

340
R
REV 164022-

Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

Sistema de Bibliotecas - UCR



REV 164022



21 FEB. 1990

4 DIAS

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS

64

(1963 - 1989)

26 AÑOS

BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

SAN JOSE, COSTA RICA

1989

SETIEMBRE — DICIEMBRE



A.
HO
CA

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COMBO DE ABOGADOS

REVISTA
DE

CIENCIAS JURIDICAS

(1983 - 1989)

25 AÑOS

BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

NEW YORK COUNTY

10th

RECEIVED - DEPARTMENT

**JUNTA DIRECTIVA DEL
COLEGIO DE ABOGADOS**

1989

Presidente:
Dr. Enrique Rojas Franco

Vicepresidente:
Lic. Rodrigo Montenegro Trejos

Secretario:
Lic. Marco A. Jiménez Carmiol

Prosecretario:
Lic. Juan A. Casafont Odor

Tesorero:
Dr. Gonzalo Fajardo Salas

Vocal 1:
Licda. Aracelly Pacheco Salazar

Vocal 2:
Dr. Ovelio Rodríguez León

Vocal 3:
Lic. Federico C. Sáenz de Mendiola

Vocal 4:
Lic. Carlos Ramírez Aguilar

Vocal 5:
Lic. Rosa E. Blanco Matamoros

Fiscal:
Dr. Román Solís Zelaya

**AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS**

Directora Consejo Universitario:
Dra. María Amoretti

Rector:
Dr. Luis Garita Bonilla

Vice-Rectora de Docencia:
Licda. Elizabeth Odio

Vice-Rector de Investigación:
Dr. Primo Luis Chavarría

Vice-Rector de Acción Social:
Dr. Sergio Guevara

Vice-Rectora de Vida Estudiantil:
Lic. Fernando Mayorga

Vice-Rector de Administración:
Máster Carlos Serrano

Decano Facultad de Derecho:
Dr. Bernardo Van Der Laat

Vice-Decana Facultad de Derecho:
Dra. María Antonieta Sáenz Elizondo

Director Instituto de Investigaciones Jurídicas:
Dr. Diego Baudrit Carrillo

Decano Sistema de Estudios de Posgrado:
Dr. Luis Estrada Navas

Coordinador de la Comisión Editorial:
Ing. Mario Murillo Rodríguez

PRESENTACION

En este número se publican investigaciones en el campo del derecho comercial, constitucional civil, internacional, laboral, agrario, administrativo y sobre derechos humanos.

Igualmente tiene presencia la sección sobre reseñas bibliográficas.

Con este número 64 se cierra el año 26 de editarse esta revista.

El director y editor



REV 16 4022-

"Contiendas tienen entre sí los hombres, algunas veces las ponen en manos de avenideros y la carta de tal avenencia llámanla compromiso".⁽¹⁾

Así rezaban las Siete Partidas al referirse a la institución del arbitraje, a la cual hoy dedicamos estas líneas, como contribución a su mejoramiento en Costa Rica.

El arbitraje como alternativa de solución de los conflictos frente a la vía jurisdiccional se remonta a épocas tan antiguas como la bíblica, donde surge el ejemplo de Jacob y Laván, y en materia internacional merece mención el conflicto surgido a raíz de la sucesión de Darío solventado por Artabanes en favor de Jerjes.⁽²⁾

El Derecho Romano lo regula de dos formas:

- a) El libremente convenido mediante el "Compromissum", llamado el "receptum arbitrii".
- b) El que aparece en el sistema formulario, donde la autoridad propone un programa procesal con nombramiento del "Iudex privatus".⁽³⁾

Pero, una investigación completa del desarrollo histórico del arbitraje, así como de su naturaleza jurídica, trasciende los limitados confines de este trabajo. Baste decir con referencia a su naturaleza jurídica, que se trata de un instituto eminentemente procesal, a pesar de que algunos de sus elementos puedan formar parte de disciplinas jurídicas sustantivas, tales como, la cláusula compromisoria y el compromiso mismo. De la importancia del arbitraje en general huelga decir, me limito a mencionar la celeridad en la solución de las controversias y el descongestionamiento de los tribunales ordinarios, como razones valederas que lo justifican sobradamente.

Consisten las presentes reflexiones en una tarea meramente elucidatoria de los aspectos más relevantes de la "Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), comisión mejor conocida por las siglas inglesas de UNCITRAL. Dicha Ley modelo, como la llamaremos abreviando, fue adoptada el 21 de junio de 1985.

(1) Tercera Partida, Título XVIII, Ley 106.

(2) Briceño Sierra Humberto, "El arbitraje en el Derecho Privado", Imprenta Universitaria, México, 1963, p. 20.

(3) Briceño Sierra, *op. cit.*, pp. 21-22.

La Ley Modelo es producto de complejos estudios y negociaciones, tendientes a encontrar la norma que mejor se adecuara a los distintos sistemas jurídicos y a los diversos intereses en juego. Es materia de gran tecnicismo, que busca armonizar en un cuerpo legal, los diversos sistemas de derecho, a fin de lograr que el arbitraje sea un medio expedito para la solución de los conflictos comerciales internacionales. El arbitraje como instituto, consta de cuatro partes o cuerpos que son: el convenio, el procedimiento, la sentencia o laudo y la ejecución del mismo.

Desde esa perspectiva examinaremos la Ley Modelo, sin perjuicio de que durante el desarrollo se hagan algunas alusiones al derecho positivo costarricense.

Ambito de aplicación de la Ley: La materia sobre la cual se aplicará será "El Arbitraje Internacional", sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente..." en el estado que la adopte.

Aun cuando la Ley Modelo, no define el arbitraje, tiene por objeto abarcar todo tipo de arbitraje,⁽⁴⁾ pero que sea de carácter consensual o sea el basado en el acuerdo voluntario de las partes y no el arbitraje obligatorio, ni tampoco el denominado arbitraje libre.⁽⁵⁾

En relación con la naturaleza comercial del arbitraje, la Ley Modelo no define el término "comercial", ante la imposibilidad con que se encontró la comisión de fijar con razonable exactitud el linderó preciso entre lo que es materia mercantil y lo que trasciende de la misma. A pesar de ello como guía para la interpretación del término, se le agregó al pie de página, una nota a dicho artículo; expediente usual en los derechos anglosajones, pero ajeno a aquellos pertenecientes a la familia romano-germánica.

Tal nota dice lo siguiente: "Debe darse una interpretación amplia a la expresión "comercial" para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministros intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro ("factoring"), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra ("leasing"), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera".

(4) Artículo segundo de la Ley Modelo.

(5) Según se desprende del "Comentario analítico sobre el proyecto de texto de una Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional (doc. A/CN.9/264, p. 10.

Cabe igualmente mencionar que dicha nota tiende a darle mayor amplitud al término "comercial" y se aparta de la interpretación que de dicho término hace la Convención el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras conocida como Convención de New York de 10 de junio de 1958. Esta última en su artículo 1, párrafo tercero in fine dice: "Podrá también declarar que solo aplicará la Convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales consideradas comerciales por su derecho interno". Precisamente, la Ley Modelo busca liberarse de las limitaciones que implica tener que sujetarse a la calificación que sobre materia comercial hacen las leyes y Códigos de Comercio locales.

La internacionalidad la determina el párrafo tercero del artículo primero que establece que es internacional el arbitraje:

- a) Si las partes en el momento de la celebración del acuerdo de Arbitraje tenían sus establecimientos en estados diferentes.
- b) Si el lugar del Arbitraje, determinado por o con arreglo al acuerdo de arbitraje; o al lugar de cumplimiento, o aquel en que el objeto del litigio esté más relacionado, estén situados fuera del estado en el que las partes tienen sus establecimientos.
- c) Si las partes han convenido expresamente en que una cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un estado.

Finalmente en relación con el artículo primero, y respetando la jerarquía de las leyes, establece que su aplicación se habrá supeditado a los tratados bilaterales o múltiples vigentes.

La renuncia al derecho a objetar, la establece el artículo cuarto, cuando la parte conociendo del incumplimiento de disposiciones de las que las partes puedan apartarse o de algún requisito del acuerdo de arbitraje, no lo objete en el plazo estatuido o "sin demora", se considera que ha declinado su derecho a objetar. El precepto es importante pues tiende a evitar acciones dilatorias mal intencionadas.

Se veda en el artículo 5 de la intervención de los diversos tribunales en el proceso arbitral, a menos que la ley así lo disponga, utilizando de esta forma, la efectividad del proceso. Lo anterior sin perjuicio de que en materias no regidas por la Ley Modelo, puedan intervenir los tribunales.

Acuerdo de Arbitraje: El carácter genérico del acuerdo arbitral, implica la existencia de dos especies, la *cláusula compromisoria* y el *compromiso*. La distinción entre ambas especies, es decir, entre la cláusula compromisoria y el compromiso proviene del derecho francés, adquiriendo carta de ciudadanía en el derecho latinoamericano. La primera es aquella estipulación incluida en un contrato mediante la cual las partes deciden que todas o algunas de las controversias que de tal convenio puedan resultar en el futuro, sean sometidas a juicio arbitral. La segunda o sea el compromiso, tiene lugar, ya surgido el conflicto, y las partes deciden someterlo a arbi-

traje, nombrando árbitros y estableciendo los demás elementos del proceso arbitral.

El carácter precontractual de la cláusula compromisoria conlleva a eliminar una de las ventajas más relevantes del arbitraje, por no decir la más importante, como lo es el de la celeridad del procedimiento, pues obliga a una de las partes a recurrir a los tribunales comunes para hacer valer dicha cláusula. En esta materia permítaseme hacer alusión al derecho nacional, citando el artículo 398 del Código de Procedimientos Civiles que estatuye que una parte puede obligar a la otra a otorgar el compromiso, y la negativa acarrearía el pago de daños y perjuicios, pudiendo el juez establecer las bases del compromiso. En teoría el asunto parece resuelto. Pero, ¿cuál es la vía procesal mediante la cual se ha de recurrir a la autoridad jurisdiccional? No otra que la vía ordinaria, restándole así todo sentido al arbitraje, pues más vale, de una vez acudir a la vía jurisdiccional.

La Ley Modelo, superando toda la problemática planteada sobre el acuerdo arbitral, elimina la distinción precitada y prescribe en el artículo 7 que "El acuerdo de Arbitraje, es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente".

La eliminación de la distinción entre cláusula compromisoria y compromiso es de capital importancia para la vigencia y presencia del juicio arbitral, pues viene a garantizar en gran medida, el respeto del acuerdo arbitral, que desembocará casi seguramente en el juicio arbitral. No de menor importancia, viene a ser el reconocimiento del acuerdo arbitral "con independencia de que adopte la fórmula de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente".⁽⁶⁾

Con relación al aspecto formal del acuerdo arbitral el artículo 7-II consigna la forma escrita, entendiéndose por tal, cuando se establece en un documento firmado por las partes, en el intercambio de cartas, telex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo. Las formas anteriores podemos calificarlas como directas, pero el mismo artículo establece fórmulas indirectas que consisten en la referencia que se haga en un contrato a una cláusula compromisoria, si el contrato consta por escrito e indica que esa cláusula es parte del contrato, en el intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra. De esta manera se simplifica la forma del acuerdo arbitral, evitando solemnidades que obstaculicen el procedimiento arbitral.⁽⁷⁾ La omisión de

(6) Comentario analítico... A/CN. 9/264, p. 21.

(7) En Costa Rica el artículo 400 del Código de Procedimientos Civiles exige la homologación inicial del acuerdo.

la escritura, como requisito formal, podría subsanarse si la parte se somete al procedimiento arbitral sin oponer excepciones pertinentes.

Por su parte el artículo 8 prescribe que si existiendo acuerdo arbitral, se somete ante un tribunal ordinario la controversia, éste, debe remitir a las partes a juicio arbitral, si así lo solicitare una de ellas, a más tardar en el primer escrito sobre el fondo del asunto, salvo que dicho acuerdo sea nulo, ineficaz o de ejecución imposible. El mismo artículo en su párrafo segundo y en consonancia con los principios que animan la Ley Modelo de asegurar el juicio arbitral y evitar tácticas dilatorias queden al traste con el arbitraje, establece que se pueden proseguir e inclusive iniciar actuaciones arbitrales, y llegar a dictarse laudo, a pesar de existir acción incoada ante la vía jurisdiccional.

La solicitud de adopción de medidas cautelares provisionales que protejan los resultados del juicio arbitral, ante un tribunal ordinario antes o durante las actuaciones arbitrales, no es incompatible con el acuerdo de arbitraje, según lo dispone el artículo noveno. Por medidas cautelares, se debe entender la más amplia gama de éstas que pueden existir en los diversos sistemas jurídicos.⁽⁸⁾ La solicitud de medidas cautelares reza el artículo en cuestión no es incompatible con el acuerdo arbitral pues no implica renuncia de tal acuerdo.

Composición del Tribunal Arbitral: Siguiendo el sistema de dos niveles, el artículo décimo permite absoluta libertad a las partes de determinar el número de árbitros, pero en defecto de acuerdo, supletoriamente se establece el número de tres.

La nacionalidad de una persona no constituye impedimento para que integre un tribunal arbitral, salvo pacto en contrario, según lo estipula el artículo 11, e igualmente la misma norma concede libertad a las partes para establecer el procedimiento de nombramiento de los árbitros, pero en defecto de acuerdo, se establecen una serie de disposiciones supletorias encaminadas a lograr la constitución del tribunal arbitral, inclusive con la intervención judicial.⁽⁹⁾

En cuanto a la recusación y excusa de los árbitros, la Ley Modelo evita la enumeración de los motivos de recusación y excusa, limitándose a establecer fórmulas generales que obligan al árbitro nombrado a revelar todas aquellas circunstancias que puedan comprometer su imparcialidad, así mismo establece en relación con la recusación propiamente dicha, que tendrá lugar "si existen dudas justificadas respecto a su imparcialidad o independencia" o si no posee las cualidades establecidas por las partes. La recusación puede interponerse además por causas sobrevinientes. De no prosperar la recusación se puede acudir ante los tribunales competentes para que resuelva en definitiva. Pese a ello el tribunal arbitral puede continuar con el arbitraje y dictar laudo aún con el miembro recusado.

(8) Comentario Analítico... A/CN. 9/264, p. 25.

(9) Párrafos 3, 4 y 5, artículo 11 de la Ley Modelo.

Competencia del Tribunal Arbitral: De innegable relevancia resulta el artículo 16-1 que otorga al Tribunal Arbitral la facultad de decidir sobre su propia competencia, e incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo del arbitraje. El otorgamiento de tal facultad se fundamenta en la protección de la celeridad del procedimiento arbitral, tratándose de evitar maniobras dilatorias que busquen entorpecer o trasladar el asunto a la vía jurisdiccional.

Complementando la anterior facultad, se establece además que, la cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato y por lo tanto si se declara la nulidad del contrato no conlleva ipso iure la nulidad de la cláusula. Tendrá pues el tribunal arbitral competencia para decidir sobre la nulidad del contrato a menos que tal nulidad, afecte la cláusula compromisoria misma.⁽¹⁰⁾

Pero si bien es cierto que en esta materia se trata de impedir maniobras de mala fe, que busquen únicamente el entorpecimiento del procedimiento, no lo es menos, la necesidad de un control jurisdiccional, que decidirá en definitiva sobre la competencia de los árbitros, todo ello sin perjuicio de que el tribunal arbitral prosiga sus actuaciones y dicte laudo, mientras esté pendiente la decisión del tribunal ordinario.

El Tribunal Arbitral está igualmente facultado para ordenar a las partes que adopten las medidas cautelares que estimen convenientes, y aunque no posea la facultad de ejecutar sus resoluciones, ni se prevee la ejecución judicial de sus órdenes, si está autorizado a exigir una garantía apropiada en relación con dichas medidas. Todo ello dispuesto por el artículo 17 de la Ley Modelo.

Sobre cuáles pueden ser esas medidas, el Comentario Analítico tantas veces citado dice: "Entre los ejemplos prácticos de medidas provisionales cautelares destinadas a evitar o mitigar pérdidas se incluyen la preservación, custodia o venta de mercancías que son objeto del litigio. Sin embargo, el artículo 18 no se limita a operaciones de venta y abarcaría, por ejemplo, medidas destinadas a determinar y "estabilizar" provisionalmente la relación de las partes en un proyecto a largo plazo. Como ejemplos de esas órdenes de "modus vivendi" figuran el empleo o mantenimiento de máquinas o faenas o la continuación de determinada fase de una construcción que sea necesaria para evitar un daño irreparable. Por último una orden del tribunal podría servir para asegurar una prueba que de lo contrario no podría conseguirse en una etapa ulterior de las actuaciones".⁽¹¹⁾

Sustanciación de las Actuaciones Arbitrales: Este importante capítulo establece los derechos y garantías de las partes en el proceso. Comienza

(10) Comentario Analítico... A/C. 9/264, p. 38.

(11) *Op cit.*, supra.

el artículo 18 estableciendo la igualdad de las partes y el derecho absoluto que poseen de hacer valer a plenitud sus derechos. El comentario analítico ya citado lo conceptúa como la Carta Magna del Procedimiento Arbitral. Agréguese además a estos derechos, el establecido por el artículo 19 de decidir libremente las partes el procedimiento a seguir. En ausencia de acuerdo sobre el procedimiento, el Tribunal Arbitral podrá dirigir el arbitraje de la manera que considera más apropiada, obviamente sujeto a las disposiciones de la Ley Modelo. Esta facultad del Tribunal incluye lo relativo a la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas.

Siempre en consonancia con el sistema a dos niveles, es decir dándole plena libertad a las partes para hacer o decidir tal o cual cosa y en defecto de acuerdo de partes, estableciendo normas supletorias, el artículo 20 establece la libertad de las partes de escoger el lugar de arbitraje, a falta de tal escogencia, será el Tribunal quien hará la determinación del lugar, tomando en cuenta las conveniencias del caso. Podrá igualmente el Tribunal, salvo pacto de las partes en contrario, reunirse donde estime conveniente para la ejecución de sus funciones.

El artículo 24 establece otros derechos de las partes en el proceso, tales como el derecho de pedir audiencia para la presentación de pruebas o para alegatos orales, el derecho a ser notificado con la antelación debida, y a que se le trasladen todas las declaraciones, documentos, o información que suministre una de las partes y además que se ponga a la disposición de ambas partes los peritajes o documentos probatorios que puedan servir de base para sustentar la decisión arbitral.

En relación con la rebeldía que es materia de mucho interés en el proceso arbitral, la Ley Modelo prescribe las siguientes reglas:

- a) Si el demandante no presenta su demanda en el término prescrito, el tribunal arbitral terminará sus actuaciones.
- b) Si el demandado no contesta en tiempo, el Tribunal continuará con sus actuaciones, sin que la omisión, se considere como aceptación de las razones del demandante.
- c) Si una de las partes se abstiene de participar en alguna audiencia o no presente pruebas documentales, el Tribunal continuará sus funciones y podrá también dictar el laudo. Estas medidas acerca de la rebeldía, revisten importancia pues, la parte que caiga en contumacia puede pretender con ello detener el proceso.

Pronunciamiento del Laudo y Terminación de las Actuaciones: La Ley Modelo concede libertad a las partes de escoger las normas de derecho aplicables al fondo del litigio. Se podrá acoger la ley de un estado, e inclusive normas de distintos ordenamientos. Dichas normas serán siempre, salvo pacto en contrario, de carácter sustantivo. Si las partes no determinan la ley aplicable, el Tribunal aplicará la ley que determinen las normas de conflictos de leyes que estime aplicable.

La actuación de los árbitros, como Tribunal de Conciencia, o sea como Arbitros Arbitradores, está sujeta a la expresa autorización de las partes.

Impugnación del Laudo: Un único recurso contra el laudo permite la Ley Modelo, el de nulidad, buscando con ello impedir en lo posible la impugnación del laudo. Si se permitiese como en varios países los recursos de apelación e inclusive el de Casación, se atentaría contra la celeridad del procedimiento arbitral.

Las causas de nulidad son las siguientes:

- a) Incapacidad de una de las partes.
- b) Invalidez del acuerdo de arbitraje.
- c) Ausencia de notificación del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales.
- d) Imposibilidad de una de las partes de hacer valer sus derechos.
- e) El laudo afectado por vicios de ultra petita.
- f) Que tanto la composición del Tribunal como el procedimiento no se hayan ajustado a lo acordado por las partes.

Reconocimiento y ejecución de los laudos: En relación con esta materia la Ley Modelo es tajante; "Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y, tras la presentación de una petición por escrito del tribunal competente, será ejecutado de conformidad con las disposiciones de este artículo y del art. 16".⁽¹²⁾

Esta norma, puede perfectamente ser considerada como lesiva a la soberanía de un país, a menos que se observe su cumplimiento en términos de una estricta reciprocidad.

Concluyendo, estos breves comentarios, no podemos menos que manifestar que la Ley Modelo introduce innovaciones importantes en el arbitraje internacional, que tienden a consolidar el instituto, propiciando sus ventajas y soslayando aquellas instituciones tradicionales que pudiesen constituir verdaderas rémoras para su desarrollo. También es indudable que la reforma o promulgación de leyes de arbitraje interno sustentadas en la Ley Modelo, pueden promover el desarrollo de la institución a nivel interno, con las indudables ventajas que ello podría acarrear.

Ni la Ley Modelo, ni la institución de arbitraje en particular son una panacea para los problemas que pretenden solucionar, sin embargo, podemos extraer de ambos todas las ventajas que puedan significar provecho para nuestras naciones, y desechar todo aquello que pueda resultarnos perjudicial.

(12) Artículo 35 de la Ley Modelo.

LA CONVOCATORIA A UNA ASAMBLEA CONSTITUYENTE PARA REESTRUCTURAR EL ESTADO

Dr. Hugo Alfonso Muñoz Quesada

Profesor de Derecho Constitucional
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

SUMARIO:

Introducción

- I. La Constituyente y el momento Político
- II. La reestructuración del Estado y las reformas parciales
- III. Límites de la Constituyente
- IV. Naturaleza del Poder Constituyente reformador

Conclusión

Introducción

Difícilmente se puede reestructurar el Estado, sin convocar a una Asamblea Constituyente. En Costa Rica, sin embargo, cabe analizar otras opciones: a) la Asamblea Legislativa por medio del procedimiento de reformas parciales a la Constitución revisaría de modo general la Carta Política; b) una Comisión, creada por ley, con su organización y funciones, prepararía un proyecto de reforma general a la Constitución y, posteriormente, con la aprobación legislativa se sometería al pueblo por referéndum para su ratificación. En este último caso se requiere la reforma previa a la Constitución Política para establecer este nuevo procedimiento que no aparece contemplado en aquella. Cualquiera de los tres procedimientos, los dos previstos y el el propuesto presentan ventajas y desventajas. La convocatoria a una Constituyente, si bien necesaria, presenta en la práctica obstáculos que la hacen poco viable; el procedimiento de reformas parciales a la Constitución permite modificaciones muchas veces importantes, pero nunca suficientes para una revisión general; y, finalmente, el último camino propuesto, por medio de una Comisión y la posterior aprobación por medio de referéndum, requiere, como se indicó la modificación a la Constitución, en su artículo 195 para incorporarlo a ello y así poder aplicarlo.

La dificultad de revisar en forma general la Constitución tiene su razón de ser: se trata de modificar nada menos que del conjunto de normas fundamentales del país, que configuran en gran medida la forma de ser de un pueblo, su organización, las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. Una Constitución responde a una ideología, o fórmula política constitucional,⁽¹⁾ que predomina en determinada sociedad. La Constitución resulta ser así la expresión de la realidad social, de sus valores, de sus ideales y de la forma de conducta de los ciudadanos.⁽²⁾

I. La Constituyente y el momento político

Para convocar a una Asamblea Constituyente, los diputados, encargados de tomar esa importante decisión, tienen que examinar con especial cuidado su necesidad y su oportunidad.

(1) LUCAS VERDU, Pablo, *Derecho Político*, Editorial Tecnos, Madrid, 1976, p. 57.

(2) ORTIZ ORTIZ, Eduardo, *De las reformas constitucionales inconstitucionales*, INCOSEP, 1977, p. 52.

1. La necesidad de una Constituyente:

La realidad social costarricense, a partir de 1949, ha sufrido importantes transformaciones. Las reformas constitucionales no han sido suficientes para adaptar el Estado a los procesos económicos, sociales y políticos que se han operado desde aquella época a la actual. Resulta por ello natural que en diversos círculos del país se afirme que el modelo de Estado se agotó y que prácticamente todas las instituciones políticas fundamentales han entrado en crisis. Con frecuencia se escucha que los órganos públicos no responden a las demandas sociales, políticas y económicas y que, en consecuencia, una reestructuración general del Estado se hace necesaria e improrrogable.

De la Convocatoria a una Constituyente se viene hablando desde 1962. Hoy en día, 39 años después el tema cobra mayor importancia. En 1977, el proyecto de convocatoria fue aprobado en primer y segundo debates, pero para la aprobación definitiva en tercer debate, necesitaba 38 votos. El resultado electoral de 1978 cerró prácticamente la posibilidad de la convocatoria a la Constituyente durante ese cuatrienio y en el nuevo período constitucional, de 1982 a 1986, no se intentó esa posibilidad en virtud de la crisis económica interna y de la situación convulsionada de América Central.

El tema, sin embargo, continúa vigente. En el Tercer Congreso Ideológico del Partido Liberación Nacional, al analizar la reestructuración del Estado, se plantearon ideas sobre una nueva Constitución Política. Un nuevo modelo político, que resulte de un pacto social que toma en cuenta las fuerzas políticas del país, puede dar origen a la Tercera República costarricense, sobre la base de una nueva Constitución.⁽³⁾

Contra la tesis que propicia la convocatoria a una Constituyente, para la reforma general de la Constitución, se argumenta que entre más estable sea una Carta Política es mejor, y se cita como ejemplo el caso de los Estados Unidos, cuya Constitución tiene más de dos siglos. Se ignora, no obstante, que la Constitución Norteamericana cuenta con pocos artículos, que han sido objeto de enmiendas trascendentales en el desarrollo constitucional. Pero sobre todo, no se toma en cuenta que la evolución constitucional y los procesos económicos, sociales y políticos, así como la forma de vida en ambos países son muy diferentes. La Constitución de Costa Rica cuenta con 197 artículos, muchos de ellos anacrónicos y otros innecesarios.

2. La oportunidad para convocar una Constituyente:

La oportunidad para revisar de modo general la Constitución encuentra obstáculos permanentemente: sectores conservadores se oponen normalmente por el temor de que surja una Constitución con reformas sustanciales en el plano económico y social, que de una u otra manera restrinjan sus privilegios. Sectores de izquierda desconfían también de una Constituyente, por cuanto estiman que algunos progresos sociales alcanzados pueden ser

(3) III Congreso Nacional, *Matilde Marín Chinchilla*, texto fotografiado, p. 26.

objeto de modificación en un momento en que, por factores nacionales e internacionales, el país se orienta claramente hacia procesos liberales en el plano económico e institucional. En consecuencia, solo el Partido Liberación Nacional ha propiciado, con entusiasmo, aunque no con unanimidad, la idea de convocar a una Asamblea Constituyente. Es interesante advertir que el Partido Unidad Social Cristiana, a pesar de que el Calderonismo, que representa su principal fuerza, no participó en la Constituyente de 1949, no solo no ha apoyado la tesis favorable a su convocatoria, sino que, en determinados momentos, se ha opuesto con firmeza. Así las cosas, la viabilidad política de la idea de una revisión general de la Carta Política existirá únicamente cuando los partidos mayoritarios se pongan de acuerdo, coincidan en su necesidad, y se alcancen los votos suficientes en el seno de la Asamblea Legislativa, dos tercios del total de sus miembros para dictar la ley de convocatoria.

Por otra parte, determinar cuál será el momento más oportuno plantea obstáculos no despreciables; hacer coincidir las elecciones de los constituyentes con las nacionales reduce los gastos, lo que aparentemente, facilita las cosas, al agregar una papeleta más para que los ciudadanos escojan, además del Presidente y Vicepresidente, diputados y municipales, a los integrantes de la Constituyente. Sin embargo, el partido político que, por medio de encuestas, estima que ha tenido un deterioro en lo relativo al apoyo electoral, no favorecería la tesis de hacer coincidir las elecciones de los constituyentes con las nacionales. Por otra parte, el partido mayoritario, y más concretamente su candidato a la presidencia, no dejaría de advertir, con lógica preocupación, que en caso de ganar —si así lo señalan las encuestas—, deberá gobernar paralelamente con una Constituyente que, en gran medida, absorberá la atención del país, e impedirá el desarrollo de las políticas gubernamentales, al crear un clima de relativo inestabilidad e inseguridad. En consecuencia, además de los sectores de izquierda y de derecha que verían con desconfianza la Constituyente, por las razones mencionadas, el partido mayoritario en ese momento, así como el que no tendría posibilidad de ganar, mostrarían cada uno sus propias preocupaciones. Uno, por gobernar con una Constituyente; y el otro, por no contar con el apoyo electoral mayoritario en caso de coincidencia entre las elecciones nacionales y las de los constituyentes.

¿Cómo resolver los obstáculos mencionados y hacer viable la Constituyente? La única vía posible es la transacción política; los sectores mayoritarios tienen que ponerse de acuerdo en cuanto a los extremos más importantes: oportunidad para aprobar la ley de convocatoria, fecha de las elecciones y número de los constituyentes, plazo para elaborar la reforma general de la Constitución, así como los puntos más relevantes que requieren modificación en la Constitución vigente. Solo un pacto político entre los partidos mayoritarios permitiría el establecimiento de una Constituyente, cuya convocatoria necesita, en todo caso, 38 votos en la Asamblea Legislativa. Un pacto político, precedido de un debate nacional para definir los grandes objetivos de una nueva Constitución, se convierte en la única vía posible, dentro de un proceso de normalidad jurídica.

Existe un aspecto que no plantea dudas: el procedimiento previsto para las reformas parciales a la Constitución, si bien permite ajustes periódicos, no es un medio idóneo para realizar la reforma general de la Constitución, como tampoco para la reestructuración del Estado, como se verá en la siguiente sección.

II. La reestructuración del Estado y las reformas parciales

Importantes razones llevan a la conclusión de que la reforma general de la Constitución, necesaria para la reestructuración del Estado, no se puede realizar con modificaciones parciales, como pretenden algunos.

1. El trámite de reforma parcial a la Constitución es complicado y lento. Para dar cabal cumplimiento a ese procedimiento, se requieren tres lecturas, una comisión especial que dictamine, tres debates, dos legislaturas, además de una votación calificada de 38 diputados. Pretenden realizar los ajustes necesarios en el aparato Estatal, por esa vía, demandaría mucho tiempo, sin que se asegure ese objetivo.

2. Como consecuencia de lo anterior, la Asamblea Legislativa tendría que dedicarse tiempo completo a esa tarea, lo que implicaría convertirla en Poder Constituyente Reformador permanente, con lo cual descuidaría la actividad legislativa ordinaria. Cabe advertir, asimismo, que la Asamblea Legislativa a menudo no cumple con éxito su actividad ordinaria; razón de más para suponer que no podría dedicarse a una función tan importante, como la de reformar de modo general la Constitución. Pretender que la Asamblea Legislativa realice la función de revisión de la Constitución Política significa no sólo encargarle una tarea desmurrada para sus posibilidades, sino que la llevaría a descuidar su función legislativa ordinaria y las demás atribuciones que le señala la Constitución.

3. Por otra parte, cabe recordar que un poder difícilmente se autorreforma. Sin lugar a dudas, dentro de los aspectos que ameritan una revisión a fondo, está la organización, el funcionamiento y los procedimientos parlamentarios establecidos en la propia Constitución. Es poco probable que la Asamblea Legislativa elimine alguna de sus atribuciones; muchas de éstas innecesarias y que atrasan el procedimiento legislativo. La creación de colegios de enseñanza, de tribunales de justicia, la autorización de impuestos municipales, por ejemplo, son funciones que no deben corresponder a la Asamblea Legislativa. Sin embargo, el papel representativo de los Diputados hace que ellos no deseen desprenderse de funciones como las mencionadas, por cuanto ellas les permiten "quedar bien" con sus comunidades y con su clientela política, en los respectivos cantones del país. En consecuencia, solo es posible que otro poder: la Asamblea Constituyente, realice la importante tarea de

revisar a fondo la organización, composición, funciones y procedimientos del Parlamento.

4. Las reformas constitucionales operadas desde 1949 hasta hoy, por medio del procedimiento de reforma parcial, han sido insuficientes para adaptar el aparato Estatal a las necesidades del país. Ellas han resultado ser pequeños ajustes jurídicos, aunque importantes, insuficientes para la transformación necesaria que permita al Estado responder a las demandas sociales, políticas y económicas. La reforma a un artículo de la Constitución requiere a menudo la modificación de otros artículos suyos; sin embargo, ello no se cumple, lo que afecta su unidad.

5. El sistema de elección actual de los diputados hace que la Asamblea Legislativa, sin entrar a discutir aquí su conveniencia o inconveniencia, se integre por diputados escogidos con criterio geográfico. Sin duda, éste no puede ser un adecuado método para escoger a los constituyentes. Los diputados seleccionados por intereses políticos locales, no tienen la visión y perspectiva necesarias para la revisión general de la Constitución Política. Ellos, los diputados, con razón, dedican buena parte de su tiempo a la intención y solución de los problemas de los electores. La tarea de revisar de manera general la Constitución requiere especial reflexión, disciplina y concentración; estas cualidades por la naturaleza dispersa y compleja labor de los diputados, sólo muy pocos de ellos pueden poseerlas. Por ello, tiene que formarse un cuerpo especialmente dedicado a ese trabajo, con una composición nacional, que responda a esos objetivos y dedique su tiempo exclusivamente a esa tarea. La integración de la Constituyente, escogida en escala nacional resulta ser así fundamental. Sin embargo, conviene advertir que el escogimiento de diputados constituyentes, no debe obedecer a criterios únicamente jurídicos o técnicos; el constituyente es un representante de la Nación para realizar la fundamental tarea de revisar la Carta Política y, en consecuencia, ha de responder a diversas formaciones e intereses que, conjugados, encarnen los valores e ideales de la comunidad.

6. Una reforma general tiene mayor armonía y unidad, si responde a lo que se denomina "fórmula política fundamental"; es decir, a un sistema ideológico que por medio de las deliberaciones y transacciones entre las fuerzas políticas se plasma en la Constitución. Las reformas parciales, en cambio, se incorporan a la Constitución de manera asistemática, como "parches", por cuanto obedecen al impulso de los diputados de diversos períodos constitucionales. Se puede afirmar que las reformas parciales a la Constitución sí cumplen un papel importante, en cuanto a determinados ajustes, pero una revisión general no se puede ni se debe realizar utilizando el procedimiento reformas que no responden a una visión de conjunto, necesario en un sistema político con un mínimo de armonía. Suele sostenerse, con razón, que la Constitución de 1949 es el resultado de un compromiso entre la ideología liberal y las nuevas corrientes social demócratas e inter-

vencionistas, representadas en el seno de la Constituyente. Ello ha permitido un progreso en el campo social, político y económico; pero como se advirtió, el Estado ha entrado en crisis, al no poder resolver las demandas de la comunidad, de la sociedad civil. Una nueva fórmula política fundamental o un nuevo modelo, como se afirma, ha de responder a las nuevas corrientes políticas e ideológicas.

III. Límites de la Constituyente

Una pregunta que suele hacerse a menudo es la relativa a los límites de una Constituyente. No es del caso retomar aquí los argumentos en favor o en contra, esgrimidos por juristas y políticos, en el sentido de si la Constituyente tiene o no límites. Sí procede insistir en que la Constituyente resulta de un pacto político y en consecuencia tendrá, los límites que el propio pacto establezca expresa o implícitamente. En el Estado Liberal de Derecho, cuando los partidos políticos no habían adquirido el nivel de desarrollo, el tema de los límites jurídicos tenía mucho mayor relevancia que en la actualidad. Hoy en día, los partidos políticos conforman, aunque no exclusivamente, la voluntad popular y con frecuencia realizan pactos políticos, lo que es normal en una democracia. Los límites de una Constituyente dejan de ser un tema básicamente jurídico, para convertirse esencialmente en un problema político. La lógica y política exige que se respeten ciertas restricciones relativas a la organización y al funcionamiento de una Constituyente que le impondría el órgano que la crea. Al fin y al cabo, la Constituyente es un poder derivado, que garantiza la continuidad del funcionamiento del Estado, sin ruptura violenta. Esos límites para el funcionamiento y la organización se convierten en aspectos esenciales para la formación y la existencia de la Constituyente. Sin embargo, en cuanto al contenido de la Constitución, aquélla tiene como restricciones únicamente los valores que prevalecen en la sociedad y que deben ser respetados por las fuerzas sociales y políticas representadas en su seno. No respetar los límites que representan los valores de la sociedad, trae como consecuencia una ruptura que desborda los aspectos jurídicos.

De lo expuesto se deduce que el problema de los límites del Poder Constituyente derivado, dentro de un proceso tranquilo, adquiere una dimensión política, no jurídica. El derecho es un instrumento para subordinar el poder, lo que constituye un avance para conformar el Estado de Derecho; pero también hay que recordar que el derecho es creado por el poder legítimamente investido. Si del pacto político surge la necesidad de convocar a una Constituyente y establecer límites y controles político jurídicos para garantizar el respeto de determinados valores fundamentales, no existe ninguna razón política y jurídica que lo impida. Corresponderá a las fuerzas políticas, representadas en la Constituyente, el respeto y la observancia de

esos límites políticos y jurídicos, como lo hacen los órganos constituidos, en el ejercicio del poder. Al fin y al cabo, la creación y desarrollo del Estado de Derecho, en sus dimensiones de respeto a la legalidad y a los controles ha sido, y es todavía, una histórica decisión política.

Ejemplos de límites impuestos al órgano encargado de la revisión general de la Constitución o de la elaboración de una nueva, existen y con éxito. Como lo señalan los autores Jean-Marie Auby y Robert Ducos-Ader: "El General de Gaulle y su gobierno obtuvieron la investidura de la Asamblea Nacional el 1º de junio de 1958. El Parlamento votó en los días siguientes una ley constitucional (ley de 3 de junio de 1958) y encargó al gobierno elaborar un proyecto de constitución". Esta ley indicó los 5 principios que el Gobierno debía respetar en el proyecto: sufragio universal, separación de poderes, responsabilidad del gobierno ante el parlamento, independencia del Poder Judicial para garantizar las libertades públicas, organización de las relaciones de la República Francesa con los pueblos de Ultramar. La ley fijaba, igualmente, el procedimiento de elaboración del proyecto y previa, entre otras cosas, que sería sometido a un referéndum".

"El proyecto constitucional elaborado por un Comité de expertos fue sometido a un Comité compuesto por Ministros y al Comité Consultivo Constitucional. El Comité Consultivo Constitucional dio su criterio el 14 de agosto (1958). El texto, después de ser examinado por el Consejo de Estado, fue adoptado definitivamente por el Consejo de Ministros".

"El texto fue presentado al país por el General de Gaulle durante una manifestación que se desarrolló en la Plaza de la República, en París, el 14 de setiembre (1958). El referéndum previsto por la ley del 3 de junio de 1958 tuvo lugar el 28 de setiembre. La Constitución fue aprobada por 17.666.628 "SÍ" contra 4.624.475 "NO" (hubo 4.011.245 abstenciones)".(4)

En la transcripción anterior se desprende que si las fuerzas políticas que dominan una sociedad se ponen de acuerdo en cuanto a la forma de preparar una Constitución, en cuanto a los límites y a sus controles, las posibilidades de hacerla son muy diversas. El ejemplo francés así lo demuestra. No obstante que en Costa Rica la potestad de revisión general de la Constitución pertenece a una Asamblea Constituyente, podría reformarse el artículo 196 y crear un nuevo procedimiento que conjugue aspectos democráticos con técnicos, y que garantice, sobre todo, el respeto a ciertos límites, por medio de controles adecuados. La decisión de modificar la Constitución en cuanto al artículo 196 no es otra cosa que una decisión política, que deberá seguir el procedimiento señalado en el artículo 195 para la reforma parcial a la Constitución. Una vez creado un procedimiento que ha de garantizar el respeto de determinados valores democráticos, podría intentarse, con mayor viabilidad y oportunidad políticas, la revisión general de la Constitución.

(4) Auby et Ducos-Ader, *Droit Public*, París, 1966, p. 76.

En consecuencia, se requiere acentuar el esfuerzo no solo en crear la conciencia de la necesidad de una Asamblea Constituyente para reestructurar el Estado, sino también en la búsqueda de un procedimiento que haga más viable ese objetivo. Inspirados en la experiencia francesa, se ha pretendido dibujar en sus contornos más importantes ese procedimiento: estudio por medio de una Comisión Nacional, creada por la ley, que presente un proyecto de nueva Constitución. Aprobación de la Asamblea Legislativa del proyecto, en un plazo determinado, por mayoría calificada y, como última etapa, sumisión del proyecto al pueblo por medio de un referéndum.

IV. Naturaleza del Poder Constituyente Reformador

Al establecer la Constitución Política la existencia de reforma parcial y general, como lo señalan los artículos 195 y 196, se presupone que el Constituyente determinó que tanto la Asamblea Legislativa cuando realiza las reformas parciales a la Constitución, como la Asamblea Constituyente en caso de ser convocada, constituyen poderes reformadores.

A. Órgano del Estado

De acuerdo con la doctrina francesa, el poder constituyente derivado es un "órgano del Estado".⁽⁵⁾ Este extremo suscitó controversia en Francia. Duguit negaba la posibilidad de que una autoridad pudiera reunir dos títulos: órgano del Estado y Poder Constituyente. Duguit consideró que se caía en un círculo vicioso el hecho de que un órgano pudiera ser el fundamento de la Constitución y al mismo tiempo un órgano que existía gracias a la Constitución.⁽⁶⁾ Sin embargo, Carré de Malbert refutó la tesis de Duguit y argumentó que mientras esa tesis era aplicable al poder constituyente originario, que no tenía como base ningún ordenamiento jurídico anterior, y en consecuencia era el fundamento de la Constitución, no procedía su aplicación al poder derivado que se configuraba como un órgano del Estado.⁽⁷⁾

(5) BUREAU, Georges, "Traité de Sciences Politiques", LGDJ, París, 1961, T. IV, p. 234.

(6) DUGUIT, L., *L'Etat, Le Droit Objetif*, t. II, p. 51.

(7) CARRE DE MALBERT, R., *Contribution a la theorie general de L'Etat*, t. II, Librairie de la Société de Recueil Sirey, Paris, France, 1920, p. 493.

En efecto, para reformar de modo parcial o general la Constitución, la existencia de un órgano encargado de realizar esa reforma, consagrado en la propia Constitución que se va a reformar —como es el caso costarricense— le da a ese órgano el carácter de órgano del Estado. Por esa razón Burdeau concluye: "La autoridad encargada de ejercer el Poder Constituyente Derivado es incontestablemente un órgano del Estado".⁽⁸⁾

B. Poder Derivado

De la lectura del texto del artículo 196 surgen algunas ideas que aclaran el punto relativo al carácter originario o derivado de la Asamblea Constituyente. En primer término, señala el artículo 196 que el órgano que determina si se convoca a una Asamblea Constituyente es la propia Asamblea, por medio del procedimiento ordinario de dictar la ley, aunque con mayoría calificada, pero sin la posibilidad de que el Poder Ejecutivo pueda vetarla. El texto actual surgió de una reforma aprobada en 1968. Esta reforma, como la Convocatoria a una Constituyente ha sido atacada por el Lic. Ortiz, al afirmar:

"... Es constitucional y jurídicamente imposible que la Constitución autorice reformas totales. La norma que lo haga —como el artículo 196— autoriza la destrucción de la Constitución; es contradictoria con el espíritu de ésta; reniega de la función propia de todo órgano de revisión constitucional, que es adaptar la Constitución para conservarla, sin destruirla y sin impedir el cambio social; y, al hacerlo, pierde su fundamento de validez y queda nula y muerta desde nacida. La reforma total no se pueda llevar a cabo sin investir al órgano de revisión constitucional de un poder absoluto, ilimitado y originario, en cuanto autónomo de cualquier otro, con nivel constituyente, igual al nacido de una revolución o de un golpe de estado, en términos totalmente incompatibles con la Constitución misma. La Asamblea Legislativa carece, como órgano de revisión constitucional, de potestad para emprender una reforma total con esas características y si lo hace usurpa un poder que el espíritu de conjunto de la Constitución niega y prohíbe. Si, violando la Constitución e invocando un artículo inaplicable por imposibilidad lógica y estimativa, se convoca una Asamblea Constituyente para una reforma total, se estará dando un golpe de Estado o se estará llevando a cabo una revolución constitucional, con igual alcance y efecto destructivo y novador del actual ordenamiento que las revoluciones, que además son violentas..."⁽⁹⁾

(8) BUREAU, *Ibid.*

(9) ORTIZ, ORTIZ, *ibid.*, supra nota n° 2, pp. 40-41.

Estimamos que una Asamblea Constituyente encargada de la reforma general, no "total" como dice el Lic. Ortiz, pero no así la Constitución Política que emplea la expresión "la reforma general", es posible en Costa Rica. Se trata de una revisión o reforma con los límites propios de esta expresión y con el contenido siempre condicionado a la ideología dominante, al ser la Constitución expresión de valores, realidades y normas. Entendemos por reformar, como lo admite el propio Ortiz, al citar a Schmidt, lo siguiente:

"La facultad de reformar la Constitución consiste, pues, tan solo en la facultad de practicar, en las prescripciones legales constitucionales reformas, adiciones, refundiciones, supresiones, etc., pero manteniendo la Constitución; no la facultad de dar una nueva Constitución, ni tampoco la de reformar, ensanchar o sustituir por otro el propio fundamento de esta competencia de revisión constitucional".⁽¹⁰⁾

La facultad de reformar la Constitución general está expresamente autorizada en la Constitución Política y por esa razón es formalmente válida. Lo que ocurre resulta ser que, en la práctica, una transformación total de un sistema político es imposible, mientras las condiciones sociales, las fuerzas dominantes no lo permitan. El problema deja de ser jurídico para ser político. La Constitución Política habla de "reforma", no de "revolución" y se refiere al carácter general de ella no total. En el fondo estamos de acuerdo, nada más que el maestro Ortiz considera que es imposible jurídicamente, mientras que consideramos que el problema no es jurídico es político. En otros términos, si políticamente fuera posible jurídicamente también lo es. Como lo advierte, Burgoa:

"Puede suceder que la misma Constitución prescriba su alteración esencial y que ésta la encomiende a determinados órganos constituidos o que, inclusive, autorice a éstos para expedir una nueva Constitución. Esta hipótesis es formalmente posible si se atiende a lo ilimitado del poder constituyente, o sea, de la facultad autodeterminada que entraña la soberanía nacional o popular, pero sustancial o teóricamente inaceptable, si se estima que ésta es inalienable, toda vez que tal autorización significa evidentemente la enajenación del poder soberano en favor de los mencionados órganos, que reemplazarán en su titularidad al pueblo o a la nación".⁽¹¹⁾

(10) BURGOA, Ignacio, *ibid.*

(11) BURGOA, Ignacio, *ibid.*

Conclusión

De lo expresado llegamos a las siguientes conclusiones:

1. Para la reestructuración del Estado se requiere la convocatoria a una Asamblea Constituyente que reforme la Constitución Política.

2. Si bien el trámite de reforma parcial jurídicamente permite la reforma general (no total) de la Constitución, en la práctica resulta imposible por las razones que se señalaron en el artículo.

3. La Asamblea Constituyente es un órgano del Estado, sometido a límites, regulado en la Constitución y con una finalidad determinada: "la reforma general de la Constitución".

4. La Asamblea Constituyente es un poder derivado y su producción también lo es. En consecuencia, continúa el ordenamiento constitucional y sólo puede reformarlo, parcial o en general, nunca totalmente.

5. La circunstancia de que, por el trámite de reformas parciales difícilmente se logre la reestructuración del Estado, y que, además, no resulta viable la Convocatoria a una Asamblea Constituyente, plantea la necesidad de buscar nuevos caminos jurídicos para realizar las reformas constitucionales necesarias para reestructurar el Estado.

6. No existe una normativa constitucional que consagre el control del Poder Constituyente. La experiencia francesa mencionada, unida a la alemana que ha declarado inconstitucionales algunas reformas constitucionales, anuncian que el Estado de Derecho ha de evolucionar de tal modo que controle el Poder Constituyente derivado, como órgano del Estado. Así, no existirá poder que escape al control; poderes ilimitados... no armonizan con el Estado de Derecho.

LAS CAUSAS DE LA DESCODIFICACION DEL DERECHO CIVIL

(Derecho Romano, Edad Media y Moderna)

Prof. Carlos Manavella C.

Profesor en la Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

SUMARIO.

1. Las causas sociales, políticas y económicas.
2. El Derecho Civil como concepto históricamente condicionado.
3. Las pretensiones de completividad, hegemonía y tradicionalidad del ius civile.
4. El Derecho Romano.
5. La Edad Media.
6. La Edad Moderna.
7. El racionalismo: estatalismo y codificación.
8. La historia se repite.

1. Frecuentemente, hemos visto utilizar términos como descodificación, desmembración, desintegración, legislación especial, entre otros, para designar a distintos fenómenos que inciden o afectan la codificación. Dichos vocablos son manejados, aún por los hombres de Derecho, con suma imprecisión y, a veces, con total carencia de significado técnico.

Esa misma multiplicidad de designaciones merecería, de por sí, un análisis propio, en el intento de alcanzar, en la medida de lo posible, los significados más precisos para cada uno de estos acontecimientos relacionados a las vicisitudes de la cuestión codificatoria.

Tentados estuvimos por momentos de utilizar esta oportunidad para encarar este importante problema terminológico. Pero conscientes de que, detrás de él, nos encontraríamos ante un problema que presentaría todas las dificultades de las cuestiones semióticas (sobre todo que, compartiendo la concepción moderna del lenguaje que entiende que las palabras son fundamentalmente símbolos utilizables para representar la realidad y, como tales, resultado de convenciones o acuerdos entre los hombres que, en un momento determinado resuelven llamar de tal o cual modo a tal o cual fenómeno), es que pensamos que dicha cuestión podría ser temporalmente relegada, para dar paso a otro tipo de análisis más interesante y significativo.

Creemos que la cuestión verdaderamente importante es la de la explicación de las causas que han dado origen a todos estos fenómenos.

Estamos sinceramente convencidos que los fenómenos jurídicos no pueden ser explicados por sí mismos sin atender a las distintas causas que los han generado. Lo que sucede en la superestructura jurídica de una determinada sociedad sólo puede ser seriamente analizado partiendo de los condicionantes históricos que lo han producido.

Nuestra tesis consiste en que, siendo el Derecho, las instituciones y las ideologías jurídicas un reflejo de los intereses socialmente hegemónicos, todo fenómeno jurídico y, en este caso, el que estudiamos, sólo puede ser profundamente entendido penetrando en sus causas sociales, políticas y económicas.

Quizá pocos temas como éste resulten tan interesantes para demostrar como influyen los distintos intereses sociales en la formación y desarrollo de los fenómenos jurídicos.

2. Los llamados, provisoriamente, fenómenos de desintegración, desmembración, descodificación, etc. . . , son todos acontecimientos que de una u otra manera afectan a una determinada rama del Derecho y, eventual-

mente, a un previo texto codificado, implicando también, de una rama u otra manera, distintas formas de "vaciamiento" de los mismos. Son todos fenómenos que, en el fondo, modifican o transforman la completividad original de una rama o codificación determinada.

En esta ocasión, el interés se centra en el Derecho Civil, determinándonos un marco discursivo bastante preciso.

Advertidos estamos que las mutaciones sufridas en otras áreas del Derecho, podrían plantear problemáticas diferentes a las del Derecho Civil, pues éste tiene la particularidad de ser más que una rama, el tronco del cual, históricamente, se han desprendido varios sectores del ordenamiento y, por ende, el que más ha sufrido desgajamientos.

Recordemos aquí, aunque sobre el tema volveremos más adelante, que los vocablos *ius civile* sirvieron primigeniamente —en el Derecho Romano— para designar a la totalidad normativa que regía la vida antigua y que, en el transcurso del tiempo, fue tomando sentidos más restringidos, en la medida en que iban naciendo, a partir de sus propias reflexiones, otras materias más específicas.

De tal modo, y esto es lo importante, el mismo concepto de "Derecho Civil" ha ido tomando diversos sentidos a través de las distintas etapas históricas y, en este proceso, han incidido notoriamente los fenómenos de desmembración, los que, a su vez, han respondido a motivaciones no sólo jurídicas, sino también a causas sociales, políticas o económicas.

Lo que puede interesar al jurista de hoy es saber qué significa en este momento: "Derecho Civil", pues recién a partir de la fijación de esa premisa es que puede empezar a hablarse de los diferentes problemas que lo afectan.

Esto implica que al hablar de estos diversos significados de las palabras debemos referirnos, como dicen los lingüistas, tanto a su denotación o extensión —es decir, a la clase de cosas o hechos alcanzados con las palabras—, como a su connotación, designación o intención —es decir, al conjunto de características o propiedades que deben presentar las cosas o hechos para poder ser incluidos en la clase denotada—.

En este caso, cuando nos preguntamos qué se quiere decir con la expresión "Derecho Civil", hemos de interrogarnos acerca de dos cuestiones. Primera, cómo se describe —con palabras, por supuesto— el contenido mínimo del "Derecho Civil"; cómo se delimita la materia civil, lo que nos lleva, en última instancia, a indagarnos acerca de la posibilidad real de fijar límites y a cuestionarnos sobre la conveniencia o utilidad de tomar un sector del ordenamiento, separarlo y diferenciarlo de otros. Segunda, qué materias merecen ser consideradas como de "Derecho Civil" y, en sentido contrario, qué materias no lo merecen; lo que nos conduce a conclusiones análogas a las del primer interrogante.

Así entendemos, como bien lo han señalado varios autores, que lo que hoy denominamos "Derecho Civil", no es otra cosa que una manera o forma, históricamente condicionada, de designar una porción del sistema jurídico, estableciendo criterios lógico-formales para su delimitación y separación de otros sectores del ordenamiento.

Y cuando decimos, históricamente condicionada, queremos decir que lo que hoy entendemos por Derecho Civil surge como resultado de un largo proceso, donde han jugado y juegan los más diferentes intereses sociales, políticos y económicos.

Con el propósito de ratificar lo afirmado anteriormente es que haremos un breve recorrido histórico para observar esos diversos significados que ha ido tomando la expresión en sucesivas épocas, intentando a su vez dar una explicación de los motivos que los han producido.

3. Sabemos que en el Derecho Romano los vocablos tomaban básicamente dos acepciones. Una en la que la noción de *ius civile* se utiliza en oposición a la de *ius gentium*. Así *ius civile* es derecho propio de los romanos, ya que cada pueblo crea para sí su propio derecho; es el derecho propio de la ciudad. Por el contrario, *ius gentium* es el derecho común a todos los pueblos —según el pasaje de Instituciones 1.2.2.— o, el derecho elaborado en el mundo romano para regir las relaciones entre romanos y extranjeros. Otra distinta es aquella acepción que contrapone *ius civile* a *ius praetorium* o *ius honorarium*, tal como aparece en otro texto clásico (D.1.1.7.1.).

La expresión *ius civile* servía originalmente para designar al Derecho de la *civitas*, el Derecho de los ciudadanos, es decir, el Derecho de quienes, en la primitiva organización socio-política romana, reunían los requisitos del *status civitatis*.

Mientras la pequeña ciudad estuvo formada casi exclusivamente por sus miembros fundadores, la pertenencia gentilicia o tribal determinaba la calidad ciudadana. De tal modo que con los términos *ius civile* se buscaba comprender, por un lado, toda una amplia gama de materias que excelen considerablemente, inclusive a las que hoy entendemos como de Derecho Privado, ya que albergaba en su seno instituciones que hoy consideraríamos, sin duda alguna, como de Derecho Público; por otro lado, comprende el Derecho tradicional, el Derecho de los fundadores, el Derecho de los *quirites* y, por lo tanto, el Derecho que representa los intereses de los grupos socialmente hegemónicos.

Las *mores majorum*, concebidas como prácticas morales, religiosas, sociales, de comprobada conveniencia, originadas en el mismo acto fundacional de la ciudad y patrocinadas, en última instancia, por los dioses resultan la expresión más acabada de un Derecho patricio.

Se trata de las costumbres de los mayores, de los ciudadanos patricios; se trata de un Derecho consuetudinario en manos de los Pontífices —funcionarios también patricios— que comenzó a resentirse cuando las nuevas clases sociales hacen su aparición, organizándose para exigir su participación en la vida citadina.

Pero, a nuestro juicio, han quedado de esta primigenia concepción del *ius civile* tres notas importantes cuyo señalamiento nos será de suma utilidad en el presente análisis. Una es la nota que llamaremos de *completividad*, entendiendo por tal el hecho de que la expresión intenta designar una totalidad normativa, manifestando una vocación omnicomprensiva de distintas materias. Otra es la nota que llamaremos de *hegemonía*, en la medida que se designa la pretensión del *ius civile* de funcionar como Derecho central, troncal, principal, en torno al cual rigen las demás cuestiones jurídicas. Y la tercera nota que llamaremos de *tradicionalidad*, busca ilustrar el hecho de que el *ius civile* aparece, desde su origen mismo, como un Derecho permanente, con pretensiones de conservación a través del tiempo, en fin, como un Derecho tradicional.

Observaremos que, no obstante las sucesivas desmembraciones sufridas a lo largo del tiempo, el Derecho Civil sigue presentándose aún hoy, con las antiguas pretensiones de *completividad*, *hegemonía* y *tradicionalidad*.

Observaremos también que las fuerzas sociales políticas y económicas que tienden a su desintegración apuntan a minar su completividad y hegemonía y a cuestionar su sentido conservador y tradicional.

4. Continuando el análisis histórico romano, advertimos que en el proceso de expansión que se origina a partir del siglo III a. C., comienza a ponerse en entredicho el concepto totalizador del *ius civile*.

Por un lado, la conquista y unificación de Italia, junto a otros fenómenos no menos importantes —acuñación de la moneda desde el siglo IV a. C., por ejemplo— trajo consigo un extraordinario estímulo para el comercio entre las distintas regiones de la península, a la vez que severas transformaciones en la organización social y económica romana que incidieron decisivamente en los esquemas jurídicos.

Así, las reglas creadas por el *ius civile* tradicional para una economía fundamentalmente agraria no se adecuaban ya a los intereses de los nuevos grupos sociales en ascenso, es decir, no se adecuaban a los intereses de los grandes comerciantes y terratenientes cuya riqueza iba aumentando a expensas de los pequeños campesinos y artesanos.

Para atender a estos nuevos intereses se creó una nueva magistratura republicana, la de los pretores, en el año 367 a. C., investidos de una serie de facultades que les permitían ir adecuando —*aequitas*— el viejo *ius civile* a las nuevas exigencias históricas.

En realidad para un romano hablar de *ius* es hablar de *ius civile*, de allí que todo razonamiento encuentre como límite en su accionar la línea lógica de desenvolvimiento del mismo. De él se deducen y derivan las nuevas soluciones. Pero llega el momento en que, por condiciones propias del desarrollo social, el Derecho no puede seguir evolucionando por la simple vía de la interpretación ni por el desenvolvimiento lógico de los principios tradicionales. Llega el momento en que toda la habilidad o arte de los juristas no resulta suficiente para adecuar el Derecho a una nueva realidad.

De allí que resulta necesario un acto de impisición que produzca una nueva regulación jurídica, y este acto sólo puede provenir de alguien que esté revestido de *imperium*. Esto fue precisamente lo que sucedió en Roma cuando el viejo Derecho quirritario ya no respondía adecuadamente a las nuevas situaciones planteadas como consecuencia de la expansión. Los romanos advierten la necesidad de crear un órgano capaz de establecer los nuevos principios que la evolución de la vida social requiere. Y allí nace el pretor que, como funcionario con facultades de *imperium*, puede coaccionar a los ciudadanos al cumplimiento de nuevas normas.

El pretor tiene como misión actuar el *ius*, pero sólo cuando lo encuentra conforme al *bonum et aequum*, es decir cuando lo encuentre adecuado a la nueva realidad. Pero si las normas del *ius civile* no resultan ya adecuadas, el magistrado mediante una resolución las priva de vigencia. Teóricamente las priva de vigencia. Teóricamente el pretor no puede ir ni más allá ni contra el sistema, pero sí puede dar órdenes a los particulares. Por lo tanto, si bien en lo formal el *ius civile* queda intacto, en la práctica es claramente superado como consecuencia de los procedimientos y medios que aplica el pretor a fin de dar solución a los nuevos problemas sociales.

Así, frente al *ius civile* aparece, y a partir de sus propios razonamientos, un nuevo sector de juridicidad: el *ius honorarium* o derecho pretoriano quien le cuestiona su completividad y hegemonía y, a la vez le respeta su tradicionalidad.

Aquí tenemos lo que podríamos considerar el primer desmembramiento del *ius civile*. A partir de ese momento ya no habrá un orden unitario, sino dos sectores diferenciados del ordenamiento que en su aplicación se excluyen mutuamente. El *ius civile* rige en la medida que sus instituciones, ante un caso concreto, son capaces de resolverlo sin iniquidades; el Derecho pretoriano rige en la medida que un precepto del derecho civil ha perdido vigencia.

Por otro lado, la conquista y colonización, en los siglos III y II a. C., generó un novedoso sistema jurídico en el que pudieran participar los extranjeros: el *ius gentium*.

El viejo *ius civile* no responde ya tampoco a las exigencias que plantea la presencia de los peregrinos. Por esa razón fue necesario crear una nueva magistratura, la del pretor peregrino, quien a partir del año 242 a. C.,

se encargará de atender fundamentalmente las relaciones comerciales que se acrecientan luego de la victoria primera sobre Cartago.

Esta innovación tuvo consecuencias inestimables que repercutieron sensiblemente sobre la práctica del Derecho y contribuyeron a forzar los marcos demasiados y formales del sistema tradicional.

La designación de un pretor peregrino para supervisar los conflictos que involucraban a los no romanos mediante la aplicación del *ius gentium* no era una idea del todo fantástica. Entre los años 280 a. C. y la destrucción de Cartago, Roma había conquistado bélicamente la mayoría de los países que rodeaban el Mediterráneo.

La economía agrícola de base aldeana se vio rápidamente reemplazada por una nueva estamentación social propia del naciente Imperio, donde las funciones dominantes eran la de los comerciantes banqueros, mercaderes, terratenientes y militares que buscaban la protección de sus intereses. La mano de obra sobre la que se mantenía el sistema económico era esclava o semilibre y había sido reclutada durante la guerra. En la protección de esos intereses el Estado romano puso en vigencia un Derecho fundamentalmente comercial, que permitiera un desarrollo más fluido de las transacciones sobre la base de la libertad de contratación.

Cuando Gayo definía al *ius gentium* como "aquél que la razón natural establece para todos los pueblos" probablemente no quería reflejar una idea tan presuntuosa como filosóficamente pudiera leerse, sino, simplemente, hacer una referencia a aquellas prácticas que venían siendo utilizadas por diversos pueblos desde hacía ya mucho tiempo y que los grupos económicamente hegemónicos y los legisladores creían útiles de adoptar.

El Derecho Romano —*ius civile*— se confrontaba por vez primera con el de otros pueblos conquistados o aliados. Un número cada vez mayor de hombres de todos los orígenes aspiraban a beneficiarse con aquel Derecho que parecía más sólidamente garantizado —por el poderío mismo de Roma— que sus propios derechos locales. Esto daba a las leyes romanas cierta pretensión de universalidad. La misma noción de Derecho trataba de ser sustituida por la de equidad y, en este nombre, los pretores y sus consejeros jurisconsultos se ingeniaron para adaptar las antiguas reglas, transformándolas en soluciones aceptables y aplicables para todos. El *ius gentium* revela así la "dialéctica de intercambio" entre Roma y el mundo.

La creación del pretor y del *ius gentium* responde a las necesidades de los grupos sociales en ascenso que, carentes de poder para barrer con las instituciones antiguas, se las ingenian para crear otras nuevas junto a aquellas, que respondan más a sus propios intereses.

El antiguo *ius civile*, pensado para servir a un sistema anterior y diferente de relaciones sociales, se va vaciando aceleradamente del contenido que en otros tiempos tuvo.

En conclusión, la experiencia romana demuestra que la desmembración sufrida por el *ius civile*, tanto ante el *ius honorarium* como ante el *ius*

gentium, se debe fundamentalmente al hecho de que nuevos grupos sociales en ascenso exigieron nuevas formas jurídicas acordes con sus intereses y que, ante la incapacidad real de transformar totalmente la estructura socio-económica o de volcarla totalmente en su beneficio, prefirieron optar por mantener por un lado el *ius civile* tradicional y, a su vez, desgajar del mismo otros órdenes normativos nuevos.

5. Dando un gran salto histórico, la caída del Imperio Romano de Occidente, en el siglo V de nuestra era, significa la ruptura de la unidad política europea y el paso a una nueva realidad jurídica, conformada entonces por un derecho consuetudinario local; aunque, el Derecho Romano erudito en el lenguaje de Savigny se haya mantenido entre los muros de las abadías y conventos religiosos.

Aunque en Oriente, un siglo después, el Derecho Romano fue compilado en el Corpus Iuris Civilis, pareciera ser que esta obra no influyó directamente en Occidente hasta llegado el siglo XI.

En realidad, el Derecho Romano supervive en Occidente durante los primeros cinco siglos de la Edad Media, fundamentalmente, a través de las costumbres, por un lado, y de las prácticas docentes de la Iglesia, por el otro.

El sistema aplicable por los tribunales feudales se asentaba sobre dos principios a veces contradictorios: uno, el de personalidad de la ley y, otro, el de Derecho consuetudinario local. El primero surgió por la necesidad, tenida ya desde las últimas épocas del Imperio, de hacer coexistir sobre un mismo espacio físico las prácticas derivadas de las antiguas leyes romanas y las nuevas costumbres de los conquistadores. Pero el principio no podía subsistir por mucho tiempo, sino que fue dando paso a la aplicación uniforme para todas las personas ubicadas en un mismo territorio. La eliminación del sistema de personalidad de la ley, ocurrida durante el siglo XI, dejó a Europa Occidental bajo un verdadero mosaico de costumbres locales.

Por otra parte, la iglesia fue ganando con versos y extendiendo su poder temporal. Las bibliotecas y monasterios de la Iglesia eran centros de estudio y enseñanza de los textos jurídicos romanos, de modo que, una corriente, aunque débil, de análisis doctrinarios atraviesa los años más oscuros de la Edad Media.

La Iglesia comienza a ser una fuerza omnipresente en el desarrollo político, económico y jurídico de Europa.

La culminación del proceso de centralización y autoridad temporal de la Iglesia, se dio durante las Cruzadas. Al mismo tiempo que los excedentes económicos se canalizaban en beneficio de los estudios jurídicos de las Universidades.

Sucedido el llamado fenómeno de renacimiento de los estudios de Derecho Romano en las Universidades, a partir del siglo XI, se comienza

a identificar el concepto de Derecho Civil con el de Derecho Romano, tan es así que la compilación justiniana pasará a conocerse con el nombre de *Corpus Iuris Civilis* por oposición al *Corpus Iuris Canonici*. Pero, en la medida en que a glosadores y post-glosadores dejó de interesarles los pasajes compilatorios referentes al Derecho Público, es que comienza a circunscribirse y a identificarse el concepto de Derecho Civil con el de Derecho Privado.

Pero este mismo concepto de Derecho Civil, cimo sinónimo de Derecho Privado Romano, sufrirá dos nuevas desmembraciones: por un lado, la del Derecho Canónico y, por otro la del Derecho Mercantil.

En efecto, al mismo tiempo que la Escuela de Bolonia comienza a trabajar sobre los textos redescubiertos, los eruditos del derecho interno de la Iglesia recopilan leyes, decretos, dictámenes y sentencias de la autoridad eclesiástica. Así, el Derecho de la Iglesia invoca una jurisdicción tan extensa como los intereses mismos de la Iglesia. Los tribunales eclesiásticos aspiran a conocer en todos los principios en que estuviera en juego "el bienestar de las almas" e inclusive apremian a los tribunales seculares a que apliquen ciertas reglas del Derecho Canónico. Las contiendas de competencia entre tribunales seculares y canónicos constituyen un problema constante entre los siglos XI y XVI. Alrededor del año 1140, Graciano publica su *Concordantia discordantium canonum*, procurando sistematizar y racionalizar la legislación eclesiástica. Este material constituyó la primera sección del *Corpus Iuris Canonici* de 1528, que hasta el siglo XI continuó siendo la base legislativa de la Iglesia. A partir de este momento comienza el desarrollo considerable de su Derecho.

Pero la Iglesia, al mismo tiempo que recuperaba los antiguos textos romanos, se encontró muy pronto puesta en aprieto por las interpretaciones que del Derecho Romano hacían los hábiles abogados civilistas, al servicio de los mercaderes y del Estado secular. Por esas razones había que declarar la primacía de los textos y las interpretaciones canónicas sobre las de Derecho Civil, hasta llegar incluso a la prohibición del estudio de éste a los monges en el año 1180 y a los sacerdotes en el año 1219; en 1234, Enrique III ordenó a los alguaciles de Londres clausurar las escuelas de Derecho Civil.

Lo cierto es que, el Derecho Civil, entendido como Derecho Privado Romano, no respondía a los intereses temporales de la Iglesia, quién, entonces buscó la construcción de un nuevo ordenamiento, siempre a partir de aquel. Una vez más el Derecho Civil sufre una nueva desmembración ante el avance de nuevos grupos sociales que cuestionan su completividad y hegemonía, exigiendo soluciones diversas a las tradicionales.

También hubo un considerable cambio en la sociedad europea, a partir del siglo XI. Las Cruzadas abrieron nuevas y pujantes rutas al comercio Occidental. Los italianos desplazaron a árabes y bizantinos como primeros navegantes del Mediterráneo Oriental. Italia se convirtió en el nexo obli-

gado, almacenes de depósitos de bienes llevados y traídos, bancos para mercaderes, señores y príncipes, sistemas de intercambios y distribución de bienes, etc.

De allí que serán los mismos Comentaristas quienes, atendiendo a la evolución social y económica europea, comienzan a tratar nuevos problemas, desconocidos en la antigüedad. Aunque apoyados en los textos romanos, buscan realizar nuevas construcciones jurídicas que los van alejando de las tradicionales soluciones justinianas. Así modifican y buscan condicionar el Derecho Romano Privado a las nuevas exigencias de los comerciantes.

En este ambiente aparecen una serie de temas novedosos: empresas mercantiles, letra de cambio, comercio marítimo, etc., que exigen tratamiento autónomo, diferente a la reflexión que exigían los temas antiguos. Y, así, la segregación del Derecho Comercial vuelve a relucir la esfera del *ius civile*.

Observamos en el análisis del período medieval, datos y fenómenos que confirman nuestra hipótesis de que las sucesivas desmembraciones sufridas por el *ius civile* responden simplemente al hecho de que nuevos grupos sociales en ascenso comienzan a exigir nuevas soluciones no contempladas en el Derecho Civil tradicional, cuestionando su completividad y hegemonía.

6. En la Edad Moderna se producen dos fenómenos de interés para la cuestión que analizamos.

Uno, es la aparición del Estado absoluto que en su afán de concentración de poder dentro de un territorio determinado, busca en la técnica legislativa un instrumento eficaz que le permita romper la dispersión del derecho consuetudinario —fuente indiscutible del control de conductas por parte de los feudales locales—. Es necesario elaborar un Derecho Nacional que sea expresión genuina de la voluntad soberana. Las Ordenanzas de Montalvo (1484) y la Nueva Recopilación (1567) en Castilla, las Ordenanzas de Colbert y D'Agessau, en Francia, son claros ejemplos de este fenómeno.

Este nuevo concepto de Derecho nacional debilita considerablemente la noción de Derecho Civil como Derecho Privado romano. Lo importante ahora es el Derecho nacional; aunque se continúe, durante los siglos XVI y XVII hablando de Derecho Civil como sinónimo de Derecho Privado romano, sólo se hace para contraponerlos y para subrayar la supremacía de aquél. Pero, paradójicamente, al intensificar la importancia del Derecho Nacional, indirectamente se ha logrado, a través de la legislación, la nacionalización del Derecho Civil. Este será, a partir de ese momento, el Derecho Privado propio de cada Estado y ya no más el Derecho Romano.

El otro fenómeno de interés, está constituido por la definitiva separación de la teoría política —lo que podríamos llamar convencionalmente

Derecho Público—; la continuidad en la evolución autónoma del Derecho Mercantil; el desligamiento del Derecho Penal —siglo XVI— al construirse una nueva concepción de la responsabilidad distinta a la civil, y la separación de la materia procesal, al perder todo interés el estudio del procedimiento romano.

En resumen: en la Edad Moderna, Derecho Civil es sinónimo de Derecho nacional privado, aunque éste, a su vez, ha sufrido nuevas deserciones.

Da cualquier manera la materialización definitiva del Derecho Civil como derecho nacional privado se va a producir con el advenimiento de las ideas racionalistas y con una de sus conquistas más significativas: la codificación.

7. La Escuela del Derecho natural racionalista significa un momento decisivo en el proceso que estudiamos y esta afirmación viene avalada por dos aportes sumamente importantes en la evolución del discurso político jurídico.

En primer lugar: el *estatalismo*. A partir del planteamiento expuesto en el capítulo XXVI de la segunda parte del Leviathan de Hobbes, el Derecho sólo puede ser producto del soberano.

La idea tan difundida en el mundo contemporáneo de que el Derecho es un producto estatal, no lo era tanto en las concepciones anteriores al racionalismo. Si se examinan detenidamente los Derechos antiguos y medievales, se podrá observar que prevalecían en ellas los modos de producción espontáneos del derecho consuetudinario. Inclusive, no son del todo ajenas las ideas de que el Derecho no debe emanar de la autoridad social, como puede leerse en algunos autores de la Patrística.

Por eso, la afirmación de que el soberano tiene el poder de dictar el Derecho, y reformarlo, viene a constituirse en la justificación y legitimación para que el legislador asuma la tarea de transformar las bases sobre la que se asienta la organización social.

El Derecho no puede ser otra cosa que una creación libérrima del Estado —aunque se postulen algunos límites en el derecho natural de contenido racional.

En segundo lugar: la *codificación*; considerado el componente básico de la experiencia jurídica contemporánea en los países de tradición continental europea.

La codificación constituye la técnica que permitirá hacer posible la cristalización de las ideas largamente acariciadas por el racionalismo.

Además de permitir condensar en un material único el derecho teórico y práctico, acumulado durante siglos en las Universidades y en la tradición romanista, la codificación constituye el intento más completo de

terminar con los arcaísmos que supervivían, de acabar con la fragmentación de los derechos positivos anteriores y su multiplicidad de costumbres y, fundamentalmente, de gestar un instrumento de concentración del poder estatal, a través de un mecanismo idóneo que sirviera para fijar, defender y garantizar el conjunto de ideas básicas que la burguesía en ascenso elaboraba en el plano político y económico, de acuerdo a sus propios intereses.

Es indudable que una de las funciones que se le asignó siempre a la técnica codificatoria fue la de mantener inalterado las fórmulas normativas por ella estatuidas, con la pretensión de que constituyesen una disciplina omnicomprensiva y exhaustiva, inclusive tratando, o de prohibir lisa y llanamente la interpretación, o de limitarla y reducirla a una servil interpretación literal.

Baste recordar las disposiciones restrictivas de Constantino —C.1.14.1—, o de Justiniano —Const. Deo auctore 12; Const. Tanta 21—. Similares disposiciones se encuentran en el Derecho territorial prusiano —muy bien estudiadas por Koschaker— y en las codificaciones italianas de los siglos XVIII y XIX —analizadas por Maronguín— o, más recientemente, en el art. 65 de las Leyes Fundamentales de 1932 que vinculaban a los tribunales a una interpretación literal —según datos de Betti—.

Pero el más alto intento de petrificación de las soluciones legales sucede en la Francia de comienzos del siglo XIX. El célebre discurso de Portalis sobre los trabajos de preparación del Código, que luego se convirtió con la venia del propio Napoleón en la historia oficial del mismo, es una muestra clara de dichas intenciones.

Pero, como bien lo ha señalado Betti, constituye una ilusión pensar que la disciplina codificada no pueda presentar lagunas temáticas o que de por sí agote el Derecho vivo y vigente sobre una materia determinada, como también creer que es posible inmovilizar las fórmulas normativas y paralizar a través de la coacción formal la dinámica propia de las transformaciones legales.

De allí que la historia se repite, ya que al poco tiempo de producirse la labor codificatoria, comenzaron a surgir nuevos fracasos de desmembración y los tiempos contemporáneos demostraron tanto en Europa como en América Latina, que el proceso descodificador se aceleraba al mismo tiempo que las complejidades sociales volvían a exigir textos legales autónomos.

El desmembramiento del Derecho Civil producido con posterioridad a la Codificación moderna es ampliamente conocido. Derecho laboral, Derecho Agrario, leyes especiales, ec. son sólo un ejemplo de la continuidad hasta nuestros días del fenómeno analizado.

Hemos considerado las primeras etapas de la historia de nuestro sistema jurídico con la intención de ilustrar las causas que lo han producido, y así podríamos proseguir hasta redundar en explicaciones similares; baste con analizar ciertas fases del desarrollo de las instituciones jurídicas para poder sacar conclusiones similares para el tiempo presente.

ALGUNOS ASPECTOS SOBRE LAS GARANTIAS JURIDICAS INTERNACIONALES PARA LAS INVERSIONES EXTRANJERAS CON REFERENCIA ESPECIAL AL ESTADO DE COSTA RICA

Dr. Hugo Soto Córdoba

Profesor Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

El primer aspecto que se debe considerar en el estudio de las garantías jurídicas internacionales para las inversiones extranjeras es el concepto de inversión extranjera. Según el artículo 1 de la Ley de Inversión Extranjera, se entiende por inversión extranjera toda inversión que implique la transferencia de divisas o de bienes de origen extranjero al territorio nacional, para la explotación económica del país y que implique la adquisición de bienes raíces o de derechos de explotación de bienes raíces, o de acciones o participaciones en sociedades o empresas que tengan su domicilio en el territorio nacional.

Según el artículo 2 de la Ley de Inversión Extranjera, se entiende por inversión extranjera directa toda inversión que implique la adquisición de acciones o participaciones en sociedades o empresas que tengan su domicilio en el territorio nacional, o de bienes raíces o de derechos de explotación de bienes raíces, o de acciones o participaciones en sociedades o empresas que tengan su domicilio en el territorio nacional, o de acciones o participaciones en sociedades o empresas que tengan su domicilio en el territorio nacional.

Según el artículo 3 de la Ley de Inversión Extranjera, se entiende por inversión extranjera indirecta toda inversión que implique la adquisición de acciones o participaciones en sociedades o empresas que tengan su domicilio en el territorio nacional, o de bienes raíces o de derechos de explotación de bienes raíces, o de acciones o participaciones en sociedades o empresas que tengan su domicilio en el territorio nacional.

Según el artículo 4 de la Ley de Inversión Extranjera, se entiende por inversión extranjera mixta toda inversión que implique la adquisición de acciones o participaciones en sociedades o empresas que tengan su domicilio en el territorio nacional, o de bienes raíces o de derechos de explotación de bienes raíces, o de acciones o participaciones en sociedades o empresas que tengan su domicilio en el territorio nacional.

Según el artículo 5 de la Ley de Inversión Extranjera, se entiende por inversión extranjera controlada toda inversión que implique la adquisición de acciones o participaciones en sociedades o empresas que tengan su domicilio en el territorio nacional, o de bienes raíces o de derechos de explotación de bienes raíces, o de acciones o participaciones en sociedades o empresas que tengan su domicilio en el territorio nacional.

Según el artículo 6 de la Ley de Inversión Extranjera, se entiende por inversión extranjera controlada toda inversión que implique la adquisición de acciones o participaciones en sociedades o empresas que tengan su domicilio en el territorio nacional, o de bienes raíces o de derechos de explotación de bienes raíces, o de acciones o participaciones en sociedades o empresas que tengan su domicilio en el territorio nacional.

Según el artículo 7 de la Ley de Inversión Extranjera, se entiende por inversión extranjera controlada toda inversión que implique la adquisición de acciones o participaciones en sociedades o empresas que tengan su domicilio en el territorio nacional, o de bienes raíces o de derechos de explotación de bienes raíces, o de acciones o participaciones en sociedades o empresas que tengan su domicilio en el territorio nacional.

Según el artículo 8 de la Ley de Inversión Extranjera, se entiende por inversión extranjera controlada toda inversión que implique la adquisición de acciones o participaciones en sociedades o empresas que tengan su domicilio en el territorio nacional, o de bienes raíces o de derechos de explotación de bienes raíces, o de acciones o participaciones en sociedades o empresas que tengan su domicilio en el territorio nacional.

Según el artículo 9 de la Ley de Inversión Extranjera, se entiende por inversión extranjera controlada toda inversión que implique la adquisición de acciones o participaciones en sociedades o empresas que tengan su domicilio en el territorio nacional, o de bienes raíces o de derechos de explotación de bienes raíces, o de acciones o participaciones en sociedades o empresas que tengan su domicilio en el territorio nacional.

Según el artículo 10 de la Ley de Inversión Extranjera, se entiende por inversión extranjera controlada toda inversión que implique la adquisición de acciones o participaciones en sociedades o empresas que tengan su domicilio en el territorio nacional, o de bienes raíces o de derechos de explotación de bienes raíces, o de acciones o participaciones en sociedades o empresas que tengan su domicilio en el territorio nacional.

Según el artículo 11 de la Ley de Inversión Extranjera, se entiende por inversión extranjera controlada toda inversión que implique la adquisición de acciones o participaciones en sociedades o empresas que tengan su domicilio en el territorio nacional, o de bienes raíces o de derechos de explotación de bienes raíces, o de acciones o participaciones en sociedades o empresas que tengan su domicilio en el territorio nacional.

Parece ser importante escribir un ensayo sobre garantías jurídicas internacionales para Inversiones Extranjeras, en una época en la que, sea desde el punto de vista del derecho interno, en el marco del cual se ofrecen garantías nacionales pero que no son objeto del presente trabajo, sea de la política del gobierno se estimulan, con mayor o menor éxito, las inversiones extranjeras. Se hará un análisis desde el ángulo externo, Derecho Internacional Público y también el Privado, para detectar algunos temores y algunos remedios (las garantías), desde el punto de vista jurídico, advirtiendo que éstas se deben completar con otras garantías de tipo social, político y económica, que escapan también al propósito de este ensayo, pero a las cuales me referiré, si bien colateralmente, con el sano propósito de una mejor exposición.

Uno de esos temores consiste en afirmar que no es incentivo para el desarrollo de las inversiones extranjeras las frecuentes nacionalizaciones y expropiaciones de bienes que se dan en los países en vías de desarrollo. Que además estas últimas son violaciones a acuerdos jurídicos precedentes (por ejemplo contratos) sembrando incerteza jurídica ante la ausencia de garantías internacionales jurídicas que protejan esos bienes y en consecuencia las inversiones extranjeras.

Precisando, cabe comentar que hasta hace pocos años era idea corriente que de frente a violaciones de acuerdos jurídicos, era de mérito, sea desde el punto de vista internacional o nacional, un *restitutio in integrum* de la situación violada, obligaciones jurídicas bilaterales, y si materialmente no se podía entonces ocurría una indemnización.⁽¹⁾

También es de anotar que durante la primera parte de este siglo la ola de nacionalizaciones fue una realidad en distantes partes del mundo y no sólo en los países en vías de desarrollo. De Europa a América, de Asia a África.⁽²⁾ No es sólo por un caso que en las primeras décadas del siglo, también Costa Rica participó en este proceso, concluyéndose el mismo a finales de la década de los cuarenta, con la emisión de la Constitución Política de 1949, donde se prescriben los bienes jurídicos que no pueden, sin excepción, salir del dominio del Estado, que literalmente y en lo conducente dice:

- (1) Ver: Eduardo Jiménez de Aréchaga. *El Derecho Internacional Contemporáneo*. Editorial Tecnos, Madrid, págs. 339 y ss.
- (2) Antonio Cassese. *Il Diritto Internazionale nel Mondo Contemporaneo*. Editorial Il Mulino. Bologna, 1984, págs. 359 y ss. También interesante la descripción de nacionalizaciones en materia petrolífera que hace en la primera parte de su libro: Geovanni Kojanec. *Incetimenti all'Estero*. Editorial Cedam. Padova, 1970.

"No podrán salir definitivamente del dominio del Estado: a) Las fuerzas que puedan obtenerse de las aguas del dominio público en el territorio nacional; b) Los yacimientos de carbón, las fuentes y depósitos de petróleo, y cualesquiera otras sustancias hidrocarburadas, así como los depósitos de minerales radioactivos existentes en el territorio nacional; c) Los servicios inalámbricos...".

Anotando adicionalmente los servicios públicos, la soberanía completa y exclusiva del espacio aéreo, aguas territoriales y la jurisdicción especial de extensión 200 millas sobre mares adyacentes.⁽³⁾

Decía proceso concluido, y con esto tranquilizo a quien lo necesite, porque han pasado ya 35 años y la situación se mantiene igual. Tranquilidad también porque el hecho que esos bienes estén nacionalizados no significa que la inversión extranjera no pueda participar en el proceso de producción o comercialización de los mismos. Lo cierto del caso es que para empresas productivas de esa envergadura (por ej. exploraciones petroleras) se necesita, y Costa Rica no puede negar sus insuficiencias aparte del hecho de la posible materia prima, disponibilidad de capitales, capacidades técnicas y organizativas, además de la comercialización internacional.⁽⁴⁾ Y si esto no basta, existen dentro del derecho interno los esquemas de derecho público, como lo son los contratos administrativos, régimen de concesiones, etc., que garantizan a los inversionistas y al Estado sus posibles ganancias.⁽⁵⁾ Razonamiento aparte merece la expropiación, que es el mecanismo legal para sustraer legalmente del dominio privado los bienes jurídicos no sujetos al régimen anterior, sean éstos nacionales o de extranjeros por motivo de interés público legalmente comprobado y previa la indemnización.⁽⁶⁾ Cabe anotar, primero, que los gobiernos costarricenses históricamente son cautos

(3) Ver: artículos 6, 121, inciso 14 y 140 inciso 19. *Constitución Política de la República de Costa Rica*. Editorial Imprenta Nacional. San José, 1980. Hago mención de la existencia de algunos monopolios estatales: fabricación de licor no su comercialización, seguros, y monopolio de captación de depósitos, cuenta corriente en Bancos del Estado. De anotar finalmente un notable un notable impulso en los últimos años al desarrollo de la banca privada. La constitución actual restringe durante la creación de nuevos monopolios (art. 46).

(4) Ver: Kojanec, *op. cit.*, pág. 3.

(5) Ver: Constitución Política, *op. cit.*, artículo 129, incisos 14 y 15 y artículo 140, inciso 19. Además que ya perdió actualidad discutir desde el punto de vista internacional si Costa Rica actuó conforme a Derecho al nacionalizar. Lo es así del momento a partir del cual con la aprobación del artículo 2, parágrafo 1, de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, que efectuó declarativo de costumbre ya existente lo es, al efecto: "... Chaque État détient et exerce librement une souveraineté entière et permanente sur toutes ses richesses, ressources naturelles et activités économiques".

(6) Ver: Constitución Política, *op. cit.*, artículo 45.

en el uso de las expropiaciones; nótese por ejemplo, la ausencia en Costa Rica de las llamadas Reformas Agrarias, y segundo, el requisito constitucional de que la indemnización debe ser *previa*, que es una garantía jurídica nacional, cuando como veremos adelante, el Derecho Internacional no exige ese carácter previo.

Cabe ahora preguntarse y responder a la siguiente hipótesis: ¿Qué pasa si inversionistas extranjeros, que en virtud de acuerdos (acuerdos internacionales, contratos privados o administrativos, concesiones, etc.), entiendan como violación a esos acuerdos las eventuales nacionalizaciones o expropiaciones, hechas en ejercicio de los poderes de derecho público por el Estado receptor de la inversión, que puede o no ser parte de esos acuerdos, podrán pretender en vía ordinaria interna o luego por la vía de la Protección Diplomática, una restitutio in integrum por acto ilícito en este último caso de carácter internacional, pretendiendo la reparación (devolución de bienes) y no sólo una indemnización. En la respuesta a esta cuestión se encuentra envuelta una espectacular evolución del Derecho Internacional.

Se inicia por afirmar que hasta las dos primeras décadas de este siglo, según el decreto internacional vigente, la respuesta era en el sentido de que tales nacionalizaciones y expropiaciones de bienes extranjeros era ilegal, y entonces era posible exigir la restitutio in integrum, como si se tratara de un contrato privado, cuyo carácter sinalagmático, dirigía hacia la eliminación de la violación. Nótese como el derecho internacional toma por vía de la analogía esta institución del derecho civil y además del trato distinto propio del Derecho Internacional, cual es la institución de la protección diplomática.⁽⁷⁾

La situación comienza a cambiar a final de la década de los veinte a raíz de diferentes nacionalizaciones y expropiaciones, al punto que la doctrina importante comienza a dividirse, llegándose a afirmar por:

"... gli inglesi Sir John Fisher Williams e J.L. Brierly, l'italiano A. Cavaglieri, il belga. A. Roisin e il francese L. Duguit. Essi sostenevano che, in assenza di obblighi di natura convenzionali, secondo il diritto internazionale generale gli Stati erano liberi di espropriare senza indennizzo... (todo basado en la) ... dottrina della sovranità statale...".⁽⁸⁾

En otras palabras, en ausencia de tratados, no existían normas generales internacionales.⁽⁹⁾

(7) Eduardo Jiménez de Aréchaga, *op. cit.*, pág. 339.

(8) Antonio Cassese, *op. cit.*, p. 365.

(9) Que el asunto no era sólo doctrinal lo demuestran las reclamaciones por ejemplo, entre las potencias de la época y Rusia en 1917, entre Estados Unidos y México 1938, entre otras. Ver: Antonio Cassese, *op. cit.*, págs. 362 y ss.

En todo caso, la práctica internacional, la jurisprudencia arbitral internacional y la jurisprudencia internacional sucesivas vienen a resolver el punto, que es una fractura importante, entre aquellos que piden restitutio y los otros que dicen no deber nada en ausencia de reglas. La solución será y fue que a raíz de las reclamaciones si bien no cabía una restitutio,⁽¹⁰⁾ sí se hacía necesario *indemnizar*.

La indemnización no es entonces el resultado de la violación de un acuerdo, sino el evitar el enriquecimiento injusto de una de las partes en contra de la otra favorecida por la indemnización.

Todavía falta por analizar, a la luz del Derecho Internacional, cómo se debía realizar la indemnización (su modalidad). Entonces vale la pena recordar la pretensión de las naciones industrializadas en el seno de Naciones Unidas, en el sentido de que de frente a las nacionalizaciones y expropiaciones, la indemnización debía ser —justa, pronta y efectiva—, basándose en una regla consuetudinaria, regla que se debe entender derogada al no ser aceptada por una gran mayoría de la comunidad internacional que prefiere referirse a indemnización —apropiada—, falta entonces la opinio juris para la primera, pero en cuanto a la segunda tengo mis reservas porque a pesar de contar con una amplia mayoría, es lo cierto que al no aceptar la regla las naciones industrializadas, el radio de acción de la norma no es lo potente que se desea.⁽¹¹⁾

La anterior problemática no se debe descuidar, porque salvo prueba en contrario, generalmente es de los países industrializados de donde llegan las inversiones extranjeras y pienso debemos seguir con atención los desarrollos que se den en estas materias a nivel de derecho internacional particular (tratados) y no sólo el Derecho Internacional General (costumbre).

Indemnización justa, pronta y efectiva parece significar valor real de la inversión, pago rápido y en valores sólidos, e indemnización apropiada pareciera establecer beneficios también al Estado expropiante, como por ejemplo, sería la no obligación de pagar derecho de llave cuando el inversionista extranjero actuó en régimen de monopolio, al no existir competencia.⁽¹²⁾

Finalmente cabe decir que la Constitución Política de Costa Rica, ofrece una garantía nacional jurídica en ventaja del Derecho Internacional, cual es el hecho de que las expropiaciones merecen una indemnización *previa*. Pareciera una garantía a no despreciar, verdad señores inversionistas.

(10) Idem.

(11) La ocasión referida es la discusión que motivó la aprobación del artículo 2, parágrafo 2, letra c) de la carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, 1974, que dice: "...De nationaliser, d'expropier, ou de transférer la propriété des biens étrangers, auquel cas il devrait verser une indemnité adéquate..."

(12) Ver: Eduardo Jiménez Aréchaga, *op. cit.*, pág. 357.

De esta evolución del Derecho Internacional que va desde la consideración inicial de que la nacionalización y la expropiación son actos ilícitos internacionales a la indemnización por motivo de evitar enriquecimientos injustos, cabe preliminarmente concluir que las nacionalizaciones y las expropiaciones son institutos jurídicos y como tales varían las relaciones jurídicas (orden público) pero en ningún caso las violan. Es evidente que por otras causas, la regla de solicitar la restitutio in integrum, debe encontrar, plena vigencia sea en materia de derecho interno como internacional.

Conclusión: La Garantía Jurídica Internacional existe y se llama indemnización. Que en Costa Rica, aquí el incentivo, el uso de las nacionalizaciones es cosa del pasado y las expropiaciones, que existen por todas partes, se usan en Costa Rica con criterios razonables.

Otra de las ideas corrientes es la que no es incentivo realizar inversiones en los países en vías de desarrollo porque los ordenamientos jurídicos son poco evolucionados, y se dificulta una tutela jurídica que garantice el equilibrio procesal,⁽¹³⁾ además de un derecho de fondo acorde con ese equilibrio,⁽¹⁴⁾ que se logrará con las garantías internacionales. Lo primero que se puede recomendar al operador jurídico y financiero internacional es distinguir entre los países en vías de desarrollo. Hay países que en el ámbito sur-sur, que tienen notables desarrollos jurídicos y creo que Costa Rica es uno de éstos. A veces a un notable desarrollo de lo jurídico no corresponde un igual desarrollo en lo económico.

No es esta la sede de tratar las garantías nacionales, entonces tampoco las características salientes del derecho interno de Costa Rica, admitiendo que la afirmación sobre el estado de evolución del derecho costarricense queda aquí sin demostrar, admitiré yo también que se pueden mejorar nuestras instituciones, por vía de las garantías internacionales, que pueden ser un complemento de aquellas nacionales.

Al concretarse las inversiones extranjeras, el inversionista no se presenta al operador en un único y solo disfraz jurídico. Así se presentará como: persona de derecho privado, física o moral, como ente de derecho público con vocación al extranjero, como Ente Económico Internacional y también como Estado. La parte receptora pueden ser los Estados, los Entes Públicos y los privados y eventualmente también lo pueden ser los Entes Económicos Internacionales. Si a lo anterior, le sumamos la forma que los actos asumen en los negocios entre estos "socios", acuerdos internacionales, contratos, concesiones, etc. lo primero a revelar es que desde el punto

(13) Nótese que en materia de inversiones extranjeras, muchas veces el receptor de la inversión es el mismo Estado; de ahí algunos temores a someter esas relaciones jurídicas a las leyes del Estado receptor y a sus tribunales en consecuencia.

(14) Se ha llegado a hablar de derecho rudimentario. Ver: *Gli Organismi Economici Internazionali nell'Ordinamento Interno degli Stati*, Rivista di Diritto Internazionale, 1958, págs. 548 y s.s.

de vista jurídico un tratamiento unitario de las figuras parece bastante difícil. Se hace necesario utilizar conceptos del Derecho interno y del Derecho Internacional, pero en la pretensión de que la unidad de tratamiento lo darán las nociones Inversión Extranjera y la de Garantía.

No son sujetos del Derecho Internacional las personas físicas (salvo en algunas zonas del mundo en materia de derechos humanos) y morales.⁽¹⁵⁾

Tampoco lo son los entes públicos estatales con vocación extranjera y lo son desde el punto de vista de su creación y estructura, pero no lo son desde el punto de vista de su actividad negocial (operaciones financieras) los entes económicos financieros,⁽¹⁶⁾ que usan el Derecho Interno del lugar donde operan sus "socios", sometiéndose a éste o bien buscando soluciones jurídicas extranacionales (arbitraje comercial por ejemplo), pero sin contar al efecto de "status" de internacionalidad al negociar.⁽¹⁷⁾ Tanto para las multinacionales como para la parte que interesa de los entes económicos internacionales, se les quiere dar el "status" de internacionalidad, por ahora sin suceso, argumentó su producción jurídica propia, por ejemplo en el primer caso de un jus mercatorum.

En cuanto a los Estados no hay duda de que son sujetos del derecho internacional, pero tampoco hay duda en el sentido de que no siempre actúa (el Estado) como sujeto del derecho internacional. Todavía aun tratándose del Estado debe uno preguntarse con quién "negocia" inversiones para lograr una adecuada calificación de la relación jurídica.

Vista la heterogeneidad de los sujetos y de las formas jurídicas de acuerdo, pero teniendo como base el elemento común de las inversiones extranjeras (bienes jurídicos), cabe afirmar que la tendencia histórica⁽¹⁸⁾

(15) Existe una fuerte corriente de opinión y doctrina que pretende dar un "status" de sujeto internacional o de cuasi-internacionalidad a las multinacionales, que por ahora no lo son. Entre los argumentos usados está el poderío económico y el hecho de que producen un nuevo derecho que no es ni internacional y no es nacional, es el jus mercatorum. Nombres de no poca fama, Verdross, Jessup. Ver: Giovanni Kajanec, *op. cit.*, págs. 66 y ss.

(16) De este tipo son: Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, entre otros.

(17) Sobre esta interesante problemática remito a: Angelo Piero Sereni, *op. cit.*, y a Luigi Ferrari Bravo, *Le Operazioni Finanziarie Internazionali*. Anuario di Diritto Internazionale, 1965.

(18) "Negli anni successivi alla nascita della comunità internazionale, le relazioni economiche fra gli Stati erano raramente oggetto di disciplina internazionale. Lo si comprende facilmente se si pensa che sin quasi all'inizio del nostro secolo gli Stati non si sono preoccupati del complesso e variegato mondo della vita economica, ma hanno preferito lasciare gli imprenditori privati liberi di dedicarsi al commercio internazionale e all'attività finanziaria con stranieri..." Antonio Cassese, *op. cit.*, pág. 360.

y la tendencia jurídica,⁽¹⁹⁾ es la de afirmar que la gran mayoría de esas relaciones jurídicas se desarrollan en el marco del Derecho Internacional Privado y no en el Derecho Internacional Público, con el efecto consiguiente que es el uso privilegiado del Derecho Interno, algunas Instituciones del Derecho Internacional (por ejemplo el arbitraje), y el uso del llamado jus mercatorum. Lo anterior lo que quiere significar es una evolución lenta, pero evolución al fin.

Las relaciones jurídicas con elemento de extranjería (inversiones, bienes y sujetos), son un tema típico del derecho internacional privado, entonces y por lo general derecho interno, notamos entonces y entendemos como razonable que los inversionistas quieran protegerse de posibles abusos de los derechos internos, planteando la salida de las garantías jurídicas internacionales para esas inversiones. Lo cierto del caso es que el Derecho Internacional general no se ha ocupado tradicionalmente de este problema, como vimos, y resulta que tradicionalmente también es un resorte del derecho interno, y esto no fue un invento de los países en vías de desarrollo, sino más bien una realidad que ha cubierto todo el mundo interesado en el desarrollo del comercio internacional.

Admitiendo en vía de principio la necesidad de las garantías internacionales, que pueden complementar las nacionales, veamos ahora algunos mecanismos interesantes como lo son:

La Protección Diplomática. Al encontrar ulterior desarrollo las relaciones jurídicas con elemento de extranjería, sea en acuerdos internacionales, contratos privados, contratos administrativos dependiendo de la dirección de la inversión, es lo cierto puede suceder que existan discrepancias, controversias, que el inversionista extranjero deberá someter a conocimiento del juez nacional. Si agotados estos recursos internos considera que la violación persiste puede solicitar a su gobierno la Protección Diplomática.⁽²⁰⁾ Esta garantía internacional es criticada desde varios ángulos: uno es la parte del inversionista que la considera lenta con respecto al valor de los bienes económicos en juego, y por otro lado, la actitud nacida en algunos países en vías de desarrollo que han tendido a eliminarla, con la inclusión ex lege

(19) "... la perfecta protección de las inversiones extranjeras no constituye la meta ni la ratio legis de las leyes del Derecho Internacional General en la materia..." Eduardo Jiménez de Aréchaga, *op. cit.*, p. 346. Más categórico todavía: "... sia la giurisprudenza internazionale sia quella arbitrale privata mettono in rilievo la dipendenza dall'ordinamento interno dei rapporti costituiti tra Gli Stati e gli enti privati stranieri, siano essi di diritto pubblico o privato, e, in quest'ultimo caso, sottolineano la necessità del ricorso alle norme di diritto internazionale privato per la determinazione del diritto applicabile..." Giovanni Kojanec, *op. cit.*, p. 77.

(20) Sobre el estado actual de la Protección Diplomática y el agotamiento de recursos internos, ver: Eduardo Jiménez de Aréchaga, *op. cit.*, págs. 341 y ss.

o ex contractu de la cláusula Calvo.⁽²¹⁾ No resulta en cambio de mi experiencia que Costa Rica no haya respetado esta garantía internacional.

Las cláusulas de Estabilización. Estas se presentan generalmente ex contractu. Así en los contratos de inversiones u otros instrumentos pueden aparecer estas cláusulas que consisten en comprometerse de frente al inversionista extranjero, a no modificar el clausulado del contrato por ejemplo plazos, porcentajes de ganancia, exención de impuestos, sin previo acuerdo de las partes. Proteger el acuerdo por ejemplo de tempestivas expropiaciones. Según el estado del Derecho Internacional cabe afirmar que la violación de la cláusula no garantiza la restitutio in integrum, pero sí da derecho a una adicional y especial compensación.⁽²²⁾ Lo anterior es así porque dependiendo del contenido de la cláusula, por ejemplo impuestos, el Estado no puede renunciar hacia el futuro, en virtud de los intereses generales que protege, de legislar en materia. En todo caso la parte receptora de la inversión debe ser cauta o promover la cautela en este campo.

Los contratos-ley. Figura jurídica criticada en Costa Rica hace algunos años y ligada un poco a la historia de los "contratos bananeros".⁽²³⁾ Motivó en su época una reforma a la constitución costarricense, en específico al artículo 140, inciso 19, cuyo texto actual es:

"... suscribir los contratos administrativos no comprendidos en el inciso 14) del artículo 121 de esta Constitución, a reserva de someterlos a la aprobación de la Asamblea Legislativa cuando estipulen exención de impuestos o tasas, o tengan por objeto la explotación de servicios públicos, recursos o riquezas naturales del Estado. La aprobación legislativa a estos contratos no les dará carácter de leyes ni les eximirá de su régimen jurídico administrativo...".⁽²⁴⁾

El contrato-ley sin duda sirve a que en acuerdos internacionales las diferentes cláusulas de estabilización no sufran variaciones al elevarse estos acuerdos a la categoría de ley interna. A pesar de que se debe entender derogado el régimen en Costa Rica, atención, esto no significa, que los receptores de inversión no puedan ofrecer exenciones fiscales varias, siempre y cuando la asamblea legislativa lo apruebe por ley, no confirmando el contrato tal rango y lógicamente de frente a que en el futuro el tratamiento fiscal puede cambiar.

(21) Sobre la cláusula Calvo ver: Leonel Pereznieta Castro. *Derecho Internacional Privado*, Editorial Harper and Row Latinoamericana. México. Segunda edición, pág. 102. También G. Kojanec, *op. cit.*, págs. 127 y ss.

(22) Ver: Eduardo Jiménez de Aréchaga, *op. cit.*, pág. 365.

(23) Ver: Paul Woodridge. *El contrato-ley*. Editorial Costa Rica.

(24) Constitución Política, *op. cit.*

Mención aparte merece el llamado "crédito público" al estar excluido expresamente de la normativa citada:

"No se aplicará lo dispuesto en este inciso a los empréstitos u otros convenios similares, a que se refiere el inciso 15) del artículo 121, los cuales se regirán por sus normas especiales...".⁽²⁵⁾

El "crédito público" son todos aquellos recursos financieros externos (en el sentido que me interesa) contratados por el Poder Ejecutivo. Estos acuerdos en la actualidad revisten un carácter de acuerdos internacionales, logrados de frente a entes financieros internacionales o entes económicos internacionales, pero desde el punto de vista estrictamente interno, también sujetos a un control aprobatorio de la asamblea legislativa,⁽²⁶⁾ bajo votación de mayoría calificada. Estos acuerdos internacionales, de los cuales luego se derivan otros menores, contienen cláusulas sobre el destino del dinero, cómo usarlo, criterios de elección en materia de contratación de servicios y obras, y logran para el inversionista extranjero el marco del contrato-ley, al estar excluidos expresamente de la normativa restrictiva, no configurándolos como tratados. Aquí tenemos una garantía de uso internacional. Las relaciones jurídicas con elemento de extranjería están sujetas al Derecho Internacional Privado, entonces al Derecho Interno, caracterizado el elemento de extranjería por el tipo de sujeto y el bien jurídico en acción (inversión extranjera). Entonces de frente a posibles controversias es importante revelar el papel del sistema conflictual nacional, que por medio de sus factores de conexión (procedimiento) indicarán el Derecho Interno aplicable, sea nacional o extranjero (fondo), con el límite usual "public policy".

En principio cabe afirmar también, porque lo cobija el derecho internacional privado, que se puede por medio de acto voluntario (autonomía voluntad) desplazar totalmente la jurisdicción interna, en el acuerdo internacional, salvo norma expresa en contrario, afirmando que esto es posible aunque lógicamente no es obligatorio.⁽²⁷⁾ La idea que se introduce ahora es que interesa este desplazamiento (relaciones jurídicas extranacionales), a fin de lograr que no se aplique el derecho nacional del receptor de la inversión (recordar los temores), pero tampoco la aplicación del derecho nacional del inversionista, buscando un tercer derecho no común a las par-

(25) Artículo 140, inciso 19, Constitución Política, *op. cit.* Y artículo 121, inc. 15 del mismo cuerpo legal.

(26) Parece estar incluido sólo el crédito público a este control. La norma en cuestión dice: "...aprobar o improbar empréstitos... celebrados por el Poder Ejecutivo...". *Ibidem*.

(27) El sentido de acuerdo internacional, se usa para indicar la presencia de la inversión extranjera e inversionistas extranjeros que no son sujetos del derecho internacional. De ahí la insistencia en indicar que estos acuerdos no son tratados.

tes.⁽²⁸⁾ Cabe preguntarse todavía cómo se logra jurídicamente este desplazamiento de la relación. En primer lugar revelando el papel de la autonomía de la voluntad y determinando la ausencia de impedimento. En materia de inversiones extranjeras es sin duda donde se estima el valor del contrato o acuerdo, ahí están en inicio las "ventajas" y "desventajas" para las partes. Es en el contrato donde se logra el desplazamiento con cláusulas al efecto, y éstas determinarán ese nuevo equilibrio procesal, ni tu juez ni el mío, y ese nuevo de derecho de fondo aplicable, ni el tuyo ni el mío.

Esta tendencia ha sido detectada en la doctrina,⁽²⁹⁾ pero también de carácter más importante en las propuestas hoy tratados internacionales suscritos entre Estados, propuestas digo del Banco Mundial, cito la "Convention Pour le Règlement Des Différends Relatifs Aux Investissements Entre Etats Et Ressortissants D'Autres Etats", conocida como Convención de Washington de 1965.⁽³⁰⁾ Y para que podamos sentir la ola de cerca que les parece la "Inter-American on International Commercial Arbitration, Convención de Panamá de 1975, la cual ha sido suscrita por gran cantidad de países latinoamericanos (incluido Costa Rica). Esta última promovida en el marco de la O.E.A.

Equilibrio procesal. Como ya dije, el desplazamiento de la relación jurídica con elemento de extranjería, se logra primero con cláusulas en el contrato o acuerdo y aún fuera del mismo, con respecto a la escogencia de la jurisdicción, la tercera jurisdicción.⁽³¹⁾ Se promueve el uso de la institución del arbitraje, aquí llamada arbitraje extranacional. Cabe advertir que el árbitro podría eventualmente ser nacional del Estado receptor de la inversión, pero preferiblemente que no lo sean los tribunales ordinarios. Lo importante es detectar que en materia de inversiones se quiere promover también la figura de un cierto tipo de árbitro, ya no juristas de gran prestigio, políticos, tribunales, sino más bien en el ámbito del comercio internacional, la figura de las cámaras de comercio, o bien de las Comisiones de arbitraje, que al efecto han aprobado como regla interna previamente un procedimiento que es distinto en principio de las reglas procesales ordinarias del Estado en el cual funciona la cámara o la comisión.⁽³²⁾

(28) Geovanni Kojanec, *op. cit.*, pp. 77 y ss. Este autor utiliza para referirse a este fenómeno la expresión "dislocalizzazione del rapporto". Yo uso desplazar o desplazamiento de la relación.

(29) Ver: Luigi Ferrari Bravo, *op. cit.*, pág. 109.

(30) También citar la "Convención Europea sobre Arbitraje Comercial, Convención de Ginebra 1961.

(31) Ver: Art. 1º, Inter-American Convention on International Arbitration, Convención de Panamá 1975.

(32) Ver: Artículo tercero de la Inter-American Convention on International Commercial Arbitration, Convención de Panamá 1975.

Cabe responsablemente preguntarnos, conocemos en Costa Rica el procedimiento de la Inter-American Commercial Arbitration Commission?

El Derecho de Fondo aplicable. Bajo el mismo mecanismo que el anterior, las partes acuerdan por vía del clausulado, el derecho de fondo aplicable, caso de controversia, a la relación jurídica con elemento de extranjería ya desplazada también jurisdiccionalmente. El famoso tercer derecho de fondo puede ser el recurso al Derecho Internacional, a los principios generales de las naciones civiles, el derecho de fondo de un tercer Estado y por qué no, el nuevo *ius mercatorum*. Es evidente el papel primordial del contrato como punto de referencia inicial a ese derecho de fondo.

Falta todavía un último punto a considerar; tenemos el contrato o acuerdo, tenemos el tercer juez, tenemos el tercer derecho de fondo. De todo lo anterior, saldrá como es lógico, una sentencia, una sentencia arbitral extranacional, la pregunta final cómo se logra la ejecución de la misma en territorio nacional? Los Umbrella Treaties (tratados paraguas). La idea es que los Estados se comprometan internacionalmente (tratados), a obedecer y ejecutar estas sentencias arbitrales, con los límites de orden público descritos en los mismos tratados. O sea se obliga a los tribunales nacionales a ejecutar una sentencia extranacional por medio de una obligación a carácter internacional. Ejemplos de estos tratados paraguas son "Convención para el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, Convención de New York, 1958". Y para que no pensemos estar muy alejados del asunto, la convención suscrita por Costa Rica, "Inter-American Convention on Extraterritorial Validity of Foreign Judgements and Arbitral Awards, Convención de Montevideo 1979, o bien el artículo quinto de la ya citada Convención de Panamá 1975.

Concluyendo. El Estado de Costa Rica ofrece sin duda garantías nacionales, aunque esta afirmación aquí no encuentra demostración, pero además ofrece las garantías internacionales unas ya desarrolladas otras están "a la vuelta de la esquina".

Debo y debemos aprender a usarlas responsablemente porque en el fondo está la dialéctica entre el individuo y sus intereses frente a la soberanía nacional.

BIBLIOGRAFÍA

1. *Derecho Internacional Privado*. Leonel Pereznieta Castro. Editorial Harper and Row Latinoamericana. Méjico, Segunda edición, 1980.
2. *El Contrato-Ley*. Paul Woodridge. Editorial Costa Rica. San José.
3. *El Derecho Internacional Contemporáneo*. Eduardo Jiménez de Aréchaga. Editorial Tecnos, Madrid, 1980 .
4. *Il Diritto Internazionale Nel Mondo Contemporaneo*. Antonio Cassese. Editorial Il Mulino. Bologna, 1984.
5. *Investimenti all'Estero*. Giovanni Kojanec. Editorial Cedam. Padova, 1970.
6. *Gli Organismi Economici Internazionali Nell'Ordinamento Interno Degli Stati*. Angelo Piero Sereni. Rivista di Diritto Internazionale. Italia, 1958.
7. *Le Operazione Finanziarie Degli Enti Internazionale. Annuario de Diritto Internazionale*. Luigi Ferrari Bravo. Italia, 1965.

INSTRUMENTOS NORMATIVOS

1. Constitución Política de la República de Costa Rica. 1949.
2. Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados. 1974.
3. Inter-American Convention on International Commercial Arbitration. Convención de Panamá. 1975.
4. Inter-American Convention on Extraterritorial Validity of Foreign Judgements and Arbitral Awards. Convención de Montevideo. 1979.
5. Convención Europea sobre Arbitraje Comercial. Convención de Ginebra. 1961.
6. Convention Pour le Réglément Des Différends Relatifs aux Investissements Entre Etats Et Ressorissants D'Autres Etats. Convención de Washington. 1965.

LA CONCERTACION SOCIAL EN COSTA RICA

Lic. Juan Rafael Espinoza

Abogado costarricense
Director Instituto Estudios del Trabajo
Universidad Nacional
Heredia, Costa Rica

Este libro pretende a realizar una visión general de la situación actual de la concertación social en Costa Rica, el primer del mundo en el campo de trabajo.

Expresamos que esta publicación es un aporte a la cultura social y jurídica de los estudiantes y profesionales de la Universidad Nacional.

La concertación social es un tema muy amplio y complejo que debe ser abordado integralmente en sus aspectos legales, económicos, sociales y políticos, así como algunas cuestiones relativas que sustentan la concertación social en Costa Rica. Por lo tanto, en este libro se han tratado los aspectos más importantes de la concertación social en Costa Rica.

En consecuencia, el libro se divide en los siguientes capítulos:

- I. Principios jurídicos que deben regir y sustentar la concertación social en Costa Rica.
- II. Grupos más vulnerables de la concertación social en Costa Rica.
- III. Plan estratégico para la concertación social.
- IV. Conclusiones.
- V. Anexos.
- VI. Bibliografía.
- VII. Tablas propuestas por los autores para la concertación social.
- VIII. Cronología de la concertación social en Costa Rica.

Introducción

Nos ha motivado a realizar este trabajo nuestro profundo interés y nuestra arraigada convicción de la necesidad imperiosa de mejorar —sustancialmente— el régimen democrático costarricense, así como su sistema de relaciones de trabajo.

Esperamos que esta ponencia sirva de acicate a una discusión enriquecedora sobre nuestra realidad social y el proceso de concertación social, de la que resulten fructíferas propuestas que conlleven al enriquecimiento de nuestra vida en sociedad.

La concertación social es un tema muy vasto y complicado que debe ser abordado interdisciplinariamente en sus múltiples facetas. No obstante, nos proponemos estudiar algunos aspectos que estimamos relevantes para alcanzar la concertación social en Costa Rica. Por lo tanto, quedan asuntos a los cuales no nos referiremos más por razones de tiempo y espacio que de cualquier otra índole.

En consecuencia, vamos a seguir el siguiente plan de exposición:

- I. Principios jurídicos que deben presidir y animar la concertación social en Costa Rica.
- II. Grandes áreas temáticas de la concertación social en Costa Rica.
- III. Plan estratégico para la concertación social.
- IV. Conclusiones.

Asimismo adjuntamos dos anexos:

- I. Temas propuestos por los sectores sociales para la concertación social.
- II. Cronología de la concertación social en Costa Rica.

I. Principios jurídicos que deben presidir y animar la concertación social en Costa Rica

Creemos que el proceso de concertación social, para que sea fructífero, debe atenderse —estrictamente— a la realidad nacional y, en consecuencia, es preciso que respete la idiosincracia de nuestro pueblo, máxime si ésta se encuentra plasmada, de algún modo, en la Constitución Política.

Por ello, estimamos que el referido proceso debe desarrollarse a tenor de lo estipulado en el artículo 50 de la Carta Magna, que textualmente reza:

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

Sobre esta norma hay que indicar que se propuso —en la Asamblea Nacional Constituyente— que se sustituyera la palabra *organizando*, por *orientando*, que se consideraba un término más apropiado.⁽¹⁾ No obstante, tal proposición fue desechada. Es así que al Estado costarricense le incumbe desempeñar un rol activo en el desarrollo económico y en el fomento de la justicia social y esto debe ser —a nuestro juicio— respetado a cabalidad en la concertación social.

Por otra parte, el artículo 74 constitucional establece que:

“Los derechos y beneficios a que este Capítulo se refiere son irrenunciables (derechos y garantías sociales). Su enumeración no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y que indique la ley; serán aplicables por igual a todos los factores concurrentes al proceso de producción, a fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional”. (Lo escrito en paréntesis es nuestro).

En razón de lo expuesto conceptuamos que no es procedente “flexibilizar” las normas laborales para aplicarlas parcialmente o desaplicarlas —de algún modo—, o modificarlas en demérito de los intereses de los trabajadores, como ha acaecido en ciertas sociedades altamente desarrolladas como producto de la concertación social. Estas sociedades cuentan con legislaciones laborales —por ejemplo— que no sólo tutelan, sino que fomentan, desarrollan y fortalecen al sindicalismo, lo que posibilita que éste desempeñe un papel protagónico de primer orden.⁽²⁾ En ellas la negociación colectiva ampara a un porcentaje muy significativo de la población asalariada, la cual —a su vez— goza de un vasto derecho a la huelga. Esto no es precisamente lo que ocurre en la sociedad costarricense y por eso rechazamos la posibilidad de desaplicar algunas normas de protección a los trabajadores como ha sucedido en algunas sociedades muy avanzadas.

(1) Costa Rica. Asamblea Nacional Constituyente de 1949. *Actas*. Tomo II. San José. Imprenta Nacional, 1952, p. 568.

(2) Juan Pablo II. *Sobre el Trabajo Humano* (Laborem Exercens). San José. Editorial Librería Católica, 1981, p. 84.

II. Grandes áreas temáticas de la concertación social en Costa Rica

A modo de sugerencia y de conformidad con los temas o asuntos propuestos por patronos y trabajadores —según anexo 1— juzgamos, en aras de alcanzar algunas convergencias de interés, que la concertación en nuestro país debe basarse en los siguientes rubros: ampliación y profundización de la democracia, democratización económica, eficiencia y eficacia del sector público, participación laboral y empresarial en la negociación de la deuda externa, revisión integral al Código de Trabajo y desarrollo del programa de vivienda.

Nosotros procedemos a desglosarlos, con el objeto de dar un marco que pueda servir de referencia a la eventual concertación social. Poniendo el énfasis en las cuestiones que son menos controversiales de acuerdo con lo expresado por los sectores sociales consultados por el Gobierno hasta la fecha: trabajadores, representados por los sindicatos y las asociaciones solidaristas, y patronos, aglutinados en la Unión Costarricense de Cámaras y Asociaciones de la Empresa Privada —UCCAEP—. De este modo, creemos que la concertación social se podrá convertir en un proyecto viable y susceptible de materializarse y —también— de desarrollarse.

1. Ampliación y profundización de la democracia

1.1. Creación del Defensor de los Habitantes de la República —institución conocida en otras latitudes como Ombudsman— que deberá ser un órgano encargado de tutelar los derechos humanos de los ciudadanos frente a los abusos de autoridad en que suele incurrir la Administración Pública, y que —a su vez— facilitará un control de la eficiencia, la legalidad y la honestidad administrativa.⁽³⁾

1.2. Promulgación de una Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional que tenga por finalidad proteger los derechos públicos de los ciudadanos que garantizan la Constitución Política y los tratados y convenios internacionales ratificados por el Estado. Que norme —con criterios modernos y progresistas— los Recursos de Hábeas Corpus y de Amparo, la Demanda de Inconstitucionalidad y los Conflictos entre los Organos Supremos del Estado. Que subsane la grave deficiencia de nuestro régimen democrático y republicano que consiste en la imposibilidad actual de plantear Recursos de Amparo contra sujetos de Derecho Privado que violen derechos constitucionales de los costarricenses.⁽⁴⁾ Verbigracia, ahora no procede el

(3) Véase *Proyecto de Ley del Defensor de los Habitantes de la República*. N° 10218. San José, s.e. s.f.

(4) Véase *Proyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional*. N° 10273. San José. s.e. s.f.

referido recurso contra los patronos que violan el principio de libertad sindical consagrado en el artículo 60 constitucional.⁽⁵⁾

Hay que destacar que la legislación vigente relativa a los Recursos de Hábeas Corpus, de Amparo y a la Demanda de Inconstitucionalidad se encuentra obsoleta por diversas razones que no es del caso desarrollar ahora.

1.3. Creación de la Corte Constitucional mediante la reforma respectiva a la Carta Magna. Este tribunal vendría a mejorar sustancialmente nuestro Estado de Derecho y a desempeñar un positivo rol, como lo demuestra la experiencia de países democráticos muy avanzados⁽⁶⁾ en el proceso de democratización de tales sociedades.

1.4. Ratificación de convenios internacionales del trabajo promulgados por la Organización Internacional del Trabajo. Ello con la finalidad de que nuestro país se ponga al día en sus obligaciones con la OIT y para hacer una realidad el deseo tantas veces expresado por nuestro Presidente, el Dr. Oscar Arias —Premio Nobel de la Paz— de convertir a Costa Rica en una potencia mundial en derechos humanos.

El Estado costarricense no ha ratificado la inmensa mayoría de los convenios internacionales del trabajo —únicamente 43 de 162— al 1º de enero de 1987,⁽⁷⁾ y lo que es peor aún tales instrumentos jurídicos no se someten a la Asamblea Legislativa cuando corresponde según la Constitución de la OIT.⁽⁸⁾ Este hecho ha menoscabado el prestigio de nuestro país en el concierto internacional y desentona con el inveterado respeto del costarricense a sus compromisos internacionales.

Debemos manifestar que los países más avanzados desde una perspectiva democrática son los que han ratificado mayor número de estos convenios, y entre ellos descollan España, Francia, Italia y Noruega.

1.5. Establecimiento de mecanismos de democracia semidirecta tales como la iniciativa popular, el plebiscito y el referéndum, los que coadyuvarán —positivamente— en el perfeccionamiento de la institucionalidad democrática.⁽⁹⁾

(5) *Constitución Política de la República de Costa Rica*. Anotada y concordada. San José. Editorial Juricentro, 1985, p. 282.

(6) Rubén Hernández. *El control de la constitucionalidad de las leyes*. San José. Editorial Juricentro, 1978, p. 118.

(7) Véase Organización Internacional del Trabajo. *Cuadro de ratificaciones de convenios internacionales del trabajo*. Ginebra, 1987.

(8) Bernardo Van der Laet. *Los convenios adoptados por la Organización Internacional del Trabajo, análisis del procedimiento de sumisión en Costa Rica*. Revista de Ciencias Jurídicas N° 54. San José. Litografía e Imprenta LIL S. A. 1985, p. 81.

(9) Juan Rafael Espinoza. *La democracia costarricense*. Heredia. Editorial Universidad Nacional. 1986, pp. 150 a 153.

1.6. Fortalecimiento económico y jurídico del régimen municipal como instrumento de distribución del poder político, mediante la dotación a los municipios del diez por ciento del presupuesto nacional.⁽¹⁰⁾

1.7. Asignar un mayor presupuesto —suficiente y permanente— al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para que se modernice y automatice, y esté en posibilidad —de este modo— de cumplir satisfactoriamente sus elevadas tareas.

1.8. Vigorizar la seguridad nacional y el Estado Social de Derecho, con el objeto de estar en competencia de enfrentar —desde una perspectiva democrática y civilista— flagelos tales como la corrupción, el narcotráfico y el terrorismo internacional, que amenazan, seriamente, la existencia misma de nuestra democracia.

1.9. Desarrollo del tripartismo, mediante la adopción de medidas, entre las cuales se pueden considerar las siguientes:

1.9.1. Integración tripartita del Tribunal Superior de Trabajo, tal y como lo prevé el artículo 405 del Código de Trabajo. No obstante lo anterior, la Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que tal artículo, así como el 409 —que estipulaba el mecanismo de escogencia de los representantes de patronos y de trabajadores— habían quedado derogados o modificados implícitamente por la Constitución Jolítica —que es posterior al Código referido— y por los artículos 77 y 78 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.⁽¹¹⁾

En razón de lo dicho se torna necesaria la interpretación auténtica de los artículos 405 y 409 del Código de Trabajo, o —en su defecto— impulsar la reforma legal respectiva.

1.9.2. Obtener la creación de una Corte de Casación Laboral, integrada —asimismo— de modo tripartito.⁽¹²⁾

1.9.3. Establecimiento de un Comité sobre Actividades de la Organización Internacional del Trabajo que posibilite el que las normas internacionales del trabajo fructifiquen y se desarrollen —eficazmente— en nuestra colectividad.⁽¹³⁾

(10) Arias promete impulsar respaldo a municipios. *La Nación* (C. R.) 9 de abril, 1988, p. 5 A.

(11) Costa Rica. Corte Suprema de Justicia. *Artículo VII de Sesión de Corte Plena celebrada el 10 de enero de 1977*. San José, s.e, 1979, p. 3.

(12) Emilio Morgado. *Algunas consideraciones sobre la concertación social*. Lima. Mimeografiado, 1981, p. 7.

(13) *Ibid.* p. 8.

1.9.4. Integración tripartita de las juntas directivas de las instituciones públicas, siguiendo el esquema adoptado recientemente en los casos de la Caja Costarricense de Seguro Social y del Instituto Nacional de Aprendizaje. Este consiste en que la junta directiva está compuesta por nueve miembros: tres representantes del Gobierno, tres de los patronos y tres de los trabajadores, escogidos estos últimos así: un representante del solidarismo, otro de las cooperativas y un representante de los sindicatos.⁽¹⁴⁾

1.9.5. Darle efectivo cumplimiento al artículo 8 de la Ley de Planificación Nacional que consagra —en lo pertinente— que “en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo, el Ministerio de Planificación y Política Económica pedirá la colaboración de los sectores patronal y sindical”.

Ello por cuanto hasta donde hemos indagado, tal colaboración nunca se ha demandado, con lo que se ha cerrado una importante vía de participación y de expresión y se ha obstaculizado el necesario proceso de democratización de la Administración Pública.

1.9.6. Poner en práctica el Consejo Superior de Trabajo, contemplado en la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo, el que tendrá —de conformidad con el artículo 104 del cuerpo de normas citado— las siguientes funciones:

“a) Realizar el estudio permanente del desenvolvimiento económico-industrial del país y de las condiciones de vida y laborales de los trabajadores, mediante investigaciones y recolección de datos sobre la materia;

b) Estudiar permanentemente la legislación social, procurando su perfeccionamiento en armonía con las necesidades nacionales y de acuerdo con las posibilidades del país; y

c) Informar sobre las proyectos de ley y reglamentos que determine el Ministerio de Trabajo o sugerir la promulgación de leyes sobre materias económico-sociales”.

El Consejo está integrado de forma tripartita y debe contar con un servicio de Secretaría General encargada de hacer estudios y de brindar informaciones.⁽¹⁵⁾

El Consejo Superior de Trabajo, así como un grupo de normas de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo, no se aplican por desuso, y muchas personas creen que se encuentran derogados a pesar de su notable relevancia.

(14) Véase artículo 6 de la *Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social*. San José. Microfotografía y Publicaciones C.C.S.S. 1985. Y artículos 5 y 6 de la *Ley Orgánica del Instituto Nacional de Aprendizaje*. San José. Publicaciones INA. s.f.

(15) Véanse artículos 105 y 107 de la *Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo*.

1.9.7. Crear el Consejo Nacional de la Concertación Social como institución que consagre permanentemente vías de comunicación y de negociación —de naturaleza tripartita— que amplíe y profundice el proceso que nos ocupa, tal y como lo han previsto otros países.⁽¹⁶⁾

1.9.8. Participar en las negociaciones de la deuda externa a representantes de los sectores patronal y laboral.⁽¹⁷⁾ Por cuanto del carácter de las respuestas a este neurálgico problema depende, en mucho, el desarrollo armónico de nuestra sociedad, tanto como de sus relaciones laborales.

2. Democratización económica

Conforme al anexo 1, sindicalistas y solidaristas coinciden en la necesidad de democratizar la propiedad. De esta manera concuerdan —a su vez—, de algún modo, con la posición y con las propuestas efectuadas por expertos en la doctrina social católica y por el Supremo Magisterio de la Iglesia Católica.

“Son *propuestas* que se refieren a la *copropiedad de los medios de trabajo*, a la participación de los trabajadores en la gestión y/o en los beneficios de la empresa, al llamado ‘accionariado’ del trabajo y otras semejantes”.⁽¹⁸⁾

Los responsables de la Pastoral Social del Consejo Episcopal Latinoamericano —CELAM— han manifestado, en la misma dirección, que:

“Conforme con las sugerencias expresadas especialmente en *Quadragesimo Anno* y en *Mater et Magistra*, la participación de los trabajadores en la gestión (cogestión) y en los beneficios de sus empresas puede dar buenos resultados como es el caso en las grandes empresas de un país democrático, la República Federal Alemana. Hoy día, nadie piensa abolirla. En el triunvirato que administra la gran empresa, hay un representante del sindicato. Además, el consejo de administración está compuesto por representantes del capital y por representantes del trabajo; en caso de conflicto, arbitra el presidente, representante del capital. Esta estructura obliga a un diálogo permanente y en la mayoría de los casos se llega a un acuerdo sin la necesidad de este arbitraje, colaborando ambos grupos para que el producto sea competitivo en el mercado, necesidad objetiva que ninguna empresa puede desconocer”.⁽¹⁹⁾

(16) Morgado. *Op. cit.*, p. 17.

(17) Las dimensiones de la concertación. *La Nación* (C.R.). 29 de setiembre, 1986. p. 14 A.

(18) Juan Pablo II. *Op. cit.*, p. 62.

(19) Comisión Episcopal del Departamento de Acción Social del CELAM. *Fe cristiana y compromiso social*. San José. Imprenta Nacional, 1985, p. 264.

Juzgamos conveniente considerar, como un elemento de discusión en las tareas de democratización económica, la posibilidad de traspasar empresas propiedad de la estatal Corporación Costarricense de Desarrollo —CODESA— al movimiento cooperativo. En la actualidad se encuentra en trámite la transferencia de una de sus subsidiarias de CODESA, la denominada Central Azucarera del Tempisque —CATSA—, que cuenta con uno de los ingenios más grandes de Centroamérica, a las cooperativas y a los cooperativistas costarricenses.

3. Eficiencia y eficacia del sector público

Esta trascendental tarea debe tener como finalidad esencial brindar mejores servicios a los usuarios, básicamente a los de más escasos recursos económicos y a la vez conseguir una óptima utilización de los medios escasos con que cuenta la sociedad costarricense. Así se evitará el desmantelamiento de servicios públicos estratégicos, tal y como lo pretenden algunas agencias financieras del capital transnacional, con evidente desconocimiento de nuestra realidad nacional.

4. Incremento de la productividad del sector privado

Aunque, según el anexo 1, no hay consenso en incorporar como tema a la concertación social, el problema del aumento de la productividad del sector privado, nos parece necesario agregarlo en razón de que es una demanda razonable que está íntimamente relacionada con la democratización económica. Debe existir riqueza para poder distribuirla, justa y equitativamente, en un proceso participativo como es la concertación social.

5. Participación de los sectores sociales en la negociación de la deuda externa

Tal y como se indicó en el epígrafe 1.9.8. este es un asunto de capital importancia y, por ende, debe ser negociado en la concertación social.

6. Promulgación de un nuevo Código de Trabajo

Esta valiosa iniciativa debe fundamentarse —en nuestro criterio— en las siguientes fuentes o principios:

6.1. la doctrina social de la Iglesia Católica;

6.2. los convenios y recomendaciones de la OIT;

- 6.3. las resoluciones del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT;
- 6.4. las sugerencias de la Comisión de Expertos en la Aplicación de convenios y recomendaciones de la OIT; y
- 6.5. la legislación y la práctica administrativa y judicial de los países democráticos más desarrollados.⁽²⁰⁾

Sobre este particular, es preciso resaltar que un proyecto en esta dirección está siendo impulsado por el Ministro de Trabajo, Lic. Edwin León Villalobos y se encuentra a punto de ser enviado a la Asamblea Legislativa. Es de esperar que la iniciativa en cuestión sea favorablemente acogida por la inmensa mayoría de los diputados, por cuanto una propuesta similar fue desarrollada en la pasada campaña por el Lic. Rafael Angel Calderón Fournier, máximo dirigente del Partido Unidad Social Cristiana —PUSC— principal agrupación política de oposición al actual Gobierno.⁽²¹⁾

7. Efectividad del derecho de todo trabajador a la vivienda

El artículo 65 constitucional ordena que:

“El Estado promoverá la construcción de viviendas populares y creará el patrimonio familiar del trabajador”.

La conversión del denominado auxilio de cesantía en un derecho adquirido —en la actualidad es únicamente una expectativa de derecho— sin límite alguno, puede ser una fuente importantísima de recursos para hacer frente —satisfactoriamente— al déficit habitacional que padece nuestro país. El auxilio de cesantía se pagaría, entonces, a razón de un mes de salario por cada año laborado, así si el trabajador laboró —por ejemplo— treinta años, recibirá el equivalente a treinta salarios y no a ocho como ocurre ahora.

Asimismo, debe autorizarse a todo tipo de organizaciones de los trabajadores a recolectar y a administrar las sumas correspondientes al auxilio de cesantía, para que puedan destinarlas a programas de vivienda para los asalariados.

Las áreas temáticas, descritas de manera sucinta anteriormente, fueron seleccionadas —como se dijo— con fundamento en lo expuesto por los sectores involucrados, según se consigna en el anexo 1, con el afán de buscar

(20) Costa Rica. Secretaría de Trabajo y Previsión Social. *Texto del Mensaje que envió el señor Presidente de la República junto con el proyecto de Código de Trabajo, al Soberano Congreso Constitucional*. En Código de Trabajo. San José. Imprenta Nacional, 1943, p. 123.

(21) Partido Unidad Social Cristiana. *Programa de Gobierno 1986-1990*. San José, s. e. 1985, pp. 15-16.

puntos que posibiliten negociaciones y eventuales coincidencias o acuerdos en el proceso que recién se inicia. No obstante, consideramos que en el diálogo fructífero entre los interlocutores sociales muchas podrán ser desechadas, sustituidas o modificadas por nuevas propuestas.

III. Plan estratégico para la concertación social

Convocatoria

Estimamos que —nuevamente— debe procederse a efectuar la convocatoria a la concertación social, en vista de que hay ya más de un año que se suspendieron los encuentros que pretendían hacer viable el referido proceso.⁽²²⁾

Por comprobar la concertación social asuntos básicamente vinculados con las esferas de las relaciones laborales, de la seguridad social y conexos, la convocatoria aludida y el proceso de negociación subsiguiente deben estar bajo la égida del Despacho de Trabajo, en razón del rol mediador e interventor que desempeña éste.

Sectores convocados y participantes en la concertación social

1. El Estado, por intermedio del Gobierno Central —Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y cualquier otro despacho que se considere necesario— y, eventualmente, la Asamblea Legislativa —fracciones mayoritarias—.

Conceptuamos importante participar a nuestro parlamento, en vista de que algunos de los acuerdos a que se arribe en la concertación social, inexorablemente, deberán convertirse o ser ratificados mediante leyes. Con mayor razón porque el principal partido opositor, el PUSC, —que cuenta con una bancada legislativa muy numerosa— propuso a los costarricenses en la última campaña electoral promover “un nuevo pacto social sobre la base de la gran reforma social desarrollada en el Gobierno del Dr. Rafael Angel Calderón Guardia”.⁽²³⁾

2. Los patronos aglutinados en la Unión Costarricense de Cámaras y Asociaciones de la Empresa Privada —UCCAEP—.

3. Los trabajadores organizados en sindicatos, cooperativas, asociaciones de trabajadores (cubiertos por la Ley de Asociaciones o por leyes

(22) Suspendido proceso para pacto social. *La Nación* (C.R.). 9 de noviembre, 1987, p. 6 A.

(23) Partido Unidad Social Cristiana. *Op. cit.*, p. 3.

específicas; verbigracia, la Asociación Nacional de Educadores y la Asociación de Profesores de Segunda Enseñanza), en asociaciones de desarrollo comunal y en asociaciones solidaristas.

Pensamos que tal debe ser la representación de los trabajadores en razón de los siguientes hechos:

- 3.1. El sindicalismo representa el 15.5% de la fuerza laboral activa del país;
- 3.2. El solidarismo representa aproximadamente el 13%;
- 3.3. El cooperativismo representa el 32.4%;⁽²⁴⁾
- 3.4. Las asociaciones magisteriales —ANDE y APSE— que no están organizadas como sindicatos de conformidad con el Código de Trabajo, cuentan con varias decenas de miles de afiliados; y
- 3.5. Las asociaciones de desarrollo comunal cuya base social está constituida —en lo fundamental— por trabajadores.

En lo referente al proceso de negociación propiamente dicho, la representación de los sectores debe ser lo más amplia posible —en cuanto a número de afiliados— para que se facilite, a su vez, que sea lo más restringida posible —en cuanto a número de representantes—.

Posición del Gobierno

La convocatoria a la concertación social debe ir acompañada de un planteamiento que resuma la posición oficial del Gobierno respecto a la problemática económico-social del país.

La susodicha postura debería ser formulada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (estimamos que preferiblemente debería ser conocida y aprobada previamente por el Consejo Económico-social del Gobierno, con el fin de legitimar —adecuadamente— el proceso de concertación social en el seno de éste).

El planteamiento gubernamental debería contener —al menos— los siguientes aspectos medulares:

1. Antecedentes y situación actual del país en materia económico-social.
2. Perspectivas a corto y mediano plazo en dicha materia.

(24) Véase Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. *Sindicatos, cooperativas y asociaciones solidaristas inscritas, afiliación y rama de actividad al 28 de enero de 1987*. San José. Mimeografiado. 1987, p. 12. Y Unión Solidarista Costarricense. *Guía oficial del movimiento solidarista 1987-88*. San José. PUBLISA. s.f., pp. 10-11.

3. Propuestas concretas del Gobierno para enfrentar la situación actual del país.

A nuestro leal saber y entender, este último aspecto debería ser la parte más importante de la posición oficial del Gobierno y las que —realmente— vendría a legitimar o justificar la convocatoria a la concertación social.

Las proposiciones concretas deberían —también— ser un eje o marco de referencia notable de la concertación.

Opinamos —asimismo— que debe asignársele particular lugar de trascendencia a materias que configuran los principales compromisos del actual Gobierno, tales como:

1. Construcción de viviendas.
2. Generación de empleos.
3. Incorporación plena de la mujer y de los jóvenes a la vida nacional.
4. Mayor democracia económica.
5. Distribución del poder político.
6. Lucha contra la corrupción.⁽²⁵⁾

Dichos rubros deben desarrollarse —como hemos dicho— en propuestas concretas.

El planteamiento del Gobierno deberá ser respondido por escrito por los sectores convocados oficialmente a la concertación social, en sus aspectos generales, y con especial énfasis en sus proposiciones concretas. Todo con la finalidad de evitar largas y tediosas discusiones preliminares que conspirarían contra la concertación. No obstante, juzgamos que debería darse la oportunidad para que los sectores convocados a la concertación social puedan sugerir la incorporación de nuevas propuestas en este proceso.

Conceptuamos que, de este modo, se tornarían más factibles las gestiones tendentes a la concertación, pues uno de los factores que —a nuestra manera de ver las cosas— limitó dicho proceso fue que en los encuentros preliminares —con sindicalistas, solidaristas y empresarios— los representantes del Gobierno se circunscribieron a hacer diagnóstico de la situación y no formularon propuestas concretas.

Por otra parte, hemos formulado un conjunto de grandes áreas temáticas de la concertación social, fundamentados en lo que dijeron sindi-

(25) En emotivo acto Arias juró ocho compromisos. *La República* (C.R.). 4 de febrero, 1986, p. 2.

calistas, solidaristas y patronos en sus reuniones con los delegados gubernamentales. Asuntos que pueden y deben ser considerados por el Gobierno.

Comisión preparatoria de la concertación social

Conjuntamente con la convocatoria a la concertación social y con la formulación del planteamiento oficial del Gobierno relativo a la situación social del país, se debería designar una comisión que prepare el proceso de la concertación social.

Dicha comisión deberá recoger los planteamientos y las proposiciones concretas y alternativas de los sectores convocados. Deberá, asimismo, ordenar y sistematizar las respuestas de dichos sectores, consignando, por escrito, las coincidencias y las discrepancias correspondientes, con el fin de agilizar el proceso respectivo.

Esta comisión debería ser designada por el Gobierno y estar integrada en forma tripartita. El o los representantes del sector laboral y empresarial deberán haber manifestado interés y apoyo a la concertación.

Comisión negociadora de la concertación social

Esta comisión, como hemos dicho, debería estar conformada por un número pequeño de miembros —de ser factible— para posibilitar la adopción, más ágil, de acuerdos intersectoriales obligatorios.

Los representantes de cada sector deberían establecer mecanismos fluidos y permanentes de comunicación con sus representados.

Dicha comisión podrá contar con asesores de la Organización Internacional del Trabajo, de la Asamblea Legislativa y de cualquier otra instancia que se estime conveniente y que pueda contribuir —positivamente— al proceso que nos ocupa.

Es evidente que la aludida comisión deberá ser integrada en forma tripartita.

Creación del Consejo de Concertación Social

Para asegurar el cumplimiento efectivo de los acuerdos a los que se arribe en la concertación, estimamos que es imprescindible la creación de un consejo de concertación social como existe en otros países. Por esta misma razón lo hemos incluido como uno de los posibles temas de la concertación. Porque —también— los compromisos adquiridos deben poseer la característica de ser vinculantes u obligatorios para que aquella cuente con la confianza de nuestros conciudadanos y pueda desarrollarse en aras de la justicia y la paz social de nuestra sociedad.

Conclusiones

Juzgamos interesante y —eventualmente— positivo el proceso y la materialización de la concertación social, como un instrumento —de diálogo y negociación— que se adapta a la idiosincracia y forma de ser de los costarricenses, que es susceptible de mejorar la justicia social y de consolidar la paz social de Costa Rica.

Para alcanzar tan loables aspiraciones, es preciso que la concertación social se fundamente —en nuestro país— en los siguientes aspectos y consideraciones globales.

1. No debe menoscabar los derechos e intereses de los trabajadores. Debe ser instrumento de justicia y paz social y servir para profundizar las garantías y los derechos de los asalariados y del pueblo en general.

2. Los temas que van a ser objeto de discusión, negociación y que posiblemente serán cimienta de acuerdos entre las partes, deben ser propuestos por éstas de conformidad con sus intereses. Buscando —al menos en las primeras etapas— y escogiendo como fundamento los menos controversiales y polémicos. De lo contrario, la concertación se tornará nugatoria.

3. En el proceso de concertación social y en el posible pacto social resultante deben privilegiarse los más elevados intereses de la patria. En este contexto y, apoyados en experiencias positivas anteriores, reputamos como provechosa la participación, como mediador y vigilante del proceso, del señor Arzobispo de San José, Monseñor Román Arrieta Villalobos.

4. En razón de lo expuesto en los puntos 2 y 3, hemos escogido grandes áreas temáticas para que puedan ser consideradas como base de discusión en la concertación social.

5. La concertación social debe servir para ampliar y profundizar el tripartismo en nuestro país.

6. Debe procurarse que el proceso de concertación sea lo más amplio posible en términos de los sectores sociales representados en las negociaciones.

7. Debe formularse un plan estratégico para la concertación social que fije las políticas y líneas generales a seguir para alcanzar los objetivos propuestos.

La formulación, la ejecución, el control y la evaluación del plan estratégico deben estar a cargo del Gobierno y, en particular, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

8. La concertación social y el pacto social deben ser instrumentos pacíficos, civilizados y positivos de canalización del conflicto social y no medios para obstaculizarlo, suprimirlo o, peor aún, reprimirlo.

Ello porque coincidimos con el Sumo Pontífice, Juan Pablo II, en el sentido que:

“el problema del trabajo ha sido planteado en el contexto del gran conflicto, que en la época del desarrollo industrial y junto con éste se ha manifestado entre el ‘mundo del capital’ y el ‘mundo del trabajo’, es decir, entre el grupo restringido, pero muy influyente, de los empresarios, propietarios o poseedores de los medios de producción y la más vasta multitud de gente que no disponía de estos medios, y que participaba, en cambio, en el proceso productivo exclusivamente mediante el trabajo. Tal conflicto ha surgido por el hecho de que los trabajadores, ofreciendo sus fuerzas para el trabajo, las ponían a disposición del grupo de los empresarios, y que éste, guiado por el principio del máximo rendimiento, trataba de establecer el salario más bajo posible para el trabajo realizado por los obreros. A esto hay que añadir también otros elementos de explotación, unidos con la falta de seguridad en el trabajo y también de garantías sobre las condiciones de salud y de vida de los obreros y de sus familias”.⁽²⁶⁾

9. El proceso de concertación social debe ser permanente y no coyuntural, es decir, no debe ser convocado sólo en épocas de crisis para demandar más sacrificios a quienes han sido los más golpeados por las violentas fluctuaciones económicas, esto es, a los asalariados. De no acaecer así, éstos perderán su confianza en el régimen democrático y republicano con consecuencias impredecibles para nuestra justicia y nuestra paz social.

Con tal propósito proponemos el establecimiento de un Consejo de Concertación Social que pueda desarrollar, controlar y evaluar este proceso en el futuro.

10. En síntesis, la concertación y el futuro pacto social deben convertirse en mecanismos idóneos para ampliar y profundizar las tradiciones civilistas, democráticas, libertarias y de justicia social que nos heredaron nuestros preclaros y patriotas antepasados y de las que tanto nos enorgullecemos los costarricenses.

(26) Juan Pablo II. *Op. cit.*, pp. 46-47.

BIBLIOGRAFIA

- Centro de Estudios Democráticos de América Latina. *Seminario sobre concertación social*. Heredia. Mimeografiado. CEDAL.
- Comisión Episcopal del Departamento de Acción Social del CELAM. *Fe cristiana y compromiso social*. San José. Imprenta Nacional. 1985.
- Espinoza, Juan Rafael. *La Democracia Costarricense*. Heredia. Editorial Universidad Nacional. 1986.
- Hernández, Rubén. *El control de la constitucionalidad de las leyes*. San José. Editorial Juricentro. 1978.
- Juan Pablo II. *Sobre El Trabajo Humano (Laborem Exercens)*. San José. Editorial Librería Católica. 1981.
- Lucena, Héctor. *Venezuela: el sindicalismo en la concertación*. Revista Alamedas. N° 2-3. Roma. Sapere 2000. 1986.
- Morales, Francisco. *La concertación social*. San José. Ediciones CNT. 1986.
- Morgado, Emilio. *Algunas consideraciones sobre la concertación social*. Lima. Mimeografiado. 1981.
- Partido Unidad Social Cristiana. *Programa de Gobierno 1986-1990*. San José. s.e. 1985.
- Unión Solidarista Costarricense. *Guía oficial del movimiento solidarista 1987-88*. San José. Publisa. s.f.
- Van der Laat, Bernardo. *Los Convenios adoptados por la Organización Internacional del Trabajo. Análisis del procedimiento de sumisión en Costa Rica*. Revista de Ciencias Jurídicas N° 54. San José. Litografía e Imprenta LIL, S.A. 1985.
- Zúñiga, Guillermo. *Estrategia sindical para la concertación social. Enfoque económico*. San José. Centro de Estudios Democráticos de América Latina. Mimeografiado. 1986.

DOCUMENTOS OFICIALES

- Costa Rica. Asamblea Nacional Constituyente de 1949. *Actas*. Tomo II. San José. Imprenta Nacional. 1952.
- Costa Rica. Confederación Auténtica de Trabajadores Democráticos. *Algunas consideraciones sobre la concertación social*. San José. Mimeografiado. 1986.
- Costa Rica. Confederación Nacional de Trabajadores. *Exposición de la CNT ante el Encuentro Gobierno trabajadores*. San José. Mimeografiado. 1986.
- Costa Rica. Confederación Nacional de Trabajadores. *La Concertación Social única alternativa democrática ante la crisis*. San José. Litografía López Tercero. 1986.
- Costa Rica. Confederación de Trabajadores de Costa Rica. *Propuesta para la concertación social*. San José. Mimeografiado. 1986.
- Costa Rica. Corte Suprema de Justicia. *Artículo VII de Sesión de Corte Plena celebrada el 10 de enero de 1977*. San José. s.e. 1979.

- Costa Rica. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. *Sindicatos, cooperativas y asociaciones solidaristas inscritas, afiliación y rama de actividad al 28 de enero de 1987*. San José. Mimeografiado. 1987.
- Costa Rica. Secretaría de Trabajo y Previsión Social. *Texto del Mensaje que envió el señor Presidente de la República, junto con el proyecto de Código de Trabajo, al Soberano Congreso Constitucional*. En Código de Trabajo. San José. Imprenta Nacional. 1943.
- Organización Internacional del Trabajo. *Cuadro de ratificaciones de convenios internacionales del trabajo*. Ginebra. 1987.

LEGISLACION

- Código de Trabajo*. San José. Litografía e Imprenta LIL S.A. 1986.
- Constitución de la Organización Internacional del Trabajo y Reglamento de la Conferencia Internacional del Trabajo*. Ginebra. Oficina Internacional del Trabajo. 1982.
- Constitución Política de la República de Costa Rica*. Anotada y Concordada. San José. Editorial Juricentro. 1985.
- Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social*. San José. Microfotografía y publicaciones C.C.S.S. 1985.
- Ley Orgánica del Instituto Nacional de Aprendizaje*. San José. Publicaciones INA. s.f.
- Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Previsión Social*. N° 1860. Reformada por Ley N° 3095. Código de Trabajo. San José. Imprenta Trejos Hnos. 1966.
- Ley de Planificación Nacional*. Varias ediciones.
- Proyecto de Ley del Defensor de los Habitantes de la República*. N° 10218. San José. s.e. s.f.
- Proyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional* N° 10273. San José. s.e. s.f.

PERIODICOS

- Acceso a la propiedad. *La Nación* (C.R.). 12 de octubre. 1986.
- Acción y no exhibición. *La Prensa Libre* (C.R.) 24 de enero. 1985.
- Arias promete impulsar respaldo a municipios. *La Nación* (C.R.). 9 de abril. 1988.
- Bases para una reactivación económica y social I parte. *La Nación* (C.R.). 4 de febrero. 1975.
- Bases para una reactivación económica y social II parte. *La Nación* (C.R.). 5 de febrero. 1985.
- Concertación debe ser patriótica dice CATD. *La República* (C.R.). 16 de setiembre. 1986.

Concertación social posibilidad en Costa Rica. *La República* (C.R.). 8 de agosto. 1986.

Concertación social y crisis. *La Nación* (C.R.). 29 de setiembre. 1986.

Concertación social o caos. *La República* (C.R.). 26 de noviembre. 1987.

Diálogo y concertación. *La Nación* (C.R.). 5 de noviembre. 1986.

El pacto social. *La República* (C.R.) 24 de enero. 1985.

Empresarios preparan su posición. Ambiente favorable para pacto social. *La Nación* (C.R.). 1 de setiembre. 1986.

En emotivo acto Arias juró ocho compromisos. *La República* (C.R.). 4 de febrero. 1986.

Especialistas en derecho laboral. Vaticinan fracaso de pacto social. *La Nación* (C.R.). 9 de noviembre. 1986.

Iglesia y concertación social. *La Nación* (C.R.). 27 de agosto. 1986.

La concertación social. Foro Dominical. *La Nación* (C.R.). 31 de agosto. 1986.

La concertación social. *La Nación* (C.R.). 10 de noviembre. 1987.

La posición del sector empresarial ante la concertación. *La Nación* (C.R.). 1 de octubre. 1986.

Las dimensiones de la concertación. *La Nación* (C.R.). 29 de setiembre. 1986.

Monge aboga por un pacto social. *La Nación* (C.R.). 23 de enero. 1985.

Pacto social ¿Para qué? *Libertad Revolucionaria* (C.R.). 8-14 de agosto. 1986.

Resurge pacto social como vía para enfrentar la crisis. *La República* (C.R.) 9 de agosto. 1986.

Solidaristas ante pacto social. Pugnan por mayor democratización de la propiedad. *La Nación* (C.R.). 28 de setiembre. 1986.

Suspendido proceso para pacto social. *La Nación* (C.R.). 9 de noviembre. 1987.

ASPECTOS A CONSIDERAR EN LA CONCERTACION SOCIAL
SEGUN SECTORES SOCIALES

<i>Sindicalismo</i>	<i>Solidarismo</i>	<i>Unión de Cámaras</i>
Preservar democracia, paz y libertad. Representación trabajadora en juntas directivas de instituciones públicas.	Perfeccionar la democracia.	Mantener vigencia del régimen democrático.
Democratización empresa y propiedad. Acceso trabajadores a propiedad de medios de producción.	Democratización de la propiedad.	Incremento de productividad.
Cuestionamiento política de promoción de exportaciones.	Promoción de exportaciones y reorientar educación según prioridades de desarrollo.	Fomento de exportaciones e inversiones.
Dar más recursos a universidades y mejorar sistemas de seguridad social y educación.	Reducción del gasto público.	Racionalizar tamaño sector público. Eficiencia y eficacia del Estado. Revisar intervencionismo estatal en economía.
Modificación programa ajuste estructural. Representación trabajadores en negociaciones y trato diferente a deuda externa.	Revisión de políticas de subsidios, aranceles y otras medidas proteccionistas.	
Reformas Código de Trabajo: libertad y fuero sindical. Negociación colectiva amplia. Ley Garantías Sindicales.	Actuar dentro marco de estabilización monetaria y ajuste estructural.	Revisión integral Código de Trabajo.

Cronología de la concertación social en Costa Rica

Sindicalismo	Solidarismo	Unión de Cámaras
Reforma urbana y bajar intereses para vivienda. Reforma agraria y asistencia técnica. Empleo, salud, cultura y recreación a trabajadores.		Definición políticas claras para sector agropecuario.
Ratificación y respeto a convenios internacionales del trabajo.		
Despenalización de huelga.		
Mejoramiento Sistema Bancario Nacional.		Modernizar y reorganizar sistema financiero. Modernizar y racionalizar el sistema tributario.

FUENTE: Periódicos nacionales y documentos de las organizaciones correspondientes.

1. El 22 de enero de 1985, la Cámara de Industrias de Costa Rica entregó al entonces Presidente, Luis Alberto Monge Alvarez (1982-1986), un documento denominado "Bases para una reactivación económica y social".

Este es el primer antecedente formal de un sector o grupo organizado en el que se plantea la necesidad de iniciar el proceso conocido como pacto o concertación social.

En el referido documento, la Cámara de Industrias, hace una primera propuesta de discusión que pretende "la adopción de un pacto nacional para iniciar un ordenado y progresivo cambio de rumbo de nuestra economía, de modo que comprometa en él a todos los sectores involucrados y no esté sujeto al vaivén de la política electoral y a los cambios de gobierno".⁽¹⁾

2. El expresidente Monge Alvarez expresó al recibir el documento de la Cámara de Industrias que deberían aprovecharse "las inquietudes que se plantean para rematar con un pacto social entre empresarios, Gobiernos y trabajadores".⁽²⁾

3. El 24 de enero de 1985, los periódicos editorializan acerca de la importancia y de la necesidad del llamado pacto social.⁽³⁾

4. Noviembre de 1985, el Partido Unidad Social Cristiana propone en su programa electoral la celebración de un pacto social fundamentado en la reforma social encabezada por el Dr. Rafael Angel Calderón Guardia en los años cuarentas.⁽⁴⁾

5. El 8 de agosto de 1986, el laboralista Lic. Oscar Bejarano Coto alude a la posibilidad de la concertación social en Costa Rica, refiriéndose a las limitaciones que enfrenta este instrumento de diálogo social.⁽⁵⁾

(1) Bases para una reactivación económica y social I parte. *La Nación* (C.R.). 4 de febrero. 1985, p. 16 A y Bases para una reactivación económica y social II parte. *La Nación* (C.R.). 5 de febrero. 1985, p. 16 A.

(2) Monge aboga por un pacto social. *La Nación* (C.R.). 23 de enero. 1985, p. 4 A.

(3) Acción y no exhibición. *La Prensa Libre* (C.R.) 24 de enero. 1985, p. 2 y El pacto social. *La República* (C.R.) 24 de enero. 1985, p. 10.

(4) Partido Unidad Social Cristiana. *Programa de Gobierno 1986-1990*. San José. s.e. 1985, pp. 9-10.

(5) Concertación social posibilidad en Costa Rica. *La República* (C.R.). 8 de agosto. 1986, p. 13.

6. El 9 de agosto de 1986, la Confederación Nacional de Trabajadores —CNT— retoma la necesidad de un "acuerdo libre entre los representantes legítimos de los sectores que intervienen en la producción, como manera de superar las consecuencias de la crisis en forma conjunta y evitar el desequilibrio de las fuerzas sociales".⁽⁶⁾

7. En la segunda semana de agosto de 1986, el vocero oficial del Partido Vanguardista Popular —organización marxista-leninista de orientación radical— niega la posibilidad de que pueda darse un pacto social. Afirma que:

"Eso no es otra cosa que una trampa más. Basta de engaños. El pueblo no tiene más que una respuesta: disponerse a la lucha. No puede haber un pacto entre el tiburón y las sardinas, entre el lobo y las ovejas, entre explotares y explotados".⁽⁷⁾

8. El 23 de agosto de 1986, se realiza un encuentro entre Gobierno y las organizaciones sindicales, para discutir sobre la eventual concertación social.⁽⁸⁾

9. El 27 de agosto de 1986, se publica el mensaje de Monseñor Román Arrieta Villalobos pronunciando con ocasión del encuentro entre Gobierno y sindicatos.⁽⁹⁾

10. El 31 de agosto de 1986, el periódico La Nación dedica su Foro dominical al tema de la concertación social.⁽¹⁰⁾

11. El 1º de setiembre de 1986, se indica que existe un ambiente favorable para el pacto social.⁽¹¹⁾

12. El 16 de setiembre de 1986, la Confederación Auténtica de Trabajadores Democráticos —CATD—, por intermedio de su Secretario

(6) Resurge pacto social como vía para enfrentar la crisis. *La República* (C.R.). 9 de agosto. 1986, p. 12.

(7) Pacto social ¿Para qué? *Libertad Revolucionaria* (C.R.). 8-14 de agosto. 1986, p. 4.

(8) Véase Centro de Estudios Democráticos de América Latina. *Seminario sobre concertación social*. Heredia. Mimeografiado. CEDAL. 1986.

(9) Iglesia y concertación social. *La Nación* (C.R.). 27 de agosto. 1986, p. 16 A.

(10) La concertación social. Foro Dominical. *La Nación* (C.R.). 31 de agosto. 1986, pp. 15 A a 18 A.

(11) Empresarios preparan su posición. Ambiente favorable para pacto social. *La Nación* (C.R.). 1 de setiembre. 1986, p. 8 A.

General, Prof. José Joaquín Meléndez, manifiesta que la concertación social "debe concebirse como una negociación efectiva, con sentido de acuerdo patriótico entre los distintos interlocutores legítimos".⁽¹²⁾

13. El 20 de setiembre de 1986, el sector empresarial se reúne con el Gobierno de la República para estudiar la factibilidad del denominado acuerdo social. Luego se publica la posición de los patronos.⁽¹³⁾

14. El 27 de setiembre de 1986, se efectúa el encuentro entre el Gobierno y el movimiento solidarista. Los solidaristas demandaron una mayor democratización de la propiedad.⁽¹⁴⁾

15. El 29 de setiembre de 1986, el diario La Nación al referirse a las dimensiones de la concertación social, nos dice —entre otras cosas— que:

"No debe el Gobierno hablar de concertación social y manejar a puerta cerrada las negociaciones con el FMI, el Banco Mundial, la deuda externa, el gasto público y el financiamiento del déficit fiscal. Sólo así se podría hablar de una concertación social significativa para el momento histórico que vive el país".⁽¹⁵⁾

16. El 29 de setiembre de 1986, se publica artículo sobre la concertación social y la crisis.⁽¹⁶⁾

17. El 12 de octubre de 1986, se postula la utilización de la concertación social como un medio de lograr la participación de los trabajadores en la propiedad de los medios de producción.⁽¹⁷⁾

18. El Lic. Francisco Morales Hernández, exministro de Trabajo y de Agricultura, publica folleto denominado "la concertación social en Costa Rica".⁽¹⁸⁾

(12) Concertación debe ser patriótica dice CATD. *La República* (C.R.). 16 de setiembre. 1986, p. 4.

(13) La posición del sector empresarial ante la concertación social. *La Nación* (C.R.). 1 de octubre. 1986, pp. 24 A-25 A.

(14) Solidaristas ante pacto social. Pugnan por mayor democratización de la propiedad. *La Nación* (C.R.). 28 de setiembre. 1986, p. 4 A.

(15) Las dimensiones de la concertación. *La Nación* (C.R.). 29 de setiembre. 1986, p. 14 A.

(16) Concertación social y crisis. *La Nación* (C.R.). 29 de setiembre. 1986, p. 15 A.

(17) Acceso a la propiedad. *La Nación* (C.R.). 12 de octubre. 1986, p. 14 A.

(18) Véase Francisco Morales. *La concertación social*. San José. Ediciones CNT. 1986.

19. El 5 de noviembre de 1986, se procura el incorporar el diálogo político, así como proseguir con el trámite de la concertación social.⁽¹⁹⁾

20. El 9 de noviembre de 1986, el Lic. Oscar Bejarano vaticina el fracaso del pacto social.⁽²⁰⁾

21. El 9 de noviembre de 1987, se denuncia que el proceso para la concertación de un pacto social se encuentra suspendido, desde hace aproximadamente un año.⁽²¹⁾

22. El 10 de noviembre de 1987, se reitera la necesidad de la materialización de la concertación social.⁽²²⁾

23. El 26 de noviembre de 1987, el exministro Lic. Francisco Morales Hernández, señala la urgencia de reiniciar la concertación como instrumento para evitar el caos social.⁽²³⁾

(19) Diálogo y concertación. *La Nación* (C.R.). 5 de noviembre. 1986, p. 14 A.

(20) Especialistas en derecho laboral. Vaticinan fracaso de pacto social. *La Nación* (C.R.) 9 de noviembre. 1986, p. 8 A.

(21) Suspendido proceso para pacto social. *La Nación* (C.R.). 9 de noviembre. 1987. p. 6. A.

(22) La concertación social. *La Nación* (C.R.). 10 de noviembre. 1987, p. 14 A.

(23) Concertación social o caos. *La República* (C.R.). 26 de noviembre. 1987, p. 17.

LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y SU VIGENCIA EN AMERICA LATINA(*)

Dr. Manuel E. Ventura Robles

Secretario Adjunto de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos

(*) Palabras pronunciadas en la mesa redonda que celebró, el 7 de diciembre de 1988, la Asociación Americana de Juristas, Rama Costarricense, en el Colegio de Abogados de Costa Rica, con ocasión de celebrarse el 40 Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En el Primer Congreso Mundial de Derechos Humanos, celebrado en Alajuela del 6 al 12 de diciembre de 1982, John Humphrey, uno de los redactores de la Declaración Universal de Derechos Humanos, afirmó que ésta "ha inspirado un conjunto creciente de leyes sobre tratados, incluyendo la importante Convención Europea de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos".⁽¹⁾

Esto es cierto, como lo es, también, que la Convención Europea de Derechos Humanos inspiró la Convención Americana. En realidad, en este caso el término inspiró sería un eufemismo porque, en gran medida, la Convención Americana es copia de la Europea, con las naturales diferencias y avances que puede mostrar una Convención adoptada casi 20 años más tarde. Este es un primer rasgo de la Convención Americana que quiero poner de relieve. No es original nuestra. Tal vez el día en que en nuestras escuelas de Derecho se gradúen no sólo abogados sino también juristas, los latinoamericanos dejaremos de copiar leyes, códigos y tratados, como lo hacemos con la tecnología, y nos preocuparemos porque se establezcan instituciones jurídicas propias, producto de nuestra historia e idiosincracia y de la realidad social, aprehendida y conocida a través de medios empíricos de investigación. No somos europeos. La problemática de los derechos humanos es muy diferente en Europa Occidental, en que la Corte Europea considera si el hecho de que una determinada legislación establezca que la homosexualidad es delito viola la Convención, o si el que otra legislación faculte el castigo corporal a los niños de escuela viola la Convención, a lo que ocurre en nuestra América Latina, en que el Estado es muchas veces el agente directo y responsable de las violaciones al derecho a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal. No por casualidad los primeros tres casos contenciosos que fueron sometidos a la Corte Interamericana por la Comisión Interamericana, versan sobre desaparecidos.

Visto el fenómeno desde un punto de vista jurídico, digamos que con la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o "Pacto de San José de Costa Rica" por la Conferencia Interamericana Especializada sobre Derechos Humanos, celebrada en nuestra capital del 7 al 22 de noviembre de 1969, y su entrada en vigor el 18 de julio de 1978, llega a su culminación la evolución normativa del sistema interamericano

(1) Congreso Mundial de Derechos Humanos (1): Alajuela, 1982. Memoria del Primer Congreso Mundial de Derechos Humanos: Declaración Universal de los Derechos Humanos, su historia; su impacto y su carácter jurídico. San José, Imprenta Universal, 1986, pág. 11.

de protección internacional de los derechos humanos, que descansaba hasta ese momento en instrumentos de naturaleza declarativa (la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), para hacerlo sobre una base convencional y obligatoria. Se cambió la naturaleza jurídica de los instrumentos en que descansaba el sistema porque la Convención es obligatoria, tiene efectos vinculantes para aquellos Estados que la ratifiquen o adhieran a ella. Este es otro rasgo de la Convención Americana que quiero poner de relieve.

Hoy día, de los 32 Estados Miembros que tiene la Organización de los Estados Americanos (OEA), 20 se han ratificado o adherido a la Convención Americana. Son Estados partes: Argentina, Barbados, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela.

Han suscrito la Convención Chile, los Estados Unidos de América y Paraguay.

No la han suscrito Antigua y Barbuda, Brasil, Cuba, Dominica, Las Bahamas, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía y Trinidad y Tobago.

Otro rasgo importante que quiero resaltar de la Convención Americana, es que protege 23 derechos civiles y políticos. Quedaron por fuera los derechos económicos, sociales y culturales. Esta imperdonable laguna fue subsanada gracias a una iniciativa de Costa Rica en el año 1982. Don Fernando Volio Jiménez, siendo Canciller de la República, propuso que se adoptara un protocolo adicional en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Hoy día, el Protocolo de San Salvador es una realidad, al haber sido adoptado por la Asamblea General de la OEA el pasado 17 de noviembre de 1988 y quedar abierto a la firma y ratificación de los Estados. Entrará en vigor cuando 11 Estados lo hayan ratificado o hayan adherido a él.

Esencialmente, el Protocolo de San Salvador establece como medios de protección los informes periódicos de los Estados al Consejo Interamericano Económico y Social y al Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura y, en algunos casos en que determinados derechos sean violados por una acción imputable directamente a un Estado Parte en el Protocolo Adicional, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al sistema de peticiones individuales regulado por la Convención Americana.

Además, está siguiendo el trámite de rigor en la OEA, concretamente a la espera de recibir las observaciones de los Estados Miembros, otro proyecto de protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, relativo a la abolición de la pena de muerte. Fue propuesto por el Gobierno de la República Oriental del Uruguay.

Finalmente, quiero poner en relieve otro rasgo muy importante de la Convención Americana. En ella se dispone la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para proteger jurisdiccionalmente los derechos garantizados porque, como dijo la Novena Conferencia Internacional Americana en 1948, mediante la resolución XXXI, al recomendar que el Comité Jurídico Interamericano elaborara un proyecto de Estatuto para la creación y funcionamiento de una Corte Interamericana destinada a garantizar los derechos del hombre, "no hay derecho propiamente asegurado sin el amparo de un tribunal competente".⁽²⁾

La Corte ha emitido nuevas opiniones consultivas y tiene actualmente dos en trámite en uso de su función consultiva, algunas de ellas sobre temas tan importantes como "Restricciones a la Pena de Muerte", "La Colegiación Obligatoria de Periodistas", "Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta", "El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías" y "Garantías Judiciales en Estados de Emergencia". En uso de su función jurisdiccional ha conocido el "Asunto Viviana Gallardo y Otras", ha sentenciado el caso "Velásquez Rodríguez" y están siendo tramitados los casos "Fairén Garbi y Solís Corrales" y "Godínez Cruz". Hace nueve años que se instaló el Tribunal en su sede en San José de Costa Rica y, en verdad, su labor ha sido impresionante, sobre todo en el campo consultivo.

Recordemos que en el caso de la función jurisdiccional, los casos contenciosos solamente pueden ser sometidos a la consideración de la Corte por los propios Estados Partes o por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. No hay acceso directo de las personas al Tribunal porque no se ha reconocido a éstas la capacidad de ser plenamente sujetos de Derecho internacional, como a los Estados o a los organismos internacionales.

Aunque después de 40 años de evolución del sistema de protección internacional de los derechos humanos en América los logros han sido muy importantes, hasta el extremo de contar con un instrumento convencional que reconoce los derechos protegidos y un órgano jurisdiccional para su protección, todavía falta mucho por hacer, porque el sistema podrá operar plena y eficientemente cuando todos los Estados Miembros de la OEA hayan ratificado o adherido a la Convención y aceptado la competencia obligatoria de la Corte. Deben, además, incorporarse al sistema de protección los derechos económicos, sociales y culturales una vez que entre en vigor el Protocolo de San Salvador y, otros que, la evolución de nuestros pueblos requiera para el desarrollo pleno de su vida social.

El futuro del sistema y de los órganos de protección no se puede desligar del futuro de la OEA, que atraviesa por el momento político y

(2) Conferencias Internacionales Americanas. Segundo Suplemento: 1945-1954. Washington D.C., Departamento Jurídico Unión Panamericana, 1956, pág. 210.

económico más difícil de su historia. Pese a esto se habla de la necesidad de fortalecer el área de Derechos Humanos, porque es lo que mejor funciona en la Organización y la ha ayudado a tener una buena imagen.

No hay duda de que en la medida en que prevalezca la democracia en toda América y haya voluntad política de parte de los Estados, el sistema podrá alcanzar su plena madurez y operar eficientemente en beneficio de nuestros pueblos y de su evolución política.

CONSIDERACIONES EN TORNO A LAS PARTICULARIDADES
DEL RECURSO DE CASACION EN MATERIA AGRARIA

Lic. Adrián Torrealba Navas

Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

SUMARIO:

1. Los fundamentos político-ideológicos del recurso de casación. El interés público tutelado y su relación con el interés privado.
2. Los caracteres clásicos del recurso de casación derivados del particular interés público tutelado.
3. Los fundamentos político-ideológicos del del derecho agrario y de su proceso. Su incidencia fundamental en el Instituto de la Casación.
4. Análisis positivo del recurso de casación en materia agraria.
 - a) El régimen legal de la casación agraria. Su remisión al derecho laboral.
 - b) Incidencia del particular interés público del proceso agrario en la regulación positiva con relación a los caracteres clásicos del recurso de casación.
 - c) Aspectos de la tramitación del recurso: resoluciones contra las que proceden y tramitación general.
5. Reflexión final sobre la importancia de la casación agraria.

1. *Los fundamentos político-ideológicos del recurso de casación. El interés público tutelado y su relación con el interés privado*

No es posible el análisis de un instituto jurídico sin entender con claridad cuáles son las circunstancias histórico-sociales respecto de las cuales dicho instituto está llamado a constituirse en una respuesta normativa. En una palabra, cuál es la fuente material⁽¹⁾ del instituto, que incluye tanto las circunstancias de hecho, cuanto las valoraciones políticas que hay detrás de éstas y que se manifiestan en una normativa jurídica determinada.⁽²⁾

Como todas las grandes instituciones del Derecho Civil, el Recurso de Casación es el producto de las circunstancias, fácticas e ideológicas, que tuvieron su culminación en la Revolución Francesa. En efecto, como con justeza lo ha expresado Herrera, "este instituto, cuya configuración realmente se puede ubicar en el año 1790 en Francia, surge como una de las respuestas que los juristas de ese momento daban al nuevo orden que reemplazaba "l'ancien régime", sea la monarquía absolutista, cuya concentración del poder generaba las violaciones más graves a los derechos de los ciudadanos. Precisamente al sobrevenir la Revolución Francesa, los pensadores de la época, como por ejemplo Montesquieu, planteaban la necesidad de la separación del poder (ejecutivo, legislativo y judicial) para obtener un verdadero equilibrio, y así, evitar la arbitrariedad".⁽³⁾

Concretamente, el órgano de casación viene a sustituir la función no-civil del soberano en el antiguo régimen, que Calamandrei expresa con toda claridad en estos términos:

- (1) Se extiende por fuentes materiales del conjunto de motivos éticos, axiológicos y de hechos y circunstancias que "condicionan la aparición de las transformaciones de las normas jurídicas. Reale (Miguel), "Introducción al Estudio del Derecho", Ediciones Pirámide, Tercera Edición, Madrid, 1979, p. 112.
- (2) Se hace referencia al carácter tridimensional del Derecho y, por tanto, de la norma jurídica. Así, la norma jurídica, formalizada según una estructura lógica de debe ser (deóntica), constituye sustancialmente "el momento de integración de una clase de hecho según un orden de valores y no puede ser comprendida sin referencia a esos dos factores que ella dialécticamente integra y supera". REALE (Miguel) *Ibid.*, p. 31.
- (3) HERRERA (Luis Guillermo). "Recurso de casación", *Revista Judicial* N° 38, Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica, setiembre, 1986, p. 49. "Algunos tratadistas estiman que el Tribunal de Casación fue la obra maestra, la organización nacida de la revolución francesa". PICADO (Antonio), *Jurisprudencia de la Sala 1° Civil*, Imprenta Nacional, San José, Costa Rica, 1942, p. 177.

"Originariamente, en el Estado despótico, como lo que hoy es un verdadero y propio derecho subjetivo de castigar, rigurosamente regulado por la ley y por la jurisdicción, era un poder punitivo arbitrario, comprendido en la soberanía, el soberano ejercía a su gusto un poder de anulación sobre las sentencias de los jueces, en cuanto éstas fuesen contrarias a sus intereses y contuviesen un atentado a sus prerrogativas. La anulación no tenía aquí ningún carácter jurisdiccional: era un acto de naturaleza esencialmente ejecutiva, por el cual el monarca quitaba vigor a aquellos pronunciamientos judiciales que le parecían contener un desconocimiento de su voluntad soberana, manifestada en una ley general o también en un mandato individual".⁽⁴⁾

Dentro de este orden de ideas, el recurso de casación se presenta como el mecanismo ideado para garantizar, dentro del nuevo régimen, que el poder judicial cumpla su cometido de excluir la arbitrariedad y, por el contrario, se consagre el principio básico de la idea concreta de justicia de la Revolución: igualdad ante la ley. Así, "la casación dentro de la estructura procesal-judicial, es el instituto de la mayor importancia, porque, en virtud de él, no persigue tanto la reparación del agravio particular, sino principalmente, para obtener una recta, general y uniforme aplicación de leyes o doctrinas legales."⁽⁵⁾

Esencial dentro del esquema ideológico del "nuevo régimen" como instrumento para excluir dicha arbitrariedad, es la idea de sujeción de la función jurisdiccional a la aplicación de la ley, en tanto norma jurídica revestida de las características de generalidad y abstracción: general, en tanto se aplica a todos por igual; abstracta, en tanto constituye un esquema predeterminado que permite saber al ciudadano las consecuencias de sus acciones, con lo que se tutela el valor de certeza jurídica".⁽⁶⁾

(4) CALAMANDREI (Piero), *La casación civil*, Tomo II, *Bosquejo general del instituto*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, p. 129.

(5) HERRERA (Luis Guillermo), *op. cit.*, p. 49.

(6) "Considerar que la generalidad y la abstracción son cualidades intrínsecas de la norma jurídica es un asunto fundamentalmente ideológico antes que lógico. En efecto, detrás de quienes sostiene que tales caracteres sean inherentes a la norma jurídica, existe evidentemente un juicio de valor que se puede expresar, más o menos, en los siguientes términos: Es bueno y deseable que las normas jurídicas sean generales y abstractas. En otros términos, la generalidad y la abstracción no son requisitos que toda norma jurídica debería reunir para corresponder a un ideal de justicia, según el cual todos los hombres son iguales, todas las acciones ciertas, es decir, tales caracteres no son requisitos tanto de la norma jurídica, se la norma válida en un determinado sistema, cuanto de la norma justa". HERNANDEZ (Rubén), *Las fuentes normativas*, Editorial Fundación Colegio Académico, Primera edición, San José, 1981, pp. 20-21.

De este modo, ahí donde el conocimiento de los fallos de los jueces por el soberano, o su órgano delegado⁽⁷⁾ como un control ejecutivo, tenía la función de tutelar el interés del soberano en la correcta interpretación y aplicación de *su voluntad* (por definición, no igual respecto de todos los ciudadanos, ni predeterminada objetivamente), la instauración de un órgano supremo de control jurisdiccional (y, por tanto, separado e independiente del poder ejecutivo) asumió históricamente la función de tutelar el interés público, colectivo (del pueblo, según los esquemas ideológicos de la Revolución Francesa) en la correcta interpretación y aplicación de la voluntad general objetivada en la ley. e esta forma, D la casación tiene como nota distintiva la de tutelar un *particular* interés público, esto es: "el interés público en la exacta interpretación del significado abstracto de la ley", que es distinto del interés público al que sirve la función jurisdiccional en general.⁽⁸⁾ "De suerte que mientras los órganos jurisdiccionales funcionan para garantizar que las específicas voluntades de ley nacidas respecto de los particulares por la coincidencia de los casos particulares reales con el hecho específico legal, sean actuadas en concreto, aún cuando falte la espontánea observancia por parte de sus destinatarios, el órgano de Casación funciona para garantizar que los órganos jurisdiccionales, cuando deducen la existencia de estas específicas voluntades de las normas generales que constituyen el derecho objetivo, entienden estas normas en su exacto significativo abstracto".⁽⁹⁾

Se dice, entonces, que el fundamento de la casación está determinado por sus fines u objetivos, que son dos básicamente: "la protección de la ley, o función nomofiláctica, y la unificación de la ley, o función uniformadora".⁽¹⁰⁾ Es decir, el poder de control jurídico propio de la Casación se presenta bajo dos aspectos: "bajo un aspecto negativo, en cuanto tiende a impedir que los órganos jurisdiccionales se valgan del poder de mandar

(7) "Este poder de anulación del soberano sobre las sentencias de los jueces, que tenía originariamente la naturaleza de un verdadero y propio control ejecutivo, no cambió su naturaleza ni siquiera cuando se ejerció, en lugar de directa y personalmente por el soberano, por un órgano especial gubernativo, representante suyo". CALAMANDREI (Piero), *op. cit.*, p. 130.

(8) No se trata, entonces, de *cualquier* interés público, sino de este particular interés público. Al respecto señala con agudeza CALAMANDREI: "La Corte de Casación sirve a un interés público, de la misma manera que a un interés público sirve todo el proceso y, por consiguiente, todos los órganos jurisdiccionales: lo que importar establecer es, por el contrario, que el interés público al cual sirven los otros Tribunales, puesto que el bien que el Estado se propone alcanzar a través de la Casación, no es igual al bien que el Estado se propone alcanzar a través de los otros tribunales". CALAMANDREI (Piero), *op. cit.*, p. 40.

(9) CALAMANDREI (Piero), *ibid.*, p. 116.

(10) AGUIRRE GODOY (Mario), *Recurso de casación civil*, Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Guatemala, 1964, p. 9.

en concreto que el Estado ha delegado en ellos, sustrayéndose a la norma fundamental, cuya observancia constituye la condición "sine qua non" de aquel poder; desde este punto de vista la Corte de Casación reafirma la autoridad de la ley frente al juez, de un modo exclusivamente negativo, puesto que se limita a quitar vigor al acto singular que el juez haya llevado a cabo, saliéndose de los límites de su poder; (...) bajo un aspecto positivo, en cuanto tiende a asegurar en el Estado la uniformidad de jurisprudencia y, por consiguiente, la unidad y la igualdad de derecho objetivo, a través de la revisión y de la selección de las diversas interpretaciones de una misma norma jurídica, coexistentes en la jurisprudencia a causa de la pluralidad simultánea de los órganos judiciales de un mismo grado; desde este punto de vista, la Corte de Casación no se limita a destruir, sino que contribuye potentemente a disciplinar y a fijar la fecunda obra de integración del derecho objetivo que se lleva a cabo ininterrumpidamente por la jurisprudencia".⁽¹¹⁾

Históricamente, y en algunos ordenamientos, dicho interés público del Estado en la exacta interpretación y correcta aplicación de la ley, se manifestó en la estructuración del recurso de casación como un instrumento procesal de impulso de oficio, por parte de un órgano ejecutivo del Estado (el Ministerio Público). Tal es el caso del llamado "recurso en interés de la ley" del ordenamiento procesal civil italiano.⁽¹²⁾

En una posterior evolución, cuando no se trata de la actuación de leyes de orden público, como pueden ser las penales, el Estado confía a la actividad privada la vigilancia sobre la exacta interpretación jurisprudencial del derecho objetivo, permitiendo a los particulares ser los impulsores de la actividad jurisdiccional. Se delinea entonces el recurso de casación tal cual lo conocemos en el proceso civil.⁽¹³⁾

En el contexto de este esquema moderno del recurso de casación, se dice que el interés privado es puesto al servicio del interés público. En ese sentido, es preciso delimitar con exactitud el objeto de cada interés: mientras que el interés privado se centra sobre la parte *dispositiva* de la sentencia o resolución impugnada, el interés público tiene por objeto la parte *considerativa*, fundamentalmente.⁽¹⁴⁾ Es decir, el interés del Estado es que la interpretación de la ley que justifica la disposición final, sea correcta; el

(11) CALAMANDREI (Piero), *op. cit.*, pp. 101-102.

(12) Véase al respecto, SAENZ (María Antonieta), "La casación en el ordenamiento jurídico italiano", *Revista de Ciencias Jurídicas*, N° 42, setiembre-diciembre 1980, San José, Editorial Universitaria, p. 36. También CALAMANDREI (Piero), *op. cit.*, pp. 121 y ss. Tal institución mantiene su vigencia en el proceso penal. Véase al respecto, el artículo 473 de nuestro Código de Procedimientos Penales.

(13) Véase CALAMANDREI (Piero), *ibid.*, p. 152.

(14) CALAMANDREI (Piero), *op. cit.*, pp. 147 y ss.

particular, aprovechando ese interés del Estado, procura beneficiarse logrando una transformación de la parte dispositiva de la sentencia que vendría a ser la consecuencia de la mala interpretación en que eventualmente se haya incurrido. Así, el interés privado se presenta como secundario respecto del interés del Estado, que es el interés primario.⁽¹⁵⁾ Esto significa que en una gran síntesis, el interés privado sólo tiene posibilidades de satisfacción en el tanto su lesión implique *también* la lesión del interés público del Estado.

2. Los caracteres clásicos del recurso de casación derivados del particular interés público tutelado

Esta situación es la que, precisamente, le permite otra de sus notas distintivas al recurso de casación: su sujeción a "ciertas causales expresamente reguladas, tanto en lo que se refiere a los motivos de fondo como de forma".⁽¹⁶⁾ Así, se le considera un recurso de carácter "extraordinario", "en el sentido de que no se puede interponer "ad libitum" simplemente porque el sujeto interesado crea que ha sufrido perjuicio por la resolución de instancia, sino que las posibilidades de interpretación se hallan reducidas a las causas taxativas y la infracción que se impute a dicha resolución, ha de ser alguna de las que con carácter excluyente se contemplan en la ley como motivos de casación".⁽¹⁷⁾ Estos son los llamados "vicios" que pueden ser de dos tipos, según la clasificación tradicional: "in iudicando" o relativo a la errónea interpretación de normas sustantivas; "in procedendo" o relativo a la infracción de normas adjetivas. Se trata, en fin, de motivos de fondo y de forma".⁽¹⁸⁾

De este modo, son casos típicos de motivos de fondo: la violación, interpretación errónea o aplicación indebida de la ley; la presencia de disposiciones contradictorias en el fallo; el hecho de ser fallo contrario a la cosa juzgada; error de derecho y error de hecho.⁽¹⁹⁾ Son casos típicos de

(15) CALAMANDREI (Piero), *ibid.*, pp. 147 y ss.

(16) HERRERA (Luis Guillermo), *op. cit.*, p. 49.

(17) PRIETO CASTRO y FERRANDIZ (Leonardo). *Derecho procesal civil*, Volumen 1º, 3ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1975, p. 263.

(18) Dice el artículo 902 de nuestro Código de Procedimientos Civiles: "El recurso de casación puede interponerse:

- a) Por violación de leyes que establecen los procedimientos; y
- b) Por violación de ley en la parte dispositiva de la sentencia; en cuanto al fondo del negocio".

(19) Ver en este sentido, PICADO (Antonio), *op. cit.*, pp. 184-185.

motivos de forma: la falta de emplazamiento de los que debieron haber sido citados para el juicio; la falta de recibimiento a pruebas cuando proceda con arreglo a derecho (la falta de notificación del auto de apertura a pruebas, la denegación de cualquier diligencia de pruebas admisible según las leyes y cuya falta haya podido producir indefensión) incongruencia del fallo; falta de citación para alguna diligencia de prueba que haya podido producir indefensión; incompetencia por razón del territorio o de la materia; sentencia dictada por menor número de magistrados.⁽²⁰⁾

Igualmente, resulta consustancial a los fundamentos expuestos del recurso de casación su característica de no ser "una nueva instancia, ni una nueva alzada o apelación, capaz de provocar otro examen del asunto en los hechos y las pruebas deforman la premisa menor del silogismo de las resoluciones judiciales, sino que la labor del órgano de casación se limita a las funciones anteriormente expresadas".⁽²¹⁾ En nuestro medio, la jurisprudencia ha dicho al respecto:

"La Sala de Casación no es un tercera instancia sino un tribunal de estricto derecho que sólo debe juzgar si la ley ha sido infringida en cuanto al fondo del negocio o en cuanto atañe a las normas establecidas para el proceso".⁽²²⁾

Como una derivación de la extraordinariedad del recurso, la mayoría de las legislaciones y la jurisprudencia le han imprimido una característica externa al recurso, cual es su formalismo. Así, por ejemplo, nuestro Código de Procedimientos Civiles exige "la mención de la ley o leyes infringidas" (artículo 910). Igual sucede en materia penal, al establecer el artículo 477 del Código de Procedimientos Penales que "se citarán concretamente las disposiciones legales que se consideran violadas o erróneamente aplicadas y se expresará cuál es la pretensión. Deberá indicarse separadamente cada motivo con sus fundamentos". También la jurisprudencia ha reiterado el carácter formalista del recurso, derivado de su carácter extraordinario:

"El recurso de casación, por ser de carácter extraordinario, debe reunir ciertas formalidades indispensables para que la gestión pueda prosperar".⁽²³⁾

(20) PICADO (Antonio), *ibid.*, pp. 180-182.

(21) PRIETO CASTRO (Leonardo), *op. cit.*, p. 263.

(22) Casación 1961 N° 36, sem. T. I, p. 456; Casación N° 111, Casación N° 96, 1963, II sem. T. II, p. 591; Casación 1953, N° 62, I sem. T. II, p. 1302 o 1309 ????

(23) Casación 1960, N° 16, I sem. T. I, p. 386; Casación 1953, N° 1966, N° 82, II sem. T. I, p. 378.

3. Los fundamentos político-ideológicos del derecho agrario y de su proceso. Su incidencia fundamental en el instituto de la casación

Una vez establecidos los caracteres fundamentales del recurso de casación, extraídas de su raigambre civilista, debo pasar a dilucidar la siguiente cuestión: en el momento en que dicho instituto pasa al terreno del Derecho Procesal Agrario, ¿sufre algún tipo de mutación o, por el contrario, se mantiene incólume?

La primera consideración a realizar es que, es la base del proceso agrario, en tanto conjunto normativo, se encuentra una fuente material diferente de la del proceso civil y, por lo tanto, tal conjunto de normas suponen una síntesis de hechos y valores también diferente. De este modo, la presencia de factores técnicos (hecho técnico) y políticos (hecho político) peculiares que se constituyen en los factores de especificación del Derecho agrario,⁽²⁴⁾ de tal manera que la normativa se ve impregnada de una tutela simultánea de intereses públicos y privados, según una orientación axiológica que se puede resumir en la búsqueda de justicia social con eficacia económica como base para un desarrollo integral del individuo y la sociedad. Y, precisamente, "al desarrollo del Derecho agrario histórica e inconstitucionalmente corresponde un movimiento de igual magnitud del proceso, pues las características específicas de la materia jurídica agraria imponen la existencia de un proceso apropiado para el cumplimiento y satisfacción de sus necesidades".⁽²⁵⁾

Ya se ha visto que, en la base del proceso civil y, en consecuencia, del recurso de casación, la idea concreta de justicia subyacente en todo momento es la de "igualdad ante la ley". En cambio, debe tenerse en cuenta el hecho de que el Derecho agrario nace como consecuencia de una serie de factores económicos, sociales y políticos⁽²⁶⁾ que plantea la exigencia de lograr la justicia social, al punto que se puede decir que ésta constituye uno

(24) "Con questa espressione si vuole alludere a quelle forze fondante-le intime forces creatives-care al Ripertalle quali traggono origine le piu volter rilevate anomalie e peculiarita dellas normativa del d.a.". CARROZZA (Antonio), *Lezioni di diritto agrario. I. Elementi di teoria generale*, Giuffrè Editore, Milano, 1988, p. 230. En igual sentido, CARROZZA (Antonio), *Problemi generali e profili di qualificazioni del Diritto Agrario*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1975, 1982, p. 17.

(25) ZELEDON (Ricardo), *Proceso agrario comparado en América Latina*. Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, 1982, p. 17.

(26) "El Derecho Agrario como fenómeno ius-histórico, no ha existido siempre. Aparece a partir del momento en que se dan una serie de condiciones económicas, políticas, sociales, e incluso culturales, determinadas, que permitan su nacimiento". ZELEDON (Ricardo), "El origen del moderno derecho agrario". *Temas de Derecho Agrario europeo y latinoamericano*, Editorial de la Fundación Internacional de Derecho Agrario Comparado. San José, 1982, p. 12.

de los grandes fines axiológicos de esta rama del Derecho.⁽²⁷⁾ En ese sentido, es claro que los movimientos político-ideológicos desarrollados bajo la consigna de la justicia social se caracterizan por introducir un criterio concreto de justicia que sirva de punto de referencia a la idea formal de igualdad diferente del adoptado en la ideología de la Revolución Francesa: así el objetivo ya no va a ser la mera promoción de la idea de igualdad ante la ley, sino, la búsqueda de una igualdad *real* entre los hombres de carne y hueso, en sus concretas relaciones sociales. Es decir, "lo que en el fondo se intenta superar es la existencia de una base de igualdad meramente formal entre los hombres, para consolidar una base de igualdad real".⁽²⁸⁾

De este modo, el interés público en la exacta interpretación de la ley como forma de tutelar la concepción de justicia nacida de la Revolución Francesa tiende a modificarse como consecuencia de la concepción de justicia social. Así, el interés público ya no va a centrarse en esa interpretación de la ley como un fin en sí mismo respecto del cual el interés de los privados en los efectos de esa interpretación es tan solo secundario, sino que tal interés va a centrarse en el efecto de la aplicación de la ley, en tanto favorezca o no la justicia social, manifestada en la igualdad real efectivamente lograda.

En el campo del recurso de casación, esta tendencia del Derecho agrario, tiene su efecto inmediato en el hecho de que el objeto del interés público ya no se va a circunscribir a la parte *considerativa* de la sentencia sino que, también; se va a extender a la parte dispositiva. Así, no interesa tanto que la ley sea bien interpretada cuanto que el efecto de la sentencia sea realmente justo.

Igualmente, los principios procesales típicos del proceso agrario también van a introducir modificaciones importantes en el instituto de la casación en su paso del Derecho civil al Derecho agrario, al punto de llegar a cuestionarse si se puede hablar realmente de "casación" o si, por el contrario, sea necesario acudir a otra denominación.

(27) Con referencia a los dos grandes fines del derecho agrario dice ALVARENGA: "El primero de estos fines, señalamos que es obtener en el campo la más racional producción (...). El segundo fin es el de la justicia social. ALVARENGA (Ivo), *Temas de Derecho Agrario y Reforma Agraria*, Educa, Primera Edición, San José, 1977, pp. 28-29.

(28) TORREALBA (Adrián) y AGUILAR (Bernardo), *El perfil funcional de la organización subjetiva en la empresa de reforma agraria (Contribuciones a la Búsqueda de un modelo óptimo para Costa Rica)*. Tesis para optar por el grado de licenciatura en derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, 1987, p. 425. "Para lograr esto se ha recurrido al siguiente expediente. La igualdad formal de todos los hombres ante la Ley, indudablemente responde a toda una corriente de pensamiento que ubica a la persona en el centro de toda estimación es un hombre abstracto, una categoría que no coincide con los hombres reales, de carne y hueso. Consecuentemente, las corrientes que buscan la justicia social, lo que hacen es sustituir a este ser humano abstracto por los seres humanos concretos, imbuidos en un cúmulo de relaciones sociales, con necesidades también concretas que deben ser satisfechas", *ibid.*, p. 425.

4. Análisis positivo del recurso de casación en materia agraria

Para precisar en concreto estas orientaciones, es conveniente proceder al análisis positivo del recurso de casación en materia agraria, con referencia esencialmente al caso de nuestro país.

a) El régimen legal de la casación agraria. Su remisión al derecho laboral

Ciertamente, la regulación específica sobre casación contemplada en nuestra normativa agraria se reduce a un solo artículo, el 61 de la Ley de Jurisdicción Agraria.⁽²⁹⁾ No obstante, la regulación ahí contenida se amplía mediante una remisión expresa al Capítulo V, Título VII del Código de Trabajo, que es el que se refiere al recurso de casación en materia laboral. Igualmente, es de admitir una remisión ulterior, en lo aplicable y no contradictorio con los regímenes anteriores, al Código de Procedimientos Civiles y a la Ley Orgánica del Poder Judicial, sobre la base de la disposición del artículo 6 de la misma Ley de Jurisdicción Agraria.⁽³⁰⁾

Este esquema legislativo en realidad no es más que el reflejo, desde un punto de vista puramente técnico, de una corriente típica del proceso agrario iberoamericano, en la cual se queda "excluida la posibilidad de emanar un código procesal agrario, pues todo un conjunto de principios fundamentales existen en otros códigos más acabados, de los cuales sin dificultades se extraen las principales directivas".⁽³¹⁾

Desde un punto de vista sustancial, la remisión al Derecho laboral se justifica desde el punto de vista de que ambas ramas pueden ubicarse dentro de lo que alguna doctrina ha dado en llamar el "derecho social", debiendo entenderse por tal "las nuevas orientaciones jurídicas tutelares de las clases económicamente débiles de la sociedad, así como la tendencia política contemporáneamente hacia un reparto más equitativo de los bienes y de los valores". En ese sentido, se afirma que el derecho laboral viene a ser lago así como el tronco común de las corrientes jurídicas que toman como estandarte el de la justicia social, al punto de que para algunos autores, especialmente españoles, el derecho social "se identifica con el derecho laboral o del trabajo, en virtud del espíritu de justicia social que

(29) Ley N° 6739 de 29 de marzo de 1982. Reformada por ley N° 6975 del 30 de noviembre de 1984.

(30) Artículo 6, párrafo 2°, dispone: Sus actuaciones y resoluciones se regirán por los procedimientos señalados en la presente ley y, en lo que fuere compatible, por las disposiciones de los respectivos códigos procesales y la Ley Orgánica del Poder Judicial.

(31) ZELEDON (Ricardo), *Proceso Agrario en América Latina*, p. 123.

impera en las normas tutelares de la clase trabajadora".⁽³²⁾ "Lo cierto es que el derecho social ha desbordado por completo la materia laboral y ha sido integrado a otras disciplinas, ampliando cada vez más su esfera de acción",⁽³³⁾ comprendiendo "las recinetes disposiciones sobre arrendamientos urbanos y rústicos, el nuevo derecho agrario, el derecho económico e inclusive amplios sectores del derecho civil y del comercial".⁽³⁴⁾

b) *Incidencia del particular interés público del proceso agrario en la regulación positiva con relación a los caracteres clásicos del recurso de casación*

Ya se ha visto que, en virtud del juego de intereses propio del recurso de casación tradicional, el interés del privado de poder recurrir depende de que su lesión implique también la lesión del interés público del Estado. La no necesaria concordancia de ambos intereses deriva, obviamente, de que cada uno tenía por objeto un ámbito diferente: la parte considerativa del fallo del público, la parte dispositiva el privado. En el Derecho agrario, en cambio, el interés público del Estado se centra en la vigilancia de la justicia de dichos efectos, razón por la cual toda eventualidad de lesión al interés privado implica una eventual lesión al interés público del recurso de casación de estar sujeto a ciertas causales taxativamente reguladas.

Puede verse, entonces, que el artículo 550 del Código de Trabajo, de aplicación al proceso agrario, establece, en su inciso c), que el recurso debe contener, entre otras cosas, "las razones claras y precisas" que ameritan su procedencia del recurso. Esta ha sido la interpretación acogida por la jurisprudencia costarricense, al decir, por ejemplo

"En materia de trabajo... es necesario analizar las diversas violaciones alegadas por las partes como si se tratara de aquel recurso extraordinario. (Refiriéndose al recurso de casación tradicional).

En consecuencia, se trata de un recurso clasificable como ordinario y no, como es lo tradicional, de extraordinario.

Esta característica conlleva inmediatamente otra: el carácter de mera instancia que tiene el recurso, en el tanto admite un examen del asunto

(32) FIX ZAMUDIO (Héctor). "Lineamiento del proceso social agrario en el derecho maxicano", publicado en *Atti della seconda assemblea dell'Istituto di Diritto agrario internazionale e comparato* (Giuffrè, Milano, 1964), p. 376.

(33) FIX ZAMUDIO (Héctor), *op. cit.*, p. 377.

(34) ZIX ZAMUDIO (Héctor), *ibid.*, p. 37.

en los hechos y pruebas que forman la premisa menor del silogismo de las resoluciones judiciales. De modo que el interés público en la parte dispositiva obliga al examen no sólo de la adecuación del cuadro fáctico a las normas, sin cuestionamiento de la verdad real de dicho cuadro, sino de, precisamente, la correcta y ajustada, a la realidad, configuración de dicha premisa menor.

El concepto de "recurso de instancia" se ha ligado a dos características fundamentales; la no sujeción a "formalidades técnicas especiales" (artículo 550 del Código de Trabajo), y la apreciación de la prueba no restringida a la existencia o no de errores de derecho o de hecho en la apreciación ya hecha por las instancias inferiores, sino abierta a un examen directo de las pruebas tal como lo hacen los jueces de instancia.

En el primer sentido, la jurisprudencia laboral ha considerado que "en materia laboral no cabe el recurso de casación sino el de tercera instancia rogada que no está sujeto a formalidades técnicas especiales",⁽³⁵⁾ o bien que "la intervención de la Sala de Casación en materia de trabajo, adquiere en carácter de mera instancia, motivo por el cual las alegaciones han de resolverse conforme al mérito de los autos, sin observancias de las formalidades a que está sujeto el recurso de casación".⁽³⁶⁾

Esto se manifiesta, por ejemplo, en la no existencia de indicación de las normas supuestamente infringidas por la sentencia recurrida, como sí se exige en la casación tradicional. Así, "la falta de cita de normas de materia laboral no perjudica su procedencia, por tratarse de una instancia simplemente rogada".⁽³⁷⁾

En cuanto a la apreciación de las pruebas, es de tener en cuenta que, en primer lugar, el recurso de casación civil establece que las deficiencias en esta materia sólo pueden ser motivo de casación en el tanto se manifiesten en una de estas formas; error de derecho⁽³⁸⁾ o de hecho.⁽³⁹⁾ Esto

(35) 1967. Chavarría Loaiza vs. Servicio Nacional de Acueductos y Alcantarillados, N° 48, I sem., II tomo, p. 941.

(36) 1951, PALLAREA PALLAREA vs. Instituto Nacional de Seguros, 10 hrs. del 7 de febrero, I sem., tomo único, p. 176.

(37) 1967, Williams Tasara vs. Junta de Protección Social de Alajuela, N° 20, I sem., I tomo, p. 358.

(38) "Se produce éste cuando en la apreciación de la prueba haya habido (...) infracción de las leyes relativas al valor de los elementos probatorios". HE-RRERA (Luis Guillermo), *op. cit.*, p. 61.

(39) Se produce el error de hecho "cuando se incurre en equivocaciones materiales al evaluar los medios de convicción, poniendo en boca de los confesantes, de testigos o peritos, lo que éstos no han dicho, o que han informado de modo diferente, leyendo lo un documento no exprese o lo consigna en otro sentido, sacando de los indicios y presunciones, consecuencias que evidentemente los contradicen, dando por cierto un hecho no aprobado o negando su existencia a pesar de estar en forma acreditado". Casación N° 42, 1953.

significa que, en el primer caso, las atribuciones de la Sala de Casación se limitan a una verificación de que una prueba cuyo valor se encuentra tasado en la ley (artículos 719 y siguientes del Código Civil, complementadas por las disposiciones de los artículos 230 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles) haya sido valorada en consecuencia; y, en el segundo, tales atribuciones se limitan a verificar que no se haya dado una discrepancia evidente entre el contenido real de las pruebas que están en el expediente y lo que el juez entendió que era el contenido de éstas, sea porque se equivocó al leer, porque no tuvo por cierto un hecho constante en una prueba, o bien, tuvo por cierto otro sin base probatoria. Fuera de estas posibilidades, podría suceder que, pese a que no se haya caído en ninguno de estos errores, la apreciación conjunta de la prueba estuviera incorrecta, no obstante lo cual, la Sala de Casación no tiene facultades para proceder a esta valoración conjunta del mérito de los autos. En otras palabras, el margen para la apreciación de las pruebas en las instancias, es distinto al que rige en Casación.

En materia agraria, en cambio, el carácter de tercera instancia hace que el margen de apreciación de las pruebas en la Sala de Casación sea idéntico al de las instancias inferiores. Al respecto sostiene Arguedas:

"Para las sentencias de segunda instancia, se ha establecida un recurso de Casación que por la forma en que está constituido, es claro determinar que no se trata de un recurso de Casación en su recto sentido, sino más bien de una tercera instancia, como fácilmente resulta el artículo 61 en su párrafo 3, el cual obliga a la Sala de Casación a preciar la prueba en conciencia, *al igual que como se hace en la primera instancia*".⁽⁴⁰⁾

De este modo, la apreciación de las pruebas en Casación se rige de acuerdo con el párrafo tercero del artículo 61 de la Ley de la Jurisdicción Agraria, por lo dispuesto por el artículo 54 de la misma ley, que es el que establece el principio de apreciación probatorio que rige para la sentencia de la primera instancia.

El artículo 54 mencionado establece, en su párrafo segundo, que "al resolver el fondo del negocio, el juez apreciará la prueba a conciencia y sin sujeción estricta a las normas de derecho común, pero, en todo caso, al analizar el resultado de la prueba recogida en el proceso, deberá expresar los principios de equidad o de derecho en que se basa su criterio". Como puede verse, la sujeción que se establece para el Juez, no es a una norma que, en concreto y en forma expresa, establece una regulación de los medios de prueba, sino a preceptos de contenido muy general, no referidos espe-

(40) ARGUEDAS (Olmán), "El Derecho procesal agrario como instrumento de seguridad jurídica y social en el agro. Su situación en Costa Rica". *Revista judicial*, Corte Suprema de Justicia, N° 16, San José, junio de 1980, p. 37.

cíficamente a la materia probatoria. Sin duda alguna, la diferencia de regímenes se justifica por una diferencia en los valores tutelados: mientras en el primer caso, la tutela fundamental se centra en el valor de seguridad jurídica, en el segundo, con cierto riesgo de la seguridad implícita en el saber a qué atenerse, se aspira a la tutela del valor justicia, que debe ser alcanzado mediante el recurso de la equidad, en tanto manifestación de aquélla en el caso concreto.

La consecuencia de esto es que el punto de referencia de la valoración dada a una prueba, no es una norma jurídica expresa, sino un principio general. En consecuencia, la noción tradicional del error de derecho como motivo tasado de casación, pierde completamente sentido en materia agraria, precisamente por el principio de valoración probatorio adoptado.

Ahora, es diferente la cuestión de que se dé idéntico margen de apreciación probatoria entre Casación y las instancias inferiores respecto de la cuestión de las posibilidades de recabar pruebas que se dan en una y otra etapa procesal.

En la Casación civil, la posibilidad de recibir nueva prueba no existe, de lo cual es ejemplo fehaciente el artículo 906 del Código de Procedimientos Civiles, que señala terminantemente que "ante la Sala de Casación no puede proponerse ni admitirse ninguna prueba, ni le es permitido al Tribunal ordenar pruebas para mejor proveer", disposición que es plenamente coherente con la concepción fundamental de la casación.

En materia laboral, no se rompe definitivamente con esta característica de la casación, reflejo de su natural desinterés respecto a la veraz configuración de la premisa menor del silogismo", esto es, del cuadro fáctico. Sin embargo, sí se abre un portillo, en aras de la coherencia con el interés público señalado para el caso de las ramas jurídicas de "Derecho social". Así, el artículo 554 del Código de Trabajo, establece que "ante la Sala de Casación, no podrá proponerse ni admitirse ninguna prueba, ni le será permitido al Tribunal ordenar pruebas para mejor proveer, *salvo el caso de que éstas fueren absolutamente indispensables para decidir con acierto el punto o puntos controvertidos*". En todo caso, esta posibilidad de recabar nueva prueba es sólo en casos excepcionales, lo cual ha sido interpretado así por la jurisprudencia, reflejándose en un sistemático rechazo de las pruebas solicitadas en Casación:

"Si en un juicio laboral debido al despido injustificado de uno de los trabajadores de finca se solicita prueba para proveer en el sentido de realizar un peritazgo para determinar las pérdidas que el conflicto provocó en la finca, debe denegarse en casación, pues sólo por excepción debe ser admitida dicha prueba cuando sea indispensable para decidir sobre los puntos controvertidos".⁽⁴¹⁾

(41) 1963. ARIAS SOTO y otros vs. Hacienda Nuestro Amo Ltda., N° 77, Segundo Semestre, I Tomo, p. 303.

En principio, esta norma del Código de Trabajo se aplica en materia agraria. Sin embargo, cabe el cuestionamiento de si la presencia de una norma específica en el artículo 61 de la L.J.A. (sin correlato análogo en materia laboral), no podría dar fundamento a una interpretación mucho más amplia de las posibilidades de recabar prueba.⁽⁴²⁾ Me refiero a la redacción del párrafo tercero del artículo 61 que dice:

“La Sala de Casación, a la hora de apreciar la prueba y *resolver el negocio*, se regirá por lo dispuesto en el artículo 54 y, en general, *por los principios que informan esta ley*”.

Dentro de esos principios, el artículo 26 de la Ley de Jurisdicción Agraria consagra el del “impulso procesal de oficio” que, a su vez, no es más que el corolario del principio general de proceso agrario, sistematizado por la doctrina, de que el Juez agrario está investido de poderes de indagación e intervención más amplios, lo que no es más que la expresión de una incidencia del principio inquisitivo en esta materia. Así, siguiendo a Germano, “el elemento típico del moderno proceso de la agricultura es, sin embargo, el aumento de los poderes de instrucción del Juez, y más en concreto el poder de disponer de oficio sobre todos los medios de prueba que considere oportunos”.⁽⁴³⁾ De este modo, “con el fin de hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso civil, atenuando las consecuencias que pudieran derivarse de la circunstancia de que una parte sea menos hábil, menos dispuesta, menos ágil que la parte contraria, al Juez agrario se le ha atribuido no sólo la facultad de intervenir activamente en el proceso advirtiendo a las partes de las irregularidades o lagunas de su defensa, sino también el poder de buscar la prueba de los hechos alegados por las partes”.⁽⁴⁴⁾

Nótese entonces que la norma en comentario lo que parece decir es que en el negocio en Casación debe ser resuelto de acuerdo con los principios informantes de la ley. En consecuencia, si los poderes y los deberes típicos del Juez agrario conllevan la necesidad de recabar prueba cuando lo considere oportuno (no cuando sea absolutamente indispensable), en aras de establecer la verdad real de los hechos, y si esta manifestación del principio inquisitivo y de impulso de oficio ciertamente “informa” la Ley de Jurisdicción Agraria, no es arbitrario ni antojadizo sostener que ésta establece una ruptura al mismo régimen previsto en materia laboral. De este modo,

(42) Párrafo segundo del art. 555 del Código de Trabajo, dice simple y llanamente: “El tribunal apreciará la prueba de conformidad con las prescripciones del artículo 486” (que es idéntico en su redacción al art. 54 de la L.J.A.).

(43) GERMANO (Alberto), “Al derecho agrario y el proceso”. En *jornadas italo-español de derecho agrario*, Universidades de Salamanca y Valladolid, 1976, p. 506.

(44) *Ibid.*, p. 506.

basta con que el Juez sienta que hay lugar a dudas, o que determinada prueba podría ayudar a precisar el cuadro fáctico, para que pueda ordenar o admitir una prueba, sin estar sujeto al régimen de excepción del Código de Trabajo.

Con esta última interpretación, el carácter de mera instancia del recurso de casación agraria quedaría completamente consolidado.

Por otra parte, como se ha visto, la razón fundamental para que en materia agraria (y laboral) se excluya la necesidad de tasar los motivos de casación es, precisamente, la existencia de un interés público en la justicia de lo que la sentencia dispone. Ahora, la regla general de que para acudir a este recurso no se necesitan motivos expresos, puede llevar a concluir que, en consecuencia *cualquier* motivo vale para basar el recurso de casación.

En ese orden de ideas, debe recordarse que los motivos típicos de casación no sólo se refieren a la violación del derecho sustantivo, sino también del derecho adjetivo, esto es, a los vicios “in precedendo”. De este modo, eliminar en materia procesal agraria o laboral la tasación de motivos en general, sin precisión alguna y sin referencia al orden de valores que se busca tutelar, llevaría al reconocimiento que se puede plantear un recurso de casación por cualquier violación de las leyes procesales, sin discriminación alguna.

Una solución en este sentido no podría sostenerse válidamente por varias razones: en primer lugar, no es cualquier violación de una ley de procedimiento la que tiene verdadera incidencia en la justicia o injusticia de la resolución final, que es lo que da su razón de ser a la eliminación de los motivos tasados de casación; por otra parte, se estaría contradiciendo el principio antiformalista del proceso agrario, así como el de celeridad, precisamente por cuanto se daría pie al recurso de casación por meros aspectos formales del asunto, con lo cual se provocaría atrasos y dilaciones excesivas y sin verdadera justificación a la luz de los principios del proceso agrario y de las exigencias del Derecho agrario sustantivo.

Esta consideración puede verse reflejada en una norma del Código de Trabajo, que establece el rechazo de plano del recurso “cuando se pida únicamente la corrección, reposición o práctica de trámites procesales” (artículo 552, inc. b.), norma que es de aplicación en materia agraria. Sin embargo esta norma ha sido objeto de diversas interpretaciones, muchas veces poco felices.

Por una parte, algunos fallos jurisdiccionales han sostenido la tesis radical de que, de acuerdo con la norma aludida, la Sala de Casación no tiene competencia para conocer recursos por la forma:

“En materia de trabajo, la Sala de Casación no tiene competencia para conocer de recursos por la forma”.⁽⁴⁵⁾

(45) 1968. Wabe Redeno vs. Cantillano Vindas y otro, N° 40, I Sem., II Tomo, p. 695.

O bien:

"En materia de trabajo, no se otorga el recurso por la forma, porque de acuerdo con la ley laboral, a la Sala de Casación le está vedado corregir, reponer u ordenar la práctica de trámites procesales".⁽⁴⁶⁾

"La Sala de Casación está impedida, en materia laboral, para conocer de un recurso en el que se reclaman vicios o defectos de procedimiento".⁽⁴⁷⁾

Con un mejor criterio, a mi juicio, en cuanto a la interpretación de la letra de la ley, en otras ocasiones se ha sostenido que:

"Si el recurso en materia laboral solicita la reposición de trámites procesales omitidos, que crearon una nulidad formal, tal nulidad debe ser conocida si ese no es el único punto que incluye el recurso, sino que formula con otros de distinta naturaleza".⁽⁴⁸⁾

Este último pronunciamiento citado señala, en otras palabras, que lo que no se admite es que sólo por cuestiones formales se establezca el recurso, pero que si se alegan junto con aspectos de fondo, sí podría la Sala de Casación entrar a conocer del recurso.

Como se ve, la solución planteada por la norma en comentario al problema señalado es radical. En efecto, ante los problemas de que la eliminación de motivos tasados, diera lugar a interminables recursos por razones formales de poca trascendencia, la opción es entonces la eliminación del recurso por la forma, esto es, por vicios "in procedendo". Esto es, a mi juicio, un contrasentido, pues lo lógico es que los motivos tasados se mantengan cuando se trate de cuestiones puramente formales, para lograr establecer aquellos vicios "in procedendo" que causen indefensión y, por lo tanto, den lugar a nulidades.

c) *Aspectos de la tramitación del recurso: resoluciones contra las que procede y tramitación general*

El recurso de casación agraria procede, de conformidad con el artículo 61 de la Ley de Jurisdicción Agraria, "contra las sentencias definitivas

(46) 1967. Vega Sanabria vs. García Carazo, N° 10, sem. I tomo, p. 205.

(47) 1963, Miranda Cortés vs. Instituto Nacional de Seguros, N° 22, I Sem., Tomo único, p. 255.

(48) 1954. Wood Durrant vs. Caja Costarricense de Seguro Social, N° sem., II Tomos, p. 224.

dictadas por el Tribunal Superior Agrario, en la vía ordinaria, así como en los juicios de expropiación". "Cabrán, igualmente, este recurso contra las resoluciones dictadas en otros negocios de conocimiento de los tribunales creados por esta ley, que de acuerdo con la legislación, puedan ser objeto de recurso de casación; pero en tales casos éste se regirá por los mismos procedimientos que aquí se establecen".

En cuanto a las resoluciones que expresamente menciona el artículo 61, no presentan mayor problema de interpretación. Quizá el único punto de duda consiste en el hecho de que el enunciado del artículo 61 no hace referencia alguna a una cuantía mínima para que una sentencia pueda ser recurrida en Casación. La cuestión a definir es si la afirmación pura y simple de que procede "contra las sentencias definitivas" equivale a decir a "todas" las sentencias, sin que quepa discriminación alguna entre ellas por razón de la cuantía. O sí, por el contrario, debe interpretarse como una omisión de la Ley que, como tal, se suple con la normativa del Código Laboral y, eventualmente, con la del Código de Procedimientos Civiles. En este sentido, la cuantía mínima sería la vigente, esto es, ₡ 200.000.00, salvo que se trate de inestimable, en que procede en todo caso. Hasta el momento, la interpretación dominante es la de si se debe entender que se aplican los límites cuantitativos señalados. En mi opinión, el problema podría suscitarse en el tanto tal límite sea establecido en otros cuerpos legales, que no tienen en consideración que la importancia de un juicio, desde el punto de vista de los fines del Derecho agrario, no debe medirse por su cuantía, sino por su grado de tutela de las necesidades de igualdad real y, en consecuencia, de los sectores más débiles. Un límite muy alto podría dejar a un campesino humilde sin poder ejercer el recurso en una situación que, si bien cuantitativamente baja desde un punto de vista objetivo, represente para él las posibilidades básicas para su sustento y manutención.

En cuanto a las resoluciones no expresamente mencionadas en el artículo 61, cabe señalar, en primer lugar, el auto que declare con lugar cualquiera de las defensas previas previstas en el artículo 45, párrafo segundo, establece que "contra el auto que declare con lugar cualquiera de estas defensas, cabrán los recursos ordinarios y extraordinarios aplicables a la sentencia definitiva, de acuerdo con la naturaleza y cuantía del negocio".

Por otra parte, por aplicación supletoria del Código de Procedimientos Civiles, cabe también el recurso respecto de resoluciones que resuelvan incidentes que pongan término al principio objeto de la acción, por hacer imposible su continuación o reiteración (relación de los artículos 899 y 81, inc. 2 del Código de Procedimientos Civiles).

Asimismo, el Código de Procedimientos Civiles señala, en su artículo 900, que procederá también el recurso de casación contra las resoluciones que el Tribunal Superior Agrario dicte con ocasión de asuntos interpuestos ante él, sin previo conocimiento de los juzgados de primera instancia. Un ejemplo de esto puede encontrarse en el artículo 12 de la Ley de

Jurisdicción Agraria, que incluye entre las materias de conocimiento del Tribunal Superior Agrario, los recursos que se interpongan contra las resoluciones del Instituto de Desarrollo Agrario, dictadas en materia de su específica competencia (inc. d). En efecto, en este caso, la impugnación de la resolución administrativa del I.D.A. se tramita directamente en única instancia, ante el Tribunal Superior Agrario.

Por último, valga la mención de otro tipo de resolución que es susceptible de recurso de casación agrario que presenta un indudable interés. De conformidad con el artículo 2 de la Ley de Jurisprudencia Agraria, deben conocerse ante ésta causas penales por usurpación y daños de citación directa. El delito de usurpación está previsto en el artículo 225 del Código Penal con pena de 6 meses a tres años, mientras que el delito de daños agravados (que es de citación directa) está previsto en el artículo 229 del citado Código, con pena que va también de 6 meses a 3 años. De acuerdo con el artículo 474 del Código de Procedimientos Penales, cabe recurso de casación contra las resoluciones que establezcan condenas de 2 o más años. De modo que si un Juez agrario dicta una sentencia en una causa por usurpación o daños agravados, cuya pena es mayor de dos años, es indudable que debe haber recurso de casación contra esa sentencia, debiendo entenderse que, a los efectos del artículo 61 de la Ley de Jurisdicción Agraria, el Código de Procedimientos Penales hace las veces de "legislación común". Ahora, lo interesante es que, en la tramitación de este recurso, deben seguirse los trámites de la casación agraria y no los de la casación penal, precisamente por la última frase del párrafo segundo del artículo 61: "pero en tales casos éste se regirá por los mismos procedimientos que ahí se establezcan".

En cuanto a la tramitación del recurso, la normativa prevista en el artículo 61 no ofrece mayores innovaciones respecto de lo previsto en el Código de Trabajo y, supletoriamente, el Código de Procedimientos Civiles. En ese sentido, la única variación de trámite expresamente establecida es la del término para interponer el recurso, que es de 5 días, a diferencia de los 15 días previstos en materia civil (artículo 909 C.P.C.) y en materia laboral (artículo 549 C.T.), lo cual es una manifestación del principio de celeridad.

De este modo: el recurso debe ser interpuesto ante la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Una vez recibido, la Secretaría, sin necesidad de providencia al respecto, pedirá los autos (art. 551) y, con vista del oficio respectivo, el Tribunal Superior Agrario deberá citar y emplazar a las partes para dentro de terceros días ante la Sala de Casación. Este emplazamiento no se repite por el hecho de que sobrevenga recurso de otra u otras partes (art. 551, párrafo segundo), recibidos los autos, la Sala realiza un examen inicial del recurso para efectos de su admisión, de este modo que, si no cumple con los requisitos del artículo 550 indicando de la clase de juicio, el nombre y apellidos de las partes, de la hora y fecha de la resolución recurrida y la naturaleza de ésta; las razones, claras y precisas que fundamentan el recurso; señalamiento de casa para oír dentro de los quince

días siguientes a aquel en que se venció el término del emplazamiento o dentro de los ocho días posteriores a aquél en que quedaron evacuadas las pruebas para mejor proveer.

Del procedimiento civil algunas normas son aplicables. Por ejemplo, como ha sostenido la jurisprudencia, "la adhesión de una parte al recurso de la otra es posible, conforme a las normas de procedimiento civil aplicables en la especie a la materia laboral a falta de disposición en el Código de Trabajo, exclusivamente en las apelaciones de segunda instancia y no en el recurso ante la Sala de Casación".⁽⁴⁹⁾ En otras palabras, no cabe la adhesión al recurso de casación agrario.

Asimismo, se ha establecido que "la regla del proceso civil que cierra el paso al recurso de casación en cuanto a puntos no propuestos ni debatidos en juicio, es aplicable también al proceso laboral".⁽⁵⁰⁾

Se trata de la norma del artículo 905 del Código de Procedimientos Civiles, que sería de aplicación también en materia agraria.

También, es dable afirmar que procede la celebración de una vista en materia agraria de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 916 y 917 del Código de Procedimientos Civiles, precisamente por cuanto la Ley de Jurisdicción Agraria como el Código de Trabajo son omisos al respecto, lo cual implica la aplicación supletoria del C.P.C.⁽⁵¹⁾

Por último, es importante señalar que, de acuerdo con lo expresado del problema con los delitos de usurpación y daños, es lógico que, una vez agotada la remisión al Código laboral, el código respectivo al que de conformidad con el artículo 6 de la Ley de Jurisdicción Agraria habría que remitirse, no es el Código de Procedimientos Civiles sino el de *Procedimientos Penales*.

5. Reflexión final sobre la importancia de la casación agraria

Las claras características de una tercer instancia del recurso de casación agrario, deben plantear el cuestionamiento acerca de su verdadera importancia, en cuanto el punto a definir sería el de si tiene sentido el mantenimiento de tres instancias, o si, por el contrario, bastarían acaso con dos.

(49) 1966, Zeledón Pérez vs. El Estado, N° 10, I sem., I Tomo, p. 192.

(50) 1954, Wood Durrant vs. Caja Costarricense de Seguro Social, N° 147, II Sem., II Tomo, p. 1224.

(51) Rige aquí la regla de que si la normativa especial no establece una variación expresa de la común, y ésta se mantiene como supletoria, entra a regir la norma respecto de cuyo contenido ninguna norma especial dispone lo contrario.

Al respecto, es interesante tomar en cuenta que, en la legislación agraria latinoamericana, sólo en los casos de Costa Rica y Venezuela, se ha creado por regular un recurso de casación (tercera instancia). En este sentido, son dos los cuestionamientos que se han hecho a este sistema: en primer lugar, el hecho de que es un obstáculo al principio de celeridad del proceso; en segundo, que, normalmente, la Sala de Casación que conoce del recurso, no es un organismo especializado en materia agraria, como sí lo son las instancias inferiores.

Ricardo Zeledón sintetiza bien estos problemas al decir:

"Para cumplir con la característica de corto, barato, carente de formalidades, accesible al campesino, el proceso agrario ha ponderado enormemente la primera instancia, pues en verdad es ahí donde se realizan las actividades procesales más importantes, sobre todo en cuanto a la recolección de la prueba y constatación de la verdad de los hechos, dejando la segunda instancia como un control de legalidad y solo en el caso venezolano, aún se mantiene el recurso extraordinario de Casación, el cual encontraría razón de ser solamente en el caso de que el Tribunal encargado de conocer de este recurso fuera especializado en materia agraria, pues de lo contrario —como sucede actualmente— a ese grado se pierde la especialización concebida para la primera y segunda instancia, por otra parte el recurso de Casación también constituye —dentro de la filosofía inspiradora del sistema— una negación del principio de celeridad buscado también por el proceso agrario".⁽⁵²⁾

La valoración profunda de estos problemas exigen de un análisis que excede los límites de este trabajo. Espero con lo expuesto haber contribuido, más que a señalar en forma exegética las particularidades del recurso de casación agraria, tal como ha sido concebido en nuestra ley de Jurisdicción Agraria, a resaltar las intimidades ideológicas del instituto en tanto derivadas directamente del objeto formal del Derecho Agrario.

(52) ZELEDON (Ricardo), *Proceso agrario comparado en América Latina*, p. 124.

LA LEY MODELO SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL
INTERNACIONAL DE LA COMISION DE LAS NACIONES UNIDAS
PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI)

Dr. Fernando Mora Rojas

Profesor Derecho Comercial
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Introducción

El propósito de este trabajo no es el de realizar un análisis crítico jurídico de las disposiciones de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), sino más bien el de llevar a cabo una labor explicativa que ponga a los colegas interesados en esta materia en contacto con el contenido de las principales normas que contiene esa Ley Modelo, tratando de señalar los rasgos fundamentales de la Ley, las orientaciones generales que corresponden a los intereses reales en juego y que han tenido influencia en los trabajos preparatorios y en el texto final, así como los principios básicos que orienta esta Ley Modelo. Es importante señalar que en esta especie, estamos tratando con una materia muy compleja y técnica y que además la Ley Modelo sigue el sistema de normas de los organismos internacionales, que suele ser un sistema sumamente complejo, dado que generalmente la relación de una norma nace de una negociación entre los diferentes puntos de interés de las fuerzas en juego. Además, hay que tomar en cuenta que es evidente que los países industrializados tienen interés en la existencia de un sistema normativo que les permita discutir las diferencias con sus clientes en otras latitudes, para usar una expresión de uso corriente, en su propio patio, con su propia ley, ante sus propios tribunales y con base en su propio procedimiento. Estos aspectos los analizaremos a través del desarrollo que vamos a realizar, y al final intentaré hacer un análisis crítico-político más bien que jurídico, orientado en el sentido que acabo de expresar.

Antes de empezar el desarrollo de nuestro tema deseo hacer patente mi agradecimiento al Dr. Gerold Herrmann, miembro de la Secretaría de la CNUDMI, quien me proporcionó no sólo una buena parte de los documentos que he usado en el desarrollo subsiguiente, sino que también me facilitó enormemente mi tarea con su artículo publicado en las actas de la primera conferencia sobre arbitraje comercial internacional, que se llevó a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad Laval, artículo denominado "*The Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration its Salient Features and Prospects*".

¿Por qué una Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional?

El ingenio de las partes que se ven envueltas en problemas nacidos del comercio internacional y el de sus abogados puede ser ilimitado y producir las más ingeniosas fórmulas tendientes al perfeccionamiento de "convenios de arbitraje" que les permitan resolver sus diferencias de una manera económica pero, sobre todo, veloz. La velocidad de las transacciones comerciales no se puede adaptar a la lenta maduración de las sentencias

BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

judiciales. Sin embargo, todo ese ingenio de abogados y clientes se ve a menudo malogrado por disposiciones imperativas de las leyes domésticas con carácter inderogable.

Se ha señalado también que, con frecuencia las leyes nacionales prohíben las "cláusulas compromisarias", acordadas para resolver problemas futuros.

Asimismo, otras legislaciones vedan a las partes la escogencia de los árbitros o las obligan a seguir procedimientos prestablecidos, engorrosos y genéricos y por ello inadaptados a casos concretos.

Muy frecuentemente también los derechos locales reservan la decisión acerca de la posible incompetencia de jurisdicción a los Tribunales judiciales y sustraen, por tanto, esa materia de la anterior del Tribunal Arbitral mismo.

En ocasiones no es la norma imperativa la que se constituye en obstáculo, sino aún la permisiva o derogable por acuerdo de las partes, pero que éstas ignoran por ser norma de un sistema jurídico local. Todos sabemos lo difícil que es, aún en los países desarrollados, localizar la legislación total aplicable a un caso.

¿Cuántas veces el problema para llevar adelante un arbitraje es más bien una laguna legislativa?

Las partes no previeron una norma y el ordenamiento interno no regula el caso.

¿Y cuántas otras veces no es posible siquiera llegar a un acuerdo de arbitraje a causa de las inmensas diferencias entre el sistema legal de una parte y el de la otra?

Sistemas legales, todos ellos, preparados más bien para resolver conflictos domésticos y no de comercio internacional.

Todo este problema y algunos otros que aquí no enumeramos han llevado a la preparación, como ya se citó, de una Ley modelo, reflejo de las más modernas soluciones en esta materia y producto de prolongadas y cuidadosas discusiones en la CNUDMI (Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional).

Transcribo a continuación la secuencia en que se desarrollaron las tareas al respecto, hasta desembocar en la Ley Modelo cuyo comentario será el tema de este trabajo, porque considero que la información será útil tanto para aquellos que deseen profundizar en la materia, como para los abogados que para propósitos eminentemente prácticos de su ejercicio profesional, deseen localizar argumentos sobre las distintas tesis cuya discusión produjo el texto a comentar.

"La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en su 14º período de sesiones (1981), decidió encomendar a su Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales la labor de preparar un proyecto de ley modelo sobre arbitraje comercial internacional. 1/ (Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 14º período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/36/17)*, párr. 70). En ese período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí un informe del Secretario General titulado "Posibles características de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional" (A/CN.9/207). La Comisión esauvo de acuerdo en que ese informe, en el que se exponían los temas y finalidades del proyecto y el posible contenido de una ley modelo, proporcionaría una base útil para la preparación de esa ley. 2/ (*Ibid.* párr. 65).

El Grupo de Trabajo de la Comisión inició la labor, en su tercer período de sesiones, con el examen de una serie de cuestiones con el objeto de determinar las características básicas del proyecto de ley modelo. 3/ (Informe del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales acerca de la labor realizada en su cuarto período de sesiones (A/CN.9/216)). En su cuarto período de sesiones examinó los proyectos de artículos preparados por la Secretaría. 4/ (Informe del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales acerca de la labor realizada en su cuarto período de sesiones (A/CN.9/232)) y en sus períodos de sesiones quinto y sexto examinó, volvió a redactar y revisó artículos de la ley modelo. 5/ (Informe del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales acerca de la labor realizada en su quinto período de sesiones (A/CN.9/245)). Durante su séptimo período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó un proyecto de texto compuesto de ley modelo sobre arbitraje comercial internacional y, después de que un grupo de redacción hubo preparado versiones del texto en los seis idiomas de la Comisión, aprobó el proyecto de texto de la ley modelo que figurara en el anexo de su informe. 6/ (Informe del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales acerca de la labor realizada en su séptimo período de sesiones (A/CN.9/246)).

La Comisión, en su 17º período de sesiones (1984), pidió al Secretario General que transmitiera el proyecto de texto de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional a todos los gobiernos y las organizaciones internacionales interesadas para que presentaran sus observaciones y pidió a la Secretaría que prepara una compilación analítica de las observaciones. 7/ (Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 17º período de sesiones. *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo noveno período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/39/17)*, párr. 101). También decidió examinar, en su

18º período de sesiones (1985), el proyecto de texto a la luz de esas observaciones, con miras a finalizar y aprobar el texto de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional.

En el 17º período de sesiones, se formuló la sugerencia de que la Secretaría prepara un comentario sobre el proyecto de ley modelo, que ayudaría a los gobiernos a preparar sus observaciones sobre el proyecto de texto y más adelante les ayudaría a estudiar la adopción de medidas legislativas basadas en la ley modelo. La Comisión opinó que, aunque ese comentario no podía prepararse con la antelación suficiente para que pudiera servir de ayuda a los gobiernos al preparar sus observaciones, sería útil si se presentaba a la Comisión en su 18º período de sesiones. 8/ (*Ibid.*, párr. 100)). En consecuencia, la Comisión decidió pedir a la Secretaría que presentara a la Comisión, en su 18º período de sesiones, un comentario sobre el proyecto de texto de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional.9/” (*Ibid.*, párr. 101).

Finalmente y antes de pasar a un comentario en detalle de las normas, es conveniente señalar que, en cuanto a la forma del texto a aprobar, la Comisión decidió mantener la que casi desde sus orígenes se había pensado, es decir la de “Ley Modelo” y no la de “Convención”. En general hoy en día se prefiere en todos estos casos de documentos eminentemente técnico jurídicos la forma de leyes modelo para obviar el costo y los peligros de modificaciones sorpresivas de no expertos que se producen en las conferencias diplomáticas convocadas para la aprobación de convenios.

Comentarios de la Ley Modelo

La Ley Modelo está redactada en 36 artículos y en el complejo sistema de los Organismos Técnicos de las Naciones Unidas y nace de los acuerdos de compromisos entre los representantes de los distintos sistemas jurídicos y principalmente de aquellos acuerdos de compromisos que tienden a conciliar las tan frecuentemente difíciles de conciliar, posiciones del “common law” frente a los derechos “romanistas”.

Los 36 artículos están distribuidos a través de 8 capítulos que abarcan las siguientes materias:

CAPITULO I

Disposiciones Generales

Que incluye principalmente:

- a) fenomenología a la cual es aplicable la Ley.
- b) definiciones y reglas de interpretación.

- c) reglas de notificación.
- ch) renuncia al derecho a objetar.
- d) exclusión de intervención de tribunales.
- e) tribunal o autoridad administrativa de apoyo.

CAPITULO II

Acuerdo de Arbitraje

Que se refiere a:

- a) definición y forma del acuerdo.
- b) remisión de las partes al arbitraje.
- c) medidas cautelares en parte del sistema jurisdiccional.

CAPITULO III

Composición del Tribunal Arbitral

Que incluye:

- a) número de árbitros.
- b) nombramiento y sustitución de árbitros.
- c) excusa y recusación.
- ch) imposibilidad legal o de hecho para el cumplimiento o incumplimiento.

CAPITULO IV

Competencia del Tribunal Arbitral

Que se refiere a:

- a) competencia del mismo Tribunal para declarar su propia competencia.
- b) excepción de incompetencia.
- c) medidas cautelares del Tribunal Arbitral.

CAPITULO V

Sustanciación del procedimiento

Refiriéndose:

- a) trato equitativo de las partes.
- b) doble tema para fijar el procedimiento.

- c) doble sistema para fijar el lugar del arbitraje.
- ch) inicio de actuaciones.
- d) idioma.
- e) demanda y contestación.
- f) actuaciones escritas y orales.
- g) rebeldía.
- h) disposiciones sobre junta.

CAPITULO VI

El laudo y cierre del procedimiento

Que contiene normas sobre:

- a) el Derecho de Fondo en caso de árbitros iuris y la decisión "ex aequo et bono" en caso de árbitros arbitradores.
- b) pluralidad de árbitros.
- c) "arbitriun litispendente".
- ch) forma y contenido del laudo.
- d) conexiones, aclaraciones y adiciones.
- e) cierre.

CAPITULO VII

Impugnación del laudo

Que se refiere a la petición de nulidad como único recurso contra el laudo arbitral y

CAPITULO VIII

Reconocimiento y ejecución de laudos y su denegatoria

La rápida revisión anterior nos permite empezar a familiarizarnos con la Ley Modelo e instruir la complicación apuntada de sus normas que abarcan tan vasta materia.

Todo el articulado, por otra parte pretende asumir, en aquellos países que lo adopten, el carácter de "*lex speciales*" pues, de lo contrario no lograría prevalecer sobre las demás reglas en la materia pertenecientes al derecho local y quedaría sin resolverse el problema esencial que un texto uniforme modelo intenta resolver.

La Ley Modelo, asimismo otorga a las partes una amplísima libertad sea para escoger un conjunto de normas de arbitraje ya existentes o, si así

lo consideran oportuno, para crear su propio conjunto de reglas para llevar adelante el arbitraje. Pero, como corolario indispensable para mantener el principio de libertad y el llamado "doble sistema", si las partes no previeron o acordaron alguna norma para una situación concreta, tampoco el Tribunal Arbitral está sujeto a ninguna ley procesal local sino que, conforme al caso concreto y a sus circunstancias propias, el Tribunal Arbitral "creará" el procedimiento apropiado.

En consecuencia el Tribunal debe aplicar las normas del convenio arbitral; a falta de ellas aplicará las previsiones supletorias de la Ley Modelo y, en ausencia de ambos supuestos, integrará el sistema normativo según las características del caso concreto.

Es oportuno ahora penetrar con mayor detalle en el texto mismo de la Ley Modelo.

CAPITULO I

Disposiciones Generales

Ambito de aplicación

¿A qué fenomenología se aplica la Ley Modelo?

El art. 11 reza: "La presente Ley se aplicará al arbitraje comercial internacional. . ."

En primer término ¿qué se entiende por "comercial"? Todos conocemos que el fracaso en la búsqueda de un concepto unitario sustancial de lo "comercial" se debe a la inmensa multiplicidad de actividades empresariales que abarca la producción de bienes o servicios para un mercado o su intermediación en un mercado, de esos bienes o servicios. Ni siquiera la monumental sistematización de Alfredo Rocco, logra encontrar el hilo conductor que podría unir todas aquellas actividades que se consideran incluidas en el comercio. Tampoco lo logra la Ley Modelo. Y, entonces, se opta por una solución totalmente ajena a los sistemas jurídicos romanistas, pero de rancio abolengo especialmente en el "common law"; una nota al pie de página explica lo siguiente al operador jurídico:

"Debe darse una interpretación amplia a la expresión "comercial" para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las *relaciones de índole comercial, contractual o no. Las relaciones de índole comercial* las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: *cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro ("factoring"), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra ("leasing"), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial,*

transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera”.

El “Comentario Analítico” de la Comisión (doc. A/CN.9/264) manifiesta:

“El término “comercial” ha quedado sin definir en la ley modelo, como tampoco se define en los convenios sobre arbitraje comercial internacional. Aunque sería conveniente una definición clara, no se pudo encontrar ninguna que trazase una línea precisa entre las relaciones comerciales y las no comerciales. Pese a ello, se consideró que no convenía dejar el asunto en manos de cada Estado en particular, ni tampoco limitar las orientaciones para la interpretación uniforme a los informes de los períodos de sesiones del Grupo de Trabajo o a los comentarios sobre la ley modelo. Como solución intermedia, se ha añadido al artículo 1 una nota a pie de página para ayudar a interpretar el término “comercial”.”

Sigue diciendo el Comentario:

“Respecto a la forma, puede existir cierta incertidumbre en cuanto al destinatario y a los efectos jurídicos de dicha nota, ya que esa técnica legislativa no se emplea en todos los ordenamientos jurídicos. Por lo menos, la nota a pie de página podría facilitar alguna orientación al legislador de un Estado aún cuando no se reprodujera en la promulgación nacional de la ley modelo. Una utilización de mayor alcance, que tal vez la Comisión desee recomendar, consistiría en conservar la nota a pie de página en la promulgación nacional del texto, lo cual facilitaría cierta orientación en la aplicación e interpretación de la “presente Ley”.

“El contenido de la nota a pie de página —agrega el comentario— refleja el propósito legislativo de interpretar el término comercial con amplitud. Este deseo de que la interpretación sea amplia se encuentra apoyado por una lista ilustrativa de relaciones comerciales. Aunque los ejemplos enumerados abarcan casi todos los tipos de situaciones que se sabe que han dado lugar a controversias en las que han entendido tribunales de arbitraje comerciales internacionales, la lista, por deseo expreso, no es completa. En consecuencia, también se consideran operaciones comerciales, por ejemplo, el suministro de energía eléctrica, el transporte de gas licuado a través de gasoductos, e incluso las “operaciones no transaccionales” tales como las demandas por daños y perjuicios que se plantean en un contexto comercial. No se incluyen en el término, por ejemplo, los conflictos laborales ni las reclamaciones corrientes del consumidor, pese a su relación con el comercio. Naturalmente, el hecho de que una transacción caiga dentro de la esfera de la ley modelo debido a su naturaleza comercial, no significa forzosamente que se pueda resolver mediante arbitraje cualquier controversia derivada de la transacción”.

Resulta sí de gran importancia señalar que, en este tema la Ley Modelo se separa del instrumento anterior más cercano a ella, la Convención de las Naciones Unidas (llamada de New York) sobre el reconocimiento y ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, que, en su artículo I-3 autoriza a los Estados adherentes para una reserva que permita la aplicación de la Convención sólo “a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, contractuales o no”, consideradas comerciales por su derecho interno”. Según agrega el “Comentario “...sería erróneo aplicar conceptos nacionales que, por ejemplo, consideran comerciales exclusivamente los tipos de relaciones que se tratan en el Código de Comercio, o las transacciones cuyas partes sean personas comerciales”. En definitiva, el concepto de comercial es absolutamente ambiguo en la Ley Modelo, no por defecto en el redactor sino por un problema intrínseco al concepto mismo.

Ahora bien ¿Qué se entiende por internacional? La Comisión decidió considerar la existencia de internacionalidad cuando:

- a) las partes, al momento de la celebración del acuerdo de arbitraje tenían “sus establecimientos en Estados diferentes; o
- b) cuando el lugar del arbitraje nominalmente, o el asunto en disputa o el lugar de cumplimiento del contrato, se sitúan “fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos”, y
- c) cuando las partes hayan convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo está relacionada con más de un Estado.

Por otra parte el artículo 1 restringe su ámbito de aplicación cuando en el Estado respectivo esté vigente algún sistema convencional, multilateral o bilateral lo cual es importante porque múltiples Estados se han adherido a las convenciones de Nueva York (1958), Ginebra (1961), Moscú (1974) y Panamá (1975). Esa reserva convencional, en todo caso no se refiere necesariamente a tratados específicos sobre arbitraje, sino a simples normas aisladas, sobre la materia, es decir sobre arbitraje.

En cuanto al ámbito territorial de aplicación el artículo 12 dice que la Ley Modelo vigente en un Estado determinado, se aplica en ese Estado sólo si el lugar del arbitraje es ese Estado salvo las excepciones de los artículos 8, 9, 35, 36.

Es de mucha importancia el concepto de “abandono” tácito del derecho a objetar a causa del incumplimiento de alguna disposición de la Ley Modelo de la que las partes se puedan apartar o de algún requisito del acuerdo de arbitraje, concepto que aparece en el artículo 4, porque acarrea como consecuencia la imposibilidad de interponer cualquier recurso posterior contra el laudo o contra su reconocimiento y aplicación.

A pesar de las divergentes opiniones que se plantearon en la Comisión acerca del carácter draconiano de la norma se terminó por aceptarla aduciendo que “esa norma ayudaría a que el proceso arbitral se ventilara

eficazmente y de buena fe, y a lograr una mayor uniformidad en la materia" (Informe de la Comisión a la Asamblea General, Supl. 17 (A/40/17 pág. 13).

El artículo 5 implica también un concepto útil, novedoso y categórico. No sólo lo garantiza, como se vió, que no había interferencia de la ley doméstica sino que tampoco, salvo los casos en que la Ley misma lo permita, podrá intervenir ningún Tribunal en asuntos sometidos a la Ley Modelo. Por supuesto que en materias no reguladas expresamente por la Ley Modelo se puede hacer intervenir a los Tribunales de Justicia por ejemplo: arbitrabilidad de la materia en discusión, capacidad de las partes para comprometerse en árbitros, alcances de la inmunidad estatal, plazo máximo para la ejecución forzosa del laudo.

De las diferentes opiniones que se expusieron en la Comisión se deduce que, en todo caso, no se limita "la autoridad de los Tribunales para ejercer un control jurisdiccional sobre el proceso arbitral, especialmente en materia tal como "un eventual abuso del procedimiento". (Inf. de la Comisión Supl. 17 (A/40/17) p. 15).

El artículo 6 es también una feliz innovación. Reza ese artículo: "Las funciones a que se refieren los artículos 11.3, 11.4, 13.3, 14, 16.3 y 34.2 serán ejercidos por...". Cada Estado debe especificar el tribunal o tribunales u otra autoridad que darán el apoyo jurisdiccional a la aplicación de las disposiciones citadas. Esas funciones de apoyo son: nombrar el árbitro que una parte rehúse nombrar; nombrar el 3er. árbitro si las otras dos no logran ponerse de acuerdo, nombrar el árbitro único a falta de acuerdo de las partes; reiterar la recusación que no haya prosperado ante el tribunal arbitral, declarar la cesación del mandato del árbitro impedido *de jure o de facto* o que no ejerza sus funciones dentro de un plazo razonable; decidir sobre la competencia del tribunal arbitral, anular el laudo conforme a la Ley Modelo.

Trasladémonos ahora al

CAPITULO II

Acuerdo de Arbitraje

El artículo 7 trata de la definición y de la forma del acuerdo de arbitraje.

En primer término digamos que la expresión "acuerdo de arbitraje" zanja la cuestión entre el "compromiso" que se aplica a las cuestiones surgidas ya y la "cláusula compromisoria", aplicable a las disputas que puedan surgir en el futuro. De ahí la definición del artículo 7.1: "El acuerdo de arbitraje es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias *que hayan surgido o puedan surgir* entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual...".

Es mandatoria la disposición 7.2 que dice: "El acuerdo de arbitraje debe constar por escrito". ¿Qué entendemos por "escrito"? La disposición señala que lo es cuando aparece:

- a) en un documento firmado por las partes.
- b) en un intercambio de cartas, telex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o,
- c) un intercambio de escritos de demanda y contestación cuando una parte afirma la existencia del acuerdo y la otra no la niega.

Esta disposición, como se ha señalado, mejora el artículo II(2) de la Convención de New York, agregando otros medios de un uso ampliamente difundido hoy en día. Y la alegación del acuerdo en un intercambio de demanda y contestación cuando la parte aludida no lo niega: en este caso tendríamos una especie de reconocimiento tácito de la existencia del acuerdo.

Además, el 7.2 infiere establece otra novedad: "La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

El artículo 8 relaciona el "acuerdo de arbitraje y la demanda en cuanto al fondo ante un tribunal judicial". Cuando en tal circunstancia este último sea requerido por una parte, debe remitir a las partes al arbitraje, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible. La parte solicitante debe hacer su gestión "a más tardar en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio". Siempre en la línea de un sistema expedito y seguro el artículo 8.2 permite, no obstante la existencia de un litigio ante los tribunales judiciales, el entablar o continuar el arbitraje y aún dictar un laudo, "litis pendente".

Es interesante, para un debido entendimiento de los alcances del párrafo 2 del artículo 8 transcribir del Informe de la Comisión a la Asamblea General (Doc. 17/A/40/17), lo siguiente:

"La opinión predominante se inclinó por dejar intacto el texto actual del párrafo 2) en lo relativo al punto. El permitir que el tribunal arbitral prosiguiera sus actuaciones, e inclusive dictar un laudo, mientras la cuestión de su competencia se hallaba a consideración del tribunal contribuía a una rápida resolución del arbitraje. Se señaló que se ahorrarían gastos si se esperaba a la decisión del tribunal en los casos en que éste se pronunciase posteriormente contra la competencia del tribunal arbitral. No obstante, no era recomendable, por esa razón, disponer una postergación de la decisión del tribunal sobre la competencia del tribunal arbitral. Además, cuando el tribunal arbitral abrigase serias dudas sobre su competencia, probablemente llegaría a dictar una resolución definitiva sobre esa cuestión fallando sobre la excepción mencionada en el párrafo 2) del artículo 16, o bien, en ejercicio de la discrecionalidad que se le otorgaba en

el párrafo 2) del artículo 8, esperaría a la decisión del tribunal antes de seguir adelante con el arbitraje”.

En consonancia con esos comentarios se dictó y aprobó, dice el Informe citado, el siguiente texto: “El hecho de que se entable ante un tribunal la acción mencionada en el párrafo 1) del presente artículo no impedirá que las partes inicien actuaciones arbitrales ni que, si estas ya han comenzado, el tribunal arbitral prosiga sus actuaciones (hasta dictar un laudo inclusive), mientras la cuestión de (la) (su) competencia esté pendiente en el tribunal”.

Sin embargo, por razones que no me quedan claras, a pesar de lo que acabo de transcribir, el texto final que aparece en las versiones en inglés y en español dice:

“Si se ha entablado la acción o que se refiere el párrafo 1) del presente artículo, se podrá, no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el tribunal”.

Dentro del mismo tema de la relación entre el acuerdo de arbitraje y la participación de las cortes, se inserta el artículo 9, el que autoriza a cualquiera de las partes pendientes ya o no las diligencias arbitrales, pedir a un tribunal de justicia “la adopción de medidas cautelares provisionales”.

CAPITULO III

Composición del tribunal

El artículo 10 parte del principio básico que informa la Ley Modelo, como hemos visto y que se ha llamado el sistema a dos niveles. La idea esencial del aporte 1) es la libertad de las partes de decidir el número de árbitros. A falta de tal acuerdo entra en acción el segundo nivel de solución, claramente supletorio y que manda una integración con 3 árbitros.

Algunas legislaciones obligan a un número impar; la Ley Modelo no lo hace. Algunas legislaciones obligan al nombramiento de árbitros nacionales, la Ley Modelo (art. 11.1) establece: “Salvo acuerdo en contrario de las partes la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que esa persona actúe como árbitro”.

En cuanto al procedimiento de nombramiento de los árbitros de nuevo el sistema ideado por la Ley es supletorio de la voluntad de las partes. El artículo ya comentado, en todo caso, entra en acción, a petición de parte y para suplir la acción de aquella cuando no nombra el árbitro o la acción de los dos árbitros iniciales cuando éstos no logran nombrar al tercero.

El tribunal judicial también procederá a nombrar el árbitro único a falta de acuerdo de las partes, a petición de cualquiera de ellas.

El mismo procedimiento se seguirá para sustituir al árbitro que cese en su cargo por recusación o falta o imposibilidad de cumplimiento o reunión.

Es importante señalar que de ese procedimiento de sustitución se deduce que las partes, de común acuerdo pueden remover un árbitro y que éste, en todo caso puede retirarse del encargo sin necesidad de causa especial.

La Ley Modelo ha evitado las largas enumeraciones de los derechos domésticos en cuanto a las causales de excusa o recusación. El artículo 12.1 impone a quien reciba comunicación de que podría ser nominado árbitro, de plantear de inmediato “todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas de su imparcialidad e independencia”. Lo mismo deberá hacer si las circunstancias fueren sobrevinientes.

Como se ve es una fórmula general muy práctica que además se aplica a la recusación en cuyo caso, también puede usarse el argumento de “no poseer el árbitro las cualificaciones convenidas por las partes”.

Por otra parte, el mismo comportamiento del árbitro y su actuación en la conducción del procedimiento pueden dar lugar a su recusación.

En general ya hemos visto que si la recusación no prosperó ante el tribunal arbitral el recusante puede acudir al órgano (tribunal o autoridad administrativa) designado por el Estado a tal efecto (art. 6) para que resuelva en forma definitiva e inapelable.

En todo caso es discrecional para el tribunal arbitral, pendiente la recusación, continuar el procedimiento arbitral y aún dictar un laudo.

CAPITULO IV

Competencia del Tribunal Arbitral

El dato más sobresaliente en este tema es el artículo 16.1, que permite al Tribunal Arbitral “decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje”. “A ese efecto —sigue diciendo la norma— una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato”.

Las legislaciones domésticas, salvo las más modernas, así como la doctrina contemporánea, no son claras o son completamente omisas en el tratamiento de este problema, pero estas últimas así como el derecho convencional (multilateral especialmente) comprenden la necesidad en aras de la velocidad que las partes persiguen con el procedimiento arbitral, de mantener en el Tribunal Arbitral la Kompetenz-Kompetenz así como mantener el principio de separabilidad y autonomía. (A/CN.9/264 p. 37 del Comentario Analítico y Supl. 17 (A/40/17) párr. 150 y 151).

Ahora, si bien es cierto que el hacer intervenir a la Corte puede ser una maniobra dilatoria de una de las partes, también es cierto que un control jurisdiccional es necesario. Por ello la Ley Modelo estatuye que si el Tribunal Arbitral, como cuestión previa, se declara competente, cualquiera de las partes puede solicitar al tribunal competente conforme al artículo 6 que resuelva la cuestión. Esta resolución será inapelable y para garantizar celeridad la solicitud debe ser planteada dentro de los 30 días siguientes a la notificación de la decisión arbitral.

En este mismo capítulo sobre competencia se regula la facultad del Tribunal Arbitral de ordenar a cualquiera de ellas, la adopción de medidas provisionales cautelares que el tribunal estime necesario respecto del objeto del litigio. Debe notarse, sin embargo, que una vez más la Ley Modelo mantiene en primera línea la voluntad de las partes que pueden convenir en negarle esa potestad al tribunal (art. 17).

Dentro de esas medidas cautelares pueden estar la preservación, custodia o venta de mercancías que son objeto del litigio, pero, como bien lo señala el "Comentario Analítico" el artículo no se limita a ello y puede abarcar "medidas destinadas a determinar y estabilizar" provisionalmente la relación de las partes en un proyecto a largo plazo. Como ejemplo de esas órdenes de "*modus vivendi*" figuran el empleo o mantenimiento de máquinas o faenas o la continuación de determinada fase de una construcción, necesaria para evitar un daño irreparable. Por último una orden del Tribunal podría servir para asegurar una prueba que de lo contrario no podría conseguirse en una etapa ulterior de las actuaciones".

Si bien la disposición no otorga poder al Tribunal para ejecutar sus medidas ni le faculta para hacerlas cumplir por medio del aparato judicial, sí le permite exigir, en conexión con esas medidas, una caución apropiada.

Finalmente debemos señalar que las medidas precautorias no pueden dirigirse a terceros, lo cual debilita en parte la norma.

CAPITULO V

Sustanciación de las actuaciones arbitrales

Este importantísimo capítulo regula los derechos y garantías a las partes para asegurarles el debido proceso. Como ha señalado Gerold Herrmann (The Uncitral Model Law, Wilson and Laffeur, 1985, p. 365) este capítulo se inicia con dos disposiciones que podrían etiquetarse como la Magna Carta del Procedimiento Arbitral: el derecho al trato igual de las partes y el derecho de las partes a que se les dé una "plena oportunidad de hacer valer sus derechos".

El artículo 19, sienta otro principio esencial de la Ley Modelo: el principio de libertad de las partes para convenir el procedimiento que el Tribunal Arbitral deberá seguir. La Ley Modelo, además, sigue de nuevo

en este caso la doctrina que hemos llamado del "doble nivel", es decir, a falta de acuerdo de partes, con sujeción a la Ley Modelo, el Tribunal Arbitral podrá "dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al Tribunal Arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas".

Como ya lo señalamos la importancia de esta disposición es darle prioridad a la voluntad de las partes y permitir, como decisión supletoria, la voluntad del Tribunal Arbitral, con exclusión de toda otra norma arbitral o código de procedimientos civiles o reglas nacionales sobre pruebas.

El artículo 20 regula el lugar del arbitraje. De nuevo se dejó libertad a las partes. A falta de decisión de ellas el Tribunal Arbitral le fijará "atendidas las circunstancias del caso inclusive las conveniencias de las partes".

La determinación del lugar del arbitraje es muy importante porque establece el nexo con una determinada legislación aplicable según la misma Ley Modelo y porque cobija al laudo para todos los efectos de reconocimiento y aplicación forzosa.

El artículo 24 regula otros derechos procesales fundamentales de las partes: párrafo 1. derecho a pedir audiencia para la presentación de pruebas o para alegatos orales; párrafo 2. derecho a ser notificado con antelación suficiente para las audiencias o reuniones del Tribunal Arbitral; párrafo 3. derecho a traslado de toda declaración, documento o información que correspondan a la parte contraria y derecho de acceso debido a todo peritaje o documentos probatorios "en las que el Tribunal Arbitral pueda basarse al adoptar una decisión".

El artículo 25 trata el asunto de la rebeldía de una de las partes siempre con soluciones supletorias a la voluntad de las partes expresada en el laudo.

Se parte del principio de que el procedimiento debe continuar aún "*ex parte*", si el rebelde fue debidamente notificado y no puede "invocar una causa suficiente".

Ahora, si el demandante no deduce sin demanda el Tribunal Arbitral debe dar por terminadas las actuaciones, si el demandado no contesta la demanda el procedimiento continúa obligatoriamente jero no se produce la aceptación en rebeldía; si una parte no comparece a una audiencia o no presenta pruebas documentales el tribunal arbitral, a su juicio decidirá sobre la continuación de las actuaciones y el dictado del laudo basándose en las pruebas disponibles.

"Tales medidas —cita Gerald Hermann— que autorizan al tribunal para llevar adelante su tarea aún sin la participación de una de las partes, podría contribuir al mejoramiento y armonización de leyes en vista del hecho de que un cierto número de leyes nacionales (principalmente de América Latina) podrían dudar en reconocer laudos extranjeros dictados "*ex parte*", no nos escapa que, como lo señala la doctrina incipiente que

se empieza a construir sobre el tema, tales medidas revisten una enorme importancia práctica, puesto que, como lo demuestra la experiencia, "no es raro que una de las partes tenga poco interés en cooperar y en expedir el asunto. De donde —se dice— tales normas darán al arbitraje comercial internacional su necesaria efectividad y garra".

Finalmente este capítulo contiene otra norma de especial importancia que permite al Tribunal Arbitral o a cualquiera de las partes con la aprobación de aquél pedir la ayuda de un Tribunal competente del Estado respectivo para la práctica de pruebas las que serán recibidas conforme a las normas aplicables por ese Tribunal.

CAPITULO VI

El laudo y terminación de las actuaciones

El artículo 28 es una de las normas de mayor trascendencia en la Ley Modelo puesto que adopta, abiertamente el principio de la libertad de las partes a decidir acerca de la normativa de fondo a aplicar por el Tribunal Arbitral.

Como bien se deduce del texto del artículo las partes no están obligadas a escoger un sistema jurídico total sino que pueden incluso escoger normas provenientes de diversos sistemas, incluso normas creadas a nivel internacional.

Según se ha afirmado Herrmann, op. cit., p. 368) "este ámbito de libertad de escogencia a la fecha reconocida solamente en la "Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of other States" (Washington, 1965, art. 42) y en las nuevas leyes de Franci y Djibouti) puede ser considerado como la mayor contribución de la Ley Modelo tendiente a llevar las expectativas y deseos de las partes en materia de arreglo de disputas internacionales.

De nuevo supletoriamente el tribunal a falta de acuerdo de partes sobre la ley aplicable, el Tribunal Arbitral aplicará la ley que determine las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.

El párrafo 3 del artículo 28 en examen es también muy importante en la orientación básica de la ley puesto que deja claro que la decisión *ex aequo et bono* o como diríamos nosotros, como *amigable componedor* o, aún con más precisión con carácter de *árbitro arbitrador* sólo es posible para el Tribunal Arbitral cuando así lo han autorizado expresamente las partes. Cuando el Tribunal Arbitral actúa como arbitrador y no como árbitro juris, sus límites serán entonces los términos del convenio arbitral y el orden público del Estado.

Si el Tribunal Arbitral es plural los asuntos se deciden por mayoría, salvo acuerdo en contrario de las partes y salvo aquellos casos procedimentales para los que las partes o todos los miembros del Tribunal, le hayan autorizado a actuar solo (art. 29).

El laudo debe ser por escrito y firmado por todos los árbitros, razonado salvo acuerdo de partes. Se permiten los votos de minoría. El laudo escrito y firmado termina los procedimientos y el mandato del Tribunal Arbitral, salvo caso de solicitud de parte para que se corrija errores de cálculo, de copia o tipográficos, o de solicitudes de interpretación, adición o aclaración (art. 33).

CAPITULO VII

Impugnación del laudo

El único recurso jurisdiccional, es decir ante una Corte es el de nulidad y por las siguientes causas: falta de capacidad para comprometerse en árbitro; ausencia de un convenio válido de arbitraje; falta de notificación del nombramiento a un árbitro o de la apertura de los procedimientos arbitrales o imposibilidad de la parte para hacer valer sus derechos; laudo "extrapetita" o "ultrapetita"; composición del Tribunal Arbitral o procedimiento arbitral fuera de lo convenido; ausencia de acuerdo arbitral; materia no sometible a arbitraje o laudo contrario al orden público.

Las mismas causales para la nulidad se aplican al reconocimiento y ejecución del laudo, cuando se desea pedir que no se lleven a cabo.

CAPITULO VIII

Reconocimiento y ejecución de los laudos

El artículo 35.1 establece un concepto radical así: "Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y, tras la presentación de una petición por escrito del Tribunal competente, será ejecutado en conformidad con las disposiciones de este artículo y del artículo 36".

Como se ha señalado, no todos los Estados están preparados para adoptar una norma tan amplia, a no ser que se haga sobre una base de reciprocidad.

En cuanto a los detalles procedimentales para el reconocimiento y ejecución de los laudos, priva la legislación local.

Conclusión

Como ustedes han visto después del desarrollo hecho, la materia efectivamente es compleja, con normas de redacción muy extensa y no cabe duda que la mejor manera de entender lo que se acaba de desarrollar, es leerlo frente al texto mismo de la Ley Modelo, que se publica con este trabajo, como apéndice.

La mayor preocupación en relación con un texto de Ley Modelo como la que acabamos de examinar, se plantea más en términos políticos que jurídicos como lo señalé al principio de este desarrollo. Los países industrializados han impulsado la creación de normas uniformes sobre arbitraje internacional, ¿por qué razón?, es cierto que las grandes empresas industriales tienen el potencial económico, la asesoría técnica y acceso a la

información suficiente para poder defenderse o atacar en cualquier latitud, por lo menos poseen más medios a su alcance que sus clientes de los países subdesarrollados o no industrializados. En un determinado momento del desarrollo legislativo universal, los países no industrializados, los países en desarrollo, los países en vías de desarrollo, los países del tercer mundo, con el propósito de defenderse, aunque sólo fuera en una pequeña medida, de la fuerte presión de las grandes compañías, de las grandes industrias del mundo, que imponían en sus contratos cláusulas que obligaban a decidir las diferencias que surgieran respecto al conocimiento de la aplicación de un contrato conforme al derecho que a estas compañías multinacionales o a estas compañías industriales les convenía, y que imponían cláusulas respecto al procedimiento que se debía seguir, y que imponían los mecanismos para el nombramiento de árbitros que decidieran las cuestiones debatidas, dictaron leyes de protección a sus propios nacionales, de protección a sus compañías, de protección a sus intereses. Es el caso típico de la reforma Carro, del artículo 1.023 del Código Civil de Costa Rica.

Ahora bien, la adopción de una Ley Modelo como la que se ha preparado en la CNUDMI, que como lo he señalado permite que las partes decidan sobre la forma de constitución del tribunal arbitral, sobre el derecho procesal aplicable y lo que es aún más grave sobre el derecho de fondo aplicable, derriba por tierra la legislación que llamamos proteccionista, pero que en el fondo lo que tiende es de alguna manera a restablecer el equilibrio entre la parte económicamente fuerte y la parte económicamente débil. Este tipo de legislación en el fondo sigue los mismos principios que sigue el derecho laboral. En el derecho laboral, en casos de duda, se resuelve el asunto en beneficio del trabajador, como parte de la tendencia a crear un desequilibrio entre trabajador y patrono que permite restablecer el equilibrio entre ellos, dado que el patrono es económicamente más fuerte que el trabajador. Respecto a este tipo de textos legislativos que se han estado produciendo en la CNUDMI, representantes de los países del tercer mundo que acepta esta normativa generalmente tiende a beneficiar a los países industrializados o a las compañías multinacionales sostienen que en todo caso la existencia de normas uniformes le permite aún a la parte económicamente más débil defenderse en mejores condiciones que aquellas en que lo hace actualmente, en que con frecuencia se ve obligada a litigar en tribunales judiciales o arbitrales extranjeros. Esta afirmación es una falacia, porque en el fondo lo que se obtiene al poner en vigencia la Ley Modelo, es derogar las normas de derecho interno proteccionista que tienden a restablecer un cierto equilibrio entre el país subdesarrollado, no industrializado o el comprador del país subdesarrollado no industrializado frente a toda la potencia económica del vendedor del país desarrollado o de la compañía multinacional. En consecuencia lo recomendable sería revisar la Ley Modelo de CNUDMI, eliminar aquellas disposiciones que implican un debilitamiento de las defensas creadas por nuestro propio derecho interno y usar el resto del texto de la CNUDMI como modelo para modernizar nuestra propia legislación sobre arbitraje internacional.

LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

CAPITULO I

Disposiciones Generales

Artículo 1. *Ámbito de aplicación*(*)

- 1) La presente Ley se aplicará al arbitraje comercial,**) internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en este Estado.
- 2) Las disposiciones de la presente Ley, con excepción de los artículos 8, 9, 35 y 36, se aplicarán únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio de este Estado.
- 3) Un arbitraje es internacional si
 - a) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o
 - b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos:
 - i) el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje;
 - ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o
 - c) las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.
- 4) A los efectos del párrafo 3) de este artículo:

(*) Los epígrafes de los artículos se han incluido para facilitar la referencia únicamente y no deberán utilizarse para fines de interpretación.

(**) Debe darse una interpretación amplia a la expresión "comercial" para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro ("factoring"), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra ("leasing"), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera.

- a) si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje;
- b) si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual.

5) La presente Ley no afectará a ninguna otra ley de este Estado en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente Ley.

Artículo 2. *Definiciones y reglas de interpretación.*

A los efectos de la presente Ley:

- a) "arbitraje" significa cualquier arbitraje con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente la que haya de ejercitarlo;
- b) "tribunal arbitral" significa tanto un solo árbitro como una pluralidad de árbitros;
- c) "tribunal" significa un órgano del sistema judicial de un país;
- d) cuando una disposición de la presente Ley, excepto el artículo 28, deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad entraña la de autorizar a un tercero, incluida una institución, a que adopte esa decisión;
- e) cuando una disposición de la presente Ley se refiera a un acuerdo que las partes hayan celebrado o que puedan celebrar o cuando, en cualquier otra forma, se refiera a un acuerdo entre las partes, se entenderán comprendidas en ese acuerdo todas las disposiciones del reglamento de arbitraje en él mencionado;
- f) cuando una disposición de la presente Ley, excepto el inciso a) del artículo 25 y el inciso a) del párrafo 2) del artículo 32, se refiera a una demanda, se aplicará también a una convención, y cuando se refiera a una contestación, se aplicará asimismo a la contestación a esa reconvencción.

Artículo 3. *Recepción de comunicaciones escritas.*

- 1) Salvo acuerdo en contrario de las partes:
- a) Se considerará recibida toda comunicación escrita que haya sido entregada personalmente al destinatario o que haya sido entregada en su establecimiento, residencia habitual o domicilio postal; en el supuesto de que no se descubra, tras una indagación razonable, ninguno de esos lugares, se considerará recibida toda comunicación escrita que haya sido enviada al último estableci-

miento, residencia habitual o domicilio postal conocido del destinatario por carta certificada o cualquier otro medio que deje constancia del intento de entrega.

- b) La comunicación se considerará recibida el día en que se haya realizado tal entrega.

2) Las disposiciones de este artículo no se aplican a las comunicaciones habidas en un procedimiento ante un tribunal.

Artículo 4. *Renuncia al derecho a objetar.*

Se considerará que la parte que prosiga el arbitraje conociendo que no se ha cumplido alguna disposición de la presente Ley de la que las partes puedan apartarse o algún requisito del acuerdo de arbitraje y no exprese su objeción a tal incumplimiento sin demora injustificada o, si se prevé un plazo para hacerlo, dentro de ese plazo, ha renunciado a su derecho a objetar.

Artículo 5. *Alcance de la intervención del tribunal.*

En los asuntos que se rijan por la presente Ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta Ley así lo disponga.

Artículo 6. *Tribunal u otra autoridad para el cumplimiento de determinadas funciones de asistencia y supervisión durante el arbitraje.*

Las funciones a que se refieren los artículos 11 3) y 4), 13 3), 14, 16 3) y 34 2) serán ejercidas por... [Cada Estado especificará, en este espacio, al promulgar la ley modelo, el tribunal, los tribunales o, cuando en aquélla se la mencione, otra autoridad con competencia para el ejercicio de estas funciones].

CAPITULO II

Acuerdo de Arbitraje

Artículo 7. *Definición y forma del acuerdo de arbitraje.*

1) El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros

medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

Artículo 8. *Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal.*

1) El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

2) Si se ha entablado la acción a que se refiere el párrafo 1) del presente artículo, se podrá, no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el tribunal.

Artículo 9. *Acuerdo de arbitraje y adopción de medidas provisionales por el tribunal.*

No será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares provisionales ni que el tribunal conceda esas medidas.

CAPITULO III

Composición del Tribunal Arbitral

Artículo 10. *Número de árbitros.*

- 1) Las partes podrán determinar libremente el número de árbitros.
- 2) A falta de tal acuerdo, los árbitros serán tres.

Artículo 11. *Nombramiento de los árbitros.* (art. 15: sustitución).

1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que esa persona actúe como árbitro.

2) Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 4) y 5) del presente artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro o los árbitros.

3) A falta de tal acuerdo,

a) en el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero; si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta días del recibo de un requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los treinta días contados desde su nombramiento, la designación será hecha, a petición de una de las partes, por el tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6;

b) en el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro, éste será nombrado, a petición de cualquiera de las partes, por el tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6.

4) Cuando en un procedimiento de nombramiento convenido por las partes,

a) una parte no actúe conforme a lo estipulado en dicho procedimiento, o

b) las partes, o dos árbitros, no puedan llegar a acuerdo conforme al mencionado procedimiento, o

c) un tercero, incluida una institución, no cumpla una función que se le confiera en dicho procedimiento, cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6 que adopte la medida necesaria, a menos que en el acuerdo sobre el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo.

5) Toda decisión sobre las cuestiones encomendadas en los párrafos 3) ó 4) del presente artículo al tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6 será inapelable. Al nombrar un árbitro, el tribunal u otra autoridad tendrá debidamente en cuenta las condiciones requeridas para un árbitro por el acuerdo entre las partes y tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial. En el caso de árbitro único o del tercer árbitro, tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes.

Artículo 12. *Motivos de recusación.*

1) La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales,

revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas.

2) Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación.

Artículo 13. *Procedimiento de recusación.*

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3) del presente artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros.

2) A falta de tal acuerdo, la parte que desee recusar a un árbitro enviará al tribunal arbitral, dentro de los quince días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la constitución del tribunal arbitral o de cualquiera de las circunstancias mencionadas en el párrafo 2) del artículo 12, un escrito en el que exponga los motivos para la recusación. A menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá al tribunal arbitral decidir sobre ésta.

3) Si no prosperase la recusación incoada con arreglo al procedimiento acordado por las partes o en los términos del párrafo 2) del presente artículo, la parte recusante podrá pedir, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de la decisión por la que se rechaza la recusación, al tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6, que decida sobre la procedencia de la recusación, decisión que será inapelable; mientras esa petición esté pendiente, el tribunal arbitral, incluso el árbitro recusado, podrán proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo.

Artículo 14. *Falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones.*

1) Cuando un árbitro se vea impedido *de jure* o *de facto* en el ejercicio de sus funciones o por otros motivos no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si renuncia o si las partes acuerdan su remoción. De lo contrario, si subsiste un desacuerdo respecto a cualquiera de esos motivos, cualquiera de las partes podrá solicitar del tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6 una decisión que declare la cesación del mandato, decisión que será inapelable.

2) Si, conforme a lo dispuesto en el presente artículo o en el párrafo 2) del artículo 13, un árbitro renuncia a su cargo o una de las partes acepta la terminación del mandato de un árbitro, ello no se considerará como una aceptación de la procedencia de ninguno de los motivos mencionados en el presente artículo o en el párrafo 2) del artículo 12.

Artículo 15. *Nombramiento de un árbitro sustituto.*

Cuando un árbitro cese en su cargo en virtud de lo dispuesto en los artículos 13 ó 14, o en los casos de renuncia por cualquier otro motivo o de remoción por acuerdo de las partes o de expiración de su mandato por cualquier otra causa, se procederá al nombramiento de un sustituto conforme al mismo procedimiento por el que se designó al árbitro que se ha de sustituir.

CAPITULO IV

Competencia del Tribunal Arbitral

Artículo 16. *Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia.*

1) El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula promisorio que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la nulidad de la cláusula promisorio.

2) La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación. Las partes no se verán impedidas de oponer la excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. La excepción basada en que el tribunal arbitral ha excedido su mandato deberá oponerse tan pronto como se plantee durante las actuaciones arbitrales la materia que supuestamente exceda su mandato. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, estimar una excepción presentada más tarde si considera justificada la demora.

3) El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en el párrafo 2) del presente artículo como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo. Si, como cuestión previa, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar del tribunal competente conforme al artículo 6 que resuelva la cuestión, y la resolución de este tribunal será inapelable; mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo.

Artículo 17. *Facultad del tribunal arbitral de ordenar medidas provisionales cautelares.*

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, a cualquiera de las partes que adopte las medidas

provisionales cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía apropiada en conexión con esas medidas.

CAPITULO V

Sustanciación de las actuaciones arbitrales

Artículo 18. *Trato equitativo de las partes.*

Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos.

Artículo 19. *Determinación del procedimiento.*

1) Con sujeción a las disposiciones de la presente Ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones.

2) A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas.

Artículo 20. *Lugar del arbitraje.*

1) Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. En caso de no haber acuerdo al respecto, el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje, atendidas las circunstancias del caso, inclusive las conveniencias de las partes.

2) Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo precedente, el tribunal arbitral podrá, salvo acuerdo en contrario de las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para celebrar deliberaciones entre sus miembros, para oír a los testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar mercancías u otros bienes o documentos.

Artículo 21. *Iniciación de las actuaciones arbitrales.*

Salvo que las partes hayan convenido otra cosa, las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciará en la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter esa controversia a arbitraje.

Artículo 22. *Idioma.*

1) Las partes podrán acordar libremente el idioma o los idiomas que hayan de utilizarse en las actuaciones arbitrales. A falta de tal acuerdo, el

tribunal arbitral determinará el idioma o los idiomas que hayan de emplearse en las actuaciones. Este acuerdo o esta determinación será aplicable, salvo que en ellos mismos se haya especificado otra cosa, a todos los escritos de las partes, a todas las audiencias, y a cualquier laudo, decisión o comunicación de otra índole que emita el tribunal arbitral.

2) El tribunal arbitral podrá ordenar que cualquier prueba documental vaya acompañada de una traducción al idioma o los idiomas convenidos por las partes o determinados por el tribunal arbitral.

Artículo 23. *Demanda y contestación.*

1) Dentro del plazo convenido por las partes o determinado por el tribunal arbitral, el demandante deberá alegar los hechos en que se funda la demanda, los puntos controvertidos y el objeto de la demanda, y el demandado deberá responder a los extremos alegados en la demanda, a menos que las partes hayan acordado otra cosa respecto de los elementos que la demanda y la contestación deban necesariamente contener. Las partes podrán aportar, al formular sus alegaciones, todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar.

2) Salvo acuerdo en contrario de las partes, en el curso de las actuaciones arbitrales cualquiera de las partes podrá modificar o ampliar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere improcedente esa alteración en razón de la demora con que se ha hecho.

Artículo 24. *Audiencias y actuaciones por escrito.*

1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de pruebas o para alegatos orales, o si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de documentos y demás pruebas. No obstante a menos que las partes hubiesen convenido que no se celebrarían audiencias, el tribunal arbitral celebrará dichas audiencias en la fase apropiada de las actuaciones, a petición de una de las partes.

2) Deberá notificarse a las partes con suficiente antelación la celebración de las audiencias y las reuniones del tribunal arbitral para examinar mercancías u otros bienes o documentos.

3) De todas las declaraciones, documentos o demás información que una de las partes suministre al tribunal arbitral se dará traslado a la otra parte. Asimismo deberán ponerse a disposición de ambas partes los peritajes o los documentos probatorios en los que el tribunal arbitral pueda basarse al adoptar su decisión.

Artículo 25. *Rebeldía de una de las partes.*

Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando, sin invocar causa suficiente,

- a) el demandante no presente su demanda con arreglo al párrafo 1) del artículo 23, el tribunal dará por terminadas las actuaciones;
- b) el demandado no presente su contestación con arreglo al párrafo 1 del artículo 23, el tribunal arbitral continuará las actuaciones, sin que esa omisión se considere por sí misma como una aceptación de las alegaciones del demandante;
- c) una de las partes no comparezca a una audiencia o no presente pruebas documentales, el tribunal arbitral podrá continuar las actuaciones y dictar el laudo basándose en las pruebas de que disponga.

Artículo 26. *Nombramiento de peritos por el tribunal arbitral.*

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral:

- a) podrá nombrar uno o más peritos para que le informen sobre materias concretas que determinará el tribunal arbitral;
- b) podrá solicitar a cualquiera de las partes que suministre al perito toda la información pertinente o que le presente para su inspección todos los documentos, mercancías u otros bienes pertinentes, o le proporcione acceso a ellos.

2) Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando una parte lo solicite o cuando el tribunal arbitral lo considere necesario, el perito, después de la presentación de su dictamen escrito u oral, deberá participar en una audiencia en la que las partes tendrán oportunidad de hacerle preguntas y de presentar peritos para que informen sobre los puntos controvertidos.

Artículo 27. *Asistencia de los tribunales para la práctica de pruebas.*

El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con la aprobación del tribunal arbitral podrá pedir la asistencia de un tribunal competente de este Estado para la práctica de pruebas. El tribunal podrá atender dicha solicitud dentro del ámbito de su competencia y de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba.

CAPITULO VI

Pronunciamiento del laudo y terminación de las actuaciones

Artículo 28. *Normas aplicables al fondo del litigio.*

1) El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del

litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.

2) Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.

3) El tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así.

4) En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

Artículo 29. *Adopción de decisiones cuando hay más de un árbitro.*

En las actuaciones arbitrales en que haya más de un árbitro, toda decisión del tribunal arbitral se adoptará, salvo acuerdo en contrario de las partes, por mayoría de votos de todos los miembros. Sin embargo, el árbitro presidente podrá decidir cuestiones de procedimiento, si así lo autorizan las partes o todos los miembros del tribunal.

Artículo 30. *Transacción.*

1) Si, durante las actuaciones arbitrales, las partes llegan a una transacción que resuelva el litigio, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones y, si lo piden ambas partes y el tribunal arbitral no se opone, hará constar la transacción en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes.

2) El laudo en los términos convenidos se dictará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 31 y se hará constar en él que se trata de un laudo. Este laudo tiene la misma naturaleza y efecto que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio.

Artículo 31. *Forma y contenido del laudo.*

1) El laudo se dictará por escrito y será firmado por el árbitro o los árbitros. En actuaciones arbitrales con más de un árbitro bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del tribunal arbitral, siempre que se deje constancia de las razones de la falta de una o más firmas.

2) El laudo del tribunal arbitral deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido en otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 30.

3) Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje determinado de conformidad con el párrafo 1) del artículo 20. El laudo se considerará dictado en ese lugar.

4) Después de dictado el laudo, el tribunal lo notificará a cada una de las partes mediante entrega de una copia firmada por los árbitros de conformidad con el párrafo 1) del presente capítulo.

Artículo 32. *Terminación de las actuaciones.*

1) Las actuaciones arbitrales terminan con el laudo definitivo o por una orden del tribunal arbitral dictada de conformidad con el párrafo 2) del presente artículo.

2) El tribunal arbitral ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales cuando:

- a) el demandante retire su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y el tribunal arbitral reconozca un legítimo interés de su parte en obtener una solución definitiva del litigio;
- b) las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones;
- c) el tribunal arbitral compruebe que la prosecución de las actuaciones resultaría innecesaria o imposible.

3) El tribunal arbitral cesará en sus funciones al terminar las actuaciones arbitrales, salvo lo dispuesto en el artículo 33 y en el párrafo 4) del artículo 34.

Artículo 33. *Corrección e interpretación del laudo y laudo adicional.*

1) Dentro de los treinta días siguientes a la recepción del laudo, salvo que las partes hayan acordado otro plazo:

- a) cualquiera de las partes podrá, con notificación a la otra, pedir al tribunal arbitral que corrija en el laudo cualquier error de cálculo, de copia o tipográfico o cualquier otro error de naturaleza similar;
- b) si así lo acuerdan las partes, cualquiera de ellas podrá, con notificación a la otra, pedir al tribunal arbitral que dé una interpretación sobre un punto o una parte concreta del laudo.

Si el tribunal arbitral estima justificado el requerimiento, efectuará la corrección o dará la interpretación dentro de los treinta días siguientes a la recepción de la solicitud. La interpretación formará parte del laudo.

2) El tribunal arbitral podrá corregir cualquier error del tipo mencionado en el inciso a) del párrafo 1) del presente artículo por su propia iniciativa dentro de los treinta días siguientes a la fecha del laudo.

3) Salvo acuerdo en contrario de las partes, dentro de los treinta días siguientes a la recepción del laudo, cualquiera de las partes, con notificación a la otra parte, podrá pedir al tribunal arbitral que dicte un laudo adicional respecto de reclamaciones formuladas en las actuaciones arbitrales, pero omitidas del laudo. Si el tribunal arbitral estima justificado el requerimiento, dictará el laudo adicional dentro de sesenta días.

4) El tribunal arbitral podrá prorrogar, de ser necesario, el plazo en el cual efectuará una corrección, dará una interpretación o dictará un laudo adicional con arreglo a los párrafos 1) ó 3) del presente artículo.

5) Lo dispuesto en el artículo 31 se aplicará a las correcciones o interpretaciones del laudo o a los laudos adicionales.

CAPITULO VII

Impugnación del laudo

Artículo 34. *La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral.*

1) Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los párrafos 2 y 3) del presente artículo.

2) El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando:

a) La parte que interpone la petición pruebe:

i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado; o

ii) que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o

iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o

iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse o,

a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley; o

b) el tribunal compruebe:

- i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o
- ii) que el laudo es contrario al orden público de este Estado.

3) La petición de nulidad no podrá formularse después de transcurridos tres meses contados desde la fecha de la recepción del laudo o, si la petición se ha hecho con arreglo al artículo 33, desde la fecha en que esa petición haya sido resuelta por el tribunal arbitral.

4) El Tribunal, cuando se le colicite la anulación de un laudo, podrá suspender las actuaciones de nulidad, cuando corresponda y cuando así lo solicite una de las partes, por un plazo que determine a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de nulidad.

CAPITULO VIII

Reconocimiento y ejecución de los laudos

Artículo 35. *Reconocimiento y ejecución.*

1) Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y, tras la presentación de una petición por escrito al tribunal competente, será ejecutado en conformidad con las disposiciones de este artículo y del artículo 36.

2) La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el original debidamente autenticado del laudo o copia debidamente certificada del mismo, y el original del acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 o copia debidamente certificada del mismo. Si el laudo o el acuerdo no estuviera redactado en un idioma oficial de este Estado, la parte deberá presentar una traducción debidamente certificada a ese idioma de dichos documentos. (***)

Artículo 36. *Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución.*

1) Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado:

(***) El procedimiento enunciado en este párrafo tiene por fin establecer un máximo de requisitos. Así pues, no se opondría a la armonización pretendida por la ley modelo que un Estado mantuviese en vigencia un procedimiento aún menos oneroso.

a) a instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando esta parte pruebe ante el tribunal competente del país en que se pide el reconocimiento o la ejecución:

- i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo; o
- ii) que la parte contra la cual se invoca el laudo no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o
- iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o
- iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje; o
- v) que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, o conforme a cuyo derecho, ha sido dictado ese laudo; o

b) cuando el tribunal compruebe:

- i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o
- ii) que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de este Estado.

2) Si se ha pedido a un tribunal de los previstos en el inciso v) del apartado a) del párrafo 1) del presente artículo la nulidad o la suspensión del laudo, el tribunal al que se pide el reconocimiento o la ejecución podrá, si lo considera procedente, aplazar su decisión y, a instancia de la parte que pida el reconocimiento o la ejecución del laudo, podrá también ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas.

LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

Miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas
Catedrático Universidad de Costa Rica
Profesor de Derecho Administrativo

Fuente:

La acepción *fontes iuris* significa *fuentes del derecho*.
Fuente es todo aquello que se abre y de lo cual sale agua.
Esta metáfora aplicada al derecho, implica todo aquello
abierto de lo cual sale el *ius (derecho)*.

Cicerón, Tito Livio y Justiniano, entre otros, usaron
con frecuencia esta *metáfora*.

fiat justitia
(Hágase justicia)

A los estudiantes de Derecho

INDICE

Siglas más usadas

Resumen

I. Introducción

II. Fuentes del derecho administrativo

1. Concepto
2. Clasificación
 - a) Ley y costumbre
 - b) Precedente administrativo
3. Cuadro de clasificación de las fuentes
4. Jerarquía de las fuentes escritas
 - a) Constitución Política
 - b) Tratados y convenios internacionales
 - c) Leyes
 - d) Reglamentos
 - e) Decretos
 - f) Circulares
5. Resistencia y potencia
6. Fuentes no escritas
 - a) Costumbre
 - b) Jurisprudencia
 - c) Principios generales del derecho
7. Jerarquía de las fuentes según la LGAP
8. Caducidad de las fuentes

III. A manera de conclusión

Vocabulario esencial

Preguntas de control de lectura

Bibliografía de referencia

SUMARIO :

Siglas más usadas

Resumen

I. Introducción

II. Fuentes del derecho administrativo

III. A manera de conclusión

Vocabulario esencial

Preguntas de control de lectura

Bibliografía de referencia

Siglas más usadas:

RAP	Revista de Administración Pública. España
CEC	Centro de Estudios Constitucionales (España)
CC	Código Civil
CP	Constitución Política
UCR	Universidad de Costa Rica
LGAP	Ley general de la Administración Pública
AP	Administración Pública
E	Estado
RCJ	Revista de Ciencias Jurídicas. Costa Rica
RJ	Revista Judicial. Costa Rica

Resumen

En este trabajo se hará una presentación del tema de las fuentes del derecho administrativo.

Destacamos la presencia de los principios generales del derecho como una técnica para enfrentar la arbitrariedad del Estado y como fuente integradora no escrita del citado derecho.

I. Introducción

El tema de las fuentes del derecho administrativo permite un tratamiento relevante sobre la jerarquía de las normas escritas y la trascendencia que tienen las fuentes no escritas; y, en conjunto el rol totalizante de todas esas fuentes para conformar esa globalidad de la cual nace derecho administrativo.

1. Concepto

Fuente de derecho es todo acto o hecho generador de normas jurídicas.

De acuerdo con el concepto dado, se *excluye* todo no normativo, aunque sea creador de derecho.

No son fuentes de derecho, aquellas que se les dice de *conocimiento*, las cuales consisten en la publicación del texto de las normas. Igualmente **NO** son fuentes de derecho, las que se conocen como *científicas*, cuando se refieren al análisis y explicación del texto legal y de los principios generales que le dan base (cf. Eduardo Ortiz, *Lecciones de derecho administrativo*, p. 1, tesis 5).

2. Clasificación

Existen varios criterios para definir una clasificación de las fuentes del derecho administrativo. Entre ellas, las siguientes:

FUENTES

A) { sociológicas = extra-jurídicas
jurídicas = propias del derecho

B) { formales = "verdaderas" fuentes del derecho
materiales = "falsas" fuentes del derecho

C) { escritas = fontes scriptum
no escritas = fontes non scriptum

— A —

Sociológicas

aquí incluiríamos los factores políticos, económicos, sociales, religiosos, etc., que inciden o moldean los cambios en el ordenamiento jurídico.

Jurídicas

en este acápite se ubican aquellas fuentes que hemos indicado como escritas y no escritas.

— B —

Fuente formal:

La que está autorizada y regulada por el propio ordenamiento jurídico y que genera normas de cumplimiento obligatorio. Se trata de la que podríamos llamar la "verdadera" fuente del derecho; es decir, lo que se puede indicar como esencialmente tal.

Fuente material:

Esta clase de fuentes son las que inspiran o le dan el contenido a la norma; pero *no la crean* (por lo tanto no es *fuentes* propiamente dicha). El ejemplo que se puede dar aquí de la fuente material es la *doctrina*. Esta se usa para darle al legislador, ejecutor de la ley o al juez (operadores del derecho) ideas o sugerencias destinadas a la operatividad concreta de la norma jurídica; pero —por supuesto— que se trata de una ayuda para el operador del derecho y de ninguna manera la *doctrina* crea o genera el derecho. O sea, no es fuente del derecho —fundamentalmente— indicado (cit. Eduardo Ortiz, p. 4).

— C —

Fuente escrita:

Obviamente es aquella que consta por *escrito* y consiste en actos jurídicos de consecuencias normativas, que voluntaria y conscientemente se orientan a generar la regla de derecho.

Fuente no escrita:

No consta por escrito; se elabora de hechos materiales o de actos jurídicos **NO** encaminados a crear la norma *legal* (en sentido genérico). Por ejemplo, la *jurisprudencia* y la *costumbre*.

Como *concepto*, la *jurisprudencia* está formada por antecedentes producidos por los tribunales administrativos y/o judiciales. Se trata de reiteración de criterios legales, que no tienen como intención crear una norma jurídica general.

La *jurisprudencia* es la interpretación de la ley (en sentido genérico) hecha por los jueces administrativos o judiciales (en sentido lato) esta interpretación forma un conjunto de sentencias (o, resoluciones) que conforman el criterio de dichos jueces (en sentido genérico) a propósito de las soluciones (sentencias o resoluciones) que le dan a los casos concretos que le presentan a ellos para que fijen la solución que consideren oportuna. En la antigua definición latina de *jurisprudencia* significó *ciencia del derecho*. (Ulpiano).

La otra fuente no escrita, es la *costumbre*.

La *costumbre* es una regla de derecho que funda su valor en la tradición y no en la autoridad del legislador. Se trata de una repetición de actos uniformes que forman una tradición con relevancia jurídica. Según el jurista romano Ulpiano la *costumbre* es el consentimiento tácito del pueblo, inveterado por un largo lapso de tiempo.

La *costumbre* nace como fuente de derecho cuando hay el convencimiento popular, abonado por una práctica y un cumplimiento usual, de que una regla determinada de conducta humana es una norma jurídica (vid. Agustín Gordillo, V-55).

Se trata, la *costumbre* de la repetición colectiva de un acto que tenga relevancia jurídica (vid., E. Ortiz, tesis 8, p. 1).

Se tiene, pues, que la *costumbre jurídica* es la repetición colectiva de un acto, que el Estado reconoce tácita o expresamente como fuente de una norma acorde con esa repetición. Se dice que se da el *reconocimiento manifiesto, expreso o explícito* cuando la ley permite la costumbre en forma manifiesta; y, *tácito, implícito o latente* cuando la costumbre no contradice la ley, ni la deroga, ni la reforma ni la sustituye (cf. E. Ortiz, tesis 8, p. 2).

La *costumbre* no puede ser admitida como fuente de derecho a menos que una ley en forma manifiesta o expresa lo autorice (cf. A. Gordillo, V-55).

El Estado no puede argumentar la *costumbre* para perjudicar al administrado. La Administración Pública no puede crearse derechos a partir de la costumbre en perjuicio de los particulares.

Al revés, podría aceptarse que la costumbre es fuente de derechos para los administrados frente a la Administración Pública (cf. A. Gordillo, V-56).

a) *Clases de costumbres:*

- * *contra legem* : aquella que choca contra el derecho.
- * *praeter legem* : la que llena vacíos o lagunas del derecho. Es integradora del ordenamiento jurídico.
- * *secundum legem*: sigue el derecho. No lo contradice. La ley —en sentido genérico— remite la solución del caso concreto a la costumbre.

b) *Elementos de la costumbre =*

- inveterata consuetudo* : consiste en la costumbre que tiene arraigo en el grupo
- opinio iuris seu necessitatis*: la convicción de que una costumbre obliga jurídicamente

c) *Diferencia entre ley y costumbre* (una entre otras maneras de distinguir las)

<i>Ley</i>	<i>costumbre</i>
* se <i>origina</i> en la voluntad de los gobernantes	* se <i>origina</i> en la voluntad del grupo, de los particulares
* es una fuente orgánica	* se <i>crea</i> de modo anónimo
* atiende, preferentemente, a las relaciones de los particulares con el Estado	* atiende, esencialmente, a las relaciones entre los particulares

d) *Ley y costumbre*

Claramente, la Carta Magna, en su artículo 129 manda la ley no queda abrogada ni derogada, sino por otra posterior; y, contra su observancia no puede alegarse desuso (leyes obsoletas) ni costumbre o práctica en contrario (no se admite costumbre *supra legem*; tampoco se admite costumbre *contra legem*). La ley tiene un rango superior a la costumbre y prevalece sobre ésta, por razones de jerarquía normativa, de seguridad y orden jurídicos.

e) *Precedente administrativo*

La práctica reiterada de la Administración Pública no es fuente de derecho. La práctica administrativa no vincula al Estado.

Para apartarse de criterios administrativos reiterados, y no violar la igualdad de trato, la equidad, la buena fe, etc., el Estado está en el deber de razonar el por qué —en el caso concreto— manifiesta un criterio diferente a los reiterados.

Así como la *jurisprudencia* no obliga ni vincula a los Tribunales (teóricamente indicado, ya que en la práctica, la realidad enseña que así es), tampoco el *precedente administrativo* vincula a la Administración Pública (hipotéticamente, pues la realidad va por el lado contrario) (cf. E. García de Enterría, T. I., pp. 66 y 67).

3. Cuadro de clasificación de las fuentes(*)

FUENTES		
<i>Directas</i>		<i>indirectas</i>
<i>escritas</i>	<i>no escritas</i>	
Carta Magna	principios generales	jurisprudencia
Tratados internacionales	del derecho	(administrativa y judicial)
Leyes	costumbre	
reglamentos		
decretos		
circulares		

(*) Cf. F. Garrido Falla, Vol. I, p. 231.

Este cuadro está tomado de Garrido Falla, pero se trata de una manera de clasificar las fuentes del derecho administrativo entre otras. Se pone a manera de ejemplo.

Otra clasificación, podría ser esta:

FUENTES(*)	
<i>formales o directas</i>	<i>materiales o indirectas</i>
integran el derecho aplicable (Constitución, Tratado, Ley, Reglamento, Decreto, Circular)	se refieren a los hechos sociales, doctrina, costumbre

(*) Cf. Cermesoni, p. 6 y Cassagne, p. 99.

4. Jerarquía de las fuentes escritas

Las fuentes podrían ser jerarquizadas.

Una de las formas de hacer esa jerarquía es la siguiente:

- * Constitución Política
- * Tratados y convenios internacionales
- * Leyes
- * Reglamentos, Decretos
- * Circulares

Esta jerarquización incluye las fuentes del derecho administrativo escritas, como es fácil de observar.

a) Constitución política

De acuerdo con la tesis italiana, la Carta Magna puede clasificarse, así:

i) Constitución Política material

Se trata de la forma en que la sociedad vive y desarrolla en la práctica cotidiana la Carta Magna. Se refiere a una manera de vivir y de entender, como de poner en práctica la norma fundamental de una colectividad. (cf. Costantino Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, T. I, pp. 30 y 31).

ii) Constitución Política formal

Se refiere a la hoja de papel, que llamó Lasalle. Al documento escrito (cf. Nuestro estudio, *Notas sobre el problema de la Constitución Política, in toto*).

b) Tratados y convenios internacionales

Aquellos que han sido ratificados por el país, mediante el procedimiento establecido, se incorporan de lleno al Ordenamiento Jurídico escrito.

Los tratados, convenios y convenciones pueden ser firmados entre Estados, organizaciones internacionales y Estados; y, asimismo, incluye los acuerdos entre tales organismos internacionales (cf. Eduardo Jiménez de Aréchaga, pp. 46 y 47).

Estos instrumentos y normas legales (en sentido genérico) tienen un rango, jerárquico superior a las leyes e inferior a la Carta Magna.

Importa destacar el artículo 5 del Código Civil, el cual manda que las normas jurídicas contenidas en los tratados y convenios internacionales no serán de aplicación directa en Costa Rica en tanto no hayan pasado a

formar parte del ordenamiento interno mediante su aprobación por la Asamblea Legislativa y la publicación íntegra en el Diario Oficial.

c) *Leyes*

Emanadas del Poder Legislativo.

Ley, en *sentido genérico*, se refiere a cualquier norma jurídica, cualquiera que sea su rango (circular, reglamento, decreto, Ley, tratado, Carta Fundamental). (*lato sensu*).

Ley, en *sentido específico*, es la norma jurídica producida por el Poder Legislativo, superior al reglamento, decreto y circular; pero, inferior al tratado y a la Carta Magna. (*stricto sensu*).

Su vocablo latino es *lex*, en singular; y, en plural, será *leges*. En el siglo II d.c. el concepto *jus* o *ius* se refirió a la *doctrina* de los jurisconsultos (o, juristas).

d) *Reglamentos*

Normas jurídicas producidas por el Poder Ejecutivo, sea, mediante su *órgano* Presidente-Ministro del ramo, al tenor del artículo 140, inciso 3, que manda que funciones de ese *órgano* son las de sancionar y promulgar las leyes, reglamentarlas, ejecutarlas y velar por su exacto cumplimiento.

Respecto del Poder Descentralizado, la potestad de darse los reglamentos corresponde a la Junta Directiva de cada institución descentralizada, de conformidad con el artículo 188 de la Carta Magna que ordena que las instituciones citadas gozan de independencia administrativa y están sujetas a la ley en materia de gobierno (cf. nuestro estudio, *El reglamento*, RCJ, N° 47, *in toto*).

Habría que decir que la Contraloría General de la República carece de potestad reglamentaria, de tal modo que los reglamentos que ha emitido son inconstitucionales, como por ejemplo los que atañen al pago de viáticos de los agentes públicos y el del pago por adelantado de la "deuda política", que favorece —*antidemocráticamente*— a los partidos grandes.

e) *Decretos*

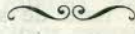
Actos emanados del Poder Ejecutivo, cuando son de alcance general. Se llamarán *acuerdos*, si se trata de actos administrativos concretos. Cuando los *acuerdos*, se refieran a la decisión de recursos o reclamos administrativos, se llaman *resoluciones*.

Aquellos *decretos* de alcance normativo, se denominan *reglamentos* (artículo 121 de la Ley General de la Administración Pública, LGAP).

f) *Circulares*

Se pueden llamar *ordenanzas* de la Administración Pública y atañen a acuerdos que el Estado toma, con carácter normativo, pero que ocupan el último rango en la escala jerárquica de las normas públicas.

La importancia que tienen, es que mediante ellas el Estado viola, de una manera burda y frecuente, el Ordenamiento Jurídico, ya que estas *circulares* u *ordenanzas*, de modo aplastante las usa el Estado para burlar el *Orden Legal* (como un todo y en sentido genérico).



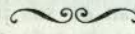
5. *Resistencia y potencia*

Las normas jurídicas jerarquizadas tienen un rango, una resistencia y una potencia unas respecto de las demás.

De este modo, se tiene que clasificadas, en razón de esos criterios, se tiene que las *normas jurídicas*, tienen este rango, con su respectiva resistencia y potencia y en un grado de *superior a inferior*, respectivamente:

- * Carta Magna
- * Tratados y convenios internacionales
- * Leyes
- * Reglamentos
- * Decretos
- * Circulares

(Cf. la obra de Hans Kelsen —1881-1973— *in toto*).



6. *Fuentes no escritas*

a) *Costumbre*

El artículo 7 de la Ley General de Administración Pública manda que las normas no escritas —como la *costumbre*, la jurisprudencia y los principios generales de derecho— servirán para:

- interpretar
- integrar
- y delimitar

el campo de aplicación del *ordenamiento escrito* y tendrán el *rango* (jerarquía) de la norma que interpretan, integran o delimitan.

Para el derecho administrativo, el Estado no puede invocar la *costumbre* para perjudicar o dañar al administrado o particular; o, elaborar normas jurídicas a partir de la costumbre para perjudicar al administrado. Al contrario, el particular sí podría invocar la *costumbre* a su favor frente al Estado (vid. Gordillo, V-55).

Añade el artículo 7 *supra* citado que la costumbre, los principios generales de derecho y la jurisprudencia (normas jurídicas no escritas) tendrán *rango de ley* cuando se trate de suplir o de llenar la ausencia (y, no la insuficiencia) de las disposiciones que regulan una materia.

Interesa destacar aquí que el artículo 6 del *Código Civil* manda que los Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes del derecho establecido en los numerales anteriores. Esta norma tiene el objetivo de que ningún juez (en sentido amplio) pueda excusarse de resolver un caso escudándose en que no existe fuente de derecho para dar la solución debida. La razón de esta disposición es simple: proteger la seguridad jurídica.

Finalmente el artículo 7 de la LGAP, citada, manda, en su párrafo o inciso 3 que las *normas no escritas* (costumbre, jurisprudencia, principios generales de derecho) prevalecerán sobre las normas escritas de nivel, rango o jerarquía inferior.

b) *Jurisprudencia*

Se trata de la interpretación de las normas jurídicas efectuada por los jueces (en sentido amplio, genérico, lato o laxo) cuando resuelven los casos concretos que se le presentan en sus judicaturas para sentencia. También, se conoce con este concepto al conjunto de sentencias administrativas o judiciales que contienen un criterio semejante o uniforme sobre un aspecto particular debatido. En este punto específico se podría hablar de *precedente administrativo o judicial*, en forma respectiva.

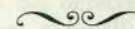
Tiene, asimismo, una función integradora del derecho. (cf. *El nuevo título preliminar del Código Civil, in toto*).

En lo que a la *jurisprudencia* se refiere se han esgrimido dos *slogans* de uso frecuente:

- * la jurisprudencia es *obligatoria*, porque es uniforme
- * la jurisprudencia es *uniforme*, porque es obligatoria

c) *Principios generales del derecho*

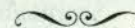
Se trata de *principios básicos*, esenciales, sustanciales para la vida del Derecho, son soportes primarios estructurales del entero sistema jurídico; además son *generales* porque van más allá de un precepto concreto o específico, organizan y dan sentido a muchos otros criterios-base del Derecho. Estamos ante *fórmulas técnicas* del sistema jurídico. El derecho administrativo reclama enérgicamente la técnica de tales principios, por la insuficiencia de la sumisión del Estado a la simple legalidad formal (al esqueleto de normas jurídicas escritas). Frente a la arbitrariedad del Estado, la única posibilidad de una garantía individual y social *efectiva* es la mencionada técnica de los principios generales del derecho (vid. E. García de Enterría, Vol. I, pp. 74 y 75; y, del mismo autor *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el derecho administrativo*, RAP. N° 40, pp. 605 y 606).



7. *Jerarquía de las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo en la Ley general de la administración pública*

La LGAP, en su artículo 6 establece la jerarquía de las fuentes del derecho administrativo, así:

- Constitución Política
- tratados internacionales y las normas de la comunidad centroamericana
- leyes y los demás actos con valor de ley
- decretos del Poder Ejecutivo que reglamentan las leyes
- los de los otros Supremos Poderes en la materia de su competencia
- los demás reglamentos del Poder Ejecutivo, los estatutos y los reglamentos de los entes descentralizados; y,
- las demás normas subordinadas a los reglamentos, centrales y descentralizadas

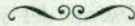


8. *Caducidad de las fuentes*

Se refiere a las distintas causas o explicaciones que se pueden dar para entender cuándo cesa la acción normativa de las diferentes fuentes del derecho.

Este tema atañe al caso en que se termina la posibilidad de producir o generar normas jurídicas mediante eso que se llaman "fuentes del derecho".

Puede darse el caso de que cesen las fuentes productoras del derecho, pero las normas generales siguen manteniéndose en vigencia y viceversa.



III. A manera de conclusión

1) El conocimiento de las fuentes creadoras del derecho administrativo es importante para conocer las formas y los modos por los cuales esta clase de derecho se produce; al igual, que su impacto en la vida social, en la medida en que las sentencias administrativas como las judiciales contienen la aplicación al caso concreto de las citadas fuentes.

2) Efectivamente juega un papel primordial en la puesta en práctica del derecho administrativo, los *principios generales del derecho* como instrumentos técnicos para delimitar la arbitrariedad del Estado. De ahí, la relevancia de estos principios fundamentales como *higher law* (su rol como un derecho más alto o de mayor jerarquía), dado que el juez (administrativo o judicial) no es la boca que pronuncia las palabras de la ley (en sentido lato), como si fuera un ser inanimado (Montesquieu). Resulta interesante que aún en el derecho privado, el *principio general del derecho* conocido como la *equidad* habrá de ponderarse en la aplicación de las normas (artículo 11 del Código Civil).

3) El tema de las *fuentes del derecho administrativo*, debe incluir en su estudio los siguientes aspectos:

- * el proceso normativo (¿cómo se produce?)
- * sujetos que lo producen (¿quiénes lo producen?)
- * comportamiento normativo (¿adónde se produce?)
- * medio de expresión del comportamiento colectivo (¿cómo se expresa?)
- * su traducción o materialización en proposiciones normativas (¿cómo se materializa?)
- * normas jurídicas propiamente dichas (resultado final)

(cf. Rubén Hernández, *Las fuentes normativas, in toto*)

4) Para los latinos la *necesidad* no era derecho, sino fuente de derecho. Tales *estados de necesidad*, son contingentes y de calificación po-

lítica por el que detenta el poder. De ahí su riesgo y peligrosidad para la sociedad, por el evidente abuso de poder que puede darse.

La *necesidad* es una fuente autónoma del derecho.

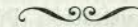
La *necesidad* como una fuente de derecho (la cual se puede focalizar como fuente sociológica), debido a que los "*estados de necesidad*" se refieren a situaciones en las cuales está en peligro la existencia misma de la sociedad y/o del Estado. El problema consiste en que (con mucha frecuencia) son los gobiernos totalitarios y dictatoriales los que esgrimen este argumento para fortalecer sus dictaduras.

5) *Reglas para solucionar conflictos entre las normas* (v.gr.).

Es conveniente tener presente que no se debe confundir las *normas* en cuanto tales con las *fuentes* productoras de ellas.

Una vez que las *fuentes* del derecho han generado las normas jurídicas pueden presentarse choques o conflictos entre ellas. Por tal razón se esgrimen estas tesis para darle solución a este problema:

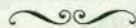
- * la norma superior prevalece sobre la inferior
- * la norma posterior prevalece sobre la anteriormente promulgada
- * la norma especial prevalece sobre la norma general



PREGUNTAS DE CONTROL DE LECTURA

- 1) ¿El Poder Ejecutivo mediante un reglamento puede limitar, o de alguna otra forma incidir sobre las libertades públicas, derechos humanos, o garantías constitucionales?
- 2) ¿Qué es la reserva de ley?
- 3) ¿Existe reserva reglamentaria?
- 4) ¿La principal fuente de derecho para el derecho administrativo es la costumbre?
- 5) ¿Los principios generales del derecho integran o informan el ordenamiento jurídico administrativo?
- 6) ¿Qué importancia tiene la jurisprudencia administrativa y judicial como fuente del derecho administrativo?
- 7) ¿La Constitución Política es solo el documento en el cual está escrita?
- 8) ¿Los tratados y convenios internacionales son fuentes del derecho para nuestro país?

- 9) ¿Para qué sirven las fuentes del Derecho?
- 10) ¿Cuál es la importancia de la jerarquía de las fuentes del Derecho?
- 11) ¿Es la carta magna respetada por el Estado y la sociedad?
- 12) ¿La Administración Pública respeta o cumple el ordenamiento jurídico?



VOCABULARIO ESENCIAL

— A —

ACUERDOS. Actos administrativos concretos (no son de alcance general).

— C —

CIRCULARES. Actos administrativos de rango inferior, que están en la base de la pirámide normativa, teniendo la mínima jerarquía normativa. Empero, son muy importantes en su estudio, ya que mediante estas circulares, la Administración Pública viola frecuentemente el ordenamiento jurídico global. El abuso y la arbitrariedad del Estado se ubican y se expresan en las circulares de modo aplastante.

CONSTITUCION FORMAL. Atañe a la Carta Magna en cuanto documento escrito. Es lo que Ferdinand Lasalle llamó la "hoja de papel", cuando le enfrentó este concepto al que propuso de Constitución Política como la suma de factores reales de poder que rigen un país.

CONSTITUCION MATERIAL. Se refiere al conjunto de factores o elementos religiosos, políticos, económicos, artísticos, deportivos, sociales, etc., que integran la sociedad *real* (sociedad civil), incluye, por supuesto, todo lo relativo al tema de las *mentalidades*, conciencia colectiva, idiosincracia, por ejemplo. En resumen, la Constitución Política tal y como la vive, la siente, piensa, forja, realiza y concreta el pueblo. "El derecho vivo" o "viviente".

CONSTITUCION POLITICA, CARTA MAGNA, NORMA FUNDAMENTAL O LEY FUNDAMENTAL. Esos son los nombres con los cuales se le conoce a la norma jurídica de mayor rango que tiene un país como el nuestro. También se dice que es la norma de normas, la norma jurídica por excelencia. La que le da la estructura esencial al Estado (sociedad política) a la sociedad (sociedad civil).

COSTUMBRE. Fuente formal no escrita. Integra e informa el derecho escrito. Es una repetición de actos uniformes que forman un tradición.

— D —

DOCTRINA. Criterio expresado por los juristas para interpretar, analizar, estudiar o efectuar hermenéutica jurídica.

— F —

FUENTE DEL DERECHO. Principio, fundamento u origen de las normas jurídicas y en especial del derecho positivo o vigente en un país determinado y en una época dada. Metafóricamente indicado, así se habla de que el *derecho* brota (como si fuera una fuente de agua) de la costumbre, los principios generales del derecho, la jurisprudencia; y, de la ley en términos genéricos.

— J —

JERARQUIA NORMATIVA O PIRAMIDE DE LAS NORMAS JURIDICAS. Se dice del orden jerárquico que tienen las normas jurídicas a partir de un mayor rango, resistencia y potencia y concluyendo en aquellas más débiles, inferiores y subalternas.

El orden es el siguiente:

- 1) Constitución Política
- 2) Tratados y, convenios internacionales debidamente incorporados a nuestro ordenamiento jurídico
- 3) Leyes (en sentido específico)
- 4) Reglamentos
- 5) Decretos
- 6) Circulares

JURISPRUDENCIA. Antiguamente se le llamó ciencia del derecho. En la actualidad se refiere al conjunto de sentencias, resoluciones o fallos emanados del Poder Judicial. Según *Ulpiano*, la jurisprudencia es la ciencia de lo justo y de lo injusto; el conocimiento de las cosas divinas y humanas.

— L —

LEY. Norma jurídica escrita de obligatorio acatamiento. En *sentido genérico*, se refiere a cualquier norma jurídica cualquiera que sea su rango

en la pirámide normativa o jerarquía de las normas de derecho. En *sentido específico*, se dice solo de las normas jurídicas emanadas del Poder Legislativo.

— O —

ORDENAMIENTO JURIDICO. También conocido como *bloque de legalidad*. Incluye las normas escritas como las no escritas.

— P —

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. Son las bases ideológicas del sistema jurídico administrativo. Tienen una categoría (como fuente) superior al derecho escrito, al cual integran e informan. Son verdaderas técnicas y mecanismos para frenar la arbitrariedad del Estado. Son fuentes formales no escritas. Ejemplos: justicia, equidad, sana administración, igualdad de oportunidades.

— R —

REGLAMENTO. Es una fuente formal escrita, norma jurídica subordinada a la Constitución Política, a los tratados y convenios, y a la ley (en sentido específico). Es el resultado de la potestad reglamentaria de la Administración Pública. Se les llama también decretos de alcance normativo o decretos reglamentarios.

RESERVA DE LEY. Existen ciertas materias que solo el Poder Legislativo puede regular. Esas materias son: a) las libertades públicas, garantías constitucionales o derechos humanos; b) la propiedad privada; c) penas, sanciones (derecho penal); d) impuestos, tributos, tasas, exacciones (derecho fiscal, tributario, hacendario o impositivo); e) planificación económica; f) creación de servicios públicos.

En otras palabras, el Poder Ejecutivo no puede regular o producir normas jurídicas sobre esas materias sin autorización expresa del Poder Legislativo. Se requiere una Ley de la Asamblea Legislativa, para que con base en ella, el Poder Ejecutivo emita su respectivo reglamento. Pero por un reglamento, sin la correspondiente Ley (del Poder Legislativo) no puede regular aquellas materias o campos de la actividad humana.

RESERVA REGLAMENTARIA. Así como existe una reserva de ley, fruto de la Revolución Francesa (1789), *no existe* reserva reglamentaria o materias exclusivas, propias o reservadas al reglamento.

BIBLIOGRAFIA DE REFERENCIA

- Paolo BARILE. *Istituzioni di diritto pubblico* (Padova: Cedam, 1977).
- Allan-Randolph; BREWER-CARIAS. *El concepto de derecho administrativo en Venezuela* (Madrid: RAP, Nos. 100-102, vol. I, 1983, CEC).
- Jorge E. CERMESONI. *Derecho administrativo* (Buenos Aires: Ed. El Coloquio, 1975).
- Juan Carlos CASSAGNE. *Derecho administrativo* (Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1977, t. I).
- Jacques CHEVALLIER. *L'Etat de droit* (Paris: Revue du droit public, N° 2, 1988, LGDJ).
- Gérard CORNU, et al. *El nuevo título preliminar del Código Civil de Costa Rica* (San José: Iuricentro, 1987).
- Mario DE LA CUEVA. *La idea del Estado* (México: UNAM, 1975).
- Charles DEBBASCH. *Ciencia administrativa. Administración Pública* (Madrid: INAP, 1981).
- . et al. *Diccionario de política* (Bogotá: Temis, 1985).
- Antonio DE FRANCESCO. *Istituzioni di diritto pubblico* (Milano: Cetim-Bresso, 1975).
- Eduardo JIMENEZ DE ARECHAGA. *El derecho internacional contemporáneo* (Madrid: Tecnos, 1980).
- Andre DE LAUBADERE. *Manual de derecho administrativo* (Bogotá: Temis, 1978).
- José R. DROMI. *Introducción al derecho administrativo* (s.p.i., 1988).
- . *Instituciones de derecho administrativo* (Buenos Aires: Astrea, 1973).
- Héctor ESCOLA. *Compendio de derecho administrativo* (Buenos Aires: Depalma, 1984).
- Emilio FERNANDEZ. *Diccionario de derecho público* (Buenos Aires: Astrea, 1981).
- Ernst FORSTHOFF. *El Estado de la sociedad industrial* (Madrid: IEP, 1975).
- Eduardo GARCIA DE ENTERRIA; Tomás-Ramón FERNANDEZ. *Curso de derecho administrativo* (Madrid: Civitas, T. I, 1983).
- Eduardo GARCIA DE ENTERRIA. *Reflexiones generales sobre la Ley y los principios del Derecho en Derecho Administrativo* (Madrid: RAP, N° 40, 1963).
- Fernando GARRIDO FALLA. *Sobre el Derecho Administrativo y sus ideas cardinales* (Madrid: RAP, N° 7, 1952).
- Agustín GORDILLO. *Tratado de derecho administrativo* (Buenos Aires: Eds. Macchi, 1974, T. I).
- Omar GUERRERO OROZCO. *Introducción a la administración pública* (México: Ed. Porrúa, 1985).
- José Manuel GUTIERREZ. *La creación jurisprudencial de Lagunas* (San José: Iustitia, N° 30, junio, 1989).
- Rubén HERNANDEZ. *Las fuentes normativas*. (San José, UACA, 1981).
- Juan F. LINARES. *Fundamentos del derecho administrativo* (Buenos Aires: Astrea, 1975).
- Hely LOPEZ MEIRELLES. *Direito administrativo brasileiro* (São Paulo: Ed. Revista dos tribunais, 1987).
- Giorgio LUZZI. *Temi suolti di diritto amministrativo* (Milano: Cetim-Bresso, 1977).

- Carlos A. MANAUOLA. *Curso de derecho romano* (San José: Ed. ARS, t. I, 1981).
- Otto, MAYER. *Derecho administrativo alemán*. (Buenos Aires: Depalma, t. I, 1982).
- Johnny MEOÑO. *Administración pública. Teoría y práctica* (San José: UCR, 1986).
- Costantino MORTATI. *Istituzioni di diritto pubblico* (Padova: Cedam, 1975).
- Santiago MUÑOZ. *La concepción del derecho administrativo y la idea de participación en la Administración* (Madrid: RAP. N° 84, CEC, 1977).
- Mauro MURILLO. *Ensayos de derecho público*. (San José: UNED, 1988).
- Franz NEUMARK. *Problemas económicos y financieros del Estado intervencionista*. (Madrid: Ed. de Derecho Financiero, 1964).
- Alejandro NIETO. *La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo* (Madrid: RAP, N° 76, 1975).
- Eduardo ORTIZ. *Lecciones de derecho administrativo* (San José: UCR, 1970, T. I).
- . *Los privilegios de la administración pública* (San José: RCJ, N° 23, (San José: UCR, 1984).
- . *Costa Rica: Estado social de derecho* (San José: RCJ, N° 29, 1976).
- . *Actividad privada de la administración* (San José: RCJ, N° 11, 1968).
- Luciano PAREJO. *El concepto de derecho administrativo* (Caracas: Ed. Jurídica venezolana, 1984).
- G. PREISER. *Droit administratif* (Paris: Dalloz, 1975).
- Nicolás PEREZ SERRANO. *Tratado de derecho político* (Madrid: Civitas, 1976).
- Julio PRAT. *Derecho administrativo* (Montevideo: Acali, T. I, 1977).
- Jorge Enrique ROMERO PEREZ. *Derecho administrativo y Estado costarricense* (San José: UCR, 1984).
- . *Ensayos de derecho administrativo* (San José: UNED, 1985).
- . *El servicio público* (San José: UCR, 1983).
- . *Estado social y democrático de derecho ante la crisis* (San José: RCJ, N° 60, 1988).
- . *Antología sobre el servicio público* (San José: UCR, 1984).
- . *La contratación administrativa en Costa Rica* (San José: UNED, 1989).
- Notas sobre el problema de la Constitución Política* (San José: UNED, 1984).
- Enrique SAYAGUES LASO. *Tratado de derecho administrativo* (Montevideo: Ed. Martín Bianchi, 1959).
- Domenico TRAMONTANA. *Diritto amministrativo* (Milano: Cetim-Bresso, 1976).
- NORMAS JURIDICAS:**
- Carta Magna (CP)
- Ley General de Administración Pública (LGAP)
- Código Civil (CC)
- Ley de Administración Financiera de la República (LAFR)

RESEÑAS BIBLIOGRAFICAS

HABA, Enrique Pedro, *Tratado básico de derechos humanos* (con especial referencia al Derecho constitucional latinoamericano y al Derecho internacional), San José de Costa Rica: Juricentro, 4 volúmenes en curso de publicación, volúmenes I y II, 1986, XLVI + 970 págs.

1. Estamos ante un auténtico *Tratado*, ante una obra pedagógica y científica de máximo nivel, que no sólo será de inapreciable ayuda a profesores y alumnos en la investigación y comprensión de los derechos constitucional e internacional, sino, fundamentalmente, que será apoyo decisivo para abogados y expertos de las relaciones internacionales en la ardua lid por las libertades públicas. El logro docente y conceptual aquí reflejado honra a su autor y a su patria que es Latinoamérica toda, pero igualmente a las Universidades en que se formara o enseña (de Uruguay, Francia, Alemania, Costa Rica), así como a nuestra Universidad Nacional Autónoma de México, donde el Taller de derecho público lo recibiera como Maestro visitante hace algunos años para una *Exposición crítica sobre Carl Schmitt*.

Naturalmente que una *obra* de esta envergadura suscitará, está ya suscitando, reservas y polémicas, de fondo y forma, quizá fundamentalmente de teoría y método, que se antoja indiscreto ventilar en estas breves líneas; en cualquier caso, ellas no hacen sino multiplicar, en la hora del balance, las dimensiones de un esfuerzo ciclópeo, donde nuestro ya ilustre colega, con su ambición, erudición y detallismo desmesurados, rompe con las inercias del formalismo profesoral romano-germánico, reivindicando ejemplarmente aquel "aliento enciclopédico" de la mejor cultura latinoamericana que exaltara Eduardo Juan Couture en su contribución a los *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*.

2. El presente *Tratado* se propone estudiar los derechos del hombre sin diluirlos en las ficciones de la exégesis jurídica, ni caer en la vana declamación. Pretende someterlos a un examen realista y crítico en sentido amplio, apoyándose para ello en el pensamiento analítico contemporáneo. Al apoyarse en un enfoque transdisciplinario, la letra de los textos positivos deviene sólo un "momento" en su realización concreta. Esta depende de muchos momentos. En efecto, las opciones interpretativas están igualmente condicionadas por otros varios "momentos", tales como los principios de hermenéutica, la mentalidad judicial, las ideologías políticas, los contradictorios intereses sociales la dinámica del Poder. Este vasto estudio tiene una tesis central: que para la comprensión intelectual como para la realiza-

ción efectiva de estos derechos, la consideración realista-crítica de los derechos humanos es la apoyatura más creativa de que pueden dotarse los juristas.

3. Director de Investigación a comienzo de los ochentas en el Instituto interamericano de derechos humanos, el autor ha podido organizar varias reuniones internacionales con los expertos más calificados, así como recurrir a un intercambio de puntos de vista y a una documentación bibliográfica y hemerográfica impresionante, ciertamente equivalente o superior a lo disponible en tribunales internacionales, otros institutos especializados e inclusive centros de información del Primer Mundo.

El resultado se organiza en cuatro volúmenes, cuyo capitulado es el siguiente:

En el volumen I, subtítulo *Conceptos fundamentales* (480 pp.); I. *El área de estudio*, que incluye consideraciones capitales sobre la relación derechos humanos/Derecho constitucional y sobre la efectividad de las declaraciones de derechos; II. *Premisas metodológicas*, comprensivo de un agudo estudio sobre formas de determinar los derechos humanos; III. *La presencia de los conceptos indeterminados en el discurso de los derechos humanos*, con lúcida consideración de la más reciente doctrina alemana y española; y IV. *Del derecho internacional a los ordenamientos jurídicos internos*, donde se considera sucesivamente el discurso del derecho de gentes y la posición general de las leyes supremas.

En el volumen II, subtítulo *Indicadores constitucionales* (págs. 481 a 970); V. *Protección judicial*, que cuestiona la dimensión limitante del Poder Judicial ante los abusos y desvíos del Poder; VI. *Responsabilidad de los funcionarios estatales por violación de derechos humanos*, donde sugerencias normativas y estudio de ejemplos aprovechables iluminan con rigor la perspectiva comparativa; VII. *Estados de excepción*, que sitúa la normativa y realidad constitucionales en el marco del derecho internacional y de las concepciones del Estado de derecho, en lo dogmático y en lo pragmático; VIII. *Libertad de expresión como garantía genérica*, capítulo en el cual emerge el pluralismo como condición tuitiva irremplazable; IX. *El campo de los derechos económicos*, donde destaca el estudio de la supuesta antinomia entre derechos económicos y libertad de expresión.

En los volúmenes III y IV, de inminente aparición, el autor promete (y es justo urgirle el cumplimiento, ante el "tesoro" jurídico antedicho) un análisis de *Instrumentos jurídicos para mejorar la protección constitucional* y consideraciones sobre *La enseñanza de los derechos humanos*, así como la publicación del material originario de los debates internacionales que presidiera como relator general.

4. Partiendo de una decidida opción por la dogmática jushumanista y por una hermenéutica "maximalista" de los textos, el Profesor Haba

sostiene que en estudios sobre derechos humanos es menester ir "más allá" de los meros textos normativos, pues siguiendo a la más esclarecida doctrina privatista francesa (Gény, Saleilles), el derecho ya no es una ciencia que se baste a sí misma y que pueda encerrarse en sus textos y en sus fórmulas, pues el derecho es una ciencia de hechos, a la cual podemos exigir otra cosa que una simple descripción de los mecanismos normativos. En esta investigación colectiva, los textos no sólo carecen de eficacia en la experiencia, sino que técnicamente los instrumentos internacionales contienen disposiciones inofensivas como eventuales modelos para los preceptos internos, constitucionales u otros; en verdad, y quizá no sólo en América Latina, el aparato del Derecho internacional significa poco más que un apéndice retórico de la diplomacia.

Si, como resulta por lo demás evidente, el sistema jurídico interamericano está hecho más bien para no funcionar y, además, no se ha logrado alcanzar una verdadera correspondencia de contenidos entre los instrumentos internacionales y el Derecho constitucional de los derechos humanos; todo ello, patentiza un señalado desfase entre compromisos internacionales y obligaciones positivizadas internamente en esta materia, desfase que motivó originariamente los Coloquios internacionales que cimentan estos volúmenes, con el objetivo, que éstos desbordan, de resaltar la presencia de esos hiatos en Constituciones de América Latina y de promover normativas constitucionales correctivas de esta situación. Con otras palabras, este estudio monumental se inscribe en el resuelto enfrentamiento con el problema capital de los derechos humanos en este umbral del siglo XXI en nuestra América: no se trata simplemente de que sean otorgados en textos oficiales sino, sobre todo, que sea garantizada su efectividad, su concreta protección en la ruda realidad cotidiana y no sólo en las celestiales puras normas de tantos regímenes clerical-autoritarios. Esto último enfatiza la humildad y precisión del fin perseguido por nuestro distinguido doctor (*troisième cycle*) de la Universidad de París: una contribución rigurosamente técnica para el robustecimiento de la condición de los derechos humanos en América Latina, para que éstos puedan alcanzar mayor nivel "existencial"; no se trata pues de una investigación "pura" de Teoría general del Derecho, sino que se trata de un estudio de ciencia aplicada a la transformación de una realidad frecuentemente abyecta.

5. En la realidad constitucional, la justicia es cara, lenta y compleja. La gravedad de las insuficiencias presentes en un país de Primer Mundo como Francia, permite imaginar hasta qué punto ellas se encuentran aumentadas en nuestro continente; ello agravado por la naturaleza precientífica, preindustrial y predemocrática de nuestra enseñanza del Derecho.

En efecto, amén de otros méritos de excepción, el doctor Haba, Investigador honorario de la alemana Fundación Alexander von Humboldt, nos permitiría quizá sintetizar vertebralmente su aportación, de cara a la

docencia jurídica de nuestras Facultades de Derecho, con estos conceptos que nuestro autor proyecta partiendo de la doctrina alemana occidental:

"Nuestra ciencia jurídica es precientífica, porque el Derecho y los juristas se quedaron colgados de una filosofía idealista y perdieron la oportunidad de conectarse con todos los campos del actual quehacer científico.

"Nuestra ciencia jurídica es preindustrial, porque el Derecho y los juristas ni siquiera están, en el plano técnico-sistemático, a la altura de las exigencias que plantea la sociedad industrial organizada en la forma del capitalismo tardío.

"Nuestra ciencia jurídica es predemocrática, porque el Derecho y los juristas no seacompararon al contenido de los procesos de democratización efectuados hasta el presente, sino que de modo formalista se quedaron detenidos en una manera específica de entender el dualismo constitucional de Estado y Sociedad" (pp. 71-72).

Podrá discreparse, y personalmente discrepamos harto, con las posturas técnicas y aun sustantivas de este *Tratado*. Es empero de elemental lealtad científica reconocer la admiración que este bien logrado esfuerzo provoca; así como subrayar la inevitable utilidad profesional que su lectura resuma. En efecto, *es un libro para profesores*, que aquí podrán, ejercitando su humildad, aprender a analizar, a sintetizar, a documentar, a escribir en el arte de los tres niveles de una pedagogía hoy olvidada por algunos manualillos con pretensiones de Teoría general; pero es también, *fundamentalmente, un libro para abogados y para estudiantes*, quienes' más allá del formalismo absolutista del actual estadio de la doctrina mayoritaria del juicio de amparo, podrán aquí refrescarse aprendiendo, de manera diferente y superior, a estudiar... , a pensar.

Dr. León Cortiñas-Peláez

Catedrático por oposición de la U.N.A.M.,
Presidente del *Club Alexander von Humboldt* de México
Tlalpan, D.F., enero de 1989

VARGAS SOTO, Francisco Luis, *Análisis del proyecto de Código Procesal Civil 1985 en el campo de los procedimientos concursales* (San José: Ed. Colegio de Abogados, 1989).

El Colegio de Abogados de Costa Rica editó el Premio Alberto Brenes Córdova 1986, que recayó en el excelente trabajo de investigación del Dr. Francisco Luis Vargas Soto, titulado *Análisis del proyecto de Código Civil 1985 en el campo de los procedimientos concursales*.

Esta obra está segmentada en dos partes: la primera hace relación a los procedimientos preventivos, expuesta en dos capítulos (administración por intervención judicial y el convenio preventivo) y la segunda parte sobre los procedimientos concursales con un único capítulo sobre el concurso y la quiebra.

El doctor y profesor Vargas Soto ha hecho un inteligente estudio sobre esta materia, siendo esta obra de obligada lectura y análisis tanto por los especialistas respectivos como por todos los abogados y estudiantes de derecho, con el objeto de comprender en mejor forma este complicado e importante terreno de los procedimientos concursales.

Sin duda que el autor comprobó en el desarrollo de su investigación las hipótesis que se propuso auscultar, entre ellas las siguientes:

- * se busca simplificar el proceso, sobre todo acelerar su conclusión
- * se trata de acrecentar los poderes del juez y del curador; y, correlativamente, de disminuirlos de los acreedores
- * se desplaza el centro de atención del sujeto-deudor hacia el objeto-empresa.

jerp

INDICE

	Pág.
Presentación	9
<i>Ensayos:</i>	
Apuntes sobre arbitraje comercial internacional. ● <i>Dr. Carlos M. Gómez Rodas</i>	11
La convocatoria a una Asamblea Constituyente para reestructurar el Estado. <i>Dr. Hugo Alfonso Muñoz Quesada</i>	21
Las causas de la descodificación del Derecho Civil. <i>Prof. Carlos Manavella C.</i>	35
Algunos aspectos sobre las garantías jurídicas internacionales para las inversiones extranjeras con referencia especial al Estado de Costa Rica. <i>Dr. Hugo Soto Córdoba</i>	49
La concertación social en Costa Rica. <i>Lic. Juan Rafael Espinoza</i>	63
La Convención Americana sobre Derechos Humanos y su vigencia en América Latina. <i>Dr. Manuel E. Ventura Robles</i>	89

Consideraciones en torno a las particularidades del recurso de casación en materia agraria.

Lic. Adrián Torrealba Navas 95

La Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

Dr. Fernando Mora Rojas 117

Las fuentes del Derecho Administrativo.

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez 153

Reseñas Bibliográficas:

HABA, Enrique Pedro, *Tratado básico de derechos humanos.*

León Cortiñas-Peláez 175

VARGAS SOTO, Francisco Luis, *Análisis del proyecto de Código Procesal Civil 1985 en el campo de los procedimientos concursales.*

jerp 179



Impreso en San José de Costa Rica
por Litografía e Imprenta LIL, S. A.
Apartado 75-1100 Tibás