley General de sueldos propuesta por el Organismo Ejecutivo.
3. Aprobar o desaprobar, antes de su ratificación, los tratados y los convenios internacionales que celebre el Organismo Ejecutivo.

El Gobierno Nacional ha creado instituciones, departamentos y secciones que se encargan de regular, proteger y conservar el medio ambiente, siendo señalados estos en legislaciones y codificaciones al respecto.

Así tenemos en la Ley No. 37 (21 de setiembre de 1962), por la cual se aprueba el Código Agrario de Panamá, sus artículos 5 y 8 señalan respectivamente:

"Artículo 5: La conservación y utilización racional de los recursos naturales renovables tales como la flora o cubierta forestal, los suelos y las aguas, constituyen fines principales del presente Código".

"Artículo 8: Las aguas son bienes de Utilidad Pública y el Estado reglamentará el uso de ellas para su mejor aprovechamiento".

Igualmente, crea instituciones para la mejor utilización y aprovechamiento de los recursos naturales. Así, dicen los artículos 7 y 9 respectivamente:

"Artículo 7: Se procederá a confeccionar un Catastro General de Tierras y Aguas para todo el país a fin de facilitar la solución de los problemas relacionados con la tenencia de la tierra".

"Artículo 9: En previsión a las tareas catastrales y a la justa distribución de la tierra, se intensificarán las labores del Departamento Nacional de Cartografía, creándole los fondos necesarios para el desarrollo sistemático y permanente de sus importantes labores".

Otra legislación crea otras instituciones que sirven para la protección, utilización y creación de los recursos naturales y del medio ambiente. Así tenemos la ley 12 (de 25 de enero de 1973), por la cual se crea el Ministerio de Desarrollo Agropecuario y se señalan sus funciones y facultades:

*“Artículo 1:* Créase el Ministerio de Desarrollo Agropecuario con la finalidad de promover y asegurar el mejoramiento económico, social y político del hombre, y la comunidad rural y su participación en la vida nacional, definir y ejecutar la política, planes y programas del sector”.

La Ley 13 (de 25 de enero de 1973), por la cual se crea el Banco de Desarrollo Agrario. Así dice su artículo 1:

*“Artículo 1:* Créase una empresa estatal, denominada Banco de Desarrollo Agropecuario, la cual tendrá personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía en su régimen interno, sujeta a la orientación del Organismo Ejecutivo pro conducto del Ministerio de Desarrollo Agropecuario, y a la fiscalización de la Contraloría General de la República. Tendrá la finalidad de proporcionar financiamiento a los programas de desarrollo agropecuario y proyectos agro-industriales. El Banco organizará la asistencia crediticia a los productores de escasos recursos y sus grupos organizados y dará atención especial al pequeño y mediano productor, tal como lo establece el Artículo 115 de la Constitución Política”.

La Ley 51 (de 28 de agosto de 1975), por la cual se crea el Instituto de Investigación Agropecuaria de Panamá, y se determina su organización y funciones. Así señala su artículo 1:

*“Artículo 1:* Créase el Instituto de Investigación Agropecuaria de Panamá como entidad estatal, con personalidad jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa, económica y técnica, cuyo funcionamiento estará justo a la orientación del Organismo Ejecutivo y a la política de investigación que éste fije, por intermedio del Ministerio de Desarrollo Agropecuario y a la fiscalización de la Contraloría General de la República”.

La Ley 68 (de 15 de diciembre de 1975), por la cual se crea el Seguro Agropecuario y el Instituto de Seguro Agropecuario, así lo describe su artículo 1 y 2:

*“Artículo 1:* Créase el Seguro Agropecuario, que tendrá por objeto indemnizar al empresario agropecuario por las pérdidas de las inversiones efectuadas en su explotación agrícola o ganadera”.

*“Artículo 2:* El Seguro Agropecuario será administrado por el Instituto de Seguro Agropecuario, que se crea como entidad autónoma en su régimen administrativo, vinculado al Ministerio de Desarrollo Agropecuario, sujeto a la política agropecuaria y a la orientación técnica del mismo y a la fiscalización de la Contraloría General de la República”.

La Ley No. 70 (de 15 de diciembre de 1975), por la cual se crea el Instituto de Mercadeo Agropecuario y se determinan sus funciones, así lo señala su artículo 1:

*“Artículo 1:* Créase el Instituto de Mercadeo Agropecuario como una entidad oficial con personalidad jurídica y patrimonio propio, sujeto a las políticas del Organismo Ejecutivo pro conducto del Ministerio de Desarrollo Agropecuario, a las limitaciones que esta Ley le impone y a la fiscalización de la Contraloría General de la República”.

Otras legislaciones crean instituciones igualmente importantes para el desarrollo agropecuario, así tenemos: Ley No. 16 (de 28 de febrero de 1973), por la cual se crea el Ministerio de Planificación y Política Económica (MI-PRE). Ley No. 9 (de 25 de enero de 1973) por la cual se crea el Ministerio de Vivienda (MIVI). Decreto de Gabinete No. 145 (de 3 de junio de 1969), por la cual se crea el Ministerio de Comercio e Industria (MICI). Aquí funciona la Dirección General de Recursos Minerales y la Dirección General de Recursos Marinos. Decreto de Gabinete No. 1 (de 15 de enero de 1969), por la cual se crea el Ministerio de Salud. En este Ministerio se encuentra la Dirección de Saneamiento Ambiental, regulado por el Código Sanitario. Ley No. 98 (de 12 de enero de 1962), por la cual se crea el Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales. Ley Orgánica aprobada por Decreto de Gabinete No. 235 de 1969, por la cual se crea el Instituto de Recursos Hidráulicos y Electrificación. Decreto Ley No. 22 (de 15 de setiembre de 1960), por la cual se crea el Instituto Panameño de Turismo (IPAT). Ley 42 (de 2 de mayo de 1979), por la cual se crea la Autoridad Portuaria Nacional. Ley No. 51 (de 28 de agosto de 1975, por la cual se crea el Instituto de Investigación Agropecuaria de Panamá (IDIAP). Ley No. 105 (de octubre de 1973), por la cual se crean las Juntas Comunales. Ley No. 106 (de 8 de octubre de 1973), por la cual se reglamentan las funciones y competencias de los Consejos Municipales. Ley No. 10 (de 27 de octubre de 1977), por la cual se aprueba el patrimonio arqueológico, histórico y artístico de las Naciones Americanas. Ley No. 93 (de 22 de diciembre de 1976), por la cual se crea la Corporación para el Desarrollo Integral del Bayano. Ley No. 24 (de 21 de julio de 1980), por la cual se crea el Instituto Panameño Autónoma Cooperativo. Ley No. 38 (de 22 de octubre de

1980), por la cual se crea el Régimen legal de las Asociaciones Cooperativas, Ley No. 23 (de 21 de octubre de 1983), por la cual se reglamentan las Organizaciones Campesinas en la República de Panamá. Ley No. 22 (de 8 de noviembre de 1983), por la cual se crea la Comarca de Emberá en Darién.

La codificación panameña establece artículos referentes a la protección y mejoramiento de la fauna, flora, minerales y medio ambiente:

Así tenemos el Código de Recursos Minerales, establecido por el decreto Ley No. 23 (de 22 de agosto de 1963).

El Código Fiscal, establecido mediante Ley No. 8 (de 27 de enero de 1956).

El Código Administrativo de Panamá, aprobado por Ley 1 (de 22 de agosto de 1916).

El Código Penal, establecido por Ley 6 (de 17 de noviembre de 1922); y el Código Judicial establecido por Ley 29 (de 25 de octubre de 1984), en cuanto se refiere a sanciones, penas y procedimiento de la justicia a individuos y colectividades que atentan contra los recursos naturales, forestales, marítimos y del medio ambiente.

El Código Sanitario establecido por Ley 66 (de 10 de noviembre de 1947).

### 3) *LEGISLACION PENAL*

El Código Penal de la República de Panamá (Ley 18 de setiembre 22 de 1982) no considera a las personas jurídicas como eventuales sujetos activos del delito. El estatuto punitivo panameño legisla sobre la responsabilidad civil emanada del delito.

"Artículo 125: Los partícipes de un hecho punible, son solidariamente responsables en cuanto a la reparación civil.

Están igualmente obligados solidariamente con los autores del hecho punible, al pago de los daños y perjuicios:

- a. Las personas naturales o jurídicas dueñas de empresas de transporte terrestre, marítimo o aéreo de personas o de cosas por hechos cometidos por sus trabajadores de transporte, con ocasión del desempeño de sus cargos.

- b. Las personas jurídicas cuyos gerentes, administradores o representantes legales, resulten responsables de hechos punibles que impliquen violación de las atribuciones inherentes al cargo que desempeñan en la empresa:

- c. Las personas naturales o jurídicas dueñas de establecimientos de cualquier naturaleza, en que se cometiere un hecho punible por trabajadores a su servicio o con motivo del desempeño de sus cargos.

- d. Los que a título lucrativo hayan participado de los efectos del hecho punible, en el monto en que se hayan beneficiado, y

- e. Los que señalen leyes especiales".

## *COSTA RICA*

### 1) *LEGISLACION. -Algunos aspectos legislativos y reglamentarios*

Costa Rica carece de un Código Ambiental o Ley Orgánica del Ambiente. El Decreto Ejecutivo No. 12194-OP de 1981, estableció el Sistema Nacional de Protección y Mejoramiento del ambiente, el cual constituiría el organismo de ejecución y de aplicación de la ley ambiental.

El Decreto no consagra los principios generales de la gestión ambiental ni consigna los paradigmas para el control, uso y manejo de los recursos naturales y el ambiente en el territorio costarricense, el decreto nunca se aplicó a pesar de estar vigente.

Actualmente se encuentra en la Asamblea Legislativa un Proyecto de Código Ambiental, bajo el expediente No. 10426, elaborado por una Comisión Mixta para supervisar en forma permanente y de oficio el desarrollo del Proyecto Miravalles, si bien, es cierto el Código luego de preparado se reformó antojadizamente, podemos rescatarle algunas cosas.

De este Código se encuentra ya elaborada la Parte General, la cual contiene los siguientes puntos importantes:

TITULO I.	Capítulo I.	Disposiciones Generales.
	Capítulo II.	Legitimación.

TITULO II.	Capítulo III.	De la reorganización administrativa.
	Capítulo IV.	Creación del Consejo Ambiental.
	Capítulo V.	El Tribunal Ambiental Administrativo.
	Capítulo VI.	La Procuraduría Agraria y del Ambiente.
	Capítulo VII.	Centro Nacional de Formación y Capacitación Ambiental.
	Capítulo VIII.	De la evaluación de impacto ambiental.
	Capítulo IX.	Financiamiento del medio ambiente.
	Capítulo X.	Seguro de responsabilidad civil.
	Capítulo XI.	Incentivos y beneficios.

La segunda parte del Código será la parte especial y técnica que se preparará próximamente.

## 2) ORGANIZACION ADMINISTRATIVA

Pueden señalarse en Costa Rica las principales instituciones gubernamentales relacionadas con recursos naturales y ambiente, las cuales carecen de un conjunto de relaciones horizontales y se da solo a nivel vertical en forma deficiente. Veamos los principales:

### 1. Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas

- Servicio de Parques Nacionales
- Dirección General Forestal
- a) Depto. de Manejo y Aprovechamiento
- b) Depto. de Repoblación Forestal
- c) Depto. de Economía e Industria Forestal
- d) Depto. de Reservas Forestales
- e) Depto. de Cuenca Hidrográfica
- f) Dirección de Vida Silvestre
- g) Depto. de Investigación Forestal
- Dirección de Energía
- Instituto Meteorológico Nacional

### 2. Ministerio de Agricultura y Ganadería

- Dirección de Recursos de Pesca y Acuicultura
- Dirección de Salud Vegetal
- Dirección de Salud Animal

- Instituto Costarricense de Investigación y Enseñanza en Nutrición y Salud.

### 3. Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes

- Dirección de Recreación
- Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (CONAI)
- Movimiento Nacional de Juventudes

### 4. Ministerio de Planificación

- Sistema Nacional de Protección y Mejoramiento Ambiental
- Instituto de Desarrollo Agrario (IDA)
- Junta Administrativa para el Desarrollo de la Vertiente Atlántida (JAPDEVA)
- Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas (CONICIT)
- Secretaría de Planificación Sectorial Agropecuaria y de Recursos Naturales Renovables
- Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados
- Instituto Costarricense de Electricidad
- Servicio Nacional de Electricidad
- Instituto Costarricense de Turismo
- Comisión Reguladora de la Carne

### 5. Ministerio de Salud

- Dirección General de Salud

### 6. Ministerio de Obras Públicas y Transportes

- Instituto Geográfico Nacional
- Instituto Nacional de Aprendizaje
- Dirección General de Tránsito
- Dirección General de Transporte por Agua

### 7. Ministerio de Educación Pública

- Dirección de Educación Técnica
- CEMEC (Centro para el Mejoramiento de las Ciencias)

8. *Ministerio de Economía y Comercio*

- Normas y unidades de medidas de alimento

9. *Instituciones de educación superior*

- Universidad Autónoma Nacional
- Instituto Tecnológico de Costa Rica
- Universidad de Costa Rica
- Universidad Estatal a Distancia
- Confederación Universitaria Centroamericana
- Universidad para la Paz

10. *Organizaciones internacionales*

- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
- Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación
- Comisión Nacional de Energía Atómica de Costa Rica

11. *Ministerio de Justicia*

- Organismo de Investigación Judicial

12. *Ministerio de la Vivienda*

- Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo
- Comisión Nacional de Emergencia
- Defensa Civil
- Asamblea Legislativa, Comisión Permanente de Asuntos Agropecuarios y Recursos Naturales.
- Comité Protector de los Recursos Naturales de la Provincia de Guanacaste

13. *Organizaciones no gubernamentales*

3) *LEGISLACION PENAL. -Sanciones a personas jurídicas*

Con algunas excepciones (artículo 384 de la Ley General de Salud), “. . . la regla es que solo puede sancionarse a una persona, por su propia conducta (activa u omisiva), a diferencia de la responsabilidad civil que sí puede transmitirse a terceros o puede recaer en personas jurídicas (sociedades)”.

Al referirse a la solidaridad de los partícipes, el artículo 106 del Código Penal de Costa Rica establece que:

“. . . es solidaria la acción de los partícipes de un hecho punible en cuanto a la reparación civil” y que “están igualmente obligados solidariamente con los autores del hecho punible, al pago de daños y perjuicios:

1 . . .

2. Las personas jurídicas cuyos gerentes, administrativos o personeros legales, resulten responsables de los hechos punibles”.

*NICARAGUA*

1) *LEGISLACION*

Carece de Norma Fundamental Ecológica. El IRENA tiene el propósito de promover la formulación de una ley orgánica. A tal efecto está adelantando tareas de sistematización y evaluación de la legislación existente en el país.

Es interesante notar cómo a pesar de haberse dado en Nicaragua un proceso revolucionario, han empezado por el camino de la creación de organismos e instituciones, y se han olvidado un poco de un criterio más importante, que es el de que hagan que estas instituciones coordinen a todas las demás, situación que en los demás países también hace mucha falta, sobre todo por tratarse de la materia de recursos naturales que no admite divisiones ni segmentaciones para lograr su protección, en virtud del principio de la interdependencia de dichos recursos.

2) *ORGANIZACION ADMINISTRATIVA*

El 24 de agosto de 1979 es creado con duración indefinida el Instituto Nicaragüense de Recursos Naturales y del Ambiente (IRENA).

El 9 de octubre de 1979 es promulgada la Ley Orgánica, mediante Decreto No. 112. En esta ley se establece que este organismo será encargado de regular las políticas dirigidas a los recursos naturales del país:

Así el artículo 3 señala en su parte conducente:

"El IRENA tiene por objeto, entre otros, regular la política nacional relativa a los Recursos Naturales y el Ambiente, en los términos expresados en el Art. 3 del Decreto del 24 de agosto de 1979, y dentro del ámbito señalado en el Art. 1 de la mencionada Ley creadora. En tal sentido le corresponde la planificación, administración, control, inversión, manejo y aprovechamiento racional de los Recursos naturales que son patrimonio exclusivo del Estado . . ."

El 2 de noviembre de 1979 en el Mineral de la Luz, Siuna, Departamento de Zelaya, es emitido el Decreto No. 137, Ley de Nacionalización del Sector Minero y Creación de CONDEMINA.

Mediante el Decreto 409, Adición a la Ley Orgánica del Instituto Nicaragüense de Recursos Naturales y del Ambiente (IRENA), del 17 de mayo de 1980, se crea el Consejo Directo de IRENA, como Organismo Superior para dirigir la política general del Estado en cuanto a Recursos Naturales y del Ambiente se refiere, integrado por Ministros y Directores Generales que manejan lo relativo a los diferentes tipos de recursos? minero, pesquero, forestal, de energía, etc., con el fin de establecer una coordinación interinstitucional más fuerte para lograr la protección y desarrollo de los recursos naturales.

A la par, mediante Decreto No. 410 del 17 de mayo de 1980 se crea la Corporación Forestal del Pueblo (CORFOP) para el manejo integral de los recursos forestales adscrita a IRENA. En este Decreto se produce una confusión de las funciones de IRENA con las de CORFOP, ya que entre las que ejecutará esta última se establece la de "dictar y ejecutar la política forestal del Estado, asegurar la conservación, protección, mejoramiento e incremento de dichos recursos, lograr un aprovechamiento integral, racional y sostenido de los Recursos Forestales del país . . .".

El 10 de agosto de 1980 mediante Decreto No. 519 se crea el Instituto Nicaragüense de Minas e Hidrocarburos (INMINEH) y se establece su Ley Orgánica. Este Instituto que constituye un ente autónomo establece entre sus funciones la de explotar de forma racional los recursos minerales e hidrocarburos, así como llevar a efecto su comercialización. Básicamente se estructura con un Director, Sub-director y un Consejo Directivo.

Es importante señalar que este ente autónomo absorbe a CONDEMINA, que ya habíamos referido anteriormente, agregándosele funciones a INMINEH de investigación y estudio de los recursos minerales e hidrocarburos.

Por Decreto 1388 del 30 de diciembre de 1983, se crea la Comisión Nacional de Recursos Hídricos como instancia de Asesoría y Consulta de la Junta de Gobierno de Reconstrucción Nacional en lo referente a la protección, aprovechamiento racional y conservación de los Recursos Hídricos del país. Este decreto principalmente responde a las políticas dictadas por el Estado en materia de recursos naturales y del medio ambiente.

La Comisión se integra por representantes de diferentes instituciones ligadas a este tipo de recursos, tales como, Ministerio de Desarrollo Agropecuario y Reforma Agraria, Instituto Nicaragüense de Energía, Instituto Nicaragüense de Acueductos y Alcantarillados, etc., y contará con una Secretaría Técnica, a cargo de la Secretaría General de la Junta de Gobierno de Reconstrucción Nacional.

El Decreto 1426, del 13 de abril de 1984, ley Orgánica del Instituto Nicaragüense de la Pesca (INPESCA), crea dicho Instituto y establece su Ley Orgánica, estableciéndolo como organismo rector que norma, coordina, supervisa, controla y ejecuta la política del Estado en cuanto a las actividades pesqueras, además norma los procedimientos y principios metodológicos relacionados con el perfeccionamiento del nivel técnico de la producción y vela por la introducción de los nuevos logros de la ciencia y la tecnología en las actividades a su cargo.

## EL SALVADOR

### 1) *LEGISLACION. -Algunos aspectos legales y reglamentarios*

El Salvador carece de Ley Orgánica Ambiental. Ninguna de las disposiciones existentes podría asimilarse la norma ecológica fundamental. La gravedad de los problemas ambientales que padece el país requiere de acciones inmediatas. Las contingencias provocadas por la guerra civil, la crisis económica y la inestabilidad de su régimen democrático, constituyen serios obstáculos para el ejercicio de la gestión ambiental en el país.

Tienen alguna legislación dispersa sobre recursos naturales y lucha contra la contaminación.

### 2) *LEGISLACION PENAL*

El Código Penal de El Salvador, en su artículo 45 establece:

“Tendrá la calidad de imputado toda persona natural mayor de dieciséis años contra quien se ha iniciado proceso penal por atribuírsele haber cometido una infracción penal o haber participado en ella. También se considerará imputado aquel que hubiere sido detenido por atribuírsele participación en un hecho delictivo y el que, sin estar en detención apareciere sindicado en las investigaciones de los órganos auxiliares”.

Por otra parte, cabe destacar que el imputado solo puede serlo una persona natural mayor de dieciséis años, pues no puede atribuirse un hecho delictivo a una persona colectiva o jurídica; la calidad de imputado lo es solo para las personas naturales y por ende la persona natural que, perteneciendo a la asociación o sociedad de personas, acordó o ejecutó el hecho punible. La persona jurídica es ficticia y sus actos solo corresponden a fines y objetivos por y para los cuales se ha creado.

## HONDURAS

### 1) *LEGISLACION. -Algunos aspectos legales y reglamentarios*

Carece de Ley Orgánica Ambiental. Para el ejercicio de derechos y obligaciones en materia ambiental y la aplicación de principios básicos de política ambiental, uso, explotación y manejo de recursos naturales, menester es invocar los principios constitucionales.

La Secretaría de Estado de Planificación, Coordinación y Presupuesto, SECPLAN ha formulado recientemente (febrero 1988) un anteproyecto de Ley General del Ambiente para someterlo a consideración del Congreso Nacional, previo debate en la Comisión de Asuntos Ambientales. El proyecto de SECPLAN consigna disposiciones sobre:

Política ambiental. el sistema nacional de protección, conservación y restauración del ambiente; las formas de desarrollo de la política ambiental; inspección y vigilancia, infracciones y sanciones.

En la exposición de motivos del proyecto en mención, se hace expresamente referencia al delito ecológico en los siguientes términos:

“El delito ecológico es el punto de partida de una nueva concepción social de la agresión ambiental, ante la indiferencia de la sociedad por el daño al ambiente, hoy existe plena conciencia que la destrucción de lo ambiental es un daño irreparable tanto para el hombre como para las generaciones venideras.

Esta nueva idea es la que impone sancionar con la mayor gravedad al daño grave e irreparable que se haga al medio ambiente”.

### 2) *ORGANIZACION ADMINISTRATIVA*

La organización administrativa del Estado de Honduras se trata en la Ley de Administración Pública (1986) y la Ley de Planificación (1986) de las cuales se espera introducir un nuevo marco normativo en la gestión pública con su total vigencia. Sin embargo, hace falta constituir y/o financiar la infraestructura administrativa necesaria para su efectiva aplicación. Bajo el contexto definido de esta legislación se fortalecerán la racionalidad y eficacia del sector público en su conjunto, desarrollando un programa de mejoramiento de la gestión pública que se orienta a:

- a. Incrementar la eficiencia y/o operatividad del gobierno central y organismos descentralizados.
- b. Fortalecer la autonomía y capacidad administrativa y financiera de los gobiernos locales.

La falta de coordinación administrativa a nivel del gobierno central incide seriamente en el entorno natural, ya que ha causado confusiones y conflictos en casos específicos relacionados con el manejo de recursos naturales. Un buen ejemplo se encuentra al reconocer la aprobación del Decreto Legislativo No. 71 de fecha 27 de octubre de 1971 en el Congreso Nacional declarando “Zona Protegida Número Cinco” la cuenca Nacional Agraria ha violado esa ley varias veces con el asentamiento de familias campesinas dentro de la zona protegida.

Existen varias legislaciones relacionadas con los recursos naturales y el ambiente:

- Ley de Municipalidades
- Ley de Reforma Agraria
- Ley de la Corporación Hondureña de Desarrollo Forestal
- Ley Forestal
- Ley de la Corporación Forestal Industrial de Olancho
- Ley del Instituto Hondureño de Turismo
- Ley Constitutiva del Servicio Autónomo Nacional de Acueductos y Alcantarillados
- Reglamento Sanitario de Saneamiento Ambiental
- El Código de Minería



- Ley Orgánica de Antropología e Historia
- Ley de Aeronáutica Civil

### 3) *LEGISLACION PENAL*

El Código Penal de la República de Honduras (Decreto 11483 de agosto 23 de 1983) no consigna el evento normativo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas. En el artículo 34 se legisla sobre coautoría delictiva, específicamente para el caso de acciones criminales cometidas por muchedumbre o tumultos.

## GUATEMALA

### 1) *LEGISLACION. -Algunos aspectos legales y reglamentos*

Promulga su Ley Nacional del Ambiente en 1986. La norma consigna los principios generales de la política ambiental nacional, los derechos y obligaciones del Estado y los ciudadanos en materia ambiental. La ley dispone la creación de una Comisión Nacional del Ambiente, adscrita a la presidencia de la República como organismo central coordinador con facultades y jurisdicción para definir, planificar, programar, organizar y coordinar todos los programas, proyectos y tareas atinentes, al control, uso y manejo del ambiente y los recursos naturales en el país.

La Comisión Nacional del Ambiente ha formulado recientemente un Proyecto Nacional de Legislación Ambiental orientado básicamente a las tareas de reglamentación sectorial de la Ley Nacional del Ambiente. Son objetivos también del proyecto, realizar algunos ajustes a la ley orgánica ambiental a fin de garantizar el rol de la legislación ecológica como instrumento de la gestión ambiental y el desarrollo sostenido en Guatemala.

En cuanto a la legislación ambiental de Guatemala podemos citar la siguiente:

- Créase la Dirección de Bosques y Vida Silvestre, como dependencia del MAGA, 22-6-88. AG 393-88
- Establecimiento del Instituto Forestal Latinoamericano de Investigación y Capacitación, 7-9-60, DC 1384
- Reglamento del Consejo Nacional de Algodón, 25-10-67, AB 25 de octubre, 67 PR

- Comisión Nacional para la Protección del Quetzal, 27-12-72, AM 27 diciembre, 72

- Acuérdesse que bajo la responsabilidad la División de Fauna, Pesca y Agricultura queda la ejecución a nivel nacional de la extensión y fomento piscícola, 15-2-80, AM 15 febrero, 80

- Reglamento Interno de la Dirección General de Energía Nuclear, 2-5-84, A 69-84 MEM

- Comisión Interinstitucional de Investigación Hidro-Oceanográfica, 21-3-83, AG 254-85 ME/MDN

- Ley Forestal, 19-12-84, DL 118-84

- Comisión con carácter de Autoridad para el Rescate y Resguardo del lago de Amatitlán, 12-6-85, AG 489-85 JE/MG

- Comité permanente de Coordinación de Agua Potable y Saneamiento, COPECAS, 28-10-85, AG 1036-85 JE

- Convenio Constitutivo de la Organización Latinoamericana de Desarrollo Pesquero, OLDEPESCA, 7-10-86, DC 58-86

- Comisión Ejecutiva para la Administración de los RRNN de Izabal, 9-2-87, AM 9 febrero, 87 MAGA

- Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente, 5-12-86 DC 68-86

- Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, 3-9-87, OC 52-87

- Estatutos de la Asociación Nacional para el Manejo Seguro de Productos Químicos Potencialmente Tóxicos, 23-12-87, AG 1179-87 PR/MG

### 2) *LEGISLACION PENAL. -Sanciones a personas jurídicas*

El Código Penal de Guatemala en su artículo 38 establece?

“En lo relativo a personas jurídicas se tendrá como responsables de los delitos respectivos a directores, gerentes, eje-

cutivos, representantes, administradores, funcionarios o empleados de ellos, que hubieren intervenido en el hecho y sin cuya participación no se hubiere realizado éste y serán sancionados con las mismas penas señaladas en este Código para las personas individuales”.

La norma no expresa claramente si las personas jurídicas pueden ser consideradas criminalmente responsables. En el contexto latinoamericano, es posible encontrar tal precisión en el Código de Defensa Social Cubana (1936), pero en lo que respecta a los países centroamericanos, como se ha demostrado, no existe tal precisión.

## CONCLUSIONES

No hay duda de que cuando se quiere analizar la realidad centroamericana en los aspectos económicos y sociales, y le adjuntamos la variable ambiental, las conclusiones no son nada halagadoras. No hemos podido en estos últimos 10 ó 20 años enderezar nuestras economías y por lo tanto, los problemas sociales también afloran.

No hemos considerado necesario introducir la balanza ecológica dentro de los cálculos fríos de la economía, Los resultados son hoy evidentes.

Si bien es cierto ha existido un avance al consagrarse en las constituciones de la mayoría de los países algún artículo que permita derivar un derecho al ambiente, ha faltado el indicativo más vigoroso del tipo de desarrollo que queremos que los poderes públicos sigan teniendo con respecto al ambiente. El esfuerzo para que las constituciones consagren la obligatoriedad de Estrategias Nacionales de Desarrollo no ha sido prioridad, salvo en Costa Rica a nivel de Directriz del Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas, que incluso con el cambio de Gobierno hay más duda todavía sobre su eficiencia.

No hay un desarrollo uniforme de la legislación en los diversos países del área. En la mayoría existen proyectos de ley para un Código del Ambiente en los respectivos congresos. Sin embargo, la voluntad política para aprobarlos es tímida la mayoría de las veces. Guatemala recién empieza con una Ley del Ambiente y una Comisión adscrita a la Presidencia de la República que trata de equilibrar algunos de sus problemas. Nicaragua se ha debido dedicar a aspectos sociales que se han considerado primordiales en la revolución, antes que a los ambientales. A nivel institucional, a pesar de tener un organismo (IRENA) que pudiera coordinar, ha permitido que proliferen algunos organis-

mos más desligados de este último. Por otro lado, estamos lejos de haber aceptado la condena penal de las personas jurídicas, situación que facilitaría el castigo de grandes transgresiones por parte de las industrias más contaminantes que generalmente tienen forma de organización en empresas privadas propias y necesarias del derecho común.

Para El Salvador hemos encontrado poco desarrollo legislativo importante.

Los demás países conservan un desarrollo institucional desarticulado y una evolución legislativa en la mayoría de veces poco efectivas. Incluso los Códigos y nuevas leyes más modernas que se han adoptado tienen críticas que hacerles, sin embargo, esto podría ser el motivo de otra investigación futura.

## RACIONALIDAD Y METODO PARA EL DERECHO: ¿ES ESO POSIBLE?

(Parte final)(\*)

Dr Enrique P. Haba

(\*) La parte inicial de este trabajo se publicó en la *Revista de Ciencias Jurídicas* No. 66, p. 65-133; cf. ahí, en las p. 67-68, el Sumario completo.

Afilan y afilan cuchillos, pero no se preocupan de qué cortar.

H. LOTZE

Hasta la ciencia es, para muchos, una nueva fuente de ilusión, una nueva huida del cambio y del azar, un nuevo camino hacia lo absoluto. Pues, desafortunadamente, para muchas personas la ciencia es una Carta de Certeza... Sea lo que fuere aquello que se pueda desear que el mundo del derecho sea, este es, y casi son seguridad será, [siempre] incierto.

J. FRANK

Precisamente porque el elemento personal no puede ser enteramente excluido, mientras que, a la vez, la decisión tiene que asumir lo más cercanamente posible una forma impersonal, objetiva, racional, está la tentación de dejar de lado la lógica vívida que realmente condujo a la conclusión, y sustituirla por formas de hablar que son rigurosas

en apariencia [solamente]  
y brindan una ilusión de certeza.

DEWEY

Es preciso haber perdido toda fe en la teoría, para poder servirse de esta sin peligros.

JHERING

La historia de la ciencia constituye, toda ella, una sola y grande confirmación del hecho de que en todas partes nos resulta difícil adoptar, por ejemplo, una aproximación científica nueva. El pensamiento nos encarrila siempre de nuevo por el derrotero acostumbrado, incluso si este se volvió inadecuado y aunque lo nuevo, más adecuado, de por sí no ofrezca ninguna dificultad especial.

SCHUMPETER

Me temo que la principal contribución de la ciencia será librarnos de supersticiones, más que revelarnos la verdad última.

RENAN<sup>(a)</sup>

(a) Hermann Lotze: "...dass das beständige Wetzen der Messer langweilig sei, wenn man nichts zu schneiden vorhabe" (mi traducción es algo libre -E.P.H.-); para la referencia bibliográfica completa de esta cita, *vid. infra*, n. l. Frank: *Law...*, p. 307 y 398. Dewey: p. 24. Jhering: p. 67-68 (la misma idea se retoma también en las p. 71-72 y 115). Josef Schumpeter: cit. en Albert, *Traktat über rationale Praxis*, p. 58. Ernest Renan: cit. en Dubos, p. 18.

Podría decirse que el estudio presentado, en vez de examinar principalmente lo que el derecho es, más bien se ocupa de algo que este no es. Sin embargo, eso -racionalidad, método, ciencia- que él NO es, o que sólo en débil medida es, no significa una ajenezidad cualquiera, una cosa cuya falta tenga escasa relación con el papel que el discurso jurídico pretende cumplir. Si, como reza la célebre sentencia de Spinoza, *Omnis determinatio est negatio* (toda determinación es una negación), también lo recíproco es cierto: cuando negamos algo respecto al objeto (o tipo de objetos) A, eso implica, desde ya, predicar una *determinación* acerca de ese mismo objeto. Diciendo que A no es B, de alguna manera delimitamos lo que A sí es o pueda ser, estamos afirmando algo del propio A. Cuando aprendemos que A es otra cosa que B, conocemos mejor a A; entonces sabemos más de A que si esa diferencia no la tenemos clara. Formulado en términos más ampulosos: el propio "ser" -*determinatio*, positividad, afirmación- de A consiste, entre otras cosas, en ese su "no-ser" -*negatio*- B<sup>(b)</sup>.

Claro que las negaciones pueden ser tan triviales que no valga la pena detenerse a formularlas de modo explícito. Pero en muchos casos no es así. No siempre se distingue a primera vista, y a menudo ni siquiera lo advierten exámenes en profundidad, cosas (importantes) que A no es.

En cuanto al derecho, no está nada claro, si nos atenemos a la conciencia común de sus operadores y a la doctrina jurídica de mayor recibo, cuál es su "racionalidad", su "método", su verdadero estatus de "ciencia". Y ello podemos plantearlo también así: preguntar en qué cosa *no* consiste su tipo de razonamiento, qué cosa *no* son su método y su ciencia, por contraste

(b) "...solo comprendemos por vía de contraste, a saber, cuando entendemos qué es la ausencia de lo comprendido porque el objeto aparece en el trasfondo del mundo que él mismo no es. El acto de reconocer o de identificar la cosa es simultáneo con el movimiento conceptual que alcanza lo que la cosa identificada no es: *Omnis determinatio est negatio*. Si decimos que algo es de cierta manera, solo lo sabemos cuando sabemos de qué manera es otra cosa que no es precisamente de esa manera" (Leszek Kolakowski, *La presencia del mito*, trad. de Cristóbal Piechocki, Amorrortu, Buenos Aires, 1975, p. 66). "Est-ce connaître une folie que de la prendre pour la raison? Pour être sage il faut discerner ce qui ne l'est pas. (...) C'est un mal de savoir ce qu'ils (les hommes) pensent, quand on ignore si ce qu'ils pensent est vrai ou faux. [...] La science qui instruit et le médecin qui guérit sont fort bonnes; mais la science qui trompe et le médecin qui tue sont mauvaises. Apprenez-nous donc à les distinguer. Voilà le noeud de la question" (J.-J. Rousseau, *Emile*, Libros III y I; cursivas mías, E.P.H.).

con lo que caracteriza a otras disciplinas científicas. Como estos tres términos –racionalidad, método, ciencia– son ambiguos, y también vagos, para contestar a dicha interrogación hay que comenzar por precisar lo que significa cada uno de ellos (de *eso* se ha ocupado el presente trabajo); luego podremos averiguar si, de acuerdo con ese o esos significados, corresponden o no a la práctica del derecho. Tal pregunta tiene su importancia –ya que la respuesta no es obvia– para aquilatar lo que el discurso jurídico es en verdad. Si queremos alcanzar una conciencia *realista* sobre el derecho, vale decir, llegar a ver *más allá* de lo que nos dicen sus textos oficiales y su dogmática, importa advertir cuánto *no* es ni racional ni metódico en el orden de pensamientos que cultivan sus operadores, y sobre todo relacionándolo con el funcionamiento de ese discurso en el plano de su aplicación (o faltas de aplicación) práctica. Sin empezar por saber *qué* es racionalidad y método científicos, o sea, lo que el derecho NO es, difícilmente se logra percibir lo que él sí es.

La discusión, siempre renovada, acerca de los que quieren decir palabras como “racionalidad”, “razonable”, “método” y “ciencia” –u otras: “razón”, “verdad”, “justicia”, “libertad”, “democracia”, etc., y hasta el propio término “derecho”– se justifica porque, lo queramos o no, ellas constituyen la llave lingüística por medio de la que nuestra atención es dirigida hacia ciertos círculos de cuestiones cuya solución tiene influencias decisivas sobre la vida cotidiana<sup>(c)</sup>. Solo que, para no engañarse en tales discusiones, habría que tener claro –y los que protagonizan esas discusiones no suelen tenerlo– que somos *nosotros* mismos quienes como locutores, al emplear dichos vocablos de acuerdo con unos u otros sentidos, *decidimos* utilizarlos así. Esta decisión, la de *optar* por tal o cual significado al usar la palabra discutida, es tributaria de los intereses de conocimiento y de acción del grupo de locutores que prefiere dicho sentido, y que por eso deja de lado otros sentidos de ella. Para la misma palabra, unos grupos eligen el sentido X y otros adoptan el sentido Y, porque difieren los propósitos de aquellos y estos al emplearla. La raíz de sus discrepancias reside verdaderamente en eso, en el destino

(c) “...puesto que el mundo mantiene en gran parte su cohesión gracias a las palabras, [resulta que] cuando estas dejan de significar una misma cosa para quienes las usan, es natural que los hombres no logren entenderse y se originen entre ellos conflictos y que disputen entre sí” (Louis Wirth: Prefacio, p. XXVI, en la obra de Mannheim indicada en la n. 38, *supra*). Y con eso tiene que ver, también, el carácter “interesado” de cualquier definición que se ofrezca de tales términos: *vid. supra*, el Excurso (esp. *in limine*), y también la n. siguiente.

*práctico* distinto que le dan al usarla, y no en el conocimiento o desconocimiento de un imaginario cielo de inmovibles significados que serían inmanentes a cada término (cf. Jhering, Parte III: “En el cielo de los conceptos jurídicos”). De ahí que, no obstante este carácter opcional y “persuasivo” que siempre tiene cualquier definición que se proporcione de dichos términos, la verdad es que tales discusiones, aunque analizadas desde el punto de vista lógico no sean más que unas “cuestiones de palabras”, resultan no ser inofensivas desde el punto de vista práctico. Pues lo que a través de ellas se debate, en el fondo, es qué debemos pensar –y hacer!– respecto a cosas que nos afectan de modo fundamental. Al aceptar que la palabra en cuestión comprende algunas de esas “cosas”, pero no otras, con ello testimoniamos que las primeras gozan de nuestra bendición, y más bien se la negamos a las segundas<sup>(ch)</sup>. Tal opción contribuye a predisponernos, por lo menos en principio, a *actuar* en favor de aquellas, y no (o mucho menos) en favor de estas. Con terminología de la semiótica: si bien cualquier significado de una palabra es tan convencional y arbitrario como cualquier otro, en el plano de la *semántica*; eso no quita que respectivamente ellos tengan, al ser usados, distintos efectos reales, en el plano de la *pragmática* lingüística. Hay “cuestiones de palabras” que, aunque estériles desde el punto de vista *lógico-semántico*, están cargadas de consecuencias en cuanto al uso *pragmático-social* de ese discurso.

En una discusión como, por ejemplo, la presentada en mi estudio, el hacer ver que la palabra “método” tiene *distintos* sentidos permite tematizar que los métodos (sentido amplio) corrientes del derecho podrían ser reemplazados por *otros* métodos (sentido estricto), vale decir, que también una *mejor* “ciencia” del derecho es concebible. Al traer a colación, tomando como modelo lo que es propio de otras ciencias, la idea de una “racionalidad” en sentido estricto, ello sirve como elemento de comparación frente al pensamiento jurídico habitual, pone de relieve que habría la posibilidad de transformarlo en un discurso menos manipulable. Estas cuestiones de palabras –precisar a *qué* “racionalidad”, *qué* “método”, *qué* “ciencia” nos referimos– implican sentar unos criterios en función de los cuales se pasa a *juzgar* las materias a que dichas definiciones se aplicarán. Según cuál sea la definición elegida, será el juicio de apreciación, basado en ella, sobre los asuntos en examen: por ejemplo, acerca del derecho. Las definiciones que se acepten funcionan como pautas *heurístico-críticas* para evaluar, transformar o elabo-

(ch) Las palabras son galardones que cada persona trata de conferir a las cualidades de su predilección” (Stevenson, p. 199 de la trad.). Cf. *supra*: ns. 10 y 38, y el Excurso.

rar las realidades que se miran a la luz de aquellas. Tales cuestiones de palabras, lejos de agotar su influencia en el nivel semántico únicamente, son ni más ni menos que indicaciones para la *praxis*. (Indicaciones que, como cualesquiera otras, serán seguidas o no, según el conocimiento, la voluntad, los intereses y las limitaciones reales de sus destinatarios.) Porque la definición que se elija es una guía, y suele implicar una justificación, para tal o cual género específico de prácticas, por eso distintos grupos de opinión —diferencias ideológicas, de intereses, etc.— discuten con tanta pasión cuál es la definición “verdadera” del término de que se trata. Así, mientras que las definiciones propuestas en el presente estudio constituyen unos instrumentos para la *crítica* del discurso jurídico común, otras definiciones (menos estrictas) de esos mismos vocablos obran, por el contrario, como escudos intelectuales que legitiman ideológicamente el *status quo* de dicho discurso y la formación tradicional de los juristas (cf. *supra*, a la altura de las ns. 29 y 37-38; y aquí mismo, *infra*, lo relativo al “Tipo I”).

Desde luego, tanto “racional” como “razonable” se pueden definir también de cualquier otra manera (*supra*, ns. 10 y 38). Por ejemplo, Atienza distingue entre “‘racional’ (a secas)” y “‘estrictamente racional’”, haciendo que lo primero comprenda también lo “razonable”; y señala que esto último, a su vez, puede entenderse en sentido amplio o en sentido estricto (*Para una razonable...*, p. 192 ss.). En fin, lo cierto es que la línea divisoria entre lo racional y lo razonable aparece trazada en unos u otros puntos, según lo que se quiere destacar, o disimular, y lo que se desea proponer.

Por mi parte, he querido poner principal énfasis en la cuestión de la INTERSUBJETIVIDAD (fuerte) que caracteriza al discurso de la ciencia normal en todas las disciplinas más avanzadas y metodológicamente exigentes. De ahí que haya propuesto una definición “estrecha” para el término racionalidad (cf. *supra*, entre las ns. 13 y 14), aunque en modo alguno se me oculta que ella no es ni más ni menos estipulativa que cualquier otra definición de dicho término. Toda definición de unos términos teóricos se elige por determinado *interés* de conocimiento. En mi caso, juzgué importante comparar el pensamiento jurídico habitual con el de ciencias *más* exigentes. Dicha definición es heurística, para *ese fin*.

Desde *tal punto de vista* no me parece bastante “estricta”, en cambio, una definición como, por ejemplo, esta: “Una decisión jurídica es *estrictamente* racional si y solo si: 1) Respeto las reglas de la lógica deductiva... Por ‘lógica deductiva’ hay que entender aquí la lógica clásica de predicados de primer orden. (...) 2) Respeto los principios de la racionalidad práctica... a saber, los principios de: consistencia, eficiencia, coherencia, generalización y sinceridad. 3) Se adopta sin eludir la utilización de alguna fuente del Derecho de carácter vinculante. 4) No se adopta sobre la base de criterios éticos, políticos, etc., no previstos específicamente (aunque pudieran estarlo genéricamente) por el ordenamiento jurídico” (Atienza, *loc. cit.*, p. 193-194 —la cursiva es mía—). Pienso que esta noción de racionalidad, y otras análogas, justamente no debiera calificarse de “estricta”, ya que ella, a diferencia de la nuestra, no permite

trazar una verdadera línea divisoria entre el razonamiento científico normal (intersubjetividad fuerte) y todo aquello que es *sólo* razonable (intersubjetividad débil). La definición transcrita, si es aceptada, hace que lo racional resulte no menos azaroso que lo razonable, ya que las faltas de intersubjetividad se cuelan sin dificultad por esos ítems. Por ejemplo: 3) con frecuencia es discutible, precisamente, *qué* fuente de derecho sea la “vinculante” para un caso dado, pues esto depende nada menos que de la variada interpretación de los textos del Derecho (y también de la de unos hechos); 4) del mismo modo, *qué* criterios estén previstos “específicamente” por el ordenamiento jurídico, sobre todo si se trata de vincularlos a decisiones concretas, es cosa no menos discutible y discutida que lo anterior, cada parte entenderá que es “específico” el criterio que ella invoca y no aplicable el aducido por la contraparte. Aunque Atienza ofrece una definición distinta para lo que él llama “razonable en sentido estricto” (p. 193), la multiplicidad de interpretaciones que tolera también aquello otro que él denomina “estrictamente racional” hace que, en la práctica, así cualquiera de las dos calificaciones resulta igualmente aplicable —desde el punto de vista semántico, o sea, *sin violar dichas definiciones*— a la mayoría de las decisiones jurídicas habituales.

O bien, por ejemplo, que la “tópica” sea considerada como algo que es racional, razonable o ninguna de las dos cosas, también eso depende del valor que se le quiera reconocer a la intersubjetividad (fuerte) como modelo para el pensamiento jurídico. Acerca de esto, Viehweg fue más franco, y también mucho menos pedante, que otros teóricos de lo razonable (*supra*, n. 31). Es acertada una observación de Kriele al respecto (él la hace con referencia a la tópica, pero es válida para lo razonable en general, o sea, también para la posición que sostiene el propio Kriele en materia de metodología jurídica): “Por regla general, claro que allí estará ausente el *consenso*, pues un problema constitucional y un proceso constitucional [y también las cuestiones discutidas en otras ramas del derecho] surgen precisamente de la falta de consenso (de “diferencias de opinión o dudas” sobre la interpretación de la Constitución —art. 93 GG—); y la falta de homogeneidad en el gremio de los juristas y en la sociedad en general, hace que la escala de las posibles diferencias de opinión se nos aparezca como casi infinitamente ancha. Esta vaguedad e inseguridad ha provocado dudas respecto a la tesis de la tópica...” (p. 151-152). Dudas en cuanto a las que, de todos modos, importa considerar una precisión: “Si alguien invoca aquí el carácter lesivo de esta construcción para el principio de legalidad o la seguridad jurídica, la réplica podrá ser distinta según que la tópica [e igualmente la argumentación, la hermenéutica, etc.] se entienda como *descripción* o como propuesta *normativa*” (García, p. 175 —cursivas mías, E.P.H.—). ¡Solo que, casi siempre, los apologetas de lo razonable *no* hacen ver tal diferencia!

La definición que en la Teoría del Derecho se escoja respecto a los términos discutidos es, por tanto, algo así como la síntesis y el punto de partida para programas de *política* jurídica (cf. *supra*, el Excurso). Es cierto que aceptar una definición de racionalidad y de método como la adoptada por nosotros, significa postular una política, en materia de métodos para el derecho, que bien se puede calificar de utópica. Lo es, en efecto, pues contrataría

los hábitos intelectuales más arraigados en el gremio de los juristas y, por añadidura, también va a contrapelo de las funciones retórico-ideológicas que está llamada a desempeñar buena parte del discurso jurídico. Pero este carácter de “utopía” que tiene el pretender que el derecho llegue a incorporar niveles de racionalidad como los alcanzados en otras ciencias, no es otra cosa, precisamente, que un característico rasgo de los programas políticos, y tanto más cuanto menos estos se priven de sacar a luz aspectos de los cuales los partidarios del *status quo* prefieren no hablar. La utopía es, desde Platón, una manera de presentar las cosas en la que, sobre todo, es cuestión de hacer más patentes los fallos del modelo real, por contraponerle ese modelo ideal. La utopía –negación– permite conocer mejor lo que es –determinación– la no-utopía, el *status quo*, y sea o no que este pueda en la práctica ser finalmente cambiado en una dirección que deje a la realidad menos lejos de lo que por ahora resulta utópico. No otro es el sentido de la orientación “utópica” que respecto al derecho pueda tener el saber lo que son racionalidad y método científico, cosas que el derecho no es, si estos términos se entienden según fueron definidos aquí (cf. *supra*, n. 42 *in fine*). Y si la aplicación de un pensamiento de esta naturaleza, más científico, a las cuestiones del derecho debiera entonces considerarse como cosa quimérica, tal vez quepa concluir, también respecto a esta utopía, en términos análogos a lo que Rousseau dijo acerca de otra:

“Proponed lo factible, no cesan de repetirme. Es como si se me dijera: Proponed hacer lo que se hace; o por lo menos proponed algún bien que se alíe con el mal existente. Tal proyecto, respecto a ciertas materias, es mucho más quimérico que los míos, porque en esa alianza el bien se corrompe y el mal no se cura. (...) [F]actible es lo que vosotros queráis hacer. ¿Debo responder yo de vuestra voluntad?” (Emilio, Prefacio –cursivas mías, E.P.H.–).

\* \* \*

Hemos hablado de ciencia en sentido *estricto*; y la distinguimos del tipo de “ciencia” que domina en el pensamiento jurídico, el cual en todo caso no es más que una ciencia en sentido *amplio*, o *amplísimo*. La ciencia en sentido *estricto*, según fue definida aquí (*supra*, VIII *in fine*), corresponde a lo que Kuhn llama “ciencia normal”: la conformada por los conocimientos y la práctica intersubjetivamente reconocidos como legítimos por la generalidad de los profesionales de una disciplina científica dada, en determinada etapa del desarrollo histórico de esta. Pero también suele suceder que, además del acervo de conocimientos que allí son los “normales” en un período,

aun entonces haya ciertos puntos y teorías más discutibles dentro de esa rama, o sea, unos aspectos para los que falta o es menos fuerte la intersubjetividad que reina en el resto (“normal”) de dicha ciencia. Todo eso puede dar lugar, aunque no necesariamente, a lo que Kuhn denomina “ciencia extraordinaria”: cuando algunos científicos, para resolver ciertas cuestiones fundamentales a las que no está en condiciones de contestar satisfactoriamente la ciencia normal, llegan a subvertir criterios básicos de esta, con el fin de solucionar esos problemas (*puzzles*). A diferencia de la ciencia normal, la extraordinaria no presenta –por lo menos mientras esta no consiga (con el tiempo, acaso) imponerse a su vez como ciencia normal– una “racionalidad” en el sentido apuntado aquí (*supra*, a la altura de la n. 13), ya que la ciencia extraordinaria carece, por definición, de la intersubjetividad que caracteriza a la ciencia normal. [Sobre todo esto, cf. Lakatos/Musgrave.]

Si para el derecho hubiera una ciencia en sentido estricto y que allí fuese la normal, eso no quitaría, por supuesto, que en algún momento pudiera ser subvertida por nuevos paradigmas de razonamiento jurídico, los cuales entonces significarían, respecto a aquella, una ciencia extraordinaria. Mas no es ese el tema del estudio precedente, pues en él no se examina una ciencia jurídica en sentido *estricto* que funcione como ciencia normal. Si puede decirse que hay una ciencia jurídica normal, la tradicional, esta se caracteriza precisamente por *no* ser ciencia en sentido propio (*supra*, VIII *in fine*), a diferencia de lo que son las ciencias normales en otras disciplinas. La cuestión que se discute en ese estudio es, pues, otra: suponiendo que el derecho tenga o pueda llegar a tener una ciencia “normal”, ¿qué hace *falta* para que, además, esta consiga ser *racional* y *metódica*, en sentido estricto?

Cuando tal pregunta es abordada, directa o indirectamente, en trabajos que están al día con enfoques avanzados de la actual Teoría General del Derecho, o con aquello que en alemán se llama Investigación Básica del Derecho (*Rechtsgrundlagenforschung*), el examen sobre la racionalidad del discurso de los juristas se lleva a cabo de acuerdo con tres grandes tipos principales de orientaciones teoréticas. Dos de ellos (Tipos I y II) son, en el fondo, optimistas en cuanto a la presencia de tal racionalidad o la posibilidad de llegar a alcanzarla; el otro (Tipo III) lo es mucho menos, o no lo es en absoluto.

*Tipo I.*– Este constituye una tendencia netamente conservadora. La forman aquellos autores para quienes el pensamiento jurídico profesional está bien como está, consideran que él ya es lo bastante racional o razonable. Entienden que, en lo sustancial, nada hay que criticar ni que corregir en ese

discurso, detalles aparte, por lo menos en cuanto al que se hace presente en las democracias capitalistas de Europa Occidental. Por eso piensan que alcanza, para obtener la teoría científica acerca de él, con sacar a luz y destacar los modelos de razonamiento que los juristas manejan de por sí en forma habitual, o sea, revelar su *propia* racionalidad o razonabilidad. Tal es, en general, la posición de los topicistas, los hermeneutistas, los apologetas de la argumentación jurídica razonable, etc.; cf., por todos, los trabajos de Perelman<sup>(d)</sup>.

*Tipo II.*- Estos otros estudios, en cambio, se orientan a lograr una *mejora* del discurso jurídico, o cuando menos en las vías para analizarlo. Proponen el empleo de técnicas del pensamiento que, según opinan esos autores, son más racionales que las que en la actualidad suelen emplear los juristas. Las direcciones que se señalan para hacer tal cosa son muy variadas, prácticamente tantas como las escuelas epistemológicas respecto al discurso científico en general. Muchos de dichos estudios, acaso lo más “técnicos”, ofrecen poco o ningún interés desde un punto de vista como el del propósito central que persigue nuestro estudio: señalar pistas para hallar  *criterios*  capaces de hacer verdaderamente  *metódico*  el discurso profesional del derecho, o sea, someterlo a una pautas que en la mayor medida posible permitan que también en él lo razonable esté encauzado, limitado, mediante lo científico- *racional* . Nuestra respuesta fue que, si tal posibilidad existe, hay que buscarla por vías de la adaptación o la construcción –a diferencia de lo que en la actualidad domina en el pensamiento jurídico– de unos métodos  *en sentido estricto*  que sirvan para resolver cuestiones de derecho. No es hacia ahí, sin embargo, que conducen los caminos constituidos por las innovaciones teóricas que manejan ciertas corrientes actuales, de quienes la navaja de Occam se apiade, donde por “ciencia” pareciera entenderse más o menos lo mismo que desaforada inflación de tecnicismos o esquematomanía: lógica deóntica,

(d) Cf. también *supra*, a la altura de las ns. 29 y 30, e *infra*, el Punto 2 del Apéndice. El propio Perelman llega a expresar sin tapujos dicho carácter apologetico: cf., p. ej., el artículo donde subraya “Lo que el filósofo [y no solo este] puede aprender por el estudio del derecho” (*Ce que le philosophe...*). Otro ejemplo: asimismo Gadamer consagra un apartado de su influyente obra a destacar “El carácter paradigmático [ejemplar] de la hermenéutica jurídica” (cap. 10.3 de la trad.). Por otro lado, estudios como el de Toulmin o el de Poirier, aunque no sería justo calificarlos de propiamente apologeticos respecto al pensamiento jurídico, pueden ser usados en apoyo de posiciones del Tipo I.

semántica estructural, etc.<sup>(e)</sup>. Pero también hay, es cierto, modernas tendencias de investigación que no comulgan con esos fuegos fatuos; no se dedican a multiplicar terminologías pedantes para decir trivialidades, o para solazarse en distinciones tan minuciosas como estériles, sino que tratan cuestiones de verdadera importancia para la práctica del razonamiento *vivo* dirigido a

(e) Estas aproximaciones se inscriben dentro de una gran corriente, que sobre todo ha cobrado mucho impulso en los últimos años, cuyos autores suelen entender que sus estudios responden a un campo específico de investigaciones denominado  *semiótica jurídica* . En realidad, bajo tal rúbrica entran orientaciones metodológicas distintas y muy variados énfasis temáticos (al respecto se puede cf. Jackson y también, p. ej.: Colloque International de Sémiotique Juridique, Roque Carrión-Wam ed., *Revue de Recherche Juridique. Droit Prospectif*, 1986-2, Presses Universitaires d'Aix-Marseille). De ahí que, junto a direcciones como las arriba mencionadas, donde todo el ingenio reside en la inusitada pedantería con que en ellas se pergeñan toda clase de formalismos, también haya otras que se dedican a abordar cuestiones más sustantivas a partir de unos análisis de lenguaje: los conflictos de interpretaciones en el derecho, funciones sociales del lenguaje jurídico, incidencia de ideologías en el discurso de los juristas, diferencias entre las normas del derecho, etc. (cf., p. ej., la Parte Tres del libro de Jackson sobre *Semiotics and Legal Theory* y algunos de los estudios –Roberta Kevelson, Peter Goodrich, Domenico Carzo– del mencionado Colloque, o el libro de Warat y los ilustrativos –aunque muy pedantes– análisis de Schreckenberger; *vid.* además el opúsculo de Bernard S. Jackson, *Semiotics and Critical Legal Studies*, Working Papers di Sociologia No. 4, Università degli Studi di Messina, Facoltà di Scienze Politiche, 1986).

Téngase en cuenta que: “Hay, por cierto, algunas aproximaciones (*approaches*) en la semiótica que sostienen que todas las relaciones son de texto, y que el contexto socio-económico mismo tiene que ser textualizado, analizado semióticamente, y sus relaciones con otros textos ser concebidas en términos de inter-textualidad más bien que con referencia a modelos científicos sociales (particularmente los causales)<sup>50</sup>. (50. La escuela de Greimas [semántica estructural] es a menudo vista de esa manera... La cuestión es compleja, e implica el asunto de la referencialidad...) Pero existen también otras aproximaciones en la semiótica, que se ven a sí mismas como estrechamente integradas con la sociología” (Jackson, *Semiotics and Critical Legal Studies*, p. 12). En cuanto a este último punto de vista, cf. esp., entre los materiales del Colloque, la contribución de Carzo (p. 357-363): “Considérations sur la sémiotique juridique: le point de vue sociologique”; y compárese, por ejemplo, con el aparatoso despliegue de jeringonza en que, para decir trivialidades o inflar unas analogías meramente pedantes, se solaza el autor que allí representa a la semiótica estructural aplicada al derecho (Eric Landowski, “Pour une approche sémiotique et narrative du droit”, en *ibid.*, p. 39-69).



resolver problemas sustanciales del derecho. Así, en años recientes se han dado a conocer estudios donde, con base en teorías de la argumentación<sup>(6)</sup>, pero orientándose hacia niveles teóricos que conducen mucho más allá del conformismo tipo Perelman (o el de Kriele, etc.), se consigue poner mejor de

(f) “Objeto del análisis son aquellos enunciados y expresiones con cuya ayuda son ‘fundamentadas’ las directivas y tomas de posición judiciales. Tal como se ha expuesto, estos signos serán llamados ‘argumentos’. El manejo judicial y retórico de estos argumentos lo llamamos ‘argumentación’” (Schreckenberger, trad., p. 113). “ ‘Argumentar’ quiere decir: indicar las razones que permiten que una afirmación aparezca justificada, acertada o, al menos, discutible. Las razones para alcanzar esta meta tienen que ser propuestas de tal modo que convengan al presunto participante en la discusión, que sean capaces de que supere, por ejemplo, las razones opuestas por él alegadas. Quien esboza una Teoría de la Argumentación piensa sobre todo en la discusión de las cuestiones jurídicas ante el tribunal, en el despacho profesional y en la literatura. Es obvio que el hallazgo del fallo judicial, como también el que una opinión logre imponerse en la literatura, se lleva a cabo normalmente por la vía de un discurso. Esto sugiere, en efecto, exponer las fundamentaciones jurídicas como formas de argumentación y cadenas de argumentación” (Larenz, p. 507; la cita que trae la n. 29, *supra*, es continuación de lo transcrito aquí). Todo lo cual está muy relacionado con el asunto de la tópica (*supra*, n. 31): “Lo que Viehweg anticipa, en la misma época en que lo hacen también otros autores [sobre todo Perelman] con matices diversos, es la perspectiva argumentativa, la idea de que es en el contexto de cada situación donde se ponen las bases para la decisión correcta, a través del intercambio de razones. Y los propios contornos de la situación se expresan mediante la acción comunicativa entre los sujetos. Se trataría en todo ello de un proceso retórico, marcado por la inexistencia de verdades apodícticas que puedan fundar una solución indiscutible, y abocado, por tanto, a la permanente construcción y reconstrucción de soluciones meramente plausibles. Y la tópica sería el auxilio principal del que las partes en ese proceso dialógico pueden servirse como fuente de sus argumentos, de esas razones sobre cuya discusión se asentará la decisión” (García, p. 178).

De todos modos, tampoco hay que perder de vista que, en la literatura especializada, el término “argumentación” se emplea de acuerdo con sentidos de lo más variados: cf. Struck, *Zur Theorie...* Vid. además, sobre todo para no dejarse engañar por el uso retórico (tramposo, efectista) de argumentaciones, el ilustrativo librito de Naess y, más ampliamente, la clásica monografía de Ch. Perelman y L. Olbrechts-Tyteca: *Traité de l'argumentation*, Presses Universitaires de France, París, 1958, 2 vols. (la reimpresión, en un solo volumen, ha sido publicada por Editions de l'Université de Bruxelles, Bruselas, 1970). [Cf. también: *supra*, VIII (esp. hasta la n. 29), e *infra*, el Punto 2 del Apéndice.]

FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA  
relieve variadas pautas que subyacen a los discursos jurídicos reales y, además, se llegan a delinear esquemas de lógica material —modelos de razonamiento argumentativo— que podrían hacer, debidamente manejados, que esos discursos alcanzasen otra coherencia y llegaran a ser más intersubjetivos. Alexy, por ejemplo, ha indicado criterios para una racionalidad argumentativa “procesal” del discurso práctico, y en particular el del derecho, de modo que la intersubjetividad consiga así ser incrementada, hasta donde resulte prácticamente posible, por medio del procedimiento en cuestión<sup>(6)</sup>; habría

(g) “El comportamiento es *sustantivamente* racional cuando es apropiado para alcanzar metas dadas dentro de los límites impuestos por las condiciones y las restricciones dadas. Adviértase que, de acuerdo con esta definición, la racionalidad del comportamiento depende del actor sólo en un sentido: sus metas. Dadas estas metas, el comportamiento racional está determinado enteramente por las características del ambiente en el que ocurre. (...) [En cambio:] El comportamiento es *procesalmente* racional cuando es el resultado de una deliberación apropiada. Su racionalidad procesal depende del proceso que lo generó” (Simon, p. 133-135 —cursivas mías, E.P.H.—).

El segundo tipo de racionalidad, la procesal, que para el discurso práctico en general ha sido subrayada particularmente por Habermas en Alemania, es la que elabora asimismo Alexy: “De acuerdo con esta teoría (la teoría del discurso racional), un enunciado normativo es correcto o —presuponiendo una teoría liberal de la verdad— verdadero, cuando puede ser el resultado de un determinado procedimiento, es decir, el del discurso racional. La relación entre corrección y procedimiento es característica de todas las teorías procesales. Si *a* es el representante de una teoría procesal que ha de ser construida sobre el procedimiento *P*, a la pregunta acerca de si un enunciado normativo *N* es correcto [, el autor *a* la] responde diciendo:

D: un enunciado normativo *N* es correcto si, y solo si, puede ser el resultado de un procedimiento *P*.

Dentro del marco de las teorías procesales hay muy diferentes formas de presentación de *P*. Las diferencias pueden clasificarse según que se refieran (i) a los individuos que participan en el procedimiento o (ii) a las exigencias que se imponen al procedimiento. De la manera cómo sea estructurado el procedimiento con respecto a los individuos y a las exigencias del mismo, depende (iii) la peculiaridad del proceso de decisión” (Alexy, *La idea...*, p. 44-45). [Además de Alexy, al parecer —no he podido ver sus escritos— son Aulis Aarnio (Finlandia) y Aleksander Peczenick (Polonia-Suecia) los autores que en la actualidad trabajan con mayor resonancia internacional en esa dirección, sin perjuicio de diferencias en los acentos de sus respectivas investigaciones y bases teóricas. Para hacerse una idea del presente estado de la discusión sobre la materia, se puede cf. el panorama que al respecto ofrece Krawietz, pero sobre todo dos compilaciones (que tampoco he podido consultar):

que ver si en la práctica esos procedimientos estarían en condiciones de constituir, estandarizados, un ejemplo de *métodos* (en el sentido propuesto aquí: *supra*, X *in fine*) para el derecho. Por otro lado, aunque trabajando en otra dirección metodológica, Priester y Opp han mostrado cómo unos conocimientos de ciencias *analíticas* podrían ser fructíferos también en el derecho<sup>(h)</sup>. Cf. además las valiosas indicaciones contenidas en estudios como los de Albert –*racionalismo crítico*– y Koch –*filosofía del lenguaje común*–, o véase, por ejemplo, ya los implacables análisis de Alf Ross en su clásico libro *Sobre el derecho y la justicia* (trad. de Genaro R. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1963).

---

*Rechtstheorie*, Beiheft 1 (1979), Berlín; y Werner Krawietz/Robert Alexy (comps.), *Metatheorie juristischer Argumentation* (Metateoría de la argumentación jurídica), Berlín, 1983.]

La idea central de todas las teorías argumentativo-*procesales* sobre lo racional o lo razonable puede resumirse tal vez así: “Cuando es precisamente el contenido de la decisión lo que es objeto de disputa, el respaldo máximo que aquella puede pretender radica en la aceptación por los litigantes o por el medio en general, sentado que no existe una fuente que imponga por sí sola contenidos para la decisión. Y la única manera de que tal reconocimiento pueda tener lugar de modo que quepa llamarlo racional, es arbitrando un procedimiento argumentativo en el que las partes expresen con libertad sus argumentos y contraargumentos. (...) Existirían ciertos postulados de toda discusión racional, entre los que destacan determinadas obligaciones comunicativas que los dialogantes han de asumir, de modo que no cabe hablar de una fundamentación suficiente cuando no se respetan esos principios argumentativos” (García, p. 178-179).

- (h) Estudios de orientación *analítica* han demostrado su pertinencia no solo para discutir cuestiones de la metodología jurídica en general, sino también al abordar el examen de puntos específicos a que se aplica el razonamiento de los juristas, inclusive de dificultades concretas a que se enfrenta (mal) la práctica de los jueces. Es el caso, justamente, del libro de Opp; también se puede cf., p. ej., Koch (*Juristische Methodenlehre...: op. cit. supra*, n. 6 *in fine*) y Eike v. Savigny *et al.* [Claro que dentro de la corriente analítica caben, a su vez, tipos de aproximación distintos. Así, por ejemplo, mientras que lo que Opp propone principalmente es que también los juristas saquen provecho de conocimientos ofrecidos por la *sociología* empírica, Priester (*Rationalität und Normkritik*) dirige sobre todo su atención hacia una serie de condiciones que se plantean desde el punto de vista de la racionalidad analítico-formal (cf. *supra*, VI, el excursus allí contenido) para llevar adelante el razonamiento capaz de *fundamentar* científicamente unas decisiones de tipo axiológico como las jurídicas.]

*Tipo III.*- Queda la duda de si, dadas las funciones político-ideológicas del derecho, y también por los fuertes intereses gremiales de inercia intelectual en que viene a hacerse efectiva la formación universitaria tradicional impartida a sus profesionales, el someterse a unos métodos como los del Tipo II pudiera llegar a ser realmente aceptado y puesto en práctica por parte de estos. El tercer tipo de investigaciones no parece dar lugar a que se alimente mucha ilusión en tal sentido. Lo racional, para esos estudios, no está en el discurso jurídico analizado ni en algún modelo sustitutivo. No tratan de legitimar el actual nivel de razonamientos del derecho, ni proponen otros medios más adecuados que los vigentes para lograr que él alcance mayor racionalidad, sino que sobre todo se dedican a sacar a luz su *falta* de racionalidad. La de ahora, la de siempre. Quiere decir que la racionalidad de estos exámenes consiste, precisamente, en poner de relieve la no-racionalidad del discurso examinado, o sea, que se ubican en el extremo opuesto al Tipo I. Tal falta de racionalidad del discurso profesional de los juristas, así puesta de manifiesto, se vé –a través de dichos exámenes– que no es casual ni contingente, sino que ella tiene mucho que ver con la circunstancia de que ese discurso también desempeña, de hecho, sean cuales fueren las posiciones subjetivas de sus protagonistas, unas funciones de retórica y de aseguramiento de la ideología político-social dominante. Por eso él no es, ni puede ser, un pensamiento de carácter científico (propiamente) respecto a las cuestiones que ahí están en juego: cf., por ejemplo, los pormenorizados análisis de Lautmann y Schreckenberger –y *vid.* también Frank, como antecedente–.

\* \* \*

El estudio que he presentado se ubica más bien en el marco del Tipo II. Podría considerarse que ese trabajo ofrece, tal vez, una especie de prope-*déutica* para fundamentar y alentar, de manera muy general, la introducción de verdaderos modelos de racionalidad en el derecho; modelos que, para sus diseños concretos, son remitidos a la creatividad de otros autores (*supra*, X *in fine*). Sin embargo, siempre manifesté mucha reserva respecto a la viabilidad *político-social* de tales modelos<sup>(i)</sup>, supuesto que fueran elaborados.

- 
- (i) Cf. la nota 31 de mi versión francesa (cit. *supra*, en la n. inicial .) y aquí (*supra*, X) la n. 42; *vid.* también la cita de Renan en el acápite de este apartado. Cf. asimismo, en mi estudio *Ciencia jurídica...*, el # III. 2 *in fine* y el punto (viii) de las Conclusiones Generales, y *vid.* aquí el Anexo. Cf. además, para una perspectiva más general, Bunge cap. 13.4 (Limitaciones sociales [de la ciencia]); y particularmente respecto al derecho, cf. Warat (cap. VIII) y Müller (*Juristische Methodik und Politisches System, passim*).

De mi parte, el señalamiento de la (mera) viabilidad *técnico-intelectual* de unos métodos científicos propiamente dichos para aplicarlos a cuestiones del derecho, estuvo bastante menos motivado por la ilusión de que en realidad fuesen adoptados por los juristas, que por un propósito de ilustración *crítica* sobre los “saberes” jurídicos<sup>(j)</sup>. Y con el correr de los años, mi escepticismo no ha sido sino en aumento, de modo que hoy no le reconozco mucha

- (j) En el estudio mío mencionado en la n. anterior, cf. el punto (vii) de las Conclusiones Generales; *vid.* también *infra*, n. ñ y el Punto 6 del Apéndice. En verdad, todo estudio *realista* acerca del discurso jurídico —esto es: no su conocida dogmática, ni las metateorías ideológico-apologéticas tipo (p. ej.) Perelman o Larenz, ni tampoco los exámenes meramente formalistas (lógica deóntica, semántica estructural, etc.)— necesariamente tendrá proyecciones de crítica. Pues cualquiera de ellos, aunque enfoquen aspectos distintos y respondan a variadas metodologías, no podrá menos que contribuir a desenmascarar, sea desde el ángulo que fuere y en una otra medida, la retórica de dicho discurso. Así, por ejemplo, dice Schreckenberger respecto a la investigación practicada por él mismo: “El análisis semiótico adquiere una función ‘crítica’ en la medida en que logra examinar aquellos criterios semióticos que son adecuados para *ampliar* la base retórica del *acuerdo* especializado y técnico. (...) Con la exposición de las propiedades, funciones y reglas semióticas que necesariamente presupone un texto jurídico o una argumentación jurídica para poder presentarse como ‘plena de sentido’, el análisis pone de manifiesto, al mismo tiempo, los *límites* retóricos a los que está sometida una forma de discurso [si es] *disciplinado*. Por esta razón, la aclaración semiótica es una parte de la dilucidación crítica. (...) Es inevitable que el análisis semiótico perturbe aquellas concepciones lingüísticas que se apoyan primordialmente en las metodologías lógicas o que limitan el dato semiótico a la situación del problema de una hermenéutica técnico-dogmática o a hábitos lingüísticos dogmatizados” (trad., p. 12-13 y 35 —cursivas mías, E.P.H.—). Y es que, aunque el objetivo declarado de Schreckenberger sea lograr otro “acuerdo” entre los juristas, él no trata, justamente, de alcanzarlo por las vías tradicionales, sino de someterlo a unos “límites” que estén semióticamente *mejor* “disciplinados”, o sea, lograr una *mayor* racionalidad del discurso jurídico. Empero, para hacer ver la necesidad de tal cosa, Schreckenberger tiene que empezar por mostrar —ese es el contenido de la mayor arte de sus sofisticados análisis— precisamente toda la *endeblez* retórica, la falta de racionalidad que afecta a dicho discurso en sus formas actuales: ¡crítica! Así, aunque dicho objetivo sea, a mi juicio, inalcanzable en la práctica, de todos modos sigue siendo muy cierto todo lo que nos revela el examen *crítico* ahí presentado. Por lo demás, también debe tenerse en cuenta que hay distintos ángulos y planos posibles para efectuar la “crítica” del discurso jurídico: cf. las distinciones al respecto en el estudio de Böhler.

importancia *real* al papel que la racionalidad (en sentido propio) y el método (*ídem*) puedan desempeñar, en la práctica, para materias como el derecho. Creo, más bien, que tiene razón Holmes en el famoso pasaje donde advierte, ya en 1881, que:

“La vida real del del derecho no ha sido [cuestión de] lógica: ha sido experiencia. Las necesidades sentidas de la época, las teorías políticas y la moral dominantes, las intuiciones acerca de las líneas de conducta pública, declaradas o inconscientes, incluso los prejuicios que los jueces comparten con sus conciudadanos, [todas esas cosas] han tenido que ver mucho más que el silogismo en la determinación de las normas por las que los hombres deban de ser gobernados”<sup>(k)</sup>.

Y lo cierto es que los más sofisticados metodólogos del discurso jurídico, sobre todo entre los del Tipo II, también ellos pertenecen a esa clase de científicos de quienes Lotze decía:

“*afilan más y más sus cuchillos [métodos], pero...*”<sup>(l)</sup>.

- (k) Oliver Wendell Holmes, *The Common Law*, 1881, p. 1 (“The actual life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the times, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed”); cit. por Dewey, p. 21.
- (l) “...si la elucidación metodológica se vuelca en un razonamiento abstracto, sin tener en cuenta el objeto material (*Sachgegenstand*) al que necesariamente deben referirse la elaboración de conceptos y el método, entonces habrá que acordarse de la sarcástica observación de Hermann Lotze, ‘que el permanente afilar de los cuchillos es aburrido cuando no hay el propósito de cortar nada’” (Johannes Winckelmann, Introducción en: Max Weber, *Methodologische Schriften*, S. Fischer, Francfort, 1968, p. XIV; para el texto original, en alemán, de la cita de Lotze, *vid. supra*, en la n. a). Por eso, al fin se siente, después de leer tanto estudio de metodología jurídica, una sensación básica de vaciedad, sobre todo si se compara la pedantería de esos desarrollos (no excluyo mis propios trabajos) con la cuestión de saber qué problemas *reales* ellos sean capaces de sacar a mejor luz. Si uno vuelve, después de estar enfrascado en dichos estudios, a leer buenos trabajos de temática iusfilosófica más clásica, tiene la sensación de resucitar del reino de la escolástica al del derecho de carne y hueso; por más que estos otros trabajos puedan no estar libres de ciertas falacias o imprecisiones, que tal vez son paliables —y no hubiera estado mal que sus autores lo supieran— con una mejor base de conocimientos sobre teoría fundamental del discurso científico. Menciono un solo

En efecto, a pesar de toda la pedantería que se despliega en modernos estudios de metodología jurídica, lo que nos proponen resulta no menos inofensivo –aunque, desde luego, es mucho más complicado– que los caminos de los métodos tradicionales. Así como no son estos, tampoco son aquellos quienes nos suministran lo que, ¡de hecho!, resultará *determinante* para ver a qué soluciones se llega frente a las cuestiones problemáticas, o sea, en casos donde se discute *realmente* la “verdadera” respuesta del derecho. Un autor como Kelsen (por ejemplo), tan “superado”, vio mucho más a fondo en todo eso. A pesar de su obsesión por el rigor metodológico –más bien: ¡precisamente por respeto a este!– no cayó en la ingenuidad, o la disimulación, de pretender extenderlo inclusive a la práctica *misma* de los juristas cuando aplican el derecho. A él no se le escapó que lo principal de este discurso, las interpretaciones, no es asunto de racionalidad científica sino de *ideologías* y presiones sociales. Por eso mismo, creo que lo fundamental para que un sistema de derecho funcione lo mejor posible, tiene mucho menos que ver con el rigor metodológico –imposible de imponer en la práctica– que con un principio como el siguiente:

“para el progreso del conocimiento [y también para la correcta aplicación de este], a veces importa más el lograr establecer unas *condiciones institucionales y motivacionales* que recompensen suficientemente el comportamiento constructivo-*crítico* en la solución de los problemas, que enseñar una metodología que, aunque en sus aspectos esenciales es fácil de entender [¡suponiendo que lo sea!], empero resulta, llegado el caso, difícil seguirla” (Albert, *Traktat über rationale Praxis*, p. 59 –cursivas mías, E.P.H.–).

Pero deseo subrayar que mi desconfianza, si así puede llamársele, hacia la racionalidad y el método, no se refiere al empleo de ellos como vías para efectuar *análisis* de realidades sociales o de formas de pensar existen-

ejemplo, para el cual elijo adrede una obra que no es de las más famosas: ¡cuánto más se vé de los dilemas reales en que se enreda el discurso de los juristas leyendo un manual como el de Henri Batiffol sobre *Problèmes de base de philosophie du droit* (L.G.D.J., París, 1979) [reseña E. P. Haba: en ALMFD-2, 1981, p. 212-213], que si consultamos alguno de los más sofisticados análisis de semiótica jurídica! No quiero decir, con eso, que los estudios de metodología jurídica estén de más, y mucho menos si ellos son de los centrados en tematizar cuestiones de la retórica del lenguaje común que trascienden al discurso del derecho; un ejemplo aprovechable, en tal dirección, es la monografía de Schreckenberger. Pero aun tales exámenes debieran ser hechos, y entendidos, siempre a la luz de la capital advertencia de Renan recogida en el acápite del presente apartado.

tes; por ejemplo, para examinar el contenido semántico de los discursos del derecho y las funciones sociales de este. Por el contrario, para *esos* efectos (conocimiento), pienso que son las vías más recomendables, cuando están disponibles, y no menos respecto al derecho que acerca de otras cosas. Más aún: no hay por qué descartar, y hasta es probable, que también dichos conocimientos puedan ejercer alguna influencia en el razonamiento de los jueces si estos recibieran ese tipo de enseñanza, y siempre que no intervengan presiones sociales lo bastante fuertes como para obstaculizar la limpia aplicación de ella a tales o cuales tipos de casos. Téngase presente que, aun cuando el conocimiento jurídico de dicho tipo, precisamente por ser una ciencia *básica*, no persigue fines prácticos directos (pues la investigación básica de ciencia alguna se dirige, en sí misma, a tales fines); esto no quiere decir que aquel no pueda llegar, eventualmente, a tener también derivaciones prácticas, y sobre todo si hay operadores del derecho que *quieran* (y tengan el talento como para saber) utilizar esas bases teóricas con vistas a solucionar cuestiones del discurso jurídico común. Por lo demás, si se entiende que tal discurso es una *ciencia*, y entonces pertenecería al género de lo que se llama las ciencias *aplicadas*, no podría serlo sino en cuanto, como toda ciencia aplicada, se funda en (resulta de) cierta ciencia *pura*, básica. Mas esta última, por su propia naturaleza, consiste en un sistema de conocimientos de los cuales solo *algunos* aspectos –que de antemano nunca se sabe cuáles serán– se aprovechan por parte de la o las respectivas ciencias aplicadas. [Sobre todo esto, cf. Bunge, p. 206 y 216 ss.]

A falta de una ciencia básica, o si esta es poco rigurosa y más bien implícita que explícita, también la ciencia aplicada de que se trate sufre las consecuencias, es de “baja calidad” (Bunge, p. 206). Cuando la ciencia aplicada no se corresponde con una buena ciencia básica se nota que, en la práctica misma, aquella deja que desear hasta en cuanto al cumplimiento de sus meros cometidos utilitarios, por lo menos en algunos respectos. Esto es también verdad para el derecho, por supuesto. De ahí que, aunque su mejor ciencia básica (*Rechtsgrundlagenforschung*) no tiene muchas posibilidades reales de ser tomada en cuenta generalmente para la práctica jurídica, dadas las condiciones ideológicas y las presiones sociales bajo las cuales esta transcurre, no menos cierto es que solo aquella –¡no la dogmática corriente!– es capaz de hacer del derecho un auténtico *conocimiento* en el plano de la razón práctica y, así, abrir la posibilidad inclusive de que algunos juristas lleguen a sacar provecho de esa ciencia para mejorar (si los dejan) su discurso profesional. En síntesis: si bien la cuestión de su trascendencia práctica no es decisiva para juzgar sobre la corrección *racional* de un estudio científico del derecho, tampoco es imposible que tales estudios hasta puedan tener alguna

trascendencia también en el plano práctico real, llegado el caso, si las circunstancias —entorno social, preparación científica de los operadores del discurso jurídico— lo permiten. Empero, no hay que engañarse, es poco probable que esto último resulte lo habitual.

En lo que no creo para nada, eso sí, es en la trascendencia práctica, y ni siquiera en la fertilidad teórica, de ciertos criterios “técnicos” que, inspirados en el *mero* afán de ser metódico, al fin de cuentas no van más allá del palabrerío pedante que disimula los problemas reales o, todavía peor, puede servir para legitimar que estos sean tratados mediante unos corsets burocrático-tecnocráticos que esterilizan la inteligencia. Lo que así se consigue, en definitiva, no es otra cosa que contribuir a que dichos problemas NO se enfrenten con esa actividad “constructivo-crítica” que menciona Albert<sup>(11)</sup>. Una cosa es abogar porque se logre, pero sólo en la medida de lo verdaderamente *posible*, alcanzar conocimiento racional y metódico sobre las cosas. Otra, muy distinta, tratar de imponer a rajatablas *cualquier* método, por más científico que sea —supongamos que lo es—, para manejar *un* discurso acerca de ciertos problemas reales. ¡No siempre es lo mismo “manejar” algo, en un lenguaje, que *resolverlo*, en la práctica! También para el campo de la metodología del derecho es muy cierto, y en la actualidad más que nunca, lo de que:

“Como escribió Kenneth E. Boulding en *The Image*, hay en el mundo mucha gente que cree que ‘la ciencia casi pudiera definirse como el proceso de sustituir por cuestiones sin importancia, a las que puede responderse, cuestiones importantes, a las que no se puede’ ” (Dubos, p. 141). [Cf., p. ej., el Punto I del Apéndice, *infra*.]

\* \* \*

Sin embargo, hasta una conclusión tan cautelosa como la ofrecida aquí, en el sentido de que sólo como modelo *intelectual* es viable una verda-

(11) Por ejemplo, respecto a la intervención de tales “técnicas” en los planes de estudio de la Universidad de Costa Rica, y particularmente acerca de la escuela de hipocresía que en cuanto método de enseñanza constituyen las llamadas “investigaciones” que establece el curriculum de la Facultad de Derecho, cf.: Enrique P. Haba, “De la fantasía curricular (y sobre algunas de sus precomprensiones tecnocráticas)”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, No. 56 (mayo-agosto 1986), Universidad de Costa Rica/Facultad de Derecho-Colegio de Abogados, San José.

dera ciencia el derecho, acaso podría ser objetada si se atiende, por ejemplo, a razones como las que Frank presentó hace más de medio siglo (de las que, por supuesto, no se han llegado a enterar nuestros juscientistas actuales). Frank llama la atención acerca de dos verdades que casi siempre son pasadas por alto, tanto en el pensamiento jurídico común como en los proyectos científicos para el derecho. A saber: la doble indeterminación de que este se halla inevitablemente afectado, por el lenguaje mismo de los juristas y por la inconmensurable fluidez de la realidad en que ese discurso se inserta —realidad de la que forman parte hasta los propios juristas, pues también “los jueces son humanos”—. En efecto, Frank no permite que nos olvidemos de que

“el derecho, tal como lo tenemos, es incierto, indefinido, sujeto a incalculables cambios. (...) El derecho siempre ha sido, lo es ahora y siempre continuará siendo, ampliamente vago y variable. ¿Y cómo podría ser de otro modo? El derecho se ocupa de relaciones humanas en sus más complicados aspectos” (*Law...*, p. 5 y 6).

Quiere decir que no puede haber discurso jurídico *seguro*, esto es, unos criterios de derecho *netos* que se hallen *pre*-establecidos (cf. *Mr. Justice...*). Porque, inclusive en el caso de que se lograra mejorar al máximo la precisión de los términos mismos de ese discurso y vincularlo al máximo con los conocimientos disponibles de las ciencias sociales —posibilidad intelectual señalada en mi estudio—, eso no impediría que, de todas maneras, la variedad y movilidad (siempre altamente imprevisibles) de los casos a que él se aplique haga que, por lo general, resulte imposible llegar a saber *de antemano* las soluciones que estos recibirán en manos de los jueces. Por ende: la fijeza, la “seguridad” del derecho, jamás podrá ser otra cosa que un *mito*, dice Frank.

No tengo inconveniente, por mi parte, en reconocer que tales observaciones son acertadas. En todo caso, lo son para una buena parte del derecho, precisamente la que llega a discutirse en los tribunales. No obstante, aun dando por admitido que las soluciones judiciales no se puedan prever con seguridad, eso no descarta que el procedimiento para obtenerlas puede ser *más* o puede ser *menos* intersubjetivo, en función del *tipo* de discurso empleado para arribar a ellas. Por eso, lo que pretendo sostener no es que el discurso jurídico pueda ser elaborado, en general, como una ciencia en sentido estricto, sino que cabría ajustarlo a condiciones que hagan de él una mejor ciencia en sentido *amplio* [cf. el Anexo]; vale decir, formularlo de manera tal que sus razonamientos fuesen *relativamente* menos azarosos y subjetivos, sus soluciones *menos* a-metódicas. Aunque esto no lo transformaría, por

cierto, en una ciencia *completamente* segura y cuyos resultados sean todos previsible, al menos disminuiría en algo su actual coeficiente de incerteza, y sobre todo prevendría el ocultamiento de las *verdaderas* razones que determinan lo que allí se resuelve. En síntesis: considero que no *toda* ciencia del derecho es cosa imposible (intelectualmente), pues el discurso jurídico *podría* ser mejor desde el punto de vista científico; y si bien es cierto que ni siquiera un discurso “mejor” le proporcionaría a aquel la seguridad que tiene el discurso (normal) de las ciencias naturales, no me parece que sea indiferente el que, por lo menos, el razonamiento de los juristas consiguiera alcanzar el mayor grado *posible* de intersubjetividad científica. Esto es, que fuera mucho *menos retórico e ideológico* de lo que suele ser. [Pienso que Frank estaba de acuerdo con esto último (p. ej., cf. su Apéndice II, *op. cit.*); solo que él no lo vinculó a unos mejores *métodos* para el discurso en cuestión, ni creía que fuera precisamente tal cosa lo que pudiera hacerlo menos inseguro (cf. su Apéndice X, punto 3).] Y, como subraya Warat: “Probablemente, lo que se llame esfuerzo racional en el modo de conocer del hombre, no sea más que ese esfuerzo de reducción de las formas míticas de conocimiento a su mínima expresión, vale decir, hacia el máximo *control consciente*” (p. 150 –cursiva mía, E.P.H.–).

Frank insiste, además, en que dicho afán de certeza no es otra cosa que el producto de un “infantilismo” en nuestros modos de pensar (*childish thought-ways*: cf. *Law...*, caps. II, VIII, IX y *passim*). Es una reminiscencia de nuestra fe de niños en la autoridad paterna, lo cual se manifiesta en muchos campos, inclusive en la ciencia:

“Pues, funcionalmente, el derecho visiblemente se parece al Padre-como-Juez. El Padre-como-Juez del niño era infalible. Sus juicios y mandatos parecían poner orden en el caos de los conflictivos puntos de vista concernientes a la conducta correcta. Su ley parecía absolutamente cierta y previsible. (Por supuesto, el derecho y la religión no son las únicas actividades afectadas por la búsqueda de la autoridad paterna. También la ciencia padece cuando se la hace cargar con el fardo de ser una garantía completa de la certeza cósmica.)” (*op. cit.*, p. 21 con su nota 6; cf. también *Mr. Justice...*, p. 582 s.).

Es eso lo que da origen, así como a otras cosas (religión, etc.), a que el pensamiento jurídico se presente sujeto a un “mito básico” (*basic legal myth*: cf. *Law...*, cap. I y *passim*). Es el mito de

“que el derecho es, o puede hacerse que sea, inmóvil, fijo y determinado (*unwavering, fixed and settled*)” (p. 21). “Los juristas no sostienen meramente la vulgar noción de que el derecho es susceptible de ser hecho completamente estable e invariable; parecen estar inclinados a crear la impresión de que, en total, desde ya él es una cosa establecida y cierta” (p. 8). “Obsérvese los argumentos de los abogados al dirigirse a los tribunales, o hasta las opiniones de los tribunales mismos: están formulados como si a las decisiones correctas se llegara por deducción lógica a partir de un cuerpo preciso y preexistente de reglas jurídicas. Raramente los jueces revelan que haya elementos contingentes en su razonamiento, alguna duda o lagunas para no estar plenamente convencidos” (p. 9).

Y Frank se pregunta:

“¿Por qué la generalidad de los juristas insiste en que el derecho debe y puede ser conocible claramente y predecible en forma precisa, aunque al hacer eso justifican la popular creencia en un absurdo patrón de exactitud jurídica? (...) [Empero,] sólo un limitado grado de certeza jurídica puede alcanzarse. (...) Si es verdad que lo que se persigue es una certeza jurídica mayor que la prácticamente requerida y alcanzable, entonces [quiere decir que] la exigencia de excesiva estabilidad jurídica no proviene de necesidades prácticas. Ella tiene que tener sus raíces no en la realidad, sino en un afán por algo irreal” (p. 11 y 12).

Afán (*a yearning*) que se explica, según Frank, justamente por la mencionada ansia –subconsciente– de hallar también en el derecho un sucedáneo de la infalible autoridad paterna (cf. esp. el cap. II), mas sin excluir tampoco la presencia de otros factores explicativos (cf. el Apéndice I, *op. cit.*).

Sin embargo, aunque esa reconducción del afán de seguridad (¡también el mío!) a resabios de una idealizada imagen paterna es un elemento de explicación –junto a otros: ideologías, protección del *status quo*, etc– muy plausible, esto no significa que dicho afán tenga que ser considerado necesariamente como algo que deba y pueda ser eliminado. Si bien se mira, la crítica de Frank no se dirige tanto contra el afán *en sí mismo*, sino contra las *falsas* ilusiones, los autoengaños que este contribuye a engendrar (p. ej., cf. *op. cit.*, p. 12 [nota 9 *in limine*] y 171). Cabe pensar que, en cambio, en la medida en que pudieran hallarse una formas de satisfacerlo que sí fueran viables en la realidad (y suponiendo, naturalmente, que eso no va en perjuicio de otros objetivos humanos valiosos), en *esa* medida no tendría por qué estar

mal, sino todo lo contrario, hacer lo posible por alcanzar seguridades. Pues bien, el tipo de certezas –intersubjetividad y eficacia– que persiguen los métodos científicos, sea cual fuere la génesis psicológico-individual y social por la que ello se considera digno de ser obtenido, es algo que logra cumplirse en la realidad, por lo menos hasta cierto punto, precisamente por la práctica misma de las ciencias. La tesis sostenida en nuestro estudio es que tal tipo de certeza podría ser incrementado sensiblemente en la ciencia jurídica también: en el sentido de que en esa forma los resultados a que se llegue en las sentencias, y aunque muchas veces no fuera posible saberlos de antemano, estarían *intersubjetivamente* fundados, porque, a diferencia del pensamiento jurídico tradicional, entonces esos resultados surgirían allí de unos procedimientos verdaderamente *metódicos*.

Desde luego que, así y todo, es probable que la ciencia jurídica no lograría los niveles de certeza que se alcanzan en la práctica normal de las ciencias naturales, pero sus resultados tendrían la mejor fundamentación *posible*, la de las ciencias sociales avanzadas. Entonces el derecho llegaría a ser por lo menos una buena ciencia en sentido amplio. Y si tampoco de esa manera se consiguiera obtener, en definitiva, un grado de previsibilidad de las decisiones judiciales mucho mayor que el actual, en todo caso se conseguiría, eso sí, liberar el pensamiento jurídico de las ficciones que señala Frank y hacerlo beneficiario de los conocimientos científicos disponibles. Si no en homenaje al afán de seguridad, al menos por un afán de *veracidad* y de transparencia intelectual, valdría la pena tratar de sujetar el pensamiento jurídico a mucho, lo más posible, de la racionalidad y el método que siempre le han faltado. Bien leído, de un libro tan despiadadamente realista, y tan fermental, como el de Frank, no pueden sino extraerse muchos motivos más (que los por mí expuestos) para desear que el pensamiento de los juristas aceptara ser enderezado en tal dirección.

Por otro lado, a Frank tampoco se le escapó que algo análogo al “mito jurídico básico” consigue infiltrarse también, y por razones similares (“infantilismo”), incluso en el pensamiento relativo a las ciencias más adelantadas (cf. *op. cit.*, su cap. XV y esp. el Apéndice III titulado “Ciencia y certeza: una científica concepción de lo que es la ciencia”). Basta con pensar, acotaría yo, en la abrumadora difusión y predominancia que en la actualidad tienen los mitos tecnocráticos, en todas las esferas, para advertir cuánta razón tenía Frank al subrayar que:

“Por supuesto, esa es una científica (*unscientific*) concepción [acerca] de la ciencia. La ciencia, así falsamente concebida, se transforma, en efecto, en otro sustituto del padre, un garante de esa certeza absoluta que el niño anhela y que el hombre cabalmente adulto reconoce

como infantil. Una concepción científica de la ciencia rechaza tal infantilismo” (*op. cit.*, p. 307).

También en esto, el estudio de Frank se revela, en mucho de su aproximación, como asombrosamente actual, en la línea de la más moderna epistemología de las ciencias (Popper, Kuhn y otros –cf., p. ej., el penúltimo párrafo de la p. 105, *op. cit.*–). Esa “unscientific conception” tiene mucho que ver con lo que en otro sitio he llamado *fideísmo cientista*. Y me importa sobremanera efectuar una aclaración final, precisamente a este respecto<sup>(m)</sup>.

El fideísmo cientista, que hoy aparece consagrado sobre todo en la ingenua confianza hacia la teología de la computación como arréglalotodo, reposa en la fe de que *cualquier* asunto tiene una solución metódico-cientifi-

---

(m) Lo del “fideísmo cientista”, y porqué el derecho difícilmente pueda dejar de ser una “ciencia en sentido amplísimo”, lo explico un poco más en el *Postscriptum* que se incluye en la última versión de mi estudio ya mencionado en las ns. i y j: cf. *infra*, el Anexo. Vid. también el Punto I del Apéndice. [He preferido detenerme en los puntos de vista de Frank, en vez de seguir a autores que están de moda, pues cada vez estoy más convencido de que la Teoría del Derecho reciente –digamos: la posterior a 1970– no agrega nada *sustancial*, como no sea unas esforzadas sobredosis de variada pedantería, a lo que en líneas generales ya se sabía antes. De ahí que, venir a leer en 1989 (tal mi caso) un libro como el de Frank, es respirar aire fresco en medio de tanto hollín terminológico y mero detallismo que nos abruma en los congresos de filosofía jurídica y en las revistas especializadas de la materia; esto, sin perjuicio de reconocer que también hay estudios actuales que tienen su interés, en cuanto sirven para divulgar o para redondear aspectos del conocimiento teórico previo, aunque siempre sigue siendo más ilustrativo leer directamente a los grandes autores. Ese no-tener-nada-sustancial-que-agregar, desde luego que pasa desapercibido (o, sencillamente, no importa) para aquellos a quienes, más que toda otra cosa, les obsesiona la cuestión de “estar al día”, vale decir, que se contentan con apreciar, por ejemplo, ciertas minuciosidades técnicas que sirven como embalaje a muchos de los nuevos estudios. Por contraposición, es también eso mismo lo que explica el éxito que han obtenido, por ejemplo, Rawls y Dworkin: simplemente, porque estos *sí* tienen “algo” que decir. Éxito para el que no ha sido óbice, por eso, que en el caso del primero su famoso libro consiste, básicamente, en unos juegos escolásticos del “raciocinar”; y en el del segundo, que allí asistamos a la reformulación de tesis que, aunque él las defiende con ingenio, básicamente significan recaer en planos de ingenuidad pre-Frank acerca del pensamiento jurídico –y particularmente respecto al lenguaje, quedarse en un nivel de análisis que es pre-Ogden/Richards, pre-Stevenson, pre-Wittgenstein, o hasta pre-Morris, etc.–.]

ca; y también, implícitamente, en la creencia de que *cualquier* solución de ese tipo –y cuanto más burocratizable, mejor– será preferible a toda solución menos “técnica”. ¡Pero es eso, justamente, lo que NO quisiera ver sugerido por el estudio que presenté! Menos que menos, respecto al derecho. Pues lo cierto es que este, por el papel que sus discursos juegan en la dinámica social, nunca será una verdadera ciencia (en sentido estricto). Allí lo decisivo son, más que nada, las “condiciones institucionales y motivacionales” (Albert), y las “culturales” en general (Häberle)<sup>(n)</sup>, que determinan *realmente* la

(n) Según A.L. Kroeber y C. Kluckhohn (*Culture*, 1952), lo que se puede llamar *cultura* comprende distintos aspectos y planos. “Junto al enfoque *descriptivo* de los campos de objetos de la cultura (a esto corresponde la enumeración de esferas culturales en la Constitución –cultura en sentido estrecho–, tal y como se halla extendida en el Derecho Público), ellos [dichos autores] consideran como centrales los siguientes énfasis conceptuales: la cultura se encara en forma *histórica* (como herencia social o tradición), *normativa* (como reglas o modos de vida o en consideración a ideales o valores o conductas), *psicológica* (en el sentido de adaptación que soluciona problemas o como proceso de aprendizaje o como comprensión de costumbres), *estructuralista* (en el sentido de comprensión de los modelos –‘patterns’– o de la organización de la cultura) o *genética* (en el sentido de cultura como producto, como ideas o como símbolos)” (Häberle, p. 11, *loc. cit.* un poco más abajo).

Ya Herman Heller había señalado que “La Teoría del Estado es ciencia cultural y no ciencia natural” (*Teoría del Estado*, Parte I, apartado II. 2). En nuestros días, es particularmente el constitucionalista alemán Peter Häberle quien ha insistido, una y otra vez en sus publicaciones de los últimos años, en que los textos de la Constitución –y, a partir de ahí, el derecho positivo en general– deben, y no pueden sino, ser entendidos como un precipitado cultural. Cf. esp. su escrito programático *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft* (Teoría constitucional como ciencia cultural), Duncker & Humblot, Berlín, 1982, estudio que gira en torno a esta idea central: “la tarea del jurista tiene que limitarse, mediante su sistema de normas, a la elaboración de un marco donde la cultura de la comunidad pueda desarrollarse. La ‘cultura’, así entendida en su sentido *amplio*, conforma el contexto de todos los textos jurídicos y de todas las conductas jurídicamente significativas en el Estado constitucional” (p. 13). Por cultura en sentido “amplio”, a diferencia de cultura en sentido “estrecho” (*supra*, al comienzo de esta n.), Häberle entiende: “Cultura es proporcionar lo que ya fue; este es el aspecto *tradicional*. Cultura es el desarrollo hacia adelante de lo que ya fue; este es el aspecto *innovatorio*, dirigido (también) al cambio social. Y la cultura no es siempre idéntica con la cultura, es decir, que una comunidad política puede tener distintas culturas; este es el aspecto *pluralístico*. Por este sistema de los tres puntos de orientación: tradi-

conducta de sus actores, incluidos los juristas como operadores profesionales de dichos discursos. Lo cual no quita que ciertos exámenes *racionales* acerca de estos discursos, al poner de manifiesto precisamente toda la *falta* de racionalidad y de método que caracterizan al pensamiento habitual de los juristas<sup>(ñ)</sup>, además contribuyen a despejar el camino hacia una más realista aperccepción de las susodichas condiciones. Así, algunos estudios del Tipo II

ción, cambio, y pluralismo o apertura, tiene que orientarse ... la teoría constitucional como ciencia cultural” (p. 12).

Aunque sin referirse especialmente a la noción de “cultura”, asimismo en los escritos de otros autores se encontrarán puntos de vista que van en dirección análoga, esto es, a enfatizar que los textos del derecho no se comprenden por su letra sola, ni que tampoco se determinan simplemente así las conductas que se orientan por esos textos, sino que todo lo jurídico depende de múltiples aspectos del ser social que se hallan más bien sobreentendidos al interpretar esos textos. Por ejemplo, Friedrich Müller –para no mencionar mas que a otro constitucionalista alemán– ha subrayado, en varios trabajos, que la “estructura de la norma” jurídica (*Normstruktur*) no consiste solo en un “texto” (*Normtext, Textstruktur*), sino en la relación que este guarda con el “campo normativo” (*Textbereich*) de la realidad social a que el texto en cuestión se refiere: cf. esp. su estudio *Juristische Methodik und Politisches System*. [reseña E.P. Haba: en ALMFD-1, P. 253-255] Y cf. también, aunque trata la cuestión desde otro ángulo, el influyente libro de Esser.

(ñ) Dicho de otra manera; por más que el discurso jurídico común (textos legales, dogmática, jurisprudencia) no sea muy racional, ese discurso –tomándolo como lenguaje-objeto– puede ser examinado (críticamente) en otro discurso –metalenguaje– que, este sí, no tenga tales defectos de racionalidad; cf., en mi estudio sobre *Ciencia jurídica...*, el # III. 2. También para el derecho, como en otros campos, la falta de racionalidad del lenguaje-objeto no tiene por qué contagiarse necesariamente a sus metalenguajes. Esta distinción de planos –una cosa es el discurso del Derecho como actividad profesional o política, otra el de la Teoría General del Derecho como un metadiscurso donde aquel es analizado científicamente– no aparece señalada de manera explícita a lo largo de los desarrollos presentados hasta acá. De ahí que estos adolezcan de cierta ambigüedad en el uso del término “derecho” –o: “discurso jurídico”, “pensamiento de los juristas”, etc.–; pero tal vez el contexto de la exposición logre salvar confusiones al respecto, por lo menos en cuanto a las ideas fundamentales. Por otro lado, aun sin mencionar esa cuestión de planos del lenguaje, está el hecho de que cabe una *pluralidad* de ciencias acerca del derecho: *supra*, VIII *in fine* (excurso). [Sobre la cuestión general de la aplicación que las categorías “lenguaje-objeto” y “metalenguaje” tienen para la teoría jurídica, cf. Warat. caps. IV.3, V.5.1 y VIII.8; y especialmente en cuanto a lo señalado en esta nota, *vid.* aquí el Punto 6 del Apéndice, *infra*.]



se pueden tomar también como una dilucidación preliminar o concomitante con respecto a los del Tipo III; y es ese, según pienso, el interés que tal vez puede tener el trabajo aquí ofrecido. [Cf. también el Punto 6 del Apéndice, *infra*.]

## APENDICE CRITICO

### 1

*Si la certeza no se puede lograr en la vida, entonces tanto peor para la vida. Dejemos que el Ideal Lógico rompa toda relación con ella.*

F.C.S. SCHILLER

*The trouble is that while the syllogism sets forth the results of thinking, it has nothing to do with the operation of thinking.*

DEWEY

*Hasta ahora ningún problema filosófico [o jurídico] que tenga algún interés para alguien, ha sido resuelto porque se lo haya reducido a la forma o tamaño que conviene a alguna ranura de tu máquina expendedora. Tu caja registradora es*

*ciertamente impecable y totalmente neutral; por esta misma razón, no puede apelarse a su ayuda para el arreglo de ninguna disputa de compraventa.*

RYLE

*La observación diaria nos muestra que los espíritus pedantes y precavidos que pretenden evitar todo riesgo teórico y el enfrentamiento con problemas poco claros, están condenados a la esterilidad y representan tan solo un peso muerto en evolución espiritual de la sociedad. El sentimiento de la responsabilidad científica se transforma en lo contrario cuando degenera en pedantería paralizadora.*

KOLAKOWSKI

Dada la imprecisión que caracteriza a los lenguajes naturales, hay quienes se han sentido tentados de sustituirlos en la mayor medida posible, también en el derecho, por lenguajes artificiales, esto es, enteramente simbolizados y formalizados. En el caso del lenguaje normativo, se trata de fórmulas que constituyen la llamada *lógica deóntica*. (Puede distinguirse, empero, entre “lógica de las normas” –la construcción de una lógica que ponga de manifiesto las tesis que son el fundamento de las inferencias normativas *misimas*, tesis que constituyen el medio formal que sirve como base para la justificación racional de las normas morales y jurídicas derivadas por ese medio– y la “lógica deóntica” propiamente dicha, o sea, la de los enunciados *sobre* esas normas; estas dos lógicas están en relación de lenguaje-objeto a meta-lenguaje, respectivamente, y por metonimia suele también llamárselle “lógica deóntica” –en sentido amplio– a ambas en conjunto.)

La deóntica es una parte de la lógica formal, que se ha desarrollado sobre todo en la segunda mitad de nuestro siglo, a partir de los trabajos de Georg Henrik von Wright, a los que luego siguieron los de muchos otros autores. Los estudiosos de la lógica deóntica –tomo esta denominación de acuerdo con su sentido amplio– se han preocupado de hallar esquemas lógico-formales que de alguna manera, por vía de construcción o de reconstrucción, pueda entenderse que corresponden a discursos normativos. Las propuestas al respecto son variadas, como así también las discusiones en torno a la determinación de los principios mismos de dicha disciplina.

Recurrir a un lenguaje artificial en el derecho, significaría otorgar mucha más precisión al razonamiento jurídico, y cabría entonces la posibilidad de someterlo a verdaderos controles de racionalidad; principalmente se persigue la finalidad de permitir ahí la utilización de computadoras (informática jurídica). Es indudable que los lenguajes formalizados se benefician, si nos limitamos al empleo de *ellos mismos*, de un alto grado de intersubjetividad, muy por encima del que pueden alcanzar los lenguajes naturales. Pero nuestro problema es saber en qué medida son aplicables unos lenguajes de aquella índole para solucionar cuestiones jurídicas. Y desde este ángulo, todo parece indicar que ellos ofrecen importancia muy secundaria, cuando no son hasta inconvenientes.

La lingüística, y sobre todo la parte de ella que se ocupa de estructuras formales del lenguaje, no se halla, al menos por ahora, en condiciones de proporcionar más que una ayuda muy limitada para *resolver* los problemas jurídicos. “Esto resulta, por un lado, del carácter decididamente inacabado que aún tiene la lingüística, y por el otro, de la falta de precisión que todavía

presentan los planteamientos de la problemática jurídica” (Adalbert Podlech, “Rechtlinguistik” [Lingüística jurídica], en: Grimm, *Rechtswissenschaft...* [loc. cit. supra, VIII in fine], p. 105-116; la cita es de la p. 108). Conviene recordar que la precisión se mide en función de las finalidades perseguidas por la comunicación de que se trate. De ahí que, aunque suene a paradoja, la formalización del lenguaje jurídico constituya, en general, una manera de lo más IMPrecisa para expresarse sobre cuestiones jurídicas. Atento a las finalidades reales del discurso jurídico, no solo la formalización deóntica se ha revelado incapaz de aumentar en lo más mínimo la intersubjetividad del camino que lleva a las *soluciones* de derecho, sino que, además, contribuye antes bien a NO ocuparse de cuáles son o puedan ser las vías *efectivas* para alcanzarlas. Se trata, en el fondo, de algo similar a lo que, según más de una vez ha sido puesto en evidencia, sucede con los análisis meramente cuantitativos para las ciencias sociales en general. Como dice Mannheim: “Cada método de investigación tiene sus especiales criterios de exactitud y no hay nada tan falso como aplicar sin crítica a un círculo de tareas los criterios de exactitud de otro. (...) El forzar lo matemático y numerable ha conducido poco a poco a que ciertas ciencias no pregunten ya qué sea valor de conocimiento, sino que consideran como valor de conocimiento sólo aquello que pueda reducirse a números. Frente a esto, en las Ciencias sociales hay que partir indispensablemente de lo que se plantea como tarea inmediata de la conexión del acontecer colectivo: el análisis cualitativo” (op. cit. en la n. 1, supra, p. 146 y 147 –cursiva mía, E.P.H.–; cf. también *infra*, aquí, la cita de B. Russell).

La precisión no es una cualidad inherente a unos signos lingüísticos en sí mismos, de su dibujo o su sonido, sino que depende de cómo se refieren estos a cosas que no son ellos mismos. Por eso, para acreditar la precisión de un lenguaje jurídico de tipo lógico formal sería indispensable que él fuese de *interpretación* unívoca (intersubjetividad) en su aplicación a los problemas jurídicos concretos. Y para que su utilización resultara no solo posible sino también *conveniente*, sería necesario, además, que fuera *más* preciso (en el sentido indicado) que las respectivas formulaciones de un lenguaje corriente con ciertos tecnicismos; solo así se justificaría tomarse ese trabajo, cargar con las dificultades que implica construir y descifrar un lenguaje artificial. Pero ninguna de esas condiciones se ha dado hasta hoy, ni se ven perspectivas de llegar a ello, salvo para muy reducidos sectores del quehacer jurídico.

“La sustitución de palabras u otros elementos de la realidad por signos, es una abreviatura; o bien los signos no son representantes de otra cosa,

sino que llevan adelante una vida propia. De ahí que las formalizaciones no deben ser consideradas sino desde el punto de vista de su oportunidad” (Struck, *Zur Theorie...*, p. 87). Ahora que, si se enfocan desde tal punto de vista precisamente, resulta que suelen ser más bien engañosas. “Según una opinión muy difundida, la formalización es para conseguir, por la precisión, un más fácil acuerdo acerca de significados. Pero mucho más a menudo es de observar que, por el contrario, la formalización hace indiscernibles significados distintos, y es sólo así como ella logra promover el [aparente] acuerdo” (*ibid.*). Por lo demás, si hacemos un paralelo entre lógica formal y lenguaje común, la comparación no resulta por fuerza desfavorable para el segundo, “pues este dispone, justamente, de un número mucho mayor de signos y reglas. Cuando los elementos admitidos constituyen un repertorio pequeño, [¡solo entonces!] es fácil sujetarse a convenciones y, de esa manera, hablar en forma precisa. Pero este hecho se oculta a menudo, por la circunstancia de que extensos ámbitos de proposiciones son disimulados bajo unas fórmulas lógicas, pues ahí hay presupuestos que no se explicitan” (*ibid.*, p. 90).

Wagner/Haag resumen así (p. 18) las principales objeciones contra la aplicación del sofisticado juego de la lógica moderna al derecho: (a) Los cálculos lógicos construidos hasta el presente, no permiten una interpretación satisfactoria en el plano de lo normativo. (b) Para que el operar con un lenguaje formalizado tuviera sentido en el marco de una ciencia jurídica que esté orientada, como la actual, en función del lenguaje natural, sería indispensable disponer de una semántica jurídica que contuviese un juego completo de reglas para traducir enunciados del lenguaje natural –sea cotidiano o técnico– al formalizado; mas esto no existe ni siquiera en germen. (c) Los instrumentos de la lógica moderna, dada la compleja exactitud sintáctica que caracteriza a las operaciones de un cálculo, no tiene sentido aplicarlos sino con referencia a normas jurídicas conformadas de manera mucho menos vaga que la mayoría de las contenidas en nuestras leyes; la formalización se justifica solo en el caso que se dejen de lado los conceptos imprecisos, mas muchas normas se formulan de manera tan vaga [conceptos jurídicos indeterminados, etc.] que permiten inferencias contradictorias. (d) E incluso si los dos problemas anteriores (b y c) pudieran llegar a ser resueltos satisfactoriamente, subsistiría el de la subsunción jurídica, operación de la cual no es posible dar cuenta suficiente por unos análisis de índole lógico-formal; pues en esa subsunción entran a jugar los procedimientos interpretativos del derecho, los cuales no se agotan en inferencias formales, a partir de normas preestablecidas, sino que la utilización de dichos procedimientos depende en lo fundamental de otras razones, que son de tipo material (interpretaciones sub-

jetiva y objetiva, balanza de valores y de bienes, evolución del contenido de las normas, etc.).

“Desde luego que los conceptos no aumentan en nada su precisión por el hecho de que eventualmente sean reconocidos como variables de objetos y designados mediante unas minúsculas en latín. Un concepto ambiguo no se hace unívoco por esto, y mediante su simbolización se logra solo que sean fielmente incorporadas al cálculo las fuentes de error. Pero una vez que estas han penetrado en el cálculo, entonces ya no sirve más, tampoco, el operar formalmente” (*ibid.*, p. 21). Eso también lo puntualiza Dieter Horn (p. 105): en las disciplinas cuyo objeto es tratado en forma de cálculo, resulta que, aunque exista acuerdo acerca del empleo de ese cálculo en sí mismo, empero este se interpreta allí de distintas maneras. Y, como señala Struck (*loc. cit.*, p. 94), ni siquiera para el campo de la lógica tradicional se conocen criterios de carácter intersubjetivamente *controlable* en cuanto a sus conexiones con la esfera de la práctica, por lo menos si se trata de asuntos como los del derecho.

Horn llama la atención, entre otras cosas, sobre el hecho de que la presentación de las leyes en un lenguaje artificial supondría que el contenido de estas es sólo de tipo informativo. Eso es un error, porque ellas contienen también aspectos emotivos y de otras clases. Además, la aplicación de un cálculo al proceso judicial haría necesario conectar ese lenguaje artificial con el lenguaje común en que se comprueban los hechos dilucidados en el proceso; cosa que, por tratarse de dos esferas lingüísticas completamente distintas, no es posible. Por otra parte, una aplicación de la lógica formal como sintaxis no cabe más que cuando son pocas las reglas de tal tipo que entran en juego, mientras que en el caso de las leyes ocurre todo lo contrario, pues estas implican una muy amplia multiplicidad de conexiones sintácticas (D. Horn, p. 39 s. y 144) y, en general, contienen toda clase de relaciones –vale decir, no solo las sintácticas– propias de la comunicación lingüística *real*. En efecto, “la lógica formal opera (1) solamente con algunas y no con todas las expresiones tópico-neutrales<sup>(+)</sup>, y (2) solamente con extractos artificiales de las pocas expresiones tópico-neutrales seleccionadas en el discurso ordinario” (Gilbert Ryle, *Dilemas*, trad. de Hugo Margáin y Enrique Villanueva, Universidad Autónoma de México, 1979, p. 136). Eso hace que aquella sea de una pobreza extrema en comparación con este último, y que, por tanto, ella resulte completamente incapaz de sustituirlo o de dar cuenta adecuada del funcionamiento real de tal discurso. [ (+) “Términos como ‘todos’, ‘algunos’ y ‘no’, y quizá también ‘y’, ‘o’ y ‘si’, permiten inferencias; el resto, se supuso equivocadamente, no lo permite. Parte de lo que caracteriza a los tér-

minos que, según este punto de vista, permiten inferencias, es que tales términos o ‘constantes lógicas’ son indiferentes al contenido o son tópico-neutrales... Podríamos llamar ‘tópico-neutrales’ a las expresiones que, leídas por un extranjero en un párrafo del que sólo comprende esas expresiones, no le dan indicio alguno acerca de lo que el párrafo trata. Tales expresiones pueden o deben ocurrir en cualquier párrafo sobre cualquier tópico, abstracto o concreto, biográfico o legal, filosófico o científico. No están dedicadas a este tópico en cuanto distinto de aquel. Son como monedas que facilitan la compraventa de todo tipo de utensilios o servicios. Es imposible decir qué va a comprar el cliente, atendiendo a las monedas que hay en sus manos” (Ryle, *loc. cit.*, p. 133 y 134). Y con ello se relaciona, también, la cita del mismo autor (p. 131) puesta en el acápite de este Punto.]

De ahí que, como dice Schreckenberger, para “el uso de los enunciados jurídicos en la *praxis* jurídica”, o sea, para las *interpretaciones* mediante las cuales se conforma dicha *praxis*, “ofrecen menos puntos de apoyo [que la compleja comunicación lingüística real] las investigaciones jurídicas que se ocupan [solamente] de las *estructuras* lógicas y semánticas de los enunciados jurídicos. Ellas [dichas investigaciones] obedecen, en gran medida, a una tradición teórico-normativa que trata a los códigos jurídicos como formaciones *aisladas* de proposiciones y de sistemas de proposiciones, con respecto a los cuales deben formularse enunciados lo más universales posible. Las teorías normativas, especialmente debido a los importantes progresos en la lógica a través de la construcción de lenguajes formalizados o ideales, han recibido un nuevo impulso. El universalismo teórico-lingüístico que se expresa en tales construcciones no es, desde luego, adecuado para superar la estrategia tradicional de *ocultamiento* retórico” (trad., p. 15 –cursivas nuestras–).

En definitiva, para las posibilidades de formalización del lenguaje jurídico, al menos las actuales, es decisiva la siguiente comprobación: “Todas las propuestas que al autor le son conocidas, se limitan a ... una lengua teórica donde quedan fijadas *simplemente* las relaciones sintácticas y [en el mejor de los casos ] semánticas entre nociones jurídicas; faltan, en cambio, las reglas para realizar la *atribución* de objetos *observables* a los [tales] signos lingüísticos” (Hans Brinckmann, “Juristische Sprache und Umgangssprache. Vorüberlegungen zu einer Formalisierung der Rechtssprache” [Lenguaje jurídico y lenguaje común. Reflexiones preliminares para una formalización del lenguaje jurídico], en *Oeffentliche Verwaltung und Datenverarbeitung*, año 2-nº 2, p. 60-69, W. Kohlhammer, Stuttgart, 1972; la cita está en la nota 31, p. 67, y las cursivas son nuestras). “El calculador no puede ha-

cer nada, no existe la computadora divina. Es una herramienta —como un cuchillo, por ejemplo— que, en consecuencia, solo puede funcionar bien cuando es servida adecuadamente” (Dieter Horn, “Computer-Einsatz im Rechtswesen” [Intervención de la computadora en el sistema jurídico], en DSWR, Cuaderno 2/74, p. 56-59, C.H. Beck, Munich, 1974; la cita está en la p. 57). Y lo que pasa es que, por las razones dadas, no se vé cómo la computadora pueda, en la *práctica* del derecho, ser en realidad “servida adecuadamente” y con ventaja sobre los (¡tan imperfectos!) procedimientos actuales. Por lo demás, tiene razón Gottlieb al llamar la atención sobre el hecho de que, por encima de toda otra cosa, “la decisión respecto al significado que tiene la palabra en el seno de la norma, no es una simple decisión sobre *usos lingüísticos*; es una *decisión* acerca de si la norma se *aplica* o no” (p. 48, cursivas nuestras).

\* \* \*

Teniendo en cuenta las observaciones recogidas, se llega a la conclusión de que, si alguna utilidad pueden ofrecer los análisis de tipo lógico-formal para entender realmente unas materias como el derecho, acaso sea el que, por contraposición, la inconmensurable insuficiencia de esos exámenes contribuye a poner de manifiesto —como señala Struck (*op. cit.*, p. 94)— la complejidad de argumentaciones reales, esto es, todo aquello que a la lógica deóntica *no* le interesa. En efecto, lo que dichos análisis permiten apreciar, precisamente, es que la lógica formal NO SIRVE para dar cuenta de las razones DECISIVAS que determinan las resoluciones jurídicas. Y de ahí que, en el mejor de los casos, “el intento de presentación por medio de un cálculo indica que, en la práctica, todo es más complicado” (Struck, *ibid.*).

Sin embargo, pareciera haber una contradicción en señalar, por un lado, que los cálculos constituyen un lenguaje demasiado complicado para las necesidades del jurista, y luego afirmar, por otro lado, que “en la práctica, todo es más complicado” que los juegos de la lógica deóntica. La contradicción solo existe a primera vista. En efecto, la realidad del derecho, tanto la de sus discursos como las de las conductas sociales inspiradas en estos, es muchísimo *más* complicada que cualquier cálculo. Por eso mismo, constituye una complicación vana, casi siempre, emplear como formulación adicional, a aquellos discursos, cualquier versión de la problemática jurídica en claves de lógica deóntica; versión que, precisamente por estar en dicha “clave”, está obligada a ser paupérrima en comparación con los contenidos del lenguaje jurídico corriente. Se trata, pues, de un radical *empobrecimiento* de

la conciencia sobre las cuestiones *mismas* que el derecho se ocupa de regular. Mediante la lógica deóntica no se consigue hacer más segura y sencilla, sino todo lo contrario, la solución de los problemas reales de que trata el discurso jurídico. Esta *nueva* complicación (lingüística) viene así a agregarse a las que ya de por sí presentan aquellos problemas, los hace (¡inútilmente!) más engorrosos de formular; o aun, lo que resulta todavía peor, también puede contribuir a disimularlos, al destacar ahí unas presentaciones —los jueguitos de esquemas— que justamente consisten en OMITIR todo lo que es el VERDADERO objeto de discusión en el discurso jurídico de la vida real.

Dicho de la manera más sintética, simplemente se trata “del hecho de que dos personas, aun cuando apliquen en idéntica forma las mismas leyes de lógica formal, es decir, el principio de contradicción o la fórmula del silogismo [o, en general, *cualquier* estructura de pensamiento que responda meramente a esquemas de tipo lógico-formal], pueden juzgar el mismo objeto de un modo enteramente distinto” (Mannheim, p. 238, *op. cit.* en la n. 38, *supra*). En cuanto al discurso jurídico, lo esencial al respecto había sido advertido ya, en las primeras décadas del siglo, por la escuela del derecho libre en Alemania y por los realistas usamericanos. Los autores de estas tendencias dirigieron su crítica sobre todo hacia la presunta mecanicidad lógica del *silogismo* judicial, pero esas observaciones son en sustancia aplicables asimismo al papel que a la *lógica formal* en general le pueda caber en cuanto al pensamiento jurídico real. Como señala Dewey (p. 22 —es la cita ubicada en el acápite del presente Punto—): “La dificultad reside en que, si bien el silogismo [y la *lógica formal* en general] expone los *resultados* [mejor dicho: cierto esqueleto de los resultados] del pensar, él nada tiene que ver con la *operación* de pensar”. Vale la pena recoger algunas de las razones que contiene el sintético artículo de Dewey sobre el punto, pues lo que (por ejemplo) dice él, podría haber bastado, desde ya, para que nadie se llamase a engaño acerca de lo secundario que es el papel de la *lógica formal* en el derecho:

“De acuerdo con este modelo (el silogístico), cada conclusión demostrativa o estrictamente lógica ‘subsume’ un particular bajo un universal apropiado. Ello implica la existencia previa y ya dada de particulares y universales. Eso implica, pues, que para cada caso posible que pueda presentarse hay a mano una regla fija antecedente; que el caso en cuestión es, ya sea uno simple y sin ambigüedad, o que él pueda ser resuelto mediante la inspección directa de una colección de hechos simples e indudables... De manera que esto tiende, cuando es aceptado, a producir y confirmar lo que el Profesor Pound ha llamado jurisprudencia mecánica; ello halaga ese afán de seguridad de que hablada el Magistrado Holmes. (...) [Pero, como dice] Holmes,

'Las proposiciones generales no deciden casos concretos'. Ninguna proposición concreta, esto es, una cuyo material tenga fecha en el tiempo y esté ubicada en el espacio, se sigue de enunciados generales o de alguna conexión entre estos" (p. 22). "De hecho, los hombres no inician su pensamiento con premisas. Empiezan con algún caso [que se les presenta como] complicado y confuso, que aparentemente admite modos alternativos de ser tratado y solucionado. Las premisas emergen solo gradualmente del análisis de la situación total. (...) [El] pensar, parte realmente de una situación más o menos confusa, que es vaga y ambigua respecto a la conclusión que él indica[rá]; y [en él] la formación de ambas, la premisa mayor y la menor, se produce tentativa y correlativamente, en el proceso de analizar [en forma conjunta] esta situación y unas reglas previas" (p. 23). Ahora bien, "los tribunales no solo arriban a las decisiones; ellos las *exponen*, y la exposición debe presentarse como justificada mediante *razones*. Las operaciones mentales allí involucradas son algo distinto de las involucradas en arribar a una conclusión. La lógica de la exposición es diferente de la de la búsqueda y la investigación. En esta última, la situación, tal como existe, es más o menos dudosa, indeterminada y problemática, en cuanto a lo que significa... (y además, allí) el elemento personal [la personalidad individual propia de quien dicta la resolución] no puede ser excluido del todo" (p. 24 –cursivas nuestras–).

A raíz de ello, Dewey entiende que, en realidad, "las sistematizaciones lógicas del derecho, en cualquier campo, sea el penal, el de los contratos o el de los daños civiles, con su reducción de una multitud de decisiones a unos pocos principios generales que son lógicamente consistentes entre sí, y aunque eso pueda ser un fin en sí mismo para un estudiante en particular, en última instancia es algo que está [debería estar] sujeto a que económica y efectivamente se llegue a decisiones en casos particulares" (p. 19). De ahí que, en definitiva, corresponde llegar a esta conclusión: "o que la lógica debe ser abandonada; o que debe ser una lógica *relativa a las consecuencias antes bien que a los antecedentes*, una lógica [no formal] de predicción de probabilidades antes bien que una [formal] de deducción de certezas. (...) [Debiera] reconocerse que las reglas jurídicas generales y los principios son hipótesis de trabajo, que es necesario someter constantemente a contrastaciones (*be tested*) en función de la manera en que ellos [reglas y principios] logren acreditarse mediante su aplicación a situaciones concretas" (p. 26); vale decir, deben controlarlos unos "tests" que están más allá de toda posibilidad de ser realmente guiados o verdaderamente sacados a la luz por esquemas como el del silogismo judicial y en general los de la lógica formal. [Cf. también, en sentido similar, y con más detalle, las penetrantes observaciones de Frank sobre el carácter "no euclidiano" del pensamiento jurídico real: *Mr. Justice...*]

En fin, y con mayor razón aún que la matemática misma, la lógica formal bien puede ser definida como la ciencia en la cual nunca sabemos de qué estamos hablando ni si lo que estamos diciendo es verdad ("Mathematics may be defined as the science in which we never know what we are talking about nor whether what we are talking about is true", dice Bertrand Russell [transcrito por Frank, *loc cit.*, p. 275; y cf. también *supra*, la observación de Ryle sobre las expresiones tópico-neutrales]). Por eso, como señala Frank (*Law...*, p. 72), "la lógica formal es lo que su nombre indica; ella se ocupa de la forma, no de la sustancia. El silogismo no proporcionará ni la premisa mayor ni la premisa menor. El 'comodín' (*joker*) hay que hallarlo en la selección de estas premisas. Para la gran tendencia de los casos que se presentan ante los tribunales, la selección de los principios y la determinación de si los hechos se expondrán en términos de una u otra premisa menor, son la principal tarea a realizar. Estas son tareas difíciles, llenas de azares e incertidumbres, pero los azares y las incertidumbres son ordinariamente disimulados por el voluble uso de la lógica formal. La práctica [esta] de ocultar el real trabajo que se debe llevar a cabo al pensar –ocultárselo no sólo a los demás, sino ante el propio pensador–...". Tenía razón el juez alemán J.G. Gmelin al decir, ya en 1910, que "pareciera ser un secreto a voces, el [hecho] de que en la mayoría de los casos podemos apoyar a [cualquiera de] las dos partes de una controversia, mediante deducciones y construcciones extraídas de la regla jurídica con lógica impecable" (transcrito por Frank, *op. cit.*, p. 304; *vid.* también la cita de Mannheim, *supra*). Y Frank llega a esta conclusión: "Si no puede haber nada similar a una completa determinación (*definiteness*) en las ciencias naturales, seguramente es absurdo esperar la realización, aunque fuere aproximada, de certeza y predictibilidad en el derecho, siendo que él se ocupa de los caprichos (*vagaries*) de complicados ajustamientos humanos" (*op. cit.*, p. 7-8).

Esta congénita inhabilidad de la lógica formal para suministrar las pautas con que se contesta a las cuestiones de derecho, al fin de cuentas no es otra cosa que la consecuencia del hecho, tan obvio, de que generalmente esas son unas cuestiones de *grados*. Pero, desde luego, no hacía falta esperar a que ahora viniera a hacerlo patente también la superfluidad de la lógica deóntica. Hace más de dos siglos, para no remontarnos más atrás (cf. Aristóteles, Vico, etc.), el *quid* del asunto ya estaba a la vista: "Todos los hombres de sano juicio tienen aversión a las disputas verbales, que tanto abundan en las investigaciones filosóficas y teológicas [y también en las orden jurídico, político, etc.], y se ha observado que el único remedio contra este abuso sólo puede venir dado por definiciones claras, por la precisión de las ideas que intervienen en cualquier argumento y por el uso estricto y uniforme de los tér-

minos que se emplean. Pero hay una especie de controversia que, por la misma naturaleza del lenguaje y de las ideas humanas, está siempre envuelta en una perpetua ambigüedad y nunca puede lograr una certeza o una precisión razonable, por muchas precauciones y definiciones que se adopten. Se trata de las controversias sobre los grados de cualquier cualidad o circunstancia. Se puede argumentar durante toda una eternidad sobre si Aníbal fue un gran hombre o un muy gran hombre, o un superlativamente gran hombre, sobre qué grado de belleza poseía Cleopatra, sobre qué epíteto de alabanza le corresponde a Tito Livio o Tucídides, sin aportar ninguna solución a la controversia. Los que discuten pueden aquí ponerse de acuerdo en sus sentimientos pero diferir en los términos, o viceversa; sin embargo, nunca serán capaces de definir sus términos de manera que pueda cada uno penetrar en el pensamiento del otro; pues los grados de esas cualidades no son como la cantidad o el número, susceptibles de una medición exacta que pudiera servir de referencia en la controversia” (David Hume, *Diálogo sobre la religión natural*, trad. de Miguel A. Quintanilla, Parte XII, p. 185-186, Ediciones Sígueme-col. Agora, Salamanca, 1974). En efecto, las cuestiones de grados (vaguedad, textura abierta) y también las ambigüedades (polisemia) del lenguaje correspondiente a las relaciones sociales, así como los fines que persigan los intérpretes autorizados del discurso jurídico: ¿eso es lo realmente decisivo en la práctica del derecho por parte de los tribunales y en general para la de los operadores estatales de dicho discurso! Así es, sean cuales fueren las fórmulas deónticas que a este se le imputan, y tanto da (para esa práctica) que el intérprete en cuestión las conozca como que las ignore.

Todo ello concuerda, por lo demás, con la tesis general de Mannheim, en cuanto a que “el pensamiento no es un *factum* independiente, apoyado en sí mismo, aprensible en abstracto. Forma y contenido del pensamiento se transforman, por el contrario, según la situación y la función en qué y para qué se piensa. (...) No hay un ‘pensamiento en general’ [como, por ejemplo, el de las fórmulas deónticas], sino que un ser viviente, dispuesto de cierta manera, piensa en un mundo articulado de cierto modo, para cumplir una cierta función vital [p. ej., las que trata de encauzar el derecho]” (Mannheim, *op. cit.*, p. 105). [Cf. además en el libro de Frank, p. 72 ss., la crítica general de F.C.S. Schiller al “ideal de perfección de la lógica formal” —la cita de este autor ubicada en el acápite del presente Punto está en la p. 73—. Vid. también las observaciones de Vaz Ferreira sobre las “cuestiones de grado” (*supra*, IX *in fine*) y la “falsa precisión” (cf. esp. su capítulo titulado: “La falsa precisión”), y la cita de Leszek Kolakowski (*El hombre sin alternativa*, trad. de Andrés Pedro Sánchez Pascual, Alianza Editorial—El Libro de Bolsillo No. 151, Madrid, 1970, p. 181) recogida en el acápite; ya Hol-

mes, por su parte, había hablado de una “delusive exactness”, etc. (cf. Frank, p. 226).]

\* \* \*

Alguien podría replicar que, si bien es cierto que la lógica formal no puede (ni lo pretende) informar sobre *todos* los aspectos que se dan cita en el discurso jurídico, eso no quita que ella sirva para poner de relieve elementos —estructurales— de ese todo, que sin duda cuentan para él. Y hasta se podría recurrir, para apoyar esta argumentación, al propio texto de Ryle colocado en nuestro acápite, prolongando su metáfora así: aunque la “caja registradora” no decide, ciertamente, que las partes quieran efectuar una compraventa ni cuál será el precio de esta, empero nadie negará la utilidad de tal caja, precisamente porque facilita la *correcta* ejecución del pago de esa operación y, más aún, porque al dueño de la caja le permite *ordenar* mejor el estado de sus cuentas en general. Análogamente, la lógica deóntica puede ser —se dirá— un valioso instrumento para controlar la corrección de cada razonamiento jurídico y también la sistematicidad de un conjunto de ellos.

La posibilidad de extender así el texto mismo de la metáfora es una observación correcta, pero no lo es, en cambio, la analogía que entonces se extrae respecto al discurso jurídico. En cuanto a este discurso, a diferencia justamente de aquello que la caja hace para el que se ocupa de realizar compraventas, la lógica deóntica no presta, por lo general, ninguna utilidad práctica. Pues con o sin el conocimiento de dicha lógica, el jurista arriba, y puede justificar, las conclusiones prácticas que sea (¡interpretaciones!); esa lógica no le impone un verdadero control intersubjetivo de tales conclusiones, ni tampoco influye ella para nada al tratar de ponerlas en ejecución. A decir verdad, la lógica deóntica no ofrece ni siquiera esa utilidad relativa que tienen las “cajas registradoras”.

Por todo lo expuesto, no es de extrañar que ninguna de las modernas presentaciones lógico-formales —esas sutiles fórmulas sobre las que discuten los aficionados a la lógica deóntica— haya mostrado utilidad como guía para el pensamiento de los juristas y en general de quienes efectúan razonamientos morales o políticos. No se trata, en eso, de una insuficiencia que pudiera depender sencillamente de la voluntad de los operadores del derecho o de las presiones sociales a que estos se hallen sometidos. Con independencia de cualquier otro tipo de razones, es el simple hecho de que no se vé cómo,

aunque quisieran hacerlo, esos operadores pudieran encontrar en aquellas fórmulas alguna pista para resolver los problemas *prácticos*; de estos, ni quiere ni puede ocuparse la lógica deóntica.

Para que el empleo de computadoras, vía esquemas lógico-formales, pudiera ser un factor realmente determinante del contenido de las decisiones jurídicas, habría que empezar por efectuar una transformación total, o poco menos, del lenguaje que le conocemos a los juristas en su discurso profesional. Habría que lograr que el lenguaje jurídico, y el razonamiento que lo utiliza, lleguen a ser tan precisos, en sí mismos, como para autorizar una auténtica (unívoca y además aprovechable) formalización de ese discurso. ¡Pero tal precisión es justamente lo que nunca ha existido, ni tampoco se da hoy!: por la manera como suelen hallarse formuladas las normativas del derecho positivo y cómo las interpretan sus operadores.

No se ven perspectivas reales de que esa situación llegue a cambiar sustancialmente (cf. *supra*, el Epílogo, e *infra*, el Anexo). “En qué medida podrán en el futuro ser utilizadas instalaciones para el procesamiento de datos en procesos jurídicos de decisión, depende en primera línea de si se consigue organizar y reproducir con sentido decisiones jurídicas, o parte de estas, en función de los presupuestos tecnológicos del procesamiento de datos. El camino inverso, es decir, el de adaptar la tecnología [conocida] del procesamiento de datos a la práctica actual de las decisiones jurídicas, está llamado al fracaso, a lo menos por ahora, dadas las condiciones de realización de los EDV (*Elektronische Datenverarbeitung*: procesamiento electrónico de datos). Por ende, la única alternativa que existe es entre: orientar la praxis de la decisión jurídica en función de condiciones [propias] del procesamiento de datos o renunciar al procesamiento de datos en medida amplia” (Kilian, p. 15). Ahora bien, teniendo en cuenta las condiciones *reales* que determinan la dinámica del derecho, sólo el segundo de estos dos caminos es viable. Y el fracaso del primero no significa, al fin de cuentas, otra cosa que una prueba más del poco interés que la lógica deóntica ofrece para entender, y ni que hablar en cuanto a guiar, los discursos jurídicos vivientes.

Empero, más allá de su innegable superfluidad respecto a hacer más precisos y más controlables los discursos reales de dichos campos, no puede negarse que, desde el punto de vista *interno* de los intereses de la lógica formal para sí misma, la deóntica constituye una esfera de estudios legítima, como cualquier otra. Y, desde luego, no es indispensable medir el valor de una ciencia por su utilidad, ni siquiera por aquella de entender cómo se piensa realmente en tal o cual disciplina relativa a la conducta humana. Igual que

el ajedrez, por ejemplo, la lógica deóntica puede justificarse como un juego más del intelecto: ¡por qué no! Para los aficionados a los lenguajes artificiales, en especial, las sutilezas de los deonticistas pueden revestir, por su innegable escrupulosidad y detallismo, un interés muy propio. Claro que, hoy por hoy, nadie razonará mejor ni peor por la circunstancia de conocer o desconocer tales fórmulas; más tampoco es justo olvidar que la deóntica está apenas en sus comienzos, y... ¡nunca se sabe! (tal vez dentro de algunos siglos el asunto pueda tener otra trascendencia).

*En conclusión.*- Aunque superflua, no menos en la comprensión que en la resolución de las cuestiones jurídicas vivientes, la deóntica es un campo de investigaciones legítimo si a uno le preocupan ciertas cuestiones teóricas de la lógica normativa meramente formal, esto es, para quienes consideren interesante hacer abstracción de los problemas candentes que *hic et nunc* conlleva el razonamiento *práctico* de los juristas. Ella sirve, en cuanto al derecho, como paradigma de una *racionalidad* que, sin perjuicio de ser ciertamente tal (de acuerdo con la definición dada: *supra*, a la altura de la n. 13), empero poco o nada está en condiciones de aportar ni para la práctica ni para la comprensión del razonamiento jurídico de carne y hueso. Una prueba, pues, de que no *cualquier* racionalidad ha de servir para MEJORAR el discurso del derecho. La lógica deóntica es, si se quiere, una “ciencia” del derecho, pero ciencia vana.

*Referencias.*- Para críticas más detalladas, cf.: Ryle, cap. VIII (*op. cit. supra*); Frank (*Mr...*); E.P. Haba, “Apuntes sobre el lenguaje jurídico (II): El problema de la precisión”, en *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 38 (mayo-agosto 1979), p. 225-317, Universidad de Costa Rica-Facultad de Derecho/Colegio de Abogados, San José, *vid. allí* los §§ 19-22; Horn, *Studien...*; Struck, *Zur Theorie...*, cap. 5.1; Wagner/Haag, esp. su No. 1.5. Lo vana que es la lógica deóntica queda bien ilustrado mediante los ejemplos que se examinan en: Haba, *loc. cit.*, p. 270; y Atienza (*Introducción...*), p. 334-337 (donde, después de parafrasear en esquemas de lógica formal dos argumentaciones para un caso presentado ante el Tribunal Constitucional español, el autor concluye que, al fin de cuentas, allí “la validez del razonamiento depende de que se acepten las premisas en que se basa, que son todas aquellas líneas *no justificadas* por una regla de transformación... pues siempre que se trate de casos jurídicos *difíciles* y no de cuestiones simplemente rutinarias, lo que *tiene importancia no es tanto el proceso deductivo en sí* como el proceso de elección de las premisas, es decir, de *interpretación* de las normas y de los hechos en un determinado sentido más bien que en el otro” -p. 337, las cursivas no son del original-). Pero cf. también Schreckenberger, esp. el punto 4.A (La función crítica y heurística de la semiótica lógica) de la Intr., quien se muestra menos escéptico acerca del interés que la lógica formal pueda tener para examinar el discurso jurídico, aunque este autor no la incorpora sino secundariamente -y superfluamente, diría yo- en el seno de los análisis que él mismo nos pre-

senta. Para el concepto de lógica deóntica, y particularmente sobre la diferencia entre esta tomada en sentido estricto y la lógica de las normas, *vid.*: Georges Kalinowski, *Lógica de las normas y lógica deóntica, Posibilidad y relaciones*, trad. de Roque Carrión Wam, Cuadernos de Metodología y Filosofía del Derecho No. 1, Universidad de Carabobo-Oficina Latinoamericana de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Valencia (Venezuela), 1978; se puede cf. mi reseña sobre esta publicación, en *Revista de Ciencias Jurídicas* No. 38, p. 384-386. Además: *vid.* también *infra*, el Punto 6.

## 2

En Europa se ha ido imponiendo cada vez más la convicción de que el pensamiento de los juristas no responde a una lógica de tipo deductivo, al ideal del silogismo judicial y de la *Begriffsjurisprudenz*, sino que aquel se maneja con líneas mucho más elásticas. Aunque tendencias semejantes aparecían ya en posiciones como la de la escuela del derecho libre y el realismo escandinavo o usuamericano, es sobre todo luego de la Segunda Guerra Mundial cuando pasan a ser dominantes en la Filosofía y la Teoría General del Derecho. Entre los portavoces más destacados de tal giro estuvieron desde el comienzo, junto al impacto causado por el clásico estudio de Viehweg sobre *Tópica y Jurisprudencia*, los escritos de Chaïm Perelman, fundador y principal figura de la llamada Escuela de Bruselas. Entre sus numerosas (y no poco reiterativas) publicaciones que se ocupan del razonamiento jurídico, escojo, por la amplitud con que allí expone sus puntos de vista sobre dicha temática, la obra titulada: *Logique juridique. Nouvelle rhétorique* [cf. también: *Le champ...*]. La tomo como base para efectuar algunos comentarios sobre la posición del autor (e, indirectamente, de otros que adoptan criterios parecidos: cf. *supra*, a la altura de las ns. 29, 30 y d).

Según Perelman, los métodos que se ponen en práctica en el derecho corresponden a las técnicas de pensamiento propias de lo que él llama la “nouvelle rhétorique”, inspirada en formas de pensamiento que Aristóteles estudió en los *Tópicos*, las *Refutaciones sofisticas* y la *Retórica*. Tal, y no el de carácter deductivo, es el tipo de razonamientos del jurista. Este maneja cotidianamente un repertorio de figuras argumentales.

La idea en que Perelman insiste sobre todo, es que corresponde aceptar y sacar todas las secuencias de la distinción, que considera fundamental, entre dos campos de razonamientos: el de lo lógico-formal y el de lo que Aristóteles llamó “silogismos dialécticos” (cf. *supra*, VIII *in limine*). Son es-

tos últimos los principales cuando se trata de razonamientos prácticos: moral, política, derecho, etc. Dichos razonamientos son “relativos, no a las demostraciones científicas, sino a las deliberaciones y controversias. Se refieren a los medios de persuadir y convencer mediante el discurso, de criticar las tesis del adversario, de defender y justificar las propias, con ayuda de argumentos más o menos fuertes” (No. 2 *in limine*, p. 2). En definitiva, la lógica judicial se presenta, pues, “no como una lógica formal, sino como una argumentación que depende de la manera en que los legisladores y los jueces conciben su misión, y de la idea que ellos se hacen del derecho y de su funcionamiento en la sociedad” (No. 98 *in fine*, p. 177).

El razonamiento jurídico, por pertenecer a dicha forma de pensamiento, “sólo muy raramente podrá ser considerado como *correcto* o *incorrecto* de una manera, por así decirlo, impersonal”. O sea, que el jurista, al decidir, deberá hacerse cargo de sus “responsabilidades”, efectuar una “apreciación del valor de esas razones —que solo muy raramente pueden ser reducidas a un cálculo, pesaje o medida—, las que pueden diferir de un individuo a otro, lo cual destaca el carácter personal de la decisión tomada” (No. 6 *in fine*, p. 6). Sin embargo, ello no significa que se trate de unos razonamientos arbitrarios, como lo pretenden filósofos positivistas, esclavos de una concepción científicista al respecto. El escepticismo de estos conduce, en definitiva, a “abandonar a los factores irracionales, y al fin de cuentas a la fuerza y la violencia, individual o colectiva, la solución de los conflictos que conciernen a la práctica” (No. 56, un poco después de la nota 8, p. 113). Empero, dice él, no es indispensable aceptar tales conclusiones. Por el contrario, hay que entender que también lo *razonable* (“elección razonable”, “decisión razonable”, “acción razonable”), lo que se refiere a juicios de valor, puede y debe ser objeto de una discusión y de fundamentación racional, aunque esta no ostente, por cierto, la rigidez del razonamiento deductivo.

Tal camino, “el recurso a los razonamientos *dialécticos*, *retóricos*, se impone en ausencia de técnicas unánimemente admitidas” para resolver los problemas prácticos. Lo peculiar de esos razonamientos es que “están dirigidos a establecer un *acuerdo* sobre valores y su aplicación, cuando estos son objeto de una controversia. (...) La noción de acuerdo resulta fundamental cuando los medios de prueba están ausentes o son insuficientes, y sobre todo cuando el objeto del debate no es la verdad de una proposición sino el valor de una decisión, de una elección, de una acción, consideradas como justas, equitativas, razonables, oportunas, honorables, o conformes al derecho” (No. 50 *in fine*, p. 102). La pregunta que se plantea, entonces, es cómo lograr ese acuerdo. La respuesta de la *nouvelle rhétorique* es que ello se alcanza a tra-



vés de la “argumentación”, esto es, mediante “técnicas discursivas tendentes a provocar o acrecentar la adhesión de los espíritus [auditorio] a las tesis que les son presentadas para su asentimiento” (No. 51 *in limine*, p. 105; cf. también *supra*, n. f).

Hasta aquí, algunas de las ideas centrales de Perelman (*vid.* también *supra*, VIII, hasta la n. 29). Nadie podrá negar que el examen que nos ofrece acerca del pensamiento de los juristas se halla respaldado por una rica cantidad de ejemplos tomados de la *praxis* misma de los tribunales, del razonamiento jurídico tal y como suelen llevarlo a cabo, o por lo menos presentarlo, los jueces. Pero tal vez las cosas sean, en realidad menos llanas de lo que este autor nos da a entender.

Por lo pronto, hay que llamar la atención sobre el hecho de que la descripción que Perelman nos presenta es *más* que simplemente eso: ella contiene cierta *apologética*, aunque casi siempre la expresa en forma más bien velada, del estado de cosas que nos señala (pero *vid. supra*, n. d). Así, da por sentado que el pensamiento jurídico es –y será!– siempre, *por esencia*, rebelde a la introducción de métodos propiamente científicos; y ahí echa en un mismo saco, sin más, los de la lógica formal con los de las ciencias empíricas en general. Sobre todo en cuanto a estas últimas, empero, de ninguna manera es indiscutible que no se pueda llegar a incorporarlas en el campo de las llamadas ciencias del espíritu; la sociología, por ejemplo, nos ofrece muestras patentes de lo contrario. Que métodos análogos puedan o no llegar a ocupar también un sitio de primordial importancia en la esfera del pensamiento jurídico, no es cosa que se siga de alguna “esencia” (*supra* o extracientífica) del derecho, sino que se trata de una pregunta abierta al futuro, tanto por lo que hace a la elaboración o adaptación de dichos métodos, como a la voluntad misma de los juristas para emplearlos llegado el caso [cf. el Excurso y el Epílogo, *supra*]. Puesto que Perelman ni siquiera plantea esta posibilidad, él no discute sus condiciones teoréticas ni tampoco sus obstáculos político-sociales, la descripción –decididamente acrítica– que nos presenta del quehacer jurídico funge, por tal unilateralidad, como una justificación (ideología) del tradicionalismo en la metodología de los juristas.

No es convincente su afirmación de que, salvo si se acepta un camino como el señalado por la *nouvelle rhétorique*, no quedaría otra salida, para los juicios prácticos, que dejarlos librados a la irracionalidad pura y simple. El problema no reside –pienso– en decidir si le hemos de *llamar*, o no, “razonables” a las fundamentaciones del tipo que señala Perelman, sino que lo interesante es averiguar qué *garantías* estarían ellas en condiciones de brindar-

nos para que, por dichas vías, se obtengan unas conclusiones *menos* azarosas que las calificadas de irracionales (*supra*, IX *in fine*). Sea como sea, lo cierto es que tales “garantías” estarán dadas en medida muchísimo mayor si conseguimos remitirnos a regularidades de orden científico-empírico, no a unos meros juicios de valor, para determinar las condiciones de validez de dichos razonamientos (cf. *supra*, a la altura de la n. h y el texto de esta). Las diferencias en cuanto al camino que se elija importan –y mucho!– en el plano *heurístico*. Porque el llamarse a conformidad con una “argumentación”, y cubrirla mediante el prestigio de la palabra “razonable”, no significa tanto un esfuerzo que apunte contra el irracionalismo, sino antes bien un arma dirigida contra la introducción de ciertos métodos (más rigurosos) de las ciencias sociales en el campo de los razonamientos prácticos. Se trata, en definitiva, de una “estrategia de inmunización” (Albert) para defender la permanencia de un pensamiento de carácter pre-científico, tradicional, en ese terreno.

Ello tiene que ver, por lo demás, con cierta indefinición en que nuestro autor deja lo que se refiere a las relaciones entre retórica y verdad. Por un lado, nos dice que “lo que distingue a la retórica de la lógica formal o incluso de las ciencias positivas, es que *aquella no concierne tanto a la verdad como a la adhesión*” (No. 51 *in fine*, p. 107); por el otro, señala que *sólo* “en ciertos casos, que por cierto son excepcionales, se dará preferencia (en la argumentación) a otros valores que la verdad” (No. 57 *in limine*, p. 116). Y de su exposición tampoco se sigue con nitidez si el único (y suficiente) o principal criterio de verdad respecto a un razonamiento práctico sería la adhesión que le preste un auditorio, o si, en cambio, la calificación del auditorio mismo haya de medirse en función de parámetros de la verdad que lo trascienden (¿sería tal cosa –algo una así como una idea en sentido kantiano– el “auditorio universal”?): cf. No. 52). Sea como fuere, lo cierto es que solo la primera de estas dos posibilidades resultará el criterio que se imponga en la práctica si se acepta el ideal pragmático de la *nouvelle rhétorique*. Basta con que el auditorio de juristas esté integrado –como es corriente– por personas poco versadas en métodos científicos propiamente dichos, para que así queden legitimados, sin posibilidades de apelación ante otras instancias del conocimiento, las formas tradicionales de pensar que dominan en el discurso jurídico. También por este lado, pues, la posición de Perelman se revela como una defensa del pensamiento poco (“débilmente”) científico para el derecho, una ideología de lo razonable contra lo racional.

*Referencias.*—En la lista de nuestra Literatura escogida se indica la traducción al castellano del libro de Perelman comentado, pero mis citas aquí las he tomado del

texto original y traducido por mi cuenta. Para una crítica que, aunque no se refiere especialmente a Perelman, va en el mismo sentido (y es más amplia) que la presente, vid. mi artículo *Rationalität der Autoritäten...*

### 3

El término *dialéctica* tiene, en la tradición del pensamiento filosófico, dos grandes vertientes: la más antigua es la que se remonta a Sócrates, Platon y sobre todo, si consideramos su recepción en el pensamiento actual, a Aristóteles: la otra, más moderna, tiene su eje principal en ideas de Hegel. Ambas se ven a sí mismas, cada una por su lado, como unos caminos “racionales” o “razonables” para guiar el conocimiento humano. En el Punto anterior y en el próximo se trata de posiciones que reconocen su afinidad con la dialéctica aristotélica. En el presente apartado, en cambio, se ofrecen algunas observaciones sobre la dialéctica de tipo hegeliano, para lo cual tomo como base la docta exposición de Wolfgang Röd: *La filosofía dialéctica moderna*, Eunsa, Pamplona, 1977, trad. de Juan Cruz Cruz.

“Los filósofos dialécticos de distintas direcciones pretenden haber construido o por lo menos poder construir una lógica, una metodología y una ontología dialécticas o una teoría dialéctica de la praxis, en competencia con los métodos tradicionales de la ciencia y con la ontología tradicional” (p. 43). Quiere decir que la dialéctica se manifiesta desde tres grandes caras: como ontología, como método y como lógica, como estructura de la experiencia (p. 44 ss.). Y estos ámbitos aparecen entrelazados, allí, por la idea central de que aquello que será calificado –en el plano que fuere– como “dialéctica”, siempre está constituido por “una relación existente entre dos [o más] momentos de una totalidad que se condicionan recíprocamente entre sí, donde la totalidad es determinada por la relación entre los momentos y a la vez los momentos están condicionados por la totalidad” (p. 47). Pensadores muy variados calzan dentro de esta tendencia general: Kant, Hegel y Marx son posiblemente los principales; también cuentan Fichte, Schelling, Schleiermacher, Engels, Lenin, Croce, Lukács, Sartre, Marcuse, Adorno, Markovic, etcétera.

En cuanto al *método* dialéctico, Röd llega a la conclusión de que, al fin y al cabo, se distingue poco o nada de los métodos científicos en general, por lo que hace a las explicaciones *mismas* de los hechos. Lo peculiar sería, simplemente, la manera en que estos son *interpretados* por parte de los dia-

lécticos, quienes los toman como manifestaciones de cierto “esencialismo dinámico”, como lo llama Röd (p. 431). “Siempre que los representantes del método dialéctico formulan determinadas explicaciones para los hechos, su procedimiento no se diferencia del de los demás científicos. Esto está claro tanto en Hegel como en Marx. Solo en la interpretación ontológica aparece la diferencia entre la concepción dialéctica y la no-dialéctica. Esta última puede ser, como la dialéctica, esencialista e incluir el supuesto de la constancia de las esencias; o puede no ser esencialista, como la concepción empirista del método analítico” (*ibid.*). En fin: sea o no que aceptemos enteramente dicha conclusión, creo que Röd ha dado en el centro del asunto cuando destaca que las tesis básicas de los dialécticos constituyen, en definitiva, “una suposición metafísica” (p. 430), una *manera* más de “interpretar” la realidad.

Hasta aquí, Röd. Agregaré unas acotaciones por mi cuenta.

Lo cierto es que *todas* las maneras de “interpretar” la realidad constituyen, de uno u otro modo, tesis que son de tipo “metafísico”, cuando se trata de las *bases* últimas para una forma de comprender el mundo. Por lo demás, estas no suelen alcanzar suficiente intersubjetividad –la “fuerte” (cf. *supra*, a la altura de las ns. 31 y 32)– como para integrar el cuerpo *mismo* de las ciencias, por lo menos en la ciencia “normal” (Kuhn), sino que este *corpus* puede ser entendido y puesto en práctica de un mismo modo, intersubjetivamente, por científicos de esa disciplina que entre sí discrepen en cuanto a tales interpretaciones. En ese plano, la dialéctica no es ni más ni menos “metafísica” o “filosófica” que cualquier otra *Weltanschauung*. Pero toda tesis científica, y máxime en las ciencias sociales, en última instancia se funda en *alguna* o algunas de esas visiones filosóficas sobre la naturaleza del mundo y de los hombres.

Hay dos cuestiones que convendría distinguir respecto al alcance de la dialéctica: por un lado, su o sus tesis metafísicas; por el otro, las consecuencias que de ello se sacan, o se podrían sacar, sobre la metodología y las conclusiones prácticas de las ciencias. Desde el segundo ángulo, que es el que acá nos interesa, la posición de los dialécticos no cobra concreción si ellos no están en condiciones de aclararnos tres cosas: qué conocimientos de la ciencia corriente son *falsos* (¡no más o menos limitados, simplemente!), cómo esa falsedad se conseguirá acreditarla por *vías intersubjetivas* (esto es, con independencia de la fe en unas controversiales tesis metafísicas), y cuáles son los conocimientos específicos (¡intersubjetivos!) llamados a *sustituir* a aquellos otros. Pero es muy difícil, si no imposible, hallar respuesta precisa a estas cuestiones en los estudios de dicha tendencia.

Lo que en tales estudios se encuentra son más bien, además de las tesis metafísicas mismas, algunas otras cosas. A veces, sugestivas hipótesis sobre aspectos importantes de la realidad: observaciones cuya verificación o falsación no está todavía al alcance, sea en todo o en parte, de una prueba por métodos intersubjetivos. Esa clase de “intuiciones” (o corazonadas) puede ofrecer, en su caso, un no desechable valor *heurístico*; con frecuencia brindan respuestas tentativas que tienen una plausibilidad y en cierta forma iluminan, mientras no lleguen a ser refutadas por las ciencias (cosa que también puede suceder), áreas de interés para las cuales las disciplinas científicas aún no proporcionan conocimientos suficientes. Mas también, por otro lado, la dialéctica ha servido y sirve, merced a las oscuridades y la vaguedad propias de su vocabulario básico, como “ideología” en la propaganda política; o sea, para disimular cosas incómodas, ya sea del *status quo* o de proyectos para cambiarlo, y en general para presentar visiones mitificadas de la dinámica social. Es el caso, sobre todo, del marxismo vulgar, que bajo el nombre de “marxismo-leninismo” funciona como ideología en favor o en contra del *status quo*, según cuáles sean las clases dominantes del país en que se la utiliza como escudo propagandístico. Esto es: en contra cuando los dirigentes leninistas-estalinistas luchan por llegar a ser tales clases, a favor cuando son ellos mismos quienes detentan los privilegios del poder.

Esa ambigüedad esencial de la dialéctica –ambigüedad como lenguaje (sugestivo pero impreciso), ambigüedad como trampolín heurístico (a medio camino entre la poesía y la ciencia), ambigüedad como ideología (de izquierda en los países capitalistas, de derecha allí donde detenta el poder la nomenclatura del Partido)– hace que todo juicio global acerca de ella resulte unilateral. Por lo demás, sobre quien no comulgue con sus presupuestos metafísicos y con su terminología, es inevitable que recaiga la acusación de no haber “comprendido”. Y, a decir verdad, esta sospecha puede tener su grano de acierto: por tratarse de un lenguaje que no tiene la intersubjetividad de las ciencias, y ni siquiera la del habla cotidiana, siempre es posible que, en efecto, el dialéctico nos esté diciendo algo que no hemos alcanzado a decifrar, algo para lo cual carecemos del “sexto sentido” indispensable. Ese que *sólo* los dialécticos poseen.

La dialéctica viene a ser, para sus cultores y para quienes depositan su fe en estos, algo así como un *logos* universal y, a la vez, también el “Sésamo-ábrete” para aprehender las conformaciones en que ese *logos* se hace carne al moldear toda clase de realidades. Sea como sea, los conocimientos “dialécticos” constituyen –en la medida en que no coincidan simplemente con los de las ciencias estándar, ni sean susceptibles de presentación en len-

guaje laico– una forma de aprehender las cosas que, verdadera o no, escapa a la posibilidad de controles intersubjetivos. Está más allá, o más acá, de una discusión racional con no-dialécticos. Sobre todo, no hay manera de someterla a los rigores del método científico propiamente dicho. No obstante, es innegable que el mundo de la “dialéctica” regala, a quien consigue penetrar en él, toda la fascinación de un tejido lingüístico propio, un universo de sugerencias que se abre el conjuro de la familiaridad con ese lenguaje. ¡Y hasta puede ofrecerlas para algunos de los que, como el autor del presente comentario, no depositan mayor fe en tal lenguaje...! La dialéctica de inspiración hegeliana es, si hacemos abstracción de sus funciones “ideológicas”, una *façon de parler*, la que, como otras, es capaz de dar lugar a interesantes inquietudes en el campo de lo razonable, siempre y cuando no pretenda reivindicar para sí el lugar propio de la racionalidad científica o subordinarla a mitologías. Tomadas con tales precauciones, las observaciones “dialécticas” pueden servir, heurísticamente, como una antesala o un suplemento del discurso científico propiamente dicho, y acaso hasta para prevenir las unilateralidades o simplificaciones que caracterizan a las malcomprensiones “cientificistas” sobre los verdaderos alcances prácticos de dicho discurso.

*Referencias.*–La crítica metodológica con respecto a la dialéctica hegeliana, sobre su papel como “estrategia de inmunización” y como arma de ataque-defensa contra cualquier tesis contraria a las sostenidas por sus partidarios, ha sido llevada a cabo sobre todo por autores que responden a la orientación del *racionalismo crítico*: Popper, Albert, Topitsch, etc. Se puede cf. también Bunge, cap. 12.3.

## 4

Racionalidad y método, si bien son los medios más fiables de que disponemos para nuestro conocimiento del mundo, no están libres de limitaciones. Sin embargo, hoy lo más común es, tanto entre legos como también por parte de los propios científicos, pasar por alto esos límites, imaginarse que la ciencia ha de tener a mano alguna respuesta para *todo*. Se piensa que ella puede ofrecer *soluciones* para todo, ya sea ahora mismo o más adelante. De esa ingenua fe provienen las doctrinas “cientificistas” respecto a distintos sectores del actuar humano, incluso para el derecho (cf. *supra*, a la altura de la n. 1), las cuales consisten esencialmente en hipostasiar los alcances reales que tienen o pueden tener las conclusiones asentadas en los métodos de las ciencias naturales y de la lógica formal.

Contra esa básica ingenuidad de los científicistas, que no lo es menos por el hecho de que a menudo aparece escudada tras un sofisticado lenguaje técnico (p. ej., cf. *supra*: Punto 1), no han dejado de levantarse las voces de pensadores que responden a distintas orientaciones. Ahora bien: para unos, las limitaciones del conocimiento científico, inclusive el hecho de que la ciencia tenga como presupuesto ciertas primeras bases que inevitablemente son metafísicas”, empero no significa que exista alguna especie de saberes superiores a los de ella; simplemente quiere decir que siempre aquel saber es más o menos incompleto y perfectible, y también que su aplicación práctica depende de condiciones sociales frente a las cuales la ciencia no tiene más que un poder relativo –tal la posición del racionalismo crítico (cf. la cita de Albert: *supra*, poco después de la n. 1)–. Para otros, en cambio, habría unas instancias del espíritu –sean las que fueren: fe religiosa, budismo zen, intuición, dialéctica, etc.– capaces de llegar más a fondo que la racionalidad metódica, y las cuales, por tanto, estarían en condiciones de acercarnos a conocimientos que sobrepasan a los de las ciencias corrientes.

Quienes piensan de esta última manera, es cierto que han logrado advertir, a diferencia de los científicistas, que la ciencia no contesta a muchas cosas que son fundamentales para nuestra vida; pero aquellos, ubicándose propiamente en el extremo opuesto a la posición de estos (lo que no llega a hacer, por ejemplo, el racionalismo crítico), en cambio postulan que hay otros recursos del espíritu humano, extra-científicos o hasta supra-científicos, por medio de los cuales sí pueden saberse esas cosas. Según tal posición, a la que muchos acusan de irracionalista y anticientífica, la ciencia y sus métodos no son sino una forma *secundaria* de saber, la cual no tiene más que cierto valor práctico-instrumental. Consideran que ella es simplemente útil, o más bien utilitaria. Piensan que la ciencia no alcanza a aprehender la *verdad* propiamente dicha, se queda siempre más acá del conocimiento en profundidad de las cosas, se contenta simplemente con *manejarlas*. En años cercanos, la versión que más éxito filosófico logró cosechar, de este viejo, siempre renaciente punto de vista, es la llamada *hermenéutica filosófica*; así la denominó Hans-Georg Gadamer en su obra principal, *Wahrheit und Methode* (vid. además: Apel, Habermas *et al.*, *Hermeneutik und Ideologiekritik*).

La versión original de dicha obra data de 1960. Pero fue sobre todo a partir de su segunda edición (1965) que la discusión en torno a los alcances de la “hermenéutica” como dimensión básica, “universal”, del entendimiento humano –idea central del libro– alcanzó su mayor énfasis en Alemania. Ese impacto se explica, porque las tesis del autor, aunque no demasiado novedo-

sas en cuanto a lo esencial (principales antecedentes de Gadamer y Hans Lipps, mas sobre todo Heidegger y Bultmann), llegan para prolongar y reafirmar el anticientifismo heideggeriano cuando este había ido perdiendo impacto. Gadamer renueva y desarrolla tales tesis en un lenguaje de poderosa riqueza sugestiva, que además es bastante menos hermético que el de Heidegger. La elegante prosa en que así lo hace vuelve una y otra vez, tanto en la exposición (y discusión) de antecedentes de ese pensamiento en la historia de la filosofía, como también desde ángulos generales (la “verdad” estética, la “verdad” del comprender –*Verstehen*– como posición básica universal del espíritu humano, la “verdad” del lenguaje), sobre algunas nociones claves. Las va retomando en paráfrasis y desenvolvimientos sucesivos, que enhebra en una terminología cuyo colorida plasticidad toma el lugar que para otros pensadores ocupa el afán por alcanzar rigor en los delineamientos lógico-conceptuales.

Ahora bien, que el impacto de dicha obra dependa tanto de la forma lingüística en que el autor nos presenta sus ideas –tal vez cabría mejor decir: sus imágenes– lleva a que sea muy difícil alcanzar efecto similar al pasarla a otro idioma. La versión castellana topa con esa dificultad precisamente. Allí, si bien los traductores vierten con honestidad el contenido *conceptual* del libro, pues han traducido con esmero (erratas aparte) las *ideas* de Gadamer –aunque pueda resultar dudoso el acierto del equivalente utilizado en castellano para ciertos giros o metáforas–, el “élan” del original no alcanza a percibirse. Pero, si se quiere, tal vez eso pueda representar hasta una ventaja para el lector de la traducción, ya que este, al estar menos sometido a la seducción que emana de la prosa del propio Gadamer, acaso logre percibir más directamente de qué se trata *en el fondo*, si así puede decirse. Sea como sea, lo cierto es que la falta de vuelo del texto español, su frialdad, hace que ahí la obra no consiga “llegarle” al lector en condiciones similares a lo que ella puede significar para el de habla alemana. Quedó por el camino el poder de *sugestión*. Y como quiera que, según creo, buena parte del interés de la obra se ubica justamente en este último plano, entonces tenemos algo así como el argumento de la novela pero no la novela misma.

Hecha esa advertencia, voy a referirme, de todos modos, a dos conclusiones esenciales del “argumento”: (a) que nuestro conocimiento es siempre tributario de “pre-juicios” (*Vorurteile*), aquellos que a nuestro pensamiento incorpora la tradición mediante el lenguaje que utilizamos, y de los cuales en gran medida no alcanzamos a ser conscientes; (b) que sólo el *Verstehen* (comprender) –que es “hermenéutico”– brinda el conocimiento de unas auténticas “verdades”, y no así el método científico, pues únicamente el

primero, no el segundo, es la condición “universal” de nuestras maneras de aprehender cualesquiera tipos de cosas, ya que hasta las ciencias dependen, en su base, de tal condición. Dicho de otra manera, en nuestra terminología, eso significa que lo racional (método, ciencia) no solo dependería de lo no-racional (precomprensiones, *Verstehen*), sino que esto último sería inclusive un medio *superior* a aquel para tomar contacto con la “verdad”. De acuerdo con esta tesis, método (científico) y verdad son, en definitiva, dos extremos que se excluyen, vale decir, que el nivel más alto a que puede aspirar el conocimiento humano se lograría precisamente por unas vías que NO son las utilizadas por las ciencias. Por eso, Gadamer llega a ver el discurso jurídico tradicional como todo un “ejemplo” a seguir (*supra*, n. d), contrariamente a lo que surge del estudio presentado aquí. Puede decirse que, al fin de cuentas, las soluciones de Gadamer respecto al quehacer jurídico no difieren mayormente, por lo menos desde el punto de vista práctico, de lo que sostiene Perelman [*supra*, Punto 2]. Solo que Gadamer las presenta en una forma propia, “hermenéutica”, de modo tal que su trasfondo romántico resulta mucho más visible.

Vale la pena examinar un poco más de cerca las dos conclusiones señaladas. Un análisis elemental basta para advertir, por lo pronto, que ambas no están ubicadas en el mismo plano. La primera (a) es, si lo expreso de manera laica, una afirmación de orden psicológico y sociológico, una tesis avalorativa con alcance epistemológico general. La segunda (b), en cambio, constituye sobre todo una afirmación de carácter valorativo; ella se sirve del efecto emocionalizante del término “verdad”, recurriendo a una definición persuasiva (Stevenson) del sentido de esta palabra, para promover un punto de vista apologético respecto a algunas clases entre los fenómenos de conciencia (arte, filosofía, “ciencias del espíritu” tradicionales, etc.) y así prevenir la posibilidad de someterlas a, o de criticarlas en nombre de, métodos científicos en sentido estricto —es una “estrategia de inmunización” (Albert) ante tales críticas—.

En cuanto a (a), Gadamer subraya que, a diferencia de lo que pensó la Ilustración, no todo pre-juicio (*Vorurteil*) es condenable, en cuanto opinión anticipada y tradicionalmente recibida sin cuestionamiento. Tradición y autoridad no son de por sí cosa desechable, tienen una valiosa función productiva como elementos activos del conocer. Y además, aquellos son también corregibles hasta cierto punto, pues aunque es imposible dejarlos de lado globalmente, sí existe la posibilidad de ir llegando a “distinguir los prejuicios *verdaderos* bajo los cuales comprendemos, de los prejuicios *falsos* que producen los malentendidos” (p. 369 de la trad.).

Lo que Gadamer no nos aclara, es *cómo* se logra ese *progreso* y por qué medios específicos podría ser comprobado inequívocamente. La tesis (a), formulada de una manera tan general, vale decir, el hecho de que nuestro conocimiento dependa de una *pre-comprensiones* (*Vorverständnis*: comprensión previa, presuposiciones) que nos son infiltradas por las tradiciones culturales dominantes, me parece difícil que encuentre objeciones fundamentales por parte de pensadores actuales, sean de la dirección filosófica que fuere. El verdadero problema, empero, es el siguiente: ¿cómo hacer para tomar conciencia de nuestros prejuicios, aunque sea en cierta medida?; y sobre todo, ¿mediante qué *criterios* distinguiremos los prejuicios “buenos” de los “malos”, supuesto que todo esto no sea una cuestión que dependa simplemente del gusto de cada sujeto?.

Lo que los métodos científicos tratan de proporcionar son determinadas pautas *intersubjetivas* para proceder a tal deslinde, esto es, para fundamentar y *controlar* lo que sea afirmado con base en ellos. Gadamer, por su lado, en vez de este tipo de controles, nos propone como principio el buscar unas experiencias “auténticas” para zanjar dicha cuestión. Lo menos que puede decirse, es que este es un “criterio” —para llamarlo de algún modo— bastante vago. No veo cómo pueda servir para dilucidar controversias entre ideologías que proclaman, *todas* ellas, ser quienes detentan la “verdad” (y esto en función, justamente, de *no* admitir que sus “verdades” sean controladas por métodos científicos).

En cuanto a (b), se trata de una tesis que no es susceptible de ser sometida realmente a discusión. Es más bien una cuestión de fe, por no decir de gustos. Significa una especie de hipótesis metafísica omnicompreensiva, que por su alcance ilimitado y su carácter de (supuesta) evidencia última escapa a toda posibilidad de prueba o contrapruebas; se supone que es ella misma quien suministra la base de cualesquiera comprobaciones posibles. Esa definición (persuasiva) del término *verdad*, no es ni más ni menos correcta —precisamente por tratarse de una *definición* (estipulativa)— que cualquier otra de las definiciones más o menos usuales de dicha palabra, inclusive las implícitas en el vocabulario corriente de las ciencias (cf. *supra*, a la altura de la n. 6 y también esta). Si prescindimos del aspecto emotivo-valorativo de las disputas acerca de la “verdadera” definición de tal término (cf. el Excurso, *supra*), es un mero asunto de convencionalismos lingüísticos.

Tomando el vocablo “verdad” en esa su acepción predominantemente axiológica, nada queda para discutir en torno a si la ciencia proporciona conocimientos que sean más o sean menos “verdaderos” que los de ciertas ex-

perencias a las que se puede llamar *Verstehen*. Si bien se mira, lo cierto es que estas son unos “conocimientos” de otro tipo; y cada quien puede, por supuesto, depositar más confianza o hallar más satisfacción subjetiva en este o en aquel tipo, sea de manera general o según los casos. Es imposible probarle a unos que tienen razón otros, porque la fundamentación o la directa evidencia que aduce cada parte responde a presupuestos últimos que son incommensurables: ciencia *versus* hermenéutica.

Si dejamos de lado la impostación valorativa de llamarle Verdad a aquello que pueda alcanzarse por uno de esos caminos solamente, acaso lo más atinado sería no embarcarse en ninguna afirmación de índole completamente general (“universal”) al respecto. ¿Por qué no reservarse, frente a cada clase de objetos o situaciones, la libertad de decidir, con los resultados a la vista, si en ese caso (y hasta más ver) nos bastan, o no, los conocimientos que los métodos científicos están en condiciones de proporcionar sobre el punto? Es indudable que las ciencias no han resuelto, ni se vé perspectiva cercana de que logren hacerlo, muchos de los interrogantes fundamentales relativos a las experiencias de los hombres. Una “hermenéutica” tal vez sea, para siempre o por ahora, la vía que nos resta para acercarnos, mal que bien, a algún modo de tratar de entender ese tipo de cuestiones (por ejemplo, lo del gusto artístico). Pero hipostasiar al infinito el papel de esa vía, y hasta vistiéndola con el manto sagrado de un lenguaje ontologizante que la imunique *a priori* frente a toda posible crítica de índole científica, no ha de conducir a resultados menos “unidimensionales” que los cosechados, en la vereda de enfrente, por el más estrecho de los positivismos científicistas.

En definitiva, mis conclusiones sobre el papel de la “hermenéutica” no difieren mayormente, *mutatis mutandis*, de lo antes señalado respecto a la dialéctica (*supra*, Punto 3 *in fine*). Los hermeneutas, también ellos, consiguen —cuando son talentosos, como Gadamer o Lipps— llamarnos la atención acerca de caminos que pueden ser ricos en ideas. Sí, nos ponen en contacto con sugerencias que resultan ciertamente valiosas... ¡siempre que no las tomemos demasiado al pie de la letra! La dimensión hermenéutica puede ser aprovechable, incluso para quienes prefieren apostar a la racionalidad científica, si esa dimensión no dejamos de tenerla presente como una posibilidad *heurística* más, frente a posibles insuficiencias de los métodos científicos; pero eso, *solo* en la medida en que estas existan realmente y mientras no consigan ser superadas por la ciencia misma. Como lo razonable, como el “buen sentido” (Vaz Ferreira), como la dialéctica, etc., las elucidaciones hermenéuticas pueden servir como fuente de inspiración o como un *pis-aller* respecto al discurso científico propiamente dicho.

*Referencias.*—Para un resumen de las principales ideas que Gadamer sostiene en la obra comentada, cf. mi reseña de la traducción española, en *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica*, No. 51 (junio 1982), p. 96-99. Una crítica mucho mas amplia que la presentada aquí, se puede ver en mi artículo “Hermeneutik contra Rechtswissenschaft” (cit. *supra*, n. 6); cf. también lo que dice Rottleuthner (*loc. cit. ibid.*) y, para un concluyente análisis general de las insuficiencias teoréticas de la “hermenéutica filosófica”, el Apéndice II de Hirsch (*op. cit. supra*, en la n. 1). Sobre la cuestión general del papel que las precomprensiones juegan en el pensamiento, cf. Friedrich Kümmerle, *Verständnis und Vorverständnis* (Comprensión y precomprensión), Neue Deutsche Verlagsgesellschaft (serie Neue Pädagogische Bemühungen No. 22), Essen, 1965; vid. también Otto Bollnow, *Introducción a la filosofía del conocimiento*, trad. de Willy Kemp, Amorrortu, Buenos Aires, 1976, cap. 7. Para la crítica del *Verstehen* como metodología, cf. el conocido estudio de Theodore Abel: “La operación llamada ‘Verstehen’”, trad. de Nelly Bugallo, en Irving Horowitz (ed.), *Historia y elementos de la sociología del conocimiento*, t. 1, p. 185-196, Eudeba, Buenos Aires, 1964.

## 5

Según André-Jean Arnaud (*Critique de la raison juridique* I), no es sino la introducción del concepto de *raison juridique* lo que permite constituir la sociología jurídica en una disciplina independiente. Por no recurrir a dicho concepto precisamente, es que la sociología jurídica no ha sabido encontrar todavía una unidad real; permanece prisionera del dilema establecido entre el orden del ser —plano del que participa la sociología— y el del deber ser —que caracteriza a la ciencia jurídica—. Aunque el estudio sociológico no consiga definir tal concepto, operación que ha de corresponder más bien a análisis que efectúen la antropología y la epistemología, empero la sociología jurídica está en condiciones de permitir un primer acercamiento a esa cuestión, por cuanto nos muestra el funcionamiento de la razón jurídica en varios planos: ya sea el de la interacción jurídica, la cual se relaciona siempre con una razón; ya sea la creación o el cambio de normas, fruto de luchas entre razones jurídicas divergentes; ya sea su expresión en los discursos jurídicos, donde la razón jurídica se descubre justamente a través de la ideología que les sirve de cimiento. Así, al aceptar a dicha sociología como la forma de estudiar el papel que la razón jurídica desempeña en la vida de las normas jurídicas y en la materialización que estas tienen en la vida cotidiana de los sujetos de un sistema de derecho, estudios que han de llevarse a cabo especialmente por medio del análisis de los discursos jurídicos, eso permite que aquella sea instaurada como una disciplina de carácter científico. De tal ma-

nera, deja de tropezar con el inevitable escollo que hasta ahora le representaba la oposición entre los hechos y el derecho (oposición que una sociología así concebida, lejos de rechazar, reconoce y ratifica). Y entonces logra integrar en forma natural, a su modo, cuestiones que corrían el riesgo de serle ajenas: cultura jurídica, control social, cambio social, y en general todo aquello que por corresponder a las ciencias sociales no podía dejar de concernir a los juristas, mas no participaba del propio lenguaje de estos; cosas todas que, de una u otra manera, son producto de la razón jurídica. Hasta aquí, Arnaud.

Ahora bien: la forma como él utiliza la palabra *razón* brinda una ilustración particularmente interesante sobre la elasticidad poco menos que infinita de los usos que recibe dicho término, lo cual nos permite distinguirlo del concepto de *racionalidad* (en sentido estricto) de que se ocupa el presente trabajo. La categoría conceptual básica manejada por Arnaud, esta "razón jurídica" que él ve como omnipresente en los proteicos fenómenos que caben dentro de *todo* aquello con que tiene que ver palabra "derecho", resulta ser un algo que, al fin de cuentas, no es menos total y multiforme que la Idea en la filosofía hegeliana. Como esa Idea, tan apriorístico y tan irrefutable. Montado sobre la polisemia y la vaguedad de aquella palabra, y tal vez incrementándolas aún, el rótulo "razón jurídica" ostenta una intensión semántica de tanta amplitud que, simplemente *per definitionem*, se ofrece como imputable a *cualquier* clase de hechos (sean reales o hipotéticos) o ideas susceptibles de incardinación—directa o indirecta— bajo alguno de los numerosos usos del vocablo "derecho". Todo lo que sea derecho *tiene* que corresponder entonces a esta Razón, ya que uno y otra son presentados de modo tal que sus conceptos se implican *analíticamente*.

Por ser la "razón jurídica"—aunque admite formas distintas, y hasta opuestas entre sí— conciliable con los datos de cualquier ordenamiento jurídico, tanto de los que existen ya como de los que lleguen a existir o se puedan proyectar, nuestra seguridad de que ella "está ahí" no depende de ningún *test*. En todo caso, podría haber duda sobre las "formas" que adopte en variadas situaciones, pero no acerca de si la *hay*. No se concibe, pues, posibilidad alguna de falsar una afirmación como la siguiente: "*todo* fenómeno jurídico responde a *una* razón" (ergo: "el fenómeno jurídico 'x' *tiene* que responder a alguna 'razón' jurídica"). Quiere decir que esta aparece postulada en calidad de ente apriorístico, o tal vez como una condición trascendental del conocimiento jurídico, no como una *hipótesis* de trabajo. Pues si fuera esto último, en cambio, habría que señalar—cosa omitida— qué hechos (intersubjetivamente controlables) representarían posibilidades de *falsación* respecto a la existencia de dicha razón.

Al no quedar sujeta a criterios intersubjetivos de contrastación, la idea de "razón jurídica" se hace inmune a refutaciones, no hay experiencia con la que no pueda concordar. El ámbito lógico que dicha expresión consiente a las proposiciones que la contienen es tan vasto que, tomada como sujeto de un enunciado, resulta armonizable con las realidades más variadas. Por caracterizar a todas, no caracteriza *diferencialmente* a ninguna. En resumen: sostener que unos fenómenos jurídicos—y supongamos que estén descritos de alguna manera bastante intersubjetiva— responden a tal "razón", no es un enunciado de tipo *sintético*, sino otra manera de denominar los mismos fenómenos o a ciertos aspectos de ellos; el predicado ya está contenido en el concepto (¡amplísimo!) del sujeto, y viceversa. Así concebida, decir que hay o no hay "razón jurídica" es un mero asunto de denominaciones o definiciones, o de paráfrasis. Tanto el afirmarla como el negarla carecen de contenido *informativo*.

Claro que, como todas las definiciones son convencionales, ni desde el punto de vista lógico ni desde el punto de vista empírico podría decirse que Arnaud "falta a la verdad" cuando establece una definición estipulativa tan ilimitada para la fórmula "razón jurídica". Lo que estoy objetándole, no es que los *hechos* o las relaciones empíricas generales que él imputa a "razones jurídicas" sean falsos, sino que no son menos verdaderos (cuando lo son) si renunciamos a reificarlos en esa categoría. Como ante el animismo, por ejemplo, no se trata de negar el árbol, en mi crítica, sino que simplemente no creo en el "alma"—llámesele "razón jurídica"— que le imputan a este. Por la consabida amplitud semántica del término Razón, muy ligado a la tradición especulativa del pensamiento metafísico, ese término es de los más aptos para sugerir ontologizaciones (hipóstasis) y se presta a usos emocionalizantes (persuasividad); unas y otros son poco favorables al desarrollo de la precisión del discurso y en general al empleo de categorías empírico-contratables en la teoría científica.

Todo ello tiene que ver, más que nada, con la añeja impronta del *esencialismo* sobre nuestra "construcción social de la realidad" (Berger/Luckmann), tanto en el plano del pensamiento cotidiano como hasta en buena parte de las teorías político-sociales contemporáneas: marxismo, neohegelianismo, ciertas variantes del estructuralismo o de la teoría sistémica, et-cétera. La transformación del pensamiento social en *ciencia* (propiamente dicha), también como metateoría de teorías cotidiano-vulgares (*Alltagstheorien*) sobre lo social y de las ideologías político-sociales en que estas reposan, pasa por la exigencia de saber emanciparse de todo esencialismo (cf. Popper). Pero el pensamiento jurídico tradicional, todavía sano y salvo, se

caracteriza justamente por su abundante tónica esencialista. La sociología del derecho no debería caer, también ella, en una tentación análoga: la de postular “razones jurídicas” (Arnaud) o una esencia-“derecho” (Carbonnier), al modo como tal pensamiento postula, por ejemplo, la existencia de las “naturalezas jurídicas”. Y el estupendo material de información que Arnaud presenta en su libro, desde ya suministra pruebas de que eso se va haciendo posible, o al menos acercándose a ser posible... ¡justamente porque el valor de ese material *no* depende de que sus contenidos sean imputados a ninguna clase de esencias, ni siquiera cuando son conjuradas bajo el nombre de “razón jurídica”!

Por otra parte, pienso que esa manera cibernética de concebir lo que es derecho: “orden”, “sistema”, “conjunto racional”, “razón jurídica”, etc. (cf. esp., en *Critique...*, los Nos. 0-1-1-2 y 0-1-1-3), supone un error categorial básico. En efecto, tal vez por morder a un espíritu de simetría como el que Bacon mencionaba entre los *idola tribus*, se pasa por alto que las realidades sociales no responden sino muy parcial o secundariamente a modelos de conducta racionales (Arnaud lo reconoce, pero sólo hasta cierto punto, al señalar también que existe “pluralidad de los sistemas y conflictos de la razón jurídica”: No. 0-1-2). Por eso, mucho más realistas que cualquier visión sistémica del derecho son unas caracterizaciones como, por ejemplo, aquellas de Radbruch y de Cowan transcritas al comienzo de nuestro estudio (*supra*, a la altura de la n. 3). Dicho error básico lleva a no distinguir entre dos planos: por una parte, el derecho *mismo* (lo señalado por Radbruch y Cowan), como lenguaje-*objeto*; por la otra, unos discursos (sistémicos) *acerca* de él, que son *metalenguajes*. El primero de estos dos planos está conformado por el propio discurso de los textos jurídicos oficiales y el discurso donde los juristas manejan esos textos + las conductas reales a que ambos discursos dan lugar como pragmática de ese lenguaje. El segundo plano, en cambio, no es más que una versión sobre determinados aspectos del primero, versión donde estos son “filtrados” a través del lenguaje de ciertos estudios (ciencia jurídica de 2do. nivel). Sólo el segundo plano está en condiciones de ser propiamente riguroso y racional, utilizar categorías de verdadera precisión analítica, organizar su material en forma sistemática exigente, etc.; virtudes, todas estas, que pueden serlo, sí, de una técnica de exposición en lenguaje científico, pero respecto a las cuales no habría que perder de vista que sirven escasamente de guía a la propia práctica del derecho (cf. *supra*, n. *n*, e *infra*, el Punto 6). Sin embargo, las teorías sociológicas de orientación sistémica tienden a confundir una cosa con la otra. Entonces terminan por presentar una imagen de la realidad donde la sistematicidad del modelo, para poder imputársela a esa realidad, es rescatada al precio de un buen grado de vague-

dad en las nociones fundamentales utilizadas: por ejemplo, en la definición del concepto mismo de “sistema” o aquí el de “razón”. Y tales nociones dan lugar, así, a un edificio teórico de formulaciones que conforman un universo del discurso (sistema) tal que, por no ser falsables, inmunizan a esa teoría respecto a todo posible riesgo de refutación empírica. Con cierta exageración, de signo contrario a la de los sociólogos sistémicos o estructuralistas, tal vez sería mejor tener siempre en cuenta, cuando se estudian fenómenos sociales, un principio heurístico muy distinto, a saber: que lo que es real, es (más bien) irracional – y lo que es racional, es (más bien) irreal.

Me aventuro, pues, a sugerir también otra interpretación respecto al papel que el rubro “razón jurídica” desempeña en la economía del libro comentado. A decir verdad, pienso que ella cumple ahí, en definitiva, una función que no va mucho más allá de significar la adopción de cierta técnica de presentación; permite proporcionar una sensación de simetría mientras el autor vierte el rico acervo de enfoques que integran la obra. Si bien, técnicamente hablando, habría que decir que esa etiqueta es algo así como una “fórmula vacía” (*Leerformel*), tal vez su uso pueda justificarse por motivos de ordenamiento estético-expositivo. Por eso, soy el primero en reconocer que, después de todo, las críticas que he apuntado no tocan sino aspectos bastante secundarios del monumental trabajo de recopilación de ideas e información efectuado por Arnaud. Mas ese trabajo testimonia asimismo, quiéralo o no su autor, que hay múltiples caminos por lo que la “razón jurídica” NO apunta hacia la *racionalidad* en el derecho.

*Referencias.*— La síntesis efectuada en el primer párrafo de este punto sigue a una del propio Arnaud en las páginas finales de su libro (citado en nuestra Literatura escogida), donde aparece presentada en distintos idiomas. Para una versión resumida del concepto de “razón jurídica”, se puede cf. también un artículo de Arnaud titulado: “Der Begriff der ‘juristischen Ratio’ als Mittel zur Ueberwindung des Gegensatzes zwischen Sein und Sollen” (El concepto de la ‘razón jurídica’ como medio para superar la oposición entre ser y deber ser), en *Archiv für Rechts-und Soziaphilosophie*, vol. LXIX/2 (1983), p. 151-164. Sobre aspectos esencialistas en la *Sociología jurídica* de Jean Carbonnier (Tecnos, Madrid, 1977 —trad. de Luis Díez-Picazo—), cf. mi reseña de dicho libro en: *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 34 (enero-abril 1978), p. 234-238 (*vid. esp. p. 237 s.*), San José de Costa Rica. Respecto a las “naturalezas jurídicas”, en el mismo número de esa Revista se puede cf. el Excurso (p. 220 ss.) de mi artículo “Naturaleza jurídica de las acciones posesorias. Una interpretación literal con un excurso metodológico”, p. 185-226. La alusión a Peter L. Berger y Thomas Luckmann se refiere al libro de estos titulado: *La construcción social de la realidad*, trad. de Silvia Zuleta (revisión técnica de Marcos Jiménez Zapiola), Amorrortu, Buenos Aires, 1968.



*La actividad científica en ciencias sociales descansaría, entonces, en el intento de explicitar desde un metalenguaje los compromisos ideológicos, los modos de mitificación de un lenguaje-objeto.*

L.A. WARAT

Tal vez al lector le haya llamado la atención cierta incoherencia, o contradicción, que pareciera afectar el centro mismo de la posición sostenida en este trabajo. En efecto, por un lado se hace hincapié en críticas radicales a la ciencia jurídica tradicional, y en razón de ello se propone dejarla de lado, que se recurra a vías de pensamiento más firmemente científicas; por otro lado, sin embargo, se subraya que el discurso profesional de los juristas, dadas sus condiciones ideológicas y en general por su papel social, no tiene posibilidades reales de llegar a ser muy distinto, en cuanto a sus métodos (retórica), de lo que él es y siempre ha sido. Ahora bien, no dejé de advertir tal “contradicción”, y tanto es así que aludí a ella, aunque sin llamarla de ese modo, en las ns. 42 y ñ, *supra*. [Cf. también, en el texto del Epílogo, los sitios siguientes: 1) la referencia a lo utópico (con una cita de Rousseau) antes de la primera división por asteriscos, 2) lo que a continuación de la cita de Albert se dice sobre la “ciencia básica” del derecho, 3) el segundo párrafo después de la primera cita de Frank, 4) lo señalado a la altura de las notas j y ñ.] Pero creo que vale la pena insistir aún en aclarar este punto, que también se puede formular de la manera siguiente: ¿qué sentido tiene pedir que el derecho sea racional, si se dice que, de hecho, esta condenado a ser un discurso no-racional?

Un conocido profesor argentino me hizo, en una carta personal (1988), el siguiente comentario: “Eso me lleva a preguntarle –pues me da la impresión de que se trata de una actitud personal y no de una tesis suficientemente fundada– por su actitud algo polémica, cuando no escéptica sobre las relaciones entre la(s) lógica(s) y el conocimiento (científico) del derecho. Yo soy muy reacio a aceptar las formas de irracionalismo que cunden, sea bajo rótulos iusnaturalistas, o invocando a Perelman, Viehweg o a la hermenéutica. Creo que, fuera de tratarse de posiciones retrógradas, son políticamente muy peligrosas”. Pues bien, me parece que puede ser aclaratorio, tam-

bién respecto al presente estudio, reproducir aquí lo que puse en mi carta de respuesta al colega que tuvo la amabilidad de efectuarme esa observación. [No puedo indicar el nombre de dicho profesor, pues no recibí autorización suya para ello, aunque se la solicité al responderle. Mi contestación a dicho comentario la transcribo ahora en forma prácticamente literal y sin más agregados que las referencias puestas entre corchetes.]:

“En cuanto a mi ‘actitud algo polémica, cuando no escéptica sobre las relaciones entre la(s) lógica(s) y el conocimiento (científico) del derecho’, habría que precisar –como Vd. mismo lo advierte– de *qué* ‘lógica’ estamos hablando y, más aún, respecto a qué sector o plano del ‘conocimiento’ (‘científico’, si se quiere) del derecho. De alguna manera, he tratado de responder a eso en mi artículo: ‘Ciencia jurídica: ¿qué “ciencia”?’, particularmente en el apartado III.2 y en las Conclusiones Generales [estas últimas conforman el apartado III.3 en la nueva versión; y cf. también, aquí, el Anexo, *infra*]. No sé si será más claro formular mi idea general del modo siguiente: no creo que sea, ni que pueda llegar a ser, realmente ‘científico’ (en algún sentido fuerte de esta palabra) el discurso jurídico corriente, el que en dicho artículo he llamado ‘de primer nivel’ (legislación, jurisprudencia, dogmática, etc.); en cambio, pienso que sí podría serlo, y en buena medida ya lo es, el de ‘segundo nivel’, o sea, ciertos metalenguajes sobre el derecho práctico real.

“Si Vd. me permite invocar antecedentes ilustres (y sin ánimo de compararme con ellos, podrá imaginarse), diría que, en esto, soy tan racionalista, y también tan irracionalista, como Hume o como Kelsen. ‘Irracionalista’, en cuanto no creo que mi *objeto* de conocimiento, el derecho *real*: la actividad práctica y el discurso de los juristas típicos, sea racional *en sí mismo*. Pero ‘racionalista’, sin embargo, por cuanto *mi* manera de describir *ese* objeto trata de estar lo más racionalmente concebida y ordenada, y tomar en cuenta conocimientos *científicos* –lingüísticos, sociológicos, etc.– al respecto. El problema no reside en que uno *quiera* (o no) que el derecho (de primer nivel) sea más o menos racional, o científico, sino en averiguar cuáles son las posibilidades *reales* de que lo sea. Si la lógica deóntica es, a mi juicio, una ‘engañapichanga’, no pienso eso porque la considere ‘falsa’ (si de tal cosa se puede hablar en cuanto a la lógica formal) o poco ‘científica’, sino porque, por más científica que sea, informa poco o nada acerca de la dinámica *real* del discurso jurídico y antes bien contribuye a hacer apartar la vista de esta [cf. *supra*, Punto 1]. No niego que la lógica deóntica tenga una racionalidad (sintáctica), y ni siquiera le niego condición científica. Lo que cuestiono, es su INTERES. Y pienso que, en la práctica, ella funciona como

una ideología del pensamiento tecnocrático, un modo de NO hablar, o de hacerlo en forma inútilmente complicada, acerca de los problemas *reales* de la práctica jurídica. Claro que yo no puedo demostrar que sea, efectivamente, más 'interesante' ocuparse de esos problemas que estudiar el ajedrez, o traducir al esperanto el Código Civil o encogerlo a unas fórmulas deónticas... Tampoco digo que sea imposible hacer intervenir, de alguna manera, esas fórmulas (o el esperanto o la astrología o el cálculo infinitesimal o cualquier otra cosa) en el *discurso* destinado a resolver cualesquiera problemas jurídicos. Lo que digo es que, salvo para algún sector muy excepcional del derecho, tal vez el sucesorio o el impositivo, las soluciones son alcanzables igualmente *sin* necesidad de recargar la exposición con tales fórmulas. En síntesis, de la lógica deóntica pienso más o menos lo mismo que Jhering opinaba de la jurisprudencia romanista, de su 'cielo de conceptos' (cf. *Broma y Veras...*). Y me remito también a lo expuesto [sobre 'falsa precisión'] en las págs. 26-28 de mi artículo: 'De la fantasía curricular' [cit. *supra*, n. I].

"Ahora bien, si de lo que se trata no es de un 'conocimiento (científico) del derecho' consistente en traducir el discurso jurídico a algún lenguaje artificial, sino de analizar ese discurso con todos los recursos que puedan brindar las ciencias empíricas, entonces no considero falta de interés ni imposible, sino todo lo contrario, tratar de que el análisis sea lo *más* científico-racional posible. Hay que valerse de toda la racionalidad de que es capaz *ese* análisis, justamente para sacar más a luz toda la irracionalidad del derecho 'viviente' como discurso pseudocientífico. Y por eso mismo es que, igual que a Vd., me desagradan posiciones como la de Perelman [*supra*, Punto 2] o la de la hermenéutica filosófica [*supra*, Punto 4]. Considero, pues, que mi aproximación al derecho no es, de ninguna manera, irracionalista, sino que más bien puede ser catalogada como racional (en el sentido que doy al término 'racionalidad' en mi artículo sobre 'Lo racional y lo razonable' [y también aquí: *supra*, cf. a la altura de la n. 13 y *passim*], sentido más amplio que el de la clásica definición de Max Weber pero que la comprende); aunque me resisto, eso sí, a imaginarme que el derecho real pueda llegar a aceptar, para sí mismo, una racionalidad tan exigente. Parafraseando a Kelsen, yo creo —como él— que lo que puede, y debe, ser 'puro' (racional) es la *metateoría* (semántica, sociológica, crítico-ideológica, etc.) del derecho; pero que es imposible —¡nos guste o no nos guste!— que lo sea asimismo su discurso judicial, o el de la dogmática o el legislativo. Estos tres, o sea, el discurso jurídico de primer nivel, el único 'viviente', es algo que resulta inevitablemente 'impuro' (extracientífico o débilmente científico), porque no hay forma de que renuncie a sus funciones político-ideológico-retóricas, que son inescindibles de sus funciones sociales en general". ["La *despolitización* que la teo-

ría pura del derecho exige se refiere a la *ciencia* del derecho, no a su objeto, el derecho. El derecho no puede ser separado de la política, pues es esencialmente un instrumento de la política. Tanto su creación como su aplicación son funciones políticas... (Por eso), la teoría pura del derecho es una *teoría pura* del derecho, no la teoría de un *derecho puro* como sus críticos han afirmado erróneamente a veces" —Hans Kelsen, *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba (R.A.), 1958. p. 31 y 32.—] Hasta ahí, mi carta.

Vale decir: por más racional que sea, o pueda llegar a ser, la Teoría General del Derecho, que es un *metalenguaje*, ella NO es lo mismo que su lenguaje-objeto, el discurso jurídico de primer nivel; por lo cual, así como la irracionalidad de este no tiene por qué contagiarse a aquella (mas tal "contagio" no es imposible), tampoco la racionalidad que se alcance en ella implica por sí misma afirmar —o "contagiar", si se quiere— también la de él. Si en un metalenguaje se deja constancia de la irracionalidad de su lenguaje-objeto, eso no significa, de ninguna manera, que aquel resultará no menos irracional que este. Por el contrario: cuando un metalenguaje tiene como objeto un discurso que es, en sí mismo, poco racional, la única manera para que el metalenguaje no resulte, también él, análogamente irracional, es si este sirve para subrayar precisamente toda esa *irracionalidad* del lenguaje-objeto. Y en efecto, como dice Schreckenberger, esa "distinción entre lenguaje-objeto y metalenguaje ... [es] también un excelente criterio para aclarar contextos semánticos complicados y develar la sugestiva apariencia de una pretenciosa objetividad de conceptos y argumentos" (trad., p. 29). El metalenguaje es tanto *más* racional cuanto menos disimule las *faltas* de racionalidad de su lenguaje-objeto. Como señala Warat (p. 167): "resulta muy importante no confundir la idealización racionalista inversora de la realidad, con las posibilidades de obtener un conocimiento racional del saber jurídico". Por eso, en cuanto al derecho, bien puede decirse que donde el "irracionalismo" triunfa, en realidad, no es en las corrientes de pensamiento que subrayan las carencias de racionalidad del discurso jurídico de primer nivel, sino antes bien en aquellas otras que, sea de una u otra manera (dogmática tradicional, lógica deóntica, etc.), llevan a pensar que ese discurso es, o está en condiciones de ser, verdaderamente racional.

*Nota.*— En este Punto he aludido en forma indistinta a lo irracional y lo no-racional. Aunque distinguir ambas cosas tiene ciertamente importancia (*supra*, IX *in fine*), creo que no es indispensable para los efectos de la cuestión discutida aquí.

*Referencias.*— Sobre la cuestión general de las relaciones entre metalenguaje y lenguaje-objeto, en la teoría jurídica, cf. Warat, en los sitios indicados *supra*, n. ñ, *in fine*; de estos, *vid.* sobre todo el apartado VIII.8, cuyos desarrollos tienen funda-

mentales puntos de contacto con lo explicado en el presente numeral (mas yo no los había leído al escribir la carta de marras, ni tampoco al redactar originalmente la nota ñ); la cita del acápite es de la p. 169. Cf. también Schreckenberger, el punro 4.B de su Introducción. Por lo que en particular se refiere a la posición de Kelsen, *vid.* el apartado V de mi Presentación en la Segunda Edición del Libro de Jorge Enrique Romero Pérez, *La Sociología del Derecho en Max Weber*, Oficina de Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, San José, 1980; aunque entonces incurri en cierta confusión terminológica (esp. en las p. XXVI y XXVII), al no aclarar que si bien la "teoría pura" es lenguaje-objeto respecto a los metalenguajes allí indicados, eso no quita que, a su vez, ella sea *metalenguaje* respecto al discurso jurídico corriente, esa falta mía de precisión no afecta al fondo de lo explicado, esto es, a subrayar la diferencia de planos entre aquella teoría y este discurso.

## ANEXO

### *Ciencia jurídica: ¿QUÉ "ciencia"? (Postscriptum 1990)*

*Nota.*— Este agregado corresponde al estudio que se mencionó en la n. 43, *supra*. Se incluye también aquí por su directa relación con los temas tratados en el presente trabajo y porque no está en la versión de dicho estudio publicada en la *Revista de Ciencias Jurídicas*.

Del estudio presentado podrían tal vez desprenderse, aunque más bien implícita que explícitamente, dos ideas que prefiero no suscribir. Ante todo, da la impresión de subyacerle cierto *fideísmo cientista*: un optimismo exagerado acerca de los alcances generales que en lo cognoscitivo y hasta en lo práctico pueda caberle, también para solucionar las cuestiones sociales, a lo que llamé ciencias "en sentido estricto". Y luego, en lo que particular relación dice con el derecho, se insinúa allí que, si bien en la actualidad su discurso de primer nivel es apenas una ciencia "en sentido amplio", empero sería *técnicamente* viable, aunque políticamente poco factible, hacer de él una ciencia en sentido *estricto*. Ambas ideas guardan alguna afinidad —y es esto lo que me alarma— con mitos tecnocráticos muy difundidos en nuestros días. Pienso que esos puntos merecerían ser objeto de aclaraciones más detenidas, pero reservaré para otra oportunidad tal discusión. Me limito ahora a formular la advertencia de que las Conclusiones Generales de dicho estudio corresponde entenderlas con las dos precisiones siguientes.

1. No solo si se tiene en cuenta la presión que sobre el derecho ejercen los factores político-ideológicos y múltiples intereses en conflicto, sino inclusive por motivos de orden *teorético* (su objeto específico de conoci-

miento: regulación de contradicciones sociales), hay que llegar a la conclusión de que el discurso jurídico de primer nivel NO podría actualmente, dadas las limitaciones de que continúan adoleciendo los exámenes respecto a la dinámica social, ser conformado de acuerdo con el rigor propio de las ciencias en sentido *ESTRICTO* —objeto que persiguen, no obstante, los aficionados a la lógica deóntica, y en general los autores inclinados a construir modelos cientificistas de razonamiento jurídico—.

2. Pero aun las ciencias en sentido amplio pueden, cada una de ellas, ser *más* o ser *menos* avanzadas como tales, esto es, desarrollar unos discursos con mayor o con menor profundidad intelectual y con mayores o menores exigencias de método. A esos discursos llamémosles, respectivamente: a los primeros (más exigentes), ciencia en sentido *amplio* propiamente dicho; a los segundos (menos exigentes), ciencias en sentido *amplísimo*. Ahora bien, acaso podría esperarse que también el pensamiento de los juristas consiguiera asimilar aspectos fundamentales de los conocimientos y de la metodología que ofrecen las ciencias sociales más adelantadas. Si así lo hiciera, desde luego que él llegaría a ser una *mejor* —más realista, más rigurosa— ciencia en sentido *AMPLIO*, mientras que en la actualidad no suele pasar de ser una ciencia en sentido *amplísimo*. Tal vez no sea imposible elaborar unos diseños teoréticos de este tipo para el derecho, y sobre todo en el discurso jurídico de 2do. nivel. Pero contra la viabilidad de la aplicación práctica de tales diseños en el 1er. nivel opera, de hecho, toda la fuerza que entre los juristas tiene la secular tradición dominante en su formación profesional y en el ejercicio cotidiano de su carrera; y además, cuentan las funciones extracientíficas —ideología, etc.— que el derecho está llamado, inevitablemente, a cumplir en la sociedad. Por todo ello, resulta que si el derecho (de 1er. nivel) es "ciencia", difícilmente pueda dejar de ser, en partes esenciales de su discurso, otra cosa que una ciencia en sentido *AMPLISIMO*. [Sobre esos dos "niveles", cf. también el Punto 6 del Apéndice, *supra*.]

En síntesis:

- No se vislumbra la posibilidad de que el discurso jurídico de primer nivel pueda ser elaborado ajustándose a unos requisitos como los de las ciencias en sentido *estricto*.
- Cabría, en cambio, la posibilidad técnica de mejorarlo sustancialmente como ciencia en sentido *amplio*, siempre y cuando los juristas aceptaran aprovecharse de conocimientos alcanzados en otras disciplinas; sobre todo, si se resolvieran a no seguir ignorando ciertas nociones

básicas de la semiótica y en general a considerar los saberes pertinentes de las ciencias sociales.

Pero, tanto por la formación tradicional (normativismo) de los profesionales del derecho, como así también porque la realidad de este se halla sometido a juegos de intereses que son extracientíficos, tampoco la segunda posibilidad (solo técnica) tiene buenas probabilidades de pasar a la práctica, pues ello exigiría una transformación *a fondo* en la enseñanza y en el discurso habitual del derecho –cosa que sus protagonistas principales (juristas, políticos, burócratas, etc.) no desean realmente–; y de ahí que, en definitiva, el derecho es “ciencia” en cuanto este término se puede entender también de manera *muy amplia*.

\* \* \*

#### CIENCIAS DEL DERECHO

	<i>Ciencias</i>	<i>Derecho</i>
en sentido estricto (propriadamente dichas)		
	propriadamente dicho	discurso jurídico de 2 do. nivel
en sentido amplio		(eventualmente)
	muy amplio	discurso jurídico de 1er. nivel

#### LITERATURA ESCOGIDA<sup>(+)</sup>

\*\* ALBERT, Hans: *Traktat über kritische Vernunft*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1975 (3ra. ed., ampliada; ed. or. 1968) [Trad. de Rafael Gutiérrez Girardot, de la 1ra. ed.: *Tratado sobre la razón crítica*, Sur, Buenos Aires, 1973, 260 p.]

(+) Para una enumeración más amplia de trabajos sobre la temática aquí tratada, cf. además en las notas, *supra*, y sobre todo la Bibliografía que se ofrece en: Haba, *Rationalité* (p. 337-338). Vid. también las valiosas bibliografías específicas por temas que brinda Arnaud: cf., p. ej., su sesión 0200 (p. 35), “Raison et droit”. En nuestra lista se incluyen únicamente autores mencionados, sea en el texto o en notas, a lo largo del presente trabajo (cf. *supra*, n. 1 *in limine*); pero en él se indican además otras obras que, por ser menos fundamentales

\* ALBERT, Hans: *Traktat über rationale Praxis* (Tratado sobre la práctica racional), J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1978, XI + 193 p.

\*\* ALEXY, Robert: *Theorie der juristischen Argumentation* (Teoría de la argumentación jurídica), Suhrkamp, Francfort, 1978.

ALEXY, Robert: “La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica”, en *Derecho y Filosofía* (comp. Ernesto Garzón Valdéz, trad. de Carlos de Santiago), p. 43-57, Fontamara 50, México, 1988.

ANACKER, Ulrich: “Vernunft” (Razón), en *Handbuch philosophischer Grundbegriffe* (Manual de conceptos filosóficos fundamentales), comp. por Hermann Kring, Michael Baumgartner y Christoph Wild, t. VI, p. 1597-1612, Kösel, Munich, 1974. [Hay trad. al castellano de este Manual, publicada en España.]

APEL (Karl Otto), GADAMER (Hans-Georg), HABERMAS (Jürgen) *et al.*: *Hermeneutik und Ideologiekritik* (Hermeneútica y crítica de la ideología), Suhrkamp, Francfort, 1971, 316 p.

\* ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT, t. 23: *Formes de rationalité en droit*, Sirey, París, 1978., p. 1-321.

\* ARNAUD, André-Jean: *Critique de la raison juridique, Tome I: Où va la sociologie du droit?*, L.G.D.J., París, 1981, 468 p.

ATIENZA, Manuel: *Introducción al Derecho*, Barcanova, Bacerlona, 1985, XII + 377 p.

\* ATIENZA, Manuel: “Para una razonable definición de ‘razonable’”, en *Doxa* 4 (1987), p. 189-200, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Centro de Estudios Constitucionales y Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, 1987.

BATIFFOL, Henri: “Questions de l’interprétation juridique”, en *Archives de Philosophie du Droit*, vol. XVII (1972), p. 9-27.

para nuestra temática central, no aparecen incorporadas a esta lista. Se resaltan mediante asteriscos aquellos trabajos que son especialmente relevantes para ampliar ideas centrales de los desarrollos presentados aquí.

\*\* BLANCHÉ, Robert: *Le raisonnement*, PUF, París, 1973, 264 p.

BOCHENSKI, I.M.: *Die zeitgenössischen Denkmethode*, Francke (UTB 6), Berna-Munich, 1975 (7ma. ed.). [Trad. (muy defectuosa) de Raimundo Drudis Baldrich: *Los métodos actuales del pensamiento*, Rialp, Madrid, 1975 (10a. ed.), 280 p.]

BOBBIO, Norberto: "Scienza del diritto e analisi del linguaggio", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año IV-No. 2 (junio 1950), p. 342-367, Dott. A. Giuffrè, Milán. [Trad. de Alfonso Ruíz Miguel: "Ciencia del Derecho y análisis del lenguaje", en *Contribución a la teoría del derecho*, p. 173-200. Fernando Torres, Valencia (España), 1980.]

\* BOBBIO, Norberto: "La razón en el Derecho (Observaciones preliminares)", en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho* 2, p. 17-26 (trad. de Alfonso Ruíz Miguel), Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, 1985.

BÖHLER, Dietrich: "Rechtstheorie als kritische Reflexion" (Teoría del Derecho como reflexión crítica), en *Rechtstheorie. Beiträge zur Grundlagendiskussion* (Teoría del Derecho. Contribuciones a la discusión básica), comps. Günther Jahr y Wener Maihofer, p. 62-120, Vittorio Klosterman, Francfort, 1971.

\* BRECHT, Arnold: *Teoría política. Los fundamentos del pensamiento político del siglo XX* (trad. de Juan Manuel Mauri), Depalma-Ariel, Buenos Aires-Barcelona, 1963, XXIX + 621 p. [eds. or., en inglés y en alemán: respectivamente, 1959 y 1961].

BRIMO, Albert: "Logique juridique et Méthode juridique", en *La logique juridique*, p. 213-223, A. Pedone, París, 1967.

\*\* BUNGE, Mario: *Seudociencia e ideología*, Alianza Editorial (AU 440), Madrid, 1985, 253 p.

\*\* DEWEY, John: "Logical Method and Law", en *Cornell Law Quarterly* 10 (1924), p. 17-17, Ithaca (N.Y.).

\* DUBOS, René: *Los sueños de la razón -ciencia y utopías-*, Fondo de Cultura Económica (Breviario No. 190), México, 1967, 159 p. [trad.

de Juan Almeda, de: *The Dreams of Reason*, Columbia University Press, Nueva York y Londres, 1961].

\* ESSER, Josef: *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis* (Prescomprensión y selección del método en la obtención del derecho. Bases de racionalidad en la práctica de la decisión judicial), Fischer Athenäum (Taschenbuch 6001), Francfort, 1972 (2da. ed., con Prólogo ampliado; ed. or. 1970), 224 p. [resumen y comentario: E. P. Haba, "Pré-compréhension et rationalité dans le travail du juge", en *Archives de Philosophie du Droit*, t. 20 (1975), p. 385-400].

\*\* FRANK, Jerome: *Law and the Modern Mind*, Peter Smith, Gloucester (Mass.), 1970 (reproducción de la sexta ed. ampliada -ed. or. 1930-), xxv + 404 p.

FRANK, Jerome: "Are Judges Human?", en 80 *University of Pennsylvania Law Review* (1931), p. 17 ss. y 233 ss.

\*\* FRANK, Jerome: "Mr. Justice Holmes and Non-Euclidean Legal Thinking", en 17 *Cornell Law Quarterly* (1932), p. 568-603.

\* GADAMER, Hans-Georg: *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1972 (3ra. ed. ampliada -ed. or. 1960-). [Trad. de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito: *Verdad y Método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, Sígueme, Salamanca, 1977, 691 p.]

\* GARCÍA AMADO, Juan Antonio: "Tópica, Derecho y método jurídico", en *Doxa* 4 (1987), p. 161-188, Universidad de Alicante.

GIULIANI, Alessandro: *La controversia. Contributo alla logica giuridica*, Università di Pavia (Studi nelle scienze giuridiche e sociali 143), 1966, 216 p.

\* GOTTLIEB, Gidon: *The Logic of Choice. An Investigation of the Concepts of Rule and Rationality*, George Allen & Unwin, Londres, 1968, 188 p.

\*\* GRANGER, Gilles-Gaston: *La raison*, PUF (Que sais-je? 680), París, 1955, 128 p. [Hay trad. al castellano publicada por Eudeba, Buenos Aires.]

- HABA, Enrique Pedro: *Esquemas metodológicos en la interpretación del derecho escrito*, Universidad Central de Venezuela-Facultad de Derecho (Cuaderno de Filosofía del Derecho 9), Caracas, 1972, 111 p.
- HABA, Enrique Pedro: "Sur une 'méthodologie' de l'interprétation juridique", en *Archives de Philosophie du Droit*, T. XVIII (1973), p. 371-383.
- HABA, Enrique P.: "Rationalität der Autoritäten oder Autorität der Rationalität?" (¿Racionalidad de las autoridades o autoridad de la racionalidad?), en *Rechtstheorie*, vol. 8 (Cuaderno 2), p. 145-163, Duncker & Humblot, Berlín, 1977.
- \*\* HABA, Enrique P.: "Ciencia jurídica: ¿qué 'ciencia'?", en *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 51 (setiembre -diciembre 1984), p. 11-35, Universidad de Costa Rica-Facultad de Derecho/Colegio de Abogados. [Una versión anterior de este estudio apareció en el Apéndice-Tomo IV de la *Enciclopedia Jurídica Omeba*, p. 124-135, Driskill, Buenos Aires, 1982, bajo el título: "Ciencia jurídica como un problema de métodos". Una nueva versión, corregida y ampliada, de dicho trabajo se acaba de publicar en el No. 12 de *Ius et Praxis*, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, p. 97-125, diciembre 1988.]
- \*\* HABA, Enrique P.: "Rationalité", en *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit* (sous la direction de André-Jean Arnaud), p. 337-340, L.G.D.J., París, 1988.
- \*\* HORAK, Franz: *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo* (Rationes decidendi. Fundamentaciones de las sentencias en juristas romanos más antiguos hasta Labeo), T. I, Scientia, Aalen, 1969, 311 p.
- \*\* HORN, Dieter: *Studien zur Rolle der Logik bei der Anwendung des Gesetzes* (Estudios sobre el papel de la lógica en la aplicación de la ley), Tesis presentada en la Facultad de Derecho de la Freie Universität de Berlín, 1962, 179 p.
- HORN, Norbert: "Rationalität und Autorität in der juristischen Argumentation" (Racionalidad y autoridad en la argumentación jurídica), en *Rechtstheorie*, vol. 6/2 (1975), p. 145-160, Duncker & Humblot, Berlín.
- JACKSON, Bernard S.: *Semiotics and Legal Theory*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1985, xii + 373 p.
- JACKSON, Bernard S.: "Emerging Issues in Legal Semiotics", en *Revue de la Recherche Juridique: Droit Prospectif 1986-2*, Colloque International de Sémiotique Juridique (Aix-en-Provence, 11-13 Mars 1985), p. 17-37, Faculté de Droit et de Science Politique D'Aix-Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1986.
- \* JACKSON, Bernard S.: "Rationalité consciente et inconsciente dans la théorie du droit et la science juridique" (trad. de Daniel Flore), en *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 1987-19, p. 1-18.
- JHERING, Rudolf von: *Broma y Veras en la Jurisprudencia*, trad. de Tomás A. Banzhaf, Ejea, Buenos Aires, 1974, 425 p. [Los textos originales fueron escritos de 1860 a 1884.]
- KILIAN, Wolfgang: *Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung. Methodenorientierte Vorstudie* (Decisión jurídica y procesamiento electrónico de datos. Estudio metodológico preliminar), Athenäum, Francfort, 1973, IX + 326 p.
- \* KOCH, Hans-Joachim: "Ueber juristisch-dogmatisches Argumentieren im Staatsrecht" (Sobre la argumentación jurídico-dogmática en el Derecho Estatal), en Hans-Joachim Koch (comp.), *Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht. Ueber Grenzen von Verfassungs- und Gesetzbindung* (Seminario: El método jurídico en el Derecho Estatal. Sobre límites de la vinculación a la Constitución y a la ley), Suhrkamp (Taschenbuch Wissenschaft 198), Francfort, 1977, p. 13-157.
- KRIELE, Martin: *Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation* (Teoría de la obtención del derecho, desarrollada con referencia al problema de la interpretación constitucional), Duncker & Humblot, Berlín, 1977 (2da. ed., ampliada por un postfacio; ed. or, 1967), 366 p.
- LAKATOS (Imre) & MUSGRAVE (Alan), comps.: *Criticism and the Growth of Knowledge* (contribuciones de: Paul K. Feyerabend, Thomas S. Kuhn, I. Lakatos, Karl. R. Popper, Stephen Toulmin et al.), Cambridge University Press, Londres, 1972 (2da. ed., ampliada). [Trad. de Francisco Hernán: *La Crítica y el Desarrollo del Conoci-*

- miento, Introducción por Javier Muguerza, Grijalbo (Colección "Teoría y Realidad" 1), Barcelona-Buenos Aires-México, 1975. 523 p.]
- \*\* LALANDE, André: *Vocabulaire Technique et critique de la philosophie* (voces: Discours, Discursif, Fondement, Méthode, Méthodologie, Raison, Raisonné, Raisonnement, Rationalité, Rationnel, Science), PUF, París, 1968 (10a. ed.). [Trad. (de la 5a. ed.) efectuada bajo la dirección de Luis Alfonso y revisada por Vicente Quintero: *Vocabulario Técnico y Crítico de la Filosofía*, 2 tomos, El Ateneo, Buenos Aires, 1953. Las citas son por la ed. francesa, traducidas directamente a partir de esta.]
- \* LARENZ, Karl: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. (de la cuarta ed. alemana, definitiva, de 1979) por Marcelino Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona, 1980, 536 p.
- \* LAUTMANN, Rüdiger: *Justiz - die stille Gewalt* (La Justicia - forma callada de Poder), Fischer Athenäum (Taschenbuch FAT 4002), Frankfurt, 1972, 207 p.
- \* MORENO, Julio Luis: *Los supuestos filosóficos de la Ciencia Jurídica*, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República (Sec. III - vol. CXXV), Montevideo, 1963, 178 p.
- MÜLLER, Friedrich: *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation* (Estructura de la norma y normatividad. Sobre la relación entre derecho y realidad en la hermenéutica jurídica, con referencia a cuestiones de la interpretación constitucional), Duncker & Humblot, Berlín, 1966, 232 p.
- MÜLLER, Friedrich: *Juristische Methodik* (Metodología jurídica), Duncker & Humblot, Berlín, 1976 (2da. ed. ampliada), 327 p.
- \* MÜLLER, Friedrich: *Juristische Methodik und Politisches System. Elemente einer Verfassungstheorie II* (Metodología jurídica y sistema político. Elementos de una Teoría constitucional II), Duncker & Humblot, Berlín, 1976, 127 p.
- NAESS, Arne: *Kommunikation und Argumentation* (Comunicación y argumentación), Scriptor, Kronberg/Ts., 1975, VIII + 198 p.
- \*\* OPP, Karl-Dieter: *Soziologie im Recht* (Sociología en el Derecho), Roro Studium (No. 52), Hamburgo, 1973, 265 p.
- \* OTTE, Gerhard: "Zwanzig Jahre Topik-Diskussion: Ertrag und Aufgaben" (Veinte años de discusión sobre la tónica: resultado y tareas), en *Rechtstheorie*, vol. 1 (Cuaderno 2), p. 183-197, Duncker & Humblot, Berlín, 1970.
- PERELMAN, Chaïm: "Ce que le philosophe peut apprendre par l'étude du droit", en *Droit, Morale et Philosophie*, p. 135-147, L.G.D.J., París, 1968.
- \* PERELMAN, Chaïm: *Le champ de l'argumentation*, Presses Universitaires de Bruxelles, Bruselas, 1970, 408 p.
- \*\* PERELMAN, Chaïm: *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, París, 1976. [Trad. de Luis Díez-Picazo: *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Monografías Civitas, Madrid, 1979, 249 p.]
- \*\* POIRIER, René: "Rationalité juridique et rationalité scientifique", en *Archives de Philosophie du Droit*, t. 23 (cit. supra), p. 11-34.
- POLYA, G.: *Mathematics and plausible reasoning*, Princeton University Press, Princeton-New Jersey, 1954. [Trad. de José Luis Abellán: *Matemáticas y razonamiento plausible*, Tecnos, Madrid, 1966, 580 p.]
- \* PRIESTER, Jens-Michael: *Rationalität und Normkritik* (Racionalidad y crítica de las normas), Tesis doctoral presentada en la Rechts-und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität des Saarlandes, Saabrücken, 1972, 220 p. (aprox.).
- PRIESTER, Jens-Michael: "Rationalität und funktionale Analyse" (Racionalidad y análisis funcional), en *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, vol. I, *Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft* (La función del derecho en la sociedad moderna), p. 457-489, Bertelsmann, Bielefeld, 1970. [Este artículo es un extracto de la Tesis antes mencionada.]
- RAPP, Friedrich: "Methode" (Método), en *Handbuch philosophischer Grundbegriffe* (cit. supra), vol. IV, p. 913-929.

- RECASÉNS SICHES, Luis: *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica "razonable"*, FCE-UNAM, México, 1971, 578 p.
- RÖD, Wolfgang: "Grund" (Fundamento), en *Handbuch philosophischer Grundbegriff* (cit. supra), vol. III, p. 642-657.
- ROTTLEUTHNER, Hubert: *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft* (Ciencia del Derecho como ciencia social), Fischer (Taschenbuch 6514), Francfort, 1973, 267 p.
- \* RÜTHERS, Bernd: *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus* (La interpretación ilimitada. Acerca de la transformación del ordenamiento de Derecho Privado en el Nacionalsocialismo), Fischer Athenäum (Taschenbuch 6011), Francfort, 1974 (2da. ed.; ed. or. 1968), 496 p.
- \* SAVIGNY (Eike von), NEUMANN (Ulfrid) y RAHLF (Joachim): *Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie* (Dogmática jurídica y teoría de la ciencia), C.H. Beck (Schwarze Reihe No. 136), Munich, 1976, 171 p.
- \* SBRICCOLI, Mario: *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Dott. A. Giuffrè, Milán, 1969, 493 p. [Para una síntesis de las principales ideas de este libro cf.: Mario Sbriccoli, "Politique et interprétation juridique dans les villes italiennes du Moyen âge", en *Archives de Philosophie du Droit*, vol. XVII (1972), p. 99-113.]
- \*\* SCHRECKENBERGER, Waldemar: *Rhetorische Semiotik. Analyse von Texten des Grundgesetzes und von rhetorischen Grundstrukturen der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts* (Semiótica retórica. Análisis de textos de la Constitución y de estructuras básicas retóricas de la argumentación de la Corte Constitucional Federal), Karl Alber, Freiburg-Munich, 1978. [Trad. de Ernesto Garzón Valdés: *Semiótica del discurso jurídico. Análisis retórico de textos constitucionales y judiciales de la República Federal de Alemania*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1987, 381 p.]
- \*\* SEGETH, Wolfgang: "Methode", "Methodik", "methodisch", "Methodologie", "methodologisch", en Georg Klaus y Manfred Buhr (comps.), *Marxistisch-Leninistisches Wörterbuch der Philosophie*, p. 717-723, Handbuch Rororo (No. 6156), Hamburg, 1972.
- SIMON, Herbert A: "De la racionalidad sustantiva a la procesal", en Frank Hahn y Martin Hollis (comps.), *Filosofía y teoría económica* (trad. de Eduardo L. Suárez), Fondo de Cultura Económica (Breviario No. 398), México, 1986, p. 130-171 (ed. or. 1976).
- \* STEGMÜLLER, Wolfgang: *Einheit und Problematik der wissenschaftlichen Welterkenntnis* (Unidad y problemática del conocimiento científico del mundo), Max Hueber (Münchener Universitätsreden, Nueva serie, Cuaderno 41), Munich, 1967, 22 p.
- STEVENSON, Charles L.: *Ethics and Language*, Yale University Press, New Haven-Londres, 1944. [Trad. de Eduardo A. Rabosi: *Ética y Lenguaje*, Paidós, Buenos Aires, 1971, 308 p.]
- \*\* STRASER, Carlos: *La razón científica en política y sociología*, Amorrortu, Buenos Aires, 1977, 226 p.
- STRÖCKER, Elisabeth: *Einführung in die Wissenschaftstheorie* (Introducción a la teoría de la ciencia), Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1977 (2da. ed., ampliada por un postfacio; ed. or. 1973), 145 p.
- \* STRUCK, Gerhard: *Topische Jurisprudenz. Argument und Gemeinplatz in der juristischen Arbeit* (Jurisprudencia tópica. Argumento y lugar común en la labor jurídica), Athenäum, Francfort, 1971, 118 p.
- \* STRUCK, Gerhard: *Zur Theorie juristischer Argumentation* (Sobre la teoría de la argumentación jurídica), Duncker & Humblot, Berlín, 1977, 162 p.
- \* TOULMIN, Stephen: *The Uses of Argument*, Cambridge University Press, Cambridge, 1958, 264 p.
- \* VAZ FERREIRA, Carlos: *Lógica viva (Adaptación práctica y didáctica)*, Homenaje de la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, vol. IV, Montevideo, 1963 (ed. or. 1910), 320 p. [De esta obra hay otras ediciones, publicadas por Losada, Buenos Aires.]
- \* VIEHWEG, Theodor: *Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, C.H. Beck (Schwarze Reihe



he No. 110), Munich, 1974 (5a. ed. ampliada ;ed. or. 1953). [Trad. (de la 2da. ed. alemana) por Luis Díez Picazo: *Tópica y Jurisprudencia*, Taurus, Madrid, 1964, 145 p.]

VILLEY, Michel: "Nouvelle rhétorique et Droit naturel", en Michel Villey, *Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais)*, p. 85-103, Dalloz, París, 1976.

VILLEY, Michel: *Philosophie du droit*, vols. I (*Définitions et fins du droit*) y II (*Les moyens du droit*), Précis Dalloz, París, 1978 (2da. ed., corregida y ampliada, del vol. I: XII + 205 p.) y 1979 (vol. II, 267 p.) [Hay trad. al castellano publicada por Eunsa, Pamplona.]

WAGNER (Heinz) y HAAG (Karl): *Die moderne Logik in der Rechtswissenschaft* (La lógica moderna en la ciencia del derecho), Gehlen, Francfort, 1970, 115 p.

\* WARAT, Luis Alberto: *El Derecho y su lenguaje. Elementos para una teoría de la comunicación jurídica*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1976, 191 p.

DOCUMENTO\*

Agosto 8 de 1990

Licenciado  
Marvin Herrera Araya  
Ministerio de Educación Pública  
Su Despacho

Estimado señor:

La educación es una de las principales actividades que ha considerado esenciales la Comisión Nacional de Rescate y Formación de Valores, porque al igual que lo han manifestado y demostrado los más destacados educadores de nuestro país, estamos absolutamente convencidos que en la buena enseñanza y la buena formación de los niños, jóvenes y adultos costarricenses, descansa el futuro de nuestra Nación. Bajo esa convicción se están realizando varios programas en los centros de educación del país.

Es tan importante en cualquier país la educación y la cultura y desde luego lo ha sido en Costa Rica, que la Constitución Política dedica su título séptimo a la educación y la cultura, prescribiendo en el artículo 79 de ese capítulo, un precepto que eleva y mantiene al Estado costarricense como el responsable principal, en calidad de rector, director y vigilante de la enseñanza, de tal suerte que esa norma constitucional dice:

"ARTICULO 79.- SE GARANTIZA LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA. NO OBSTANTE, TODO CENTRO DOCENTE PRIVADO ESTARA BAJO LA INSPECCION DEL ESTADO".

Creemos que la garantía social de la libertad de enseñanza es buena, en la medida en que esa libertad se ejerza bajo el control estatal que establece la Carta Magna en el artículo antes citado, también estamos convencidos de que la autonomía universitaria ha sido y es muy importante en el desarrollo del quehacer universitario, para la formación de todos los profesionales del

\* Se publica por la importancia que tiene, para la institucionalidad del país.

país, en manos de quienes estarán los destinados de la Nación. Las normas legales de rango constitucional a que nos hemos referido, no son producto de la improvisación, sino fruto de la experiencia y la sabiduría, de quienes tuvieron bajo su responsabilidad la promulgación de la Constitución Política costarricense.

Dentro del contexto anterior, hemos observado y sentido con angustiosa preocupación, la forma descuidada en que el Estado costarricense incumpliendo flagrantemente, la norma constitucional del artículo 79 antes citado, ha permitido la creación y funcionamiento de universidades privadas.

Creemos también que todas las universidades públicas o privadas, deben ser vigiladas celosamente por el Estado, por cuanto la condición de universidad estatal, no necesariamente significa que sea excelente o sea mejor que otras, de lo que si estamos seguros es de que los centros de enseñanza superior del Estado, no se han creado ni han funcionado con fines de lucro y nos preocupa profundamente que algunos centros privados, podrían estar funcionando con intereses lucrativos, sacrificando la calidad y el verdadero objetivo que deben tener en la sociedad.

A pesar de que hemos tratado de conseguirlo, no hemos podido obtener, por parte de los órganos que se suponen son los responsables y competentes para ello, un perfil del profesional que hoy día, a corto, mediano, y largo plazo, necesita la sociedad costarricense en las diferentes ramas del saber, para atender adecuadamente sus necesidades, tampoco se ha definido ni se esta controlando cuantitativamente los profesionales que en diferentes ramas requiere el país ahora y requerirá en el futuro.

Como producto de toda esa improvisación que ha reinado en la última década, estamos comenzando a sufrir los primeros síntomas de la saturación en algunas profesiones, siendo evidente que se está sacrificando la calidad humanística, técnica y peor aún, la calidad moral de los profesionales, por la cantidad, produciéndose en algunos casos la masificación. Notamos también que las universidades privadas en su gran mayoría, compiten como vendedores de ciertos productos de gran consumo, en cuanto a cual ofrece otorgar un título profesional en el menor tiempo.

Si el panorama de las universidades presentara una lucha competitiva en pro de la calidad, ofreciendo a los estudiantes mejores carreras, excelentes profesores, mayor duración de sus cursos y más requisitos para hacerse profesio-

nal, entonces sí sería positiva su actividad, para beneficio de la sociedad costarricense.

Duele decir que aparte de una tímida acción que en los últimos días de su gestión, hizo pública el Exministro de Educación, Dr. Francisco Antonio Pacheco, según el periódico La Nación el martes 13 de marzo del año en curso, en la cual se anunciaba un proyecto de ley de universidades privadas y un reglamento a la ley actual, durante los últimos 15 años no se ha hecho ningún trabajo serio y adecuado sobre esta materia.

Tenemos conocimiento de que algunos colegios profesionales, muy preocupados por la saturación de profesionales, solicitaron al Ministerio de Educación un ejemplar del proyecto de reglamento, a que hizo alusión el señor Exministro en el artículo periodístico antes referido y se les contestó que no estaba aún elaborado el mismo.

El sector profesional de esta comisión, ante la grave situación que significa dejar la formación de los futuros profesionales del país, sin ningún control, lo que puede fomentar en mayor grado el comercio de la enseñanza superior, con las funestas consecuencias para el país, que hemos apuntado, se permite denunciar respetuosa pero vehementemente el gran peligro que se cierne con motivo de esta situación.

El periódico La Nación en su sección editorial del miércoles 21 de marzo de este año, denuncia esta delicada situación. El periodista Ronal Moya Ch. en la columna Opinión de los Redactores, La Nación miércoles 14 de marzo de 1990, página 14A, dijo con mucho acierto:

**“¡ALTO A UNIVERSIDADES PRIVADAS!** En este país, fundar una universidad privada es tan fácil como abrir una pulpería. Usted nada más tiene que conseguirse un permiso (léase patente), y hacer la oferta de una carrera que atraiga la atención de los futuros estudiantes.

La proliferación de las universidades privadas en Costa Rica se parece mucho a la saturación de financieras que tuvimos hace apenas dos o tres años.

Ojalá los resultados no sean los mismos, porque el problema no sería financiero sino moral, pues se truncarían los ímpetus de miles de jóvenes que actualmente se matricularon en esos centros...”

Tenemos claro que conciliar el principio de la libertad de enseñanza, con las regulaciones y supervisión necesarias para un desarrollo educacional, ordenado y acorde con las verdaderas necesidades de un país en vías de desarrollo, que con un gran esfuerzo y alto costo, forma profesionales, resulta tarea difícil, que se enmarca en acciones políticas, sociales, filosóficas o ideológicas, económicas y desde luego morales y éticas. Creemos que mientras no se de una definida decisión política del Gobierno de turno, que haga investigación y valore la realidad actual, para lograr un enfoque completo y una solución global, será si no imposible, muy difícil, que algunas universidades, los Colegios Profesionales o algunas entidades como nuestra Comisión, podamos resolver el problema ni siquiera en forma parcial.

Tenemos la firme convicción de que la saturación profesional, como fenómeno sociológico que está comenzando a generarse en nuestro país, aparte de todas las frustraciones individuales y de grupos, puede producir fisuras y más adelante severas grietas que van debilitando y erosionando la institucionalidad del país, con serio peligro para el desarrollo armonioso en paz y democracia de nuestra sociedad. Los valores morales y éticos por los que estamos luchando, encuentran una fuerte adversidad, como consecuencia del crecimiento excesivo a que nos hemos referido. Este asunto no puede postergarse, necesita una acción y solución inmediata, que equilibren acertadamente los diferentes intereses en juego, para lograr acercarse al bien común, que debe estar siempre por encima de los intereses particulares.

Estamos cumpliendo con nuestra responsabilidad ciudadana, haciendo esta denuncia pública ante las autoridades de gobierno que tienen en sus manos el poder para tomar decisiones, ofrecemos toda nuestra colaboración, estamos seguros de que también la darán las instituciones que representamos, por estar en juego los intereses del país. Son ustedes quienes tienen la obligación de asumir directamente esa responsabilidad.

Nos suscribimos con todo respecto y consideración.

Lic. Hernán Vega Miranda  
Presidente  
Comisión Nacional de Rescate  
y Formación de Valores

Lic. Manuel González Cabezas  
Coordinador  
Sector Colegios Profesionales

Lic. Alfredo Bolaños Morales  
Presidente  
Colegio de Abogados de Costa Rica

## INDICE

	Pág.
Presentación.....	8
<i>Ensayos:</i>	
1. Los poderes del jefe de la empresa	
<i>Lic. Oscar Bejarano C. ....</i>	9
2. Apuntes sobre el mecanismo de conversión de la deuda externa	
<i>Lic. Roberto Avendaño Chinchilla .....</i>	25
3. La propiedad forestal	
<i>Dra. Ligia Roxana Sánchez Boza .....</i>	41
4. El parlamento centroamericano	
<i>Lic. Elías Soley Gutiérrez .....</i>	67
5. La sociología del derecho en Venezuela	
<i>Profesoras Carmen Luisa Roche y Miriam San Juan .....</i>	79
6. El derecho internacional como instrumento de solución al problema de la deuda externa	
<i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez .....</i>	97

7. La protección del medio ambiente en Centro América

*Dr. Rafael González Ballar* ..... 127

8. Racionalidad y método para el derecho: es eso posible? (parte final)

*Dr. Enrique P. Haba* ..... 169

Documento ..... 245

Impreso por  
Litografía e Imprenta L.L. S.A.  
Apartado 75-1100, Toluca  
San José, Costa Rica  
O.P. 361762