

ISSN
00347787

2007

ISSN
00347787

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO
COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS

REVISTA
de
CIENCIAS JURIDICAS

112

SEPARATAS

SAN JOSE, COSTA RICA
ENERO - ABRIL
2007



112



Revista

340

R Revista de Ciencias Jurídicas / Universidad de Costa Rica. --
Nº 1 (1963). -- San José, C. R.: Litografía e Imprenta
LIL, S.A., 1963.
228 p. ; 152 x 222 mm.

v.

ISSN: 0034-7787

1. Ciencias Jurídicas. Publicaciones periódicas.
2. Publicaciones periódicas costarricenses.

Revista fundada en 1963

Revista registrada en los siguientes databank:

- Latindex directorio
- Ulrich's Periodicals Directory
- Public Affairs Information Service Internacional
- Russian Academy of Sciences Bibliographies
- Index to Foreign Legal Periodicals

Se agradece la colaboración de la Escuela de Lenguas Modernas de la Universidad de Costa Rica en las personas de su Director M.L. Profesor Alder Senior Grant; y, a la Profesora M.L. Carmen Carazo Coronado.

CONSEJO ASESOR Y EDITORIAL:

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS:

Lic. Marco Castro Alvarado	Presidente
Licda. Marta Esquivel Rodríguez, Coordinadora de	Enlace
	Pro-secretaria
M.Sc. Gustavo Solís Vega	Secretario
Lic. Alejandro Madrigal Benavides	Vocal 4

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

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

COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL:

Dr. Jorge Adame Goddard	México
Dr. Jorge Fernández Ruiz	México
Dr. Pedro López Elías	México
Dra. Elvia Arcelia Quintana Adriano	México
Dra. Marcela I. Basterra	Argentina
Dra. Josefina García García-Cervigón	España
Dr. Luciano Parejo Alfonso	España
Dra. María Paz Pous De la Flor	España
Dr. Juan Pérez Gálvez	España
Dr. Jaime Rodríguez Arana	España
Dr. Rodrigo Polanco Lazo	Chile
Dr. Jorge Witker Velásquez	Chile

Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez

Hecho el depósito de ley

Impreso en Costa Rica

Revista de Ciencias Jurídicas N° 112, 2007, cuatrimestral.

ISSN: 0034-7787

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

Dirección de la revista digitalizada:

www.ijj.derecho.ucr.ac.cr

<http://cijul.ucr.ac.cr>

www.latindex.ucr.ac.cr

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

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS

112

SAN JOSE, COSTA RICA
2007
ENERO - ABRIL
(Cuatrimestral)

JUNTA DIRECTIVA
COLEGIO DE ABOGADOS

2007

Presidente:

Lic. Marco Castro Alvarado

Vicepresidente:

Dra. Alejandra Castro Bonilla

Secretario:

M.Sc. Gustavo Solís Vega

Prosecretaria:

Licda. Marta Esquivel Rodríguez

Tesorero:

Lic. Adolfo Durán Abarca

Vocal 1:

Licda. Luz María Bolaños Arias

Vocal 2:

Lic. Rogelio Fernández Moreno

Vocal 3:

Licda. Patricia Vega Herrera

Vocal 4:

Lic. Alejandro Madrigal Benavides

Vocal 5:

Licda. Miriam Alvarez Ross

Fiscal:

Lic. Carlos Sánchez Fernández

AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS

Rectora:

Dra. Yamileth González García

Directora Consejo Universitario:

Dra. Monserrat Sagot Rodríguez

Vicerrectora de Docencia:

Dra. Libia Herrero Uribe

Vicerrector de Investigación:

Dr. Henning Jensen Pennington

Vicerrectora de Acción Social:

Dra. María Pérez Yglesias

Vicerrector de Administración:

M.Sc. Herman Hess Araya

Vicerrector de Vida Estudiantil:

M.Sc. Carlos Villalobos Villalobos

Decano Sistema de Estudios de Posgrado

Dr. Jorge Murillo Medrano

Coordinador de la Comisión Editorial:

Dr. Fernando Durán Ayanegui

PRESENTACION

En este número se publican artículos en los siguientes campos: comercio internacional, contratos; derecho cambiario, de género, de información; notariado y contratación pública.

Se divulgan las reseñas bibliográficas correspondientes.

El director - editor

INDICE

	<i>Pág.</i>
<i>Presentación</i>	9
Ensayos:	
Sinergia natural en las relaciones privadas internacionales: comercio y arbitraje internacional <i>Dra. Alix Aguirre Andrade, Dra. Nelly Manasía Fernández, Ms. Yoselyn Bermúdez Abreu</i>	13
La interpretación objetiva a propósito del artículo 5:106 de los principios del derecho europeo de los contratos <i>Dr. Pedro Alfonso Lavarriega Villanueva</i>	51
Las excepciones cambiarias <i>Dr. Gastón Certad Maroto</i>	87
Acción positiva y principio de igualdad <i>Lic. Laura Navarro Barabona</i>	107
El derecho a la información estatal. El caso de Costa Rica <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	123
La ética del notariado público <i>Lic. Rodolfo García Aguilar</i>	153
Contratación pública y corrupción <i>Máster Christian E. Campos Monge</i>	171
Reseñas bibliográficas <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	219

SINERGIA NATURAL EN LAS RELACIONES PRIVADAS INTERNACIONALES: COMERCIO Y ARBITRAJE INTERNACIONAL^(*)

*Dra. Alix Aguirre Andrade^(**)*

*Dra. Nelly Manasía Fernández^(***)*

*MSc. Yoselyn Bermúdez Abreu^(****)*

(Recibido 16/10/05; aceptado 05/04/06)

-
- (*) Artículo producto del Proyecto de Investigación CH-0457-2004 “Derecho Internacional Privado y Globalización”, registrado en el Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico (CONDES), adscrito al Vicerrectorado Académico de la Universidad del Zulia.
- (**) Doctora en Derecho y Magíster Scientiarum en Educación, Mención Planificación Educativa (Universidad del Zulia). Profesora Titular e Investigadora de la Universidad del Zulia, en las cátedras de Derecho Internacional Privado y Ética del Abogado. Jefa de la Cátedra de Derecho Internacional Privado. Directora del Centro de Investigaciones de Derecho Privado (CIDEP) de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Miembro del Programa de Promoción al Investigador (PPI) Nivel I, auspiciado por Fonacit del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación. Maracaibo, Venezuela. Teléfono 582617596607 E-mail: alix_aguirre@hotmail.com
- (***) Doctora en Derecho. Magíster Scientiarum en Educación, Mención Planificación Educativa. Profesora Asociada e Investigadora de la Universidad del Zulia, en las cátedras de Derecho Internacional Privado y Derecho Internacional Público. Jefa de la Cátedra de Derecho Internacional Público. Jefa de la Sección de Derecho Internacional Privado en el Centro de Investigaciones de Derecho Privado (CIDEP) de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Representante por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas ante el Consejo de Desarrollo Científico y Tecnológico de la Universidad del Zulia. Miembro del Programa de Promoción al Investigador (PPI) Nivel I, auspiciado por Fonacit del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación. Directora – Editora de la Revista (arbitrada) Lex Nova del Colegio de Abogados del Estado Zulia. Maracaibo, Venezuela. Teléfono 582617596607 - E-mail: nmanasiaf@hotmail.com.
- (****) Magíster en Derecho Mercantil. Profesora Asistente e Investigadora de la Universidad del Zulia, en las cátedras de Derecho Internacional Privado y Derecho Internacional Público. Adscrita al Departamento de Derecho Internacional y al Centro de Investigaciones de Derecho Privado. Cursante del Doctorado en Ciencias de la Educación, Universidad Rafael Belloso Chacín. E-mail: yoselynbermudez@hotmail.com

RESUMEN

En la época contemporánea el quehacer humano comercial se realiza sin tomar en cuenta fronteras y, como consecuencia, adquiere significativa importancia la sociedad internacional. La investigación contiene un análisis sobre la actualidad en las relaciones privadas internacionales de intercambio comercial y las soluciones rápidas, efectivas y confiables que proporciona el arbitraje. En cuanto a la metodología, se revisan fuentes documentales y se realiza una investigación social cualitativa por cuanto se considera la problemática de las relaciones mercantiles internacionales y sus beneficiosas soluciones arbitradas. Los planteamientos permiten afirmar la propuesta de la sinergia entre la fenomenología del comercio en la contemporánea sociedad internacional y la institución del arbitraje, ya que las distintas actividades mercantiles internacionales y sus divergencias requieren ser resueltas con celeridad y economía.

Palabras clave: Sinergia, sociedad internacional, relaciones privadas internacionales, intercambio comercial, arbitraje comercial internacional.

ABSTRACT

In present times, human commercial activities are carried out without considering boundaries and, therefore, the internationale society acquires meaningful relevance. This research portrays an analysis on the present standing in the international relations of commercial transactions and the quick, effective, reliable solutions provided by arbitration. Methodology includes a review of documentary sources and a qualitative social research on international trade relations and their beneficial arbitrated solutions. The assertions stated in this research study allow the validation of the synergy between the commercial phenomenology in the contemporary international society and the institution of arbitration, since the different international commercial activities and their controversies require to be solved with economy and celerity.

Key words: Synergy, international society, international private relations, commercial interchange, international commercial arbitration.

SUMARIO:

Introducción

1. La regulación de las relaciones mercantiles internacionales
2. La fenomenología de la globalización y las relaciones mercantiles internacionales
3. Las relaciones mercantiles internacionales y el Derecho Internacional Privado
4. El Arbitraje, medio pacífico y expedito de solución de conflictos comerciales internacionales
5. Sinergia natural entre el arbitraje y las contemporáneas relaciones mercantiles internacionales
6. Mitos y realidades del arbitraje comercial internacional en el escenario mundial
7. Especial referencia a la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional (CNUDMI, 1985)

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

Las relaciones en el ámbito internacional, dado el continuo quehacer del individuo, tienden a acentuarse en los tiempos presentes. Éstas pueden ser observadas en su sentido práctico cuando desde la propia localidad se establecen enlaces por medio de las innovaciones tecnológicas producidas en el sector de la información y comunicación, adoptadas habitualmente por el componente social. Estos acontecimientos de una u otra forma, han sido objeto de preocupación por parte de investigadores y científicos quienes han incursionado en el campo del tráfico internacional. Así, en el ámbito del derecho se estudia el auge que han tenido las relaciones internacionales y las respuestas que como adecuadas regulaciones ofrece la comunidad mundial.

Una premisa metodológica previa, nos indica que el Derecho es un orden normativo que surge para regular realidades históricas. Derecho y sociedad son factores dialécticos inseparables y por lo tanto, en el caso del Derecho Internacional, no puede concebirse el encuadre institucional y normativo sin tener a la vista la realidad internacional. De ahí que el contexto de las relaciones internacionales sea el marco en el que se inscribe todo análisis del “derecho de gentes”⁽¹⁾.

En el amplio espacio internacional, las relaciones del tráfico mercantil se han dotado de soluciones rápidas y efectivas a fin de garantizar la respuesta a problemas que por ser de carácter internacional estarían sometidas al imperio de más de una legislación. Pudiera señalarse que ello sucede por cuanto las transformaciones sociales internacionales ocurren con mayor prontitud que las producidas internamente en cada Estado; sin embargo, la creciente tendencia hacia la interdependencia en el mundo entero conlleva, como causa y consecuencia, a la búsqueda de formas de convivencia que presentan nuevos desafíos para la solución de conflictos, incluyendo la toma de decisiones y el rediseño de mecanismos antiguos, así como el descubrimiento de nuevas modalidades.

(1) WITKER, J. (2005) *El derecho económico internacional y el arbitraje comercial*. En: **Panorama del Arbitraje Comercial Internacional (Selección de lecturas) Varios**.

En formato electrónico: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=918>
[Consulta: Junio, 19].

La praxis social, como toda operación volitiva, desencadena una reflexión transformadora de las normas jurídicas que la regulan. A ello no escapa el conjunto de reglas valorativas de ese quehacer humano en el ámbito comercial de la sociedad a nivel global. Resulta por ello, imprescindible analizar las regulaciones jurídicas de los casos que con aumentada frecuencia en la actualidad se presentan con elementos extranjerizantes y que tocan los aspectos relacionados con el tráfico mercantil internacional. Ante las nuevas formas y procedimientos, el arbitraje se ha erigido por excelencia como una de las vías para resolver las disputas originadas en las relaciones comerciales internacionales.

La presente investigación tiende a efectuar un análisis que lleve al reconocimiento de la institución arbitral como institución natural en la solución de los conflictos derivados de las relaciones mercantiles internacionales, así como su repercusión en los efectos extraterritoriales y su normal aplicabilidad en el amplio campo del Derecho Internacional Privado. Por ello, se esboza como enunciado preliminar, el abandono del esquema estrecho de ofrecer soluciones territorialistas a problemas derivados del intercambio internacional, lo cual ha de asumirse como efecto del desarrollo de la globalización que ocurre con acentuación en el ámbito mundial, lo que ha motivado un conjunto de cambios en los marcos legales adecuándolos a las nuevas situaciones. En este sentido, se considera necesario efectuar una descripción de la incidencia del proceso globalizador en el actual comportamiento social, así como la influencia que ejerce el dinámico y contemporáneo modelo civilizatorio en las crecientes relaciones mercantiles internacionales.

De otra parte, el estudio de este tema interesa a los fines de brindar protección a los intereses controvertidos en las relaciones comerciales con elementos extranjerizantes. Se destaca por ello, la importancia del análisis de normas y disposiciones reguladoras de los intercambios como actividad del hombre en convivencia masiva universal. Por tales razones, se requiere del estudio del comercio en el contexto mundial y de sus actuales regulaciones mediante textos elaborados en el seno de la comunidad internacional. En este contexto, ha de tenerse presente que el tránsito comercial internacional es producto de una necesidad experimental y que, debido a la existencia propia de la órbita mundial ocurren relaciones mercantiles que se extraterritorializan. De esta forma, cuando las relaciones de intercambio traspasan las fronteras, movilizan no solamente las actividades prácticas colectivas, sino también el derecho que las regula, el cual no permanece cerrado e inerte.

Así mismo, el objeto de este trabajo constituye un tema atractivo a todos aquellos que les inquieta el campo de las relaciones comerciales internacionales, así como el empleo de uno de los medios alternativos a la justicia formal estatal como es el arbitraje comercial internacional, por lo cual presenta novedad y contemporaneidad y por ende, resulta merecedor de argumentaciones bajo la perspectiva del estudio de la Ciencia del Derecho. Por ello, se persiguen como objetivos, por una parte indagar sobre la actualidad en las relaciones mercantiles internacionales y de otra, el estudio del arbitraje comercial internacional como solución alterna a las proporcionadas por la administración de justicia formal estatal.

En este sentido, se analiza el arbitraje comercial internacional como uno de los medios o fórmulas que permiten encontrar soluciones a los problemas intersubjetivos además de la toma de conciencia individual y social de las implicaciones que desarrollan los distintos conflictos de intercambio internacional y la existencia de personas conocedoras de herramientas necesarias para resolver sus diferencias. Así mismo, se reflexiona sobre el paradigma actual de las relaciones comerciales internacionales, en lo atinente a su cotidianeidad y realización habitual por parte de los diferentes contextos sociales. En cuanto a la metodología empleada se revisan fuentes documentales, consulta de textos doctrinarios para el análisis de las relaciones mercantiles internacionales y su solución mediante la vía alternativa y pacífica del arbitraje de los conflictos.

Por último, es de advertir que, aún cuando constituyen hechos notorios y comunicacionales las relaciones comerciales que se extraterritorializan así como su actual periodicidad, las dificultades siempre estarán presentes en ésta investigación, ello por cuanto sus actores así como la solución arbitral de los conflictos privados producidos, se encuentran contenidos en un radio de acción que constituye la órbita mundial.

1. La regulación de las relaciones mercantiles internacionales

La ciencia jurídica se encuentra integrado por normas que tienen como principal finalidad, valorar la conducta del componente social en la prosecución del ideal de justicia. La actividad humana adquiere importancia en la creación normativa por cuanto se requiere regular las conductas presentes y futuras entre sujetos, cobrando importancia los

hechos sociales pasados, al cuantificar para el derecho la relevancia de la fenomenología social vivida. No en vano, Savigny sostuvo la existencia del ámbito temporal y espacial de las relaciones jurídicas. Significa por tanto que, el quehacer del individuo determina la razón fundamental del derecho y las relaciones sociales constituyen su objeto de regulación. Esas actividades del hombre en la realización de la praxis social, usualmente las efectúa en un espacio geográfico el cual se yuxtapone con los espacios territoriales de su país. En dicho caso, somete tales actuaciones al imperio de normas contenidas en un único y global ordenamiento jurídico. Más, cuando dichas actividades las lleva a cabo sin tomar en cuenta las fronteras geográficas, se nutren de elementos foráneos, es decir, componentes que escapan a la regulación de un determinado ordenamiento jurídico dentro del amplio mundo de competencias legislativas presentes en la comunidad internacional y, en dicho caso, la intuición racional y los razonamientos lógicos nos llevan a inferir que ha de existir un campo legal que se ocupe de dar solución a los problemas que en esa sociedad internacional plantean las relaciones humanas con tales elementos de extranjería.

Entre otras cosas, se menciona que el principio básico para la solución a este tipo de relaciones jurídicas con elementos extranjeros radica en el respeto que debe asegurar la equidad, el derecho a la libertad humana y el desarrollo individual de la persona. En este caso, por una parte, el elemento foráneo cobra trascendencia para los fines de la justicia, al garantizar el respeto al libre desarrollo de la personalidad. De otra parte, el elemento de extranjería exige, más de las veces aplicar a tales relaciones, el derecho que las tutela. Ello conlleva a admitir la extraterritorialidad del derecho para ser aplicado a los elementos foráneos en tales relaciones jurídicas, propiciándose así el sentido de la tolerancia que ha de existir entre las relaciones humanas y que, como consecuencia, han de ser reguladas tomando en cuenta tanto la razón como la contemporización. No es difícil entender lo antes sostenido, sobre todo cuando se afirma la influencia de los hechos sociales en la formulación de normas jurídicas. Y más aún, no se trata de superponer el elemento foráneo ante otros que envuelven la praxis humana; por el contrario, se trata que todos los que constituyen la relación jurídica sean regulados por su derecho competente.

Si el quehacer humano se realiza sin tomar en cuenta las fronteras, los elementos que conforman la actividad humana se diseminan en el contexto internacional y como consecuencia, admiten la aplicación de diferentes ordenamientos jurídicos. De allí, la importancia

del estudio de una disciplina del derecho que estudie y regule la existencia de las relaciones humanas con elementos que se propagan en la comunidad internacional en la medida que el hombre trasciende fronteras y expande su radio de actividades de lo local al tráfico internacional. Así, los estudiosos de la ciencia del derecho han prevenido la necesidad de la existencia del Derecho Internacional Privado, rama constituida por normas jurídicas aplicables al ámbito mundial. Así también, han estimulado esta necesidad al campo legislativo y en una dialéctica propia de la actividad humana, mediante la labor de la legislación, se formulan normas y se estudia su alcance, para conformar así, los sistemas de leyes, con características individuales, típicas de las sociedades en las cuales se han generado.

En el contemporáneo Derecho Internacional Privado resulta evidente la importancia de la regulación de los novedosos cambios que se han producido en las relaciones internacionales. Como parte de la ciencia jurídica, éste se apoya en la praxis social internacional y ésta a su vez influye en la creación de normas adecuadas a los avances sociales. Así, la existencia de una conducta humana socialmente activa se traduce en relaciones jurídicas que de manera uniforme y continuada se suceden en la comunidad mundial. Estas actuaciones en la época actual encuentran su máxima expresión en el tráfico comercial internacional. El análisis del comercio internacional y su relación con la fenomenología globalizante cobra extraordinaria y actual importancia, entre otras razones, por cuanto el intercambio de bienes y servicios se hace presente todos los días en el quehacer de la sociedad cosmopolita.

El objetivo del comercio internacional ya no es la penetración del mercado vecino sino el ámbito mundial y en él, la uniformidad de políticas y estrategias constituye el mejor instrumento para alcanzar las nuevas realidades y acceder a las actuales relaciones mercantiles internacionales. La estandarización del mercado con productos que puedan ser llevados por igual a latitudes continentales constituye el nuevo paradigma del comercio internacional, por cuanto permite a las regiones oportunidades de vinculación que antes eran desechadas debido a políticas de crecimiento hacia su interior. La existencia de un tráfico comercial que trasciende los ámbitos geográficos demarcados de los Estados, constituye una de las principales causas por las cuales se ha generado un viraje en los conceptos y prácticas de comercialización que de transfronterizo ha avanzado hacia lo global y, por ende, de apertura a los mercados extranjeros con la incursión de empresas transnacionales. Los países se han adecuando a esta realidad a fin de

asegurar su espacio vital en un mundo complejo que pugna por ventajas comparativas y competitivas, abriendo su geografía cada uno de ellos a los mercados internacionales.

2. La fenomenología de la globalización y las relaciones mercantiles internacionales

Los distintos acontecimientos sociales se han visto irrumpidos por los procesos revolucionarios ocurridos en el campo de las comunicaciones que hoy día acontecen aceleradamente, liderados por las innovaciones tecnológicas, las cuales movilizan expedita y expansivamente a los seres sociales, tanto en sus relaciones internas como en aquellas que llevan a efecto en la sociedad internacional, desarrollo que ha ocurrido incluso de forma electrónica por medio de las redes computarizadas.

La sociedad internacional debido a las innovaciones tecnológicas cada día se expande y se hace de una mayor homogeneidad, ya que conductas y acciones son observadas y seguidas en todo el ámbito mundial, lo que significa que los comportamientos se han hecho similares en los distintos confines terráqueos. En ella, sus elementos predominantes, las personas, forman una totalidad que, sin atender a la heterogeneidad que deriva de la cultura de cada pueblo, poseen características comunes. Así, el conglomerado de individuos atiende a patrones generalmente adoptados; estas conductas generalizadas o comunes se manifiestan por una parte en forma de intercambios y canjes, y, de otra parte, en conocimientos que bajo la características de universales traspasan la frontera y en el campo jurídico, por medio de la elaboración de normas legales que tienden a ser universales mediante los procesos de unificación del derecho. Intercambio de actuaciones, hábitos y preferencias, así como sus regulaciones se conjugan en la sociedad contemporánea. De esta forma, las transformaciones sociales se imponen desde una perspectiva global y traen consigo renovaciones aceleradas en las relaciones comerciales, económicas, políticas y culturales.

Las innovaciones tecnológicas han hecho posible el acceso masivo por los diferentes grupos sociales a la información y a la comunicación, lo que ha producido un nuevo modelo civilizatorio de vivir globalizadamente. De esta manera, la configuración de un nuevo contexto internacional ha devenido como consecuencia de la modificación de los patrones sociales y dentro de dicho ámbito, apuntan como modelos de aprehensión, las economías de avanzada. Las mismas han contribuido en un conjunto de cambios en la actividad comercial

que tiene como trasfondo la globalización, destacándose ésta por los grandes avances en el campo de las telecomunicaciones y, en especial, en la informática.

La globalización se interpreta entonces, como una interdependencia que existe entre las redes financieras, económicas y comerciales, la distribución de productos, la celeridad en el transporte, la prestación de servicios y, en general, la comunicación establecida internacionalmente.⁽²⁾ En este sentido, la Comisión Económica para América Latina⁽³⁾ (CEPAL) destaca el carácter multidimensional de la globalización señalando que en ella gravitan procesos financieros, económicos, ambientales, políticos, sociales y culturales, con su propia dinámica y desarrollo, participando en ellos diferentes actores, sean éstos los gobiernos de los países, las empresas transnacionales y las organizaciones de la sociedad civil.⁽⁴⁾

Así también, afirma Pérez Figueroa⁽⁵⁾ que:

La globalización ha puesto en marcha un proceso de cambio de gran alcance que afecta a todos. Las nuevas tecnologías, asentadas en políticas de mayor apertura, han creado un mundo más interrelacionado que nunca.

-
- (2) PEREIRA DE HOLMES, L. (1999). *Visión gerencial sobre la cultura organizacional ante los retos de la globalización*. En: **Revista Venezolana de Ciencias Sociales**. Universidad Nacional Experimental Rafael María Baralt. Vicerrectorado Académico. Volumen 3. No 2.
 - (3) La Comisión Económica para América Latina y el Caribe es una de las cinco comisiones regionales de las Naciones Unidas, con sede en Santiago de Chile, contribuye al desarrollo económico y social de América Latina, coordinar las acciones encaminadas a su promoción y reforzar las relaciones económicas de los países entre sí y con las demás naciones del mundo. Consultar en:
<http://www.eclac.cl/cgi-bin/getprod.asp?xml=/noticias/paginas/>
 - (4) CEPAL (2005) *Globalización y desarrollo*.
En formato electrónico: <http://www.eclac.cl/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/6/10026.xml&xsl=/tpl/p9f.xsl&base=MDG/tpl/top-bottom.xsl> [Consulta: Julio, 21]
 - (5) PÉREZ FIGUEROA, M. (2004). *Dinámicas de la nueva dimensión globalizada del régimen comercial multilateral: reconocimiento de nuevos sectores y participación de partes no estatales en el sistema de la OMC*. En: **Revista Electrónica de Estudios Internacionales**. No. 8. <http://www.reei.org/reei8/reeei.8.htm> [Consulta: abril, 07].

Ello no sólo entraña una mayor interdependencia en las relaciones económicas, el comercio, la inversión, las finanzas y la organización de la producción a escala global, sino también una interacción social y política entre organizaciones y personas de todo el mundo.

En otro aspecto, en las últimas décadas han ocurrido cambios sustanciales en las estructuras sociales ya que las relaciones que efectúa el gran conglomerado se han visto influidas por consideraciones y reflexiones de los sujetos extranjeros. Ello significa que, las actividades más usuales de las personas adquieren significativa importancia más allá de las fronteras de sus respectivos países, acrecentándose el interés por las consecuencias generadas, lo que intensifica la opinión internacional. Es así como el desarrollo tecnológico generado en la actual sociedad contemporánea, ha contribuido de manera sustancial en los pareceres intervencionistas tanto nacionales como internacionales hacia las diferentes formas de vida de los seres humanos. Praxis social y desarrollo industrial han influido en la transformación, y evolución de los valores sociales. Esta revolución de los valores se ha multiplicado por el uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación, lo que ha conllevado a estrechar principios éticos y culturales que se reflejan en las diferentes regulaciones normativas.

De esta manera, en el campo jurídico, la tendencia del hombre a influenciar su forma de vida con el desarrollo de la ciencia y la tecnología ha generado como consecuencia el cambio de cánones que en anteriores oportunidades sirvieron de arquetipos para la elaboración de tradicionales normas jurídicas y constituyeron una columna estructural tanto en la formación de los sistemas de derecho como en los fundamentos filosóficos de distintos ordenamientos jurídicos. Lo anteriormente planteado conlleva a efectuar consideraciones sobre ciertos conceptos de derecho interno. Así, es de aceptar que en la generación de las variaciones ocurridas en los contextos socioeconómicos y jurídicos, el concepto determinante y absoluto de soberanía se ha flexibilizado en el mundo contemporáneo logrando con ello la fluidez de las relaciones internacionales. De esta forma: “El fenómeno integracionista económico y legislativo, interamericano y mundial, está mudando el concepto de soberanía nacional, el cual no puede entenderse como sinónimo de independencia y autodeterminación plena...”⁽⁶⁾

(6) HENRÍQUEZ LA ROCHE, R. (2000). *El Arbitraje Comercial en Venezuela*. Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas. Caracas, Venezuela. 415 pp.

Aún más, la noción de soberanía se encuentra en constante renovación, debido a los fenómenos recientes que se manifiestan con el desarrollo notable de las comunicaciones y de la computación. De esta forma, mediante su flexibilización, la tendencia a la globalización de las relaciones económicas internacionales ha permitido tanto el desarrollo de la libertad económica mediante la creación de instancias supranacionales como el avance en los procesos de integración económica.⁽⁷⁾

La libertad económica ha ocurrido no sólo en los países industrializados sino en los países en vías de desarrollo:

...ello se ha debido al hecho de que todos estos países, grandes o pequeños, con grandes poderíos económicos o sin él, han sentido la necesidad de integrar sus economías para poder autoabastecerse o complementarse dentro de un ámbito que le es apropiado por cuestiones de vecindad geográfica, de igualdad de potencialidad económica, de revalorización de sus productos ante otros Estados o de independencia económica ante los grandes mercados internacionales de los países industrializados.⁽⁸⁾

En la actualidad, el proceso de la globalización se acentúa en mayor proporción tanto para particulares como para los gobiernos, en los sectores del comercio y de la economía. No obstante, el proceso por el cual se han seguido en forma conjunta políticas globales en el campo mercantil y económico deviene desde la aparición del hombre y la formación de las sociedades primitivas. Los intercambios de comercio y economía, bienes y servicios, trabajo y productividad, cultura y conocimientos, se conjugan en la comunidad desde tiempos inmemoriales. Vale decir, que los intercambios comerciales se iniciaron para satisfacer las necesidades fundamentales del individuo, por lo cual los canjes comenzaron entre los grupos más cercanos. La localidad fue en un primer momento el espacio formado entre miembros de un mismo Estado y, posteriormente, el territorio y sus miembros se extendieron a países vecinos.

(7) BECERRA RAMÍREZ, M. (1997). *Derecho Internacional Público*. Mc Graw Hill / Interamericana Editores, S.A. de C.V. México. 139 pp.

(8) GUERRA IÑÍGUEZ, D. (1995). *Derecho Internacional Público*. Novena edición. Editorial Buchivacoa. Falcón, Venezuela. 675 pp.

Lo antes señalado, produjo cambios en las diferentes estructuras de producción, lo que ha acentuado el protagonismo del individuo en el comercio internacional principalmente por medio de organizaciones empresariales que han alcanzado como objetivos la promoción y expansión de la inversión extranjera tanto en países prósperos y tecnificados como aquellos en vía de desarrollo. El aumento de la productividad por los distintos organismos y corporaciones ha generado la diversificación y especialización de la actuación humana, generando el intercambio entre los diferentes sectores de la sociedad excediendo el comercial, logrando con ello la satisfacción de las distintas necesidades humanas. Como bien afirma Cordeiro:⁽⁹⁾

Al especializarse es necesario intercambiar para conseguir todos los bienes requeridos. Y mientras mayor es el grado de avance, mayor tiene que ser el grado de intercambios. El comercio es sólo uno de estos intercambios y sobre todo afecta la esfera económica. Pero hay igualmente intercambios en las esferas sociales y políticas, aparte de muchos otros en la misma área económica y demás...

Ello significa que, si bien los intercambios comenzaron con los países aledaños, en la actualidad estos canjes se han extendido a otros y así ha surgido la idea de un mercado global. El objetivo de esta comercialización global ya no es la inserción de la plaza vecina sino la penetración mundial y en ésta, la conformación de un mercado con implementación uniformada de políticas estratégicas constituye el mejor instrumento para alcanzar las nuevas realidades y acceder a las actuales relaciones económicas internacionales. El proceso de globalización implica cambios en la sociedad internacional y, éste se manifiesta, entre otras cosas, por la creación de estructuras organizativas generales, por las tendencias hacia un sistema equilibrado de producción, distribución y consumo de bienes, por la formulación unificada de estrategias y políticas socioeconómicas y la trayectoria de un mercado mundial en una sola dirección, la de ser global.

(9) CORDEIRO, J. (1995). *El Desafío Latinoamericano... y sus cinco grandes retos. Educación. Sociedad. Economía. Política. Ecología*. McGraw-Hill Interamericana. Caracas, Venezuela. 320 pp.

3. Las relaciones mercantiles internacionales y el Derecho Internacional Privado

Si se atiende a las actividades sociales que acontecen mediante el uso de las tecnologías de la información y comunicación en el proceso de globalización, puede señalarse que una de las finalidades actuales del Derecho Internacional Privado es la de establecer normas dirigidas a regular gran parte del nuevo modelo civilizatorio global. Como parte de la ciencia jurídica, el Derecho Internacional Privado se apoya en la práctica colectiva internacional y ésta influye en la creación de normas adecuadas a los avances sociales. De esta forma, las relaciones sociales que ameritan regulación son las derivadas del comercio internacional. La existencia de un tráfico comercial que trasciende los ámbitos limítrofes de los Estados constituye una de las principales causas de existencia del Derecho Internacional Privado. Mientras las actuaciones de las personas se realizan en espacios cerrados, evidentemente la fenomenología de esta ciencia no acontece; se hace necesario trascender a la escala de la universalización de la praxis social a fin de que, logrando su regulación jurídica, se alcance un grado de apertura y de proximidad entre las distintas legislaciones.

De otra parte, la pluralidad de ordenamientos jurídicos es producto de una unidad histórica humana por cuanto la multiplicidad legislativa supone desde tiempo pretérito la aplicación lógica del derecho a la heterogénea actividad de las colectividades. Esa unidad histórica humana constituye un elemento previo e impulso motor en la evolución del Derecho Internacional Privado en todas sus manifestaciones. El reconocimiento que la comunidad internacional ha dado a la diversidad de legislaciones debido a la existencia de países con distintos ordenamientos jurídicos, plantea la convivencia armonizada de sistemas de derecho, la importancia de la condición de extranjería y la aplicación del derecho extranjero, presupuestos del Derecho Internacional Privado. Así mismo, la tendencia natural del hombre de relacionarse con personas de distintas latitudes se ha ido incrementado a nivel mundial, orientación promovida en mayor medida por las naciones que han dado significativa importancia a las relaciones entre los Estados. De esta forma, han cobrado auge las integraciones económicas que han impuesto la tesis según la cual, con mercados internacionales se optimizan los recursos humanos y naturales, así como se aprovechan de manera eficiente los avances tecnológicos, en búsqueda de una mayor productividad económica y de estimulación de las inversiones financieras provenientes de capitales extranjeros. Es por ello que la

realidad humana en su plano sociológico estrecha la relación entre el Derecho Internacional Privado y la praxis comercial de la sociedad internacional. Esta relación se ha hecho presente desde las primeras acciones de cooperación entre los países a fin que fueran satisfechas las necesidades sociales y resueltas las divergencias producidas por las distintas actividades mercantiles que trascendían las fronteras.

El Derecho Internacional Privado es el producto de la situación sociológica de relación de hombres integrados bajo la regulación de distintos sistemas jurídicos autónomos, motorizados bajo el comercio y la cooperación internacional. La homogeneidad del mercado con productos que puedan ser llevados por igual a latitudes continentales constituye el nuevo paradigma de la vida globalizada, por cuanto permite a las regiones tener oportunidades de vinculación que antes eran descartadas debido a políticas de crecimiento hacia su interior. De otra parte, en la actualidad la economía general se está organizando alrededor de grandes bloques comerciales; en este sentido, también está cambiando la composición geográfica en los intercambios mercantiles. En los grandes espacios integrados de Europa, América del Norte y Asia se han concentrado los resultados de los avances tecnológicos, así también los flujos de comercio y las inversiones privadas. Las comercializaciones futuras tienden hacia el interior de dichos bloques comerciales entre sí o hacia ellos, dejando poco espacio comercial para aquellos países que comercialicen aisladamente y que no se integren al proceso de globalización. Las prácticas económicas de los países de América Latina, se están adecuando a esta realidad a fin de asegurar su espacio vital en el mundo complejo y competitivo de la actualidad, abriendo su geografía a los mercados internacionales.

Entre las relaciones privadas internacionales las de mayor auge, por mover económicamente a países tanto industrializados como los de vía en desarrollo, así como a las personas en cuanto al incremento de sus derechos patrimoniales, son las relaciones derivadas del comercio internacional, el cual se ha expandido mayormente en los últimos años. Una de las causas ha sido su importancia para la sana economía de las naciones, siendo para algunos países fundamental para su subsistencia. En aquellos Estados con industrias altamente especializadas, las operaciones mercantiles de exportación de sus productos influyen determinantemente en los niveles de producto territorial bruto y, consecuentemente, en el ingreso per cápita de sus integrantes. En otros casos, para distintas regiones resulta de esencial trascendencia importar bienes a fines de lograr un equilibrado abastecimiento para sus

habitantes. En algunas latitudes, aquellas que son calificadas polares en concentración y poderío económico, a objeto de mantener hegemonía internacional, promueven, incentivan, promocionan y financian el comercio bilateral y multilateral, para de esa manera penetrar en mercados internos. Es así como se favorece el comercio, a fin de que constituya el intercambio mercantil fuente de desarrollo económico.

...en los últimos lustros el comercio entre los estados se aceleró de manera exponencial con el incremento de los transportes internacionales y la transformación de las comunicaciones. Al multiplicarse las inversiones internacionales –como es previsible– también aumentaron las disputas entre los operadores del sistema. Pero quizá aún más decisivo que la expansión de los problemas a dimensiones globales, es el aumento de la velocidad del cambio y el incremento en el número y complejidad de las transacciones internacionales.⁽¹⁰⁾

El auge del comercio internacional tiene su basamento racional en el estudio de la teoría de las ventajas comparativas desarrollada por los economistas Adam Smith y David Ricardo, quienes sostuvieron en el siglo XIX, la decisión y práctica por parte de los países de promover en el mercado internacional determinados bienes que gozaban de atributos sobre otros producidos por distintas naciones. Ello es así por cuanto algunas regiones disfrutaban de preferentes condiciones para la producción de ciertos bienes y la generación de determinados servicios. La plusvalía puede obedecer a factores naturales como las de ser un país agrícola, minero, petrolero, lo que los introduce fácilmente en el mercado como exportadores de materias primas, así como factores derivados de la existencia de grupos con poderío económico y con especialidades logradas en el sector industrial.

Sin embargo, los países del mundo globalizado y sus habitantes, no se enfrentan en la actualidad en el ámbito del comercio internacional ante las ventajas comparativas que deriva la producción de determinados bienes y servicios; en este sentido, las ventajas competitivas

(10) PIAGGI, A. (2004). *La vinculación entre CNUDMI y el Arbitraje Comercial Internacional: una relación exitosa*. En formato electrónico: <http://www.catedra-piaggi.com.ar/Arbitraje/UNCIT%20ACI.htm>[Consulta: mayo, 11].

han tomado preponderancia en el mercado global y determinan un puesto de cúspide o realce en las relaciones internacionales. Iguales productos, bienes, servicios, han de pugnar en el comercio mundial y para ello otros indicadores fluyen y destacan. Las prerrogativas del estable de una relación jurídica no compleja y si se quiere armónica, el pronto cumplimiento en cada una de las estipulaciones previstas desde el inicio de una contratación, la viabilidad del precio y su pago y que éste último comprenda no únicamente el producto, sino incluso la entrega en puerta y el desenlace legal de los efectos que eventualmente pueda desencadenar, de manera que los conflictos jurídicos puedan ser resueltos de forma no engorrosa, son las cualidades comerciales que hoy día se debaten y se escogen en las relaciones internacionales.

4. El arbitraje comercial internacional: medio pacífico y expedito para la solución de los conflictos

Bajo la óptica del derecho privado, el arbitraje comercial internacional puede definirse como un procedimiento mediante el cual las partes, someten la solución de todas o algunas de sus controversias a la decisión de terceros, por lo cual se ha instituido en el mecanismo alterno por excelencia para resolver las disputas de naturaleza privada. La solución del conflicto es decidida por terceras personas denominadas árbitros, quienes son nombrados por las partes. Éstos son calificados de expertos y en su actuación han de ser neutrales. Los árbitros tienen poder para actuar en virtud de la autoridad que le han otorgado las partes en el compromiso arbitral y se supone que han de resolver la disputa de una forma alterna a la vía judicial. El procedimiento se realiza con rapidez y en forma sencilla, por lo cual destaca en éste la aplicación del principio de la economía. El procedimiento arbitral y la sentencia son totalmente independientes del Estado, por cuanto surge de la voluntad de las partes, sin ingerencia de la tutela judicial y por ello se afirma que el arbitraje constituye un sistema privado de pronunciar decisiones, por cuanto son las partes y no el Estado quien controla los poderes y deberes de los árbitros. En este sentido, "...el árbitro se distingue del juez por el hecho sustancial de que son las partes quienes lo seleccionan tomando en consideración el conocimiento que de él tienen, y la confianza que es capaz de inspirarles".⁽¹¹⁾

(11) BARRAGÁN, J. (2004). *El manejo de la incertidumbre*. En: **Resolución de Conflictos**. Víctor Pisan Azpurúa Compilador. VELEA (Venezuelan Law and Economics Association). Caracas, Venezuela. 250 pp.

Ante lo señalado, los tribunales ordinarios sólo intervienen dentro de los confines estrictos de la ley interna de cada Estado, para dar eficacia al acuerdo, para regular el procedimiento o para dar efecto a la decisión cuando ésta no ha sido voluntariamente cumplida por las partes. La solución o decisión producida por medio del arbitraje es final y concluyente, ya que pone término a la disputa de las partes, obligándolas en virtud del compromiso asumido cuando se sometieron al arbitraje de que aceptarían y darían efecto voluntariamente a la decisión de los árbitros.

De allí que puede señalarse que la institución arbitral:

... a) es un método de solución de controversias, presentes o futuras, que surgen en las relaciones privadas entre personas físicas o jurídicas; b) distinto del recurso al proceso judicial, el arbitraje se encuentra plenamente asentado en la autonomía de la voluntad de las partes, fuente del derecho-deber de someterse al juicio de árbitros y causa también de la competencia de los árbitros; c) los árbitros tienen la facultad de juzgar, fijando los derechos y deberes de las partes...⁽¹²⁾

Desde su aparición, el arbitraje ha registrado grandes ventajas en la solución de conflictos intersubjetivos, entre las más resaltantes: la celeridad, la oralidad, la inmediación y la concentración, sujeto a un menor costo, ya que por demás es conocido que los procedimientos judiciales resultan caros, debido a honorarios y costas que se incrementan en proporción a la duración de los procesos, por ende económico, tanto de dinero como de tiempo. Destacan así mismo, la confidencialidad, ya que posibilita delegar en el tercero arbitrador secretos y confidencias que las partes no desean revelar y la especialización, ya que los árbitros son personas calificadas que gozan de solvencia jurídica y moral con conocimientos específicos sobre la materia. En este sentido, se afirma que:

El perfil de un árbitro puede ser analizado desde numerosas aristas diferentes, algunas de las cuales tienen una capacidad especial para incorporar infor-

(12) ARTUCH IRIBERRI, E. (1996). *Arbitraje Comercial Internacional*. En: **Derecho del Comercio Internacional**. José Carlos Fernández Rosas Editor. Madrid. Editorial Eurolex, S.L. 596 pp.

mación relevante a la hora de escoger quien será el agente al que se otorgue la importante potestad de seleccionar la llamada solución equitativa; las dimensiones que están en condiciones de aportar la mayor información para efectuar esta selección son la vinculada al aspecto ético del árbitro, la que se relaciona con el esquema de decisión que él usualmente emplea, y la relativa a sus mecanismos de justificación.⁽¹³⁾

Es por ello que, en las actuaciones mercantiles internacionales, el arbitraje se ha instituido como el medio idóneo para resolver las controversias que puedan surgir entre los comerciantes. Este surge como un mecanismo legal que aporta el Derecho Internacional Privado a la sociedad internacional con el objeto de proporcionar seguridad jurídica a los operadores mercantiles, dado que su implementación permite dirimir de manera expedita las controversias surgidas a los problemas derivados del tráfico comercial internacional. Como acertadamente expresa Siqueiros,⁽¹⁴⁾ en el contexto actual del comercio internacional es aconsejable pensar en el arbitraje mercantil internacional como procedimiento extrajudicial para resolver las controversias que lleguen a plantearse en los contratos transnacionales. En este sentido, el arbitraje mercantil internacional abre nuevas modalidades de acceder a soluciones efectivas y alternas a la aplicación interna de la justicia formal de los países involucrados, creando de esta manera, una atmósfera cierta y segura a los comerciantes que desarrollan sus actividades en el ámbito mundial.

El arbitraje es una de las primeras formas de solucionar los conflictos jurídicos emanados de las relaciones internacionales, que en especial permite salvar en forma expedita y pacífica las controversias relativas a la ley y a la jurisdicción, aplicables frente a una determinada cuestión contenciosa de naturaleza internacional, por lo

(13) BARRAGÁN. *Ob. cit.*

(14) Siqueiros, J. (1996). *Los Principios de Unidroit como normativa aplicable por los árbitros en controversias comerciales internacionales*. En: **Los principios de Unidroit: Un derecho común de los contratos para las Américas**. The Unidroit principles: A Common law of contracts for the Americas? Congreso Interamericano. Interamerican Congress. Valencia Venezuela. Capitolina 52, s.a.s. Roma, Italia. 385 pp.

demás, ofreciendo soluciones calificadas y oportunas a la compleja problemática del comercio internacional.⁽¹⁵⁾

Pero, si bien el arbitraje comercial internacional es considerado como un medio idóneo para la solución de las disputas o discrepancias surgidas entre operadores internacionales producto del tráfico mercantil, la doctrina y la legislación debaten lo que ha de considerarse bajo esta denominación. En cuanto al carácter mercantil del arbitraje, se trata de abarcar el mayor número de transacciones desarrolladas por los operadores mercantiles a nivel internacional. De esta forma, el arbitraje pretende resolver "...los asuntos relacionados con transacciones comerciales, término que ... alude a todo asunto que tenga conexión con el Comercio internacional, lo cual permite una amplia interpretación en cuanto a lo que forma parte de dicho concepto".⁽¹⁶⁾

Y es que las relaciones comerciales presuponen la interacción de distintos actores internacionales, quienes requieren someterse a mecanismos rápidos, impregnados de la celeridad propia del tráfico mercantil internacional para solucionar los conflictos que puedan generarse.

Por estas razones, es decir, por la naturaleza de los sujetos que involucra y por las características específicas del objeto o actividad desarrollados, la solución que surja para las controversias nacidas con motivo del comercio exterior, debe tratar de encarnar con el máximo de fidelidad la naturaleza de los eventos que pretenda solucionar.⁽¹⁷⁾

(15) MARTÍNEZ, N. (1995). *Arbitraje comercial internacional*. En: **El Arbitraje en los Conflictos Económicos Internacionales**. Cámara de Comercio de Bogotá. XIII Conferencia Interamericana de Arbitraje Comercial. Cali, noviembre de 1994. Santafé de Bogotá, D.C. Colombia. 133 p.

(16) BAUMEISTER, A. (2001). *Algunas consideraciones sobre el Arbitraje Comercial a la luz del Derecho Positivo Boliviano y el Venezolano*. En: **Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998** (Antecedentes, Comentarios, Jurisprudencia) Volumen III. Libro Homenaje a Gonzalo Parra Aranguren. Tribunal Supremo de Justicia. Fernando Parra Aranguren Editor. Colección Libros Homenajes, No. 1. 711 p.

(17) MARTÍNEZ. *Ob. cit.*

De otra parte, Maekelt⁽¹⁸⁾ afirma la dificultad en la calificación de la internacionalidad del arbitraje, ya que para ello se utilizan criterios tanto de tipo jurídico como económico; así, bajo el criterio jurídico, la internacionalidad depende de la conexión total o parcial con distintos ordenamientos legislativos, mientras que el criterio económico destaca la incursión de las actividades mercantiles en diferentes latitudes.

Esta última consideración es compartida por la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París, al afirmar que un arbitraje se reputa internacional cuando por medio de su implementación atiende a las necesidades del comercio mundial, es decir, del intercambio de mercancía, bienes y servicios en el ámbito económico global. La Ley Modelo de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional expresa que, éste resulta ser internacional: a) cuando las partes del convenio arbitral, al momento de su celebración, tienen establecimientos en diferentes Estados, b) cuando el lugar del arbitraje, está situado en un Estado diferente de donde las partes tienen su lugar de negociación, c) cuando el lugar de la ejecución de las obligaciones de la relación comercial o del lugar del objeto de la disputa, están situados en un Estado diferente de donde las partes tienen su lugar de negociación o cuando éstas han convenido expresamente que el asunto, objeto de la disputa se relaciona con más de un Estado. En la mayoría de los casos establecidos en la ley modelo, la internacionalidad fáctica de alguno de los elementos del conflicto comercial determina la internacionalidad del arbitraje.

5. Sinergia natural entre el arbitraje comercial internacional y las contemporáneas relaciones mercantiles

En la sociedad internacional, las relaciones de tráfico mercantil se han dotado de soluciones rápidas y efectivas como son la aplicación de usos y prácticas entre comerciantes, a fin de garantizar la respuesta a problemas que por ser de carácter internacional están sometidos al imperio de más de una legislación. El fin del siglo XX y el comienzo de

(18) MAEKELT, T. (2001). *Arbitraje Comercial Internacional en el Sistema Venezolano*. En: **Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998** (Antecedentes, Comentarios, Jurisprudencia) Volumen II. Libro Homenaje a Gonzalo Parra Aranguren. Tribunal Supremo de Justicia. Fernando Parra Aranguren Editor. Colección Libros Homenajes, No. 1. 511 p.

este milenio son característicos de un acelerado proceso de globalización, el cual se manifiesta con operaciones y contrataciones que acontecen bajo una considerable velocidad. “La llamada aldea global presenta un desarrollo cada vez más veloz que involucra distintas variables. Como consecuencia inmediata de tal realidad ha sido señalado un notable incremento de los negocios internacionales...”⁽¹⁹⁾ En este sentido, ante la incertidumbre que se les plantea a los interesados con el sometimiento de sus negocios internacionales a distintas legislaciones, de una parte el dilema de la elección del foro, de otra parte y subsiguientemente, la determinación del derecho aplicable, es por lo cual la sociedad comercial internacional ha proporcionado el uso de procedimientos alternos que conlleven a dar mayor certeza y seguridad a las partes en sus transacciones.

La dinámica mercantil del mundo contemporáneo, determina que los recursos tradicionales internos para el arreglo de diferencias provenientes de negocios internacionales no sean suficientes y por tanto, se impone no sólo la necesidad de que las soluciones alcanzadas sean justas, sino que además sean oportunas a fin de lograr ajustes que permitan mejorar la comunicación interpartes y cuya aplicación sea posible en un plazo prudente para evitar daños mayores e innecesarios y, en este sentido, se han venido imponiendo progresivamente las soluciones que provee el arbitraje comercial internacional. De esta forma, “...el arbitraje aparece como la solución más indicada y apropiada en los conflictos comerciales. Mucho más si tienen carácter internacional”.⁽²⁰⁾

En tal sentido, Feldstein de Cárdenas⁽²¹⁾ ha señalado:

Este mecanismo no solamente puede resultar el más rápido, el menos costoso, el más confidencial, el más flexible, el que ofrece mayor libertad entre los métodos

-
- (19) FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S.; BÁEZ, V. y SCOTTI, L. (2004). *Los grupos económicos: ¿Otro tema de agenda para el MERCOSUR?* En: **Ensayos de Derecho Mercantil**. Libro Homenaje a Jorge Enrique Núñez. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje, No. 15, Caracas. Venezuela. 1148 pp.
- (20) CREMADES, B. (1977). *Estudios sobre arbitraje*. Bárbara Braganza, 8. Madrid, España. 239 pp.
- (21) FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S. (2003). *Los beneficios del arbitraje comercial internacional*. En: **Revista de Derecho 9**. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas. Venezuela. 398 pp.

para resolver las controversias, sino que lo que acaso es su rasgo más saliente, que cuenta con la aceptación de quienes son sus destinatarios que han elevado a esta modalidad, hasta convertirla en la más empleada en el área del comercio internacional.

Los actuales arquetipos de conflictos interpartes y el arbitraje internacional como medio alternativo para su solución plantean retos conceptuales y prácticos puesto que chocan con hábitos seculares. Para la tutela jurisdiccional, en particular, contradicen la experiencia y lo que algunos juristas han denominado el “mapa filosófico del derecho” según el cual, las partes son adversarias y los conflictos internacionales se resuelven mediante la aplicación del ordenamiento jurídico competente que determina quién tiene la razón ya que, cuando se llega a un arreglo antes del juicio o la sentencia, se suele hacer tras un regateo competitivo que en definitiva, con frecuencia, culmina en la no solución del problema debido a la persistente actitud arraigada en las partes del tradicional paradigma de la adversidad.

De esta forma, ha sido señalado por Caivano y otros,⁽²²⁾ cuando expresan que:

Es necesario considerar las formas alternativas de solucionar los conflictos, que con mayor creatividad permitirán hallar respuestas fuera del proceso tradicional. La ancestral cultura adversarial, y la visión del litigio judicial como única y exclusiva vía de solución de diferendos, deberían adecuarse a los tiempos de interdependencia social y económica que corren (1997: 29).

Si atendemos a los movimientos mundiales que caracterizan el proceso de globalización, puede señalarse que mediante el arbitraje se regula gran parte de la conducta humana en el ámbito internacional. Como bien lo han señalado Chillón y Merino:⁽²³⁾

(22) CAIVANO, R.; GOBBI, Marcelo y PADILLA, R. (1997). *Negociación y Mediación. Instrumentos apropiados para la Abogacía moderna*. Ad-Hoc S.R.L. Buenos Aires.

(23) CHILLÓN MEDINA, J. y MERINO, J. (1991). *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*. Editorial Civitas, S.A. Segunda Edición. Madrid. España. 1379 pp.

... el arbitraje internacional ha producido una amplia adhesión de hombres de negocios, prácticos, instituciones y Estados... El comercio internacional exige seguridad y rapidez en las operaciones y negocios, y también previsión. Previsión acerca del cómo y por qué se dirimen las cuestiones derivadas de una relación contractual... Es difícilmente concebible el tráfico mercantil internacional sin el auxilio de técnicas conocidas, simples y eficaces, de solución de las controversias que puedan surgir. El arbitraje es técnica privilegiada para ello, y, con todas las matizaciones propias del caso, constituye el método normal y habitual de una justicia internacional adaptada a las necesidades específicas del comercio.

Es así como el comercio internacional ha permitido la evolución del arbitraje mercantil internacional; de una parte, el historial social indica que las partes han pretendido acuerdos a fin de solucionar de forma rápida y eficaz sus disputas. De otra, como consecuencia, ello ha permitido la institucionalización del arbitraje por cuanto, como medio de solución de controversias sociales, viabiliza la solución de conflictos privados internacionales.⁽²⁴⁾

De otro lado, el arbitraje como institución jurídica, se ha adecuado como fórmula de solución a los problemas derivados del desarrollo tecnológico. El comercio electrónico constituye una auténtica realidad y, como afirma Fernández Masía,⁽²⁵⁾ todos los sectores gravitan en la utilización de la red internet como un medio para la comercialización de bienes y servicios. Las actuaciones mercantiles, guiadas por el intercambio electrónico trascienden a la escala de la universalización, logrando su proximidad con distintas legislaciones; la pluralidad de dichos ordenamientos jurídicos conlleva a la multiplicidad de regulaciones de esta cotidiana actividad internacional, lo cual impulsa la evolución y la aceptación del arbitraje en las relaciones mercantiles electrónicas internacionales. A propósito de lo expuesto, reseña Ribas:

(24) Bivero García, H. (1997). *Sobre el arbitraje*. En: Libro **Homenaje a Werner Goldschmidt**. Universidad Central de Venezuela. Caracas. Venezuela. 836 pp.

(25) FERNÁNDEZ MASIÁ, E. (2005). *Cláusulas de sumisión en contratos electrónicos internacionales*. En: **Revista Electrónica de Estudios Internacionales**. No. 5.
<http://www.reei.org/reei5/articulos5.htm> [Consulta: junio, 15]

La complejidad de los asuntos relacionados con las tecnologías de la información, la posibilidad de aplicar leyes o jurisdicciones de diferentes países y la lentitud de los órganos jurisdiccionales hacen aconsejable la utilización de sistemas de resolución de controversia más eficaces.⁽²⁶⁾

En este mismo sentido, Rico afirma:

La celeridad que caracteriza las negociaciones en Internet, exige la búsqueda de mecanismos alternativos a la jurisdicción tradicional, que provean soluciones rápidas, seguras, justas y eficaces a los conflictos y divergencias que puedan surgir entre las partes durante el desarrollo y la ejecución del contrato.⁽²⁷⁾

Es por ello que, en la actualidad el comercio internacional en su plano sociológico estrecha la relación entre la operatividad de la sociedad internacional y la institución de prácticas arbitrales, ya que las distintas actividades mercantiles internacionales y sus distintas divergencias requieren ser resueltas de forma ágil, con celeridad y economía. Las ventajas de una solución arbitral ante una relación jurídica internacional, compleja debido a la yuxtaposición de distintas legislaciones, constituye una solución no engorrosa por la viabilidad que genera en la fluidez de las transacciones internacionales.

6. Mitos y realidades del arbitraje comercial internacional en el escenario mundial

El arbitraje comercial internacional presenta en la actualidad una respetable acogida por los operadores del comercio internacional, lo que ha conllevado a la progresiva eliminación de la reticencia a su uso.

Se argumenta en su favor, el éxito que ha producido en la unificación del Derecho Comercial Internacional; en este sentido la

(26) RIBAS, A. (2000). *Aspectos jurídicos del comercio electrónico en Internet*. Editorial Aranzadi. Pamplona, España. 294 pp.

(27) RICO CARRILLO, M. (2003). *Comercio electrónico, Internet y Derecho*. Legis Editores, C.A. Caracas, Venezuela. 277 pp.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional⁽²⁸⁾ (CNUMDI) ha dedicado sus esfuerzos en promover la uniformidad por medio de la elaboración de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional, cuya principal finalidad ha sido la de adecuar –con las adaptaciones que los legisladores internos consideren indispensables– las leyes nacionales al contemporáneo arbitraje comercial internacional. En tal sentido, esta Ley Modelo ha sido determinante a la hora de legislar internamente sobre la materia. Igualmente, la CNUMDI ha preparado el Reglamento de Arbitraje creado como texto contentivo de normas reguladores de diversos procedimientos arbitrales internacionales, los cuales son de libre elección por las partes, así como ha elaborado las Notas sobre la Organización del Proceso Arbitral, guía práctica que describe los procedimientos frecuentemente utilizados, ello para colaborar con el desarrollo y viabilidad del proceso arbitral.

Se arguye en contra del arbitraje comercial internacional que con su implementación ocurre una reiterada violación a la soberanía de los países, debido a la extraterritorialidad que supone el arbitraje⁽²⁹⁾ (Cremades, 2005). No obstante, se aprecia desde la óptica de los Estados, la cada vez mayor ratificación de textos supranacionales en materia de arbitraje como son la Convención de las Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, denominada así mismo Convención de Nueva York, la Convención sobre Solución de Conflictos de Inversión entre Estados y nacionales de otros Estados, conocida como Convención de Washington, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional y, la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Extranjeros.

Se señala que el arbitraje comercial internacional auspicia la aplicación del derecho material en la determinación de la tutela judicial, lo que aleja la posibilidad de someterse a normas conflictuales que

(28) La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional constituye el órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional y tiene establecido como mandato el fomentar la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional.
En: <http://www.uncitral.org/uncitral/es/about/origin.html>

(29) CREMADES, B. (2005). *Momento actual del arbitraje comercial internacional en América Latina*. En formato electrónico. <http://www.colegioabogados.cl/revista/14/articulo4.htm> [Consulta: julio, 25].

pueden resultar contradictorias y que, lejos de aportar solución para las partes involucradas, éstas se verán atraídas hacia alguno de los foros por razón de los derechos involucrados.

Así también, se favorece la aplicación de la *lex mercatoria*, producto de la sistematización de las prácticas y usos de comercio internacional. El sometimiento del laudo a la *lex mercatoria* permite el empleo de reglas relativas al funcionamiento de estructuras legales, teniendo como inspiración la interpretación y uso dado por los operadores del comercio internacional, lo que permite la adaptación de una justicia sustentada en la voluntad de las partes, constituyéndose éstas en fuente generadora de derecho basado en las prácticas y usos de los comerciantes.⁽³⁰⁾

Otras razones por las cuales se critica el arbitraje son las derivaciones de tipo procesal. De una parte, se hace cuestionamiento al principio *Kompetenz-Kompetenz*, lo que ha motivado en muchas veces su rechazo por vía legal. “De acuerdo con este principio, el árbitro está facultado para decidir sobre su competencia. De no consagrarse dicho principio, sería muy fácil pretender burlar el acuerdo arbitral”.⁽³¹⁾ De otra parte, se argumenta como falta de fortaleza en el arbitraje, la posibilidad de las partes sometidas al proceso arbitral, de acudir a la tutela formal estatal como táctica dilatoria, argumentando prejudicialidad de la acción judicial ante los árbitros, lo que causa la fragmentación del arbitraje.

Al decir de Cremades,⁽³²⁾ en lo que denomina el verdadero talón de Aquiles del arbitraje, uno de sus inconvenientes lo constituye la excepción de incompetencia por convenio arbitral que pueda proponerse en un procedimiento judicial. Para el caso que una de las partes acuda a la tutela formal que proporciona el Estado, la otra pudiera

(30) BOUTIN, G. (2004). *La noción de arbitraje comercial internacional*. En formato electrónico: <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/a-03.html> [Consulta: julio, 23].

(31) SÁNCUIZ, S. (2005). *El derecho aplicable al arbitraje comercial internacional en el derecho venezolano*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela. 240 pp.

(32) CREMADES, B. (2005). *Momento actual del arbitraje comercial internacional en América Latina*. En formato electrónico. <http://www.colegioabogados.cl/revista/14/articulo4.htm> [Consulta: julio, 25].

sentirse atraída en solicitarle al juez su declaratoria de incompetencia dada la cláusula pactada de someter el caso a arbitramento. No obstante, la excepción por incompetencia resulta no propuesta y por el contrario resulta contestada la demanda ante la eventualidad que el juez decida afirmar su competencia.

7. Especial referencia a la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional (CNUDMI, 1985)

En el campo del Derecho Internacional Privado la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) en el año 1985 creó la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional. La misma concentra desde una óptica legislativa las distintas prácticas y actividades profesionales de los comerciantes y, así mismo, contempla la labor jurisdiccional del arbitraje, como mecanismo alternativo a la tutela judicial estatal. De esta forma, la Ley Modelo consagra dos ámbitos jurídicos específicos: por un lado, la determinante aplicación de la *lex mercatoria* como "...fuente y sustrato material de prácticas y usos comerciales...",⁽³³⁾ acatada por la sociedad internacional de comerciantes. De otro lado, contiene la aplicación de un derecho espontáneo en el tratamiento jurisdiccional, dotado de medios de solución de conflictos "...al margen del poder judicial de los Estados y de los Tribunales internacionales, a través del arbitraje".⁽³⁴⁾ Además, la Ley Modelo regula la autonomía de la voluntad de las partes en tanto posean la libertad de someter a arbitrio sus eventuales futuras discrepancias sobre el contrato pactado, así como decidir el reglamento de administración del arbitraje y el derecho aplicable al fondo del asunto.⁽³⁵⁾

La Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI como ley modelo:⁽³⁶⁾ a) constituye un método de armo-

(33) FERNÁNDEZ ROZAS, J. (1991). *Curso de Derecho Internacional Privado*. Editorial Civitas, S.A. Madrid.

(34) FERNÁNDEZ ROSAS. *Ob. cit.*

(35) ILLESCAS, R. y PERALES VISCASILLAS, P. (2003). *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*. Universidad Autónoma de Madrid Carlos III. Madrid.

(36) VIÑAS FARRÉ, R. (1978). *La unificación del Derecho Internacional Privado*. España.

nización distinto de las convenciones; b) en el cual se destaca la ausencia de compromiso internacional, pues los Estados, en aplicación del principio de soberanía deciden su incorporación o no a su Derecho interno; c) por lo que su contenido puede ser modificado por los Estados, ya que éstos son libres de introducir los cambios requeridos en fecha posterior a su adopción; d) ofreciendo diferentes versiones en la regulación de la materia, haciendo los Estados la correspondiente adaptación. Su función primordial es la de fomentar la armonización progresiva del Derecho Mercantil Internacional, y hacer un llamado de la CNUDMI como organismo internacional a los distintos Estados, para que cuando así convenga, adopten la normativa propuesta, a fin de garantizar la seguridad jurídica de las partes contratantes. Asimismo, desde el punto de vista pragmático facilita el desarrollo de las actividades propias del comercio internacional, y contribuye a que los Estados que tienen sistemas jurídicos, sociales y económicos diferentes puedan contribuir de manera significativa al establecimiento de relaciones económicas internacionales armoniosas, ya que permite mejorar sus legislaciones internas.

Entre las características más resaltantes de la Ley Modelo CNUDMI destacan las siguientes:

- Ofrece al legislador nacional un conjunto de reglas aceptables en el ámbito internacional que le permitan eliminar los obstáculos jurídicos que puedan presentarse con relación a la normativa aplicable a los supuestos de hechos derivados del comercio y arbitraje internacional.
- Sirve de complemento y suplemento de otros cuerpos normativos, ya que posibilita la interpretación de los convenios e instrumentos jurídicos internacionales suscritos sobre la materia.
- Procura la igualdad entre las partes en cuanto al régimen jurídico aplicable, ya que responde a la necesidad en que se encuentran las partes de poder contar con un régimen jurídico coherente y neutral que resuelve el eventual conflicto normativo que se presente en materia de arbitraje.
- Facilita la armonía y uniformidad del Derecho siempre que los Estados gestionen la aplicación de la Ley Modelo, mediante la adopción de normas flexibles. Todo Estado que adopte el régimen de la Ley Modelo podrá decidir imponer o no en su Derecho

interno restricciones referentes al ámbito de aplicación de la misma. De modo que: "...no crea obligaciones internacionales para los Estados: por ello éstos permanecen libres de modificarla en cualquier momento, o incluso revocarla por tratarse de una materia de competencia estrictamente interna".⁽³⁷⁾

- Su contenido contempla los enunciados y principios básicos para facilitar la contratación en los negocios internacionales, ya que es una ley marco que no enuncia por sí sola todas las reglas necesarias que regulan los pormenores de una convención, por lo que posee una función básica al determinar únicamente los elementos claves, lo que conduce a un mínimo aceptable en materia de requisitos.
- Favorece el desarrollo de las actividades comerciales, ya que está concebida para regular las negociaciones que se desarrollan en la esfera internacional, pues se dirige a los comerciantes internacionales, ofreciéndoles certeza jurídica, necesaria para el comercio tanto nacional como internacional.
- Una de sus principales características es la de constituir un Soft Law armonizador. Su particularidad de Soft Law armonizador, le hace contener normas orientadas a la unión de ponderaciones jurídicas provenientes de diferentes Estados, y a la abstracción de criterios materiales que se incorporan al Derecho interno de los mismos, teniendo como finalidad la búsqueda de soluciones que minimicen los conflictos de leyes internacionales. De esta forma, pretende introducir sus aportes mediante la incorporación de preceptos básicos al derecho interno de los Estados como normas sustantivas que permitan la superación de los inconvenientes derivados de la coexistencia de diversas legislaciones y posibilita a los Estados el introducir las modificaciones necesarias para atender a sus peculiaridades y circunstancias especiales.⁽³⁸⁾ De esta manera, responde a una necesidad sentida de unificación

(37) FERRARI, L. (1998). *The Unidroit Principles: A common law of contracts for the Americas*. Madrid.

(38) Parra Aranguren, F. (1998). *Curso General de Derecho Internacional Privado. Problemas selectos y otros estudios*. Universidad Central de Venezuela. Tercera Edición. Caracas, Venezuela. 415 pp.

y representa un paso hacia la armonización del derecho aplicado por los operadores del comercio internacional; lejos de causarles perjuicios, incomodidades, o afectarles de manera desfavorable en sus actividades⁽³⁹⁾ pretende brindar la armonía necesaria en los ordenamientos jurídicos de los Estados.

Conclusiones

Las prácticas económicas de los diferentes Estados, en ellos los países americanos, se están adecuando a las contemporáneas relaciones internacionales en el proceso globalizador, a fin de asegurar su contexto situacional en el mundo complejo y competitivo de la actualidad, abriendo su geografía a los mercados internacionales. La cotidianidad es una de las características que ha tomado mayor relevancia en la realización de las relaciones internacionales ya que, si bien en época anterior se consideraba privilegio de muy pocos el traspaso de demarcaciones fronterizas, hoy día es usual que cualquier tipo de persona entable relaciones internacionales y para ello no necesitan una causa de connotada importancia. Sencillamente se desea viajar, relacionarse comercialmente, practicar el turismo que con inclinada propensión promocionan tanto los países como sus líneas de transporte, centrando en tales actividades el crecimiento de los intereses privados, estudiar con motivo de formarse en una ciencia determinada, adquirir el dominio de otra lengua y en suma, acrecentar el provecho monetario, de una u otra forma las relaciones internacionales influidas por el proceso globalizador y el gran auxilio de la innovación tecnológica, se intensifican y aglutinan en un único espacio, el de la comunidad global.

Al mismo tiempo, "...las comunicaciones, la velocidad de los desplazamientos de los viajes aéreos interoceánicos y el crecimiento de los intercambios sociales y económicos, han creado un mundo sin fronteras o una aldea global..."⁽⁴⁰⁾. En la presente era de globalización e integración económica, el éxito de las relaciones internacionales depende en significativa medida del aporte de la ciencia jurídica mediante los medios o procedimientos alternativos de resolución de conflictos a las controversias propias de las controversias o disputas privadas y, en este sentido, el arbitraje comercial internacional "...constituye una alternativa de primer orden para superar la real o potencial

(39) VIÑAS FARRÉ. *Ob. cit.*

(40) MARTÍNEZ. *Ob. cit.*

conflictividad que supone la interacción de intereses económicos, y el adecuar el derecho a las nuevas realidades del sistema global contemporáneo...".⁽⁴¹⁾

...los hombres de negocios, bajo ciertas circunstancias y debidamente asesorados, sabrán inclinarse por la modalidad que les ofrezca mayor confortabilidad y seguridad. Todo lo dicho parece indicar la efectiva conveniencia para los operadores del comercio internacional en acordar el método de resolución de las diferencias que sea más ajustado a sus necesidades, que como si se tratara de un traje a la medida les permita lograr una buena solución. Precisamente, el ejercicio de la autonomía de la voluntad puede conducirlos a elegir una vía alternativa, de eficacia probada, con méritos reconocidos, de tradicional prestigio y en franca expansión en el ámbito de los negocios internacionales, como es el arbitraje comercial internacional.⁽⁴²⁾

Los planteamientos desarrollados permiten afirmar que no existen dudas para afirmar el proceso de evolución del comercio internacional y del arbitraje como solución concertada a los problemas que del mismo puedan derivarse. La creciente sociedad internacional que con estimulante interés practica el intercambio de bienes y servicios, excluye la posibilidad de demandar la solución de sus conflictos intersubjetivos ante la tutela formal judicial de los distintos Estados de la comunidad internacional.

Las nuevas realidades económicas de los últimos tiempos que conforman el derecho mercantil y empresarial (entre otras, la apertura de mercados, el desarrollo de los medios de comunicación, las tendencias hacia la integración, la innovación de las estrategias comerciales, las lógicas preferencias del comerciante por la celeridad, la economía en costos y la especialización) van a reforzar la virtualidad de la institución arbitral como medio idóneo de resolución de controversias.⁽⁴³⁾

(41) MARTÍNEZ. *Ob cit.*

(42) FELDSTEIN DE CÁRDENAS. *Ob cit.*

(43) DÍEZ CLAVERO, J. (1995). *El arbitraje en el Tratado de Maastricht y el Nuevo Acuerdo General de Comercio*. En: **El Arbitraje en los Conflictos Económicos Internacionales**. Cámara de Comercio de Bogotá. XIII Conferencia Interamericana de Arbitraje Comercial. Cali, noviembre de 1994. Santafé de Bogotá, D.C. Colombia. 133 p.

Lo expuesto permite afirmar, que el estudio tanto del comercio como del arbitraje internacional ha alcanzado un representativo lugar en el mundo globalizado actual y en el estudio de la ciencia del derecho. En este sentido, ambas instituciones presentan en la actualidad una denotada autonomía legislativa, la cual se demuestra mediante normas supranacionales aceptadas por la comunidad internacional en el presente proceso globalizador.

Los acontecimientos futuros indefectiblemente han de ser consecuencia del proceso de globalización de los mercados a nivel mundial, de apertura a la inversión extranjera, a los mercados internacionales y a la transferencia de la innovación tecnológica. Lo antes mencionado, permite inferir que los problemas conectados con distintos ordenamientos jurídicos se intensificarán y ante ello, se requiere del espíritu renovador de las normas de Derecho Internacional Privado, ya que con su metodología de intermediación, se actualizan los sistemas normativos de los Estados. La sociedad cosmopolita de la actualidad se encuentra en un proceso transformador irreversible. Ante la encrucijada que plantean los problemas actuales de la vida, los dilemas de la sociedad, representados en problemas económicos, comerciales, financieros, así como educativos, políticos, y culturales, tanto en la esfera pública como privada, en el ámbito nacional como internacional, trazan renovados retos a la existencia del género humano viviendo en comunidad. Los cambios en la fenomenología social producen variaciones y ante ello, la constante según la cual éstas son producto de la existencia misma, es que ante el proceso de transformaciones hay que estar preparados.

La sociedad cosmopolita de la actualidad, bajo las premisas globalizantes que mueven al mundo, en el campo específico de esta materia, exige un espíritu de continua renovación con la disposición crítica de adecuación ante los cambios que se experimentan, transacciones comerciales cotidianas y solución de sus diferencias mediante el arbitraje comercial internacional, constituyen la representatividad de la aceptación de tener por contexto social a la humanidad entera bajo una colectividad sin las fronteras que delimitan su espacio interactivo, abierto e ilimitado.

BIBLIOGRAFÍA

- ARTUCH IRIBERRI, Elena. (1996). *Arbitraje Comercial Internacional*. En: **Derecho del Comercio Internacional**. José Carlos Fernández Rosas Editor. Madrid. Editorial Eurolex, S.L. 596 pp.
- BARRAGÁN, Julia. (2004). *El manejo de la incertidumbre*. En: **Resolución de Conflictos**. Víctor Pisan Azpurúa Compilador. VELEA (Venezuelan Law and Economics Association). Caracas, Venezuela. 250 pp.
- BAUMEISTER, Alberto. (2001). *Algunas consideraciones sobre el Arbitraje Comercial a la luz del Derecho Positivo Boliviano y el Venezolano*. En: **Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998** (Antecedentes, Comentarios, Jurisprudencia) Volumen III. Libro Homenaje a Gonzalo Parra Aranguren. Tribunal Supremo de Justicia. Fernando Parra Aranguren Editor. Colección Libros Homenajes, No. 1. 711 pp.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel. (1997). *Derecho Internacional Público*. Mc Graw Hill / Interamericana Editores, S.A. de C.V. México. 139 pp.
- BIVERO GARCÍA, Héctor. (1997). *Sobre el arbitraje*. En: Libro **Homenaje a Werner Goldschmidt**. Universidad Central de Venezuela. Caracas. Venezuela. 836 pp.
- BOUTIN, Gilberto. (2004). *La noción de arbitraje comercial internacional*. En formato electrónico: <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/a-03.html> [Consulta: julio, 23].
- CAIVANO, Roque; GOBBI, Marcelo y PADILLA, Roberto. (1997) *Negociación y Mediación. Instrumentos apropiados para la Abogacía moderna*. Ad-Hoc S.R.L. Buenos Aires.
- CEPAL (2005). *Globalización y desarrollo*. En formato electrónico: <http://www.eclac.cl/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/6/10026.xml&xsl=/tpl/p9f.xsl&base=MDG/tpl/top-bottom.xsl> [Consulta: Julio, 21]
- CHILLÓN MEDINA, José y MERINO, José. (1991). *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*. Editorial Civitas, S.A. Segunda Edición. Madrid. España. 1379 pp.
- CORDEIRO, José Luis. (1995). *El Desafío Latinoamericano... y sus cinco grandes retos. Educación. Sociedad. Economía. Política. Ecología*. McGraw-Hill Interamericana. Caracas, Venezuela. 320 pp.
- CREMADES, Bernardo. (2005). *Momento actual del arbitraje comercial internacional en América Latina*. En formato electrónico. <http://www.colegioabogados.cl/revista/14/articulo4.htm> [Consulta: julio, 25].
- CREMADES, Bernardo. (1977). *Estudios sobre arbitraje*. Bárbara Braganza, 8. Madrid, España. 239 pp.

- DÍEZ CLAVERO, José. (1995). *El arbitraje en el Tratado de Maastricht y el Nuevo Acuerdo General de Comercio*. En: **El Arbitraje en los Conflictos Económicos Internacionales**. Cámara de Comercio de Bogotá. XIII Conferencia Interamericana de Arbitraje Comercial. Cali, noviembre de 1994. Santafé de Bogotá, D.C. Colombia. 133 p.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara. (2003) “Los beneficios del arbitraje comercial internacional” En: **Revista de Derecho 9**. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas. Venezuela. 398 pp.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara; BÁEZ, Vera y SCOTTI, Luciana (2004). *Los grupos económicos: ¿Otro tema de agenda para el MERCOSUR?* En: **Ensayos de Derecho Mercantil**. Libro Homenaje a Jorge Enrique Núñez. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje, No. 15, Caracas. Venezuela. 1148 pp.
- FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique. (2005). *Cláusulas de sumisión en contratos electrónicos internacionales*. En: **Revista Electrónica de Estudios Internacionales**. No. 5 <http://www.reei.org/reei5/articulos5.htm> [Consulta: junio, 15]
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. (1991). *Curso de Derecho Internacional Privado*. Editorial Civitas, S.A. Madrid.
- FERRARI, L. (1998). *The Unidroit Principles: A common law of contracts for the Americas*. Madrid.
- GUERRA IÑÍGUEZ, Daniel. (1995). *Derecho Internacional Público*. Novena edición. Editorial Buchivacoa. Falcón, Venezuela. 675 pp.
- HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo. (2000). *El Arbitraje Comercial en Venezuela. Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas*. Caracas, Venezuela. 415 pp.
- ILLESCAS, R. y PERALES VISCASILLAS, P. (2003). *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*. Universidad Autónoma de Madrid Carlos III. Madrid.
- MAEKELT, Tatiana. (2001). *Arbitraje Comercial Internacional en el Sistema Venezolano*. En: **Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998** (Antecedentes, Comentarios, Jurisprudencia) Volumen II. Libro Homenaje a Gonzalo Parra Aranguren. Tribunal Supremo de Justicia. Fernando Parra Aranguren Editor. Colección Libros Homenajes, No. 1. 511 p.

- MARTÍNEZ, Néstor. (1995). *Arbitraje comercial internacional*. En: **El Arbitraje en los Conflictos Económicos Internacionales**. Cámara de Comercio de Bogotá. XIII Conferencia Interamericana de Arbitraje Comercial. Cali, noviembre de 1994. Santafé de Bogotá, D.C. Colombia. 133 p.
- PARRA ARANGUREN, Fernando. (1998). *Curso General de Derecho Internacional Privado. Problemas selectos y otros estudios*. Universidad Central de Venezuela. Tercer Edición. Caracas, Venezuela. 415 pp.
- PEREIRA DE HOLMES, (1999) Lilia. *Visión gerencial sobre la cultura organizacional ante los retos de la globalización*. En: **Revista Venezolana de Ciencias Sociales**. Universidad Nacional Experimental Rafael María Baralt. Vicerrectorado Académico. Volumen 3. No 2.
- PÉREZ FIGUEROA, Melissa. (2004). *Dinámicas de la nueva dimensión globalizada del régimen comercial multilateral: reconocimiento de nuevos sectores y participación de partes no estatales en el sistema de la OMC*. En: Revista Electrónica de Estudios Internacionales. No. 8 <http://www.reei.org./reei8/reeei.8.htm> [Consulta: abril, 07].
- PIAGGI, Ana. (2004). *La vinculación entre CNUDMI y el Arbitraje Comercial Internacional: una relación exitosa*. En formato electrónico: <http://www.catedra-piaggi.com.ar/Arbitraje/UNCIT%20ACI.htm> [Consulta: mayo, 11].
- RIBAS, Alejandro (2000). *Aspectos jurídicos del comercio electrónico en Internet*. Editorial Aranzadi. Pamplona, España. 294 pp.
- RICO CARRILLO, Mariliana (2003). *Comercio electrónico, Internet y Derecho*. Legis Editores, C.A. Caracas, Venezuela. 277 pp.
- SÁNCUIZ, Shirley. (2005). *El derecho aplicable al arbitraje comercial internacional en el derecho venezolano*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela. 240 pp.
- SIQUEIROS, José L. (1996). Los Principios de Unidroit como normativa aplicable por los árbitros en controversias comerciales internacionales. En: **Los principios de Unidroit: Un derecho común de los contratos para las Américas**. The Unidroit principles: A Common law of contracts for the Americas? Congreso Interamericano. Interamerican Congress. Valencia Venezuela. Capitolina 52, s.a.s. Roma, Italia. 385 pp.
- VIÑAS FARRÉ, R. (1978). *La unificación del Derecho Internacional Privado*. España.
- WITKER, Jorge. (2005). *El derecho económico internacional y el arbitraje comercial*. En: **Panorama del Arbitraje Comercial Internacional (Selección de lecturas)**. Varios. En formato electrónico: <http://www.bibliojuridica.org/libros/ libro.htm?l=918> [Consulta: Junio, 19]

Textos legislativos

Convención de las Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras.

Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional.

Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Extranjeros.

Convención sobre Solución de Conflictos de Inversión entre Estados y nacionales de otros Estados.

Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). 1985.

Páginas electrónicas

<http://www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/a-03.html>

<http://www.eclac.cl/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones>

<http://www.colegioabogados.cl/revista/14/articulo4.htm>

<http://www.reei.org./reei5/>

<http://www.catedra-piaggi.com.ar/Arbitraje/UNCIT%20ACI.htm>

<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=918>

**LA INTERPRETACIÓN OBJETIVA A PROPÓSITO
DEL ARTÍCULO 5:106 DE LOS PRINCIPIOS
DEL DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS**

*“Interpretazione non è un affare
esclusivo e personale dell’interprete,
ma un affare del legislatore”
(Iriti, Natalio)*

Dr. Pedro Alfonso Lavarriega Villanueva[©]

(Recibido 02/10/05; aceptado 05/04/06)

(*) Investigador por oposición en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor de Derecho Mercantil y Propiedad Intelectual en la Facultad de Derecho de la UNAM.

Teléfono (0052) 5556227463

e-mail: lavarrieg@servidor.unam.mx

RESUMEN

El autor de este estudio ha encontrado que el principio de conservación del contrato está ínsito en el artículo 5: 106 de los Principios de Derecho europeo de los contratos (PECL) y en el artículo 1853 del Código Civil del D.F. Esto le motiva para desarrollar el contenido de este ensayo en dos secciones. La primera referida a los antecedentes, objetivos, funciones, y estructura de los PECL. Además, estudia las convergencias y divergencias que existen entre los Principios Unidroit y los PECL. También describe la relación que hay entre los *Restatements* y los PECL.

La segunda parte está dedicada a explicar el principio de conservación del contrato (*favor contractus*) que cual universal jurídico deviene esencial, no sólo al contrato, sino también a la sentencia (*favor sententiae*) y en general al acto jurídico (*favor acts*).

Palabras clave: El principio de conservación del contrato, la interpretación objetiva, los Principios del Derecho europeo de los contratos, el máximo efecto útil, el mejor efecto posible en relación al caso concreto.

ABSTRACT

The author of this study has found that the contract conservation principle of incorporated in Article 5: 106 of the Principles of European Contract Law (PECL) and in the Article 1953 of the Civil Code of the D.F. (México). This encourages him to develop the content of this essay in two sections. The first one refers to the background, objectives, functions, and structure of the PECL. Additionally, it analyzes the convergences and divergences existing between the Unidroit Principles and the PECL. Also, it describes the relation that exists between the Restatements and the PECL.

The second part seeks to explain the principle of contract conservation (*favor contractus*) which, as juridical universal, becomes essential, not only to the contract, but also to the sentence (*favor sententiae*) and in general, to legal act (*favor acti*).

Key words: Contract conservation principle, objective interpretation, interpretation of the contract, the Principles of European Contract Law, restatements, maximum useful effect, best possible effect in relation to the concrete case.

SUMARIO

Primera parte: Introducción. 1. Antecedentes. 2. Objetivos de los PECL. 3. Funciones de los PECL. 4. Algunos principios sobre los que se sustentan los PECL. 5. Las fuentes de los PECL. 6. Los Principios UNIDROIT y los Principios Europeos (PECL). 7. Disposiciones correspondientes entre los P.U. y los PECL. 8. Disposiciones divergentes entre los P.U. y los PECL. 8.1 Divergencias de carácter técnico. 8.2 Divergencias de naturaleza política. 9. Los Restatements y los PECL. 10. Estructura de los PECL.

Segunda Parte: 11. La interpretación de los contratos. 12. El principio de conservación del contrato (*favor contractus*). 12.1 La regla interpretativa de conservación en los Principios de derecho europeo de los contratos. 12.2 La amplia funcionalidad del principio de conservación y las influencias recíprocas entre los distintos ámbitos de aplicación de dicho postulado. 12.3 La “ambigüedad” o “vagüedad” intrínseca de los textos contractuales justifica la correcta omisión de una referencia explícita a la “duda jurídica”, como presupuesto del artículo 5:106 de los PECL. 12.4 La acepción actual de la locución “máximo efecto útil” como consecuencia de la operatividad del principio de conservación. 12.5 El criterio “axiológico” de conservación entendido como “mejor efecto posible en relación al caso concreto”. Respuesta relativizada a las diversas situaciones concretas al interrogante sobre “el máximo efecto útil”.

INTRODUCCIÓN

Es evidente y por ende, indudable que la Unión Europea (U.E.) exhibe el espacio físico de integración más avanzado del que hoy en día tenemos noticia. De ahí que el tema de la unificación y uniformidad del Derecho sea tratado en Europa con gran vehemencia. Vientos aquéllos de renovación que nos conviene darles un seguimiento muy de cerca, ya que la opinión europea, casi unánime ve en el derecho uniforme un ideal, en tanto se erige como la respuesta más apropiada a los retos de la integración.

Ciertamente, los europeos han reconocido que la codificación es el mejor de los caminos para conseguir la *integración europea*, a fin de “salvaguardar y armonizar la *tradición*, representada por un acervo jurídico común, con la *sensatez* que haga posible intentar un cambio, que permita alcanzar con ello la continuidad de la tradición misma. Como expresó en alguna ocasión E. Riezler el Derecho en clave normativa, representa un saber para el futuro (Zukunftswissenschaft).⁽¹⁾

1. Antecedentes

Los Principios del derecho europeo de los contratos (en adelante PECL, del inglés *Principles of European Contract Law*) han aparecido en un momento en que la cuestión de la codificación ha ido ocupando una atención creciente;⁽²⁾ muestra de ello han sido el nuevo Código civil holandés (*Burgerlijk Wetboek*), en vigor desde el 1 de enero de 1992; el reciente Código civil de Québec, vigente a partir de principios de 1994; en 1996, el proyecto inglés de una codificación del derecho contractual, redactado por Mc Gregor, conjuntamente publicado por la famosa editorial italiana *Giuffrè* y su homóloga inglesa Sweet and Maxwell;⁽³⁾ la

(1) De los Mozos, J.L., “El anteproyecto de Código Europeo de los contratos de la Academia de Pavía”, Diario *La ley*, Nº 5629, octubre 2002, p. 1769; Riezler cit. por Mozos, *Id.*

(2) En este sentido, v. Sacco, R., “Codificare: modo superato di legiferare?”, *Riv. Dtto. Civ.*, 1983, p. 117 y ss.; Zimmerman, R., “Codification: History and Present Significance o an Idea”, ERPL, 1995, p. 95 y ss.

(3) Mc Gregor, Harvey, *Contract Code – Drawn up on behalf of the English Law Comisión*, 1993. Este proyecto fue primeramente elaborado en los

renovación de libros enteros de códigos vigentes (como el libro II del BGB); la redacción de códigos regionales (como el código civil escocés o el código civil catalán) y; en fin, los diversos esfuerzos que varios países de Europa central y oriental han venido realizando para sustituir los códigos de derecho privado socialistas por códigos modernos.

Está claro, pues, que los PECL adquieren una posición nodal, trascendental, quizá estratégica, en este complejo maderamen de medidas de reforma del derecho privado planeadas o ya realizadas (como el Código civil holandés o el derecho unificado sobre compraventa internacional), pudiendo influir de manera eficaz, precisamente, sobre las iniciativas venideras de unificación del derecho de las obligaciones o de los contratos en la propia U. E. o en los proyectos de codificación en Europa central y oriental.⁽⁴⁾

2. Objetivos de los Principios de derecho europeo de los contratos

Los PECL son fruto de la Comisión de derecho europeo de los contratos (*Commission on European Contract Law*), entidad constituida entre 1980 y 1982, a solicitud de la entonces Comunidad Europea (hoy U.E.), por iniciativa y bajo la presidencia del Prof. Ole Lando de la Escuela de Negocios de Copenhague, con la colaboración del Dr. Winfried Hauschild, jefe de la división en la Dirección General para el Mercado interno de la Comisión de la ahora

años sesenta por la *English Law Commission* del Parlamento británico; Cfr. De los Mozos, op. cit., p. 1782. Proyecto redactado por encargo de la *Law Commission* inglesa. Traducción y nota preliminares por José María de la Cuesta Sáenz y Carlos Batiré Fuenzalida, Barcelona, 1997. El profesor Gandolfi, en el preámbulo de dicha obra, compara el significado de dicho proyecto de codificación con el arribo del hombre a la luna y a la caída de la cortina de hierro: la edificación del proyecto del código de los contratos [...] ciertamente está en el campo de los fenómenos jurídicos, uno de los aspectos de la nueva y veloz carrera del mundo en la que hoy vivimos. Es en cierto sentido comparable a la llegada del Apolo 11 a la luna [...] o la caída del muro de Berlín, como indicativo del fin de una contraposición de bloques nacionales; v. Zimmerman, R., *Estudios de derecho privado europeo*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 117-119.

(4) *Ibid.*, p. 121.

Unión Europea y conformada por juristas provenientes de los distintos países pertenecientes a dicha organización.⁽⁵⁾

En la introducción al texto de los PECL el propio Lando expresa que, durante los largos años de estudio e investigación, de cotejo y de síntesis, la Comisión estuvo animada por el intento de formular principios jurídicos idóneos que constituyeran el basamento conceptual necesario para la realización de un derecho contractual europeo. La elección de la materia contractual y en particular de los institutos de cumplimiento, incumplimiento y de sus remedios como primer espacio de operatividad de los PECL se justifica si se considera la importancia de este sector del derecho privado a nivel comunitario. Siempre más numerosas e incisivas son, ciertamente, las intervenciones del legislador comunitario sobre determinados tipos de contrato: dichas intervenciones imponen la individuación de una infraestructura unitaria que represente el común denominador de las normativas especiales relativas a cada uno de los tipos contractuales. Bajo esta perspectiva, los PECL que la Comisión ha redactado y difundido representan la etapa inicial de un recorrido todavía largo y se ubican en una relación de instrumentalización respecto a la concretización de una meta final del más amplio alcance: la construcción de un verdadero y propio código europeo de los contratos.⁽⁶⁾

Ciertamente, de estas declaraciones de intención del Profr. Lando colocadas en la parte que precede la exposición de los PECL emerge la clave de todo el trabajo hasta ahora realizado por la Comisión europea, surge, de ahí, una fuerte *aspiración a codificar*, a crear un sistema normativo que desborde los confines nacionales, que funcione como código de Europa.

(5) Castronovo, I “Principi di diritto europeo dei contratti e l’idea di codice”, *Riv. Dir. Comm.*, 1995, p. 21.

(6) *Cfr. Introduction to the Principles of European Contract Law*, preparada por la Comisión sobre derecho europeo de los contratos y publicada en noviembre de 1999 by Kluwer Law International P.O Box 85889, 2508 CN Hague, The Netherlands; *Principles of European Law, Part I: Performance, Non-Performance and Remedies*, prepared by the Comisión on European Contract Law, edited by Ole Lando and Hugh Beale, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-London, 1995, V-XXXV, p. 268.

Aún más, de acuerdo con la Comisión, dichos principios tienen por *objeto principal* servir de base para la redacción de un Código Civil europeo. En este sentido, ningún sistema legal en particular ha servido de punto de partida para su manufactura, sino que se han tratado de establecer aquellos principios que se consideran más adecuados en relación a las condiciones económicas y sociales de Europa.

Los PECL al igual que los *Restatements* estadounidenses no están propuestos para convertirse en derecho vigente inmediatamente, sino que más bien, de acuerdo al parecer de sus progenitores, han de:

- 2.1 “Facilitar el comercio transfronterizo dentro de Europa, poniendo a disposición de las partes una regulación desligada de las especialidades de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales a la que puedan someter sus negocios.
- 2.2 “Ofrecer unos fundamentos generales conceptuales y sistemáticos como medida para avanzar en la armonización del derecho contractual en el marco de la U.E. (los autores hablan de una “infraestructura” para las Directivas de la U.E.).
- 2.3 “Llevar a cabo una función de mediación entre el *common law* y los ordenamientos jurídicos continentales del *civil law*.
- 2.4 “Concretar la moderna *lex mercatoria* europea.
- 2.5 “Constituir una fuente de inspiración para los tribunales y los legisladores nacionales en el desarrollo de su derecho contractual propio.
- 2.6 “Finalmente, significar un paso en el camino hacia la codificación del derecho contractual europeo”.⁽⁷⁾

Los PECL representan, pues, según los propósitos de la Comisión, un importante intento de superar la contraposición entre *civil law* y *common law*: ellos buscan construir un puente entre los distintos modos de ser del derecho, proporcionando reglas cuyo objetivo es atenuar las diferencias entre los ordenamientos jurídicos pertenecientes a la misma área político-económica, favoreciendo por esto mismo el funcionamiento

(7) Cfr. Zimmermann, *Estudios*, p. 115 y ss.

eficiente del mercado único europeo. En otras palabras, los PECL persiguen facilitar la convergencia de los derechos nacionales hacia reglas comunes, a fin de evitar que la diversidad de regímenes jurídicos continúe representando un obstáculo al comercio transfronterizo.⁽⁸⁾

3. Funciones de los Principios europeos

En ese orden de ideas, algunas de las *funciones* que se han asignado a los PECL son: (i) ayudar a la interpretación e integración del Derecho Privado comunitario vigente; (ii) servir como legislación modelo; (iii) ser incorporados por las partes en sus contratos, ya sea directamente o como derecho aplicable en caso de disputa; (iv) contribuir al nacimiento de un nuevo *ius commune europae*, especialmente a través de su estudio en las Escuelas de Derecho. Se trata, pues, de un documento multifuncional.

Por otra parte, hay que advertir que los *Principios de derecho contractual europeo* no tienen la eficacia vinculante de las normas contenidas en las disposiciones emanadas de los órganos comunitarios. Son ellos, resultantes de un trabajo de estudio, comparación y reelaboración, confeccionado por un grupo de juristas europeos que se han inspirado en las instancias más profundas de unificación y superación de los particularismos nacionales. En efecto, los PECL no son el resultado de una simple sistematización, sino más bien, de una verdadera y propia creación, en cuanto que nacieron del análisis de un complejo normativo como el europeo en el que conviven diferentes sistemas legales.

4. Algunos principios sobre los que sustentan los PECL

Se ha previsto que las partes, tanto en la fase de formación como en la conclusión, interpretación y ejecución del contrato, observen los principios de buena fe y justicia, de sensatez, de transparencia y simetría en la información, de tutela del interés crediticio, de conservación del contrato y, de adecuación en la relación entre las prestaciones. En ese orden de ideas, los legisladores de la U.E. y la actividad de jueces y árbitros ya han promovido la aplicación de estos principios, obviamente teniendo en cuenta cada una de las tradiciones jurídicas, las reglas

(8) En tal sentido, Bellantuono, G., "Diritto europeo dei contratti e regolazione delle public utilities", *Lic Papers*, no. 133, octubre, 2003, p. 28.

vigentes, la praxis actual, y por consecuencia adaptándolas al contexto normativo y cultural en que tales principios deben operar: esto significa que, sin perjudicar excesivamente la autonomía contractual o negocial, las partes contratantes están llamadas –con base en reglas de carácter general o especial destinadas a disciplinar relaciones individuales– a seguir los caminos trazados por tales principios.⁽⁹⁾

De ello, emerge una concepción del contrato, innovadora para algunos ordenamientos, ratificadora para otros, en la que el pacto privado ya no tiene una aureola sagrada, intangible para quien le es ajeno o extraño, sino entendido como una relación de reglas que pueden conducir a la interpretación objetiva del acto, a la valoración del comportamiento anterior y posterior, a su aprobación, a la integración de eventuales lagunas, a la declaratoria de nulidad o ineficacia de algunas cláusulas, a la introducción de nuevos remedios en caso de incumplimiento, a la conservación del acto y a su modificación –en casos excepcionales y justificados– por parte del juez o árbitro a fin de reequilibrar el programa económico de las partes cuando ello sea trastornado por circunstancias externas que repercutan en el pacto original.⁽¹⁰⁾

5. Las fuentes de los PECL

Como han expresado los autores de los PECL, resultó imposible tomar en cuenta el régimen jurídico de todos y cada uno de los países del mundo; desde luego, la influencia que ejerció cada uno de los sistemas legales consultados fue desigual. Sin embargo, es factible señalar que, de entre las compilaciones o codificaciones jurídicas nacionales, las mayormente consultadas fueron las más recientes como el Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos y los *Restatement (Second)* del Derecho de los Contratos, el Código Civil de Argelia de 1975, la Ley del Contrato Económico Extranjero de China, las reformas al nuevo Código Civil holandés y el nuevo código civil de Québec, los

(9) Alpa, G., “I Principi UNIDROIT 2004 e I Principi di diritto europeo dei contratti,” <http://www.covalori.net> (21.02.2006), apartado 2. Alcuni principi atti a costituire una “base comune” delle iniziative in corso in materia di diritto contrattuale; LANDO, Eight Principles of European Contract Law, in R. CRANSTON (ed.), *Making Commercial Law. Essays in Honour of Roy Goode*, Clarendon Press Oxford, 1997, p. 103 *et seq.*

(10) Alpa, *loc. cit.*

cuales están vigentes a partir de 1992 y 1994, respectivamente. También se consideraron los instrumentos internacionales como la Convención de la ONU sobre Compraventa Internacional de Mercancías y otros documentos de igual rango preparados por UNCITRAL o CNUDMI.⁽¹¹⁾ Además, se dedicó especial atención a los instrumentos no legislativos elaborados por cuerpos profesionales o asociaciones de comercio ampliamente utilizados en el comercio internacional.⁽¹²⁾

6. Los Principios UNIDROIT y los Principios Europeos (PECL)

Al igual que los Principios UNIDROIT de los contratos comerciales internacionales (en adelante P.U.), los PECL tienden a unificar el derecho con herramientas distintas a las legislativas.

Tanto los P.U. como los PECL pueden ser considerados como el experimento de codificación más prestigiado y exitoso de un emergente régimen jurídico supranacional y comunitario de las transacciones internacionales.⁽¹³⁾

Es oportuno advertir que hay una influencia recíproca entre los P.U. y los PECL, pues se aseguró una positiva coordinación entre los dos grupos de trabajo mediante la duplicidad de algunos de sus miembros, por ejemplo, Lando, como presidente de la Comisión de derecho contractual europeo, Bonell, presidente del grupo Unidroit, Ulrich Drobniig (por Alemania), Denis Tallon (por Francia).⁽¹⁴⁾

(11) V.gr... Los INCOTERMS; las Condiciones Generales para el Suministro y Erección de Plantas y Maquinaria para la Importación y Exportación de la Comisión Económica de la ONU para Europa, etc.

(12) Bonell, "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?", *Revue de droit uniforme*, 1996/2, p. 231.

(13) Lisi, A., "La crisi d'identità del documento informatico: riflessioni sulla forma scritta, "firmata" non sottoscritta nel commercio elettronico internazionale", *La Pratica Forense*, Italia, marzo 2004, p. 1. Ciertamente los PECL no tienden a ser aplicados sólo a los contratos internacionales. Los artículos que los componen son principios generales del derecho de los contratos, cfr. Lando, O., "Principles of European Contract Law. A First Step towards a European Civil Law", *Rev. dr. aff. Int.*, 1997, p. 196.

(14) Zimmermann, *Estudios...*, p. 120; en el mismo sentido, Lando, PECL and UP, *Similarities...*, *op. cit.*, p. 1.

En efecto, los PECL tienen similitud con los P.U. en el estilo de diseño y en la presentación formal. Puede afirmarse que las normas de unos y otros han resultado *esencialmente* semejantes. La única diferencia significativa con los P.U. radica –según el Prof. Bonell– en que los PECL contienen *notas* a los preceptos o reglas identificando las fuentes comunitarias y extracomunitarias principales que se han utilizado, describiendo brevemente la forma en que el asunto se trata en los distintos sistemas legales de los Estados miembros de la U.E., de modo que cada quien pueda verificar la identidad, la cercanía o diferencia según los casos (fuentes comparativas). En la parte de *comentarios* se provee la explicación (*ratio*) de las reglas adoptadas en cada artículo con una especie de interpretación auténtica, frecuentemente enriquecida por ejemplos aplicables (casos prácticos que ilustran la operatividad de las normas: propósito, contenido, alcance y vínculos con otras reglas).⁽¹⁵⁾

En este sentido, también se ha expresado que la discrepancia relevante entre ambos cuerpos normativos –genéricamente considerados– es que mientras los P.U. buscan crear un cuadro común en la praxis comercial internacional (pues son muy utilizados en la contratación internacional, y por ende, bien conocidos en los tribunales arbitrales internacionales), los PECL, por el contrario, son poco conocidos y se refieren más *genéricamente* a los contratos, incluidos los celebrados entre proveedores y consumidores.⁽¹⁶⁾

En efecto, según sus autores, los PECL podrán aplicarse cuando las partes que celebran un contrato hayan expresamente acordado que éste se regirá por aquéllos; aun a través de un simple reenvío por parte de los contratantes a los principios generales del contrato o a la *lex mercatoria*, o bien, en los casos en que no se indique –o no sea fácilmente identificable– la ley reguladora del contrato en los contratos internacionales [a. 1:101, (3) (a) y (b)] con la consecuente desvalorización de

(15) Bonell, M.J., *An International Restatement of Contract Law*, Irvington-on-Hudson: Transnational Publishers 2d ed., New York, 1997, Chapter 5: The UNIDROIT Principles and the Principles of European Contract Law, p. 88; Castronovo, *I principi...*, P. I y P. II, p. 2. *Id.*, A Restatement of Principles for International Commercial Contracts: An Academic Exercise or a Practical Need? *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 1988, p. 873.

(16) Lisi, *op. cit.*, p. 2. *Cfr. Principles of European Contract Law*, Part I, ed. Provv., marzo 1994, Introduction, p. 4.

las normas de conflicto.⁽¹⁷⁾ En el comentario D a dicho artículo se lee, entre otros asuntos, que: *el párrafo 3 invita a los jueces y colegios arbitrales a aplicar los Principios [PECL] aun cuando las partes no los hayan elegido.*

Constituyen, así, una *fuerza integradora* de la *lex mercatoria* y un punto de referencia con relación a los usos del comercio internacional, así como la base conceptual para una codificación uniforme del derecho de los negocios.⁽¹⁸⁾

7. Disposiciones correspondientes entre los P.U. y los PECL

Desde luego, que entrambos Principios existen disposiciones correspondientes y divergentes. En este sentido, hay que señalar que existen aproximadamente setenta artículos de los P.U. que son muy semejantes, o dicho de otra manera, que tienen disposiciones convergentes con los PECL.

Para muestra sólo un botón: Los párrafos 1 y 2 del Preámbulo de los P.U. con el a. 1:101 (2) (3) (a) (b) de los PECL. Efectivamente, los pertenecientes a los P.U. expresan: *Estos principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales. Ellos deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado someter el contrato a sus disposiciones. Estos principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que el contrato se rija por los “principios generales del derecho”, la “lex mercatoria” o expresiones semejantes.*

Mientras que los correspondientes de los PECL declaran:

- (1) *Los presentes principios tienen por finalidad ser aplicados como reglas generales del Derecho de los contratos en la Unión europea.*
- (2) *Serán de aplicación cuando las partes hayan acordado incorporarlos al contrato o someter su contrato a los mismos.*

(17) Esto último vale sobre todo para los Principios Unidroit. De acuerdo: Patti, S., *Diritto privato e codificazioni europee*, Giuffrè, Milán, 2004, p. 53.

(18) Patti, S., *Diritto privato e codificazioni europee*, Giuffrè, Milán, 2004, p. 53; Id., “Reflessioni su un progetto di codice eurpeo dei contratti”, R.D.C., XCIC, n. 9-12, settembre-dicembre, 2001. p. 490.

- (3) *También podrán aplicarse cuando las partes:*
- (a) *Hayan convenido que su contrato se rija por los “principios generales del derecho”, la “lex mercatoria” o hayan utilizado expresiones similares.*

8. Disposiciones divergentes entre los P.U. y los PECL

En lo concerniente a las divergencias entre los dos instrumentos hay que comentar primeramente que hay disposiciones en los P.U. que difieren en contenido de las de su contraparte en los PECL. Además, hay aspectos que se incluye en los primeros pero no se consideran en los segundos y viceversa. Mientras la mayoría de estas divergencias parecen ser de índole meramente *técnica*, algunas otras son de naturaleza *política*, lo cual refleja claramente el alcance diferente de los dos instrumentos.

8.1 Divergencias de carácter técnico

Un ejemplo se refiere a la adopción del principio de *recepción* por parte de los P.U, respecto al cual las partes pueden intercambiar toda clase de comunicaciones (a. 1.9 (2)), tan opuesto al principio de *expedición (dispatch)* de los PECL relativo a comunicaciones provocadas por el (actual o anticipado) incumplimiento de una de las partes (a. 1:303 (4)); que según los P.U. “todo contrato por escrito con cláusula que exija que toda modificación o extinción sea por escrito, no podrá ser modificado ni extinguido sino por este medio” (a. 2.18), mientras en los PECL la misma cláusula establece sólo una presunción para dicho efecto (a. 2:106 (1)).⁽¹⁹⁾

(19) Art. 1.9 (2) de los P.U.: “La comunicación *surtirá efectos cuando llegue a la persona a quien vaya dirigida*”. Art. 1:303 (4) de los PECL: “Una comunicación convenientemente hecha o remitida a la otra parte como consecuencia del incumplimiento de ésta última o ante un probable incumplimiento de la misma, *no deja de surtir efecto* aun en situaciones de retraso, de inexactitudes en su transmisión o incluso cuando *no llegara a su destino*. Los efectos de la comunicación se entenderán producidos a partir del momento en que, en condiciones normales, habría llegado a su destino”. Art. 2:106 (1) “Un contrato escrito que disponga en una de sus cláusulas que toda modificación que se acuerde o el mutuo disenso deberán constar por escrito, únicamente permite presumir que cualquier acuerdo de modificación o resolución sólo vinculará jurídicamente si se ha hecho por escrito”. Las cursivas no vienen en el texto; *cf.* Bonell, The UNIDROIT Principles..., p. 236.

8.2 Divergencias de naturaleza política

La más significativa aparece justamente al inicio. Efectivamente, en el Preámbulo de los P.U. se establece que ellos contienen reglas generales para los *contratos comerciales internacionales*, mientras que los PECL se entiende que son reglas *generales para aplicarse al derecho contractual en la U.E.* (a. 1:101 (1)). Ello quiere decir que, mientras los P.U. están destinados a los contratos “comerciales” e “internacionales”, los PECL se aplican a todo tipo de contratos, incluso las transacciones puramente domésticas, las realizadas entre comerciantes y consumidores o sólo entre comerciantes, y eventualmente entre sólo consumidores. De esta manera, el ámbito territorial de aplicación de los P.U. es universal, mientras que el de los PECL está formalmente limitado a los estados miembros de la U.E.⁽²⁰⁾

9. Los Restatements y los PECL

Ahora bien, la finalidad primordial de la Comisión abanderada por Ole Lando fue siempre formular un *restatement*⁽²¹⁾ del Derecho contractual, por eso se habla de principios, fundamentalmente y sobre todo, de principios. Lo que deviene un grave inconveniente para las tradiciones jurídicas, latinas o germánicas, al inclinar la balanza a favor del *Common Law*, no obstante ser un sistema jurídico minoritario dentro de la U.E.⁽²²⁾ En efecto los PECL están editados en forma semejante a los *restatements* estadounidenses, contienen preceptos breves y generales, ilustrados con casos y acompañados por comentarios.

Sin embargo –explica Zimmerman–⁽²³⁾ existe un aspecto que los diversifica, pues, mientras el contenido de los *restatements* está constituido por el derecho actualmente vigente, dispuesto en forma de normas concisas y articulado claro, los PECL pretenden en mayor medida la unificación jurídica y, desde la perspectiva de los derechos nacionales, una reforma o una evolución jurídica. Además, es evidente

(20) *Ibid.*, 238. Énfasis añadido por Bonell. En el mismo sentido Castronovo, “I principi...”, § 8.

(21) Los famosos *Restatement of Contracts*, de 1932 y de 1981.

(22) De los Mozos, *op. cit.*, p. 1782.

(23) *Estudios...*, p. 116.

que, los ordenamientos jurídico-privados europeos han estado hermanados por una tradición común a lo largo de varias centurias, y comparan unos mismos fundamentos sistemáticos, conceptuales, dogmáticos e intelectuales, que no han desaparecido en doscientos años de desarrollo jurídico. De ahí que los progenitores de los PECL se refieran expresamente a un núcleo común del derecho contractual de los países que componen la U.E., de cuya configuración se trata, para lograr sobre esta base un ordenamiento jurídico moderno y operativo.

10. Estructura de los PECL

La versión completa de los Principios contiene 191 artículos, divididos en tres partes. La primera de ellas se publicó en 1995, la segunda versión de la parte I y la primera exposición de la parte II, se divulgó conjuntamente, en octubre de 1999 y la tercera parte se propaló en el 2003.⁽²⁴⁾

(24) Cfr. Lando and Beale (eds.), *Principles of European Contract Law, Part 1: Performance, Non-performance and Remedies*, Dordrecht (1995); Id., "Principles of European Contract Law and Unidroit Principles: Similarities, Differences and perspectives", *Saggi, Conferenze e Seminari*, 49, Centro di Studi e Ricerche di diritto comparato e straniero, Roma, abril 2002, p. 2.A French version, *Les principes du droit européen du contrat, L'exécution, l'inexécution et ses suites*, translated and edited by *Isabelle de Lamberterie, Georges Roubette and Denis Tallon*, was published by *La documentation Française*, Paris in 1997. Conviene apuntar que la versión inglesa de los principios es la versión original. En la *Introduction to the Principles of European Contract Law*, preparada por la Comisión sobre derecho europeo de los contratos, se indica que la segunda parte se publicó en 1999, cfr. el apartado que lleva por título *The Commission on European Contract Law; Principles of European Contract Law, Parts I & II*, prepared by the Commission on European Contract Law, edited by Ole Lando and Hugh Beale, The Hague 1999. La parte III was published in 2003 by Kluwer Law International, P.O. Box 85889, 2508 CN Hague, The Netherlands; mientras que los autores como Castronovo, señalan que aquélla se divulgó en el año 2000; cfr. "I principi di diritto europeo dei contratti e il codice civile europeo", *Vita Notarile*, n. 3., setiembre-diciembre, 2000, p. 1219. La primera comisión tuvo doce reuniones entre 1982 y 1990, la segunda efectuó ocho reuniones entre 1992 y 1996; la tercera, se reunió en cinco ocasiones de 1997 al año 2001. En 1995 la primera parte de los PECL contenía cuatro capítulos relativos a: disposiciones generales (10 aa.), términos y cumplimiento del contrato (17 aa.), incumplimiento y remedios de tutela en general (9 aa.), remedios específicos en caso de incumplimiento (23 aa.). La segunda versión de la parte I y la primera de la parte II fue presentada en una conferencia en Utrecht en diciembre de 1999.

Las partes I y II regulan la disciplina del contrato y de la relación obligatoria en general, la parte III integra y complementa las otras dos, refiriéndose siempre a los aspectos generales del contrato y de las obligaciones, pero agrega la disciplina de la prescripción. Desde luego, falta una regulación de los contratos típicos, de la cual se está haciendo cargo el grupo de estudio que está realizando el código civil europeo, con el fin de que las tres parcelas en que se fragmentan los PECL vengan a integrar una obra de mayor alcance. Dicho grupo es el que ahora preside Christian von Bar y en el que confluye gran parte de la Comisión Lando, con la introducción de nuevos miembros y la adopción de un modelo distinto para elaborar el contenido normativo; digamos que constituye la continuación material e ideal de la Comisión Lando.⁽²⁵⁾

Las dos primeras partes de los PECL constan de 121 preceptos divididos en nueve capítulos:

1. Disposiciones generales, catorce artículos.
2. Formación, veinte artículos.
3. Poder de representación, quince artículos.
4. Validez, nueve artículos.
5. Interpretación, siete artículos.
6. Contenido y efectos, once artículos.
7. Pago o cumplimiento, doce artículos.
8. Incumplimiento y medios de tutela general, nueve artículos.
9. Remedios específicos en caso de incumplimiento, veinticuatro artículos.

La tercera parte reúne setenta artículos repartidos en ocho capítulos:

10. Pluralidad de partes (acreedor y deudor), diecisiete artículos.
11. Cesión de créditos, diecisiete artículos.
12. Cesión de deudas, tres artículos.
13. Compensación, siete artículos.
14. Prescripción, diecisiete artículos.

(25) Castronovo, C., "I *Principi di diritto europeo dei contratti* come ipotesi di codificazione possibile", *Vita Notarile*, n. 3, settembre-dicembre, 2002, Palermo, Italia, p. 1203; *Id.*, *I Principi di Diritto Europeo dei Contratti*, Parti I e II, Giuffrè, Milán, 2001, p. 1 de la breve introducción y versión italiana de los artículos.

15. Ilícitud, cinco artículos.
16. Obligaciones condicionales, tres artículos.
17. Capitalización de intereses, un artículo.

Como se puede apreciar, el modelo que se ha seguido en los PECL es el de una verdadera y propia codificación del derecho de los contratos y de las obligaciones, si se toman en cuenta los epígrafes de los capítulos que constituyen su contenido. En efecto, después del capítulo primero, dedicado a las disposiciones generales, se regulan conceptos que aparecen en los ordenamientos nacionales, como formación del contrato, validez, cumplimiento, incumplimiento, prescripción, etc. los cuales acabamos de mencionar.⁽²⁶⁾

Segunda Parte

11. La interpretación de los contratos

El contrato presenta, como toda expresión del pensamiento humano, el problema de la interpretación. Se pretende aquí conocer la voluntad declarada partiendo de su manifestación.

Es evidente que la insuficiencia del lenguaje exige una labor de determinación de su sentido. El pensamiento antiguo fue especialmente sensible a esta probada limitación: “Ningún hombre inteligente será nunca tan audaz como para expresar en el lenguaje aquellas cosas que su razón ha contemplado”.⁽²⁷⁾

Para tal fin, el Código Civil vigente del D.F. (CCDF) contiene una serie de reglas generales interpretativas (a. 1851-1857 CCDF) que, dictadas para los contratos deben entenderse aplicables, por principio, a todos los actos jurídicos de contenido patrimonial realizados *inter vivos* (a. 1859 CCDF).

(26) Para más detalles, puede consultarse a LANDO, *The Harmonization of European Contract Law through a Restatement of Principles*, Centre for the Advanced Study of European and Comparative Law, University of Oxford 1997, p. 3.

(27) Platón, Epístola 7ª: Ad Marcellinum.

Conviene señalar que las reglas legales de interpretación están tradicionalmente reconocidas como normas jurídicas y no únicamente como simples criterios facultativos dejados al prudente arbitrio de los jueces⁽²⁸⁾ y la violación de las mismas por parte del juez que conoce el asunto implica la censura de la sentencia por parte del correspondiente tribunal en tercera instancia.

Destinatarios de tales normas son todos aquellos que tienen la obligación o la carga de interpretar el contrato: antes que nadie, los jueces, pero también las partes, particularmente cuando deben cumplir una obligación contractual por cuanto la correcta interpretación ha de insertarse en el esfuerzo diligente requerido al deudor para el exacto cumplimiento.⁽²⁹⁾

Generalmente, se sostiene⁽³⁰⁾ que las normas hermenéuticas son derogables por las partes, excepto aquéllas relativas a la interpretación conforme a la buena fe, por ser ésta, un principio de orden público.

La derogación se justifica por el hecho de que el principio fundamental de interpretación representa el respeto a la intención común de las partes; por lo tanto, el juez debe atenerse a ella, aunque se manifieste a través de la derogación de reglas legales de interpretación. En tal virtud, la intención de las partes es determinante, pero en la medida en que reconoce la hipótesis abstracta normativa que la contempla.⁽³¹⁾

Ciertamente, no resulta fácil conceptualizar la interpretación jurídica, sin embargo, para nuestros propósitos nos parece útil el

(28) Al respecto: Grassetti, *L'interpretazione del negozio...*, p. 29; Messineo, *Dottrina generale del contratto (a. 1321-1469, CCiv.)*, 3ª ed., CEDAM, Milán, 1948, p. 345; Stolfi, *Teoria generale del negozio giuridico*, Papua, 1960, p. 274.

(29) En contra Betti, (*Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milán, 1949, p. 141) quien sostiene en el cotejo entre las partes debe hablarse de carga y no de obligación. También indica que los primeros destinatarios de dichas normas son las partes y luego, los jueces. V. Casella, *Il contratto e la interpretazione*, Milán, 1961, cap. I, § 1.

(30) Bianca, C.M., *Diritto civile*, 3, Milán, 1998, p. 386; Sacco, R., "Il contratto", en *Trattato di diritto civile* a cura di F. Vasalli, Turín, 1975, p. 758.

(31) Casella, *loc. cit.*

concepto que nos brinda Paul Ricoer al concebirla como “el trabajo de pensamiento que consiste en descifrar el sentido oculto en el sentido aparente, en desplegar los niveles de significado implicados en el sentido general”.⁽³²⁾

El contrato, cuando no es un acuerdo tácito, se celebra mediante palabras escritas en un documento (contrato escrito) o pronunciadas a través de la voz (contrato oral); y el sentido de las palabras, de cada uno de los vocablos o del conjunto discursivo, puede suscitar controversias. Por ello, es que surge la oportunidad de aplicar los criterios legales para la interpretación del contrato; son criterios que vinculan a las partes, cuando del texto contractual no derivan los derechos esperados o las obligaciones emanadas del mismo; y son, sobre todo, criterios de los que se vale el juez, cuando se controvierte la interpretación de un contrato que se ventila en un juicio.⁽³³⁾ Los criterios de interpretación enunciados por la ley son de dos tipos: algunos, llamados de interpretación *subjetiva* o *histórica*, se basan en la búsqueda de la intención común de las partes, es decir, la voluntad concreta, o más precisamente, el contenido efectivo de esa voluntad común (1851-1852 CCDF); otros criterios, los cuales prevén que si la primera indagación no ha arrojado un resultado positivo y persiste aún la duda sobre el significado de la declaración, esto es, presuponen la presencia de dudas o ambigüedades por lo que brindan los medios adecuados para subsanar unas y otras (aa. 1853-1857 CCDF); estas pautas regulan el segundo momento de la interpretación denominada *objetiva*.⁽³⁴⁾

(32) *Le conflit des interpretations –Essai d'herméneutique*, Seuil, París, 1969, p. 33.

(33) Galgano, F., *Diritto privato*, 6ª ed., CEDAM, Padua, 1990, §18.2.

(34) Sobre el tema puede consultarse Messineo, *op. cit.*, Cap. XI, § 10; Grassetti, “Interpretazione dei negozi giuridici “inter vivos””, N.D.I, VIII, UTET, Milán, 1957. Gazzoni, F. (*Manuale di diritto privato*, 7ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1998, p. 1006) en desacuerdo, ya que él habla de criterios subjetivos y objetivos en lugar de interpretación subjetiva e interpretación objetiva (expresiones impropias) del contrato, porque la interpretación es siempre y de cualquier modo que sea objetiva, ya porque tiene como punto de referencia el acuerdo, ya porque se conduce con criterios establecidos en las normas legales.

En el derecho civil italiano están clara y sistemáticamente establecidos. En efecto, los criterios relativos al significado literal, global o sistemático de los contratos están ubicados en la interpretación subjetiva y abarcan los aa. 1362-1365; mientras que los criterios pertenecientes a la interpretación objetiva están previstos en los aa. 1366-1371.

Criterios, estos últimos, destinados a puntualizar el sentido y el alcance del contrato, sin investigar en la común intención de las partes, sino con la aspiración de reconstruir el significado de la operación económica, a la luz de reglas exclusivamente normativas.⁽³⁵⁾

Aquí –según explica Messineo– ya no está en juego la voluntad contractual (es decir, la intención) en concreto, sino la voluntad *in abstracto*; en realidad, uno ya no se refiere a lo que determinados contratantes pensaron y quisieron, sino a lo que puede ser la presunta (conjeturable) voluntad de las partes, tomando en cuenta *aquello que las más de las veces sucede o se practica*.⁽³⁶⁾

Esta situación puede presentarse, reiteramos, cuando aparecen en el contrato cláusulas ambiguas, u oscuras a las que se pueden atribuir diversos sentidos. Es entonces, cuando hay que aplicar principios esclarecedores como la buena fe, la conservación del contrato u otros elementos objetivos que la propia ley proporciona.

11. El principio de conservación del contrato (*favor contractus*)⁽³⁷⁾

La doctrina considera este principio como principal entre las normas reguladoras de la interpretación objetiva del contrato. Por tal se

(35) Sobre el tema: Ascarelli, “Il problema dell’adeguamento della norma giuridica al fatto economico”, en *Dir. Econ.*, Italia, 1955. p. 1188 y ss.

(36) *Loc. cit.* La interpretación de los contratos jurídicos requiere de dos distintas actividades lógicas: la de la búsqueda del fin práctico perseguido por las partes y la del encuadramiento de la voluntad encaminada a dicho fin en el adecuado esquema jurídico abstracto. Mientras ésta última actividad implica siempre la aplicación correcta de las normas, es libremente censurable en el ámbito de la legitimidad; la primera, resolviéndose en la determinación de una realidad histórica, como lo es la efectiva voluntad contractual (negocial) de las partes, se concreta en una ratificación de hecho, confiada al juez de la causa y como tal sustraída de la censura de legitimidad, bien que, sustraída de la motivación congruente e inmune de vicios lógicos y jurídicos; cfr. Cass.25/2/1987, en *Giust. Civ. Mass.* 1987, fasc. 2, cit. por Casella, *loc. cit.*

(37) “*Favor*” (de Favere). Tendencia existente en legislación, jurisprudencia y jurisdicción para *favorecer* ciertas instituciones jurídicas (testamento, dote, libertad). La intensidad de dichas tendencias varió a lo largo de los

puede entender, un canon hermenéutico que, enunciado legislativamente para la materia contractual, inspira todo el ordenamiento jurídico.⁽³⁸⁾

Por un lado, se habla de un principio de conservación del contrato (*favor contractus*) o, del negocio jurídico (*favor negotii*), o más ampliamente del acto jurídico (*favor acti*) mas por otra parte, de un principio de conservación de la sentencia (*favor sententiae*) y de otros actos procesales y, en fin, de un principio de conservación de la norma jurídica; en otras palabras, se trata de aspectos particulares del más amplio principio de conservación del acto jurídico, que en una formulación concisa podría enunciarse así: “todo acto jurídico de significado ambiguo debe, *en la duda*, entenderse en su máximo significado útil”.⁽³⁹⁾

siglos y asumió especial fuerza en el derecho justiniano, pero tiene su origen en el derecho romano clásico. La moderna literatura romanista se inclina a atribuir estas tendencias a las reformas de Justiniano; una opinión que difícilmente puede ser verdadera, ya que en varios casos los juristas revelan en sus escritos una *actitud favorable* en decisiones específicas, aunque ellos no utilicen el vocablo *favor*. “*Favor testamenti*”. Tendencia a declarar válido un testamento, a pesar de algunas dudas al respecto, con el fin de realizar la voluntad del testador. La interpretación de disposiciones testamentarias ambiguas estuvo gobernada por el anhelo de cumplir los deseos del testador. De ahí las declaraciones frecuentes en escritos jurídicos que instan a que su voluntad será interpretada *favorablemente*. Cfr. Berger, Adolf, *E.D.R.L.*, The American Philosophical Society, New York, 1953.

(38) Messineo, *loc. cit.* En este sentido, Leyva Saavedra, “La contratación en masa y sus reglas de interpretación”, *Rev. Jurídica Cajamarca*, No. 9, Lima, Perú, otoño 2001, p. 18. El legislador mexicano, ciertamente lo tomó textual del CC. español y lo colocó en el artículo 1853 del CCDF, el cual tiene alguna relación con el 1854 del CCDF.

(39) Grasseti, C., “Conservazione (Principio di)”, E.D., IX, Giuffrè. Milán, 1961, p. 174. Para una más completa información, puede consultarse: Grasseti, *L'interpretazione del negozio giuridico*, Padua, 1938, p. 161 y ss. Ciertamente, este principio ya se encontraba consagrado en la famosa y concisa frase de Juliano *res magis valeat quam pereat*. En efecto, el Digesto la recoge así: *Quotiens in actionibus aut in exceptionibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res de qua agitur magis valeat quam pereat*; esto es, siempre que resulta ambigua una expresión en las acciones o excepciones, resulta lo más práctico entenderla en el sentido de que prospere la acción entablada más (antes) que se frustre (*De rebus dubiis*, Dig. 34.5.12 (13)). Cfr. pasajes

Aplicado al contrato se enuncia así: cuando exista *duda* si el contrato en su conjunto (o también algunas de sus *cláusulas individuales*) deba surtir algún efecto o no producir ninguno, deberá entenderse en el sentido en que pueda producir *algún efecto* (y no en sentido distinto, en que no podrá causar efecto alguno). Como es evidente, la duda de la que habla la doctrina no cuestiona la existencia ni la validez de los contratos, sino la de sus efectos, éstos son los que habrán de acrisolarse ante la aplicación del principio de conservación.⁽⁴⁰⁾

12.1 La regla interpretativa de conservación en los Principios de derecho europeo de los contratos

Pues bien, este principio aparece consagrado en el artículo 5:106 de los Principios de derecho europeo de los contratos, rubricado como interpretación útil, el cual dispone: “*Toda interpretación favorable a la licitud o a la eficacia de los términos del contrato tendrá preferencia frente a las interpretaciones que se las nieguen*”.⁽⁴¹⁾

Como se puede apreciar estamos frente a una regla de interpretación universalmente aceptada⁽⁴²⁾ y constantemente aplicada en la

de Ulpiano (*Dig.* 45, I, 80) y de Paulo (*Dig.* 34, 5, 21 (22) § I), y para la aplicación del principio en materia testamentaria los de Marcelo (*Dig.* 34, 5, 24 (25)) y Africano (*Dig.* 30, 109). Otra versión del *favor negotii* expresa: que las palabras usadas al celebrar el contrato deben tomarse en el sentido que otorgue más eficacia a la estipulación.

(40) Messineo, *loc. cit.*

(41) El texto de la versión castellana es la que ha sido revisado por el Profesor Dr. Fernando Martínez Sanz, actual representante español en la Comisión de Derecho europeo de los contratos. Mientras que la versión italiana expresa: “Las cláusulas del contrato deber interpretarse en el sentido en que devienen lícitas y eficaces”, traducida de la versión de Castronovo, C., *Principi di diritto europeo dei contratti*, Parte I e II, Milán, Giuffrè, (LII-597), p. 330. Para el desarrollo de esta segunda parte del ensayo, nuestro referente obligado ha sido el estudio de Pennasilico, M., (“La regola ermeneutica di conservazione nei “Principi di diritto europeo dei contratti”, *Rass. dir.civ.* 1-2, 2003, pp. 268-287), ya que estimamos acertada y abundante la información que el autor ahí nos brinda.

(42) Para corroborar esa afirmación *cf.* arts.: 1157 CC. francés, belga y luxemburgués; § 2084 BGB; 1367 CC. italiano; 1284 CC. español; 1380

actual jurisprudencia británica, estadounidense e italiana, entre otras; expresión de un principio *general* de conservación de valores jurídicos, inmanente a los distintos ordenamientos.⁽⁴³⁾ Realmente, los modernos sistemas jurídicos occidentales, tanto del *civil law* como del *common law*, de por sí diferentes en su conjunto,⁽⁴⁴⁾ no encuentran distinción

CC. holandés; 1562 CC. chileno; 1300 CC. uruguayo; 1706 CC. peruano. Considerado también por el a. 4.5 de los Principios de Unidroit: “Las cláusulas de un contrato se interpretarán en el sentido de que todas produzcan algún efecto, antes que privar de efectos a alguna de ellas”; así como en el a. 40, inciso dos del *Avant-projet del Code européen des contrats*, Livre premier, 1, coordinado por G. Gandolfi, Milán, 2001, p. 19: “Dans la doute, le contrat ou les clauses séparées doivent être interprétés dans un sens qui leur confère quelque effet plutôt que dans un sens qui les empêcherait d’en produire”, esto es, en la duda, el contrato o las cláusulas separadas deben interpretarse en un sentido que les confiera algún efecto más que en un sentido que les impida producirlo; así, nuestra traducción.

- (43) Inmanencia tal no es ciertamente expresión de una instancia *metafísica*, sino que está basada en exigencias y finalidades que, un tanto difusas, o, mejor dicho universales, están siempre sujetas al devenir histórico. Indica, ella, que el principio de conservación es un principio *interno* al ordenamiento jurídico. Por otra parte, la inmanencia al ordenamiento en su *unidad* deviene la aportación necesaria de una de las dos funciones fundamentales que el derecho positivo contiene: en efecto, junto a la *función de transformación* del ente, es decir, de modificación (*fase dinámica*), bajo el impulso de intereses antagónicos, de la sociedad, se coloca la tradicional *función de conservación* de las situaciones presentes en la sociedad (*fase estática*). Al respecto, y para numerosas hipótesis ejemplificativas de la función de conservación, *cfr.* Pennasilico, M., *Il principio di conservazione dei “valori giuridici”*, ESI, Nápoles, 2002, §4. Es importante subrayar la consideración del ordenamientos en su unidad, ya que dicha adquisición metodológica (para la cual *cfr.* Perlingierei, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 2ª ed., Nápoles, 1991, p. 111 y ss.) permite superar la incidencia del principio mismo en el tema de contratos (negocios) con contenido patrimonial (ampliamente sobre este asunto, *v.* Pennasilico, *Il principio, op. cit.*, §7. Desafortunadamente en la jurisprudencia mexicana no se registra alusión alguna a dicho principio.
- (44) Diferencias que, aunque bien marcadas, no dejan de atenuarse al interior de una tradición jurídica –la occidental– “fundamentalmente” unitaria: en ese sentido Watson, A., *La formazione del diritto civile* (1981), trad. it. de N. Sarti, Bologna, 1986, p. 11.

alguna en la incidencia del principio de conservación,⁽⁴⁵⁾ el cual, más bien, puede considerarse uno de los rasgos comunes a las distintas experiencias,⁽⁴⁶⁾ propio y verdadero *universal jurídico esencial*.⁽⁴⁷⁾

(45) Considérese, p.e., el § 206 del *Restatement Second of The Law of Contracts* estadounidense (publicado por el American Law Institute en 1981), que enuncia ampliamente, en materia contractual, el principio de conservación (contenido ya en el § 236 del primitivo *Restatement* de 1932). Para la constante aplicación del principio en el sistema angloamericano, Grasseti, C., *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti* (1938), reimpresión, Padua, 1983; Gandolfi, G., (*Studi di diritto privato, Milán*, 1994, p. 265 y ss.) quien recuerda que, en la experiencia jurídica inglesa, el principio está considerado como *vieja máxima del derecho inglés*, una regla consistente, un “poderoso medio en las manos de los tribunales”, *Ibid.*, pp. 882 y 855. Al respecto es reveladora, la opinión de Ziccardi, F., (“Interpretazione del negozio giuridico”, en *Enc. giur.*, Treccani, XVII, Roma, 1989, p. 2), quien advierte que, el uso interpretativo de los elementos extrínsecos al documento contractual es rechazado en el ordenamiento inglés, mientras que en el derecho italiano se adopta la solución opuesta (a. 1362, inciso 2, CC), y “por el contrario, en materia de interpretación “total” y de conservación, contenida en los aa. 1363 y 1367 CC. it., respectivamente, los dos ordenamientos se comportan perfectamente al unísono”.

(46) Considera, en la perspectiva comparatista, el principio general de conservación como “elemento o índice típico” de asimilación o semejanza entre los distintos ordenamientos jurídicos nacionales, Criscuoli, G., “Precisazioni in tema di annullabilità parziale del negozio giuridico in rapporto ai bici della volontà”, *Riv. dir. civ.*, 1964, I, p. 367; v. también Gandolfi, G., “sul progetto di un “codice europeo dei contratti”, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 105 y ss. Ello, es tanto más significativo, cuando se tenga presente que el principio de buena fe, “general y enraizado en los sistemas del civil law, no existe como principio general en los sistemas europeos del *civil law*: “éstos regulan la buena fe sólo en situaciones particulares y tienen una serie de reglas específicas que las utilizan a modo de obtener más o menos los mismos resultados que se pueden conseguir a través de la buena fe, pero sin hacer referencia a ella” (en ese tenor la “Introduzione della Commissione per il diritto europeo dei contratti”, en Castronovo, C., *Principi di diritto europeo dei contratti, cit.*, p. 13); sobre este asunto, puede consultarse, además, a Zimmerman, R., “Lineamenti di un diritto europeo dei contratti”, en *Studium iuris*, 1999, p. 241 y ss. El principio de conservación, pues, contribuye en gran medida a facilitar un puente entre el *civil law* y el *common law*, al conciliar su distinta manera de concebir el derecho, y deviene uno de los elementos centrales en la construcción de un renovado *derecho común europeo*.

El principio de conservación, así entendido, está encaminado no sólo a esclarecer el significado de un enunciado ambiguo, sino aún más, a asegurar la eficacia.⁽⁴⁸⁾ En ese tenor, reaparecen antiguas interrogantes, no resueltas aún: ¿la operatividad del principio de conservación, en materia contractual (negocial), se limita sólo al ámbito hermenéutico o se extiende también a la validez y a la eficacia del acto? En este último supuesto, ¿se persigue “el máximo efecto útil” o sólo “algún efecto”?⁽⁴⁹⁾

12.2 La amplia funcionalidad⁽⁵⁰⁾ del principio de conservación y las influencias recíprocas entre los distintos ámbitos de aplicación de dicho postulado

La solución restringida del primer planteamiento está inspirada en el propósito formal de mantener perfectamente aislados los *ámbitos* de

(47) En la teoría general del derecho, se subraya el carácter de algunos principios generales *externos o metanacionales*, “su inmanencia está en los derechos positivos de todas las sociedades humanas, o al menos de todas aquéllas sociedades cuya cultura ha alcanzado el umbral de la civilización. En cuanto reglas comunes a todo derecho positivo, ellas se presentan como universales jurídicos esenciales”, *cf.* Falzea, A., “I principi generali del diritto”, *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 471. “El principio –expresa De los Mozos– (“Norma, Principio y Sistema en la integración”, en estudios en homenaje a Federico de Castro, T. II, Tecnos, Madrid, 1976, p. 325) lo mismo que la ley, goza de ese carácter de generalidad y de abstracción que es propio de ésta, uno y otra, requieren su concreción, en la aplicación del Derecho, en la regla jurídica o regla de Derecho. Pero mientras las normas se presentan, dentro de su generalidad como algo concreto y determinado por su promulgación y publicación, o especialmente por ser de índole muy diversa, constituyen un conjunto amorfo que abarca muy diversas categorías, de difícil precisión”. V. Pennasilico, *La regola...*, *op. cit.*, p. 270.

(48) Piénsese, pues, en la configuración de un principio de conservación en sentido amplio, de naturaleza sustancial, cuyo alcance traspasa los confines propios de la hermenéutica contractual. Amplia demostración en Pennasilico, *Il principio...*, *op. cit.*, especialmente el cap. I, §§ 3, 4, 9 y 10, así como el cap. II. La aplicación y la interpretación del Derecho es un *agere*, no un *facere*.

(49) Pennasilico, *La regola...*, *op. cit.*, p. 271.

(50) Con relación a la *función* de los principios tiene sentido expresar que “éstos constituyen, frente a las normas (legales o consuetudinarias), el

validez, interpretación y eficacia: trazando un amplio principio de conservación, se confundirían distintos problemas que se encuentran a diferentes niveles.⁽⁵¹⁾ Sin embargo, si desde un punto de vista lógico dichos ámbitos pueden ser aislados, de hecho, las influencias recíprocas y las implicaciones son numerosas.⁽⁵²⁾ En tal sentido, declara acertadamente, la letra del artículo 5:106, en donde se subordina la interpretación conservadora del contrato a la licitud y eficacia de las cláusulas y, por ende, al éxito positivo de los juicios de validez y eficacia.

El reclamo a la *eficacia* de las cláusulas fortifica, entonces, la reconstrucción de un amplio principio de conservación, cuya operatividad no se queda confinada en el plano meramente hermenéutico. Por otra parte, no parece que la regla de *interpretación* contenida en el artículo 1853 CCDF (a. 1367 CC it.), esté destinada a *conservar* únicamente la voluntad contractual, dejando a las otras hipótesis normativas

ordenamiento *no formulado* [esto es, aquél impuesto por la comunidad que no se manifiesta en forma de ley o de costumbre: De Castro, F., Derecho civil de España, T. I, I.E.P., Madrid, 1952, p. 464], es decir, que no se traduce en normas, porque “la evidencia de su realidad y eficacia hace innecesario su concreción en una regla formulada” [*Id.*], pero de donde se extraen criterios para entender las normas, para interpretarlas e integrarlas y para, en su caso, obtener la regla de Derecho aplicable al punto controvertido, en defecto de Ley y de costumbre”; De los Mozos, *Norma...*, p. 329. De Castro asigna tres funciones a los principios: como *fundamento* del ordenamiento jurídico, como regla *interpretativa* y como norma *subsidiaria*. En otras palabras, constituyen “la base de las normas legales y consuetudinarias,” ofrecen “los medios para interpretarlas” y, devienen “recurso siempre utilizable en defecto de normas formuladas”. De ahí que el legislador ha de respetar los principios y no tiene por qué regularlos, ni siquiera enunciarlos, ya que como se ha dicho, ellos son Derecho no formulado que por su propia naturaleza y carácter, se resisten a su formulación y ni siquiera es preciso que sean formulados para que puedan ser reconocidos por la doctrina y la jurisprudencia (*op. cit.*, p. 428 y ss).

- (51) Así, principalmente, Grassetti, *Conservazione (Principio di)*, *op. cit.*, p. 176.
- (52) Sobre estas interferencias, puede consultarse a Rescigno, (*Manuale del diritto privato*, 11ª ed., Nápoles, 1996, p. 356), en donde se afirma que la distinción entre validez, interpretación y eficacia “responde más a una exigencia lógica que al desenvolvimiento concreto de la realidad”. En particular el examen de la validez requiere a menudo un empeño directo para reconstruir el sentido del acto y el alcance de cada una de los supuestos contenidos en él; v. Pennasilico, *Il principio...*, § 10; *Ibid.*, *cit.*, p. 272.

implícitas en el principio de conservación en sentido amplio,⁽⁵³⁾ la tarea de preservar la idoneidad del acto para producir efectos. En realidad, también la técnica conservadora operante en materia de interpretación incide, en último análisis, en la eficacia del acto.⁽⁵⁴⁾ Basta pensar en la formulación del a. 1853 (a. 1367 CC it.), que impone interpretar, en la duda, al contrato o a cada una de las cláusulas –en el sentido en que puedan producir algún efecto, antes que en el segundo que no producirían ninguno: entre estas dos opciones contrastantes, la disposición orienta al intérprete a elegir la que asegura la eficacia del contrato (negocio).⁽⁵⁵⁾

(53) La doctrina (cfr. p.e., Cariota Ferrara, L, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano ed., Nápoles, 1949, p. 380; Trabucchi, A., *Istituzioni didiritto civile*, 40ª ed., Padua, 2001, p. 190) nos proporciona este catálogo: la inserción automática de cláusulas (a. 1339 c.c. it.), la nulidad parcial (a. 1419, § 1, c.c. it.) (a. 2238 CCDF), la sustitución del derecho de cláusulas nulas con normas imperativas (a. 1419, § 2, c.c. it.), la nulidad del contrato plurilateral (a. 1420, c.c.it.), la conversión del negocio nulo (a. 1424, c.c.it.), el mantenimiento del contrato rectificado (a. 1432, c.c.it.), la convalidación del contrato anulable (a. 1444, c.c.it.) (aa. 2231 y 2234 CCDF), la modificación del contrato rescindible por excesiva onerosidad (a. 1450 y 1467, § 3, c.c.it.), la confirmación o ejecución voluntaria de disposiciones testamentarias o donaciones nulas (aa. 590 y 799, c.c.it.), la validez del testamento secreto como ológrafo (a. 607, c.c.it.), la irrelevancia de las condiciones imposibles o ilícitas colocadas en el testamento (a. 634, c.c.it.) (a. 1358 CCDF) o de la carga imposible o ilícita inserta todavía en el testamento (a. 647, § 3, c.c.it.).

(54) Las reglas interpretativas colocadas en los aa. 1853-1857 CCDF (1367-1371, c.c.it.), al atribuir un significado a la declaración de voluntad ambigua, conservan el contrato, es decir, consienten la producción de efectos jurídicos: esta es *su función última, y por tanto su verdadera función* (así, Saracini, E., *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Milán, 1971, p. 298). Parece convincente que el a. 1853 (a.1367, c.c.it.) funcione en el campo de la interpretación del acto, antes que en el de su eficacia. No se ve, pues, “cómo la primera pueda disociarse de la segunda, visto que ésta constituye el fin de aquélla” (Saracini, *op. cit.*, p. 299; en ese sentido aparece lo mismo en Grasseti, C., *L'interpretazione del negozio giuridico*, *op. cit.*, p. 299, en donde afirma que el legislador, con la regla hermenéutica de conservación, ha querido señalar como trascendente el efecto útil, “es decir, no sólo y no tanto el significado inteligible con preferencia al ininteligible, cuanto y sobre todo el significado que da valor a la explicación de la autonomía privada y que no la ataca con una norma que le niega efectos jurídicos; en los mismos términos, *Id., Conservazione (Principi di)*, *cit.*, p. 174).

(55) Análoga solución está contemplada por el a. 40, inciso dos, del *Código europeo de los contratos*, *cit.*, *supra*, nota 43. Irti (en AA. VV., *Interpre-*

Y es propiamente esta solución, que procura la aplicación teleológica de la interpretación conservadora del efecto, la que tiende a encontrar confirmación en el artículo 5:106 de los PECL, el cual asegura la producción de los efectos, cuando dispone que las cláusulas contractuales “deben interpretarse en sentido en que ellas son lícitas y *eficaces*”.⁽⁵⁶⁾

12.3 La “ambigüedad” o “vagüedad” intrínseca de los textos contractuales ¿justifica la correcta omisión de una referencia explícita a la “duda jurídica”, como presupuesto del artículo 5:106 de los PECL?

La formulación antes mencionada del artículo 5:106 de los PECL, al igual que el a. 1853 CCDF, no hace alguna referencia explícita a la *duda jurídica* como lo hace claramente el artículo 1367 del CC. it.⁽⁵⁷⁾ La

tazione del contratto nella doctrina italiana, Padua, 2000, p. 626) “establece la elección del *sentido productor de efectos* y el abandono de aquél no productivo de efectos, no obstante ser revelado por el texto lingüístico. Aquí no hay voluntad verdadera ni voluntad presunta, sino únicamente la exigencia de disfrutar el material significativo del contrato en su destino jurídico, que consiste, precisamente, en servir al efecto”. La salvación de la reglamentación de los intereses, y por ende, de los efectos y “valores” jurídicos, pone en común la regla interpretativa contemplada por el a. 1853 CCDF (1367 cc. it) y las distintas disposiciones “conservadoras” genéricamente consideradas (en sentido amplio), en otras palabras, el mínimo común denominador necesario para reorientar dichas normas al cauce (alveo) del mismísimo principio general de conservación. En tal sentido, Pennasilico, *Il principio. cit.*, § 10. Resulta, además, significativa, la formulación del § 2084 B.G.B. (“Si el tenor de una disposición de última voluntad admite más interpretaciones, en caso de duda, ha de preferirse aquella interpretación con la que la disposición pueda tener efecto”) (la traducción nos compete), dictada para el testamento pero con alcance general. Aunque con respecto a la experiencia del *common law*, se observa que la aplicación del principio de conservación implica la necesidad de optar por aquella interpretación que venga a conferir a un documento mercantil “*razonable (sensata) eficacia negocial*”) (así, Gandolfi, G., “In tema di *reasonable meaning (e di direttive ermeneutiche ‘sussidiaries’)*”, en *Studi in onore di C. Grassetti*, II, Giuffré, Milán, 1980, pp. 871 y 873 y ss.

(56) Pennasilico, “*La regola...*”, *op. cit.*, § 2.

(57) El a. 1853 CCDF da a entender la presencia (inmanencia, podríamos decir) de la *duda jurídica* al señalar que las cláusulas en los contratos

ausencia de una semejante referencia expresa podría fácilmente explicarse, si se considera implícita o tácita la duda interpretativa. Tan esto es cierto, que en el comentario al a. 5:106 por parte de la Comisión para el derecho europeo de los contratos –al abordar la disyuntiva que dicho precepto provoca– aclara que: “si una cláusula es ambigua y puede ser interpretada de manera que la hiciera inválida o de algún modo válida, deberá prevalecer la segunda interpretación” (*favor contractus*).⁽⁵⁸⁾

Sin embargo, la ausencia de una referencia explícita a la hipótesis de *duda* podría, ciertamente, asumir una significación distinta: no mera trivialidad de la invocación expresa, sino más bien, elección precisa por la insustancialidad de dicha convocatoria, en consideración a la intrínseca

pueden admitir varios sentidos (lo cual produce vaguedad) y que el intérprete habrá de guiarse por el más adecuado que produzca *efecto*. Sobre el presupuesto que aproxima el a. 1367 con el a. 12, inciso segundo, disposición preliminar, ambos del CC. it., *cfr.* Irti, N. “Principi e problemi di interpretazione contrattuale”, *Riv. Trim. Dtto.Proc.Civ.*, LIII, 4., dic.1999, p. 1154 y ss., quien (sobre la huella de Brunetti, G., *Le fonti e la funzione del dubbio nella giurisprudenza*, 1922) advierte que *duda*, oscuridad, ambigüedad expresan “*un fenómeno jurídico*, y no un estado psíquico del intérprete. La *duda* y la ambigüedad están en el *contrato*, y no en los lectores del texto lingüístico”. La *duda* evocada también por el a. 1469 *quater c.c.it.* (no existe análoga en la ley de protección al consumidor mexicana), que, en tal caso establece la prevalencia de la “interpretación más favorable al consumidor”, y del a. 40, inciso dos, del *Code européen des contrats* (correspondiente de alguna forma a nuestro a. 1853 CCDF) “es siempre una *duda jurídica*”: aquélla, precisamente, que, resistiendo al ejercicio de los otros cánones, indica un texto todavía no “claro” y “no comprensible” (*Id.*; v. también, mismo autor, “Dubbio e decisione”, *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 66 y ss.). El a. 4.5 de los P.U. (*v. supra*, nota 37), por el contrario, al igual que el a. 5:106 de los PECL, no contiene alguna convocatoria expresa a la *duda*, a la *ambigüedad* semántica, como presupuesto para la operatividad de la regla hermenéutica de conservación, por lo que se puede afirmar que falta, en la recolección de principios contractuales uniforme “una fórmula sumaria o compendiosa que corresponda a las tradicionales fórmulas enseñadas en los códigos continentales por la progenitora del código civil francés (a. 1157)”; *cfr.* Pennasilico, *La regola...*, p. 273.

- (58) Léase en *Principi di diritto europeo dei contratti*, a cargo de Castronovo, cit., p. 330. La propia Comisión en el *cuaderno anexo*, cataloga el a. 5:106 dentro de las reglas “por la mayoría ampliamente conocidas y aceptadas”, relativas a las hipótesis de “ambigüedad, vaguedad o contrariedad del contrato”, p. 26. V., Pennasilico, *La regola...*, *Ibid.*

“vaguedad” o “ambigüedad” de cualquier texto que se tenga que interpretar.⁽⁵⁹⁾ En efecto, la alusión a textos lingüísticos *dudosos*, presupone la presencia de textos *ambiguos* y textos *claros*, donde la crítica decisiva al vetusto cuanto obstinado proverbio *in claris non fit interpretatio*, implica que la *claridad* no es ya un antes, sino un después, es decir, un resultado, de la interpretación: todo enunciado puede considerarse claro sólo cuando se concluya el procedimiento hermenéutico.⁽⁶⁰⁾ Esto es válido también para la “interpretación-calificación” del contrato⁽⁶¹⁾ al

(59) Sobre la indeterminación del lenguaje jurídico, *cfr.* Luzzati, C., *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milán, 1990; Diciotti, E., *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Turín, 1999, p. 360 y ss. (cit. por Pennasilico, “La regola..., *cit.*, p. 274), quien después de haber distinguido, en línea de principio, entre vaguedad y ambigüedad (“la vaguedad consiste en la imprecisión de un significado; la ambigüedad consiste en la pluralidad de significados de una expresión lingüística”), reconoce que, en la práctica, “hay distintos casos en que la vaguedad y la ambigüedad tienden a confundirse” (expresamente, p. 367, nota 94); “Norme vaghe e teoria generale del diritto”, *Jus*, 1, 1990, p. 32, en donde se afirma que “los problemas de vaguedad definen propiamente la identidad del jurista. Si no existiese vaguedad no se necesitarían juristas”. A. Belvedere, “Linguaggio giuridico”, en *Dig. isc. priv. Sez. civ., Aggiornamento*, I, Turín, 2000, p. 561 (cit. por Pennasilico, *La regola..., cit.*, 561 y ss.), quien advierte que la interpretación tanto de las disposiciones legislativas, como de un acto administrativo o de un texto contractual (o negocial), implica sólo “una operación de reducción de la vaguedad de términos y enunciados”, ya que todas las expresiones lingüísticas “en mayor o menor medida son indeterminadas, y la vaguedad puede reducirse pero no eliminarse del todo”.

(60) En otras palabras, es imposible que una norma no requiera interpretación alguna. “Cuando se sostiene que *in claris non fit interpretatio* se confunde el punto de llegada con el punto de partida: lejos de ser precondition garantizada, la claridad deviene el resultado de un procedimiento intelectual, que es precisamente el procedimiento interpretativo”, *v.* Viola, F. y Sacarà, G., *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999, p. 117.

(61) Interpretación y calificación “no son dos entidades ontológicas existentes en sí mismas, no son dos momentos que tienen objetos diversos, sino expresiones y aspectos de un mismo proceso cognoscitivo que encuentra en él su modo unitario de actuación”; Perlinger, P., *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, 1975, cit. por Pennasilico, *La regola..., op. cit.*, p. 275.

considerar la sustancial identidad entre interpretación de la ley e interpretación del hecho o fáctica.⁽⁶²⁾

En definitiva, el principio de conservación tiene un alcance seguramente general, no sólo porque se aplica la conjunto de los actos jurídicos (normativos, contractuales, administrativos y procesales), sino también porque se extiende a cualquier texto lingüístico, cuya formulación, en mayor o menor medida, sea siempre *ambigua o confusa*, y cuyo significado se aclara sólo al final del unitario procedimiento hermenéutico de la *interpretación-calificación*. Y es este conocimiento de la intrínseca ambigüedad o vaguedad (también de los textos contractuales), la única razón plausible de la omisión de cualquier referencia explícita a la duda jurídica; omisión que hace más correcta la formulación del artículo 5:106 de los PECL con respecto a aquélla del artículo 1853 CCDF (y de los correspondientes: a. 1367 CC. it. y a. 40 [expresiones ambiguas], inciso dos, del *Código europeo de los contratos*, entre otros), viciada por el erróneo (e ingenuo) presupuesto de la contraposición entre textos contractuales *oscuros* y textos contractuales *a priori claros*.⁽⁶³⁾

12.4 La acepción actual de la locución “máximo efecto útil” como consecuencia de la operatividad del principio de conservación

El discurso se refiere, ahora, al segundo interrogante del que se desprende el punto de partida: con la interpretación en función de la eficacia ¿se persigue el *máximo efecto útil* o sólo *cualquier efecto*?

Como se sabe, una autorizada doctrina, ha proporcionado respuesta en el sentido de que “todo acto jurídico con significado ambiguo

(62) Cfr. a propósito, Betti, E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Giuffrè, Milán, 1949, *passim*. Puede, pues, observarse, también en orden a la interpretación del contrato, que “la claridad no es *presupuesto*, sino *resultado* de la interpretación: un texto verbal *per se* –es decir, antes de ser cuestionado por el lector– no es claro ni oscuro, ni distinto ni confuso. Sólo el proceso interpretativo y la aplicación gradual de los métodos prescritos por el legislador están en aptitud de decirnos si el texto es claro u oscuro”, v. Irti, N., *Testo y contesto. Una lettura dell’art. 1362 codice civile*, CEDAM, Padua, 1996, p. 63; *cfr.* Pennasilico, *loc. cit.*

(63) *Ibid.*, p. 276.

debe, *en la duda*, ser entendido en su máximo significado útil”.⁽⁶⁴⁾ No es este el sitio para traer a colación la polémica disputa doctrinal, aún no apaciguada, sino cimbrada por tal respuesta. Se necesita, más bien, preguntarse —expresa el autor italiano Pennasilico— ¿qué valor asume, a la luz del actual sistema contractual del ordenamiento “italo-comunitario”,⁽⁶⁵⁾ la locución *máximo significado (efecto) útil*.⁽⁶⁶⁾ El sentido original de su autor: “la ley conserva, hasta el límite de lo posible, la intención de autonomía privada, el fin perseguido por las partes”.⁽⁶⁷⁾

Las objeciones vertidas a este propósito, tienden a restringir el alcance de la regla interpretativa de conservación, al opinar que la declaración dudosa o polisémica ha de entenderse en el sentido de que efecto significa “cualquier efecto”, y no el máximo efecto útil.⁽⁶⁸⁾

Sin embargo, la ley se limita a formular, en el ámbito hermenéutico, la consecuencia fundamental del principio de conservación (la salvaguarda, precisamente, de los efectos jurídicos), sin querer, por otra parte, limitar su ámbito de aplicación. Más bien, lo que se requiere garantizar, es la máxima actuación del principio informador (y del correspondiente valor),⁽⁶⁹⁾ en el que esta regla se inspira.

(64) Grassetti, *Conservazione (Principio di)*, cit. p. 174, quien así sintetiza los argumentos desarrollados en su libro *L'interpretazione del negozio giuridico*, cit. por Pennasilico, *loc. cit.*

(65) Se necesita, indica este autor, “releer” el principio de conservación, refiriéndolo no tanto al código civil, sino al derecho civil en su compleja dimensión nacional y europea.

(66) Yo considero que frente al vigente a. 1853 CCDF (al igual que el a. 1367 c.c. it.) la fórmula estaría correcta en el sentido de “máximo efecto útil”; concuerda con esta opinión: Oppo, G., *Profili dell'interpretazione del negozio giuridico*, N. Zanichelli, Bologna, 1943, p. 27 y 34.

(67) Grassetti, *Conservazione (Principio di)*, *loc. cit.* También en el *common law*, el principio de conservación expresa la constante exigencia de interpretar los actos negociales (y especialmente los contratos mercantiles) de manera que ellos produzcan, lo más posible que se pueda, los efectos, *Gandolfi, In tema di “reasonable meaning”*, pp. 848, 852 y 872, cit. por Pennasilico, *op. cit.*, p. 276.

(68) Así lo entiende, principalmente, Oppo, *op. cit.*, p. 29 y ss.

(69) Para la equivalencia esencial de principio y valor, v. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón V., C.E.C., Madrid, 1997, 95.

Efectivamente, todo principio por sí mismo *es una norma que prescribe la máxima realización de un valor*. La mejor doctrina enseña, al respecto, que los principios, en cuanto *preceptos de optimización* (“Optimierungsbebote”), devienen normas que *prescriben que algo debe realizarse de la manera más amplia posible en compatibilidad con las posibilidades jurídicas y de hecho*.⁽⁷⁰⁾

La realización del principio de conservación en grado (tendencialmente) superior –expresa Pennasilico–⁽⁷¹⁾ tiene plena justificación en el contexto del actual sistema ítalo-comunitario de las fuentes: la enraizada incidencia de la disciplina de la derivación comunitaria sobre la protección del consumidor o, mejor, del contratante *débil*, requiere, necesariamente la máxima realización posible del principio-valor de la conservación de la regulación contractual (negocial) en función de la tutela del contratante *débil*. De este manera, el principio de conservación “no está colocado en defensa del imperativo *“pacta sunt servanda”*, expresión ésta de una concepción liberal de la autonomía contractual inspirada en el principio de igualdad de forma, más bien responde a las exigencias de protección del contratante débil y, entonces, aparece más coherente con el principio de igualdad sustancial, consagrado en el inciso segundo del artículo 3º de la constitución italiana”.⁽⁷²⁾

Las conclusiones apenas obtenidas están, una vez más, respaldadas por el análisis del artículo 5:106 de los PECL, cuya expresa

(70) Id. Mengoni., L., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Saggi, Giuffrè, Milán, 1996, p. 128: “Los principios diseñan un programa de objetivos, que debe ser realizado con el máximo alcance compatible con las posibilidades del derecho y de hecho existentes *aquí y ahora*”. Pennasilico, *op. cit.*, p. 278.

(71) La regola..., p. 279.

(72) Artículo 3º de la Constitución italiana: Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personas y sociales. *Cfr.* Pennasilico, *cit.*, p. 278.

Constituye obligación de la Republica suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país.

referencia a la eficacia de las cláusulas contractuales está clarificada por el comentario de la Comisión para el derecho europeo de los contratos, en el sentido de que las partes “deben ser tratadas como personas sensatas que han querido otorgar a su contrato plena eficacia”.⁽⁷³⁾

12.5 El criterio “axiológico” de conservación entendido como “mejor efecto posible en relación al caso concreto”. Respuesta relativizada a las diversas situaciones concretas al interrogante sobre “el máximo efecto útil”

El principio de conservación según lo afirmado anteriormente, puede reelaborarse así: el ordenamiento jurídico conserva, hasta el límite posible los valores jurídicos, aun cuando se expresen en fórmulas, más o menos, ambiguas. Esto significa que entre los efectos más factibles, conforme a la letra de un texto ambiguo, “prevalece el mejor efecto, es decir, el que más convenga a la solución práctica del problema”.⁽⁷⁴⁾ Este es, pues, el significado preciso que adquiere el criterio

(73) Esta interpretación “auténtica” se lee en Castronovo, (a cargo de), *Principi...*, p. 26. El argumento no está desvalorizado por la referencia hecha por el a. 4.5 de los P.U. (*v. supra*, nota 37), al igual que el a. 1853 CCDF, 1367 c.c. it. (y su correlativo a. 40, inciso 2, del *Código europeo de los contratos*), a “cualquier efecto”.

(74) Falzea, A., *Eficacia giuridica, Enc. dir.*, XIV, Milán, 1965, p. 456, quien, al examinar el binomio: “el principio de conveniencia del efecto al hecho”, subraya que, así como “la solución debe responder al problema, así el efecto debe convenir al hecho” o la adecuación de la forma a la sustancia, en virtud de la cual “el efecto resulta de una verdadera y propia integración de la letra de los textos en el espíritu del sistema”. Ningún jurista, afirma el propio Falzea, en ausencia de normas que prevean remedios oportunos para conservar la eficacia de los actos cumplidos “se atrevería a sostener que la mínima desviación del modelo legal conduce a una nulidad total, carente de efectos”. Ello provocaría, además, “un enorme desperdicio de energía, que ordenamiento jurídico alguno no podría permitir” (*Ibidem*). La verdad es que bajo el perfil “axiológico formal toma legítimamente la delantera (ventaja) el perfil “axiológico material”: “la tendencia general será la de la máxima conservación posible de la eficacia, adaptada naturalmente a las desviaciones o variaciones –caso por caso– distintas” (*Id*). El principio de adaptabilidad afirma, precisamente, que en los límites cada vez más o menos amplios en los que se permite el viraje del criterio sustancial del modelo formal, el efecto debe adaptarse a las variaciones de este

“axiológico” de conservación,⁽⁷⁵⁾ entendido como el mejor efecto posible *en relación al caso concreto*. Es necesario, pues, obtener el conocimiento que hoy debe darse a la vieja cuestión sobre el máximo significado (efecto) útil, a la luz de lo “relativo” del procedimiento hermenéutico,⁽⁷⁶⁾ una respuesta no generalizada o absoluta, sino más bien relativizada a las diversas situaciones concretas.⁽⁷⁷⁾

principio. El régimen de anomalías de los negocios y, en general, de los actos jurídicos, “puede frenar una inmediata aplicación del principio de adaptabilidad, así como el régimen de la interpretación y la exigencia de conservación en el cual se inspira” (*Ibid.*). En el sentido de la máxima conservación posible de la eficacia se comporta, como ya lo hemos señalado antes, también la regla hermética contenida en el a. 1853 CCDF (y su correspondiente del cc. español, a. 1284). “Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto”.

- (75) Exigencia metodológica imprescindible es la de colocar coherentemente el principio de conservación al interior de un sistema jurídico adecuado, también en las nociones, en los conceptos, y en los valores fundamentales de relevancia constitucional (v. al respecto, Pennasilico, *Il principio di conservazione dei “valor giuridici” cit.*, cap. I, § 7). V. además, Betti, *Interpretazione della legge...*, cit., p. 284 y ss.; Falzea, *op. cit.*, p. 432.
- (76) La mejor doctrina, desde hace tiempo, ha llamado la atención sobre “una teoría de la interpretación consciente de la relatividad de sus reglas, mutables no arbitraria e independientemente, sino en relación por un lado, a las más diversas circunstancias histórico-culturales, como en cuanto a la función y al objeto de interpretación”; Perlingieri, *Il ruolo del diritto romano nella formazione del civilista*, 1988, cit. por Pennasilico, *La regola*, *op. cit.*, p. 281.
- (77) El principio general de conservación, en la concepción axiológica y teleológica del derecho y de la interpretación, tiende a la máxima realización [facticidad] del valor atribuido, en términos de efectos, al acto jurídico. Sin embargo, la solución del “máximo efecto útil”, no siempre corresponde al “mejor” efecto posible en relación al caso concreto. Aun cuando, el mejor efecto, a veces, puede ser el “menor”, porque es menos gravoso para el sujeto interesado (piénsese, p.e., en un contrato con obligaciones a cargo únicamente del proponente). No puede, pues, excluirse, con particular referencia a los contratos, un modo distinto de realización del principio de conservación, según las diferentes figuras y disciplinas contractuales. Richter, G. S., “Il principio di conservazione del negozio giuridico”, *Riv. Trim.*, 1967, p. 428 y ss.

LAS EXCEPCIONES CAMBIARIAS^(*)

*Dr. Gastón Certad Maroto^(**)*
Abogado costarricense

(Recibido 08/10/05; aceptado 05/04/06)

(*) Cuando en este trabajo se indique un artículo sin mencionar la ley o código de procedencia, se entenderá que pertenece al Código de Comercio. Para la jurisprudencia que se ha generado respecto a cada artículo del Código de Comercio citado en el texto, véase nuestro *Código de Comercio, concordado con historia y jurisprudencia*. Editorial Juritexto, 1.^a edición, San José, Costa Rica.

Mi más profundo agradecimiento a la profesora Licda. María José Chaves Cavallini sin cuya valiosa ayuda no hubiera sido posible que este ensayo viera la luz de manera tan temprana.

(**) Profesor Universitario de Derecho Comercial.
e-mail: gcertad@kpmg.com
Teléfono 506-280-8880

RESUMEN

El tema de las defensas oponibles por los deudores cartular y cambiario a la gestión cobratoria, judicial o no, del título-valor es, sin lugar a dudas, uno de los grandes temas del Derecho Comercial contemporáneo. En este ensayo se distingue entre excepciones cartulares y excepciones cambiarias, se desarrolla el tema de las excepciones reales o absolutas, así como el de las excepciones personales o relativas, ambas desde el ámbito objetivo como subjetivo y se le da tratamiento, doctrinario y jurisprudencial, a la denominada *exceptio doli*.

Palabras clave: Excepciones cartulares, excepciones cambiarias, excepción real, excepción personal, oponibilidad, *exceptio doli*.

ESTRATTO

Il tema delle difese opponibili dai debitori cartulari e cambiari alla gestione cobratoria, giudiziale o stragiudiziale, del titolo di credito é, senza nessuna ombra di dubbio, uno dei grande temi del Diritto Commerciale odierno. In questo articolo si distingue tra eccezioni cartolari ed eccezioni cambiarie, si sviluppa il tema delle eccezioni reali o assolute, cosi come quello delle eccezioni personali o relative, ambedue dal ambito oggettivo e soggettivo, e gli si dedica, infine, attenzione, dal punto di vista doctrinario e giurisprudenziale, alla c.d. *exceptio doli*.

Parole chiavi: Eccezioni cartulari, eccezioni cambiarie, eccezione reali, eccezioni personali, opponibilità, *exceptio doli*.

SUMARIO

1. Generalidades
2. Excepciones cambiarias y excepciones cartulares
3. Las excepciones reales (o absolutas), objetivas y subjetivas
4. Las excepciones personales (o relativas), objetivas y subjetivas
5. Posibilidad de oponer excepciones concernientes a relaciones con el precedente tenedor del título en las que ha participado el actual tenedor
6. La *exceptio doli*
 - 6.1. Aplicabilidad de la *exceptio doli* en el supuesto de endoso impropio y endoso fiduciario del título cambiario

1. GENERALIDADES

Ante la pretensión del tenedor de un título dirigida a que se le satisfaga la suma cambiaria, el deudor –directo o regresivo– de la letra de cambio o del pagaré requerido puede reaccionar y oponerse a esa gestión de dos maneras distintas: a) demostrando que el tenedor carece derecho de cobrar el crédito, pues no tiene legitimación activa para pretenderlo; o b) demostrando que no tiene obligación de pagarlo, pues está amparado por alguna excepción que le dispensa del cumplimiento.

La primera, debemos reconocerlo, goza de un rango preferente sobre la segunda, porque si comprobamos que el tenedor no tiene la titularidad ni la legitimación activa del crédito cambiario que reclama, sería del todo inútil y superfluo entrar a analizar si concurren o no excepciones que eximan al deudor del pago. Procesalmente hablando esto significa que la determinación de la legitimación cartular constituye una cuestión previa –prejudicial– a la investigación de la responsabilidad del deudor, de donde forzoso es concluir que la falta de legitimación cartular no puede ser una excepción cartular sino un presupuesto *sine qua non* de la gestión cobratoria (judicial y extrajudicial). Y precisamente por esto, en este ensayo no se incluye el examen de las distintas hipótesis de falta de legitimación cartular activa.

Llegados a este punto nos parece muy importante afirmar que la limitación de excepciones propia del Derecho Cambiario no tiene ningún presupuesto de orden procesal –como sí lo tienen la limitación de excepciones propia del Derecho Procesal– sino que es de orden estrictamente material o sustantivo, y obedece a una configuración exorbitante del derecho de crédito que incumbe al tercer tenedor, efectuada por el legislador para favorecer la circulación secundaria: su única condición es la circulación del título y el consiguiente establecimiento de la relación obligatoria *inter tertios*. Esto significa que el acreedor cambiario, siempre que sea tercero respecto al deudor elegido, puede remitirse a la inoponibilidad de excepciones tanto si el reclamo se tramita en la vía ejecutiva como si se deduce por la vía declarativa (proceso ordinario), como incluso, se efectúa extrajudicialmente.⁽¹⁾

(1) PAZ-ARES, Cándido, “Las excepciones cambiarias”, en “Derecho Cambiario. Estudios sobre la ley cambiaria y del cheque”, varios autores, dirigido por Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Cap. III, Editorial Civitas, S.A., Madrid, España, pp. 255-256.

2. EXCEPCIONES CAMBIARIAS Y EXCEPCIONES CARTULARES

Acabamos de aludir al principio netamente cambiario de la limitación de excepciones de cuya formulación irrumpe la conclusión de que al lado de excepciones cuya alegación le está vedada al deudor, existen otras que pueden ser esgrimidas por el bajo cualquier circunstancia. Así las cosas, teniendo en cuenta que *inter partes*, esto es, cuando el título no ha circulado, no rige el principio de limitación, es obvio que todas las excepciones que puede invocar el deudor pueden distribuirse en dos grandes grupos: (i) las excepciones oponibles al tercero y (ii) las excepciones inoponibles al tercero.⁽²⁾

Las *excepciones cambiarias* constituyen los medios de defensa que el deudor cambiario puede utilizar frente al tenedor del título⁽³⁾ en aquellos procesos, ejecutivos o declarativos, que tengan por objeto el cobro de un título cambiario de garantía (una letra de cambio o un pagaré) o de pago (cheque) para demostrar que él no está obligado a cancelar la suma cambiaria o que, aun estándolo, no debe hacerlo.

Las fuentes normativas de las excepciones cambiarias son los artículos 783 y 802 inciso c), mientras que las de las *excepciones cartulares* (las de los títulos valores en general, los no cambiarios) son los numerales 668, 669 y 678.

(2) PAZ-ARES, Cándido, op. cit. en nota anterior, p. 257.

(3) El concepto de “excepción cambiaria” en sentido substancial –al igual que el más genérico de “excepción”– comprende toda actividad efectuada por el deudor cambiario que tiene por objeto hechos impositivos, modificativos o extintivos de los derechos del tenedor que actúa con fundamento en un título cambiario.

ASQUINI, Alberto, *Titoli di Credito e in particolare cambiali e titoli bancari di pagamento*. CEDAM, Padova, Italia, 1966, p. 341; MARTORANO, Federico, *Lineamenti generali dei Titoli di Credito e Titoli cambiari*, Morano Editore, Napoli, Italia, 1979, pp, 99 ss.; MOSSA, Lorenzo, *Trattato della Cambiale*, I, CEDAM, Padova, Italia, 1956, pp. 463 ss.; PAVONE LA ROSA, Antonio, *La Cambiale*, en “Trattato di Diritto Civile e Commerciale” fundado por Antonio CICU y Francesco MESSINEO y continuado por Luigi MENGONI, XXXIX, t. 1, Giuffré Editore, Milano, Italia, 1994, 590 ss.

Muestro Código de Comercio distingue –distinción que no admitimos dentro de un mismo cuerpo normativo– las excepciones oponibles a los títulos valores en general (arts. 668, 669 y 678) de los oponibles sólo a los títulos cambiarios de garantía (arts. 783 y 802 inciso c). Estas últimas serían, en buena tesis jurídica, las llamadas excepciones cambiarias.

El 783 establece que en el proceso ejecutivo el deudor cambiario sólo puede oponer al tenedor reclamante las excepciones de (a) *vicios propios de la letra* (o los del pagaré) *que la hagan nula*—defensas que a nuestro leal saber y entender serían las denominadas excepciones reales o absolutas, taxativamente indicadas en el artículo 699—, (b) *las de carácter personal que el ejecutado tenga con el actor*—que serían las comprendidas en el artículo 688—, (c) *la de prescripción* (que es una excepción personal basada en una relación personal y, por ende, reiterativa, pues estaría incluida en el elenco del 668), y (d) *las indicadas en el artículo 744* (hoy derogado).⁽⁴⁾

Por su parte y en lo que toca a las excepciones cartulares, nuestro Código de Comercio adopta como criterio clasificatorio el del sujeto contra el cual esas defensas pueden ser opuestas: el 699 enumera las denominadas **excepciones in rem o absolutas**, oponibles a cualquier tenedor del título, con independencia del lugar que ocupe dentro del ciclo de la negociación cambiaria, es decir, *erga omnes*, mientras los artículos 668 y 669 bis *in fine*, contemplan las denominadas **excepciones in personam relativas**—la primera de esas normas, las llamadas excepciones personales **basadas en relaciones personales** (de emisión o transmisión) del tenedor con el librador o con anteriores tenedores, y la segunda, las denominadas excepciones personales **en sentido estricto**, es decir, la defensa de falta de titularidad—, que son las que sólo pueden alegarse exitosamente contra determinados acreedores, precisamente en función de la peculiar situación en que ellos se encuentran respecto del deudor demandado o reclamado.⁽⁵⁾

(4) Dicha norma rezaba: “*Las personas contra las que se intentare acción en virtud de una letra de cambio, no podrán alegar contra el tenedor excepciones fundadas en sus relaciones personales con el librador o con los tenedores anteriores, a no ser que el tenedor, al adquirir la letra, hubiere procedido a sabiendas en perjuicio del deudor*”. Es notable el parecido entre este texto y el contenido en el actual artículo 668.

(5) Esta dicotomía legal y doctrinaria de las excepciones cartulares ha sido también acogida por nuestros tribunales. El Tribunal Primero Civil, en sentencia Nº 194-L de las 7:55 horas del 8 de marzo del 2002 dijo (Considerando II): “...*Excepciones reales. Pueden concurrir, en esta materia, a alegar ausencia de requisitos formales y cardinales del título... Este tipo de defensas puede enfrentarse a todo tenedor cualquiera sea el deudor... Excepciones personales. Refiérese a diferencia de las precedentes, al negocio cambiario. Atañen a relaciones o convenciones que hayan mediado entre deudor y un acreedor. Verbi gratia,*

No obstante la aparente diferencia que parece existir en esta materia entre la disciplina general de los títulos valores (arts. 667, 668, 669 y 669 bis y la disciplina particular de la letra de cambio y el pagaré (arts. 783 y 802 inciso c), consideramos que existe una plena coincidencia entre el régimen normativo de las excepciones cambiarias y el de los títulos valores, al punto que creemos que, para evitar cualquier interpretación errónea, hubiera sido mejor que nuestra Asamblea Legislativa hubiere sancionado la propuesta de reforma contenida en el “Ante-proyecto de la Ley Reguladora del Mercado de Valores y Reformas al Código de Comercio” –que luego originó la Ley Nº 7201 de 1990– que recomendaba modificar el texto del artículo 783, derogando la –segunda– frase referida a las excepciones cambiarias –manteniendo en lo demás el texto original– y dejando al Código con un único sistema de defensas para el deudor cartular ante la gestión cobratoria de un título valor. Son estas las enseñanzas que se obtienen de la lectura de las más importantes y recientes obras de Derecho Cartular. Sin embargo, cada día somos más propensos a considerar que ellas parten de supuestos no contestes con la realidad. No sin reconocer el temor que genera una afirmación como la que ahora nos proponemos hacer, lo cierto es que el condicionamiento a los títulos cambiarios en que, por más de medio siglo, estuvo inmersa la teoría general de los títulos valores nos parece aquí insoslayable. Todo parece indicar, en la realidad, que el tema de las excepciones en esta materia está indisolublemente ligado a los títulos cambiarios y resulta del todo irrelevante e intrascendente en relación a los restantes títulos valores. Las excepciones reales –que son para nosotros las verdaderas (y únicas) excepciones ligadas indisolublemente a estos documentos, por no tener, como presupuesto *sine qua non*, la existencia de un proceso (judicial o arbitral)–, no tienen mayor sentido si pensamos en una guía de porte o en la acción de una sociedad anónima. En efecto, ¿qué trascendencia tiene la excepción de forma frente a títulos como estos que no son formales? ¿Qué importancia tiene la excepción de literalidad, si los indicados títulos tan solo participan de una literalidad indirecta? ¿En qué sentido deba ser oponible *erga omnes* la excepción de falta de los requisitos necesarios para el ejercicio de la acción, respecto a títulos como estos, no protestables? Estas interrogantes nos llevan forzosamente

renovación de letra, prórroga de vencimiento, pago en alguna de sus variadas presentaciones, etc. Oponibles al tercero cuando tenga noticia de semejantes particularidades. Y aun así, lesionando buena fe que debe campear en los negocios, adquiere un título a sabiendas perjudicando al obligado...”. Véase también del mismo Tribunal, el voto 214-L de las 8:15 horas del 13 de marzo del 2002.

a concluir que todo lo concerniente a las excepciones cartulares, o más apropiadamente, a las excepciones reales, encuentra sentido y aplicación sólo en relación a los títulos cambiarios, de donde el tema de las defensas del deudor ante la acción cobratoria de estos papeles resulta del riñón de los títulos cambiarios y no, como parece insistir la doctrina, de los títulos valores en general.

Como corolario de lo que hasta aquí hemos dicho tenemos que, también en materia cambiaria, encuentra aplicación la clásica distinción –no muy clara en nuestro país antes de la reforma de 1990– entre excepciones reales (o absolutas) y excepciones personales (o relativas) según los criterios fijados en los artículos 667, 668, 669 y 669 bis, respectivamente.⁽⁶⁾ Peculiar del título cambiario parece ser, por el contrario, la ulterior distinción de las excepciones en **objetivas** y **subjetivas**, según que sean oponibles por cualquier obligado o sólo por un obligado determinado.⁽⁷⁾

Llegados a este punto, consideramos importante hacer una reseña de las distintas categorías de excepciones de acuerdo a nuestro leal saber y entender, no sin advertirle al paciente lector que el tema se relaciona e integra con el de los requisitos del título y sus vicisitudes.⁽⁸⁾

-
- (6) El profesor de la Universidad Autónoma de Madrid, Cándido PAZ-ARES, critica esta clasificación apuntando, principalmente, que (a) adolece de una escasa capacidad de discriminación, pues obliga a “meter en un mismo saco” excepciones que, aun siendo similares entre sí, no están sometidas al mismo régimen y (b) que es incompleta, pues no deja espacio para acomodar un importante grupo de defensas que él llama “excepciones de tráfico” y que deberían figurar ahí (op. cit. en nota 1, p. 258).
- (7) MIOLA, Massimo, *Le eccezioni cambiarie*, en “*La cambiale*”, dirigida por Gian Franco CAMPOBASSO, II, Cap. XIII, Giuffré Editore, Milano, Italia, 1998, p. 1010. Lo cierto es que no siempre la terminología adoptada es la correcta, particularmente respecto a la distinción entre excepciones absolutas y relativas, que a veces se la utiliza para identificar al sujeto o sujetos a quienes pueden serle opuestas las excepciones (ANGELONI, Vittorio, *La Cambiale e il Vaglia Cambiario*, Giuffré Editore, Milano, Italia, 1964, p. 458; PAVONE LA ROSA, Antonio, op. cit. en nota 3, pp. 592, s.), resultando entonces alternativa a la distinción entre excepciones reales y personales; y otras veces toma como punto de referencia a los obligados cambiarios que pueden oponer esas defensas (DE SEMO, Giorgio, *Trattato di Diritto Cambiario*, CEDAM, Padova, Italia, 1963, pp. 596 ss.), resultando entonces alternativa a la distinción entre objetivas y subjetivas.
- (8) Temas que nosotros hemos tratado en nuestro libro *Temas de Derecho Cartular*, 1ª edición, Editorial Juritexto, San José, Costa Rica, 2003.

3. EXCEPCIONES REALES (O ABSOLUTAS), OBJETIVAS Y SUBJETIVAS

Son excepciones reales (o absolutas) y, un mismo tiempo, objetivas las que se refieren a vicios de forma y al contexto literal del título y, en general, las excepciones de falta de requisitos formales del título cambiario. A estas se equiparan las excepciones que surgen del contexto literal de la declaración (como, vgr., la cláusula “sin aceptación” o “no sujeta a aceptación” –art. 747 párrafo segundo– en la letra de cambio) del suscriptor del título o librador y las cláusulas por él incluidas en el contexto del título (como, por ej., la cláusula de intereses –art. 731–, la cláusula “no a la orden” –art. 738 párrafo segundo–, la cláusula que establece un plazo para la aceptación de la letra –art. 747–, la cláusula “sin protesto” o de “devolución sin gastos” –art. 786–, etc.).⁽⁹⁾

Tienen carácter **real**, pero **subjetivo**, las excepciones relativas a vicios de una determinada relación cambiaria, y no del título en cuanto tal; porque si el artículo 733, que sanciona la autonomía de las obligaciones cambiarias, y según el cual la invalidez de una obligación no influye en la validez de las demás, las respectivas excepciones sólo podrán ser opuestas por el obligado cuya declaración esté viciada.⁽¹⁰⁾ Y este es el caso, precisamente, de las excepciones de defectos de capacidad o de representación (al momento de la emisión), de falsedad de la firma del deudor, de alteración del documento, etc.

En particular para las alteraciones rige, de acuerdo al artículo 676, el principio según el cual quien ha suscrito el título después de la alteración responde según los términos del texto alterado y quien, por el contrario, lo suscribió antes, responde en los términos del texto original. Como corolario de esto tenemos que la excepción (real) de alteración sólo puede ser opuesta por quienes se hubieren obligado antes de

(9) MIOLA, M., op. cit., en nota 7, p. 1010; PAVONE LA ROSA, A., op. cit. en nota 3, p. 593.

(10) MIOLA, M. en nota 7, pp. 1010-1; PAVONE LA ROSA, A., op. cit. en nota 3, pp. 158 s.

En realidad de verdad, la autonomía de las suscripciones cambiarias conlleva a que cada suscripción corresponda a una relación independiente, por lo que la excepción opuesta a un determinado tenedor no se comunica a los otros suscriptores y no conlleva la necesidad de integrar el contradictorio con la presencia de todos los signatarios del título.

la alteración y nunca por lo que se obligaron posteriormente.⁽¹¹⁾ Cuando no se pueda determinar si la persona firmó en el título antes o después de la alteración, se presumirá que fue antes.⁽¹²⁾

Carácter real tienen también las excepciones relativas a hechos extintivos del derecho cartular que afectan la relación cambiaria en cuanto tal. Ellas tendrán naturaleza objetiva o subjetiva según que el hecho extintivo aluda, respectivamente, al obligado principal o a otro obligado. Es éste el caso del pago (total o parcial) resultante del contexto del título.⁽¹³⁾

Igual régimen rige para la excepción de falta de las condiciones necesarias para el ejercicio de la acción, que tiene carácter subjetivo si se refiere al ejercicio del derecho cambiario sólo frente a determinados obligados (vgr., el no levantamiento del protesto en tiempo hábil).

4. EXCEPCIONES PERSONALES (O RELATIVAS), OBJETIVAS Y SUBJETIVAS

En tratándose de excepciones personales (o relativas), tienen carácter subjetivo las que se basan en la relación fundamental (*exceptiones ex causa*)⁽¹⁴⁾ y las que se refieren a pactos extracambiarior

(11) Y no se crea que así se violenta el principio según el cual el contenido de cada declaración está determinado por el texto de la declaración cambiaria principal, en cuanto, como bien apunta el profesor PAVONE LA ROSA (A., op. cit. en nota 3, p. 594), aquellos que se obligaron después de la alteración responden a las condiciones resultantes del texto, las únicas que ellos conocen.

(12) Es pacífico en doctrina que no constituyen hipótesis de alteración la del nombre del tenedor ni las que se efectuaron antes de la emisión del título. MIOLA, M., op. cit. en nota 7, pp. 1011, nota 9.

(13) ANGELONI, V., op. cit. en nota 7, pp. 457 s.; PAVONE LA ROSA, A., op. cit. en nota 3, p. 595.

(14) Como por ejemplo la de nulidad de la obligación por haber el representante emitido el título con fundamento en una causa distinta a la convenida y que es inoponible al tercer tenedor.

particulares celebrados entre el obligado cambiario y un tenedor determinado tendientes a modificar la relación cambiaria (las llamadas “excepciones personales basadas en relaciones personales”), como por ejemplo, la prórroga del vencimiento del título, la fragmentación del pago, la renovación, el *pactum de non petendo* o de dilación de pago, la promesa de remisión, etc.⁽¹⁵⁾ Tales defensas son personales y subjetivas en el sentido de que pueden serle opuestas sólo a quien ha sido parte de la relación subyacente (de emisión o transmisión del título y sólo por el obligado que participó directamente en el negocio causal o en el pacto extracambiario, en estricta aplicación de los efectos de literalidad y autonomía en sede de circulación del documento fijados, en línea general, por el artículo 668. Otra excepción de éstas es la de título en blanco o incompleto.⁽¹⁶⁾

Se encuentra entre las excepciones personales, pero objetivas, la de defecto en la legitimación cartular activa, siempre que se le considere como una excepción en sentido técnico.⁽¹⁷⁾

La última doctrina ha además elaborado una segunda y distinta categoría de excepciones personales representada por las denominadas “excepciones personales en sentido estricto”, caracterizadas por el hecho negativo de no fundamentarse en una particular relación existente entre el obligado y el tenedor del título y, por ende, referirse, en substancia, a la misma relación cartular.⁽¹⁸⁾

(15) Son los casos de la compensación, de la simulación (título que oculta una donación), del título emitido en cumplimiento de una obligación natural, etc. PAZ-ARES, C., op. cit. en nota 1, pp. 364 s.

(16) Sobre este tema véase el artículo del profesor y Juez CORONADO HUERTAS, Juan Ramón, “*Título en blanco y Título Incompleto frente a lo dispuesto en el párrafo quinto del artículo 670 del Código de Comercio*”, en Iustitia, Nº 61, San José, Costa Rica, pp. 9 ss.

(17) Como ASQUINI (A., op. cit. en nota 3, pp. 73 s.) y PAVONE LA ROSA (A., op. cit. en nota 3, p. 578). En el sentido de que la posesión calificada es más bien un hecho constitutivo de la pretensión cartular o, dicho de otra forma, un presupuesto para el ejercicio del derecho cartular, y no una excepción frente al ejercicio del mismo, tesis acogida en este ensayo, véase MARTORANO, F., op. cit. en nota 3, pp. 135 s.

(18) MARTORANO, F., op. cit. en nota 3, pp. 129 s.; PELLIZZI, Giovanni Luigi, “*Principi di Diritto Cartolare*”, Zanichelli Ed., Bologna, Italia, 1967, pp. 100 s. No entendemos porqué, estando esta nueva categoría de excepciones personales integrada, como lo está, por una sola defensa –la falta de titularidad– deban los autores referirse a ella utilizando el plural.

La hipótesis única (para nosotros, para otros autores, la principal) la hemos identificado con un defecto en la titularidad, considerada siempre oponible por el deudor cambiario argumentando de los artículos 667 –que sanciona el efecto liberador del pago al tenedor legítimo del título, aunque no sea titular, salvo la hipótesis de dolo o culpa grave del deudor mismo que impida al verdadero titular el ejercicio oportuno de sus derechos contra el ilegítimo poseedor–⁽¹⁹⁾ y 668, este último interpretado *a contrario sensu*.

Sobre esta base se ha construido una teoría más compleja dirigida a permitir formas alternativas de tutela del deudor cambiario en aquellos casos en que no pueda utilizar la *exceptio doli*. En particular, algunos autores han propuesto equiparar al deudor cambiario al propietario del título que ha sido desposeído ilegítimamente de él a quien, el artículo 669 bis permite reivindicar el título, aun frente al tercero adquirente que lo haya adquirido de mala fe o con culpa grave.⁽²⁰⁾ Mediante semejante equiparación se le permite al deudor oponerle al tercer tenedor excepciones aun cuando éste actúe de mala fe o con culpa grave⁽²¹⁾ y se “golpean” así la falta o la nulidad, no sólo de la relación fundamental, sino también del negocio de transmisión. Esto por cuanto también en la relación entre partes inmediatas que surge de la asunción de una obligación cambiaria, se considera permitido valerse de las excepciones relativas a esa relación.⁽²²⁾

(19) En Italia, la interpretación prevaleciente de esta norma excluye que la excepción sea oponible sólo cuando el deudor, pagando, corre el riesgo de no poder lograr la liberación; y es que parece existir, en realidad, un interés jurídicamente tutelable del deudor de rechazar la prestación de quien no es titular. En otras palabras, podemos afirmar que en materia cambiaria el deudor tiene la facultad, no la obligación, de pagar el adeudo al legitimado no titular (PELLIZI, G.L., op. cit. en nota anterior, pp. 102 ss.).

(20) PAVONE LA ROSA, A., op. cit. en nota 3, pp. 608; PELLIZI, G.L., op. cit. en nota 19, pp. 104 ss.

(21) ANGELONI, V., op. cit. en nota 7, pp. 444 s.

(22) Excepciones que se distinguen en objetivas y subjetivas, según las puedan oponer todos los obligados (vgr., nulidad absoluta del título) o sólo por el obligado que es parte de la relación inválida (vgr., nulidad relativa del título), MARTORANO, F., op. cit. en nota 3, p. 132; PELLIZI, G.L., op. cit. en nota 19, pp. 101 ss.

Aún más, es posible “golpear”, refiriéndonos a la relación de transmisión, hipótesis de falta de voluntad o de vicios del querer (error, dolo, violencia moral), configurándolos como casos de defecto (originario) de la propiedad del título; consecuentemente, el deudor cambiario podrá tutelarse frente al tercer adquirente de mala fe,⁽²³⁾ resaltando la falta de requisitos para la adquisición *a non domino* del título valor.

5. POSIBILIDAD DE Oponer Excepciones concernientes a relaciones con el precedente tenedor del título en las que ha participado el actual tenedor

En sentido afirmativo se pronuncian en Italia Pavone La Rosa y Santini⁽²⁴⁾ y algunas sentencias de la casación de ese país, sobre todo de las décadas cuarenta y cincuenta del siglo pasado. Así, por ejemplo, de acuerdo a esta postura, la excepción de simulación relativa por interposición de persona puede serle opuesta por el deudor cambiario al actual tenedor del título, cuando éste hubiere sido una de las partes entre las que se dio la simulación.

El problema de esta posición doctrinal está en establecer cuándo un tenedor del título deba considerarse parte y ajeno al acuerdo extracartular, y si para ello se requiere un único documento contractual –del que resulte la efectiva interdependencia de relaciones y, particularmente, el conocimiento por parte del tercero de la relación subyacente– o si resulta suficiente la formación de distintas relaciones entre el deudor cambiario, de un lado, y respectivamente, el primero y sucesivo tenedor, del otro lado, aunque estén unidos por una negociación común.

No hay duda que debemos excluir que sea suficiente la mera participación del tercer tenedor en las negociaciones preliminares a la emisión del título, pues de ellas surgen dos relaciones distintas, en cuanto para la participación en la relación subyacente es necesaria la directa asunción de obligaciones.⁽²⁵⁾

(23) MARTORANO, F., op. cit. en nota 3, p. 132.

(24) A., op. cit. en nota 3, p. 599, nota 71; Gerardo, “*L'azione causale nel Diritto Cambiario*”, CEDAM, Padova, Italia, 1968, pp. 8. s.

(25) BOTTIGLIERI, Enrico, “*Agire intenzionalmente a danno e mala fede nell'acquisto di titoli di credito*” en “*Titoli di Credito*”, dirigida por G.L. Pellizzi, Guiffré Editore, Milano, Italia, p. 141.

6. LA *EXCEPTIO DOLI*

Para todas las excepciones personales basadas en relaciones personales, el artículo 668 prevé su oponibilidad a sucesivos tenedores si, *al adquirir el título el poseedor hubiere actuado intencionalmente en daño del deudor mismo*, excepción conocida universalmente con el nombre de *exceptio doli* cambiaria.⁽²⁶⁾ Se trata, por así decirlo de una excepción **válvula** que persigue romper el diafragma de la abstracción personal y permitir que el deudor esgrima excepciones fundadas en sus relaciones personales con el transmisor contra el tercero que haya adquirido el título con la intención de dañar al deudor. Esta excepción es, entonces, un remedio equitativo mediante el cual se denuncia la existencia de un tráfico ilícito o anormal, cuya protección no puede quedar amparada por el ordenamiento jurídico.⁽²⁷⁾

En cuanto a esta defensa cabe cuestionarse si resulta suficiente el simple conocimiento del daño provocado al deudor, o si se requiere, en el endosatario, la intención de dañar. Y es que la duda nos surge porque la fórmula utilizada por nuestro legislador en la parte final del artículo 668 (“...*hubiere actuado intencionalmente en daño del deudor mismo*”)⁽²⁸⁾ ha sufrido en doctrina distintas interpretaciones que bien pueden llevarnos a muy distintos resultados.

Según algunos, sería suficiente, para la procedencia de la *exceptio doli*, el simple conocimiento por parte del tenedor del título del daño consistente en privarlo de la posibilidad de defenderse frente al actual tenedor con los argumentos que se podrían haber utilizado

(26) Defensa que ha acogido en reiterados fallos nuestro Tribunal Primero Civil: Nº 1030-M de las 7:35 horas del 14 de julio del 2000; 0622-M de las 8:15 horas del 7 de abril del 2000; 0613-L de las 7:30 horas del 7 de abril del 2000; 0151-E de las 8:30 horas del 26 de enero del 2000; 0782-M de las 7:40 horas del 11 de junio de 1999; 0308-R de las 7:40 horas del 26 de febrero de 1999; 1700-E de las 8:35 horas del 30 de octubre de 1998.

(27) PAZ-ARES, C., op. cit. en nota 1, p. 367.

(28) Fórmula por cierto distinta a la utilizada antes de la reforma del noventa (“al adquirir la letra el tenedor hubiere procedido a sabiendas en perjuicio del deudor”, fórmula ésta utilizada por la Convención de Ginebra sobre letra de cambio de 1930) en el derogado artículo 744).

positivamente contra el precedente tenedor, sin que sea necesario que se dé la intención de dañarlo. Según esta posición, se requeriría, en otras palabras, que el tenedor no solo conozca las excepciones que el deudor puede oponerle al endosante, sino, además, que sea consciente del daño generado al obligado por la pérdida de esas excepciones, único medio a su alcance para sustraerse de un pago no debido e irrecuperable.⁽²⁹⁾ A esta posición se le objeta que la finalidad de la fórmula *sub examine* es brindarle al tenedor del título una tutela más amplia que la que brota del principio de buena fe y que las necesidades de ayudar a la circulación del crédito no pueden ser neutralizadas por el simple conocimiento de las excepciones.⁽³⁰⁾

Por su parte, valorizando al máximo el significado de la fórmula legislativa de la que venimos discutiendo, otros llegan a exigir no el simple conocimiento de las excepciones y del perjuicio, sino una actitud psicológica dolosa del tercer tenedor unida al intento fraudulento del precedente, al punto de producirse entre ellos un acuerdo fraudulento o una colusión en daño del deudor cambiario.⁽³¹⁾ Pero lo cierto es que también esta posición ha sido blanco de críticas por el hecho de sobrepasar la fórmula legislativa de comentario y por la inexistencia de necesidades de tutela de la circulación de los créditos que justifiquen una tan reducida defensa del deudor.

Por eso tiene una mayor aceptación entre los autores la posición intermedia según la cual, siendo innecesaria la colusión entre endosante y endosatario e insuficiente el simple conocimiento que éste tenga de las excepciones que el deudor pueda oponerle fructíferamente a aquel, resulta imprescindible que el endosatario haya adquirido el documento con la intención de dañar al deudor, es decir, con la intención **malévola** de impedirle la oposición de aquellas excepciones que sí hubiere podido oponerle al endosante y con pleno conocimiento del daño que,

(29) ANGELONI, V., op. cit. en nota 7, pp. 243 ss.; ASCARELLI, Tullio-BONASI BENUCCI, E., “*Cambiale*”, voce, en *Novissimo Digesto Italiano*, II, UTET, Torino, Italia, 1958, pp. 739 s.

(30) PAVONE LA ROSA, A., op. cit. en nota 3, p. 72; MARTORANO, F., op. cit. en nota 3, p. 143.

(31) ASQUINI, A., op. cit. en nota 3, p. 72; MARTORANO, F., op. cit. en nota 3, p. 143.

de esa manera, hubiera sufrido el deudor. En otras palabras, se requiere, según esta tesis, el fraudulento programa del adquirente de perjudicar al deudor, con carácter exclusivo o prevaleciente.⁽³²⁾

Claro que la fórmula normativa bajo análisis debe estar presente al momento mismo de negociarse el título cambiario, y no después.

A nosotros nos parece que resulta de elemental importancia determinar aquellas situaciones en cuya presencia podemos encontrar **la actuación intencional en daño del deudor** por parte del endosatario. Un sector de la doctrina atribuye particular importancia a las características objetivas del acto de adquisición, esto es, reconoce que el acto debe sancionarse cuando presenta carácter **anormal** o **especulativo**, como sería el caso de adquisiciones del título a precio reducido.⁽³³⁾

A esta tesis se le ha objetado que la anomalía del traspaso podría derivarse de razones distintas a la de producirle un daño al deudor cambiario y que, por el contrario, la regularidad de la operación no excluye la intención de dañar.⁽³⁴⁾ Por ello la atención se ha desviado hacia el daño producido como efecto del traspaso del título al tercer tenedor. La intención fraudulenta resultaría así determinada no sólo por el conocimiento del daño consistente en la pérdida de la excepción cambiaria –y, por ende, en el perjuicio que significa tener que accionar en la vía declarativa contra el endosante para recuperar lo que se ha debido pagar en vía sumaria al endosatario– sino también por el conocimiento de la **“irremediabilidad”** del daño producido, por la imposibilidad de recuperar la suma pagada por causa de las condiciones patrimoniales del endosante.⁽³⁵⁾

(32) D'AMATO, Antonio, “*I Titoli di Credito*”, en “*Trattato di Diritto Privato*” dirigido por Pietro Rescigno, XIII, UTET, Torino, Italia, 1985, pp. 493 ss.; FERRI, Giuseppe, “*I Titoli di Credito*”, UTET, Torino, 1958, pp. 177 ss.; MIOLA, M., op. cit. en nota 7, pp. 1039 ss.; PELLIZZI, G.L., op. cit. en nota 19, pp. 123 ss.

(33) MARTORANO, F., op. cit. en nota 3, pp. 143 s.; PELLIZZI, G.L., op. cit. en nota 19, p. 118.

(34) PAVONE LA ROSA, A., op. cit. en nota 3, p. 607.

(35) ANGELONI, V., op. cit. en nota, pp. 220 ss.; PAVONE LA ROSA, A., op. cit. en nota 3, p. 590.

Según otra posición, para integrar el daño, resulta suficiente que el deudor sea expuesto a pagar sin que pueda hacer valer las excepciones relativas a relaciones con el precedente tenedor.⁽³⁶⁾

Pasando al aspecto probatorio, se afirma reiteradamente que la prueba de la **intencionalidad**, difícilmente obtenible mediante documentos y testimonios, puede deducirse de elementos indiciarios lógicamente convergentes, que demuestren la finalidad perjudicial del traspaso del título, o de circunstancias objetivas que sirvan para determinar la conducta preordenada y dolosa.

6.1. Aplicabilidad de la *exceptio doli* en el supuesto de endoso impropio y endoso fiduciario del título cambiario

Otro tipo distinto de consideraciones requiere la aplicabilidad de la *exceptio doli* en caso de **endoso impropio** del título cambiario (ya en procuración, ya en prenda o en garantía, ya en administración, ya en comodato, ya en depósito) y, en particular, en endosos propios (y atípicos) como el fiduciario.⁽³⁷⁾ La cuestión se limita esencialmente a determinar si en tales hipótesis deba o no valer el principio de inoponibilidad por parte del deudor de las excepciones no personales al endosatario y, entonces, si su único medio de tutela sea el recurso a la *exceptio doli*. Parte de la doctrina ha considerado aplicable esta excepción también al caso del endoso (propio y atípico) fiduciario dentro del marco de la reconocida inoponibilidad al endosatario de las excepciones oponibles al endosante; ello en cuanto se le desconoce valor alguno a la convención obligatoria que se da entre ellos y su actitud de clausurar frente a terceros los efectos propios de traspaso.⁽³⁸⁾

(36) FIORENTINO, Adriano, “*Dei Titoli di Credito*” en “*Commentario del Codice Civile*” dirigido por Alessandro Scialoja y Giuseppe Branca, Bologna-Roma, Italia, 1974, p. 95.

(37) Sobre los endosos citados en el texto, véase nuestro ensayo “*El Endoso en los Instrumentos de Crédito*” en Acta Académica, Nº 32, e book, San José, mayo del 2003.

(38) MARTORANO, F., op. cit., en nota 3, p. 223 y otros autores como BONELLI, BRACO y VALERI, la mayoría anteriores a la promulgación del vigente *Codice Civile*.

Una distinta posición califica dicho endoso con efectos traslativos como un mandato puro y simple o sin representación y excluye que semejante negocio sirva para efectuar un traspaso, aunque se califique de **fiduciario** y, por ello, atribuirle al endosatario un derecho de propiedad –la propiedad fiduciaria–. Se llega así a sostener la inoperatividad del principio de inoponibilidad de las excepciones cuando no haya una verdadera adquisición del derecho cambiario por el endosatario. Por lo tanto, podrán oponérsele al endosatario las mismas excepciones oponibles al endosante, prescindiendo de los extremos de la *exceptio doli*.⁽³⁹⁾

(39) ANGELONI, V., op. cit. en nota 7, p. 227; DE SEMO, G., op. cit. en nota 7, p. 443; PAVONE LA ROSA, A., op. cit. en nota 3, pp. 226 s. y 328 s.

ACCIÓN POSITIVA Y PRINCIPIO DE IGUALDAD

Licda. Laura Navarro Barahona^(*)

Docente Cátedra Derecho y Género

Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

(Recibido 23/11/05; aceptado 05/04/06)

(*) Teléfono 207-5111.
e-mail: refugiados@derecho.ucr.ac.cr

RESUMEN

Existe polémica en cuanto a la aplicación o uso de las acciones positivas, dentro de ésta se alude a que se viola el principio de igualdad, así como el principio justicia. Estas acciones, bajo la perspectiva de género, pueden ser definidas como aquellas medidas que se adoptan para acelerar el proceso de igualdad de facto entre el hombre y la mujer. Algunos autores la definen como programas, medidas o mecanismos que se diseñan para lograr la igualdad real de los grupos que han sido históricamente desaventajados, no solamente hombre-mujer, sino algunas etnias, personas discapacitadas, personas con preferencias sexuales hasta ahora no toleradas, etc. Son mecanismos transitorios utilizados para reducir o corregir aquellas discriminaciones resultado de las prácticas sociales, culturales o sistemas sociales.

Palabras clave: acción afirmativa, principio de igualdad, género.

ABSTRACT

There is much controversy about the enforcement and applications of affirmative action, and therein is reference to the violation of the principal of equality as well as of the principle of justice. From a gender perspective, such action can be defined as that which is adopted to speed up the process of the facto equality between men and women. Some authors define it as programs, actions or mechanisms designed to achieve real equality for groups that historically have been discriminated against, like women, certain ethnicities, the disabled, those with sexual preferences that have been socially unaccepted so far, etc. It is a transitional mechanism used to reduce or correct discrimination resulting from social and cultural practices or from social systems.

Key words: Affirmative action, principal of equality, gender.

SUMARIO:

1. Introducción
2. Desarrollo
3. Conclusión
4. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

La acción positiva, bajo la perspectiva de género, pueden ser definida como aquel mecanismo que se adopta para acelerar el proceso de igualdad de facto entre el hombre y la mujer. Algunos autores la definen de forma amplia como aquellos programas, medidas o mecanismos que se diseñan para lograr la igualdad real de los grupos que han sido históricamente desaventajados, no solamente hombre-mujer, sino algunas étnicas, personas discapacitadas, personas con preferencias sexuales hasta ahora no toleradas, etc. Su regulación más importante la encontramos en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en adelante CEDAW establece en su artículo 4.1 que esas medidas que se adopten por parte de los Estados Partes, no podrán considerarse discriminatorias. Estas medidas pueden ser expresadas por medio de normas, de decisiones judiciales o de una decisión oficial. Desde que se empezaron a utilizar las acciones positivas ha existido polémica en cuanto a la aplicación o uso, dentro de los argumentos que más se han utilizado en su contra, se alude a que se viola el principio de igualdad, así como el principio justicia.

2. DESARROLLO

El objetivo esencial de la acción afirmativa es generar sociedades en las cuales, cada una de las personas reciba igual respeto y se reduzca la discriminación.⁽¹⁾ El mecanismo de esta acción coadyuva a la de construcción del sistema patriarcal, y posterior construcción de una sociedad más justa, y se fundamenta en la justicia compensatoria, justicia distributiva y la utilidad social. Es un mecanismo transitorio cuyo objetivo es reducir las disparidades, fomentando el acceso a la educación, el empleo, vivienda, fondos públicos y representación política de sectores discriminados en la sociedad.

Aunque algunos autores lo llaman discriminación positiva, llamarlo de esta forma podría llevar a error a algunas personas en cuanto al verdadero fin de la acción positiva, no se trata de discriminación o restricción de derechos de la mayoría, es más bien un espacio que se

(1) FACIO ALDA, Fries Lorena. *Género y Derecho*. Colección Contraseña, Estudios de Género, Serie Casandra. LOM Ediciones La Morada, primera edición, Santiago de Chile, setiembre 1999.

otorga a algunas personas que son parte de un sector discriminado y al que va dirigida la acción. En el espacio otorgado al sector discriminado, éste recibe mayores beneficios y posibilidades de acceso a algunos derechos, sin embargo, es necesario aclarar, que estos derechos no son derechos adquiridos y exclusivos del sector no discriminado, lo que si tienen es una expectativa de ocupar ciertos cargos u optar por algunos programas.

La acción positiva tiene como fin el superar los obstáculos y las condiciones concretas que imposibilitan el logro efectivo de la igualdad, otorgando beneficios a aquellas personas que en la realidad han sido desfavorecidos como consecuencia de la discriminación, resultado de las prácticas sociales o sistemas sociales y culturales, dando mayores posibilidades y oportunidades de acceso a los derechos que como personas corresponde en igualdad de condiciones.

La igualdad definida como la “circunstancia de ser iguales dos o más personas o cosas”,⁽²⁾ claramente se puede deducir que se trata de igualdad formal también llamada igualdad de derecho o igualdad de jure, establecida en nuestra Constitución Política, sin embargo el uso de acciones afirmativas es permitido, así lo establece la CEDAW, para alcanzar la igualdad real o igualdad sustantiva, sin quedarse en aquella igualdad formal establecida en leyes y normas. Es importante adicionar que las medidas deben ser temporales, por tanto deben ser eliminadas una vez que la situación se corrija.

La igualdad formal entre hombre –varón– y mujer resulta en discriminación, al vivir en una sociedad patriarcal, en la cual el hombre –varón–, es el referente de lo humano, nacemos las mujeres bajo una relación asimétrica en la cual las relaciones de poder son desiguales. El derecho no escapa a esto, sus normas son androcéntricas, es decir que su paradigma es el hombre, por tanto el hecho de establecer un principio de igualdad no significa que el resultado sea la igualdad, al contrario, en muchas ocasiones deriva en discriminación.

La discriminación contra las mujeres se presenta cuando existe distinción, exclusión o restricción basada en el sexo. Existe, por tanto, varias formas, distinción cuando se da un trato diferenciado, exclusión

(2) *Diccionario Santillana del Español*. Editorial Santillana S.A., cuarta edición, México, 1999.

cuando se deja de lado a la mujer, y la restricción cuando se limitan sus posibilidades o derechos.⁽³⁾ Puede ser definida como todo acto mediante el cual se menoscabe o anule el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos de las mujeres. La discriminación en las normas, no siempre con una simple lectura puede ser detectada, ésta puede darse por objeto o por resultado, es decir en forma directa o indirecta, ésta última precisamente es la que es difícil de detectar.

La discriminación directa ocurre desde el principio y es evidente, ejemplo la regulación constitucional Artículo 14 inciso cinco, “Son costarricenses por naturalización:” ... “La mujer extranjera que al casar con costarricense pierda su nacionalidad, o que manifieste su deseo de ser costarricense...”, en este caso la Constitución fue claramente discriminatoria, ya que el hombre extranjero que al casarse con mujer costarricense no podría optar por su naturalización, actualmente no se debe leer mujer sino persona, por tanto ya se encuentra corregido y ampliado al hombre –varón–.

La discriminación indirecta, como se mencionó, no se logra detectar fácilmente, ya que se produce por resultado, la norma no permite determinarla, al contrario parecería no discriminatoria o neutral. Un ejemplo de esto es el artículo 572 de nuestro Código civil:

“Son herederos legítimos:

1. Los hijos, los padres y el consorte, o el conviviente en unión de hecho con las siguientes advertencias:
 - a. No tendrá derecho a heredar el cónyuge legalmente separado de cuerpos si él hubiere dado lugar a la separación. Tampoco podrá heredar el cónyuge separado de hecho, respecto de los bienes adquiridos por el causante durante la separación de hecho.
 - b. Si el cónyuge tuviere gananciales, sólo recibirá lo que a éstos falta para completar una porción igual a la que recibiría no teniéndolos”.

(3) IIDH. *Acercándonos a los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de las mujeres*. Grafos Litografía, San José, Costa Rica, 2003.

De este artículo la Licda. Glenda Lee Burke Quirós, en su tesis para optar por el grado de Licenciada en Derecho, realizó un análisis en el cual llegó a determinar que esta norma al parecer neutral es discriminatoria. “Con la anterior transcripción se pretende dejar sentado nuestro punto de partida para la discusión de nuestro tema, cual es el examen de la exclusión del cónyuge supérstite de participar en la herencia en igual con los demás herederos del primer orden de la sucesión legítima. Como observará el lector cuidadoso, y a pesar de la corta y poco clara redacción, al cónyuge supérstite se le aplica una suerte de castigo por recibir, antes de la distribución de la herencia, lo que en la vida matrimonial acumuló como derecho propio e innegable...”⁽⁴⁾ Para mencionar solamente uno de los casos analizados por la Licenciada Burke, el caso A, si todos los bienes son gananciales, y hay cuatro herederos incluyendo el cónyuge supérstite, este recibirá a título de gananciales el 50% de los bienes, por tanto no heredará, porque ese porcentaje es mayor al 25% que le correspondería recibir a título de herencia, claro si no hubiera bienes gananciales. La pregunta sería ¿por qué no puede optar a la cuarta parte sobre la cuota restante?, ¿porqué no puede heredar? Ahora bien, pareciera, en todo caso, que la norma es tan discriminatoria para el hombre –varón– como para la mujer, pero, ¿qué sucede, por lo general, con la titularidad de los bienes en una sociedad patriarcal como la nuestra?, la misma Licda. Burke llega a la siguiente conclusión “...son los hombres los que preponderantemente ostentan la titularidad de los bienes durante el matrimonio deja claro que en efecto la norma cuestionada actúa de manera perniciosa en contra de la mujer cónyuge supérstite en la mayoría de los casos. Por ende tenemos una norma que es discriminatoria de género no solo por su tradición sino también de hecho en su aplicación dada la realidad social apuntada.”⁽⁵⁾

En el ejemplo anotado anteriormente la discriminación es económica, también hay discriminación en el campo político, social, cultural y civil. En el campo económico se puede anotar, además del ejemplo anterior, la diferencia del salario para hombres y mujeres realizando las mismas labores, o la contratación de hombres y no de mujeres, una

(4) BURKE QUIRÓS, Glenda. *La discriminación en contra del cónyuge supérstite en la sucesión legítima costarricense*. Tesis para optar por el grado de Licenciada en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2003, pág. 73.

(5) BURKE QUIRÓS, Glenda. *Op. cit.*, pág. 100.

entre otras razones, los hombres no quedan en estado de embarazo, por tanto “no hay pérdida para la empresa” por el pago de la incapacidad. La discriminación social y que también desemboca en económica, la mujer no tiene el suficiente apoyo en servicios, centros de atención para hijos e hijas, de manera que la mujer pueda salir a trabajar fuera del hogar, o también a disfrutar a su derecho a la recreación, porque no tiene quien cuide sus hijos o debe cumplir con los quehaceres de la casa, rol impuesto y que aún hoy no se ha logrado la corresponsabilidad y la distribución justa de estas labores con los varones que viven en el hogar. En el campo político es ardua conocida la restricción o exclusión de las mujeres para participar en cargos de decisión y de poder, tanto dentro de los partidos políticos, como para ocupar puestos de elección popular. No se debe olvidar que las mujeres constituimos el cincuenta por ciento de las personas en el mundo.

No puede existir igualdad entre hombres y mujeres cuando los resultados son desiguales y discriminatorios. No puede existir igualdad cuando alguna de las personas debe enfrentar situaciones o impedimentos graves, cuando las condiciones de vida desde el inicio son desventajosas. Analicemos en este punto si la mujer nace en desventaja con respecto al hombre –varón–, y si en algunas ocasiones es preciso adoptar medidas o programas que tengan como fin compensar esa desventaja y lograr una sociedad más justa.

En la celebración del XXXVI Período de Sesiones de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, el Secretario General de la ONU, presentó un informe que en parte de él manifestó: “Pese a los considerables progresos realizados en la eliminación de la discriminación jurídica, ..., en la práctica sigue existiendo discriminación en todos los países, como lo demuestran las estadísticas de la proporción de mujeres y hombres en la educación, la fuerza de trabajo y los puestos directivos.”⁽⁶⁾

Tal y como se ha expuesto desde el inicio, desde su nacimiento las mujeres nacemos con desventaja, al no ser el referente de lo humano, el Dr. Romero Pérez en su libro *Género y Constitucionalismo*, nos indica: “... a lo largo de la historia se ha dado un proceso de

(6) GARCÍA PRINCE, Evangelina. *Leyes y políticas públicas de igualdad, experiencias regionales y nacionales. Lecciones aprendidas*. En IIDH. Instituto Interamericano de Derecho Humanos. WWW.iidh.ed.cr. Pág. 5.

marginamiento, exclusión, subordinación, desigualdad, discriminación, falta de equidad en el tratamiento de la mujer, configurándose una sociedad machista, patriarcal, ...".⁽⁷⁾ El punto de partida entre hombre y mujer no es simétrico, así que se requiere de estrategias a fin de lograr la igualdad de oportunidades, o para eliminar esas desventajas.

Es interesante para este efecto señalar que en La Gaceta Universitaria 32-2004, AÑO XXVIII, 5 de noviembre de 2004, publicó el Acuerdo del Consejo Universitario, considerando este, entre otros puntos, que la diputada Kyra de la Rosa Alvarado, Presidenta de la Comisión Permanente de la Mujer de la Asamblea Legislativa, remitió a la señora Dra. Yamileth González García, Rectora de la Universidad de Costa Rica, el oficio de fecha 9 de junio de 2004, al que adjunta el proyecto de Incentivos a la contratación de personal femenino en la empresa, Expediente 14.983. Este proyecto de ley lo eleva la señora Rectora para consideración de los miembros del Consejo Universitario, con el fin de que este Órgano se pronuncie sobre el particular (R-3084-2004 del 14 de junio de 2004). En el acuerdo 1 y 2 de este punto, se expusieron los siguientes aspectos:

“El deseo y la necesidad de las mujeres de trabajar remuneradamente (ya sea por sus proyectos de vida de desarrollo autónomo o por la necesidad económica de supervivencia familiar) implican, lamentablemente, una inserción en desigualdad de condiciones, reflejadas en las estadísticas que muestran cómo se mantienen altos índices de segregación ocupacional, penalizaciones, a veces encubiertas por maternidad, persistentes diferencias de remuneración respecto de los hombres y una organización del trabajo y de la vida cotidiana de doble o triple jornada, que dificulta su incorporación equitativa al trabajo.”⁽⁸⁾

El principio de igualdad debe redimensionarse, hacia un principio de igualdad con sensibilidad de género. Esto es, considerando las diferencias entre las personas, hombres y mujeres, no puede haber

(7) ROMERO PEREZ, Jorge Enrique. *Género y Constitucionalismo: la distribución del poder en Costa Rica*. Editorial Investigaciones Jurídicas. San José, Costa Rica, 2003. Pág. 11.

(8) *La Gaceta Universitaria 32-2004*, AÑO XXVIII, 5 de noviembre de 2004.

igualdad en donde existen diferencias, lo que si existe y es básico para una sociedad más justa es considerar que hay igualdad de diferencias, o en otras palabras, las personas –hombres-mujeres– somos igualmente diferentes, tanto es diferente la mujer del hombre, como el hombre de la mujer. No se trata en este caso de similitud o igualdad entendida en forma tradicional, al comentar la mujer no es igual al hombre, se toma como parámetro al hombre, o cuando se indica que la mujer es similar al hombre. Entonces cabe preguntarse ¿similar a quién?, ¿es que acaso debe haber un referente de lo humano?, o la referencia debe ser hombre y mujer, considerando sus diferencias y por tanto sus diversas necesidades.

La mayoría de las necesidades que tenemos las mujeres actualmente se deben al trato desigual de la sociedad y por tanto del derecho. El derecho, al igual que otras disciplinas, se encargan entre otras funciones, de cubrir y remediar las necesidades que se les presentan a las personas, sin embargo al ser el derecho sobre todo creado por hombres, en el tapete legislativo se han considerado las necesidades del hombre –varón, y se han trabajado en ellas, teniendo estas necesidades como válidas de toda la humanidad, sin embargo cubrir las necesidades de las mujeres tiende a ser visto como tratos preferenciales injustificados, dentro de éstos como ejemplo la protección a la reproducción de los seres humanos, área en la cual se reproducen tanto mujeres como hombres, no es ni más ni menos que el mantenimiento de la humanidad. Todavía hoy, siglo veintiuno, se considera para muchos y muchas, la reproducción responsabilidad de las mujeres, o “un asunto de mujeres”, claro está, que el varón debe proveer si hay matrimonio o unión de por medio, en el mejor de los casos, si no cuando la mujer logre demostrar que el hijo o hija es de ese varón. Otro factor es que no se han considerado las necesidades de las mujeres porque no hubo oportunidad de manifestarlas, las mujeres hasta hace poco hemos tenido participación en la formación de las leyes y programas para la sociedad, con un porcentaje muy bajo en puestos de decisión y poder, y debo indicar que muchas de ellas no tienen la suficiente sensibilidad de género para dirigir sus acciones para reivindicar a la mujer, sino que muchas de ellas, por su socialización, refuerzan el sistema patriarcal, sin embargo, y pese a esto, todas contribuyen a la identificación de las necesidades propias de la mujer, y a enriquecer la imagen de nosotras las mujeres creando esperanza en otras mujeres de que sí es posible llegar a posiciones de poder y decisión.

Redimensionar el principio de igualdad entre hombre y mujer, es precisamente eso, una visión más amplia de la igualdad, reconocer las

diferencias entre ambos sin pretender que esas diferencias se deban ver en forma jerarquizada u opuesta, dando mayor o menor valor a las diferencias de acuerdo al sexo al que correspondan. Todo lo contrario las diferencias deben verse en una relación de igualdad.

En este mismo sentido la Sala Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades, sobre el derecho de igualdad, veamos: “El principio de igualdad, contenido en el Artículo 33 de la Constitución Política no implica que en todos los casos, se deba dar un tratamiento igual prescindiendo de los posibles elementos diferenciados de relevancia jurídica que puedan existir; o lo que es lo mismo, no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación. La igualdad, como lo ha dicho esta Sala, sólo es violada cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable. Pero además, la causa de justificación del acto considerado desigual, debe ser evaluada en relación con la finalidad y sus efectos, de tal forma que debe existir, necesariamente, una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad propiamente dicha. Es decir, que la igualdad debe entenderse en función de las circunstancias que concurren en cada supuesto concreto en el que se invoca, de tal forma que la aplicación universal de la ley, no prohíbe que se contemplen soluciones distintas ante situaciones distintas, con tratamiento diverso. Todo lo expresado quiere decir, que la igualdad ante la ley no puede implicar una igualdad material o igualdad económica real y efectiva.” (Ver Voto Nº 2568-93).

Algunas veces para lograr la igualdad sustantiva o real es necesario que el sector que ha sido discriminado se le provea de “instrumentos desiguales”, llamados también programas, mecanismos, los cuales son conocidos en el derecho como acciones positivas. Estas acciones para ser tomadas tienen que estar justificadas bajo los fundamentos de la justicia compensatoria, justicia distributiva y de utilidad social. Antes de entrar a cada uno de estos aspectos es necesario indicar que hay dos tipos de mecanismos, el más conocido en nuestro medio es el de cuotas, sin embargo, también existe el de objetivos. El primero de cuotas es prácticamente fija, se habla de porcentajes o número de personas pertenecientes a un sector vulnerable o vulnerabilizado (este último es el caso de las mujeres, que no es un grupo minoritario ni vulnerable, sino que por roles impuestos y desigualdad de poderes ha sido vulnerabilizado históricamente) debe entrar en un programa, institución o el más conocido para acceder a puestos de poder y decisión políticos –cuotas políticas–. El segundo mecanismo es de

objetivos, se trata de metas esperadas para alcanzar, por lo general referidos a cambios estructurales para lograr el cambio, en este caso la igualdad de condiciones y oportunidades que deriva en una sociedad más justa.

La justicia compensatoria: se parte del principio de que cualquier persona que lesiona a otra deberá compensar el daño. En el caso que nos ocupa de acción positiva se acuerdan las reparaciones de años pasados. Argumentos ya expuestos demuestran que hacia las mujeres ha existido a través de la historia, y existe discriminación, se nos ha impuesto roles que debieran ser compartidos por los varones como son las labores domésticas y el cuidado de los hijos e hijas, así como de las personas enfermas y ancianas en el hogar, se nos limitó por muchos años al ámbito privado, dentro del hogar, se nos expropió, y nos expropiaron, de muchos de nuestros derechos humanos, entre otros el derecho a la recreación, al sufragio, a decidir sobre nuestros cuerpos, a la propiedad, al trabajo, al disfrute sexual, a participar en las decisiones políticas, económicas y sociales de nuestros países, a exponer nuestras necesidades y plasmarlas tanto en la norma como en la práctica. Es cierto ha habido un pequeño cambio, sobre todo para pocas mujeres, sin embargo, hoy en día la discriminación existe, y el daño causado lo estamos viviendo, no nos es fácil el acceso al ámbito público, de ahí las cuotas políticas, no nos es fácil llegar a puestos de decisión y poder, en niveles de legisladoras, magistradas, presidentas de la república, ministras, etc. Aún hoy en día se cuestiona si algunas de las mujeres que ocupan alguno de esos cargos estará descuidando su hogar, sus hijos o hijas, su esposo o compañero, y si finalmente se preguntan si “esa mujer tendrá como prioridad su trabajo y en consecuencia abandonado su familia”.

Justicia distributiva: Su fin es mediato e inmediato, revocar los efectos presentes y futuros, no la reparación por un daño pasado, claro está que reconoce que existe un daño pasado, pero se trabaja para el presente y futuro, así que el Estado debe distribuir equitativamente los bienes, considerando que se deben dar ventajas para el beneficio de los que están más desfavorecidos. La distribución equitativa se refiere entonces a dar u otorgar en forma diferente para lograr igualdad en el resultado, no es dar a todas las personas lo mismo o igual en cantidad y calidad, sino dar más a quienes menos poseen en derechos y oportunidades para lograr resultados equitativos.

Utilidad social: Se refiere al bienestar general. Para lograr el bienestar general, en donde no existe, como consecuencia de la

discriminación, requerirá de beneficios extras para las personas más desaventajadas. Se podría indicar que si hay beneficios extras, esos beneficios restringen los beneficios de otras personas, o se podría pensar en daños a esas personas por la limitación de sus beneficios, implicaría un costo. Si queremos bienestar general debemos evaluar costos y beneficios. En este sentido Marcela V. Rodríguez menciona como ventajas, aunque exista costo para algunos y beneficios extras para otros u otras los siguientes: La promoción y desarrollo de modelos y roles deseables, destrucción de estereotipos negativos, logro e incremento de la diversidad, alivio de tensiones entre los sexos, provisión mejorada de servicios a los menos poderosos de la comunidad.⁽⁹⁾

3. CONCLUSIÓN

A pesar de que algunas personas no están de acuerdo con las acciones positivas, sobre todo alegando la violación al principio de igualdad, es preciso, que si queremos vivir en una sociedad más justa y equitativa, se debe establecer y aplicar mecanismos, programas, normas que estén encaminadas a lograr igualdad de resultados. Se debe antes reconocer que existen diferencias entre los sexos, pero que esas diferencias no deben llevar a la discriminación por motivo de sexo, valorando más las diferencias de los varones y desvalorar las diferencias de las mujeres, referidas estas diferencias a diferencias biológicas, las cuales han servido de justificación a la sociedad para establecer roles y valores jerarquizados y opuestos, según sean asignados al hombre o a la mujer. Estas diferencias por género, que son las establecidas por la sociedad, han ocasionado obstáculos, condiciones y oportunidades más desfavorables para las mujeres, así que para superar esos obstáculos se debe otorgar a las personas menos favorecidas, en este caso que nos ocupa las mujeres, mayores posibilidades y oportunidades de acceso a los derechos humanos que son intrínsecos a toda persona. Costo para los varones, beneficios para mujeres, el resultado el bienestar social, y terminar con la tensión que ha existido a través de los años entre hombres y mujeres, mal llamado por muchos la guerra de los sexos.

(9) Op. cit. *Derecho y Género*, pág. 264.

4. BIBLIOGRAFÍA

FACIO ALDA, Fries Lorena. *Género y Derecho*. Colección Contraseña, Estudios de Género, Serie Casandra. LOM Ediciones La Morada, primera edición, Santiago de Chile, setiembre 1999.

Diccionario Santillana del Español. Editorial Santillana S.A., cuarta edición, México, 1999.

IIDH. *Acerdándonos a los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de las mujeres*. Grafos Litografía, San José, Costa Rica, 2003.

BURKE QUIRÓS, Glenda. *La discriminación en contra del cónyuge supérstite en la sucesión legítima costarricense*. Tesis para optar por el grado de Licenciada en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2003.

GARCÍA PRINCE, Evangelina. *Leyes y políticas públicas de igualdad, experiencias regionales y nacionales. Lecciones aprendidas*. En IIDH. Instituto Interamericano de Derecho Humanos. WWW.iidh.ed.cr.

ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique. *Género y Constitucionalismo: la distribución del poder en Costa Rica*. Editorial Investigaciones Jurídicas. San José, Costa Rica, 2003.

La Gaceta Universitaria 32-2004, AÑO XXVIII, 5 de noviembre de 2004.

EL DERECHO A LA INFORMACIÓN ESTATAL EL CASO DE COSTA RICA^(*)

*Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez^(**)*

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

(Recibido 10/02/06; aceptado 05/04/06)

(*) Ponencia al Séptimo Congreso Nacional de Derecho de la Información Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas; Universidad de Guadalajara, Fundación Konrad Adenauer, Guadalajara, del 8 al 10 de noviembre del 2006.

(**) Director Instituto de Investigaciones Jurídicas
Catedrático de Derecho Público, Universidad de Costa Rica
e-mail: jorgerp10@mail.com; jorger@hotmail.com.
Telfax (506) 250-1160; (506) 259-4844
Apartado postal 1264 Y Griega 1011, San José Costa Rica

RESUMEN

El acceso a las oficinas de la Administración Pública es un derecho fundamental o constitucional, que tienen las personas de acudir a esas oficinas públicas para obtener información sobre temas o asuntos de interés público.

Palabras clave: Administración Pública, información, derechos constitucionales, interés público.

ABSTRACT

Access to the offices of the Public Administration is a fundamental or constitutional right that people have in order to obtain information on topics or matters of public interest.

Key words: Public Administration, information, constitutional rights, public interest.

SUMARIO

Presentación

1. Conceptualización
2. Marco jurídico
3. El derecho a la información como un derecho fundamental
4. Principios que rigen el derecho de acceso a la información pública
 - a) Democrático
 - b) Legalidad
 - c) Transparencia
 - d) Igualdad
 - e) Publicidad
5. Derecho de petición
 - a) Silencio de la Administración
 - b) Trámites administrativos
 - c) Acceso al expediente administrativo
 - d) Información de procedimiento administrativo
 - e) Fondos públicos
6. Derecho a la información
7. Naturaleza pública de la información
8. Grabadoras y videos
9. Límites al derecho de información
10. Orden público
11. Ejercicio de las libertades no es absoluto
12. Transparencia y publicidad administrativas
13. El derecho de acceso a la información administrativa
14. Tipología del derecho de acceso a la información administrativa
15. Sujetos activo y pasivo del derecho de acceso a la información administrativa
16. Objeto del derecho de acceso a la información administrativa
17. Límites intrínsecos y extrínsecos derecho de acceso a la información administrativa
18. Acceso a las oficinas públicas
19. Información pública

Conclusión

Bibliografía

La fijación de un marco legal que asegure no solo la libertad de prensa, el “derecho a decir”, sino el concomitante “derecho a saber”, a través de leyes que protejan la libertad de información, también resulta fundamental. (El derecho a contarlos. Joseph Stiglitz y Roumeen Islam; San José: periódico **La Nación**, 22 octubre 2006, p. 31 A).

PRESENTACIÓN

Tener acceso efectivo a la información que guarda el Estado o la Administración Pública, en los hechos, es una tarea difícil.

A pesar de que la Constitución Política garantiza, en el papel, ese derecho, lo cierto del caso es que la Administración se vale de una serie de tretas y de maniobras para obstaculizar la realización de esa garantía fundamental.

Por ello, el abordaje de este tema requiere de una doble estrategia: una, la del análisis del discurso constitucional que está en el papel; y, la otra, referida a la realidad.

En este documento, trataremos de utilizar esa doble estrategia, para que el análisis no quede reducido a lo que la Carta Magna dice en su texto.

Desde 1989, en nuestro país existe un espacio en el Poder Judicial, conocido como Sala Constitucional, encargada de defender la Constitución y de amparar los derechos fundamentales de las personas en el territorio nacional.

No hay duda que existe una obligación impuesta a todas las administraciones públicas, en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, de ser transparentes; y, el derecho correlativo de los administrados de acceder a la información en poder de tales administraciones (Jinesta, p. 15).

1. Conceptualización

El acceso a las oficinas de la Administración Pública es un derecho fundamental o constitucional, que tienen las personas de acudir a esas oficinas públicas para obtener información sobre temas o asuntos de interés público.

Ese derecho fundamental se enmarca dentro de los derechos públicos subjetivos de las personas o garantías individuales (Córdoba, pp. 3, 4).

2. Marco jurídico

El ordenamiento jurídico relativo a este derecho se encuentra en varias normas, entre ellas las siguientes:

- Constitución Política (7 de noviembre de 1949)
- Tratados y convenios internacionales
- Ley del sistema nacional de archivos (No. 7202, 24 octubre 1990)
- Ley general de policía (No. 7410, 26 mayo 1994)
- Ley de la administración pública (No. 6227, 2 mayo 1978)
- Código Penal (Ley No. 4573, 4 mayo 1970)
- Código Procesal Penal (Ley No. 7594, 10 abril 1996)
- Ley de la jurisdicción constitucional (No. 7135, 11 octubre 1989)
- Ley de la administración financiera de la República y presupuestos públicos (No. 8131, 18 setiembre 2001)
- Código de normas y procedimientos tributarios (No. 4755, 29 abril 1971)
- Ley de protección al ciudadano del exceso de requisitos y trámites administrativos (No. 8220, 4 marzo 2002)
- Ley orgánica del Banco Central (No. 7558, 3 noviembre 1995)
- Código de la niñez y la adolescencia (No. 7739, 6 enero 1998)
- Ley de control interno (No. 8292, 31 julio 2002)
- Ley orgánica de la Contraloría General de la República (No. 7428, 26 agosto 1994)
- Ley de la Caja Costarricense de Seguro Social (No. 17, 22 octubre 1943)
- Ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor (Ley 7472, 20 diciembre 1994)
- Ley del sistema de estadística nacional (No. 7839, 15 octubre 1998)

3. El derecho a la información como un derecho fundamental

Este derecho constitucional implica estos aspectos relacionados: buscar, recibir o difundir informaciones, opiniones o ideas de manera oral o escrita, en forma impresa, artística o por cualquier otro procedimiento (Carpizo, Carbonell; p. 163, 2003).

4. Principios que rigen el derecho al acceso a la información pública

a) Democrático

El ejercicio del derecho de acceso a la información pública, debe prevalecer en el Estado democrático y social de derecho.

Artículo constitucional 1^o)

Costa Rica es una República democrática, libre e independiente

b) Legalidad

Es el artículo constitucional 11 el que establece este principio de la siguiente manera:

Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal por sus actos es pública.

La Administración Pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes. La ley señalará los medios para que este control de resultados y rendición de cuentas opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas.

(*) El presente artículo ha sido reformado mediante ley No. 8003 de 8 de junio del 2000. La Gaceta No. 126 de 30 de junio del 2000.

Artículo 11 de la Ley de Administración Pública

1. La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes.
2. Se considerará autorizado el acto regulado expresamente por norma escrita, al menos en cuanto a motivo o contenido, aunque sea en forma imprecisa.

De esta manera el ordenamiento jurídico define el principio de legalidad. Este principio, en sentido positivo afirma:

El Estado puede actuar si una ley le permite esa actuación.

En *sentido negativo*:

El Estado no puede actuar si no hay una ley que se lo permita.

c) *Transparencia*

Transparente: dicese del cuerpo, que deja pasar la luz; dicese del cuerpo a través del cual pueden verse los objetos.

Este concepto del hablar cotidiano (no jurídico), se traslada al lenguaje de la Administración Pública (derecho administrativo) para denotar que el Estado debe ser transparente, en el sentido de que su contenido e información debe estar al servicio de las personas (administrados) y no oculta o secreta, dentro del marco de lo que es un Estado democrático y social de derecho.

Este principio le garantiza a los administrados el derecho de saber o conocer los pormenores de la función o conducta administrativa. La transparencia tiene una trile finalidad: derecho de saber, de controlar y el derecho del administrado a ser actor, no simple espectador de la vida administrativa.

El objeto de la transparencia son los documentos administrativos y el desenvolvimiento completo de la actuación y gestión administrativa (Jinesta, pp. 19 a 23).

d) Igualdad

En el numeral 33 constitucional se manda:

Todo hombre es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.

De ahí se proyecta este principio a la relación Administración Pública, administrado en el sentido de que toda persona tiene igual derecho a acceder y peticionar información ante las autoridades o agentes públicos.

e) Publicidad

Artículos constitucionales 124, 126 y 129.

Artículo 124

*Para convertirse en ley, todo proyecto deberá ser objeto de dos debates, cada uno en día distinto no consecutivo, obtener la aprobación de la Asamblea Legislativa y la sanción del Poder Ejecutivo; además, **deberá publicarse en La Gaceta**, sin perjuicio de los requisitos que esta Constitución establece tanto para casos especiales como para los que se resuelvan por iniciativa popular y referéndum, según los artículos 102, 105, 123 y 129 de esta Constitución. No tendrán carácter de leyes ni requerirán, por tanto, los trámites anteriores, los acuerdos tomados en uso de las atribuciones enumeradas en los incisos 2), 3), 5), 6), 7), 8), 9), 10), 12), 16), 21), 22), 23) y 24) del artículo 121 así como el acto legislativo para convocar a referéndum, los cuales se votarán en una sola sesión y **deberán publicarse en La Gaceta**.*

Artículo 126

*Dentro de los diez días hábiles contados a partir de la fecha en que se haya recibido un proyecto de ley aprobado por la Asamblea Legislativa, el Poder Ejecutivo podrá objetarlo porque lo juzgue inconveniente o crea necesario hacerle reformas; en este último caso las propondrá al devolver el proyecto. Si no lo objeta dentro de ese plazo no podrá el Poder Ejecutivo dejar de sancionarlo y **publicarlo** (primer párrafo).*

Artículo 129

*Las leyes son obligatorias y surten efectos desde el día que ellas designen; a falta de este requisito, diez días después de su **publicación en el Diario Oficial** (primer párrafo).*

Mediante este principio se permite a las personas la forma y el contenido de la actuación administrativa pública (Córdoba, pp. 11 a 22).

5. Derecho de petición

Artículo constitucional 27

Se garantiza el derecho de petición, en forma individual o colectiva, ante cualquier funcionario público o entidad oficial, y el derecho a obtener pronta resolución.

a) Silencio de la Administración

La Administración Pública guardó silencio ante las quejas y reiteradas peticiones de los recurrentes, lo cual es una violación al numeral constitucional 30 (*se garantiza el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público. Quedan a salvo los secretos de Estado*).

Aunque este numeral no fue expresamente invocada en el recurso de amparo, si lo fue el silencio del Ministro de obras Públicas y Transportes, el cual implica la señalada violación, que puede ser declarada por la Sala Constitucional en virtud del principio *iura novit curia* y debe serlo en virtud de que los derechos y libertades fundamentales son de orden público, por definición (referencia: voto de este Tribunal 73- 1989).

b) Trámites administrativos

Entrándose de trámites administrativos, como, el de este caso (que se refiere al otorgamiento de una concesión) tienen un carácter eminentemente público, por lo que cualquier particular sea interesado directo o no, tiene derecho a imponerse de la información que allí conste.

En esta situación, la Municipalidad se negó a expedir la certificación por ellos solicitada, aún tratándose de información pública que no se trata de la excepción contenida en el numeral 30 constitucional, la negativa resulta arbitraria y violatoria de los numerales 27 y 30 de la Constitución Política (referencia: Sala Constitucional Voto No. 4235-94).

c) Acceso al expediente administrativo

Conforme a los artículos 27 y 30 de nuestra Constitución, el accionante tiene derecho a que se le permita el acceso al expediente que contiene la resolución que le interesa, incluso para sacarle copia fotostática, pero en ningún modo está obligada la administración a facilitarle una copia de la resolución.

Es el interesado el que debe obtener el expediente y cargar con el costo y gestión de la fotocopia. No puede ni debe la administración asumir costos adicionales que contribuyan al crecimiento del gasto público, debiendo limitarse a reducirlos al mínimo posible para su funcionamiento (referencia: Sala Constitucional sentencia No. 1942-91).

d) Información de un procedimiento administrativo

Encontramos en las resoluciones anteriores aspectos que debemos resaltar. Se manifiesta en primer término que cuando estamos frente a información propia de un procedimiento administrativo, su conocimiento incumbe únicamente a las partes legitimadas en él, es decir, esta garantía se circunscribe a aquellos sujetos que tienen un derecho subjetivo o un interés legítimo en el procedimiento. Igualmente, cuando nos enfrentamos a una situación jurídica cuya relevancia es de interés público como el caso de la concesión de un servicio público, la Administración (en este caso la Municipalidad), no podría negar la información por su misma naturaleza.

La información solicitada al Ministerio recurrido es pública y no puede negársele acceso a ella, a ningún ciudadano. Para la Sala constitucional es de especial importancia, el hecho de que el recurrente ocupe el cargo de diputado, ya que, siguiendo lo anotado en el considerando anterior y dentro de la indispensable función de control interinstitucional, que en este caso puede desarrollar el Poder Legislativo, es absolutamente legítimo su interés sobre la utilización de los

fondos públicos, en el caso de las delegaciones oficiales, en el sentido de que su integración haya sido idónea y proporcionada al fin del viaje o cualquier otra consideración, que en todo caso corresponde al legislador recurrente, en su papel contralor (referencia: sentencia de la Sala Constitucional No. 3934-94).

e) Fondos públicos

Las autoridades públicas tienen la obligación de suministrar la información requerida por los ciudadanos cuando su naturaleza sea pública.

Del mismo modo, debemos de considerar que al estar de por medio *fondos públicos*, se abre la posibilidad y legitimación para realizar cualquier gestión para conocer sobre la utilización de los mismos en razón del buen cumplimiento de la función y servicios públicos.

6. Derecho a la información

Este derecho es una modalidad del derecho de pedir a las autoridades públicas cierta información, con el fin de que se plasme la publicidad de la actividad estatal.

El derecho a la información es uno de los derechos del ser humano y está referido a una libertad pública individual, cuyo respeto debe ser propiciado por el propio Estado. Este derecho distingue tres facultades esenciales de quienes lo ejercen: las facultades de recibir, de investigar y de difundir informaciones (referencia: sentencia de la Sala Constitucional No. 3074 del 2002).

La facultad de *recibir información* se refiere principalmente a la obtención, recepción y difusión de noticias o informaciones, las cuales deben referirse a hechos con trascendencia pública y ser conformes con la realidad, asequible por igual a todos, debiendo referirse a hechos relevantes cuyo conocimiento esté dirigido a formar opinión y a fomentar la participación del ciudadano, siendo requisito esencial que la información sea completa y veraz. La segunda facultad, *investigar*, se refiere a la posibilidad de investigación, es decir, al libre y directo acceso a las fuentes de información. Por último está la facultad de *difundir*, que se trata del derecho del ciudadano a la libre difusión de

opiniones e informaciones; facultad que sólo puede ejecutarse en sentido positivo pues no se contempla la posibilidad de “no difundir” informaciones o noticias.

El *derecho a la información* es uno de los derechos del ser humano y está referido a una libertad pública individual cuyo respeto debe ser propiciado por el propio Estado. Este derecho, es a la vez, un derecho social cuya tutela, ejercicio y respeto se hace indispensable para que el ciudadano tome parte activa en las tareas públicas y pueda así participar en la toma de decisiones que afectan a la colectividad. En ese sentido, es un derecho humano inalienable e indispensable en la medida en que se parte de que información significa participación.

De esta manera, si la información es requisito para que el ciudadano individualmente considerado adopte decisiones, informar, a la vez, es promover la participación ciudadana.

Ahora bien, el *derecho a la información* como tal, está compuesto por dos vertientes o dimensiones: una activa que permite la comunicación de informaciones y otra pasiva que se refiere al derecho de todo individuo o persona, sin ningún tipo de discriminación, a recibir información; información que, en todo caso, deberá ser veraz y que puede ser transmitida por cualquier medio de difusión.

A partir de lo anterior se tiene que si bien el *derecho a la información* tutela en su aspecto pasivo la posibilidad de acceder a fuentes de información con el ánimo de poder participar en la toma de decisiones de la colectividad, también es lo cierto que no se trata de un derecho irrestricto, sino que, por el contrario, está sujeto a límites y entre ellos, el derecho a la intimidad se constituye en un límite para el derecho a la información por cuanto, en la medida en que la información verse sobre asuntos que no sean de relevancia pública, se impone el respeto a la intimidad y opera como límite o barrera frente al derecho a la información.

Por el contrario, cuando la *información es de relevancia pública*, el acceso a la misma y su difusión, se imponen como regla y por ello, cuando se trate de la trascendencia pública del objeto comunicable, se justificaría la intromisión amparándose en el derecho del público a la recepción de noticias y en el derecho del informador a transmitirla, salvo, claro está, cuando se trata de una información que haya sido declarada previamente como secreto de Estado o sea falsa en cuyo caso el tratamiento de la misma, será diferente.

En relación con lo anterior, el *derecho a la información* es considerado como una garantía jurídica indispensable para que los ciudadanos puedan ejercer, en mayor o menor medida, su participación en las tareas públicas y desde este punto de vista, se trata de un derecho público y subjetivo.

Es un *derecho público* por cuanto exige la intervención del Estado para procurar información sobre las actividades que desempeñan los órganos gubernamentales, además, es un *derecho subjetivo*, por cuanto supone un poder jurídico, susceptible de regulación por el ordenamiento jurídico.

Ese *derecho a la información*, además, tiene un carácter preferente al considerarse que garantiza un interés constitucional:

La formación y existencia de una *opinión pública libre*, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, de ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática.

Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de manera responsable en los asuntos públicos, ha de ser informado ampliamente de modo que pueda formar opiniones, incluso contrapuestas, y participar responsablemente en los asuntos públicos.

Desde esta perspectiva, el *derecho a la información* no sólo protege un interés individual sino que entraña el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, cual es la *opinión pública*, indisolublemente ligada con el pluralismo político y por ende, de naturaleza colectiva.

En ese sentido, la *opinión pública* libre es contraria a la manipulación de la información, con lo cual, el ciudadano tiene el derecho a recibir y seleccionar las informaciones y opiniones que desee pues en el momento en que cualquiera de las informaciones existentes o posibles desaparece, cualquiera que sea el agente o la causa de la desaparición, está sufriendo una limitación al derecho a optar como forma de ejercitar el derecho de recibir.

El *derecho a ser informado es público* por cuanto exige la intervención del Estado y es un derecho subjetivo por cuanto supone

un poder jurídico, susceptible de ser institucionalizado y regulado por el ordenamiento jurídico para la satisfacción de fines o intereses de carácter social, basados en la naturaleza misma de la persona humana y en la organización de la sociedad. A su vez, existe un deber de los entes públicos a facilitar la información y para ello, deberán dar facilidades y eliminar los obstáculos existentes. *Los profesionales de la información* son intermediarios entre los entes públicos y los destinatarios de la información y por ende, tienen igualmente el derecho a obtener información y el deber de transmitirla lo más fielmente posible.

El objeto del derecho a la información es la noticia y por tal se ha de entender aquellos hechos verdaderos que puedan encerrar una trascendencia pública.

En esta situación, el periódico *La Nación*, planteó un recurso de amparo contra el Presidente Ejecutivo del Banco Central, en cuanto a la negativa de entregar los resultados del estudio realizado por el Fondo Monetario Internacional (FMI).

El Tribunal Constitucional afirmó que si la información en el informe del Fondo Monetario Internacional se refiere a un estudio que se hizo por un organismo internacional, externo a Costa Rica en el que no ha participado ningún órgano del Estado costarricense, sobre el estado económico del país, y en el mismo se pueden desvelar situaciones de relevancia nacional, pareciera que no existe duda alguna en cuanto a que ese informe debe ser de conocimiento público por cuanto trata aspectos que afectan a la colectividad nacional en general y por ende, los ciudadanos tienen todo el derecho de conocer la situación real del país (*sentencia de la Sala Constitucional 3074 del 2002; su por tanto declaró con lugar este recurso de amparo, ordenándosele al Presidente del Banco Central de Costa Rica la entrega inmediata, a los amparados, del informe sobre Costa Rica elaborado por el Fondo Monetario Internacional. Se condena al Banco Central de Costa Rica al pago de las costas, daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de base a esta declaratoria, los que se liquidarán, en su caso, en la vía de ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo*).

7. Naturaleza pública de la información

Es por esto que la naturaleza pública de la información es el elemento cardinal para definir el derecho a solicitarla al órgano o ente público (referencia: sentencia de la Sala Constitucional No. 561-94).

8. Grabadoras y videos

Ha existido un exceso de poder por parte del presidente municipal en el ejercicio de sus funciones, limitando con su decisión la libertad de acceso a un acto público, a reproducir la sesión con la consecuente responsabilidad personal del interesado, a comunicar lo resuelto por un ente público y la propiedad del promovente, al ser despojado injustificadamente de su grabadora (referencia: sentencia de la Sala Constitucional No. 275-91; lo mismo cabe respecto del derecho de las personas a utilizar aparatos de video –sonido e imagen–).

9. Límites al derecho a la información

Entre los límites al *derecho de información*, tenemos en primer término todas aquellas situaciones relacionadas íntimamente con la vida privada de las personas, incluyendo dentro de estos derechos el honor, la imagen y el prestigio, así como el secreto de Estado y aquellos documentos que son declarados confidenciales por ley (referencia: artículo constitucional 24: *se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones* –primer párrafo–).

El derecho a la información al igual que la función de policía del Estado, tienen su límite en la vida privada de los ciudadanos, y los interrelacionados derechos fundamentales del honor y prestigio y de la imagen.

De esta forma vemos que, por ejemplo, los expedientes judiciales penales sobre delitos son de acceso restringido combinando la tutela a la defensa con la protección de la reputación y el honor. Por ende, es menester que se plantee razonablemente un criterio de información de dependencias policiales y judiciales sobre asuntos en etapa de investigación.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, pone como límite de la libertad de información, el respeto a los derechos o la reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas. Estima la Sala que en investigaciones preliminares en procesos en que no se ha intimado ni indagado a los presuntos responsables, y en los que los tribunales no han decidido sobre el futuro de la investigación y del inculgado, la publicación de un informe policial en la prensa, atenta contra el

principio de información veraz, de posibilidad de rectificación o respuesta, y contra la honra del indiciado.

El derecho de información no es irrestricto, y en esas circunstancias no puede ser el Estado quien proporcione los datos de quien sea acusado, para que se publique con su nombre o con condiciones que aludan directamente a su identificación.

Es contrario al derecho a la reputación y al honor presentar en un artículo a una persona como delincuente si no ha sido sentenciado como tal, ni como imputado a quien no lo es. También lo será cuando se informa de una investigación preliminar si se dan los nombres de los presuntos acusados, pues puede resultar como en el presente caso, que se desestime la causa (referencia. sentencia de la Sala Constitucional No. 1026-94).

El derecho de información tiene como fundamento el interés de la comunidad de conocer la actividad del funcionario público, así como su buen o mal desempeño en el ejercicio del cargo y las informaciones que siendo de interés público se hallen en las oficinas o departamentos administrativos. No cabe duda que como toda regla tiene su excepción, la denegatoria se permite cuando sea información confidencial que comprometa la contraparte o confiera un privilegio indebido para dañar ilegítimamente a la Administración dentro o fuera del expediente (referencia: sentencia de la Sala Constitucional No. 3179-94).

Ahora bien, específicamente la Sala ha indicado que son dos las *limitaciones* que establece el artículo constitucional 30 con relación a la *información* que requieran los administrados.

En primer término, el asunto sobre el cual se pida información debe ser de relevancia o interés público; y, que no estemos frente a secretos de Estado.

Sobre la relación entre el derecho de información en asuntos de interés público en los despachos administrativos y la privacidad de los documentos o información se ha indicado:

Este caso presenta un conflicto entre el derecho a la información sobre asuntos de interés público, con el derecho a la privacidad de la información suministrada a la Caja Costarricense de Seguro Social, garantizada por el artículo 63 de la Ley Constitutiva de esa institución.

Sin embargo, de la simple lectura del artículo constitucional 30 se concluye que el *derecho a la información* existente en una oficina o departamento administrativo está calificado por su naturaleza pública. Esto es, que los datos requeridos por la persona sean aquellos relacionados con el funcionamiento de la institución, de sus políticas del uso de fondos públicos, etc.

Pero, por exclusión, aquellos asuntos en los que solamente un empleado o una persona que use los servicios que presta la C.C.S.S. está interesado, es decir que es *información confidencial* por su naturaleza, la que además está protegida por ley, y no es sino al gestionante o a la persona de que se trata a quien afecta, o a la institución misma para resolver alguna gestión, no está contemplada por la garantía del artículo 30 Constitucional (referencia: sentencia de la Sala Constitucional No. 2251-91).

10. Orden público

Cuando esté de por medio el orden público habrá motivo legítimo para restringir el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información, pues la revelación o divulgación del asunto puede alterar gravemente el funcionamiento de los órganos públicos o producir consecuencias dañinas para la paz de la Nación y el bienestar general (referencia: sentencia No. 115-83 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia).

El artículo 28 de la Constitución (*nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley. Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley*) al referirse al *orden público* en relación con las acciones privadas, lo que pretende es lograr un justo equilibrio entre los derechos individuales y los intereses de la comunidad, de tal forma que se logre una pacífica convivencia social; de otra forma, difícilmente se alcanzaría el desarrollo de las sociedades (referencia: sentencia de la Sala Constitucional No. 56-90).

11. Ejercicio de las libertades no es absoluto

La Sala Constitucional en reiteradas ocasiones ha establecido, que el ejercicio de las libertades acordadas por la Constitución no es absoluto, y pueden ser objeto de restricciones cuando se encuentren de por medio intereses superiores (referencia: sentencia de la Sala Constitucional No. 1115-94).

12. Transparencia y publicidad administrativas

En el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, todos y cada uno de los entes y órganos públicos que conforman la administración respectiva, deben estar sujetos a los principios constitucionales implícitos de la transparencia y la publicidad que deben ser la regla de toda la actuación o función administrativa. Las organizaciones colectivas del Derecho Público –entes públicos– están llamadas a ser verdaderas casas de cristal en cuyo interior puedan escrutar y fiscalizar, a plena luz del día, todos los administrados. Las administraciones públicas deben crear y propiciar canales permanentes y fluidos de comunicación o de intercambio de información con los administrados y los medios de comunicación colectiva en aras de incentivar una mayor participación directa y activa en la gestión pública y de actuar los principios de evaluación de resultados y rendición de cuentas actualmente incorporados a nuestro texto constitucional (artículo 11 de la Constitución Política). Bajo esta inteligencia, el secreto o la reserva administrativa son una excepción que se justifica, únicamente, bajo circunstancias calificadas cuando por su medio se tutelan valores y bienes constitucionalmente relevantes. Existen diversos mecanismos para alcanzar mayores niveles de transparencia administrativa en un ordenamiento jurídico determinado, tales como la motivación de los actos administrativos, las formas de su comunicación –publicación y notificación–, el trámite de información pública para la elaboración de los reglamentos y los planes reguladores, la participación en el procedimiento administrativo, los procedimientos de contratación administrativa, etc., sin embargo, una de las herramientas más preciosas para el logro de ese objetivo lo constituye el derecho de acceso a la información administrativa.

13. El derecho de acceso a la información administrativa

El artículo 30 de la Constitución Política garantiza el libre acceso a los “*departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público*”, derecho fundamental que en la doctrina se ha denominado derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, sin embargo, la denominación más acertada es la de derecho de acceso a la información administrativa, puesto que, el acceso a los soportes materiales o virtuales de las administraciones públicas es el instrumento o mecanismo para alcanzar el fin propuesto que consiste en que los administrados se impongan de la información que detentan aquéllas.

Es necesario indicar que no siempre la información administrativa de interés público que busca un administrado se encuentra en un expediente, archivo o registro administrativo.

El *derecho de acceso a la información administrativa* es un mecanismo de control en manos de los administrados, puesto que, le permite a éstos, ejercer un control óptimo de la legalidad y de la oportunidad, conveniencia o mérito y, en general, de la eficacia y eficiencia de la función administrativa desplegada por los diversos entes públicos.

Las administraciones públicas eficientes y eficaces son aquellas que se someten al control y escrutinio público, pero no puede existir un control ciudadano sin una adecuada información. De este modo, se puede establecer un encadenamiento lógico entre acceso a la información administrativa, conocimiento y manejo de ésta, control ciudadano efectivo u oportuno y administraciones públicas eficientes.

El *derecho de acceso a la información administrativa* tiene un profundo asidero en una serie de principios y valores inherentes al Estado Social y Democrático de Derecho, los cuales, al propio tiempo, actúa. Así, la participación ciudadana efectiva y directa en la gestión y manejo de los asuntos públicos resulta inconcebible si no se cuenta con un bagaje importante de información acerca de las competencias y servicios administrativos, de la misma forma, el principio democrático se ve fortalecido cuando las diversas fuerzas y grupos sociales, económicos y políticos participan activa e informadamente en la formación y ejecución de la voluntad pública.

Finalmente, el *derecho de acceso a la información administrativa* es una herramienta indispensable, como otras tantas, para la vigencia plena de los principios de transparencia y publicidad administrativas. El contenido del *derecho de acceso a la información administrativa* es verdaderamente amplio y se compone de un haz de facultades en cabeza de la persona que lo ejerce tales como las siguientes:

- a) Acceso a los departamentos, dependencias, oficinas y edificios públicos;
- b) Acceso a los archivos, registros, expedientes y documentos físicos o automatizados –bases de datos ficheros–;
- c) Facultad del administrado de conocer los datos personales o nominativos almacenados que le afecten de alguna forma;

- d) Facultad del administrado de rectificar o eliminar esos datos si son erróneos, incorrectos o falsos;
- e) Derecho de conocer el contenido de los documentos y expedientes físicos o virtuales; y
- f) Derecho de obtener, a su costo, certificaciones o copias de los mismos.

14. Tipología del derecho de acceso a la información administrativa

Se puede distinguir con claridad meridiana entre el derecho de acceso a la información administrativa:

- a) *Ad extra* –fuera– y
- b) *Ad intra* –dentro– de un procedimiento administrativo.

El *primero* se otorga a cualquier persona o administrado interesado en acceder una información administrativa determinada –*uti universi*– y el segundo, únicamente, a las partes interesadas en un procedimiento administrativo concreto y específico –*uti singuli*–.

Este derecho se encuentra normado en la *Ley General de la Administración Pública* en su Capítulo Sexto intitulado “Del acceso al expediente y sus piezas”, Título Tercero del Libro Segundo en los artículos 272 a 274.

El numeral 30 de la Constitución Política, evidentemente, se refiere al derecho de acceso ad extra, puesto que, es absolutamente independiente de la existencia de un procedimiento administrativo.

Este derecho no ha sido desarrollado legislativamente de forma sistemática y coherente, lo cual constituye una seria y grave laguna de nuestro ordenamiento jurídico que se ha prolongado en el tiempo por más de cincuenta años desde la vigencia del texto constitucional.

La regulación de este derecho ha sido fragmentada y sectorial, así, a título de ejemplo, la *Ley del Sistema Nacional de Archivos* No. 7202 del 24 de octubre de 1990, lo norma respecto de los documentos con valor científico y cultural de los entes y órganos públicos –sujetos pasivos– que conforman el Sistema Nacional de Archivos (Poderes

Legislativo, Judicial, Ejecutivo y demás entes públicos con personalidad jurídica, así como los depositados en los archivos privados y particulares sometidos a las previsiones de ese cuerpo legal).

15. Sujetos activo y pasivo del derecho de acceso a la información administrativa

El *sujeto activo* del derecho consagrado en el artículo constitucional 30 lo es toda persona o todo administrado, por lo que el propósito del constituyente fue reducir a su mínima expresión el secreto administrativo y ampliar la transparencia y publicidad administrativas. Independientemente de lo anterior, el texto constitucional prevé, también, un acceso institucional privilegiado a la información administrativa como, por ejemplo, del que gozan las comisiones de investigación de la Asamblea Legislativa (artículo 121, inciso 23, de la Constitución Política) para el ejercicio de su control político.

Debe advertirse que el acceso institucional privilegiado es regulado por el ordenamiento infraconstitucional para otras hipótesis tales como la Contraloría General de la República (artículos 13 de la Ley Orgánica No. 7428 del 26 de agosto de 1994; 20, párrafo 2º, de la Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos, No. 6872 del 17 de junio de 1983 y sus reformas), la Defensoría de los Habitantes (artículo 12, párrafo 2º, de la Ley No. 7319 del 17 de noviembre de 1992 y sus reformas), las comisiones para Promover la Competencia y Nacional del Consumidor (artículo 64 de la Ley No. 7274 del 20 de diciembre de 1994), la administración tributaria (artículos 105, 106, y 107 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios), etc.. En lo tocante a los sujetos pasivos del derecho de acceso a la información administrativa, debe tomarse en consideración que el numeral 30 de la Constitución Política garantiza el libre acceso a los “departamentos administrativos”, con lo que serán sujetos pasivos todos los entes públicos y sus órganos, tanto de la Administración Central –Estado o ente público mayor– como de la Administración Descentralizada institucional o por servicios –la mayoría de las instituciones autónomas–, territorial –municipalidades– y corporativa –colegios profesionales, corporaciones productivas o industriales como la Liga Agroindustrial de la Caña de Azúcar, el Instituto del Café, la Junta del Tabaco, la Corporación Arrocera, las Corporaciones Ganadera y Hortícola Nacional, etc.–.

El derecho de acceso debe hacerse extensivo, pasivamente, a las empresas públicas que asuman formas de organización colectivas del

derecho privado a través de las cuales alguna administración pública ejerce una actividad empresarial, industrial o comercial e interviene en la economía y el mercado, tales como la Refinadora Costarricense de Petróleo Sociedad Anónima (RECOPE), la Compañía Nacional de Fuerza y Luz Sociedad Anónima (CNFL), Radiográfica de Costa Rica Sociedad Anónima (RACSA), Correos de Costa Rica Sociedad Anónima, la Empresa de Servicios Públicos de Heredia Sociedad Anónima (EPSH), etc., sobre todo, cuando poseen información de interés público. Por último, las personas privadas que ejercen de forma permanente o transitoria una potestad o competencia pública en virtud de habilitación legal o contractual (munera pública), tales como los concesionarios de servicios u obras públicas, los gestores interesados, los notarios, contadores públicos, ingenieros, arquitectos, topógrafos, etc. pueden, eventualmente, convertirse en sujetos pasivos cuando manejan o poseen información –documentos– de un claro interés público.

16. Objeto del derecho de acceso a la información administrativa

El texto constitucional en su numeral 30 se refiere al libre acceso a los “*departamentos administrativos*”, siendo que el acceso irrestricto a las instalaciones físicas de las dependencias u oficinas administrativas sería inútil e insuficiente para lograr el fin de tener administrados informados y conocedores de la gestión administrativa.

Consecuentemente, una hermenéutica finalista o axiológica de la norma constitucional, debe conducir a concluir que los administrados o las personas pueden acceder cualquier información en poder de los respectivos entes y órganos públicos, independientemente, de su soporte, sea documental –expedientes, registros, archivos, ficheros–, electrónico o informático –bases de datos, expedientes electrónicos, ficheros automatizados, disquetes, discos compactos–, audiovisual, magnetofónico, etc.

17. Límites intrínsecos y extrínsecos del derecho de acceso a la información administrativa

En lo relativo a los *límites intrínsecos* al contenido esencial del derecho de acceso a la información administrativa, tenemos, los siguientes:

1) El fin del derecho es la “información sobre asuntos de interés público”, de modo que cuando la información administrativa que se busca no versa sobre un extremo de tal naturaleza el derecho se ve enervado y no se puede acceder.

2) El segundo límite está constituido por lo establecido en el párrafo 2º del ordinal 30 constitucional al estipularse “*Quedan a salvo los secretos de Estado*”. El *secreto de Estado* como un límite al derecho de acceso a la información administrativa es reserva de ley (artículo 19, párrafo 1º, de la Ley General de la Administración Pública), empero, han transcurrido más de cincuenta años desde la vigencia de la Constitución y todavía *persiste la omisión legislativa en el dictado de una ley de secretos de estado y materias clasificadas*.

Esta *laguna legislativa*, obviamente, ha provocado una grave incertidumbre y ha propiciado la costumbre *contra legem* del Poder Ejecutivo de calificar, por vía de decreto ejecutivo, de forma puntual y coyuntural, algunas materias como reservadas o clasificadas por constituir, a su entender, secreto de Estado.

Tocante el ámbito, extensión y alcances del *secreto de Estado*, la doctrina es pacífica en aceptar que comprende aspectos tales como la seguridad nacional (interna o externa), la defensa nacional frente a las agresiones que atenten contra la soberanía e independencia del Estado y las relaciones exteriores concertadas entre éste y el resto de los sujetos del Derecho Internacional Público (vid. artículo 284 del Código Penal, al tipificar el delito de “revelación de secretos”).

No resulta ocioso distinguir entre el secreto por razones objetivas y materiales (*ratione materiae*), referido a los tres aspectos anteriormente indicados (seguridad, defensa nacionales y relaciones exteriores) y el secreto impuesto a los funcionarios o servidores públicos (*ratione personae*) quienes por motivo del ejercicio de sus funciones conocen cierto tipo de información, respecto de la cual deben guardar un deber de sigilo y reserva (vid. artículo 337 del Código Penal al tipificar y sancionar el delito de “divulgación de secretos”).

El *secreto de Estado* se encuentra regulado en el bloque de legalidad de forma desarticulada, dispersa e imprecisa (v. gr. Ley General de Policía No. 7410 del 26 de mayo de 1994, al calificar de confidenciales y, eventualmente, declarables secreto de Estado por el Presidente de la República los informes y documentos de la Dirección de Seguridad del Estado –artículo

16–; la Ley General de Aviación Civil respecto de algunos acuerdos del Consejo Técnico de Aviación Civil –artículo 303, etc.). El *secreto de Estado* en cuanto constituye una excepción a los principios o valores constitucionales de la transparencia y la publicidad de los poderes públicos y su gestión debe ser interpretado y aplicado, en todo momento, de forma restrictiva.

En lo concerniente a las limitaciones o límites extrínsecos del derecho de acceso a la información administrativa tenemos los siguientes:

i) El artículo 28 de la Constitución Política (párrafo segundo) establece un límite extrínseco:

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

ii) El artículo 24 de la Constitución Política le garantiza a todas las personas una esfera de intimidad intangible para el resto de los sujetos de derecho, de tal forma que aquellos datos íntimos, sensibles o nominativos que un ente u órgano público ha recolectado, procesado y almacenado, por constar en sus archivos, registros y expedientes físicos o automatizados, no pueden ser accedidos por ninguna persona por suponer ello una intromisión o injerencia externa e inconstitucional.

Obviamente, lo anterior resulta de mayor aplicación cuando el propio administrado ha puesto en conocimiento de una administración pública información confidencial, por ser requerida, con el propósito de obtener un resultado determinado o beneficio.

En realidad esta limitación está íntimamente ligada al primer límite intrínseco indicado, puesto que, muy, probablemente, en tal supuesto la información pretendida no recae sobre asuntos de interés público sino privado. Íntimamente ligados a esta limitación se encuentran el secreto bancario, entendido como el deber impuesto a toda entidad de intermediación financiera de no revelar la información y los datos que posea de sus clientes por cualquier operación bancaria o contrato bancario que haya celebrado con éstos, sobre todo, en tratándose de las cuentas corrientes, ya que, el numeral 615 del Código de Comercio lo consagra expresamente para esa hipótesis, y el secreto industrial, comercial o económico de las empresas acerca de determinadas ideas, productos o procedimientos industriales y de sus estados financieros, crediticios y tributarios. Habrá situaciones en que la

información de un particular que posea un ente u órgano público puede tener, sobre todo articulada con la de otros particulares, una clara dimensión y vocación pública, circunstancias que deben ser progresiva y casuísticamente identificadas por este Tribunal Constitucional.

iii) La averiguación de los delitos, cuando se trata de investigaciones criminales efectuadas por cuerpos policiales administrativos o judiciales, con el propósito de garantizar el acierto y éxito de la investigación y, ante todo, para respetar la presunción de inocencia, el honor y la intimidad de las personas involucradas.

En el *Por tanto* del voto de la Sala Constitucional 2120 del 2003, se declaró con lugar el respectivo recurso de amparo.

De este modo, se ordenó que se proceda en forma inmediata la Caja Costarricense de Seguro Social, a través de su Presidente Ejecutivo, a suministrarle a la periodista Giannina Segnini Picado, a costo de ésta, la información que le solicitara oportunamente a la Junta Directiva de esa entidad el pasado 13 de septiembre del 2002, la cual consiste en una copia en formato digital, preferiblemente disco compacto, de la base de datos actualizada que contiene los beneficiarios del Régimen no Contributivo de Pensiones con inclusión de las variables número de cédula, monto de pensión y el motivo de la asignación. Todo lo anterior bajo el apercibimiento que de conformidad con el artículo 71 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se impondrá pena de prisión de tres meses a dos años o de veinte a sesenta día multa a quien reciba una orden de esta Sala que deba cumplir o hacer cumplir y la inobserve, siempre que el delito no esté más gravemente penado. Se condena a la Caja Costarricense de Seguro Social al pago de las costas, los daños y perjuicios ocasionados los que se liquidarán, en su caso, en ejecución de sentencia en la vía contencioso administrativa (referencia: sentencia de la Sala constitucional 2120 del 2003).

18. Acceso a las oficinas públicas

El artículo 30 de la Constitución Política garantiza el derecho de toda persona, a tener acceso a las oficinas públicas, ya sea personalmente o por medio de solicitud escrita, para obtener información sobre asuntos de interés público, siempre que no se trate de un secreto de Estado.

Esta información a la que puede acceder cualquier administrado, se refiere fundamentalmente a la actividad de los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones y a la forma en que se administran los fondos públicos en general, con la única salvedad de que se trate de un secreto de Estado o que la información sea suministrada a la administración por particulares confidencialmente, para gestiones determinadas, pues en estos casos se conservará la confidencialidad siempre y cuando ésta se encuentre constitucional o legalmente protegida.

Asimismo, la información solicitada por la persona, debe ser de interés público, entendido como todo asunto relacionado con la marcha de la institución de que se trate, con las salvedades que se dirán.

El interés público de la información guardada en una oficina del Estado, evidentemente tiene relación con la actividad ordinaria del ente que de esa actividad se trate, según las definiciones constitucional y legislativa que se haya hecho, y esto en relación con los aspectos propios de la función administrativa, excluyéndose los datos sobre actividades privadas desplegadas en relación con el ente público. Así, puede existir información que sólo interesa al ciudadano que ha contratado o en alguna forma interactuado con el Estado o en una de sus dependencias, y que fue suministrada únicamente con un fin determinado, más no para ser difundida a terceros.

19. Información pública

El amparado formuló una solicitud con fecha tres de setiembre de dos mil tres, para que la Gerencia Médica de la Caja Costarricense del Seguro Social, le indicara las acciones tomadas a efectos de buscar soluciones a los planteamientos realizados por el Consejo Nacional de Administradores para promover una adecuada gestión de los servicios de salud.

Al respecto, considera esta Sala que la información solicitada por el amparado reviste una naturaleza evidentemente pública, toda vez que existe un interés general en la adecuada gestión de los servicios de salud.

Por lo anterior, independientemente que el amparado haya acudido o no en representación del Sindicato que señala, lo cierto es que la **información solicitada es de interés público**, por lo que la negativa de la autoridad recurrida de brindar la información resulta ilegítima. Nótese además, que la información solicitada por el amparado

no se trata de una actividad privada del ente, sino que tiene relación con la forma en que se presta un servicio público, lo cual no está enmarcado dentro de las excepciones legal o constitucionalmente protegidas.

Así las cosas, la actuación de la autoridad recurrida al negar la información solicitada por el amparado por considerar que no cuenta con un interés legítimo en el asunto resulta arbitraria y contraria a lo dispuesto en el *artículo 30 de la Constitución Política*. Por lo anterior, el recurso debe acogerse con sus consecuencias.

El *Por tanto*, declaró con lugar el recurso de amparo, ordenándosele al Gerente de la División Médica de la Caja Costarricense del Seguro Social, o a quien en su lugar ejerza ese cargo, que, dentro del plazo de cinco días contado a partir de la notificación de esta resolución, suministre la información solicitada por el recurrente Juan Carlos Brenes Retana mediante nota del tres de setiembre de dos mil tres. Se condena a la Caja Costarricense de Seguro Social al pago de las costas, daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de base a esta declaratoria, los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo. Se advierte al señor Horacio Solano Montero o a quien ocupe el cargo que, de conformidad con el artículo 71 de la Ley de esta jurisdicción, se impondrá prisión de tres meses a dos años, o de veinte a sesenta días multa, a quien recibiere una orden que deba cumplir o hacer cumplir, dictada en un recurso de amparo y no la cumpliere o no la hiciere cumplir, siempre que el delito no esté más gravemente penado (referencia: sentencia de la Sala Constitucional 72 del 2004).

Conclusión

La protección al derecho de acceso a la información contenida en las oficinas de la Administración Pública, es fundamental en un sistema democrático.

Se debe tomar en consideración que la configuración, defensa y potenciación del *derecho de acceso a la información* en poder de la Administración Pública constituye uno de los varios instrumentos de la *lucha contra las inmunidades del poder*, es decir, contra el secretismo y el hermetismo impuestos por un modelo de organización burocrático y autoritario; y, sus nefastas consecuencias (Jinesta, pp. 15 y 16).

Sin duda el rol de la Sala Constitucional en la protección de este derecho fundamental ha sido y es importante.

BIBLIOGRAFÍA

- Basterra, Marcela. *El derecho fundamental de acceso a la información pública* (Buenos Aires: LexisNexis, 2006).
- Caballero, José et al. *Derecho de acceso a la información en el Poder Judicial* (México: Konrad Adenauer Stiftung, Miguel Angel Porrúa, 2006).
- Carpizo, Jorge; Miguel Carbonell. *Derecho a la información y derechos humanos* (México: Porrúa, 2006).
- Chapus, René. *Droit Administratif Général* (Paris: Montchrestien, 1998).
- Concha, Hugo et al. *Transparentar al Estado: la experiencia mexicana de acceso a la información* (México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004).
- Córdoba, Jorge. *La legislación costarricense y el derecho de acceso a la información pública* (San José: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad de Costa Rica, 2004).
- Derecho de petición. Concepto...* (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., Cuadernos de jurisprudencia constitucional, 2005).
- Derecho de petición. Derecho de respuesta al ciudadano...* (San José: Investigaciones Jurídicas S.A, Cuadernos de jurisprudencia constitucional, 2006).
- Base constitucional y análisis de la Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Petición Española* (San José: Revista de Derecho Público N° 3, 2006. Asociación Costarricense de Derecho Administrativo).
- García de Enterría, Eduardo; Tomás. Ramón Fernández. *Curso de derecho administrativo* (Madrid: Civitas, 2006).
- González, Luis. *Transparencia y acceso a la información en la Unión Europea* (Salamanca: Colex, 2002).
- Jinesta, Ernesto. *Transparencia administrativa y derecho de acceso a la información administrativa* (San José: Juricentro, 2006).
- Jiménez, Gustavo. *Notas sobre el acceso de los terceros a las sentencias* (San José: revista Iustitia, noviembre-diciembre, 2001).
- Nava, Salvador, et al. *Derecho de acceso a la información pública parlamentaria* (México: Instituto Iberoamericano para el fortalecimiento del Poder Legislativo, Miguel Angel Porrúa, 2006).

Parejo, Luciano. *Derecho Administrativo* (Madrid: Ariel, 2003).

Ríos, Juan. *Derecho a la información en México* (México: Porrúa, 2006).

Romero-Pérez, Jorge Enrique. *Derecho Administrativo* (San José: Universidad Estatal a Distancia, 2002).

Santamaría, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo* (Madrid: Centro de estudios Ramón Areces, 2000).

Villalobos, Alfredo. *Conflicto entre la libertad de información, el honor en España, Costa Rica* (San José: Revista de Ciencias Jurídicas Nº 111, 2006).

Villanueva, Ernesto. *Derecho de la información* (México: Miguel Angel Porrúa, 2006).

Derecho de acceso a la información en el mundo (México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Miguel Angel Porrúa, 2006).

Derecho Comparado de la información (México: Universidad Iberoamericana, Miguel Angel Porrúa, 2002).

Temas selectos de derecho de la información (México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004).

(Coord.) *Derecho de la información. Culturas y sistemas jurídicos comparados* (México: UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007).

LA ÉTICA DEL NOTARIO PÚBLICO

Lic. Rodolfo García Aguilar^(*)

Abogado y Notario
Profesor de la Universidad
de Costa Rica
Sede de Occidente

(Recibido 15/11/05; aceptado 05/04/06)

(*) Teléfono 385-0540
e-mail: rga3cr@yahoo.com

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo general exponer la temática de la ética, su influencia dentro del quehacer profesional del abogado y por último, y más específicamente, el tema aplicado a la práctica del Notario Público.

Con este ensayo no se pretende agotar el tema, sino abrir la polémica, no sólo sobre los temas generales, sino sobre lo específico del Notario y sus responsabilidades éticas.

Palabras clave: Derecho natural, derecho positivo, deontología, notariado, responsabilidad moral y ética.

ABSTRACT

The objective of this article is to portray the topic of ethics, its influence on the professional work of lawyers, and finally and more specifically, on the practice of the notary public.

This article does not aim at presenting an exhaustive argument on this topic; on the contrary, it seeks to open a discussion, not only on the general issues, but specifically on the Notary Public and his moral and ethical duties.

Key words: Natural law, positive law, deontology, Public Notary, moral and ethical duties.

SUMARIO

Introducción

Desarrollo

1. La ética y el derecho
2. La deontología del abogado y el notario
 - 2.1. Principio de obra según ciencia y conciencia
 - 2.2. Principio de probidad
 - 2.3. Principio de dignidad y decoro
 - 2.4. Principio de independencia
 - 2.5. Principio de libertad profesional
 - 2.6. Principio de diligencia
 - 2.7. Principio de desinterés
 - 2.8. Principio de información
 - 2.9. Principio de secreto profesional

Conclusión

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se presenta, como primera parte, una breve reflexión sobre las diferencias entre el derecho natural y el derecho positivo, como fundamentos de lo que debe ser una práctica profesional consciente. Conciente en el sentido de que todos los actos tienen su razón de ser y sus implicaciones a nivel social, político, legal y humano.

El ser humano actuando como profesional debe ser consciente de que no sólo en su práctica, sino en la creación del derecho, se debaten constantemente distintos conceptos y valoraciones sobre lo que es el ser humano.

Es en esta práctica donde se debe ser capaz de ver el fundamento de cada una de esas valoraciones y poder optar por la que se considera más acertada, no en un momento determinado, sino como marco teórico de referencia.

En un segundo momento, se enumeran una serie de principios deontológicos, con el objetivo ilustrar prácticas profesionales adecuadas que deberían regir nuestro ejercicio profesional.

DESARROLLO

1. LA ÉTICA Y EL DERECHO

El tema filosófico, y por lo tanto universal, de que el ser humano en su quehacer genera actos libres, mediados por una reflexión racional, impulsado por la voluntad, y que se califican como actos buenos o malos, ya sea a partir de un referente conceptual único, o relativo a las circunstancias históricas, ha sido siempre un campo de análisis teórico.

Diferentes posturas se han debatido a lo largo de la historia, cada una con sus implicaciones teórico-prácticas, buscando el fundamento que le da a los actos del ser humano un carácter de bueno o de malo en referencia a otras formas de actuar o de comportamientos.

Las dos posiciones extremas más importantes han sido el naturalismo ético, vigente hasta hace unos ciento cincuenta años, que plantea que los valores morales, incluso el derecho, vienen dados de antemano, ya sea por la dirección divina, por el orden de la naturaleza

o por una razón universal, y, el relativismo ético, que considera que los valores y el derecho vienen dados por circunstancias histórico-sociales que van condicionando poco a poco, en un proceso de cambio los valores tanto morales como jurídicos, que ha sido, en sus diferentes versiones la posición dominante en el último siglo y medio.

¿Cuál es la posición correcta?... es un asunto no sólo de convicción ético-política, sino también jurídica, pues a la hora de determinar el camino que debe seguir el derecho, o la función pública que debe seguir el Derecho Notarial debe inscribirse dentro de una de las tantas concepciones filosóficas, que hasta la fecha ha creado el ser humano en su intento de ubicarse como ser racional dentro de un infinito mundo que ha veces se le presenta como simple, y, a veces (como debe ser) variado y complicado, no sólo en su aspecto físico sino también en sus aspectos económico, político, social y humano.

En nuestro caso, al abogado y el notario, deben ser conscientes de ¿cuáles son las raíces filosófico-políticas que fundamentan su actuar para saber cuál es la dirección práctica que debe seguir?

Véase una situación específica: un abogado y notario de la corriente naturalista, nunca podría estar de acuerdo con un proyecto de ley que propusiera la legalización del aborto, en ninguna de sus manifestaciones, ni siquiera en el caso de aborto por razón de violación.⁽¹⁾

No se puede aceptar el aborto porque la vida ha sido dada por Dios, en el caso de la tradición cristiana, y por lo tanto sólo él puede quitarla, o, tomar en cuenta el valor vida como el primero que debe considerarse en cuenta a la hora de la determinación de una opción como la que se plantea.⁽²⁾

En el otro extremo teórico, un relativista ético, dependiendo del momento histórico-social y económico, podría decir que cada mujer es libre de su autodeterminación, y escoger qué quiere hacer con el ser

(1) Aunque en la actualidad en nuestro ordenamiento jurídico está aceptado el aborto terapéutico, artículo 121 *Código Penal*, porque así ya ha sido aceptado en la tradición católica, que es fuente cultural y que inspira, en parte, la moral occidental.

(2) En este sentido corresponde, a nuestro ordenamiento jurídico: “la vida humana es inviolable”, artículo 21 *Constitución Política*.

que tiene en su vientre. Se argumentaría el costo emocional de tener o procrear un ser que no ha sido pedido, integrando elementos de su momento histórico.⁽³⁾

El naturalista contestaría que cómo el ser inocente, la parte más débil de la situación, es la que tiene que sufrir lo que otro ser ha hecho, sin saber cuál puede ser efectivamente el futuro de ese ser, defendiéndose así a ultranza el valor jurídico por excelencia: la vida.

La clonación es otro ejemplo, donde estas dos concepciones quedarían ejemplificadas: en buena teoría el naturalista no estaría de acuerdo, y el relativista podría estar de acuerdo según la circunstancia histórico-social y hasta social y personal. Independientemente de la posición, lo que se exige, racionalmente, es que el profesional, en nuestro caso, sea consecuente con una fundamentación ética.

En este sentido, por ejemplo, un notario público podría abstenerse de realizar un divorcio, porque dentro de su concepción moral, que podría ser naturalista o relativista, el matrimonio es un sacramento, o contrato, caso contrario, que no puede disolver el ser humano o un simple documento, situación que estaría perfectamente contemplada como decisión moral (causa moral), o por el contrario sí podría disolverlo por acuerdo de las partes, dándose los requisitos necesarios de ley.

Porque en el caso de la concepción del derecho positivo, lo que existe y se debe aplicar es la ley. No debe haber influencias ajenas a los escrito y tramitado como tal.

Tanto el abogado⁽⁴⁾ como el notario están obligados a reconsiderar su posición ética, su perspectiva filosófica, para poder desenvolverse no sólo como profesionales, sino como seres humanos portadores de valores y creadores de leyes que tienen una orientación político-jurídica determinada.

¿Podría un notario abstenerse de realizar una donación sabiendo que ésta lo que busca en el fondo es ocultar los bienes porque el

(3) En nuestro ordenamiento jurídico también se contempla esta situación: Art. 120 *Código Penal*: "...para ocultar la deshonra de la mujer..."

(4) Artículos 14, 17, 37 y 44 *Código de Deberes jurídicos, morales y éticos del Profesional en Derecho*.

compareciente piensa divorciarse, y así no dejar ningún bien respondiendo en su futura situación, dejando desamparada a su actual familia, resultando así una simple simulación?

La respuesta lleva implícita una valoración ética, un uso de una posibilidad que el derecho abre y que el profesional en derecho y notario tiene que contemplar. En su decisión reproduce una serie de valores morales con efectos sociales inmediatos de los cuales el profesional debe ser consciente.

El abogado y notario no son sólo “expertos en códigos” tienen seres humanos al frente (clientes en el caso del Abogado, usuarios o comparecientes en el caso del Notario) con situaciones legales que deben ser resueltas de la mejor manera posible, pero, cuál es esa manera? La respuesta es legal y moral.

El anterior compromiso se agrava más cuando se analiza la función social del derecho y la función pública del notario, y en este segundo caso cuando el Estado ha autorizado el ejercicio de la función, y donde se espera que sea cumplida a cabalidad: legal y moralmente.

En este sentido: “...Que el ejercicio de la función notarial delegada por el Estado en el Notario Público debidamente habilitado, exige de éste, un ejercicio seguro y eficaz, donde convergen una serie de principios éticos y morales, que el fedatario debe tener presente al brindar el servicio, así tenemos que, de acuerdo a la ley, el Notario Público, en el ejercicio de la función notarial debe cumplir con ciertos requisitos, condiciones y deberes y todas las actuaciones notariales, por su naturaleza, exigen una adecuada asesoría jurídico notarial dentro de un clima originado y dirigido por principios ético morales”.⁽⁵⁾

No es que el abogado-notario deba ser un moralista contemplativo y fundamentalista, sino que, por el contrario, el profesional en general es portador de valores, genera, crea, reproduce valores, de los cuales se debe ser consciente para poder tener un margen de acción y de creación del derecho mismo.

El ejercicio profesional se debe ejercer conscientemente en el sentido de verse como objeto de estudio y poder analizar los efectos de la práctica profesional con el fin de poder corregir y modificar, tanto la dirección del instrumento como su efecto en el contexto social.

(5) *Directriz No. 2001-004*. Dirección Nacional del Notariado.

El derecho es un instrumento, conformado por concepciones de mundo que subyacen como fundamento del mismo.

El derecho se ejerce utilizando la técnica, orientada por el valor de justicia (sólo para nombrar uno) que se ha tomado como eje, y que se reivindican en la práctica y en la relación con los otros seres humanos, de por sí portadores (emisores y receptores) de valores, que nos permiten llegar a la realización de un concepto de derecho como un viaje de lo actual al deber ser, como un ideal que surge de la práctica, de la coexistencia en la dinámica social-política y jurídica, debe ser la guía, tanto en una concepción como en la otra.

Porque si bien, en la concepción positivista (para unificar el nombre a tantas versiones y posibilidades que se puedan dar dentro de la misma, incluida la Axiología, de gran boga en nuestra época) en el fondo defiende una concepción de justicia preconcebida puesto que la práctica refleja ya un concepto de hombre, de sociedad, de derecho y de Dios.

2. LA DEONTOLOGÍA DEL ABOGADO Y EL NOTARIO

Para efectos de exposición, y específicamente sobre al actuar de los profesionales en Derecho, se hace referencia a la Deontología profesional, vista como la rama de la filosofía que estudia las normas, valores, que deben orientar el quehacer de los mismos.

Dichos principios tienen orientaciones tanto naturalistas como relativistas, y no es el propósito del presente trabajo buscar y ubicar históricamente dichas raíces, pues excede en espacio y objetivo del mismo.

Como única aproximación diremos que existen y que obedecen más bien a la práctica, que se ha venido dando en los últimos años, y no tanto a una reflexión filosófica del “deber ser” referido a valores fundamentales predeterminados o a concepciones relativistas.

Si bien se refieren al “deber ser”, es un deber ser ya dado, dentro de una práctica occidental, fundamentalmente, en el campo estrictamente profesional.

La fundamentación filosófica de dicho actuar la podemos encontrar en el utilitarismo o en el pragmatismo, con las implicaciones

teóricas y prácticas que cada uno de ellos implica, ubicándose ambas posiciones en una postura relativista.

Aunado a lo anterior, recordemos que el quehacer profesional del notario es distinto al del ahogado, no por eso estos principios deontológicos, básicos, dejan de ser inaplicables, por el contrario, siendo requisito para ser notario el ser abogado, los principios son válidos, y donde se puede ampliar a otros específicos de la práctica del notariado.

Todo profesional, además de tener la obligación de buscar y estudiar su fundamento teórico, como ser humano y como profesional, está en la obligación de también acatar los principios deontológicos, en la búsqueda de un mejor desempeño.

Con una concepción clara de sus fundamentos puede darle una aplicación consciente a estos principios y ampliarlos a otros ámbitos de la práctica profesional. Estos principios no se agotan en sí mismos, son sólo referencias y aplicaciones prácticas.

Dentro de los principios deontológicos más importantes, y dentro de una escogencia del autor, que guían el quehacer profesional tenemos:

2.1. PRINCIPIO DE OBRA SEGÚN CIENCIA Y CONCIENCIA

Este principio deontológico, que se ha definido como universal, en el sentido de que se aplica a todas las profesiones, artes y oficios, exige en nuestro caso, que el profesional deba estar actualizado, deba continuar su proceso de aprendizaje y de creación del derecho sustantivo, de fondo, y el derecho adjetivo, de forma: el derecho notarial.

El profesional en derecho está, a partir de este principio obligado a conocer el derecho sustantivo y adjetivo aplicándolo adecuadamente a cada una de las situaciones y haciendo las valoraciones éticas necesarias para prever las implicaciones práctico-sociales de las mismas.

Deberá excusarse de brindar sus servicios, excepcionalmente, por causa justa moral o legal, cuando a partir de su valoración del hecho prevea implicaciones negativas tanto para sus comparecientes como para terceros que en ese momento no se encuentran al frente haciendo las consultas del caso.⁽⁶⁾

(6) Artículos 5, 7, 8, 12 y 22. *Código de Deberes Jurídicos, morales y éticos del profesional en Derecho.*

Acorde con lo anterior, “el notario no podrá autorizar actos o contratos contrarios a la ley, o ineficaces, o aquellos que para ser ejecutados requieran autorización previa, mientras ésta no se haya extendido, o realizar cualquier otra actuación o requisito que impida su debida inscripción en los respectivos registros”.⁽⁷⁾

Por otro lado, en el *artículo 15 del Código Notarial*, refiriéndose a la responsabilidad de los Notarios, se estipula que son responsables por el incumplimiento de sus obligaciones y deberes como profesionales, así como por la violación de las leyes y sus reglamentos, careciendo de validez cualquier manifestación de las partes en que se releve de responsabilidad para el incumplimiento de sus obligaciones al notario.

En el aspecto de la conciencia, entendida en sentido amplio, se incluye valorar correctamente las implicaciones de la función pública que se le ha sido delegada, donde un punto fundamental es la fé pública, presunción *iuris tantum* de certeza de las manifestaciones que consten en un instrumento público.⁽⁸⁾

2.2. PRINCIPIO DE PROBIDAD

Este principio, también considerado como universal, hace referencia a la honestidad del profesional. Honestidad consigo mismo, como ser humano y profesional, con los demás en cuanto a sus servicios.

Hace referencia al respecto que debe tener el profesional con sus clientes, en el caso del abogado, y con los comparecientes en el caso del notario, a quienes tiene que tratar con absoluta objetividad e imparcialidad explicando las implicaciones de sus actuaciones, y donde debe haber un estricto apego a la legalidad. Por eso se dice que la función del abogado es parcial pero objetiva, y la del Notario: imparcial y objetiva.⁽⁹⁾

La honestidad debe ser reflejada por el profesional y así exigirlo a sus comparecientes, en caso de no poderse llegar a ese nivel, vía

(7) Artículo 7, inciso d, del *Código Notarial*.

(8) Artículos: 1, 6, 31, 34, 35 y 89 del *Código Notarial*.

(9) Artículo 35 *Código Notarial*.

diálogo, el notario debe abstenerse de ejecutar el acto, si éste tiene implicaciones negativas para una de las partes.

“El Notario Público que autorice y expida documentos estando suspendida la vigencia de la función notarial, incurre en un ejercicio al margen de la ley, por cuanto violenta el ordenamiento notarial, y su conducta es reprochable desde el punto de vista ético moral, cuando conociendo la causa impeditiva, proceda a brindar el servicio notarial a los usuarios que concurren en vía de un asesoramiento. Con este actuar, el fedatario afecta la fe pública, de la cual éste es revestido. Este ocultamiento que realiza el notario, implica la violación a la ley en la materia, los principios que rigen la misma y las normas ético moral del decoro, probidad y lealtad hacia los usuarios, terceros o la misma fé pública”.⁽¹⁰⁾

Otro comportamiento contrario al principio en cuestión sería el cobro excesivo de los honorarios, irrespetando el artículo 143, inciso f, del Código Notarial, con suspensión de hasta un mes de acuerdo a la importancia y gravedad de la falta. Situación que no sólo afecta a los usuarios, sino también a los colegas, generándose una “competencia desleal”.

De igual manera, el irrespeto al artículo 144, inciso c, y el artículo 146 incisos b y c, van en contra principio de probidad, de honestidad del funcionario, actuaciones que tienen sus respectivas suspensiones de hasta por seis meses en el primer caso, y hasta por diez años en el segundo.

2.3. PRINCIPIO DE DIGNIDAD Y DECORO

Estos dos principios, hacen referencia a la imagen que el profesional tiene de sí y la imagen que proyecta en el desempeño de sus funciones.

El principio del decoro hace referencia al honor, al respeto del profesional.

El principio de dignidad hace referencia a la excelencia, el realce tanto a nivel privado como profesional, configurando la reputación y el respaldo del prestigio de la profesión que ejerce.

(10) *Directriz No. 2001-004*. Dirección Nacional del Notariado.

Una situación donde se vería violentado dicho principio es en el préstamo del protocolo, pues la asesoría y asistencia del notario es personalísima y no puede ser sustituida, mucho más si con esta práctica se promueve el ejercicio de la profesión por parte de personas que no están capacitadas ni habilitadas para el ejercicio de la función.⁽¹¹⁾

La imagen de la profesión se verá menoscabada en tanto que cualquier persona podría portar el protocolo y realizar instrumentos contrarios a la ley o por lo menos, en el mejor de los casos, no dar la asesoría necesaria a los comparecientes.

El usuario busca los servicios de un profesional, éste es el responsable⁽¹²⁾ y “carecerá de validez cualquier manifestación de las partes en que el notario sea relevado de responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones”.

2.4. PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA

Este principio, al igual que los que le siguen, son considerados como sectoriales, y hace referencia a la exigencia del profesional de ser el director de todo el ciclo cartular y de los procesos no contenciosos en Sede Notarial.

No debe haber injerencia externa que dirija irresponsablemente la generación de los documentos notariales, mucho menos los instrumentos públicos en cuanto a la información que en ellos se consigne y la documentación que se debe guardar en el respectivo protocolo de referencia.

Si se pierde la independencia se pierde la objetividad y la imparcialidad que se busca del notario público, con lo cual se está perdiendo parte sustancial de su deber ser.

El elemento subordinación a un superior podría en algunas situaciones particulares generar instrumentos parcializados en beneficio de una de las partes.

(11) Artículos: 18 y 24. *Código de Deberes Jurídicos, morales y éticos del profesional en derecho.*

(12) Artículos 6, 15 y siguientes del *Código Notarial.*

Por lo anterior es de suma importancia tomar en cuenta las prohibiciones del artículo 7 del *Código Notarial* donde se prohíbe expresamente autorizar actos o contratos jurídicos en la Administración Pública, instituciones estatales descentralizadas o empresas públicas, de las cuales reciba salario o dietas, donde aparezca como parte sus patronos o empresas subsidiarias.

De igual manera la prohibición de autorizar actos o contratos en los cuales tenga interés el mismo notario así como alguno de los intérpretes o los testigos instrumentales, sus respectivos cónyuges o convivientes, ascendientes, descendientes, hermanos, tíos o sobrinos por consanguinidad o afinidad.⁽¹³⁾

2.5. PRINCIPIO DE LIBERTAD PROFESIONAL

Este principio hace referencia a la opción, a la libre determinación del profesional de escoger ejercer la función del notariado, pero es más restringida que en el caso del abogado, en el que se amplía a la libertad de escoger tanto su clientela como su especialidad.

En el caso del notario se restringe a la escogencia de la ubicación de su oficina, su horario de atención, pero no a su función estrictamente profesional donde está obligado a realizar todos los trabajos que se le soliciten a excepción de que tenga una causa justa legal o moral.⁽¹⁴⁾

2.6. PRINCIPIO DE DILIGENCIA

Este principio hace referencia al cuidado, a la agilidad, al celo, al esmero, a la prontitud, ligereza en la ejecución del trámite solicitado, obliga al notario a realizar todos los trámites de las inscripciones del documento, en el caso de que así sea, o de cumplir con todas las formalidades del caso para que el instrumento tenga la debida eficacia jurídica.

Dicho principio está regulado en el *artículo 34 del Código Notarial*, donde se estipulan los alcances de la función, dirigidos todos ellos a lograr la concreción de la solicitud por parte del o los otorgantes.

(13) Artículo 7: *Código Notarial*.

(14) Artículo 6: *Código Notarial*.

En el *artículo 139* se apunta: “...Existirá falta grave y, por consiguiente, procederá la suspensión en todos los casos en que la conducta del notario perjudique a las partes, terceros o la fé pública, así como cuando se incumplan requisitos, condiciones o deberes propios del ejercicio del notariado, contemplados en las leyes o resultantes de las disposiciones emanadas de las autoridades públicas, en el ejercicio de competencias legales”.

2.7. PRINCIPIO DE DESINTERÉS

Este principio apunta a la exigencia que se pide al profesional de que atienda todos los asuntos con el mismo nivel de profesionalismo, independiente del monto de cada una de sus actuaciones y mantener su imparcialidad.

Por eso existe la prohibición de autorizar actos o contratos en los cuales tenga un interés particular, así como si hay un interés de los intérpretes, los testigos instrumentales, los respectivos cónyuges o convivientes, ascendientes, descendientes, hermanos, tíos o sobrinos por consanguinidad o afinidad.

Dicho principio se encuentra regulado en el *artículo 35* del *Código Notarial* donde se estipula: “Como fedatarios públicos, los notarios deben actuar de manera imparcial y objetiva en relación con todas las personas que intervengan en los actos o contratos otorgados en su presencia”.

De igual manera, dentro de los alcances de la función notarial, en su inciso b, tenemos: “Informar a los interesados del valor y trascendencia legales de las renunciaciones que hagan, así como de los gravámenes legales por impuestos o contribuciones que afecten los bienes referidos en el acto o contrato”.

Con respecto a este punto, es claro que la información se debe dar y debe quedar constancia de la misma en el instrumento, no se trata de un estribillo, sino de una adecuada asesoría a las partes.

2.8. PRINCIPIO DE INFORMACIÓN

Este principio es de suma importancia para el notario, tiene varias vertientes: *primero*: se trata de un proceso de instrucción, que obliga al

notario a levantar toda la información y hacer todos los estudios registrales y extraregistrales que sean necesarios para poder dar la debida asesoría, verificando así su legalidad y previendo la eficacia jurídica del acto; *segundo*: la asesoría que debe dar a los comparecientes, debe dar a conocer las implicaciones de sus actuaciones; *tercero*: verificar la identificación de los comparecientes, y dejar la información respectiva en el archivo de referencia; *cuarto*: el deber del notario de mostrar el protocolo en su oficina, tomando las precauciones del caso cuando considere que el protocolo pueda correr peligro, para lo cual, lo más recomendable es entregar fotocopia certificada de la escritura al interesado, y en caso de que sea solicitado por la autoridad jurisdiccional, la Dirección Nacional del Notariado o el Archivo Notarial, hacer el depósito personalmente.

El notario debe, dentro de esta exigencia, valorar la capacidad de las personas físicas, comprobar la existencia de la personas jurídicas, las facultades de los representantes y cualquier otro dato o requisito exigido por la ley para la validez o eficacia de la actuación, dicha valoración deberá ser realizada por el mismo notario, no pudiendo delegar la misma en otras personas o tomando como base documentos presentados ante él, por parte de los comparecientes, sin haber verificado la autenticidad y vigencia de los mismos.

Este principio tiene como límite el PRINCIPIO DE RESERVA, que impone la obligación al notario de mantener discreción de toda la información que ha llegado a su conocimiento en el desempeño de su profesión, para nuestros efectos nos interesa fundamentalmente la aplicación específica del mismo que es el secreto profesional.

2.9. PRINCIPIO DE SECRETO PROFESIONAL

Este principio apunta a que el notario debe guardar el principio del secreto profesional en todas las manifestaciones extraprotocolares expresadas por las partes y demás interesados en el acto o contrato, según artículo 38 del Código Notarial, sea antes, durante o posteriormente al acuerdo que se llegue.⁽¹⁵⁾

(15) Artículos 41, 42 y 43 *Código de Deberes Jurídicos, morales y éticos del profesional en Derecho.*

Sin embargo, está en la obligación cede cuando el interesado libere al notario, vía escrita, del deber del secreto profesional, y en caso de ser citado a declarar en un proceso, deberán comparecer, y hacer las referencias que considere adecuadas al caso particular.⁽¹⁶⁾

En este sentido, el notario tiene un deber de denunciar los delitos perseguibles de oficio que conozca en el ejercicio de sus funciones.⁽¹⁷⁾

CONCLUSIÓN

El profesional en derecho, que además ha optado por ejercer una función pública de manera privada, habilitándose como notario, está en la obligación como ser humano y como profesional, de ser consciente de las implicaciones legales y morales de su actuar, de ejercer el derecho y el notariado con miras a un fin. Un fin que dependerá de su formación, de su integridad, de su madurez como ser humano y como profesional.

La deontología presenta una serie de principios básicos que pueden guiar este quehacer que debe ser enriquecido por la práctica y la madurez del profesional.

Hay muchas pautas de comportamiento que aún no han sido registradas, dentro de la deontología, que podrán ser agregadas con el ejemplo de aquellos profesionales que hacen de su quehacer una práctica digna de respeto y que son ejemplo para buscar una “cultura notarial”.

Muchos de estos principios ya están regulados en el Código Notarial y son enriquecidos por las directrices que para tales efectos da la Dirección Nacional del Notariado, así como las circulares de las distintas oficinas públicas encargadas de llevar a cabo los trámites registrales.

No queda más que hacerse cargo responsablemente de las obligaciones que se le han encomendado a la digna profesión del notariado público y no ejercer ésta como una situación accidental, sino esencial de la convivencia de los seres humanos.

(16) *Artículo 206 del Código Procesal Penal.*

(17) *Artículo 281 del Código Procesal Penal.*

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

Jiménez A. Manuel. *Deontología en el servicio Público*. En: IUSTITIA, No. 109-110. Año 10. Págs. 22 a 24.

Lega, Carlo. *Deontología de la Profesión de Abogado*. Editorial Civitas S.A. Segunda Edición, 1983.

Marlasca López, Antonio. *Introducción a la Etica*. San José, Costa Rica. EUNED. 1997.

Muñoz Céspedes, William. *Etica Notarial*. Consideraciones. Colegio de Abogados de Costa Rica. 1989.

CODIGOS

Código de Deberes Jurídicos, morales y éticos del profesional en Derecho. Colegio de Abogados de Costa Rica. Aprobado en sesión de Junta Directiva No. 50-2004 del 25 de noviembre de 2004. Publicado en la Gaceta No. 242 del 10 de diciembre de 2004.

Código Procesal Penal. Segunda Edición. San José, Costa Rica. Editec Editores. 1997.

Mora Vargas, German. *Código Notarial*. San José, Costa Rica. Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. 2000.

DIRECTRICES

Dirección Nacional del Notariado. *Directriz No. 2001-004. Reglamento Etico y Moral en el Ejercicio de la Función Notarial*. Instituto Costarricense de Derecho Notarial. San José, Costa Rica. 2002.

CONTRATACIÓN PÚBLICA Y CORRUPCIÓN
(Un análisis particular de los principios rectores
de la contratación administrativa)

Máster Christian E. Campos Monge^(*)

(Recibido 02/11/05; aceptado 05/04/06)

(*) El autor es Investigador y Candidato a Doctor del Sistema de Estudios de Postgrado de la UNED; Magíster en Derecho Constitucional y Técnico en Comercio Internacional. Ejerce la docencia a nivel de postgrado en la Universidad La Salle y es instructor certificado en *Didáctica, Métodos y Planificación* por parte del ICAP (Instituto Centroamericano de Administración Pública), Fundación Alemana para el Desarrollo Internacional y la Contraloría General; asimismo ha escrito cerca de un centenar de artículos para diferentes diarios de circulación nacional; además, dictado regularmente cursos sobre corrupción, probidad, contratación administrativa y afines, en Escuela Judicial, Colegio de Abogados, Contraloría General y con varias empresas de capacitación.

Teléfono 220-3110

E-mail. chrisjm33@yahoo.com

RESUMEN

Uno de los quehaceres públicos más expuestos y generadores de corrupción yace en la tramitología de los procedimientos de contratación pública. De rango constitucional, el derecho de la contratación administrativa se fundamenta en una serie de principios, siendo de los más importantes los de transparencia, rendición de cuentas, eficiencia y eficacia. Sin duda, la aplicación de ciertos principios debería paliar en buena medida la comisión de actos irregulares, sea éstos de carácter legal y/o de probidad. La corrupción es un fenómeno presente en las compras estatales; de ello deriva la existencia de riesgos evidentes en áreas puntuales; tales áreas deben conocerse con el objeto de tomar medidas preventivas. Tramitar al amparo de principios superiores las compras estatales potencia la no generación de ese “caldo de cultivo” propio de la corrupción; entre más eficiencia, eficacia, rendición de cuentas y transparencia, menores posibilidades de cometer actos contrarios a lo debido por el servidor estatal y privado.

Palabras clave: Contratación pública. Principios constitucionales. Eficiencia. Corrupción.

ABSTRACT

One of the most exposed public tasks that generate corruption lies on the procedures of the public contracting process. The right to administrative contracting, which has constitutional rank, is based on a series of principles, being transparency, accountability, efficiency and effectiveness some of the most important. Indeed, the application of certain principles should relieve, to a great extent, the performance of irregular actions, whether they entail legality and/or integrity. Corruption is an existing phenomenon in government purchases; evident risks in isolated areas derive from this; these areas should be known in order to take preventive actions. Processing government purchases with the protection of higher principles encourages the non-generation of that characteristic “breeding ground” in corruption; the more efficiency, effectiveness, accountability, and transparency, the less possibilities for the government or private officers to perform acts contrary to what is right.

Key words: Public Contract. Constitutionals principles. Efficiency. Corruption.

SUMARIO:

1. Introducción
2. Contratación pública, principios constitucionales y de probidad.
3. Corrupción, un breve acercamiento al problema
4. Contratación pública y corrupción; algunas implicaciones y correlaciones
5. Conclusiones
6. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

“[El Rey] debe defender las rutas de comercio del acoso de los cortesanos, los funcionarios públicos, los asaltantes y los guardias de la frontera... Así como es imposible no saborear la miel o el veneno que se encuentra en la punta de nuestra lengua, es imposible para quien tiene que ver con la administración pública y el gobierno, no probar aunque sea sólo un poco de la riqueza del Rey”⁽¹⁾

En ocasiones pareciera que la corrupción ha ganado la batalla en el manejo de la cosa pública. Otras veces, no las muchas, la anuencia a querer realizar esfuerzos de palabras y de hechos, en referencia a los principales actores de la sociedad, son más evidentes en beneficio de la lucha anticorrupción. Como sea, la lucha dicha en un país como el nuestro está más candente que antes, no solo porque se han denunciados muy lamentables hechos en donde la ética y el manejo transparente de los fondos públicos ha sido algo casi nulo sino, además, porque ya el tópico no permite un más allá.

Lo nuevo, dirá un autor citado más adelante, no es la corrupción sino el hablar de ella. Lo nuevo, agregamos, no es darse cuenta de un mal endémico sino decidir de una sola vez, si se desea frenar del todo, o al menos realizar esfuerzos para paliar con mayor tino, el cáncer que carcome la dignidad misma del pueblo.

El rey, conforme al estrato citado infra, es el tesoro de la hacienda pública que, en términos reales, pertenece a toda la Nación. Tal tesoro es apetecido por los corruptores y las corruptelas organizadas que en última instancia, pretenden anular el interés público en beneficio del interés privado o personal. El rey es el Estado de Derecho que con buena técnica o no, busca regular en todo lo posible el manejo transparente de los dineros del país, no así el que con normas o no, realiza lo que mejor le convenga para sacar provecho personal. El rey no es, finalmente, el servidor público que con investidura pública o no, descuida el deber que le imponen la Constitución y las leyes, y con conductas directas u omisivas, daña e irrespeta la democracia misma, el

(1) Tomado de Corruption: Some Myths and Facts, Daniel Kaufmann, *The World Bank*, 1997.

sistema de la ética o la probidad debida, los valores de orden público y la honestidad pretendida por la mayoría.

En este breve ensayo se pretende analizar el tema de la contratación pública desde los principios rectores de la materia. Lo anterior desde lo que la Constitución instaure como cúmulo de enunciados rectores de la materia señalada, más otro tanto de principios con un tinte estrictamente ético que, entre los dos, establecen el radio de acción permanente bajo el cual debe girar todo actuar público e, incluso privado, cuando exista relación directa o no con el proceso de compras estatal.

Igual presentaremos un acercamiento al fenómeno de la corrupción desde lo general y lo que tal tema significa en las relaciones públicas y privadas que cotidianamente se presentan. Finalmente, se intentará exponer, a modo de focos o nichos de sumo cuidado, algunos aspectos casuísticos de las compras públicas y sus implicaciones y correlaciones en torno a la corrupción; definitivamente los operadores de esta materia saben, o deben conocer, esos espacios donde los oportunistas podrían hacer de las suyas, en clara infracción del marco regulatorio.

No se busca agotar en este primer acercamiento al tema todos los posibles riesgos o focos de corrupción que se presentan, o se podrían dar, en el desarrollo de los procedimientos de la contratación pública. Ello es propio de un trabajo más profundo y extenso por lo amplio que es, precisamente, el tema de fondo de nuestro interés. Así, en esta ocasión se darán algunos criterios que, nutridos sobretodo de la experiencia particular –o hasta de lo evidente–, se dan dentro del tópico de interés.

Al final se pretende, con las aclaraciones del caso, incentivar un ánimo de cuidado antes los riesgos, y de toma de postura definitiva en beneficio del correcto y honesto manejo de la hacienda pública cuando se trata de los procedimientos de compra de bienes y servicios del Estado.

2. CONTRATACIÓN PÚBLICA, PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y DE PROBIDAD

Las administraciones públicas adquieren sus bienes y servicios a través de la contratación pública. Toda compra debe desarrollarse a partir de lo que establezca la normativa y la misma jurisprudencia

administrativa y constitucional. Existe desde el procedimiento regla e idóneo de la Constitución, como lo es la licitación pública, hasta las contrataciones mediante otros procedimientos ordinarios como las licitaciones por registro, restringida y la misma contratación directa (*advertimos que los concursos por registro y restringido desaparecerán fruto de la reforma legislativa hecha a la Ley de la materia, según proyecto de ley votado en segundo debate el miércoles 26 de abril pasado; tales reformas entrar a regir el 1º de enero del 2007*). Es el monto a erogar en cada compra, y la naturaleza del objeto, lo que determina el tipo de procedimiento por realizar.

Ahora, no siempre las diversas instituciones o tópicos de orden jurídico pueden ser ubicados en el texto de una Constitución, sea para el caso nuestro, como el de otros órdenes normativos. Actualmente, a raíz de múltiples interpretaciones que hacen los tribunales constitucionales, las figuras –o los institutos– se logran desprender de no decirse literalmente, de los valores y principios de los que se nutre no tanto la Constitución como la letra escrita sino el Derecho de la Constitución, que deriva de aquélla, que es un espectro mucho más amplio que el mero conjunto de normas de tinte supremo en una escala positiva en donde yacen valores, enunciados o principios; o, por otro lado, una ideología específica bajo la cual se estatuye una norma suprema de Estado.

Así, la contratación administrativa, que no sería el caso de ausencia de normativa constitucional, se encuentra planteada en la norma 182 de la Constitución Política. Sin embargo, en nuestro parecer es hasta que sea crea la Sala Constitucional que empieza a hallar y desarrollar con mayor profundidad tal área del Derecho. Por ello, la contratación administrativa es tema de la Constitución, en un primer momento, y luego, tema de las normas inferiores que le detallan.

Bajo esta inteligencia la Sala Constitucional indicó sobre esta materia lo siguiente:

“IV.- EL ARTICULO 182 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA... desarrolla el principio general que enuncia la primera obligación constitucional en la materia de la contratación administrativa, en virtud del cual, “toda contratación que celebre el Estado, debe tramitarse por medio del procedimiento de licitación”... El propósito de esta disposición obedeció al interés de los constituyentes de darle solución a los graves problemas económicos de la década de los años cuarenta, motivada en el desequilibrio presupuestario de los

Gobiernos de la República, el aumento desmedido en el gasto público, la sensible reducción de ingresos como impacto directo de la Segunda Guerra Mundial, y en especial, para ponerle fin a la práctica generalizada de “los contratos sin licitación”, que se daban en el régimen anterior y que tanto criticara la Oposición (Acta 164 de la Asamblea Nacional Constituyente), de donde nació la necesidad de consignar el principio en la propia Constitución, como expresamente lo indicó el constituyente Castro Sibaja. Por ello, como lo afirma en su informe la Contraloría General de la República y se verifica con el estudio de las actas de la Asamblea Nacional Constituyente, la discusión de la contratación del Estado y la creación y atribución de funciones de la Contraloría General de la República, generó poca discusión en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, dado el consenso nacional de la necesidad de una normativa firme que coadyuvara a solucionar tales problemas. Y es en este sentido que debe entenderse el procedimiento de contratación; es decir, como el mecanismo más apto para el control de la Hacienda Pública y de los recursos financieros del Estado, con el fin primordial de que se promueva una sana administración de los fondos públicos, constituyéndose, entonces, en principio de orden público derivado de la transcrita norma constitucional, en tanto resulta el **“medio idóneo para la selección del cocontratante de la Administración”...** / **V.- ARTICULO 182. Cont.-** *Es importante recalcar que la discusión que se dio en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente en relación con esta norma constitucional, se centró en la determinación del procedimiento más apto para que se realizara la contratación administrativa: en tanto, algunos constituyentes eran partidarios en eliminar toda restricción, para que la misma se verificara mediante licitación privada, por cuanto las licitaciones públicas no siempre producen los mejores beneficios, por el contrario, otros abogaban por la necesidad de instaurar el procedimiento de la licitación como principio constitucional de la contratación administrativa, discusión que concluyó en que el sistema de la licitación privada se reservaría únicamente para las contrataciones cualitativa y cuantitativamente menores, como lo son las reparaciones, y que el resto de las negociaciones administrativas se realizaría mediante la licitación pública (ver acta número 164 de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949)” (Voto 998-98).*⁽²⁾

El voto constitucional reseñado debe leerse, para lograr un sentido más completo de la materia, ahora a la luz de la sentencia de la

(2) Cabe advertir que mediante voto 13910-2005, la Sala Constitucional planteó su posición con respecto al sistema ordinario de contratación pública afirmando que, además de la licitación pública, igualmente la licitación por registro y la restringida, se conciben dentro de la óptica de concursos viables del constituyente, según el monto por erogar en cada caso.

misma Sala Constitucional, No. 13910-2005, de las 15:04 horas del 11 de octubre del 2005; en ésta se rescata el pensamiento de la Constituyente de que el procedimiento rector en contratación administrativa es la licitación pública, pero que ello no excluye como procedimientos ordinarios e igualmente validados por la norma suprema los de licitación por registro, restringida y la misma contratación directa (o el caso de la licitación abreviada que será la operante a partir de enero del 2007, según reforma hecha a la legislación, conforme se expuso líneas atrás).

Ahora, el artículo 182 de la Constitución Política afirma que los contratos para la ejecución de obras públicas que celebren los Poderes del Estado, las municipalidades y las instituciones autónomas, las compras que se hagan con fondos de estas entidades y las ventas o arrendamientos de bienes pertenecientes a las mismas, se harán mediante licitación, de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo. Así, siendo la licitación el medio o instrumento ordenado para poder comprar o vender bienes o servicios, de esto deriva la aplicación de una serie de factores atinentes al tema que hemos citado.

En ese mismo sentido, y aquí es donde se encuentra buena parte del mérito en la labor constitucional, mismo que debe reconocerse, el alto tribunal sintetiza una serie de principios constitucionales aplicables a la contratación administrativa (Vid, particularmente los votos 998-98 y 14421-2004).

Todos los enunciados derivan de la palabra **licitación** que se encuentra en el artículo 182 de la Constitución Política. Estos son los siguientes:

- a. **Eficiencia y eficacia**, si se quiere, se podría afirmar que hasta el 17 de diciembre del 2004 es que la Sala Constitucional definió, con mayor tino, al menos uno de los dos principios rectores de la contratación pública.

Partimos de que el principio de legalidad cierra el círculo para que los poderes públicos no dejen de satisfacer el interés general que es el ámbito determinante para su actuación u omisión, incluso en el ejercicio de la discrecionalidad administrativa donde se incorporan elementos subjetivos para tal satisfacción, sin que puedan ser nunca ilegítimos, injustos, ilógicos, desproporcionados o contrarios a los criterios unívocos de la ciencia y la técnica para cada circunstancia objetiva.

En el voto 14421-2004 –tan lúcido y oportuno– de la Sala Constitucional, por medio del cual se resolvió el recurso de amparo relacionado con el proceso de arrendamiento de las 600 mil líneas GSM del ICE, se obliga a los operadores jurídicos a leer con mayor tino los enunciados públicos, en beneficio de un interés supremo e invita a dejar el legalismo formalista que, en lugar de facilitar las cosas, puede comprometer gravemente el desarrollo de una nación a contrapelo de lo que la eficiencia y la eficacia exigirían.

El voto dicho comienza con una ejemplar lección al invocar los dos principios rectores antes señalados, extrañados en demasía en los procedimientos de contratación: *la eficiencia y la eficacia*. Es difícil asimilar y tener que soportar lo que a veces, lamentablemente, parece ser una idea ampliamente enraizada en la mente de cientos de servidores públicos al citar la legalidad, y lo que éste significa. La errada apreciación de la legalidad hace decidir cosas que afectan lo que persiguen los procedimientos de compra: la satisfacción plena y oportuna del interés general.

Ante las equívocas interpretaciones la Sala dicta cátedra: “...*los procedimientos administrativos de contratación son la sombra (forma) que debe seguir, irremisiblemente, el cuerpo (sustancia) que son los fines y propósitos del contrato administrativo de satisfacer el interés general...*”, de ahí que los aspectos de forma no puedan transformarse, en definitiva, en instrumentos para retardar la prestación eficiente y eficaz de los servicios públicos, y más cuando detrás de ello está la adaptación –ineludible– a las nuevas realidades socio-económicas y tecnológicas del país.

Los principios de eficiencia y eficacia obligan a sobreponer mandatos supremos dado que la legalidad constitucional, más que la letra de la ley, muchas veces ajena a la realidad social, ordena tutelar el interés general; sea, proteger un bien mayor como lo es la plena satisfacción de los ciudadanos que son, al final, los que directamente se favorecerán de la actuación eficiente de cada sujeto público.

En esto consiste una definición clara y acertada de los enunciados base de todo el sistema de contratación pública.

- b. Libre concurrencia**, que tiene por objeto afianzar la posibilidad de oposición y competencia entre los oferentes dentro de las prerrogativas de la libertad de empresa regulado en el artículo 46

de la Constitución Política, destinado a promover y estimular el mercado competitivo, con el fin de que participen el mayor número de oferentes, para que la Administración pueda contar con una amplia y variada gama de ofertas, de modo que pueda seleccionar la que mejores condiciones le ofrece.

A lo anterior agregamos que *“...a partir de la referida hermenéutica restrictiva ha sido también posible derivar el sentido instrumental de la igualdad respecto de la concurrencia, puesto que, con base en ese marco interpretativo, los pliegos deben ser entendidos de modo tal que, frente a la alternativa que excluya al oferente de aquella que permita su participación en la selección, ante cualquier duda, debe prevalecer la admisión de la oferta, en tanto de esta manera se favorece la concurrencia”*.⁽³⁾

El fundamento social de la libertad en la concurrencia puede localizarse en la obligación estatal de optar por relaciones de justicia distributiva en todo aquello que le sea posible; siendo factible en los concursos públicos, pues, debe entonces realizarse. En esto se encuentra que la regla de las contrataciones sea la licitación pública pues, mediante ella, se garantiza una invitación abierta para que todos los oferentes interesados, proponga a la Administración Pública su plica.

A pesar de lo anterior la libre concurrencia puede verse afectado válidamente, en el caso costarricense, cuando se presente, por ejemplo, alguno de los supuestos del artículo 2 de la Ley de Contratación Administrativa; en ese sentido, en casos donde un determinado bien o servicio solo lo pueda ofrecer un “único” proveedor, entonces, allí, puede contratarse directamente.

Y, lógico resulta afirmar con Cassagne que *“Al promover la concurrencia del mayor número de ofertas la Administración persigue la obtención de un menor precio (principio de eficiencia) o un procedimiento que asegure la realización de la obra en el tiempo que demanda la necesidad pública (principio de eficacia) lo que no impide la observancia armónica de los principios de informalismo e igualdad...”*.⁽⁴⁾

(3) COMADIRA (Julio Rodolfo). *La Licitación Pública (nociones, principios, cuestiones)*. Depalma, S.A., Buenos Aires, 2000, p. 54.

(4) CASSAGNE (Juan Carlos). *El contrato administrativo*. Abeledo – Perrot, S.A., Buenos Aires, 1999, p. 43.

- c. **Igualdad de trato entre todos los posibles oferentes**, principio complementario del anterior y que dentro de la licitación tiene una doble finalidad, la de ser garantía para los administrados en la protección de sus intereses y derechos como contratistas, oferentes y como particulares, que se traduce en la prohibición para el Estado de imponer condiciones restrictivas para el acceso del concurso, sea mediante la promulgación de **disposiciones legales o reglamentarias** con ese objeto, como en su actuación concreta; y la de constituir garantía para la administración, en tanto acrece la posibilidad de una mejor selección del contratista; todo lo anterior, dentro del marco constitucional dado por el artículo 33 de la Carta Fundamental.

Agregamos que “...*pois nao pode haver procedimento selectivo com discriminacao entre participantes, ou com cláusulas do instrumento convocatório que afastem eventuais proponentes quilificados ou os desnivelem no julgamento...*”⁽⁵⁾ La igualdad, pues, es un principio que surge desde el llamado a licitación hasta que quede firme el acto de adjudicación; durante tal lapso, la licitante no puede redactar normas en el cartel que puedan obstruir, discriminar, beneficiar, favorecer, a un determinado oferente en detrimento, por ende, de los demás interesados.

Tal valor o principio comprende: –consideración de cada una de las ofertas en competencia con las otras, –sumisión a los plazos de previo establecidos para desarrollar el procedimiento; de haber modificación en ese sentido, debe ser bajo el respeto de los oferentes y sin menoscabar el derecho en estudio; –durante el estudio, la administración que licita está sujeta a la normativa cartelaria y la demás aplicable; –deben ser notificadas todas las actuaciones que aclaren, amén de los demás informes que se den dentro del procedimiento; –la consolidación del cartel, fenómeno propio del principio de seguridad jurídica, da confianza a las partes; –las ofertas no se abren hasta llegado el acto de apertura; –acceso a las diferentes actuaciones administrativas; – posibilidad de conocer lo que otros cotizaron y, ante el fracaso de una licitación, que se invite posterior a participar.⁽⁶⁾

(5) MEIRELLES (Hely Lopes). *Licitacao e contrato administrativo*. Revista Dos Tribunals, Brasil, 10ª edición, 1999, p. 25.

(6) Vid, en similar sentido: DROMI (José Roberto). *Licitación Pública*. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2ª edición, 1995, p. 100.

- d. Publicidad**, que constituye el presupuesto y garantía de los principios comentados, ya que busca asegurar a los administrados la más amplia certeza de la libre concurrencia en condiciones de absoluta igualdad en los procedimientos de la contratación administrativa, y que consiste en que la invitación al concurso licitatorio se haga en forma general, abierta y lo más amplia posible a todos los oferentes posibles, dándosele al cartel la más amplia divulgación, así como el más amplio acceso al expediente, informes, resoluciones y en general a todo el proceso de que se trate.

El principio de publicidad se ve cumplido básicamente cuando el negocio en sí, es puesto en conocimiento de la colectividad (empresarios o potenciales oferentes) cuando se publica, sea en La Gaceta (es la regla) o en diarios de circulación nacional; lo que se publica es un resumen de lo que requiere la instancia que licita informando además, donde específicamente podría recabarse mayores datos sobre el particular. ¿Qué lógica está detrás del cumplimiento dicho?, pues, que *“El cartel está hecho para ser conocido por la mayor cantidad de personas que sea posible. De este modo, la publicidad de la compra tiene una de sus mayores expresiones por este medio”*⁽⁷⁾ en aras de que, entre más se informa sobre el concurso, mayor cantidad de ofertas (de precios) puede recibir la administración que licita y así, entre muchos, previo estudio conforme a las reglas fijadas, seleccione a la que se supone, le sabrá llenar o satisfacer el interés público perseguido. Entre más publicidad, mayor posible competencia, menores precios lo que no necesariamente es ir en detrimento de la calidad de lo que se ofrece.

El principio que nos ocupa puede ser llamado de igual manera como el *“llamado a licitación”*; es decir, el anuncio o invitación pública para que se acerquen a conocer la necesidad por satisfacer y, luego, formulen sus respectivas plicas los que realmente pueden ofrecer. Surte un efecto jurídico de seguridad una vez que se concreta el llamado: la imposibilidad de modificar las cláusulas salvo que, por acción recursiva o a gestión motivada de la Administración,⁽⁸⁾ se cambie el contenido

(7) SOLERA VÍQUEZ (José Antonio). *El cartel de la licitación*. Investigaciones Jurídicas, S.A., San José, 2001, p. 20.

(8) De suceder esto, la administración debe otorgar un tiempo razonable para que los oferentes conozcan la modificación realizada y replanteen sus propuestas.

adjetivo o sustancial de una determinada norma o grupo de normas. Publicado el anuncio hay aseguramiento de que no puede modificar al libre parecer las reglas que se fijan.

Nos dirá Cassagne en punto al anuncio que “Este... consiste en una invitación a presentar que traduce la voluntad de contratar de la Administración, sin que la formalización del llamado implique una ‘promesa de contrato’... habida cuenta de que no se trata de una relación jurídica regida por el derecho privado sino por el derecho administrativo, donde dicho anuncio constituye una de las etapas del proceso de formación de la voluntad administrativa”.⁽⁹⁾

e. Legalidad o transparencia de los procedimientos, en tanto los procedimientos de selección del contratista deben estar definidos a priori en forma precisa, cierta y concreta, de modo que la administración no pueda obviar las reglas predefinidas en la norma jurídica que determina el marco de acción, como desarrollo de lo dispuesto al efecto en la Constitución Política. Este enunciado, pese así señalarlo la jurisprudencia constitucional, puede estudiarse separadamente; por un lado está el principio de legalidad constitucional y, por el otro, el de la debida transparencia.

El principio destacado, se resume en que, previo a la invitación, la administración puede hacer, modificar, eliminar, etc., y siempre conforme a su mejor criterio, una, varias o todas las cláusulas de un cartel; sin embargo, una vez que se hace la publicación (invitación), tal documento –sea, el cartel– pasa a ser regla o ley de partes –sinónimo propio de la doctrina francesa del cartel– y solo es viable modificarlo según los parámetros legales.

Esto mismo se puede explicar de la siguiente manera: “*Dentro del esquema normativo, señalábamos que el cartel es norma de rango legal. Si a ello sumamos que la Administración puede hacer solo aquello que las leyes le permiten expresamente, es decir, lo que llamamos principio de legalidad, tenemos que dentro de un concurso específico, el cartel encara aquel marco jurídico que limita el accionar de la entidad contratante. Es decir, dadas una especificaciones y requerimientos, propuesto un sistema de evaluación y unas normas de ejecución, no pueden cambiarse aquellas posteriormente en nada que pueda lesionar los intereses de cualquiera de los participantes en el concurso*”.⁽¹⁰⁾

(9) CASSAGNE (Juan Carlos). *Op. cit.*, p. 53.

(10) SOLERA VÍQUEZ (José Antonio). *Op. cit.*, p. 20.

Siendo que el principio en estudio se convierte en una proyección de garantía a favor de quienes podrían verse afectados, resulta, pues, importante dejar claro que esta legalidad no lo es por la mera legalidad como pareciera ser, más bien, el objetivo de éste se encuentra en que, bajo reglas claras de previo establecidas, se asegura (o por lo menos se busca asegurar) el recto obrar de los funcionarios públicos que al final de cuentas dirán a quien se adjudica. Lo anterior se relaciona a uno de los temas actuales más candentes en el Estado: la censura de quienes se comportan en contra de la ética pública.

Así, por el principio de legalidad se tutela que todos los funcionarios públicos sean coherentes en dar testimonio de buen servidor; principio de legalidad es el principio de la transparencia administrativa aplicado en todas y cada una de las diferentes actuaciones. Amén de que este valor rector, se relaciona íntimamente al principio de seguridad jurídica.

f. Seguridad jurídica, que es derivado del anterior, puesto que al sujetarse los procedimientos de la contratación administrativa a las reglas contenidas en las disposiciones normativas, se da seguridad y garantía a los oferentes de su participación.

Tal y como lo reconoce la Sala Constitucional, este principio concuerda con el norte del principio de legalidad y transparencia; ciertamente, de aceptar a la subjetividad de los funcionarios encargados de las diferentes etapas del procedimiento, estaríamos aceptando la competencia por el mero afán de ganar un concurso haciendo uso de los recursos de la libre oferta y demanda en donde la calidad de lo que se ofrece se ve desterrado siendo la cacería de lo más barato, que no es necesariamente lo mejor; o lo más caro, que le aplica la misma posible consecuencia comprometiéndose la plena satisfacción del interés general y dando cabida a la posible presencia de la corrupción.

Concluyendo en este punto, citamos lo dicho por su Santidad Juan Pablo II: *“...la transparencia en la administración pública, la imparcialidad en el servicio de la cosa pública... el uso justo y honesto del dinero públicos son principios que tienen su base fundamental en el valor trascendente de la persona y en las exigencias morales objetivas del funcionamiento de los Estados...”*⁽¹¹⁾

(11) Juan Pablo II, citado por DROMI (José Roberto). *Op. cit.*, p. 104.

g. Formalismo de los procedimientos licitatorios, en cuanto se exijan formalidades, éstas actúan a modo de controles endógenos y de autofiscalización de la acción administrativa; de manera que no se tengan como obstáculo para la libre concurrencia.

El formalismo no debe ser relacionado con la obstaculización de la eficiencia de la Administración Pública cuando se le pretende aplicar; más bien, el principio permite que cada etapa del procedimiento se lleve a cabo en estricto apego a lo que disponen las reglas establecidas.

Tal principio contiene en sí tres postulados: a) la oficialidad, b) el informalismo y c) la eficacia.⁽¹²⁾ Sobre el primero de ellos, debemos decir que éste se impone a la autoridad administrativa, en razón de la efectiva tutela o resguardo del interés general; es el deber de dirigir e impulsar el procedimiento y de ordenar la práctica de cuanto sea conveniente para el esclarecimiento y resolución de la cuestión fáctica que se plantea. En punto al segundo, se trata del olvido ante la presencia de un norte superior a favor del interesado, de la observancia de exigencias formales no esenciales y que se pueden cumplir posteriormente; citemos un caso: la posibilidad de que un determinado oferente presente días después a la apertura de plicas documentos que viene a acreditar un elemento histórico alcanzado, eso sí, antes, incluso, de la fecha de apertura dicha (verbigracia: acreditación de experiencia).

Tal principio pide aplicarlo e interpretarlo a favor de los participantes ya que traduce la regla jurídica del *in dubio pro actione*, es decir, la interpretación de la regla más favorable al ejercicio del derecho de acción para que se asegure en todo lo posible lo sustantivo de frente a elementos, sí, a cumplir, pero que no dejan de ser formales. De esta manera, excluir a un determinado oferente invocando faltas adjetivas por lo menos en el caso costarricense no puede ser de recibo; más bien, ante la falta, nace una obligación administrativa de aplicar el principio formulando prevención en aras de que el que incumple, se ponga a regla.

Finalmente, en relación con la eficacia, es dable pensar que la administración que licita se le impone la aplicación de los principios de

(12) Nótese en este particular que este principio es visto por la jurisprudencia o la doctrina como uno derivado de otro enunciado o como uno con autonomía propia; en ningún escenario perdería la claridad de su cometido.

celeridad, sencillez y economía procesal. El celo de la Administración Pública debe ubicarse exclusivamente en la comprobación de que quienes le cotizan cumplan con los elementos sustanciales del cartel, siendo superable aquellas omisiones técnicas o los elementos dignos de una mera aclaración. Tal cuestión deriva de la propia lógica de los concursos públicos: adjudicar el negocio a quien mejor pueda responder a una necesidad apegada al interés público, pero lo antes posible por cuanto si hay necesidad, debe haber respuesta efectiva pero pronta; no retarda ya que, a la larga, cuando llegue a presentarse lo comprado, puede ser demasiado tarde; la lesión al interés público se habría concretado y la oficiosidad, la sencillez, la eficiencia, la economía procesal, seguirían siendo principios en abstracto.

h. Equilibrio de intereses, en tanto es necesario que en estos procedimientos exista una equivalencia entre los derechos y obligaciones que se derivan para el contratante y la administración, de manera que se tenga al contratista como colaborador del Estado en la realización de los fines públicos de éste.

Más que tener al frente al soberano Estado contratando, la relación que se genera entre sujetos público y sujeto privado, debe partir de una paridad de intereses; así, mientras el Estado desea satisfacer una necesidad pública, por el otro lado, tenemos a un sujeto que si bien busca cierto lucro, también, colabora en que la administración alcance su objetivo final. No se trata de aplicar potestades de imperio sin tomar en consideración a la contraparte, en la relación, debe existir un mutuo entendimiento que permita a ambos sujetos, concluir su función en el trabajo pactado de la mejor manera.

i. Principio de buena fe, en cuanto en los trámites de las licitaciones y en general, en todo lo concerniente a la contratación administrativa, se considera como un principio moral básico que la administración y oferentes actúen de buena fe, en donde las actuaciones de ambas partes estén caracterizadas por normas éticas claras, donde prevalezca el interés público sobre cualquier otro.

De entrada, partimos de la actuación de buena fe de las partes y, lo contrario, debe ser demostrado. Tal principio *“constituye una regla de conducta a que han de ajustarse todas las personas en sus respectivas relaciones. Lo que significa, como dice DIEZ – PICAZO: “que debe adoptar un comportamiento leal en toda la fase previa a la constitución de tales relaciones; y que deben también comportarse lealmente en el*

desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellas. Este deber de comportarse según buena fe se proyecta a su vez en las dos direcciones en que se diversifican todas las relaciones jurídicas: derechos y deberes. Los derechos deben ejercitarse de buena fe; las obligaciones deben cumplirse de buena fe".⁽¹³⁾

Desde luego que este principio de une al dicho líneas atrás: transparencia donde, se enfatiza que con los funcionarios públicos, y añadimos, las mismas partes interesadas en adquirir el negocio, las que, desde las primeras de las etapas, hasta su conclusión, las que deben actuar en estricto apego a principios éticos básicos siendo claro que, detrás de cada procedimiento, están de por medio fondos o recursos públicos.

j. Mutabilidad del contrato, puesto que la administración cuenta con los poderes y prerrogativas necesarias para introducir modificaciones a los contratos, con el objeto de que cumplan con el fin público asignado que debe proteger y realizar.

Tal principio nace de las propia caracterización de la administración en punto a lo que se denomina potestades de imperio o hecho del príncipe en el sentido, para este caso, de que siempre tendrá a su favor un sector de la normativa aplicable en aras de modificar los términos iniciales con que pactó; empero, debemos ser enfáticos en decir que si hay límite a ese principio de la mutabilidad, esto es, que al decidirse su aplicación, sea para disminuir o aumentar el objeto pactado, sea para variar determinadas cláusulas, en fin, en cada acto de decisión en tal norte, debe obrarse conforme a los principios de la lógica, la razonabilidad, la conveniencia y la justicia, o como se podría resumir, en que, con su actuación, se garantiza tutela al interés público.

k. Intangibilidad patrimonial, en virtud del cual la administración está siempre obligada a mantener el equilibrio financiero del contrato, sea indemnizando al cocontratante de todos los efectos negativos que se originen en sus propias decisiones, sea como efecto del principio de mutabilidad, sea por razones de conveniencia o de interés público o por cualesquiera otras razones generales o especiales que lleguen a afectar el nivel económico inicial, reajustando siempre las variaciones ocurridas en todos y

(13) GONZÁLEZ PÉREZ (Jesús). *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Civitas, 3ª edición, Madrid, 1999, 30.

cada uno de los costos que conforman los precios del contrato para mantener incólume el nivel económico originalmente pactado (reajustes de precios que pueden originarse en las teorías jurídicas de la imprevisión, rebus sic stantibus, hecho del príncipe y sobre todo, en la llamada equilibrio de la ecuación financiera del contrato).

Cierta parte de la doctrina denomina a este principio como “reajuste de precios” empero, al ser más que eso, pareciera que el nombre del principio: “intangibilidad patrimonial” es más apropiado.

Cuando el contratista estima su precio y lo hace manifiesto en su oferta, lo hace teniendo en cuenta la situación económico – financiera existente al momento de presentar la plica; sin embargo, tal cuestión puede verse alterada por causas imputables, en su presencia, a la Administración o, por otras ajenas a su voluntad, y que, tanto la una como la otra, vienen a modificar el equilibrio económico otrora previsto. Le resguardo en el pago real del contratista es lo que la Constitución tutela a favor de quien, por lo dicho, podría ver cercenado su derecho al equilibrio.

I. Control de los procedimientos, principio por el cual todas las tareas de la contratación administrativa son objeto de control y fiscalización en aras de la verificación, al menos, de la correcta utilización de los fondos públicos. De manera que es necesaria, en todo el procedimiento de la contratación administrativa, cuando menos, la verificación de los siguientes controles:

El jurídico, para comprobar que ninguna entidad o funcionario realice acto alguno o asuma conductas que transgredan la Ley, realizado mediante la verificación de la existencia previa de recursos económicos;

El contable, que es el examen o juzgamiento de las cuentas de las dependencias y de los funcionarios que tienen a su cargo de la administración de fondos y bienes del Estado, que deriva de la revisión constante y sistemática de todas las operaciones que afectan los créditos presupuestarios aprobados por la Asamblea Legislativa o la Contraloría, a fin de que los gastos tengan su respaldo financiero y se ajusten a la clasificación establecida, realizado por las oficinas de control de presupuesto y contabilidad de cada ente o institución contratante;

El financiero, que consiste en la fiscalización de la correcta percepción de ingresos y de la legalidad del gasto público, de competencia

de las propias oficinas financieras de las instituciones, la Tesorería Nacional, la Oficina de Presupuesto, y la Contraloría General de la República; y,

El control económico o de resultados, que se realiza sobre la eficiencia y eficacia de la gestión financiera, es decir, sobre los resultados de dicha gestión, la determinación del cumplimiento de las metas establecidas y el aprovechamiento óptimo de los recursos, control que se lleva a cabo muy parcialmente por parte de las instituciones y no se ha concebido como un efectivo instrumento para el desarrollo gerencial e institucional.

Los anteriores son algunos de los enunciados de orden constitucional más importantes a observar en los procedimientos de contratación administrativa⁽¹⁴⁾ que, asimismo, deben entenderse ligados

(14) En el caso de Colombia, se tiene que algunos de los principios rectores de la materia son: “**Transparencia:** se establece que la generalidad de la contratación estatal debe hacerse mediante licitación o concurso públicos (referido a personas a contratar), los cuales son procedimientos diseñados para que el acto de contratar con el Estado, sea accesible a toda persona natural o jurídica que se considere con las capacidades necesarias para cumplir con el objeto de un determinado contrato. / Con ello se ha pretendido evitar que la contratación pública se convierta en un negocio de unos pocos, que por cuenta de vínculos preferenciales (amistad, parentesco, intereses comerciales, entre otros) con círculos de poder en el Estado, obtengan contratos para los cuales no necesariamente cuentan con la capacidad requerida y que de otra manera hubieran podido ser desarrollados más eficientemente por otros contratistas. / Se busca entonces, tener el mayor número de opciones en igualdad de oportunidades, a partir de las cuales se pueda escoger la mejor de acuerdo con los intereses del Estado, sin atender a consideraciones de otro estilo. / El hecho de consagrar el proceso como algo público, implica que la contratación del Estado está sometida al control social, conforme a la veeduría que cualquier ciudadano puede hacer para contribuir con la buena administración de los recursos públicos. / La existencia de determinados contratos como los mencionados anteriormente, que no pueden ser desarrollados a través del procedimiento licitatorio, no implica que éstos puedan obviar la transparencia como uno de los principios rectores. / **Economía:** este principio tiene varias dimensiones desde las cuales debe ser abordado. En primer lugar se invita a la necesaria eficiencia en el manejo de los recursos estatales, ya que por la naturaleza pública de los mismos, éstos no se pueden dilapidar. / De igual manera el principio de economía pretende aminorar

a los que sean de probidad. Sea, las compras estatales, y los principios que las rigen, y por la presencia misma de personas que son funcionarios públicos, deben comprenderse bajo la inteligencia de una esfera ética o moral en las actuaciones públicas.

En esto, a mayor abundamiento, importa determinar que la ética, que es parte del concepto amplio de probidad, se liga a lo que comprendamos por moral, siendo que por tal término entendemos el conjunto de normas de conducta establecido por la mutua convivencia entre los hombres, o la ciencia de las costumbres sociales. Esto hace que el uso léxico frecuente y común ha generalizado que este término se use como un sinónimo de ética, la cual se concibe como ciencia de las costumbres, aunque puede llegarse a dos definiciones más técnicas

los costos de la contratación, mediante la utilización de los procedimientos mínimos o esenciales para el desarrollo del proceso contractual, con el fin de evitar trámites innecesarios que fuera de su costo, también incentivan prácticas corruptas. / Se busca entonces, facilitar el acceso de la mayor cantidad de competidores eliminando las posibles “barreras” que impidan la participación de la mayor cantidad de posibles contratistas. / En dicho sentido la ley estableció que se deben acatar los procedimientos que son específicamente consignados en el estatuto contractual, los cuales a su vez deben estar claramente expresados para evitar que los posibles contratistas cometan errores de forma. Es preciso anotar que la publicación de los pliegos de condiciones y términos de referencia vía Internet, es un medio que facilita la difusión de la información a bajo costo para la administración pública (...). Cabe anotar que dentro de dichos recursos se deben incluir montos para cubrir imprevistos o ajustes económicos al contrato, entre otros eventos. / Siguiendo con la línea de protección al patrimonio público, está la inclusión de estudios y análisis previos que sustenten la necesidad de realizar contratar determinado bien o servicio, con lo cual se pretende evitar el despilfarro de los recursos públicos y priorizar la utilización de los mismos. / Por otra parte, para proteger al Estado del incumplimiento de contratista, la ley determinó que es obligación de este último suministrar una póliza de garantía que cubra al Estado del incumplimiento en lo ofrecido en la propuesta al Estado y de las obligaciones derivadas del contrato hasta su liquidación, por el tiempo en el cual los efectos del contrato se prolonguen al futuro. / Se establece que observando el principio de economía, se adelanten las acciones tendientes a desarrollar el proceso contractual, “en austeridad de tiempo, medios y gastos” (...). Cabe anotar, que de no haber justificación para que en una propuesta se ubique por fuera del umbral de precios que determina dicho sistema, la entidad puede descalificar por esta razón a

en la semántica, a saber: la parte de la filosofía que trata sobre moral y sobre las obligaciones del hombre, o bien el *“desempeño de una profesión o trabajo con altura en el ejercicio específico, sin obsesión especulativa o mercantilista y dispuesto a los sacrificios que imponga el servicio de los demás”*. Moral y ética, para efectos prácticos, significarán lo mismo, además de que estos términos se deben entender inmersos dentro del amplio concepto de probidad dispuesto, de manera específica, en el ordinal 3 de la Ley anticorrupción.⁽¹⁵⁾

Por tanto, a estas alturas, surge una pregunta debida: ¿Qué es probidad? ¿Cómo se entiende su aplicación en caso de las compras estatales?

Pues bueno, no es tarea fácil ubicar un solo concepto, que sea integrador, de lo que es probidad. No necesariamente lo probo para una persona lo tiene que ser para la otra. Eso sí pareciera existir alguna aceptación generalizada de ciertos valores, cánones éticos o morales, o principios de probidad, aceptados –y pedidos– por la sociedad. Podríamos hablarse así de un marco de mínimos de probidad.

los oferentes que presenten dicha situación. Así mismo, declarar desierto el proceso. / **Responsabilidad:** con la inclusión de este principio, se busca atacar de frente la inexistencia de funcionarios responsables de la contratación en las entidades públicas, lo cual sin duda se convierte en un incentivo para efectuar prácticas corruptas al no haber posibilidades de sanción. Desde la expedición de esta ley, la función de contratar quedó en cabeza del jefe o representante legal de la entidad que contrata, el cual puede delegarla pero en personal de índole ejecutivo. / Se reitera la obligación de los servidores públicos, de proteger en todo momento del proceso contractual los intereses del Estado, sin actuar en contra del contratista o de terceros. Se materializa lo anterior, en las sanciones que tienen los servidores públicos que siendo responsables de la contratación, no adelantan los estudios previos que justifiquen el objeto a contratar o cuando la información suministrada como los pliegos de condiciones o términos de referencia, son confusos. / Pero la responsabilidad no sólo se establece para los servidores del Estado, ya que el contratista es responsable por la veracidad de la información que da a la entidad estatal en su propuesta y por la buena calidad de los bienes o servicios prestados al Estado.

(Vid, <http://www.transparencia.gov.co/guias/contratacion.asp> (citado el 2 de mayo del 2005).

(15) Nos referimos con tal nombre a la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, Ley No. 8422.

Ese mínimo de probidad bien podría dirigirnos a pensar que una persona proba: –se reconocerá a sí mismo y al mundo que lo rodea; sabrá distinguir el bien que debe hacerse y el mal que debe evitarse; –buscará lo justo; será reflexiva de las cosas; hará las cosas a conciencia, sea que ha sido hecho bien pensado; –buscará ecuanimidad, serenidad en el juicio, imparcialidad; será bondadosa; –mostrará rectitud; –actuará con honestidad; decencia y buen comportamiento; –será recatada; –será decorosa y modesta; –tendrá la virtud que exige dar a cada uno lo que le pertenece.

La probidad será, pues, el grupo de valores, principios o enunciados de arraigo interno y personal, de tinte ético y moral, que guiarán las acciones de cada persona; probidad será asimismo, el grupo de valores o mandatos mínimos que exige la sociedad sea mediante acuerdo implícito o disposición legal.

De ello surge que tenemos por tanto dos tipos de compromisos: el que realiza por sí sola la persona como tal, y el que se hace en relación con la sociedad porque se es funcionario público, siendo que en esto segundo cabe mayor exigencia porque hay deberes con respecto al entorno.

De seguido nos proponemos explicar en detalle, sin agotar sus posibles alcances, el art. 3 de la Ley anticorrupción que regula el deber de probidad, mismo que dicta pautas de comportamiento en todo servidor público, y que para el caso, aplican a quienes desarrollan procesos de contratación administrativa. Tal numeral realmente lo que regula es una especie de **parámetros** a tener en cuenta en la conducta que se despliega. Repasemos el artículo en mención:

*“Art. 3 – **Deber de probidad.** El funcionario público estará obligado a orientar su gestión a la satisfacción del interés público. Este deber se manifestará, fundamentalmente, al identificar y atender las necesidades colectivas prioritarias, de manera planificada, regular, eficiente, continua y en condiciones de igualdad para los habitantes de la República; asimismo, al demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley; asegurarse de que las decisiones que adopte en cumplimiento de sus atribuciones se ajustan a la imparcialidad y a los objetivos propios de la institución en la que se desempeña y, finalmente, al administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas satisfactoriamente”.*

El reglamento a la Ley, por su parte señala:

“–Deber de probidad: Es la obligación del funcionario público de orientar su gestión a la satisfacción del interés público, el cual se expresa, fundamentalmente, en las siguientes acciones:

- a) *Identificar y atender las necesidades colectivas prioritarias de manera planificada, regular, eficiente, continua y en condiciones de igual para los habitantes de la República;*
- b) *Demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley;*
- c) *Asegurar de que las decisiones que adopte en cumplimiento de sus atribuciones se ajustan a la imparcialidad y a los objetivos propios de la institución en la que se desempeña.*
- d) *Administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas satisfactoriamente.*
- e) *Rechazar dádivas, obsequios, premios, recompensas, o cualquier otro emolumento, honorario, estipendio o salario por parte de personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, en razón del cumplimiento de sus funciones o con ocasión de estas, en el país o fuera de él.*
- f) *Abstenerse de conocer y resolver un asunto cuando existan las mismas causas de impedimento y recusación que se establece en la Ley Orgánica de Poder Judicial y en el Código Procesal Civil.*
- g) *Orientar su actividad administrativa a satisfacer primordialmente el interés público”.*⁽¹⁶⁾

Los parámetros, a modo de decálogo, serían los siguientes:⁽¹⁷⁾

1. *Pro interés público.* Aunque la Administración Pública se conforma de personas que en su esfera individual poseen sus propios intereses, sucede que en el ejercicio de lo público, sea por elección popular, investidura, nombramiento o por acontecer el servidor de hecho, todos, sin reservas, deben, sobre cualquier otro tipo de interés, favorecer el de la colectividad o el del país. No hay otra razón de ser: el Estado (cada funcionario público) debe buscar satisfacer el interés público.

(16) Vid, Decreto Ejecutivo 32333-MP-J, publicado en La Gaceta No. 82, Alcance No. 11 del 29 de abril del 2005.

(17) Para esto se puede ver artículo de opinión del autor publicado en La Prensa Libre del miércoles 6 de julio del 2005.

2. *Pro planificación.* La Administración, y por ende, todo funcionario público, debe hacer suyos los imperativos que en materia de planificación instruye, primordialmente, la Ley de administración financiera de la República y presupuestos públicos. Saber planificar a partir de objetivos e indicadores alcanzables, más que una posibilidad, es una obligación. La planificación involucra un proceso interno institucional y de amplia participación; esto debe ir de la mano, en lo posible, con el Plan nacional de desarrollo y lo que por la participación ciudadana se pueda alcanzar en pro de municipios, descentralizadas, entre otros. Las compras estatales es, privilegiadamente, de los procesos de gestión pública más urgentes de una correcta planificación.
3. *Pro rectitud.* Tal enunciado se nutre de una esfera ética plena de comportamiento. Honradez, transparencia, respeto, responsabilidad, entre otros, son, todos ellos, parte del espejo que debe mirar y proyectar con el ejemplo cada servidor público. La excusa tan inútil y denigrante o absurda e insultante de que la “corrupción” –entendida aquí como la comisión de actos contrarios a la ética y a la ley– es tan normal y que, por ello, debe ser aceptada, no tiene cabida.
4. *Pro buena fe.* Todo comportamiento, toda relación entre los funcionarios públicos y entre éstos y los ciudadanos, debe partir de la buena fe. Ello significa que siempre se llegará al funcionario público para que éste realice un acto acorde con la ley, cumpliendo fielmente con los requisitos que previamente hayan sido establecidos. Particularmente la buena fe tiene es importante en las relaciones de la administración con los oferentes y proveedores.
5. *Pro objetividad.* Siendo que el servidor público solo puede actuar en pro del interés público, no puede, jamás, tener cabida otra razón, completa o parcial, para decidir cuestiones públicas; es decir, no es válido invocar un interés diferente al de la Nación; con especial relevancia, el dictado de una adjudicación debe hallar respaldo en estudios objetivos que muestran al más idóneo de los proponentes.
6. *Pro legalidad constitucional.* La letra y principios de orden constitucional son el límite de actuación de todo servidor del

Estado. Una actuación fuera de esto estará sin sustento y podría conllevar a la sanción pública por la comisión de un “fraude de ley”.⁽¹⁸⁾

7. *Pro eficiencia y eficacia.* La gestión pública debe maximizar los resultados ante la escasez de fondos y recursos; los objetivos de trabajo deben cumplirse al menor costo posible. Además, la eficacia es el mandato que busca adecuar y concretizar las políticas públicas, así como el cumplimiento de los objetivos y metas.
8. *Pro rendición de cuentas.* Ya lo dice claramente la Constitución, “La Administración Pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes”; tal examen se debe hacer de cara al pueblo, a la propia institución en la que se presta el servicio y a los órganos de control.
9. *Pro rechazo de actos de corrupción.* Todo servidor estatal debe rechazar dádivas, obsequios, premios, recompensas o cualquier otro emolumento, honorario, estipendio, salario o beneficio por parte de cualquier otro sujeto diferente a su patrono, en razón del cumplimiento de sus labores o con ocasión de éstas.
10. *Pro liderazgo.* Las demás personas, sean familiares, amigos, conocidos, compañeros de trabajo, etc., deben observar en cada funcionario público, un modelo de vida que vale la pena imitar. Vale mostrar siempre honestidad y probidad; sea una conducta enteramente intachable.

Ya fuera de los alcances del deber de probidad de la Ley anticorrupción, igual pueden hallar sustento en él los siguientes imperativos:⁽¹⁹⁾

(18) Vid, art. 5 de la Ley anticorrupción.

(19) En cuanto a estos y otros principios éticos, pueden tenerse en cuenta las “Directrices generales sobre principios y enunciados éticos a observar por parte de los jefes, titulares subordinados, funcionarios de la Contraloría General de la República y servidores públicos en general”. La Gaceta No. 228, del lunes 22 de noviembre del 2004.

- a) *Pro igualdad*: el funcionario público debe hacer suyo tal principio de derechos humanos que exige tratar a todas las personas sin ningún tipo de discriminación. No es posible una conducta pública que haga distinciones.
- b) *Pro regularidad*: el servidor estatal ha de cerciorarse, cuando le compete, de que las operaciones y actos administrativos queden asentados, de manera correcta, en registros confiables financieros, presupuestarios, entre otras clases de archivos.
- c) *Pro austeridad*: la asignación, adquisición, conservación e inversión de los recursos y fondos públicos, deben orientarse a la satisfacción plena del interés público, según el mandato del Estado Social de Derecho, y al uso racional de éstos.
- d) *Pro transparencia*: la rendición de cuentas obliga a que el ejercicio del poder –y el cumplimiento de las funciones públicas asignadas– se haga de cara a los administrados; el funcionario público debe promover incluso el examen de rendición de cuentas, como instrumento idóneo para la transparencia.
- e) *Pro lealtad*: todo acto o conducta pública debe alcanzarse en función del país, la democracia, el bien común, la libertad, la justicia, la responsabilidad y la probidad.
- f) *Pro responsabilidad*: todo funcionario público debe responder, de frente al país y a los órganos de control, investigación y sanción, por sus faltas desde los ámbitos ético, disciplinario, civil, político y penal. También exige que el funcionario mantenga sus promesas, cumpliendo con sus obligaciones y no justificando un incumplimiento o rehuir una responsabilidad.
- g) *Pro integridad*: Los actos del funcionario público deben estar alejados de buscar beneficios en lo personal, familiar o para sus amigos. Asimismo se puede comprender como el reto constante en el servidor público de defender sus creencias y valores, rechazando la hipocresía y falta de escrúpulos; y no adoptar ni defender la filosofía de que el fin justifica los medios.
- h) *Pro honestidad*: todo interés diferente al público, que pudiese ocasionar un conflicto de intereses, debe ser declarado por el funcionario público. De inmediato debe detenerse aquel actuar

que potencialmente pueda comprometer la recta honestidad. Igual puede entenderse como ese deseo de aprender a conocer las debilidades y limitaciones y dedicar tiempo para tratar de superarlas, solicitando consejo de compañeros de mayor experiencia.

- i) *Pro ecuanimidad*: ordenanza de ser imparcial, justo y ofrecer trato igual a los demás; tener mente abierta, aceptar los cambios y admitir los errores cuando maduramente se acepta la equivocación.
- j) *Pro dedicación*: petitoria de estar dispuesto a entregarse sin condición al cumplimiento del deber, siempre con atención, amabilidad, cortesía y servicio.
- k) *Pro solidaridad*: en las interacciones sociales, es debido el auxilio y colaboración entre los mismos compañeros o resto de funcionarios públicos.

Todos estos preceptos, que en lo absoluto buscan establecer un solo listado, deben ser observados por los funcionarios públicos, salvaguardando así el sano ejercicio de la función estatal. Nótese en los preceptos un claro sentido de amplitud al incorporar dentro del término ***probidad***, una serie de parámetros de correcta gestión pública. Esto nos parece justificable desde la óptica de buen gobierno, donde todo servidor es parte de un engranaje, ordenado a ser eficiente y eficaz en lo que hace, a mostrar mística, a ser agente provocador de cambios y mostrar rectitud, integridad, en suma, probidad.

Finalmente, recordemos que el artículo 13, inciso a) de la Ley General de Control Interno dispone como deber de los jefes y titulares subordinados: “*a) Mantener y demostrar integridad y valores éticos en el ejercicio de sus deberes y obligaciones, así como contribuir con su liderazgo y sus acciones a promoverlos en el resto de la organización, para el cumplimiento efectivo por parte de los demás funcionarios*”, lo que significa que la exigencia de integridad y valores éticos involucra a todo servidor público.

3. CORRUPCIÓN, UN BREVE ACERCAMIENTO AL PROBLEMA

Parafraseando a Verbitsky, debemos manifestar que lo nuevo no es la corrupción sino el debate sobre ella; esto dentro de un universo en donde se conjugan factores internos y externos en las personas, tal

y como en 1946 lo hacía ver Mohandas Gandhi: *“Es difícil pero no imposible conducir estrictamente los negocios de forma honesta”*. Así, los negocios, en nuestro caso los que se realizan con el Estado, son parte del diario quehacer; en éstos el elemento humano está presente dado que personas, con valores, lo son los servidores públicos y los empresarios o proveedores de bienes y servicios.

Entonces, la corrupción se vincula a la parte ética de las personas, más que a las instituciones, dado que éstas, en su realidad, son organizaciones compuestas por servidores y servidoras de la sociedad. La corrupción –no es un secreto– viene amenazando seriamente el funcionamiento y la credibilidad de las democracias y debilita peligrosamente la legitimidad de aquellos sistemas presuntamente consolidados. Un Estado con tal verdad no puede permanecer, menos justificarse, por mucho tiempo.

Mientras el pueblo crea en el sistema, confíe en él, y deposite el poder originario en sus autoridades o representantes, bien podemos estimar que una Nación existe y se prolongará por más tiempo. Pero, en cambio, cuando se den signos opuestos, del todo negativos a los intereses de la colectividad, allí sí habrá de que preocuparse.

La ausencia de ética en la función pública se traduce en corrupción de los funcionarios y con ello se deslegitima el sistema político.

Richelieu decía que *“Aprobar una ley y no hacerla cumplir, equivale a autorizar lo que se pretende prohibir”*. En ese pensamiento yace muchas veces la impotencia de los mismos órganos de control; esto en punto a detectar actos concretos que merecen castigo, pero, una vez realizado todo el procedimiento de investigación, surge una especie de frustración porque, por falta de pruebas, o de poder ligar directamente a los infractores (porque lo son) con las cosas que suceden, o porque no se cuenta con herramientas sofisticadas en el campo de la auditoría forense, sencillamente el corruptor y las corruptelas organizadas, pueden más o, en otras palabras, ganan la batalla.

La lógica de la Constitución es que los asuntos sometidos a los tribunales de justicia o a los órganos administrativos, sean resueltos prontamente. Sin justicia oportuna la misma democracia queda falseada. Por ello es que impunidad es la privación del derecho a la justicia.

En este orden de cosas, se tiene que en el informe del Estado de la Nación de 1998 se afirmó, como crítica a las formalidades de los procedimientos, que estos son excesivamente suaves –56% de criterio apoya esta tesis–. Así, surge la inquietud de si, en efecto, se tiene el mejor sistema normativo para sancionar a los infractores o, acaso, se ha venido consolidando un impedimento estructural que impide el castigo disciplinario, civil o penal, lo que genera la impunidad.

La impunidad es la inexistencia –de hecho y de derecho– de responsabilidad por parte de los que han abusado de la función pública, esto aplicable del todo a la contratación pública que es el tema de nuestro interés. El sistema algunas veces parece premiar la conducta incorrecta por la misma ley existente. Por ejemplo, hay impunidad vía ley cuando se le dice a un fulano que su conducta irregular –llámese peculado o haber ejecutado un contrato sin el refrendo contralor– prescribió. Pero advertimos que el problema no está en el instituto de la prescripción en el cual creemos por razones de seguridad jurídica, sino en la inercia que usualmente se observa en ciertas instancias públicas. La impunidad rompe el pensamiento constitucional de allegar la justicia para el que la reclama. El Estado la reclama; la hacienda pública –cuando se le afecta– en los procedimientos de contratación pública la reclama; los ciudadanos y ciudadanas la reclaman.

La transparencia es un aspecto clave en la administración pública dentro del tópico de las contrataciones que es el que nos interesa; las instituciones tienen una responsabilidad legal y moral de informar periódicamente sobre sus actuaciones. El principio esencial que debe mantenerse es que el negocio público debe ser transparente, no importa cómo los jerarcas, juntas directivas o consejos de administración, utilicen la información.

En esta línea, merece importancia rescatar lo que para el Auditor General de Canadá es la transparencia. Él señala que la transparencia permite a los rayos de la luz entrar en el inner sancta del gobierno, de forma tal que puede tener un efecto de “sanación” de la administración del interés público. La práctica de la transparencia puede ser el antídoto correcto contra la corrupción en las compras estatales.

Este documento tiene como norte, además de dialogar en punto a la contratación pública y cómo la corrupción le afecta, el de promover

una especie de reflexión en sus lectores; esto porque como decía José María Espinás Masip, *“Siempre ha sido (...), la denuncia del mal, un trámite indispensable para que se logre el bien”*.⁽²⁰⁾

Ahora, en materia de definiciones podemos asumir la corrupción como el uso del poder, por parte del funcionario público, para su beneficio mundial; empero ello deja de lado el enorme universo de los sujetos privados que, en mayor o menor medida, cometen actos de corrupción que inciden directa o indirectamente en lo público. Por otro lado, corrupción podría ser la inobservancia de la legislación que, lejos de aplicar el Derecho, se convierten en infractores del sistema. Este concepto sería sano en el tanto la legislación no sea corrupta. Sea, podría resultar que la misma letra de la ley favorece la comisión de actos de corrupción.

Una acepción un tanto más llana y si se quiere completa, la dio Naciones Unidas en 1997, así: *“La corrupción significa el abuso de la confianza pública con fines privados. Es un fenómeno moral, aunque haya dinero involucrado en la gran mayoría de los casos. Se utiliza un cargo público para beneficio de uno o más individuos en vez de un interés nacional. La corrupción puede existir independientemente del beneficio financiero; es universal y multiforme”*.⁽²¹⁾

La corrupción se da en un funcionario público en un cargo de poder con responsabilidades, cuando es remunerado con dinero u otros recursos no obtenidos legalmente; es decir, inducido a tomar decisiones que benefician a quien administra la remuneración, siendo que con esto se afecta negativamente los intereses públicos, y la misma ética y transparencia.

La preocupación por consolidar sistemas de contratación pública que sean transparentes,⁽²²⁾ eficientes y eficaces, amén de consagrar la

(20) Periódico *El País*; Sección Opinión, Junio del 2000.

(21) Subcomisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. “El ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales”. Resolución adoptada el 27 de junio de 1997, p. 27.

(22) En el caso del Sistema Anticorrupción del Ecuador, merece especial atención lo que en 2003, el Gobierno de tal lugar dispuso vía decreto para paliar el flagelo dentro de la contrataciones públicas; así,

igualdad, nos parece que ha sido compartida por países y gobiernos en general; lo que resta credibilidad a esa idea es que, en la praxis, rara vez se comulga con las palabras.

En el caso nacional podemos señalar algunos aspectos de sumo interés: a) existe un marco legal que regula, en lo primordial, la materia; sea la existencia de la Ley de contratación administrativa. Empero, en la realidad pública se han dado serias evidencias de que la legislación es insuficiente, esto porque no se liga con otros ordenamientos de control, deja lagunas, sobretodo en control posterior, por lo que no se previene la comisión de actos de corrupción, y se deja, entre otros, muchas conductas sin sanción clara y contundente sobre el funcionario público –o el sujeto privado– que falta a la ética; aspecto éste que bien podría enmendarse, tal vez, con la promulgación de un código de conducta aplicable a todo servidor público y que, para evitar el arbitrio, estipule, ante cada falta, el tipo de sanción que corresponde.

Por otro lado, las administraciones públicas deberían abarcar dentro de sus funciones y alcances, la lucha anticorrupción que incluye,

“MEDIDAS INMEDIATAS PARA ERRADICAR LA CORRUPCION / En la Contratación Pública / Art. 2.- Sistema informático para transparentar la contratación pública... / Todos los organismos y dependencias... publicarán por medios electrónicos las convocatorias para el concurso de ofertas y/o licitaciones previas a la selección de contratistas, así como los documentos precontractuales y demás documentación del proceso. /...dicha publicación se realizará además a través del sitio web, habilitado por la Comisión de Control Cívico de la Corrupción para el efecto”. / Art. 5.- Publicación de Registro de Contratistas y precios de bienes y servicios.- Dispónese que los órganos y dependencias... publiquen anualmente por medios electrónicos los respectivos registros de contratistas calificados y los requisitos para su inscripción. / El Instituto Ecuatoriano de Estadística y Censos publicará por medios electrónicos los precios unitarios de los bienes y servicios sobre los que disponga información”. / Art. 6.- Pactos de integridad.- Dispónese que la Secretaría General de la Administración Pública promueva en los organismos y dependencias... la celebración de pactos de integridad con el objeto de combatir la corrupción en la contratación pública, muy especial en aquella que implica la delegación al sector privado de servicios y obras públicas. / Por pactos de integridad se entiende los acuerdos voluntarios, suscritos entre todos los actores que intervienen directamente en un proceso de contratación con recursos públicos, para fortalecer la transparencia, la equidad y la probidad de la modalidad contractual escogida”.

eso debería de ser así, el control de la gestión de los recursos públicos. Dentro de ello yace la aplicación de la eficiencia y eficacia del gasto público proyectado que en todo éste sea de calidad ante la verdad de unas finanzas públicas paupérrimas.

Asimismo, el tema de la participación ciudadana en el control de los recursos públicos, sea el uso de la hacienda pública, es importante para consolidar la transparencia total a la que nos invita la misma letra de la Constitución de modo directo en la necesaria rendición de cuentas de todo servidor público. La participación ciudadana exhorta a la transparencia en los procedimientos de contratación administrativa.

Igualmente, y no siendo menos importante, el Estado, como tal, debe procurar la abundancia de políticas y programas públicos que busquen entender la corrupción, prevenirla, analizarla y enfrentarla; esto último con la presencia de personal idóneo, sea de recursos humanos bien calificados, capaces de conducir procesos de contratación de modo transparente y equitativo.

Concluimos este aparte señalando, como preámbulo al siguiente capítulo, lo que en 2001 Transparencia Internacional de Costa Rica, indicó sobre el tema de interés:

“El problema de la corrupción es hoy día un asunto de primordial interés no solamente en Costa Rica, sino también en todos los países. La corrupción debilita la democracia, socava la legitimidad de los gobiernos e instituciones, y afecta directamente las actitudes sociales y la credibilidad en la democracia. Uno de los impactos más serios que se ha venido detectando es una afectación directa en los valores humanos. Al afirmar esto estamos pensando en que al evidenciarse un acto de corrupción en que son afectados los bienes públicos, se desarrolla como consecuencia inmediata una actitud de desconfianza contra los políticos, contra el sistema administrativo, contra el Estado, contra la democracia. Pero talvez más grave aún, esa debilidad ha creado la costumbre entre los administrados de creer necesario integrarse a las acciones corruptas, lo que, al pasar los años y no condenarse a los culpables, al prevalecer la impunidad, genera antivaleores.

Desde un punto de vista económico, se afirma que la corrupción afecta el desarrollo económico, reduciendo los incentivos para invertir (tanto para el sector privado nacional como extranjero), la calidad de la infraestructura y los servicios, disminuye el ingreso por tributos, y se facilita que gente preparada se dedique a actividades que no son productivas. Se calcula que un país que mejore los estándares de control

de la corrupción, digamos de un 6 a un 8 (siendo 0 el más corrupto y 10 el menos), experimentará un incremento porcentual de un 4% en inversión, y un 0.5% de incremento anual per cápita en el desarrollo del PIB".⁽²³⁾

Con lo hasta aquí dicho, conviene, ahora, analizar el tema de la contratación pública y la corrupción desde un ámbito de implicaciones y correlaciones.

4. CONTRATACIÓN PÚBLICA Y CORRUPCIÓN; IMPLICACIONES Y CORRELACIONES

Hemos querido afirmar líneas atrás que los contratos públicos son parte cotidiana del quehacer estatal. De la celebración de los contratos depende la consecución de bienes o servicios para satisfacer las demandas sociales –plena satisfacción del interés público– de cada institución pública; esto dentro de un Estado Constitucional y Democrático cuya ideología parte de la cuestión social.

Mientras el Estado persigue el logro del interés público, del otro lado, sea de la acera de los contratistas, se proyecta la satisfacción de un interés basado en el lucro –esto es lo clásico, conforme al equilibrio de intereses de la materia–.

En lo operacional se sabe que el Estado regularmente aparece como la parte fuerte y dominante del contrato –según las potestades de imperio–, ya que se logra convocar a una gran cantidad de proveedores –sobre todo cuando se realiza una licitación pública–, todos en clara competencia, pudiendo elegirse, y exigir, buen precio y calidad.

Empero, es bien sabido que la corrupción adopta múltiples formas; así la mal e incorrecta aplicada burocracia en las gestiones de compras públicas de menor cuantía, la posible corrupción en los sujetos de control, la del sistema judicial, la corrupción del proceso electoral o la misma corrupción de la ley cuando ella es foco que la propicia, son, todos éstos, claros ejemplos del flagelo.

(23) Transparencia Internacional sede Costa Rica; Taller sobre mapeo de riesgos en contratación pública: el caso de las carreteras, diciembre del 2001.

De los casos o tipos, la corrupción más amplia y hasta sin vergüenza en nuestros días, es la relacionada con las compras públicas. Entre las causas primordiales está la gran cantidad de miles de millones que hay de por medio. En números, para dejar más claro el punto, se tiene que los presupuestos para bienes y servicios no personales del 2001 al 2004 en Costa Rica han sido de: 2001: ₡135.954,9; 2002: ₡133.381,0; 2003: ₡143.076,1 y 2004: ₡144.681,5.⁽²⁴⁾ En ese sentido, la razón en materia de dineros públicos que hay de por medio es obvia.

Ergo, las sumas totales como las de los contratos particulares son inmensas y ofrecen oportunidades igualmente grandes de sobornos, dádivas, comisiones ilegales, entre otros. La tentación se comprende porque la mayor parte de las veces, la “mordida” que da el potencial adjudicatario bien podría exceder el sueldo total de toda la vida laboral de una determinada persona, quien es servidor de la hacienda pública.

Es causa de conocimiento internacional que los objetos o focos de corrupción más “acariciados” yacen en los que versan sobre obras públicas –aeropuertos, represas, carreteras, concesiones públicas, concesiones de servicios públicos, venta de medicamentos y la adquisición de aspectos relacionados con las telecomunicaciones–. Pero no esto no debe confundirse con la corrupción a pequeñas escala, si es que existen diferencias; es decir, las que, en punto a la cuantía, no representa un gran número de frente a la suma global. La corrupción es siempre la misma, así se esté ante un contrato de 1 dólar o uno de 135 millones de dólares.

Ahora, cómo es que se podría dar la corrupción en las compras públicas –otras implicaciones y correlaciones–; algunos ejemplos sin pretender agotar las múltiples aristas serían:

- a) **Soborno:** refiere al potencial proveedor que directa o indirectamente, por medios materializados o no, acude al que tiene injerencia o poder de adoptar una decisión de adjudicación en beneficio de un oferente determinado, y le “paga” en especie o de manera líquida para que le ayude o le facilite la compra. Técnicamente esto podría llamarse enriquecimiento ilícito, administración en beneficio propio, tráfico de influencias, soborno

(24) Cifras expresadas en miles de millones. Los datos están en la Memoria Institucional 2004 de la Contraloría General de la República.

(incluso de orden internacional), influencia en contra de la hacienda pública, entre otros. Todos delitos que envían a la cárcel al que configura naturalmente el tipo de la norma, según lo establece la Ley 8422 (Ley contra la corrupción y el enriquecimiento en la función pública).

- b) **Negocio conversado:** sucede cuando entre los mismos proveedores se ponen de acuerdo para turnarse las adquisiciones. Sea, los oferentes acuerdan por adelantado quién va a presentarse a la licitación, qué oferta se va a presentar, quién va a ganar, y cómo se dividirán las utilidades. Algunas veces esto podría desembocar en que, para un determinado procedimiento de licitación pública, los proveedores acuerdan no participar con la consecuente obligación administrativa de declarar infructuoso el procedimiento, o ir degradando el tipo riguroso de concurso por realizar, o, por otro lado, realizar una contratación directa autorizada en donde es aún más fácil acomodar las cosas para una empresa determinada. El tema tiene que ver con la presencia de ofertas colusorias en contratación pública.
- c) **Reajuste de precios de previo valorado:** otro remedio de los corruptores o corruptelas organizadas yace en que, bajando precios, se gane por puntaje el primer lugar, se adjudica y luego, en reajuste de precios, se exige un pago muy por encima del que ingenuamente –o con conocimiento de causa– adjudicó la administración.
- d) **Débil control y ligamen presupuestario:** pese a las buenas intenciones de los órganos de control –auditorías internas y la misma Contraloría General–, lo cierto del caso es que existe una clara desatención en punto a que las compras públicas se ligen con mayor tino a las necesidades públicas, según el Plan nacional de desarrollo, por ejemplo. En la práctica se tiene que el presupuesto de Gobierno Central lo aprueba directamente el Parlamento, mientras que para el resto del sector –lo descentralizado– lo analiza y aprueba la Contraloría General. Pero en el gasto público no se trata de “gastar por gastar”. Esto porque, primero, los fondos son escasos, y, segundo, porque lo que es escaso se debe invertir con calidad, y bajo indicadores de gestión acordes a la realidad del país. La falla más fuerte estaría en lo que aprueba la Asamblea Legislativa ya que en esa sede el control que se realiza es, sobretodo, de orden político, aunque desde

2004 la Contraloría General viene dando un apoyo de asesoría técnica a los diputados y diputadas aún más oportuno y evidente.

- e) **Nula participación de los proveedores previo a conocer el cartel:** nuestro país, a diferencia de la realidad de Nicaragua, por ejemplo, sigue con cierto temor el consultar los carteles de licitación de previo a su formalización a los mismos proveedores o, al menos, a un grupo de éstos. Parece que la idea aberrante de publicar para ver cuántos recursos de objeción al cartel se interponen, y cuántas veces se debe estar aclarando o modificando el cartel, es lo reinante. Es sano que antes de proceder con la publicación del pliego de condiciones, se invite a buena parte de los potenciales proveedores para que éstos, cara a cara, dialoguen sobre las cláusulas en borrador, aporten sus pareceres, y en la misma reunión se acuerden los cambios que sea procedentes a partir del criterio experto de los servidores públicos. Pero, esto otro debe ir de la mano con una necesaria limitación a que, una vez publicado el cartel, la administración no pueda modificar sin mayor reparo las bases del concurso. Un cartel de previo consensuado con los posibles proveedores podría alivianar la interposición de impugnaciones. En este escenario, al conocer los proveedores el cartel en borrador, se evita que éste pudiese “montarse” para una determinada empresa; esto porque no siempre, de ser así, se tiene conocimiento de las instancias de control como la Contraloría General ya que, para que esto suceda, se ocuparía de la “ayuda” de un posible oferente que objete –o que denuncie–. Sin recurso, el cartel “montado” se consolida; por ende, el corruptor gana.
- f) **Recurso de objeción al cartel, lo que no llega:** retomando en parte lo anteriormente señalado, resulta que la legislación actual posibilita el recurso de objeción al cartel para las licitaciones públicas y por registro ante la Contraloría General; en el resto de los casos sería ante la propia administración licitante. En esto merece realizarse dos anotaciones. Primero, de haber una corruptela organizada, que se reparte negocios, por ejemplo, el cartel hecho a la medida se consolida y no llega a la Contraloría General para su posible revisión. Un cartel consolidado pasa a ser ley de partes y solo en el plazo de revisión es posible anularlo de haber una seria falta legal o hasta ética. En otras palabras, si no hay impugnante, no hay intervención de un sujeto externo objetivo que garantice el respeto a la legalidad. Sea, gana la

corrupción en esto. Por otro lado, y como segundo aspecto, se tiene que la mayor parte de los procedimientos de contratación pública se tramitan bajo las figuras de las licitaciones restringidas o las compras directas. En ninguno de estos dos casos interviene un sujeto de control externo en punto a la revisión de los carteles. Es decir, la administración es juez y parte. El modelo legal debería pensar en una medida diferente en beneficio de la transparencia.

- g) **Recurso de apelación; actos de corrupción no alcanzables:** pasa algo similar a lo ya dicho. Si los empresarios ya tienen conversado el negocio, nadie apelará la decisión de adjudicación. El sistema se piensa para que alguno de los empresarios oferentes apele e, incluso, no se reconoce legitimación para impugnar, por ejemplo, a la Defensoría de los Habitantes que, en algún caso, podría detectar una incorrecta adjudicación por actos de corrupción cometidos. En ese supuesto, el posible recurso se rechazaría *ad portas* porque la Defensoría no fue oferente, por más razón legal y ética que tuviese en sus argumentaciones para desear que se anule una adjudicación. Claro se dirá que existe la vía de la denuncia, empero ello no permite anular la adjudicación, que es, al final de cuentas, lo que importa realmente.
- h) **Refrendo de contratos:** y si se trata del refrendo de los contratos, una parte importante de los contratos los aprueba la propia administración, según las disposiciones que sobre el particular ha emitido la Contraloría General por la lógica razón de no poder ella sola, asumir el refrendo de cuanto contrato celebren las administraciones públicas, quedando a la esfera ética de quienes en las instituciones dan la aprobación final. Algunas veces se puede burlar el sistema realizando varias contrataciones, con un mismo objeto, enviando solo a aprobación interna –por el escaso monto–, lo que configura el fraccionamiento ilícito. Esto, salvo que se denuncia o de oficio lo detecten las auditorías internas o la Contraloría General, pasa desapercibido. Otra sería que se denuncie. Pero, el mar de actos de corrupción que se comenten por esta vía es real; la esperanza es que ello no sea así.
- i) **Ejecución incorrecta y eventuales sanciones:** un escenario que es oportuno para la corrupción está en la ejecución de los contratos cuya supervisión descansa en los propios funcionarios públicos que, en buena técnica, deben vigilar porque el

contratista cumpla al pie de la letra con lo pactado. Eso en muchos casos denunciados públicamente o no, no es tan cierto que suceda. Y, de haber incumplimiento probado, la pena parece acomodarse para que el infractor de la ley y del interés público, pueda seguir negociando con el Estado pese a estar sancionado.

Bajo la inteligencia de lo hasta ahora dicho, nos tomamos el atrevimiento de transcribir lo que otrora publicamos en un diario de circulación nacional:⁽²⁵⁾ una opinión que versa sobre el plazo de sanción a los contratistas y una queja de que, al final, el sistema parece premiar al que incumple:

“Salió publicada en La Gaceta del pasado 26 de abril, la tan mencionada reforma al artículo 100 de la Ley de Contratación Administrativa. Esta reforma (Ley 8439) modificó la sanción de inhabilitación de 1 a 5 años para la persona física o jurídica que incurra en alguna de las conductas reguladas en el numeral citado, siendo que ahora el plazo es de 2 a 10 años.

Asimismo, si se tratara de la entrega de dádivas a funcionarios públicos involucrados en un procedimiento de contratación administrativa, la nueva norma exige la inhabilitación por el plazo máximo establecido, hecho a celebrar ya que reduce el margen de decisión discrecional del órgano que impone la sanción.

Sin embargo, conviene realizar una importante acotación que, con todo el respeto del caso para la Asamblea Legislativa, nos hace ver que se dejó a medias la intención última que parecía desprenderse del Diputado proponente y de los otros muchos que dieron su apoyo a la iniciativa.

En efecto, mediante correo electrónico del pasado 22 de enero, se trató de advertir al Diputado proponente que el proyecto de reforma al artículo 100 antes dicho, debería ser suficientemente claro, y hasta contundente, en punto a que la inhabilitación debería ser en relación con todo el Estado o, si se quiere, con todo sujeto público o, incluso, privado que maneje fondos del erario nacional. Es decir, el “castigo” no debe quedar solo en relación con la institución en donde se comete la falta.

Lo anterior porque, como lo habíamos señalado, existe un criterio jurisprudencial (RC-630-2002) que arguye que la sanción es solo en lo atinente con la Administración en donde se infringe la ley, no para con toda la Administración Pública. En palabras más simples, si se inhabilita

(25) Vid. *La República*, sección de opinión, del martes 3 de mayo del 2005.

en una determinada administración, hay otras varias decenas en donde están “las puertas abiertas” para que licite el que ha sido sancionado. En el criterio de marras, es nuestra opinión, no prevaleció la idea de un solo sujeto público (un solo Estado).

*Una redacción más feliz habría sido –tal y como se recomendó–: “Artículo 100. – Sanción de inhabilitación. La Administración o la Contraloría General de la República inhabilitarán para participar en procedimientos de contratación administrativa **para con todo el Estado**, por un período de uno a diez años, según la gravedad de la falta, a la persona física o jurídica que: ...”.*

Así las cosas, la intención fue buena, y bienvenida la reforma, pero la Asamblea Legislativa quedó a medias porque siempre los posibles corruptos o infractores de la ley y la ética, poseen otros nichos públicos adonde penetrar.

Queda la esperanza de una nueva reforma o la de interpretar la nueva redacción legal con un sentido más finalista, con el norte de apostar preferiblemente por una lucha sin cuartel anticorrupción”.

- j) **Regla constitucional es la excepción; subjetividad en la selección de los que se invitan:** por otro lado, la regla del artículo 182 de la Constitución Política de que todas las compras se realicen mediante licitación pública, salvo las distinciones igualmente ordinarias que en razón del monto o la naturaleza del objeto se hagan (Vid para este aspecto los alcances del Votos 998-98 o 13910-2005 de la Sala Constitucional), no se cumple en la práctica. La inmensa mayoría de las compras se llevan a cabo mediante licitaciones por registro, restringidas o directas –éstas últimas reinan en el paquete–. Queda en esto un foco de corrupción evidente cuando, por ejemplo, en las contrataciones directas de escasa cuantía o las que son restringidas, la administración no posee un sistema objetivo para llamar a ofertar. Se dice que se acude al registro de proveedores para cursar la invitación, pero el riesgo de estar invitando a uno o un grupo determinado de proveedores existe sin que se pueda controlar o fiscalizar la gran cantidad de instituciones públicas en punto a lo señalado.
- k) **Carencia de estudio de precios razonables:** es hasta finales del 2004 que la Contraloría General dictó lineamientos, en apego a las mismas normas legales, en aras de que las administraciones realicen estudios de precios razonables. Tales lineamientos, por

cierto, han generado críticas fuera de todo entendimiento, de frente a una exigencia que de por sí es de orden legal. En específico las disposiciones de esa institución exigen que, al momento de estimar los presupuestos, las administraciones realicen un esfuerzo importante para acertar un poco mejor en la cantidad de dinero que se solicitará para una compra en específico. Por otro lado, previo a dictar la adjudicación, se exige que se analice, muy bien, el precio de las ofertas elegibles. Ya hay experiencias de ofertas adjudicadas con precios ruinosos o por encima de una justa remuneración. Sobre este aspecto, se está a la espera del cumplimiento de lo dictado por el órgano contralor y de analizar si ello ayuda a paliar o no la corrupción por infracción a la hacienda pública al cometerse el delito de sobreprecio irregular, por ejemplo, en las compras públicas, según los señala la Ley 8422.

- l) **Publicidad; transparencia; información:** finalmente, hay algunos aspectos que merecen especial atención y desarrollo en el Estado. Todo lo que se refiera a compras públicas debe estar a la orden de cualquier sujeto interesado en vigilar o fiscalizar para evitar la comisión de actos contrarios a la ética o la ley. Allí donde hay transparencia (luz), no llega la oscuridad. La corrupción actúa en lo oscuro por lo que, de haber publicidad, transparencia, acceso a la información, en mucho se ayuda. Todo expediente de contratación pública es accesible a los ciudadanos; solo lo que por ley se limita es válido. Debe posibilitarse accesos por Internet o en las propias administraciones a todo lo relacionado con los presupuestos públicos y los procesos de contratación administrativa. Todo esto lo exige la Constitución Política y, ahora, con mayor tino y contundencia, la aún novísima Ley 8422 y su Reglamento. De no ser así, se favorece al corruptor y las corruptelas organizadas.

No creemos que exista un modelo ideal que del todo garantice la probidad en las compras públicas. Si tal modelo se diera, sería, por ende, aquél que parta de una legislación eficiente y eficaz, en beneficio del interés público. Pero ni la ley perfecta ayudaría si los servidores públicos y los proveedores son corruptos. Así, el problema no lo provoca, como regla de principio, la legislación.

Un sistema más o menos aceptable tiene que ser capaz de proporcionar los bienes y servicios que necesita el Estado en el

desempeño de las funciones de manera oportuna y con precios justos; es decir, debe ser económico, eficiente y eficaz. Debe publicar ampliamente las oportunidades de contratación; los contratos deben adjudicarse a quienes pueden satisfacer las necesidades indicadas ajustándose a las normas exigidas y que presenten las mejores ofertas; las normas deben ser claras y justas, el proceso transparente y los resultados previsibles; la base ideal de todo el modelo debe ser que los funcionarios públicos son responsables del uso apropiado, honesto y transparente, de los fondos públicos y que no se deben enriquecer por administrarlos.

Algunos elementos que debe tener un sistema de licitación ideal serían:

- Invitación pública para ofertar;
- Carteles que estipulen claramente las necesidades, describan el proceso de licitación, los términos y condiciones del contrato, y establezcan los criterios para su adjudicación; carteles que deberían ser conocidos en borrador por los oferentes y que, ya publicado, se pueda impugnar ante un tercero objetivo.
- Presentación de ofertas en sobres sellados como regla; éstas se abrirían solo en presencia de los concursantes, levantando acta, en lugar y una fecha determinados;
- Evaluación y comparación imparciales de las ofertas por evaluadores competentes sin la influencia o injerencia de los licitantes u otras partes; el sistema de calificación debió ser conocido de previo por los oferentes.
- Adjudicación del contrato al concursante que satisfaga todos los requisitos y presente la mejor oferta, según la definición de los criterios de adjudicación publicados.
- Posibilidad de impugnar de no haber apego a la legalidad constitucional, incluso por sujetos que, bajo un interés superior, detecta la infracción de las normas legales o éticas.

Mucho de lo indicado anteriormente ya lo posee la legislación nacional, sin embargo, en otros aspectos es necesario que se promueva un debate abierto porque, en nuestro criterio, el modelo de contratación pública ha demostrado muy clara y lamentablemente, que no es el más apropiado, esto a raíz de los varios casos sonados de corrupción en instituciones muy queridas como el ICE, la CCSS, entre otras.

Nota al margen

Por otro lado, y como nota al margen, importa señalar que los principales bancos multilaterales de desarrollo, han adoptado normas de licitación para los proyectos que financian. Así, para disponer de los préstamos, el prestatario debe ajustarse a las normas establecidas y los bancos, por su parte, supervisan para garantizar el debido cumplimiento de las normas. Todo incumplimiento de las normas puede resultar en la cancelación del préstamo lo cual, en países en vía de desarrollo, es grave.

Bajo esta línea, resulta que en 1993 la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional adoptó una ley modelo para la adquisición de bienes y servicios que sirviera a los países para evaluar y modernizar sus leyes y prácticas de licitación.

Tal ley incorpora casi todos los principios elaborados por los bancos multilaterales de desarrollo en sus normas de compras así como los procesos administrativos y judiciales para la revisión de la adjudicación, lo cual supone un paso importante hacia la elaboración de normas y procedimientos internacionales.

Asimismo, y como parte de lo hasta ahora realizado, resulta que 1994 se elaboró el Acuerdo sobre Adquisiciones Estatales (en Marruecos) como parte de las negociaciones del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio. El Acuerdo, que entró en vigor para los países signatarios en enero de 1996, es más conocido como Normas de Adquisición de la Organización Mundial del Comercio. Huelga agregar que a los gobiernos miembros de la OMC se les invitó a unirse a este acuerdo. Se unan o no al acuerdo, lo cierto del caso es que las normas y procedimientos de éste son lo que más se acerca a una legislación universal de buenas prácticas.

Igualmente, importa mencionar que los países miembros de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) se unieron para promover la adopción de leyes nacionales, similares a la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de Estados Unidos, que clasifiquen como delito y penalicen con graves sanciones el soborno de funcionarios estatales, bien sea dentro del país o en el exterior, y otras formas de corrupción relacionadas con los procesos de licitación.

Por otro lado, en 1996 la Organización de los Estados Americanos aprobó una Convención Interamericana sobre la Corrupción (ya

ratificada por Costa Rica), siendo que ese mismo año la Cámara de Comercio Internacional propuso un conjunto de normas de conducta contra la corrupción para uso de las empresas y medidas correspondientes para los gobiernos.

Finalmente, Naciones Unidas elaboró una Convención todavía más ambiciosa que la dada por la OEA que aún no se ratifica en nuestro país. La esperanza es que ello suceda pronto, amén de tener, como tantas veces hemos señalado, la nueva Ley 8422 y su Reglamento General que, pese a variadas críticas, es una herramienta de importante utilidad en la lucha anticorrupción.

5. CONCLUSIONES

Insistimos en que, con lo hasta dicho, en lo absoluto se pretende dar por agotado de las implicaciones y correlaciones en punto a la contratación pública y la corrupción. El tópico analizado se ubica como uno de los focos más privilegiados para la comisión de actos de corrupción por las razones de obvia evidencia. Solo conociendo los varias decenas de millones de dólares que a diario mueve un país como Costa Rica, dentro del proceso de estudio, es suficiente para comprender el por qué de la corrupción y de las corruptelas organizadas que, por si aún no se ha percatado el lector, existen y no solo en este país sino a nivel internacional.

Las compras públicas, en su teoría, parten de la aplicación de una serie de enunciados rectores de estricto asidero constitucional. Así, la regla de las compras estatales es la realización de la denominada licitación pública, sin que por ello se excluya como procedimientos ordinarios las licitaciones por registro, restringida o la directa. La licitación pública –esto igualmente es aplicable en lo pertinente en los otros tipos de procedimientos– exige la observancia de principios orientadores, de difícil descuido. Así, la igualdad, libre concurrencia, seguridad jurídica, equilibrio de intereses, entre otros, son parte de esos parámetros bajo los cuales se desarrolla las compras públicas.

Pero, asimismo, hemos sido muy claros en que, además de los enunciados de orden constitucional propios de la materia, existen otros que aplican para todo el universo de las actuaciones públicas. Estos serían los principios de sustento estrictamente ético o de probidad exigible a todo servidor público y hasta sujeto privado cuando éste se relaciona directa o indirectamente con las administraciones públicas.

Por otro lado, hemos tratado de dejar medianamente claro lo que es la corrupción con el objeto de facilitar el ligamen de tal tema, con las implicaciones y correlaciones dentro de la contratación pública pero solo para algunos cuantos temas de interés que, en lo absoluto, no pretende dar por acabado el tópico objeto de este documento.

Así las cosas, se ha querido presentar a la contratación pública como un proceso normal y que a diario desarrollan las administraciones públicas; además se entablaron algunos acercamientos de sumo interés con respecto a la corrupción y, finalmente, se intentó implicar y correlacionar ambos temas en procura de advertir riesgos inherentes a la realidad costarricense que bien merecen nuestra atención en procura de evitar la consumación de daños más lamentables a la hacienda pública, esto en referencia a lo que ya ha sucedido y sobre lo cual el sentimiento de frustración es imperante.

Edmund Burke señaló alguna vez que *“El peor error que podemos cometer es no hacer nada, por pensar que es muy poco lo que podemos hacer”*;⁽²⁶⁾ por tanto, queda abierta la invitación a no manejar fríamente la teoría que en este documento se presenta, sino a ser parte de esos ciudadanos que, en lo poco o en lo mucho, algo realizan en pro de una hacienda pública mejor administrada, todo conforme a la Constitución y la ley, pero sobretodo, al cúmulo de principios y valores de probidad, propios del país en el que se vive.

(26) Pensamientos o frases célebres que el autor recoge en documento de uso personal.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

CASSAGNE (Juan Carlos). *El contrato administrativo*. Abeledo - Perrot, S.A., Buenos Aires, 1999.

COMADIRA (Julio Rodolfo). *La Licitación Pública (nociones, principios, cuestiones)*. Depalma, S.A., Buenos Aires, 2000.

DROMI (José Roberto). *Licitación Pública*. Ciudad Argentiba, Buenos Aires, 2ª edición, 1995, p. 100.

GONZÁLEZ PÉREZ (Jesús). *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Civitas, 3ª edición, Madrid, 1999.

MEIRELLES (Hely Lopes). *Licitacao e contrato administrativo*. Revista Dos Tribunas, Brasil, 10ª edición, 1999.

SOLERA VÍQUEZ (José Antonio). *El cartel de la licitación*. Investigaciones Jurídicas, S.A., San José, 2001.

WORLD BANK. Corruption: Some Myths and Facts, por Daniel Kaufmann, 1997.

Jurisprudencia

Sala Constitucional, voto 0998-98, de las 11:30 horas del 16 de febrero de 1998.

Sala Constitucional, voto 13910-2005, de las 15:04 horas del 11 de octubre del 2005.

Sala Constitucional, voto 14421-2004 de las 11:00 horas del 17 de diciembre del 2004.

Normativa

Constitución Política.

Ley de contratación administrativa.

Ley general de control interno.

Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública.

Reglamento a la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública.

Directrices generales sobre principios y enunciados éticos a observar por parte de los jefes, titulares subordinados, funcionarios de la Contraloría General de la República y servidores públicos en general". La Gaceta No. 228, del lunes 22 de noviembre del 2004.

Otros

Artículo de opinión “Reforma a medias”, publicado en *La República* del martes 3 de mayo del 2005

Artículo de opinión “Decálogo de ética”, publicado en *La Prensa Libre* del miércoles 6 de julio del 2005.

Documento sobre la legislación colombiana localizado en <http://www.transparencia.gov.co/guias/contratacion.asp> (citado el 2 de mayo del 2005).

Periódico *El País*; Sección Opinión, Junio del 2000.

Subcomisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. “El ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales”. Resolución adoptada el 27 de junio de 1997, p.27.

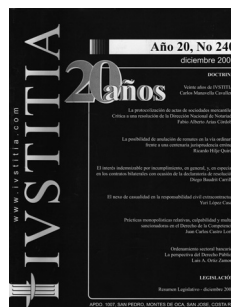
Transparencia Internacional sede Costa Rica; Taller sobre mapeo de riesgos en contratación pública: el caso de las carreteras, diciembre del 2001.

Reseñas bibliográficas a cargo de Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

20 años de la Revista IVSTITIA, 240 NÚMEROS

El Director de la **Revista IVSTITIA** Msc. Carlos Manavella, nos dice en la Presentación del N^o 240 de esta revista:

Hace ya veinte años nos lanzamos a la aventura de editar la primera revista mensual de carácter privado con clara finalidad práctica sobre temas estrictamente jurídicos. Esos objetivos fueron rápidamente superados y hoy contamos con un medio de información totalmente consolidado, reconocido y prestigiado tanto en el ámbito nacional como en el internacional.



Doscientos cuarenta números aparecidos mensualmente desde enero de 1987 hablan por sí mismos. IVSTITIA continúa, dos décadas después, siendo la única revista jurídica privada e independiente que se publica en Costa Rica.

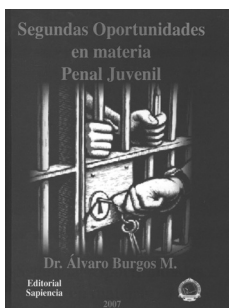
Con tres Secciones básicas dedicadas a la Doctrina, la Legislación y la Jurisprudencia IVSTITIA representa una oportunidad de conocer lo más representativo de estas expresiones de la cultura jurídica nacional.

Un prestigioso Consejo Editorial constituido por reconocidas figuras del mundo profesional, académico, judicial latinoamericano avalan este mensuario jurídico-económico que aquí presentamos.

Felicitamos a la Revista IVSTITIA por sus 20 años y los 240 números publicados.

— o —

Burgos Mata, Alvaro. **Segundas oportunidades en materia juvenil** (San José: Editorial Sapiencia, 145 páginas, 2007).



El Dr. Carlos Tiffer en la *Presentación* nos informa que la obra del Dr. Burgos resulta muy oportuna y conveniente, tanto por su acertada escogencia sobre un tema de gran trascendencia e importancia en el Derecho penal Juvenil, como por la rigurosidad académica de su trabajo de investigación.

El Dr. Burgos en la *Introducción* nos señala que este libro versa sobre uno de los institutos alternativos que se introduce por primera vez en Costa Rica a través de la Ley Penal Juvenil, cual es la suspensión del proceso a prueba.

El contenido de la obra está dividido en dos secciones:

Primera: nociones generales de la medida alternativa suspensión del proceso a prueba.

Segunda: aplicación del instituto de suspensión del proceso a prueba en materia juvenil.

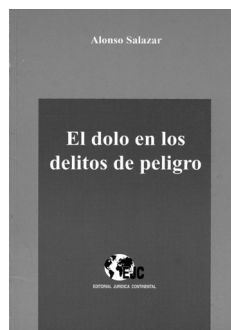
– o –

Salazar Rodríguez, Alonso. **El dolo en los delitos de peligro** (San José: Editorial Jurídica Continental, 81 páginas, 2006).

El profesor Salazar en la *Introducción* nos afirma que para realizar esta investigación ha contado con material bibliográfico y jurisprudencial del derecho español, costarricense y alemán.

Las partes en que se divide esta obra son:

- Planteamiento del problema
- Concepto de dolo
- Clases de dolo
- Concepto de delitos de peligro
- El dolo en los delitos de peligro



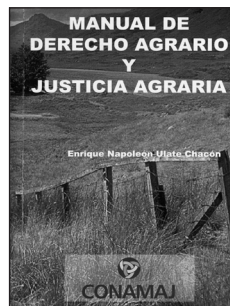
– o –

Ulate Chacón, Enrique Napoleón. **Manual de derecho agrario y justicia agraria** (San José: Comisión Nacional para el mejoramiento de la administración de justicia, 731 páginas, 2006).

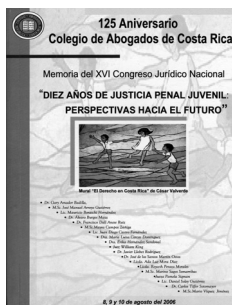
En el *Preámbulo* el Dr. Ulate nos expresa que el reto de todo jurista, además de aportar a la dogmática jurídica, es construir las bases de un Derecho más sólido y colaborar en el fortalecimiento de la administración de justicia.

El contenido de este libro está dividido en los siguientes capítulos:

- I. Teoría general
- II. Derecho agrario constitucional
- III. Derecho agrario internacional
- IV. Derecho agrario regional
- V. De la reforma agraria al desarrollo rural integral: el papel de los institutos agrarios
- VI. La propiedad agraria: función y estructura
- VII. La posesión agraria, forestal y ecológica
- VIII. La empresa agraria
- IX. El contrato de asignación de tierras
- X. El arrendamiento agrario y otras figuras similares
- XI. El crédito agrario
- XII. Producción agraria. Teoría general
- XIV. Los órganos y las partes del proceso agrario
- XV. Los principios procesales
- XVI. El ordinario agrario
- XVII. Resoluciones judiciales e impugnación en materia agraria
- XVIII. Medidas cautelares agrarias
- XIX. Los procesos sumarios y la competencia agraria
- XX. Las acciones protectoras de los derechos reales agrarios



Memoria del XVI Congreso Jurídico Nacional: ***Diez años de la justicia penal juvenil. Perspectivas hacia el futuro.*** 125 aniversario de la fundación del Colegio de Abogados, 315 páginas, 2006).



En la *Presentación*, la Coordinadora del Congreso y Fiscal del Colegio de Abogados, Dra. Erika Hernández Sandoval, nos expresa que este congreso nos llama a preguntarnos si realmente la Ley de Justicia Penal Juvenil, después de 10 años de vigencia, ha logrado su finalidad y si se han logrado superar los problemas que se detectaron cuando se cumplieron cinco años de esta ley: falta de presupuesto y ausencia de seguimiento respecto de las medidas alternativas.

Esta memoria está dividida en varios capítulos:

- I. Antecedentes
- II. Palabras de inauguración
- III. Conferencias internacionales
- IV. Ponencias de las mesas redondas
- V. Palabras de clausura

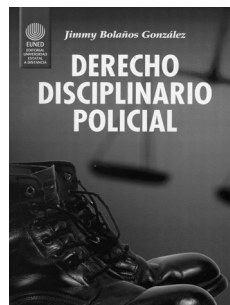
– o –

Bolaños González, Jimmy. ***Derecho disciplinario policial*** (San José: EUNED, 317 páginas, 2006).

Su autor en la *Presentación*, nos afirma que el mérito de esta obra consiste en ofrecer un amplio estudio del régimen disciplinario en general y de las características propias de las normas aplicables a los agentes policiales a través de un ordenado y sistematizado estudio de las fuentes de la doctrina jurídica, las normas aplicables y la jurisprudencia administrativa y judicial existente.

El contenido, dividido en capítulos, de este libro es el siguiente:

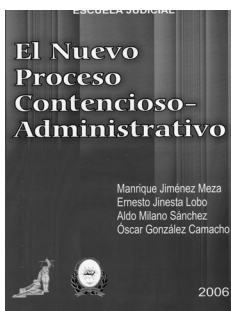
1. Conceptos básicos
2. La garantía del debido proceso constitucional
3. Teoría del régimen disciplinario
4. Deberes, faltas y sanciones disciplinarias
5. El desarrollo del procedimiento disciplinario policial
6. Régimen impugnatorio y prescripción sancionatoria



– o –

Jiménez Meza, Manrique; Jinesta Lobo, Ernesto; Milano Sánchez, Aldo; y, González, Camacho, Oscar. ***El nuevo proceso contencioso administrativo*** (San José: Poder Judicial, Escuela Judicial, 644 páginas, 2006).

Esta obra se divide en los siguientes capítulos:

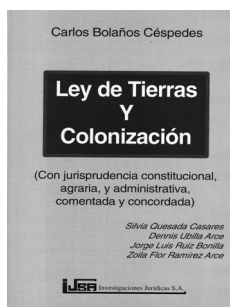


- I. Bases constitucionales para la reforma de la jurisdicción contencioso administrativa
- II. Naturaleza, extensión y límites de la jurisdicción contencioso administrativa
- III. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa y civil de hacienda
- IV. La capacidad procesal
- V. La legitimación
- VI. Agotamiento de la vía administrativa y otras gestiones prejudiciales
- VII. Medidas cautelares
- VIII. Conducta administrativa objeto del proceso

- IX. Pretensiones
- X. Acumulación, ampliación de demanda y proceso unificado
- XI. La actividad procesal en el Código procesal contencioso administrativo
- XII. Otros modos de terminación del proceso
- XIII. Sentencia
- XIV. Recursos
- XV. La ejecución de sentencia
- XVI. Proceso de extensión y adaptación de la jurisprudencia a terceros

– o –

Bolaños Céspedes, Carlos *et al.* ***Ley de tierras y colonización, con jurisprudencia constitucional, agraria y administrativa, comentada y concordada*** (San José: Investigaciones Jurídicas, S.A., 278 páginas, 2007).



REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS

Definición de la revista

- La *Revista de Ciencias Jurídicas* es una publicación científica en el campo del Derecho.
- *Cobertura temática*: los artículos que publica pertenecen a las diversas ramas jurídicas.
- Se *publica* bajo los auspicios del convenio interinstitucional de la Universidad de Costa Rica y el Colegio de Abogados de Costa Rica. Esta revista tiene *nivel científico*.
- Su *objetivo* es divulgar y difundir ensayos en las diferentes disciplinas del saber científico-jurídico, para la asesoría y apoyo logístico de estudiantes y operadores, en general, del Derecho.
- Dirección: Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. América Central.
- Periodicidad: Cuatrimestral.
- Revista impresa y digitalizada.

REQUISITOS PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS

1. Los artículos deben ser originales e inéditos.
2. El artículo no sobrepasará las 25 cuartillas tamaño carta y a doble espacio; y, se presentará con el tipo de letra *Times New Roman* en 14 puntos, las notas al pie de página en 12 puntos.
3. De cada artículo se presenta un original en papel y una versión electrónica (disquete o CD).
4. El título responde de manera concreta y específica al contenido del artículo. No extenderlo a más de ocho palabras.
5. El artículo se acompaña con:
 - a) Un resumen de seis líneas en español y en otro idioma.
 - b) Cinco palabras clave en español y en otro idioma.El autor es responsable de este punto 5.
6. Las páginas del artículo deben numerarse.
7. Cada trabajo presentado debe incluir la bibliografía utilizada. Esta se consignará al final y por orden alfabético del autor.
8. La bibliografía incluye los siguientes datos:
 - a) De libro: autor, año de la primera edición si está consignado, título del libro (subrayado), edición utilizada, ciudad, editorial, año, páginas.
 - b) De publicaciones periódicas: autor, título del artículo (entre comillas). Nombre de la publicación (subrayado), año, volumen, número, páginas.
 - c) De textos electrónicos: "Responsable principal. Título [tipo de soporte]. Responsable(s) secundario(s). Edición. Lugar de publicación: editor, fecha de publicación, fecha de actualización/revisión. Descripción física. (Colección). Notas. Disponibilidad y acceso [Fecha de consulta]. Número actualizado".
Ejemplo: "Library of Congress. *History and development of the Library of Congress machine-assisted realization of the virtual electronic library* [en línea]. [Washington, D.C.: Library of Congress], 15 June 1993. <gopher://lcmarvel.loc.gov:70/00/about/history> [Consulta: 5 mayo 1997]". (Fragmentos: *Norma ISO690*).
9. El autor del artículo debe indicar brevemente sus datos personales, profesionales, académicos, adscripción laboral, e-mail, teléfono y fax.

Sistema de arbitraje: el Consejo Asesor o Comisión Editorial tiene, además, la función evaluadora o de arbitraje.

Impreso por
Litografía e Imprenta LIL, S.A.
Apartado 75-1100
San José, Costa Rica
381182

