





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.
200 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 y catálogo
- 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 Directora Dra. Gilda Pacheco Acuña; y, a la Profesora M.L. Carmen Carazo Coronado.





CONSEJO ASESOR Y EDITORIAL:

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS:

Lic. Gilberto Corella Quesada	Presidente
Licda. Stella Santamaría Quesada	Coordinadora de Enlace y Pro-secretaria
Licda. Roxana Pujol Sobalvarro	Secretaria
Licda. Ana Lorena Castro Corrales	Vocal 5

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

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

COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL:

Dra. Marcela I. Basterra	Argentina
Dr. Agustín Gordillo	Argentina
Dr. Rodrigo Polanco Lazo	Chile
Dr. Jorge Witker Velásquez	Chile
Dr. Jaime Santofimio Gamboa	Colombia
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. Francois Collart-Dutilleul	Francia
Dr. Jorge Adame Goddard	México
Dr. Jorge Fernández Ruiz	México
Dr. Pedro López Elías	México
Dra. Elvia Arcelia Quintana Adriano	México
Magister Carlos Gasnell Acuña	Panamá
Dra. Yoselyn Bermúdez Abreu	Venezuela
Dr. Allan Randolf Brewer Carías	Venezuela





Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez

Hecho el depósito de ley

Impreso en Costa Rica

Revista de Ciencias Jurídicas N° 120, 2009, 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**

120

SAN JOSE, COSTA RICA
2009
SETIEMBRE - DICIEMBRE
(Cuatrimestral)





JUNTA DIRECTIVA
COLEGIO DE ABOGADOS

2009

Presidente:

Lic. Gilberto Corella Quesada

Vicepresidenta:

Dra. Marina Volio Brenes

Secretaria:

Licda. Roxana Pujol Sobalvarro

Prosecretaria:

Licda. Stella Santamaría Jiménez

Tesorera:

M.Sc. María del Rocío Cerdas Quesada

Vocal 1:

Lic. Viamney Guzmán Alvarado

Voca 2:

Lic. Fabio Vincenzi Guilá

Vocal 3:

Licda. Jenny Hernández Solís

Vocal 4:

Lic. Christian Hess Araya

Vocal 5:

Licda. Ana Lorena Castro Corrales

Fiscal:

Lic. Jorge Luis Bolaños Vargas



AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS

Rectora:

Dra. Yamileth González García

Directora Consejo Universitario:

M.L. Ivonne Robles Mohs

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. Héctor González Morera

Vicerrector de Vida Estudiantil:

M.Sc. Carlos Villalobos Villalobos

Decana Sistema de Estudios de Posgrado

Dra. Gabriela Marín Raventós

Coordinador de la Comisión Editorial:

M.Sc. Julián Monge-Nájera





In Memoriam

Dr. Gastón Certad Maroto (1947-2009) †

“Agradezco a todas las personas que nos acompañan en esta tarde así como a todas las que, con sus oraciones y muestras de afecto, nos han brindado su cariño en estos momentos de angustia y de dolor. Don Gastón, más conocido como el Dr. Gastón Certad, cursó sus estudios universitarios en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y el doctorado en su amada Italia, en la Universidad de Nápoles, ciudad donde hubiese deseado transcurrir su vejez. Jurista reconocido en nuestro país y más allá de sus fronteras, catedrático de la Universidad de Costa Rica, y de la Universidad Autónoma de Centroamérica, Magistrado Suplente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, autor de innumerables artículos especializados en materia de derecho comercial, autor de obras de gran importancia para el enriquecimiento de la ciencia jurídica en la rama mercantil, abogado litigante, hombre trabajador, pero sobre todo fue el mejor padre y esposo, abuelo y amigo, y un gran ser humano.

Los que tuvimos la dicha de conocerle de cerca y compartir con él, sabemos muy bien que fue un hombre carismático, simpático, lleno de valores y de una mentalidad muy positiva.

Si mi padre hubiese organizado una fiesta no habría dejado por fuera a ninguno de ustedes, sus amigos, compañeros, familiares, alumnos y colegas, le damos las gracias a Dios por la celebración en esta tarde en recuerdo de don Gastón lo cual nos permite acompañarlo en su último viaje a su nueva morada en la que esperamos encontrarnos nuevamente y seguir disfrutando de su sonrisa, de sus consejos, de su sabiduría y de su gran cariño.

Mi PADRE fue un ejemplo de humildad, un hombre dedicado al trabajo y a la familia, una persona que nunca sintió envidia por los demás, un hombre que hasta sus últimos momentos conservó la fe y la esperanza, la sonrisa en su rostro y la frente en alto.

Gracias por todo PAPÁ, en nombre de tus estudiantes y colegas, agradecemos todo lo que nos enseñaste y la formación que nos diste. En nombre de tus amigos, gracias por extenderles tu mano amiga y por estar siempre ahí presente en las malas y las buenas. En nombre de tus familiares, no existen palabras para reflejar el cariño, la dedicación insaciable hacia el crecimiento y fortalecimiento de este núcleo familiar; gracias por recibirnos con una sonrisa en los momentos más difíciles. En definitiva, gracias por dejarnos la herencia más grande que pueda existir, tu nombre, tu rastro, tu enseñanza y estas seis hermosas mujeres que dejas a mi lado, a las cuales cuidaré y protegeré en tu nombre.

Hoy estamos aquí PAPÁ para despedirte, para rendirte un homenaje, para devolvarte con nuestras oraciones de cariño y para pedir a Dios que te permita contemplar su rostro y que te reciba en la morada celestial donde nos seguirás guiando.

Con todo el amor, en representación de tu familia, tu hijo Aquiles...

Papá descansa en la paz del Señor”.

AQUILES CERTAD
Abogado



PRESENTACION

Esta revista se dedica al compañero y amigo Dr. Gastón Certad Maroto (1947-2009) por su apostolado y magisterio.

Se publican artículos sobre Derecho Penal, Civil, Marítimo, Teoría del Derecho, Contratación Pública y Filosofía del Derecho.

Además, se editan las reseñas respectivas.

El director - editor



INDICE

	<i>Pág.</i>
<i>Presentación</i>	9
Ensayos:	
Análisis de la obligación natural en el seno de la obligación jurídica <i>Msc. Jorge Jiménez Bolaños</i>	13
Laberintos de la razón práctica <i>Dr. Minor E. Salas</i>	41
Problemas graves en las costas de Costa Rica <i>Lic. Elías Carranza Maxera</i>	89
Las compras verdes. Enfoque ambiental en la contratación pública <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i>	109
Ética del discurso y corrección normativa <i>M.Sc. Francisco J. Campos Zamora</i>	141
El financiamiento del terrorismo <i>Licda. Jenory Díaz Molina</i>	167
Reseñas bibliográficas <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	187





JIMÉNEZ BOLAÑOS: Análisis de la obligación natural...

ANÁLISIS DE LA OBLIGACIÓN NATURAL EN EL SENO DE LA OBLIGACIÓN JURÍDICA

Msc. Jorge Jiménez Bolaños^()*

(Recibido 03/03/08; aceptado 26/11/08)



(*) Profesor asociado. Universidad de Costa Rica.

e-mail: jjimenez@gmail.com; jjbol@racsa.co.cr

Teléfono 2207-4114.





RESUMEN

El presente trabajo pretende hacer un análisis del concepto obligación jurídica, de sus elementos y características principales.

Posteriormente pretendemos hacer una comparación entre la obligación jurídica y la obligación natural precisando sus características y elementos para dar con la verdadera naturaleza jurídica de la obligación natural.

Por último mencionaremos algunas resoluciones judiciales en lo que nuestros tribunales analizan la figura y destacan sus elementos más importantes.

Palabras claves: Obligación jurídica, concepto, características, relatividad, correlatividad, patrimonialidad, temporalidad, débito, responsabilidad, obligación natural, débito sin responsabilidad, solutio retendi.

ABSTRACT

This paper seeks, first, to analyze the concept of legal obligation, its main elements and characteristics. Then, we seek to compare the definitions of legal obligation and natural obligation by detailing their characteristics and components to find out the true legal nature of the natural obligation. Finally, we will mention some court judgments where our courts analyze the institution, by highlighting the most important elements..

Key words: Legal obligation, concept, characteristics, relativity, correlativity, patrimonialism, temporality, debit, liability, natural obligation, non-liability debit, solutio retendi.



SUMARIO

Introducción

- 1) Análisis de la obligación natural en el seno de la obligación jurídica
- 2) La obligación jurídica
 - a) Breve reseña histórica
- 3) Concepto y características de la obligación jurídica
 - a) Relatividad
 - b) Correlatividad
 - c) Temporalidad
- 4) Elementos de la obligación jurídica
- 5) Patrimonialidad
- 6) Síntesis conceptual
- 7) Análisis de la obligación natural en contraposición con la obligación civil
- 8) Obligación civil. Efectos
 - a) Vínculo jurídico
 - b) Teoría clásica
 - c) Teoría patrimonialista
 - d) Débito sin responsabilidad
- 9) La solutio retendi
- 10) Naturaleza jurídica de la obligación natural
 - a) Síntesis conceptual
- 11) Casos de obligaciones naturales

Bibliografía





INTRODUCCIÓN

1. ANÁLISIS DE LA OBLIGACIÓN NATURAL EN EL SENO DE LA OBLIGACIÓN JURÍDICA

La idea que se persigue con este trabajo es sentar las características propias de la obligación jurídica para a partir de allí poder diferenciarlas de otras figuras no sin antes hacer una evaluación intelectual de si existe una verdadera identidad individual de la obligación jurídica dentro de los deberes jurídicos particulares o de los derechos subjetivos. Y si esta (la obligación jurídica) tiene realmente características propias que la hacen una institución jurídica con vida independiente y autónoma diferente a otras figuras.

Sobre el instituto de la obligación jurídica se han escrito innumerables libros y tratados tendientes a delimitar su concepto y analizar sus elementos esenciales.

Es importante por ello antes de adentrarnos en dicho concepto y sus elementos, preguntarnos si la obligación jurídica es en realidad una figura autónoma e independiente y que merece un estudio especial sobre su naturaleza jurídica, y si tiene vida jurídica propia diferenciada de los deberes jurídicos particulares.

El siguiente aparte busca realizar una precisión conceptual sobre la obligación jurídica y a través de sus características más importantes delimitar el concepto y determinar su individualidad dentro del universo jurídico, en ese mismo sentido determinar qué hechos jurídicos hacen nacer una obligación jurídica.

Buscaremos con este trabajo analizar la parte dinámica de la relación obligatoria para luego hacer un análisis de la figura denominada obligación natural en el seno de la obligación jurídica.

2. LA OBLIGACIÓN JURÍDICA

a) Breve reseña histórica

En la Roma antigua el vínculo existente entre el acreedor y el deudor era material, un verdadero atar la persona del deudor en caso de incumplimiento de la prestación.

El origen histórico de la obligación romana se halla en la responsabilidad penal *exdelicto* la responsabilidad contractual se subordinó en su primera fase a ese mismo concepto. Tanto el ladrón como el mutuario estaban en primer término obligados con su propia persona y eran reducidos a condición servil.

Cuando se estableció que primeramente debía pedirse la *poena* o la *pecunia* o *res credita*, y que solamente faltando el pago y toda satisfacción sobre el patrimonio del deudor, pudiese el poseedor del derecho resarcirse en vía ejecutiva sobre la persona, entonces probablemente por vez primera la *obligatio* tomó el significado nuevo patrimonial, entonces se hizo objeto de la *actio* y de la *solutio*, la *poena* o la *pecunia* no el *corpus* y la reducción a condición servil pasó a una segunda línea como figura de procedimiento ejecutivo. Un momento culminante de esta transformación de la obligación de penal en patrimonial o sea en la génesis de la obligación moderna está representado por la promulgación de la *lex poetelia*.⁽¹⁾

El vínculo existente entre acreedor y deudor evolucionó de ser en primer instancia un vínculo material un verdadero atar la persona del deudor en caso de incumplimiento a un vínculo jurídico en virtud del cual el deudor responde con su patrimonio en caso de incumplimiento no con su persona.

3. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LA OBLIGACIÓN JURÍDICA

Para que el hombre pueda satisfacer sus necesidades tanto materiales como intelectuales debe regir su vida, en sus relaciones con los demás seres humanos, apegado a una serie de normas de índole social moral y jurídica.

Desde el punto de vista jurídico que es el tema que no ocupa existen una serie de instituciones jurídicas que le señalan a los seres humanos como han de comportarse ante tal o cual situación.

La institución del matrimonio le indica a los cónyuges cuáles son sus deberes jurídicos de tal forma que si esos deberes no se respetan o

(1) Bonfante, Pietro. *Derecho Romano*, octava edición, pág. 370.

JIMÉNEZ BOLAÑOS: Análisis de la obligación natural...

se incumplen, la violación de éstos traerá consecuencias jurídicas, así por ejemplo debemos respecto y fidelidad a nuestro cónyuge de tal suerte que si violamos este deber podemos incurrir en causales de divorcio como el adulterio o la sevicia, que conllevan la disolución del vínculo matrimonial.

La patria potestad que enmarca la relación paterno filial determina qué deberes y derechos tenemos los padres en relación con nuestros hijos.

El derecho de propiedad nos indica los deberes y derechos que tenemos en relación a terceros en virtud del ejercicio de tal derecho.

Por ello determinar de antemano sobre qué institución estamos hablando nos servirá para relacionar las normas jurídicas que gobiernan y nutren determinada institución jurídica y sabremos con precisión qué derechos y deberes tienen las personas. Es vital entonces saber cuando nos encontramos con determinada institución jurídica para así lograr saber qué normas jurídicas le son aplicables y cuáles no le son aplicables.

En el razonamiento jurídico, el aplicar normas jurídicas en forma errónea a una determinada institución podría traernos serios problemas que no sería fáciles de resolver pues estaríamos aplicando normas jurídicas a un determinado problemas o conflicto que no le son aplicables y por ello la solución al mismo sería incorrecta, algo similar a lo que para un médico por ejemplo sería un mal diagnóstico.

Por ello el presente trabajo tratará de estudiar aquellas características que nos pueden ayudar a diferenciar el Instituto de la Obligación Jurídica de otras instituciones que en apariencia y a primera vista son similares. Pensemos por ejemplo en los deberes jurídicos particulares, en los poderes potestativos, en los derechos subjetivos o el interés legítimo, los derechos reales, para citar algunas figuras.

La idea que se persigue con este trabajo en sentar las características propias de la obligación jurídica para a partir de allí poder diferenciarlas de otras figuras, no sin antes hacer una evaluación intelectual de si existe una verdadera identidad individual de la obligación jurídica dentro de los deberes jurídicos particulares o de los derechos subjetivos. Y si esta (la obligación jurídica) tiene realmente características propias que la hacen una institución jurídica con vida independiente y autónoma, diferente a otras figuras.

Todos tenemos el deber de respetar el ordenamiento jurídico, consistente este mandato en un deber jurídico general del sometimiento de todos al ordenamiento jurídico. A su vez existen en forma más concreta deberes jurídicos particulares que son propiamente el efecto jurídico de la actuación de cada norma en concreto en un sujeto determinado.

Existen pues en el universo jurídico una serie de deberes particulares que nos constriñen a realizar una determinada conducta establecida por la ley. Ejemplos:

1. El deber de obtener la cédula de identidad y de mostrarla para realizar determinados actos.
2. El deber de pagar impuestos.
3. El deber de obtener la licencia para conducir un vehículo.
4. El deber de respetar las señales de tránsito, etc.

Obligación y deber jurídico

Dentro del ámbito del fenómeno obligatorio se han incluido figuras que, si bien se les califica como obligación en sentido estricto, no lo son, designándose con él comportamientos debidos de orígenes distintos que no son fenómenos obligatorios sino deberes jurídicos. A veces parece que las dos son intercambiables y, sin embargo, en la técnica del derecho civil, esta apreciación no es correcta, puesto que ambas poseen un contenido conceptual distinto, con efectos netamente diferenciados. El deber jurídico que se configura como necesidad, según un ordenamiento jurídico que se realice o adopte un comportamiento determinado. Este comportamiento puede venir exigido bien, por los imperativos del ordenamiento jurídico que regula la vida en la comunidad (deber jurídico general) o bien, por situarse el sujeto en un determinado ámbito de actuación sobre el que inciden normas particulares (deber jurídico particular).

En algunas ocasiones, inserta en esa noción se encuentra también la razón o motivación de adoptar una actitud considerada como necesaria por el ordenamiento jurídico.

JIMÉNEZ BOLAÑOS: Análisis de la obligación natural...

Sin embargo, el fenómeno obligación es más amplio que el de deber jurídico. Y si bien, todas las obligaciones son deberes jurídicos, no todos los deberes jurídicos son obligaciones. Cuando hablamos de la obligación, nos referimos a una clase determinada de deber jurídico, aquel existente entre un acreedor y deudor, en la que el sujeto que se encuentre en la posición de acreedor puede exigir a otra una concreta prestación.

La obligación jurídica es un deber jurídico particular y pertenece a la familia de los deberes jurídicos particulares pues en realidad, en cada obligación, existe el deber jurídico de un sujeto de cumplir con una conducta determinada pero el deber jurídico particular del deudor no agota totalmente el contenido de la obligación pues está compuesta de un derecho subjetivo correlativo el derecho del acreedor de exigir dicho deber jurídico.

La obligación tiene a su vez otra faceta y es la posición del acreedor el cual dentro de la obligación jurídica tiene un derecho subjetivo, el derecho de hacer exigible la conducta del deudor es decir el deber jurídico que este tiene.

El derecho subjetivo del acreedor y el deber jurídico particular del deudor se encuentran condicionados recíprocamente de tal forma que ambas figuras constituyen un vínculo jurídico independiente y autónomo, es decir una relación jurídica obligatoria.

Pasaremos a estudiar algunas definiciones que nos da la doctrina sobre la relación jurídica obligatoria y de allí analizaremos cuáles son sus elementos y características diferenciadoras que nos ayudarán a identificar la institución bajo estudio (obligación jurídica) frente a otras instituciones similares.

Alberto Brenes Córdoba en el *Tratado de la Obligaciones* no indica que “se llama obligación, un vínculo jurídico en virtud del cual una persona se halla compelida a dar, hacer o no hacer alguna cosa”.⁽²⁾

Esta definición resulta parca para definir qué se entiende por relación jurídica obligatoria pues son muchas las situaciones jurídicas en

(2) Brenes Córdoba, Alberto. *Tratado de las Obligaciones*, séptima edición, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, p. 26.

la que una persona se encuentra compelida a dar, hacer o no hacer una cosa. En las relaciones paterno filiales tenemos casos en los cuales tanto padres como hijos tiene entre sí una serie de deberes jurídicos que cumplir. La guarda crianza y educación determina para los progenitores el deber jurídico de cumplir con una serie de conductas que no son propiamente obligaciones jurídicas tal y como vamos a entender en este trabajo. Así podemos mencionar el deber del padre de guardar y dar educación y alimentos al hijo, de representarlo legalmente, de disciplinarlo, el deber del hijo de obedecer al padre, de respetarlo para citar algunos. Deberes que tienen según la doctrina y la ley contenidos y naturaleza muy diferente a las obligaciones jurídicas.

Díez Picazo nos define la obligación jurídica como “la relación jurídica establecida entre dos personas y dirigida a que una de ellas obtenga determinados bienes o servicios a través de la cooperación de otra o bien al intercambio recíproco de bienes y servicios mediante una recíproca cooperación”.⁽³⁾

“Así puede definirse la obligación jurídica, como el deber jurídico que un sujeto tiene de realizar una prestación a favor de otro sujeto. La etimología más comúnmente aceptada del término obligación la considera derivado de *ob* (alrededor) *ligare* (atar)”.⁽⁴⁾

“Se da el nombre de obligación a la relación jurídica establecida entre dos o mas personas, en virtud de las cuales una de ellas, denominado deudor, se constituye en el deber de realizar determinada prestación a favor de otra denominada acreedor... Podemos partir de la base de que toda obligación es una forma de “deber jurídico” pero que no todo deber jurídico constituye una obligación en sentido técnico, ya que para ello se exige la concurrencia de dos notas esenciales: en primer término, que a ese deber corresponda un “derecho subjetivo” o crédito por parte de un acreedor a cuyo favor ha de realizarse la prestación y que puede por tanto proceder a su exigencia, en segundo lugar, que el incumplimiento de ese deber por parte del deudor, permita al acreedor ejercitar una acción dirigida contra su patrimonio, en cuanto

(3) Luis Díez Picazo y Antonio, Gullón. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. II, Madrid, España, Editorial Tecnos, p. 89.

(4) Sancho Rebullida, Francisco. *Voz Obligación*, publicado en Gran Enciclopedia Rialp. Ediciones Rialp, Madrid, 1973, pp. 174-190.

JIMÉNEZ BOLAÑOS: Análisis de la obligación natural...

toda obligación civil es susceptible de ser convertida en deuda pecuniaria”.⁽⁵⁾

“Con el término obligación se hace referencia a una categoría especial de derechos de crédito, que como todos los de esta naturaleza suponen una relación entre dos personas, de las cuales una de ellas puede exigir de otra el cumplimiento de una determinada prestación consistente en dar, hacer o no hacer alguna cosa”.⁽⁶⁾

“El deber prestar del deudor y el poder exigir del acreedor constituyen un mismo vínculo jurídico, en contenido de la relación.”⁽⁷⁾

a) **Relatividad**

De las definiciones anteriores podemos decir que la relación jurídica obligatoria es aquella en virtud de la cual un sujeto (deudor) se encuentra constreñido a realizar una determinada prestación (deber jurídico) a favor de otro sujeto (acreedor), quien ostenta un derecho subjetivo, para exigir el cumplimiento de dicha prestación, mediante los medios jurídicos que el ordenamiento jurídico establece a través del órgano jurisdiccional. Que relaciona a dos sujetos claramente determinados, acreedor y deudor en virtud del cual el deber jurídico de un sujeto da la razón jurídica de la existencia jurídica del derecho del acreedor. Deber jurídico y derecho subjetivo se condicionan recíprocamente condicionando su existencia. Esta situación delimita una característica fundamental de la obligación jurídica, su relatividad.

La relatividad como característica de la obligación significa que se trata de una situación jurídica en la que participan dos sujetos claramente determinados. No se trata del deber jurídico de un sujeto frente a la colectividad como un todo o frente a toda la sociedad.

(5) Alfonso de Cossio. *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid, España, Editorial Alianza editorial, 1977, p. 201.

(6) Montero Piña, Fernando. *Obligaciones*. San José, Costa Rica. Premia Editores, p. 1.

(7) Sancho Rebullida, *op. cit.*, pág. 174.

b) Correlatividad

Además de la relatividad vemos también que la obligación jurídica trata de la existencia de un deber jurídico que a su vez tiene un derecho subjetivo de crédito correlativo. Es decir la existencia del deber jurídico que tiene el deudor frente al acreedor está condicionado y tiene su razón de existir en que a su vez existe un sujeto que tiene un derecho subjetivo de crédito que le da derecho a exigir el cumplimiento de dicho deber jurídico particular. A esta situación la doctrina denomina correlatividad.

Pues bien relatividad y correlatividad son dos características que nos permiten distinguir por el momento la obligación jurídica de otras figuras.

c) Temporalidad

Otra característica que la doctrina menciona como elemento diferenciador es la temporalidad de la obligación jurídica. Toda obligación jurídica nace para ser cumplida, pero una vez cumplida la misma se extingue. No podríamos pensar en la posibilidad de una obligación jurídica en la que se dejara a la voluntad del deudor el cumplimiento de la obligación es decir que el deudor cumpla si así lo quiere o desea. Ver en ese sentido el artículo 775 del Código Civil que expresa: “Si se hubiera pactado que el deudor pague cuando le sea posible, la obligación será exigible al año del día en que se contrajo”.

No sería una obligación jurídica –dejar a voluntad del deudor su cumplimiento– pues el contenido de la obligación es el deber de cumplir la prestación debida pactada por las partes y su esencia radica en el cumplimiento de la misma. Usando una expresión muy utilizada en la doctrina las obligaciones jurídicas nacen para ser cumplidas. Las obligaciones tienen por esencia un plazo para ser cumplidas, de tal forma que no podemos hablar de una obligación cuyo cumplimiento es diferido eternamente.

4. ELEMENTOS DE LA OBLIGACIÓN JURÍDICA

El artículo 627 de nuestro Código Civil nos indica: “Para la validez de la obligación es esencialmente indispensable:

1. Capacidad de parte de quien se obliga.

JIMÉNEZ BOLAÑOS: Análisis de la obligación natural...

2. Objeto o cosa cierta y posible que sirva de materia a la obligación.
3. Causa justa”.⁽⁸⁾

La norma de comentario (artículo 627 Código Civil) nos define los elementos que conforma la obligación jurídica.

1. La capacidad obviamente se refiere a los sujetos, acreedor y deudor que conforman la obligación y se refiere a la capacidad de actuar.⁽⁹⁾

“El requisito de la capacidad es necesario para la validez de las obligaciones nacidas de los convenios, mas no aquellas que preceden de los cuasicontratos, de los hechos ilícitos o de la ley en cuanto graven el patrimonio de los obligados porque entonces la obligación se produce independientemente de la voluntad de la persona a quien afecta la necesidad jurídica del resarcimiento o del pago. Así la condenación recaída en causa criminal contra un menor, importa la obligación de pagar los daños y perjuicios que hubiere causado con el hecho dañoso.”⁽¹⁰⁾

2. El objeto hace referencia a la prestación es decir a la conducta que deberá desplegar el deudor, para satisfacer el interés del acreedor y así lograr el cumplimiento con efectos extintivos y liberatorios.

“Por objeto de la obligación se entiende aquello que el acreedor puede exigir del deudor, lo que forma la materia del compromiso y que se designa con el nombre de prestación”.⁽¹¹⁾

(8) Evelyn Salas Murillo y otro. *Código Civil*, primera edición. San José, Costa Rica. Biblioteca Jurídica Dike, p. 495.

(9) Pueden consultarse sobre los elementos del contrato las siguientes resoluciones: Resolución número 224 del Tribunal Superior Segundo Civil de las catorce horas, diez minutos del veinticinco de junio del dos mil uno, *Sobre vicios del consentimiento*. Resolución número 091 del Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera de las diez horas, treinta y cinco minutos del veintiocho de febrero del dos mil uno.

(10) Brenes Córdoba. *Op. cit.*, p. 30.

(11) Brenes Córdoba. *Op. cit.*, p. 30.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 120 (13-40) setiembre-diciembre 2009

3. La causa justa se refiere a la razón jurídica obligacional el por qué se encuentra obligado el deudor en la relación obligatoria.

“Según la naturaleza más extendida llámase causa el fundamento el por qué la razón jurídica de la obligación”.

No es posible, en el campo del derecho que la persona se obligue o esté obligada sin que exista un fundamento de justicia social que haya producido el vínculo obligatorio”.⁽¹²⁾

4. El vínculo jurídico es la relación de poder y deber correlativos que condiciona la conducta respectiva de los sujetos.

En síntesis la relación obligacional se descompone estructuralmente en los siguientes elementos:

Sujetos. Uno activo o acreedor, es el titular del derecho subjetivo del crédito, titular pues del poder jurídico de exigir la prestación. Y otro pasivo obligado o deudor, es aquel en quien recae el deber jurídico de prestación. Ambos términos subjetivos pueden estar integrados por una o más personas.

Objeto. Es la prestación que el acreedor puede exigir y que el deudor debe cumplir, la prestación, a su vez, puede tener un objeto-objeto mediato de la obligación (las cosas y los servicios).

Vínculo. Es la relación de poder y deber correlativos que condiciona la conducta de los sujetos.

Causa. Es la razón jurídica de exigibilidad de la prestación, la condición para que el derecho sancione un condicionamiento de la conducta que sin la obligación sería libre”.

5) PATRIMONIALIDAD

Una cuarta característica de la obligación nos las da uno de sus elementos, concretamente la prestación. El artículo 629 del Código civil nos indica: “Toda obligación tiene por objeto dar, hacer o dejar hacer

(12) Brenes Córdoba. *Op. cit.*, p. 38.

JIMÉNEZ BOLAÑOS: Análisis de la obligación natural...

alguna cosa y puede referirse a todas las cosas que están en el comercio de los hombres, aun las futuras como los frutos por nacer.” El artículo 630 del mismo cuerpo de leyes señala: “Es ineficaz la obligación cuyo objeto no pueda reducirse a un valor exigible o que no está determinado ni pueda determinarse.”⁽¹³⁾

La prestación deberá cumplir con la posibilidad de ser valorada económicamente, esto nos determina otra característica de la obligación “su patrimonialidad” o el carácter patrimonial de la prestación. Hay que hacer sin embargo, una distinción entre el interés del acreedor en la prestación que puede no tener un carácter patrimonial y la prestación en sí que debe ser valorada económicamente o patrimonialmente.

“La existencia de una prestación no patrimonial dentro de un conjunto en el que hay también prestaciones patrimoniales es perfectamente admisible. Por ejemplo el inquilino se obliga a no introducir perros o gatos en el local arrendado. La cuestión se plantea, en cambio, agudamente en los casos en que la obligación contempla una única prestación que no tiene ningún alcance económico. Nosotros entendemos que en este caso, sin retribución, nos encontramos ante una figura distinta de la verdadera y propia obligación.”⁽¹⁴⁾

“Por esto se piensa que si bien el interés del acreedor en la prestación puede ser extra patrimonial, la prestación en sí misma considerada ha de ser patrimonial”.⁽¹⁵⁾

6) SÍNTESIS CONCEPTUAL

Relatividad, correlatividad, patrimonialidad y temporalidad son características propias y especiales del instituto de la obligación jurídica que nos permiten distinguirla sin duda de otras figuras que le son en apariencia similares. Veamos.

(13) Evelyn Salas y otro. *Op. cit.*, p. 505.

(14) Luis Díez Picazo. *Op. cit.*, p. 92.

(15) Luis Díez Picazo. *Op. cit.*, p. 92.



Revista de Ciencias Jurídicas N° 120 (13-40) setiembre-diciembre 2009

De lo expuesto, la obligación, se diferencia:

De los derechos de la personalidad

En que esto son derechos absolutos, *erga omnes* el sujeto pasivo es universal. El ejercicio del derecho no agota su contenido. Los derechos de la personalidad que tenga como persona no son solo relativos a una persona en concreto que debe respetarlos, al contrario es toda la sociedad la que está en la obligación de respetar mis derechos de la personalidad (nombre, imagen, integridad física). Son derechos absolutos.

De los derechos personales de familia

Tampoco el ejercicio de estos derechos agota su contenido de la relación (matrimonio, paterno-filial-parental) como sí sucede en la obligación jurídica la cual nace como dijimos antes para ser cumplidas y su ejercicio agota su contenido. El ejercicio de la patria potestad no extingue la relación paternofilial. No existe una correlación entre el deber y el derecho, que más bien suele presentar aspectos de *officium* (carga, función, potestad).

De los derechos reales

Las obligaciones se diferencian de los derechos reales en que los derechos reales son absolutos, *erga omnes* es decir oponibles a todos, el sujeto pasivo no tiene un deber de prestación sino el deber jurídico general *-nemine laedere-* y a lo sumo deberes jurídicos particulares nacidos de su relación con la cosa objeto del derecho real.

El contenido del deber no es para el sujeto activo, el contenido de su derecho real, el ejercicio del derecho real no agota su contenido más bien su ejercicio lo reafirma.⁽¹⁶⁾

En el derecho real no se manifiestan las características propias de la obligación jurídica no existe la relatividad ni la correlatividad dado que no hablamos de dos sujetos determinados con deberes y derechos correlativos pues el propietario de un derecho real puede oponer su

(16) Construcción conceptual a partir de Sancho Rebullida Francisco. *Op. cit.*, p. 174.



JIMÉNEZ BOLAÑOS: Análisis de la obligación natural...

derecho ante todos los hombres, de tal manera que este puede hacer valer sus derechos *erga omnes*. En relación a la temporalidad en el derecho real podemos decir que el ejercicio del derecho real no extingue el derecho más bien lo reafirma.

En general “las relaciones jurídicas absolutas son aquellas que presentan ante el sujeto activo un sujeto pasivo universal que tiene una obligación de no hacer frente al titular, de tal manera que éste puede hacer valer sus derechos *erga homines*, ejemplo los derechos de la persona y de la personalidad, los derechos reales, etc. En las relaciones jurídicas relativas en cambio el sujeto activo sólo puede oponer su derecho ante el sujeto pasivo determinado... Como vemos las relaciones obligatorias pertenecen al tipo de relaciones jurídicas relativas pues en ellas los sujetos relacionados sólo pueden exigirse el cumplimiento en función de roles determinados de acreedor y deudor”.⁽¹⁷⁾

Síntesis conceptual

Podemos afirmar que la obligación jurídica, es una relación viva dinámica, una situación jurídica particular en la que se encuentran dos sujetos determinados, en virtud del cual uno de ellos se encuentra constreñido (deber jurídico) frente a otro sujeto (o ambos sujetos se encuentran constreñidos recíprocamente) a realizar una determinada conducta o prestación que viene a satisfacer el interés de uno de ellos o de ambos (derecho subjetivo). Dicho interés jurídico en la prestación es valorable económicamente, y su satisfacción debe darse en un término determinado no puede ser diferido su cumplimiento eternamente.

La relación jurídica obligatoria se diferencia de la demás figuras del universo jurídico en virtud de sus características, relatividad, correlatividad, patrimonialidad de la prestación y temporalidad.

7. ANÁLISIS DE LA OBLIGACIÓN NATURAL EN CONTRAPOSICIÓN CON LA OBLIGACIÓN CIVIL

El Derecho Romano no reconoció otras obligaciones que aquellas fundamentadas en el derecho Civil amparadas en el derecho

(17) Manavella, Carlos. *Las relaciones jurídicas obligatorias*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Collegium Academicum, San José Costa Rica, enero 1982.

de acción. Todo lo que no estaba comprendido dentro del *ius civile* hasta tanto no interviniera el pretor para suavizarlo tendía que entrar dentro de la esfera del *ius naturale*.

Carbonier citado por José Luis Arce. Nos indica que los romanos desarrollaron la noción de *obligatio naturalis* con el fin de atenuar el principio de que el esclavo no podía obligarse a tenor del derecho civil en cuanto carecía de capacidad jurídica al paso que tal posibilidad surgía desde la perspectiva del Derecho Natural, en el sentido de que no obstante su desvinculación se hallaba sujeto a una obligación natural...⁽¹⁸⁾

Conforme al derecho romano las obligaciones naturales podían nacer o de un defecto de capacidad de los contratantes (obligaciones contraídas por el esclavo con el *dominus* o con un tercero, las llevadas a cabo por personas unidas por el vínculo de patria potestad, las contraídas por el pupilo sin la *auctoritas interpositio*) o en un defecto de forma o de una prohibición de la ley.

8) OBLIGACIÓN CIVIL. EFECTOS

La obligación jurídica es pues ante todo un vínculo jurídico en virtud del cual un sujeto se encuentra obligado para con otro sujeto a realizar una determinada prestación que puede consistir en un dar, un hacer o un no hacer, siendo característico de esta el de ser relativa, esto es que se trata de sujetos determinados y que es correlativa, es decir frente al derecho subjetivo de crédito del acreedor existe un deber jurídico del deudor que le compele a cumplir la prestación, no podemos separar ambas situaciones jurídicas, de tal forma que ambas se condicionan recíprocamente. El derecho subjetivo de crédito del acreedor de exigir la prestación no puede existir en forma aislada sin la existencia del deber jurídico correlativo. Lo anterior aunado al hecho de que la obligación tiene un contenido patrimonial y que goza de una temporalidad limitada, es decir la obligación nace para ser cumplida y cumplida se extingue, conforman las notas características que nos definen y nos ayuda distinguir este instituto de otras figuras.

(18) Arce Viquez, Jorge Luis. *La naturaleza jurídica de las obligaciones naturales*. Tesis de Grado para optar por el título de Licenciado en Derecho. U.C.R., p. 27.

JIMÉNEZ BOLAÑOS: Análisis de la obligación natural...

a) **Vínculo jurídico**

Esencia jurídica

La doctrina se ha cuestionado cuál es en realidad la esencia del vínculo jurídico. Tenemos por un lado la doctrina clásica que exponemos ha continuación brevemente.

b) **Teoría clásica**

En el plano doctrinal la doctrina clásica enunciada en su forma más completa por Savigni ve la esencia del vínculo en la conducta o en los actos del deudor, es la sustracción de determinados actos a su esfera de libertad y en el sometimiento de los mismos a la voluntad del acreedor, las relaciones jurídicas pueden caer sobre cosas o sobre personas, en el caso de la obligación a determinados actos.⁽¹⁹⁾

Brinz impugnó la teoría clásica al determinar que extraer de la persona del deudor sus actos y considerarlos como cosa u objeto del señorío del acreedor es erróneo.

c) **Teoría patrimonialista**

A partir de la crítica de Brinz surge la teoría patrimonialista la cual propugnaba que independiente de los actos que debe realizar el deudor el interés del acreedor puede satisfacerse al margen de esta conducta y esta no puede ser la esencia del vínculo obligacional. El acreedor puede ver satisfecho su interés en el patrimonio del deudor de allí la expresión, es el patrimonio el que debe al patrimonio.

Sin embargo, “a las teorías patrimonialistas se le ha objetado que la relación jurídica solo puede darse entre personas y que busca la esencia de la obligación en la parte patológica en el incumplimiento.”⁽²⁰⁾

(19) Construcción conceptual a partir de Sancho Rebullida, Francisco. Texto de la voz “Obligación”, publicado en “Gran Enciclopedia Rialp” (Ediciones Rialp, Madrid, 1973). Tomo XVIII, pp. 174-190.

(20) Construcción conceptual a partir de Sancho Rebullida, Francisco. Texto de la voz “Obligación” publicado en “Gran Enciclopedia Rialp” (Ediciones Rialp, Madrid, 1973). Tomo XVIII, pp. 174-190.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 120 (13-40) setiembre-diciembre 2009

Actualmente la doctrina mayoritaria ve la esencia del vínculo en dos aspectos que conforman el fenómeno. El débito y la responsabilidad. Es decir el débito del deudor no era exigible si no se le añadía un hecho generador de garantía la responsabilidad.

“Así lo propiamente vinculado es la conducta del deudor, no en el sentido de que sus actos sean objeto del señorío del acreedor, sino por cuanto un sector de su comportamiento, antes jurídicamente indiferente, queda polarizado, a consecuencia del vínculo en una determinada dirección y sentido, en el de la prestación. Pero si el deudor incumple la misma vinculación acarrea inevitablemente y casi automáticamente que el interés del acreedor se satisfaga en el patrimonio del deudor”.⁽²¹⁾

La esencia toda de la obligación se centra en el concepto del vínculo: es este un vínculo abstracto que liga a la persona del deudor a la del acreedor y es un vínculo de derecho caracterizado por la necesidad que no consiente a quien se halla sujeto a ella el eludirla arbitrariamente, es un ligamen que limita la libertad individual del deudor y confiere al acreedor una facultad ejercitable contra el obligado en virtud del cual éste resulta constreñido a determinada actividad (positiva o negativa) y aquel puede obtener satisfacción en el patrimonio de obligado, en el caso del incumplimiento.⁽²²⁾

El deudor tiene un deber jurídico siendo así su transgresión deriva en responsabilidad jurídica. No quedará impune el incumplimiento, el acreedor tendrá facultades para ejercer el derecho de crédito que consistirá en el cumplimiento de la prestación proyectada.

Ver artículo 693 de nuestro Código Civil en ese sentido.

Como ya se ha señalado la obligación es un vínculo jurídico, ligamen en virtud del cual una persona llamada deudor, debe observar una determinada conducta (prestación o conducta prestacional) en favor de otra persona llamado acreedor... Mas puede ocurrir y no es extraño que así suceda que el deudor no observe el comportamiento a

(21) Construcción conceptual a partir de Sancho Rebullida, Francisco. Texto de la voz “Obligación” publicado en “Gran Enciclopedia Rialp” (Ediciones Rialp, Madrid, 1973). Tomo XVIII, pp. 174-190.

(22) Ruggiero Roberto. *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, Tomo II. Instituto Editorial Reus, p. 9.

JIMÉNEZ BOLAÑOS: Análisis de la obligación natural...

que está sujeto, es decir que es por él debido. Entonces el ordenamiento jurídico prevé un concreto instrumento que denominamos responsabilidad. Esta consiste en sus líneas generales, en la sujeción de los bienes del deudor al cumplimiento coactivo de la deuda frente al poder o facultad de agresión.

Cuando analizamos la obligación jurídica vemos en esta dos momentos diferentes y contrapuestos el del débito (schuld) que es la obligación del deudor de realizar la prestación y el de la responsabilidad o sea el poder o facultad que corresponde al acreedor en el patrimonio de aquel para realizar su crédito.

d) Débito sin responsabilidad

Obligación natural

Antecedentes históricos

El derecho romano no reconoció otras obligaciones que aquellas fundamentadas en el derecho civil amparadas en el derecho de acción. Todo lo que no estaba comprendido dentro del *ius civile* hasta tanto no interviniera el pretor para suavizarlo tendía que entrar dentro de la esfera del *ius naturale*.

Como indicamos antes, los romanos desarrollaron la noción de *obligatio naturalis* con el fin de atenuar el principio de que el esclavo no podía obligarse a tenor del derecho civil en cuanto carecía de capacidad jurídica al paso que tal posibilidad surgía desde la perspectiva del Derecho Natural, en el sentido de que no obstante su desvinculación se hallaba sujeto a una obligación natural.

Las obligaciones naturales podían nacer o de un defecto de capacidad de los contratantes (obligaciones contraídas por el esclavo con el *dominus* o con un tercero, las llevadas a cabo por personas unidas por el vínculo de patria potestad, las contraídas por el pupilo sin la *auctoritas interpositio*) o en un defecto de forma o de una prohibición de la ley.

Al analizar la obligación natural en cambio de lo que vimos en relación a la obligación jurídica se parte de la idea de la posibilidad de existencia de determinadas obligaciones cuyo cumplimiento queda a la

voluntad e iniciativa del deudor, ya que no llevan aparejada acción que permita al acreedor exigir su ejecución forzosa o proceder contra el patrimonio del deudor para hacer efectiva su responsabilidad.”⁽²³⁾

“El concepto de obligación natural se delineó en el ordenamiento jurídico romano como un supuesto en que no había derecho a exigir el cumplimiento pero producía unas consecuencias jurídicas siendo el fundamental la imposibilidad de repetir o reclamar la devolución de lo pagado. Frente al número cerrado naturales que se ven admitidas por el derecho romano la doctrina moderan va identificando obligación natural como obligación moral o de conciencia. Ya Pothier decía que la obligación natural es la que en el fuero del honor y de la conciencia obliga al que la ha contraído ...Cuando hablamos de obligaciones naturales queremos significar que determinadas atribuciones patrimoniales realizadas con ánimo de cumplir un deber social moral o de conciencia son considerados por el derecho como actos válidos y eficaces. Son atribuciones patrimoniales que tiene una causa justa y legítima el deber moral social o de conciencia.”⁽²⁴⁾

“Con base en diversos fundamentalmente de derecho romano un sector doctrinal ha creído constatar la posibilidad de situaciones de duda sin responsabilidad. Es decir las relaciones jurídicas obligatorias en las que el lado pasivo se integra por el elemento que llamamos deuda pero no por el denominado responsabilidad, mientras que el lado activo carece de facultad o poder de agresión coactiva del patrimonio del deudor. El acreedor se halla pues privado de acción y solo puede ver satisfecho su crédito mediante el cumplimiento voluntario del deudor. Tales situaciones se denomina obligaciones naturales (como contraposición a la obligación civil) pero desde ya se debe advertir que dicha denominación es doctrinal pues no aparece en ningún texto positivo”.⁽²⁵⁾

El reconocimiento jurídico de la obligación natural se da cuando se cumple es decir cuando el deber moral se realiza. Entonces el derecho le da sanción jurídica al desplazamiento patrimonial realizado

(23) Alfonso de Cossio. *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*. Alianza Editorial. Primera Edición, 1975, p. 203.

(24) Díez Picasso. *Op. cit.*, p. 91.

(25) F. Blasco Gascó y otros. *Derecho Civil. Obligaciones y Contratos*. 3ª. Edición. Edita Tirant Lo Blanch, p. 71.

JIMÉNEZ BOLAÑOS: Análisis de la obligación natural...

por el deudor. De tal manera que el pago realizado es irrepetible. Que quiere decir esto que el deudor no podrá reclamarle a su acreedor que le devuelva lo que él le dio en virtud del cumplimiento de ese deber.

La obligación natural la tenemos regulada en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 634 de nuestro código civil al indicar: “Las obligaciones naturales no confieren derechos para exigir su cumplimiento, pero cumplidas, autorizan para retener lo que se ha recibido en razón de ellas.”

9) LA SOLUTIO RETENDI

La característica fundamental de las llamadas obligaciones naturales es la *solutio retendi*. La *solutio retendi* es un efecto jurídico que consiste en la facultad atribuida al acreedor de retener legítimamente el pago voluntario hecho por el deudor. Por tanto se trata de un efecto puramente defensivo (excepción) del acreedor ante la pretensión restitutoria del deudor. A contrario la *solutio retendi* supone que el deudor no puede repetir (reclamar legítimamente la devolución de) lo voluntariamente pagado.”⁽²⁶⁾ La *solutio retendi* se encuentra regulada en el artículo 634 de nuestro Código civil citado *supra*.

10) NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN NATURAL

Si la obligación natural no es tomada en cuenta por el derecho sino una vez que esta se cumple dando validez al desplazamiento patrimonial. ¿Cuál entonces sería su naturaleza jurídica?

Las diferentes tesis sobre la naturaleza jurídica las podemos resumir en las siguientes ideas:

1. Es una obligación civil imperfecta.
2. Es un deber moral.
3. Es una causa justa para justificar un desplazamiento patrimonial.

(26) F. Blasco Glaso y otros. *Derecho Civil. Obligaciones y Contratos*. 3ª. Edición. Edita Tirant Lo Blanch, p. 71.



a) **Síntesis conceptual**

Tal vez de todas estas posiciones la que más se acerca a su verdadero significado es que la obligación natural es una causa de atribución patrimonial que justifica en virtud de cierto interés del legislador un desplazamiento patrimonial por razones de índole moral o de conveniencia legislativa.

Tenemos que en la obligación natural si bien existe un débito, este no sería jurídico, sería un deber moral, social o de conciencia, en ese sentido no estoy de acuerdo con la doctrina de considerarlo un débito jurídico sin responsabilidad.

Es relevante para el derecho únicamente cuando el deber se cumple en cuya virtud la ley da el derecho de retener el pago (*solutio retendi*) pero antes de que se cumple para el derecho no existe.

11. **CASOS DE OBLIGACIONES NATURALES**

1. El cumplimiento voluntario de la deuda prescrita es válido y legítimo y el deudor no puede repetir lo pagado, es decir, no puede ejercitar la *conditio indebiti*. Esta situación ha sido justificada por algunos autores mediante la invocación de la obligación natural, el acreedor del crédito prescrito no puede reclamar el cumplimiento, carece de acción, pero si el deudor cumple voluntariamente, el pago es válido y el acreedor puede retener legítimamente (*solutio retendi*) lo pagado.

En opinión de Blasco Glaso, sin embargo, éste no representa un caso de obligación natural dado que el deudor cumple en sí una obligación civil no una natural. El deudor cumple y cumple bien.

2. Deudas de juego. Existe un principio que indica que la ley no concede acción para reclamar lo que se gana en un juego de suerte, envite o azar. Sin embargo, el deudor que pierde no puede repetir lo que haya pagado voluntariamente por tanto el pago de una deuda de juego produce el efecto de la *solutio retendi*.

En este tipo de obligaciones, sin embargo, no se ve el aspecto moral o deber moral o social que las legitime.



JIMÉNEZ BOLAÑOS: Análisis de la obligación natural...

En cuanto a los juegos y apuestas es la ley la que determina el efecto de la no repetitividad del pago, sin embargo, estas constituyen no obligaciones propiamente dicha, pues no existe una causa positiva que justifique el desplazamiento, por ello son llamadas obligaciones naturales impropias. En virtud de ello anterior no pueden ser objeto de novación ni tampoco puede ser la base o fundamento de una nueva obligación civil dado el aspecto de la causa mencionado antes. Da derecho a la repetición del pago únicamente como causa de atribución.

Sobre los juegos y las apuestas nuestro código civil en su artículo 1409 nos indica: “La ley no concede acción para reclamar lo que se ha ganado en juego de cualquier clase que sea, pero el perdidoso no puede repetir lo pagado voluntariamente, salvo el caso de fraude. Esta disposición se aplica igualmente a las apuestas.”

La norma anterior nos regula lo referente a juegos y apuestas no regulados por la ley como lo son la lotería nacional por ejemplo, se trata más bien juegos de azar o apuestas en general. Como vemos éstas no tienen en el fondo una causa moral o lícita pero como sanción para el deudor la ley las toma en cuenta en el tanto el deudor no puede pedir la devolución de lo pagado en caso de salir perdidoso en la apuesta o el juego.

3. Contrato declarado nulo por falta de una formalidad sustancial o esencial para su validez. La obligación natural que tiene una causa moral o lícita puede ser objeto de novación o de constitución de una nueva obligación civil, si hay acuerdo de ambas partes. (ver en ese sentido el artículo 635 del Código Civil).

La obligación natural puede dar origen a una obligación civil a través del reconocimiento. Por ejemplo deuda prescrita que es pagada por el deudor o reconocida por éste.

La obligación natural a la luz de nuestra jurisprudencia:

1. Si una persona se obligó a otorgar testamento a favor de otra para pagarle una deuda, esa obligación es natural y por lo tanto no exigible conforme a la ley costarricense, que prohíbe toda estipulación sobre herencia de una persona viva aunque ella consienta de manera que la acreedora no puede constreñir a la



Revista de Ciencias Jurídicas N° 120 (13-40) setiembre-diciembre 2009

parte deudora a otorgar el testamento en la forma estipulada por así ordenarlo el artículo 520 del Código Civil, Sala de Casación Civil de las 14:30 del 4 de setiembre de 1969.

2. Aunque no es del todo preciso el concepto que los autores tienen de la obligación natural, llegando uno de los más reputados de ellos a afirmar que no se sabe aun lo que es un ligamen de esta índole. Sí parece que casi todos se hallan acordes en admitir que tal especie de obligaciones constituyen verdaderos deberes jurídicos susceptibles por su propia naturaleza de cumplimiento forzoso, pero que el legislador no reconoce por razones de orden diverso, haciéndolas inexigibles ante los tribunales. Corte de Casación de las 15 horas del 7 de marzo de 1923.
3. Cuando se cumple voluntariamente es cuando surte efectos jurídicos del pago por lo que no cabe la repetición de lo debido... Dicho en otras palabras que el deudor que ha cumplido la obligación natural no puede repetir lo pagado a su acreedor." Tribunal Superior Primero Civil 965-r de las ocho horas del 14 de junio de 1988.
4. Las obligaciones naturales no confieren al acreedor ningún poder coercitivo pues su cumplimiento pertenece a la esfera de los deberes morales." Casación número 101 de las 14:30 horas del 4 de setiembre de 1968.



JIMÉNEZ BOLAÑOS: Análisis de la obligación natural...

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil II: Derecho de Obligaciones*. Volumen Primero. Quinta Edición. Librería Bosch. Barcelona, España. 1980.
- ALTERINI, Atilio; Aníbal y otros. *Derecho de Obligaciones: Civiles y Comerciales*. Segunda Edición Actualizada. Abeledo – Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1998.
- BRENES CÓRDOBA, Alberto. *Tratado de las Obligaciones*. Ediciones Juricentro S.A. San José, Costa Rica. 1977.
- CIFUENTES, Santos. *Negocio Jurídico*. Editorial Astrae, Buenos Aires, 1986.
- DUPICHOT, Jacques. *Derecho de las Obligaciones*. Editorial TEMIS. Bogotá, Colombia. 1984.
- DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen II. Editorial Tecnos. Madrid. España. Cuarta edición 1983.
- LINO RODRÍGUEZ - ARIAS BUSTAMANTE. *Derecho de Obligaciones*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España. 1965.
- OSPINA, Guillermo. *Régimen General de las Obligaciones*. Segunda Edición Corregida. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1978.
- ZANNONI, Eduardo A. *Elementos de la obligación*. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina, 1996.

Códigos

Código Civil de Costa Rica y Jurisprudencia. Salas Murillo, Evelyn y Barrantes Gamboa, Jaime Edo., Biblioteca Judicial.

Código de Comercio. San José, Costa Rica, IJSA, tercera edición, 1993.



SALAS: Laberintos de la razón práctica...

LABERINTOS DE LA RAZÓN PRÁCTICA
Dos lecciones sobre ética y lenguaje en Wittgenstein
y su relevancia para las ciencias normativas

Dr. Minor E. Salas
Universidad de Costa Rica

Oscuro por exceso de luz
Coleridge

(Recibido 14/05/08; aceptado 26/11/08)

Teléfono 2511-5872
e-mail: msalas@derecho.ucr.oc.cr

RESUMEN

El artículo recoge dos lecciones sobre la concepción filosófica (ética) de Ludwig Wittgenstein. Se examinan las consecuencias que tiene esa concepción en el campo de las disciplinas normativas (derecho, ética, estética, moral, religión, etc.). Durante su primer periodo, Wittgenstein defendió una posición filosófica que hace radicalmente imposible la ética –y con ello las proposiciones normativas en general– de tal suerte que sobre dichos temas, al decir del filósofo austriaco, lo mejor es callarse. Durante su segundo periodo, que va a devenir, a la postre, en un relativismo lingüístico, se estima que el lenguaje de la moral, pero igual el lenguaje de cualquier otra disciplina del conocimiento humano (y de la razón práctica), consiste, básicamente, en unos ciertos *juegos lingüísticos* (Sprachspiele), o sea, en unas *formas de hablar* de sus interlocutores.

Palabras clave: Ética, moral, derecho, transcendencia, materia, espíritu, mundo, Dios, contingencia, necesidad, usos lingüísticos, criterios de validez, juegos del lenguaje, gramática, regiones del lenguaje, formas de vida.

ABSTRACT

Abstract: This article brings together two lessons on Ludwig Wittgenstein's philosophical (ethical) concept. It examines the consequences that this concept has on the scope of normative disciplines (Law, Ethics, Aesthetics, Moral, Religion, etc.). During his first period, Wittgenstein defended a philosophical position that turns impossible the practice of Ethics whatsoever –and, consequently, of normative propositions in general–, so that, regarding these topics –using the same words of the Austrian philosopher– the best one can do is to remain silent. During his second period, which, in the long run, turns out to develop an ethical relativism, the language of Morals, but also the language of other fields of human knowledge (and of practical reason), consists basically of certain linguistic games (Sprachspiele), that is, of some “talkways” of the interlocutors.

Keywords: Ethics, Morals, Law, transcendence, matter, mind, world, God, contingency, necessity, linguistic uses, criteria of validity, language games, grammar, language regions, ways of life.

SUMARIO

Presentación

La vida como obra de arte

El primer Wittgenstein

El segundo Wittgenstein



SALAS: Laberintos de la razón práctica...

PRESENTACIÓN

Durante el año lectivo del 2007, ofrecí a los estudiantes del curso de Filosofía del Derecho, en la Universidad de Costa Rica, las dos lecciones que a continuación se transcriben.⁽¹⁾ En ellas traté de brindar una visión lo más clara y didáctica posible de algunas de las ideas fundamentales de **Ludwig Wittgenstein (1889-1951)** sobre el tema de la ética, del lenguaje y su relevancia para las ciencias normativas en general (derecho, ética, estética, ciencias sociales).⁽²⁾ Es de asumir que, por el contexto en que se presentaron esas ideas, existan, en el plano formal, algunos giros lingüísticos coloquiales (y también literarios), que no he querido suprimir para mantener así la máxima claridad expositiva y cierto “colorido” en el texto. En todo caso, sigo creyendo que el tratamiento que le di a algunos problemas normativos es rescatable, especialmente como una breve introducción al pensamiento de este filósofo que, de por sí, resulta ya bastante enigmático para un público no familiarizado con su pensamiento.

Siguiendo un orden lo más claro posible, dividiré el trabajo en **tres** partes: **(a)** la primera, consigna algunos datos biográficos de Ludwig Wittgenstein que me han parecido pertinentes para ubicar “vivencialmente” al autor dentro su obra; **(b)** una segunda parte en la cual, de acuerdo con los cánones hermenéuticos hoy día aceptados en la literatura especializada sobre el tema, se presenta al “primer” Wittgenstein, como el padre de una concepción (positivismo lógico) plasmada en el *Tractatus Logico Philosophicus*; **(c)** finalmente, en la última parte de la presentación me refiero al “segundo” Wittgenstein, propio de las *Investigaciones Filosóficas*, que tanta influencia han tenido en las más distintas esferas de la filosofía y de las ciencias sociales del siglo XX.⁽³⁾

-
- (1) Le debo mi especial agradecimiento a mi asistente el Sr. Alejandro Guevara Arroyo por haber transcrito una primera versión de este documento, así como al Sr. Jaime Cerdas Peña por haber gravado las dos lecciones que aquí se ofrecen al lector, de manera muy corregida y ampliada.
 - (2) Al respecto, la obra que, a pesar del tiempo, me sigue pareciendo fundamental es la de Hanna Fenichel Pitkin, *Wittgenstein: El lenguaje, la política y la justicia. Sobre el significado de Ludwig Wittgenstein para el pensamiento social y político*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
 - (3) La discusión sobre si el segundo Wittgenstein es o no una continuación del primero y en qué grado o si más bien se trata de una ruptura radical, no es relevante para los efectos perseguidos aquí.



SALAS: Laberintos de la razón práctica...

LA VIDA COMO OBRA DE ARTE

Apuntes biográficos sobre Ludwig Wittgenstein (1889-1951)

Existe más diferencia entre un hombre y otro hombre que entre dos animales de diferente especie.

M. DE MONTAIGNE

Al leer las biografías de individuos extraordinarios, de personajes singulares en la historia del pensamiento, uno se percata que un rasgo común en ellos, salvo algunas excepciones, es que por múltiples motivos (vitales unos, intelectuales otros, anímicos aún otros) cultivaban una visión particular del mundo, “mantenían su inteligencia a una temperatura independiente de la temperatura del medio que habitaban.” (Gómez Dávila)⁽⁴⁾. Espíritus, por lo general solitarios, que convertían su rencor –y su genio– en filosofía, en (contra-)cultura, en fermento pensante. Ellos trataban de mirar las cosas desde nuevos ángulos, buscando lo extraordinario en lo ordinario, lo novedoso en lo trivial, pues, al decir de Waismann: “Lo característico de la filosofía [al menos de cierto tipo de filosofía] es atravesar esa costra muerta de tradición y convención, romper esos grilletes que nos encadenan a los prejuicios heredados, así como acceder a un modo de ver las cosas nuevo y más amplio.”⁽⁵⁾

Si uno reduce la mayoría de los fenómenos vitales a su expresión mínima –y la expresión mínima está dada, para estos efectos, por dos conceptos: materia y espíritu, o cuerpo y mente– entonces concluye que en cuanto al espíritu no se puede decir mucho y en cuanto a la materia la que más interesa al hombre es el *propio cuerpo*.⁽⁶⁾ Hay que partir acá

-
- (4) Localizables en la dirección electrónica:
<http://www.letraslibres.com/index.php?art=12885> el día 16/04/2008.
- (5) Waismann, F, “Mi visión de la filosofía” en: *La concepción analítica de la filosofía*, 2 tomos, selección e introducción de Javier Muguerza, Alianza Editorial, Madrid, 1974, p. 522.
- (6) No sostengo acá que la clásica división o dicotomía entre “mente” y “cuerpo”, o entre “materia” y “espíritu” sea correcta o no. Para mí, se trata de un asunto de distintos “juegos del lenguaje”, entrelazados de manera inextricable. El uso que acá se hace de dichos términos obedece, básicamente, a un propósito didáctico, que consiste en exponer, de la forma más fiel posible, la visión que al respecto tenía el Wittgenstein del *Tractatus*.

de lo señalado, ya no por el solitario Wittgenstein, sino por el solitario Nietzsche: uno aprende a ver, a sentir y oler, a apreciar y despreciar el mundo sobre la base de cómo uno responda a dos interrogantes vitales: ¿cuán “sano” sea mi cuerpo? y ¿cuán “sana” sea mi mente? Cuerpo y espíritu fusionados en lo indivisible. Las respuestas que un pensador (que no por ello menos hombre) le dé a estas preguntas marcan, en buena medida, su filosofía, su visión de mundo, su cosmovisión. No en vano decía Nietzsche que toda filosofía es, en algún grado, *fisiología* de primer orden.⁽⁷⁾ El hombre es sus enfermedades, nos decía Unamuno⁽⁸⁾, y nosotros agregaríamos, es sus temores, sus complejos vitales, sus ángeles y demonios. “Creer en la filosofía es, pues, un signo de buena salud. Lo que no lo es, es ponerse a pensar.” (Ciorán)⁽⁹⁾. Esto, quizás, sea también aplicable a Ludwig Wittgenstein, pues tan complejo como fue su autor y su vida, así fue también su filosofía: ¡mezcla de concepto y carácter, de neurona y sangre!

Para no seguir por este camino, que veo resulta bastante enigmático para ustedes –así sea– regreso a mi punto de partida. Decía que muchos personajes en la historia del pensamiento tienen una forma peculiar de percibir la realidad: no la usual, la corriente, la gastada, y para los cuales el medio vulgar se convierte en monotonía, hastío. Algunos de esos personajes, dentro de los cuales está el propio pensador comentado, decidieron –si se quiere poner así– hacer de su vida un *espectáculo* (espectáculo que deberíamos emular para alcanzar una vida digna, no sombra fallida de ideales muertos). Por supuesto, uno tendría, para lograr esta alta meta, que “tomar las armas y luchar contra un piélago de calamidades” (prejuicios, miedos, complejos y

(7) En algunos sitios Nietzsche se autodefine, no como filósofo, sino como fisiólogo: “...*Wir Physiologen wenigsten wissen das*. [Nosotros los fisiólogos sabemos eso.] *Lexikon der Nietzsche-Zitate*, editado por Johann Prossliner, prólogo de Werner Ross, Kastell, Munich, 1999.

(8) Unamuno, M., *Del sentimiento trágico de la vida*, Ediciones Orbis, S.A., Madrid, 1984, p. 17: “Aparte de no haber una noción normativa de la salud, nadie ha probado que el hombre tenga que ser naturalmente alegre. Es más: hombre, por ser hombre, por tener conciencia, es ya, respecto al burro o a un cangrejo, un animal enfermo. La conciencia es una enfermedad.”

(9) Cioran, E.M., *De lágrimas y de santos*, trad. de Rafael Panizo, TusQuets Editores, 3. edición, Barcelona, 1998, p. 43.

SALAS: Laberintos de la razón práctica...

temores: propios y ajenos). Pero si algunos de esos singulares individuos lograron tal propósito, no veo porqué no pueda uno, al menos, intentarlo, pues en ello se nos va –literalmente– la vida. Luego veremos que esta dimensión vital y acaso tragi-cómica de la existencia tiene importancia en la comprensión del autor que nos ocupa.

El caso Wittgenstein es un caso singular, único. Un caso clínico. Personaje al que (y en esto comparto su visión de mundo) el entorno le resultaba especialmente *intimidante*. Quizás por considerarlo básicamente superficial e hipócrita. “Habitualmente sus pensamientos eran sombríos. Se sentía desalentado por la falta de sinceridad, la vanidad y la frialdad del corazón humano.”⁽¹⁰⁾ Wittgenstein era, por suerte, un individuo arrogante, desenfadado intelectualmente (poco “humilde” diríamos en nuestro país) que partía justamente de un presupuesto. El presupuesto de que no hay muchas cosas nuevas que decir (al menos en el plano filosófico) y que lo que generalmente los intelectuales dicen (incluidos los filósofos, a quienes consideraba unos “estúpidos y deshonestos” que “cometían repugnantes errores”)⁽¹¹⁾ era, o bien un conjunto de frivolidades o bien de cosas que no valía la pena discutir, por tratarse de pseudo-problemas. Él trató de separarse de ese estado de cosas...y lo logró.

Su vida –partiendo de la constatación de que toda vida debe ser *puesta en escena*– fue particular, singular, mejor aún, extraordinaria. Atravesó por una serie de etapas (al menos **dos**) marcadas por esa percepción única y profunda de la realidad. No sentía gran respeto por sus contemporáneos, prácticamente por ninguno de ellos, pues todos les parecían, mal que bien, despreciables (y vean ustedes que las personas con las cuales se relacionaba eran pocas: ¡Bertrad Russell incluido!). Era, por ende, un sujeto solitario, carcomido por la duda y el complejo: “Mi vida está llena de los pensamientos y actos más aborrecibles y despreciables (y esto no es una exageración)”.⁽¹²⁾

(10) Malcolm, N., “Ludwig Wittgenstein”, en: *Moore, Russell, Wittgenstein. Los orígenes de la filosofía analítica*, W.P. alston et. al., Editorial Tecnos, Madrid, 1976, p. 134.

(11) *Ibid.*, p. 128.

(12) *Ibid.*, p. 129.

Veamos las etapas, las estaciones –inviernos y veranos contenidos– por las que pasó el autor (no en orden cronológico, sino de manera aleatoria)⁽¹³⁾:

- Siendo muy joven (o relativamente joven, 1913) heredó una gran fortuna de su padre. Sin embargo, consideraba (y yo creo que con mucha razón) que la capacidad de una persona de ver cosas, de ver con más luz es inversamente proporcional a la cantidad de dinero que tiene y a la cantidad de comodidades que posee. ¡Dime cuánto tienes y te diré qué tanto ves! ¡Dime cómo vives y te diré cuán interesante eres! Esa es, pareciera, la tesis de Wittgenstein, pues partiendo de eso donó una gran cantidad de millones (no creo que de colones) a una causa curiosa, cual es favorecer a gente (escritores) que tuvieran ideas interesantes. Entonces, le regaló una buena suma de dinero a Rainer Maria Rilke y a algún otro pensador. El resto lo donó en especial a sus hermanas hasta quedar prácticamente sin recursos económicos. ¡Pobre de bienes, rico de nobleza!
- Después de eso (hacia 1919), escribió algunas cosas (esencialmente apuntes), dentro de las cuales se encontraba, nada más y nada menos, que el *Tractatus Logico-Philosophicus* (publicado, finalmente, en el año de 1921 en los *Annalen der Naturphilosophie*). Con este texto, el cual es muy propio de su visión de mundo y de su arrogancia consustancial, cree haber resuelto la mayoría (si no todos) los problemas filosóficos. Hasta el propio Bertrand Russell, uno de los más lúcidos pensadores de los siglos XIX y XX, creía algo similar, aunque con mayor escepticismo, según se desprende del Prólogo que escribió para el texto en 1922: “Teniendo larga experiencia de las dificultades de la lógica y de lo ilusorio de las teorías que parecen irrefutables, no soy capaz de asegurar la exactitud de una teoría fundándome tan sólo en que no veo ningún punto en que esté equivocada. Pero haber construido una teoría de la lógica, que no es en ningún punto manifiestamente errónea, significa haber logrado una obra de extraordinaria dificultad e importancia.”⁽¹⁴⁾

(13) Para la bio-biografía de Ludwig Wittgenstein ver: Malcolm, N., en: *Moore, Russell, Wittgenstein. Los orígenes de la filosofía analítica*, W.P. alston et. al., Editorial Tecnos, Madrid, 1976; Thomas H. Macho, *Wittgenstein*, Deutscher Taschenbuch Verlag, Munich, 2001.

(14) Russell, B., “Introducción” al *Tractatus Logico-Philosophicus* [en adelante citado simplemente como el *Tractatus*] en: *Werkausgabe* Band 1,

SALAS: Laberintos de la razón práctica...

- Durante cierto periodo (1914) se enlistó en el ejército. Cayó preso durante la guerra mundial. Después regresó de la guerra y fue dado de alta, solicitando trabajo en un monasterio como jardinero y ahí trabajó un cierto tiempo (1926). Cometió lo que, para mí, será el error de su vida. Este **sí** que es un error imperdonable. Cultivar flores, digamos que se le tolera, pero lo que no se le tolera es “dar clases”. Lo nombran algún tiempo de maestro. No seamos injustos: digamos que el error fue, en algún grado, tolerable porque le daba clases a niños en Trattenbach, baja Austria (hacia 1920). Fue un maestro exigente.
- Posteriormente, se retiró viviendo, si se quiere, una vida solitaria, hasta que fue convencido, nuevamente, por algunos amigos que habían leído el *Tractatus*, para que diera clases, ya no a niños, sino en Cambridge, en una Cátedra de Filosofía que había dejado una persona muy conocida en esos momentos: el señor George Moore. Wittgenstein, de mala gana se podría decir, aceptó durante algunos años y allí modificó radicalmente la visión de mundo que había plasmado en su *Tractatus*. También cambió la perspectiva que tenía sobre temas como el lenguaje, la lógica, la ética y, finalmente, llegó a la conclusión (¡tardó mucho!) de que no estaba hecho para impartir lecciones. Generalmente, los estudiantes no le entendían o, en su defecto, producía crisis graves, como sucedió con uno de sus discípulos: Waismann. Paulatinamente, se quedó sin estudiantes, hasta que decide, finalmente, salirse de esas labores y abandonó la docencia (hacia el año 1947).
- También durante un periodo de tiempo se dedicó a construir una casa, una especie de Palacete en Viena para su hermana, pues recordemos que de su formación en Berlín (Escuela Técnica Superior de Charlottenburg) había adquirido conocimientos de ingeniería, antes de dedicarse a la Filosofía. La arquitectura –esa música congelada, al decir de Goethe– era algo que le satisfacía.
- Nunca dio conferencias públicas (en sentido estricto). Hay algún debate sobre si, su famosa “conferencia de ética”, dada en un grupo de estudio llamados “Los Heréticos”, puede calificarse

Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, Frankfurt am Main, Alemania, 1984. Hay muchas ediciones en español.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 120 (41-88) setiembre-diciembre 2009

como tal. Dar conferencias no le parecía muy digno. Creo que en eso tenía razón. Las conferencias no sirven, prácticamente, para nada (incluidas las mías propias, por supuesto).

- Wittgenstein murió el 29 de abril de 1951, siendo sus últimas palabras, como por una inclinación *pre-mortem* por la paradoja: “Diles que he tenido una vida maravillosa.”⁽¹⁵⁾

En resumen: señoras y señores, como ustedes ven (¿ven?), la vida de Ludwig Wittgenstein, de este singular personaje, es policromática, colorida (¿o debería decir clarscura?). Es, como decía un experto conocedor de su biografía (Thomas H. Macho): “una vida como mito, como experimento, como proyecto singular y peligroso”⁽¹⁶⁾. Se trata, en fin, según la imagen de un pensador español, de una *obra de arte*. ¿Pues de qué otro modo se ha de tratar la vida sino como obra de arte? Obra importante, dicho sea de paso, porque o se hace bien o se construye un desparpajo de obra (en cuyo caso desperdiciamos la vida...y la obra). Wittgenstein, creo yo, puede darse el lujo de decir que construyó una obra de las más influyentes en el siglo XX. Y eso, es un logro...

¿Qué he tratado de decirles con todo esto? Que el personaje (Ludwig Wittgenstein), en sí mismo, es digno de atención. Es digno de reflexión. Es un hombre interesante. Que vale la pena estudiar su vida, leer su evolución en el nivel del pensamiento y del espíritu. Es alguien que llegó a creer en algún momento, aunque Russell no se mostró seguro al respecto, que los problemas que habían acosado a la humanidad durante dos mil años habían sido, finalmente, resueltos... por ÉL. Damas y caballeros: para creer eso, al menos para llegar a pensarlo y decirlo abiertamente, hay que tener voluntad, personalidad y carácter. Es facilísimo ser “humilde” (como decimos en nuestro folclórico medio): uno agacha la cabeza y se comporta como un imbécil: no habla, trata de no molestar a la gente, no tiene aspiraciones altas, en resumen, no *piensa*. Esa es la humildad de nuestro pueblo.

(15) Citado por Norman Malcolm, *op.cit.*, p. 135.

(16) Thomas H. Macho, *Wittgenstein*, Deutscher Taschenbuch Verlag, Munich, 2001, p. 12: “Ein abgrundtief moderner Geist, der sein eigenes Leben als Mythos, als Experiment, als singuläres, stets gefährdetes Projekt zu inszenieren versuchte.”

SALAS: Laberintos de la razón práctica...

Ser humilde, pues, es sencillo, pero ser pedante y pedante con fundamentos, requiere “voluntad de poder”, aparte de talento, por supuesto.⁽¹⁷⁾ Es decir, no todo el mundo tiene carácter para ser arrogante y el estado de la mente en que uno tiene que ponerse para decir: ¡yo resolví todos los problemas que han aquejado a la humanidad durante dos mil años! (tal y como se dice en la Introducción del *Tractatus*: “Quizá este libro solo puedan comprenderlo, aquellos que por sí mismos hayan pensado los mismos o parecidos pensamientos a los que aquí se expresan... [P]or otra parte considero que la verdad de los pensamientos aquí comunicados me parece intocable y definitiva, soy pues de la opinión que todos los problemas han sido en lo esencial, resueltos”)⁽¹⁸⁾ es, repito, un estado de la mente especial, de seguridad absoluta en sí mismo, de fuerza, de coraje intelectual. Todo ello más allá de que, finalmente, se esté en el error. Pero, ¿acaso no es la verdad el último estadio del posible error?

Esta breve nota biográfica era lo primero que quería apuntalar. Pasemos, ahora, a una pregunta, o mejor aún, a una observación que también es parte de esta introducción y en la cual me voy a extender un poco porque creo que apunta hacia lo esencial del pensamiento del primer Wittgenstein. Para leer el *Tractatus* o la Conferencia sobre Ética se presupone, en alguna medida, todo esto que he señalado acá, incluida, por supuesto, la nota biográfica. No se puede entender la obra de un filósofo si no se conocen sus achaques y manías. Hombre y pensamiento no son cosas ajenas, líneas tangentes. Se le puede entender en un sentido formal, pero si se quiere realmente comprender aspectos centrales, es necesario (o al menos conveniente) comprender también el contexto vivencial. ¿Acaso no es la filosofía el rencor de los solitarios?

(17) Un ejemplo de la “arrogancia intelectual” de Wittgenstein lo constituye la conocida anécdota en la que participan Karl R. Popper y Bertrand Russell, en la cual Wittgenstein, al parecer, trató de agredir físicamente a Popper con un atizador de chimenea después de escuchar a éste último referirse a ciertas cuestiones filosóficas. Al respecto, consultar el entretenido (e informativo) libro de David J. Edmonds y John A. Eidinow, *Wie Ludwig Wittgenstein Karl Popper mit dem Feuerbaken drombte. Eine Ermittlung*, del original en inglés por Suzanne Gangloff et al., Fischer Taschenbuch Verlag, Frankfurt am Main, 2003.

(18) Prólogo al *Tractatus*.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 120 (41-88) setiembre-diciembre 2009

EL PRIMER WITTGENSTEIN Sobre la imposibilidad lógica de la ética

Wenn etwas gut ist, so ist es auch göttlich.
Damit ist seltsamerweise meine Ethik
zusammengefasst. [Si algo es bueno,
también es divino. Con ello se resume,
extrañamente, mi (concepción) ética].

WITTGENSTEIN

Inventando el lenguaje y el conocimiento. Para presentar la segunda parte de mi exposición, voy a valerme de un texto de otro individuo arrogante y solitario que, en lo particular, me resulta especialmente cercano, me refiero al señor Federico Nietzsche. Este autor tiene un artículo, un trabajo breve, no más de diez páginas, que se llama: *Sobre verdad y mentira en sentido extra-moral*.⁽¹⁹⁾ Entonces, trataré de explicar un poco cuál es el presupuesto en la comprensión de Wittgenstein a partir de una idea expuesta en ese texto. Leamos, con cierto cuidado y atención, el primer párrafo de este trabajo de Nietzsche. Por favor prestémosle toda la atención del caso:

“En algún apartado rincón del universo centelleante, desperdigado de innumerables sistemas solares, hubo una vez un astro, en el que animales astutos inventaron el conocimiento. Fue el minuto más soberbio y falaz de la ‘Historia Universal’: pero, a fin de cuentas, sólo un minuto. Tras un par de respiraciones de la naturaleza, el astro se entumeció y los animales astutos perecieron. Alguien podría inventar una fábula como ésta y, sin embargo, no habría ilustrado suficientemente cuán lamentable y sombrío, cuán estéril y arbitrario es el aspecto en el que se presenta el intelecto humano dentro de la naturaleza. Hubo eternidades en las que no existió; cuando de nuevo se acabe todo, para él no habrá sucedido nada, puesto que para ese intelecto no hay ninguna misión ulterior que conduzca más allá de la vida humana. No es sino humano, y solamente su poseedor y creador lo toma tan patéticamente como si en él girasen los goznes del universo. Pero si pudiéramos entendernos con un simple mosquito, llegaríamos a

(19) Nietzsche, N., “Über Wahrheit und Lüge im außermoralischen Sinn”, en: *Digitale Bibliothek*, Tomo 2: Philosophie, selección en introducción de Frank-Peter Hansen, Directmedia Publishing GmbH, Berlin, p. 66724.

SALAS: Laberintos de la razón práctica...

saber que también él navega por el aire poseído de ese mismo pathos, ese mismo orgullo y se siente el centro de este mundo”.⁽²⁰⁾

¿No sé si queda lo suficientemente claro lo que Nietzsche expresa aquí? ¿Qué se puede concluir de este hermosísimo texto? ¿Lo entienden ustedes (¡o me sigo entreteniendo yo mismo, en este monólogo!)? Me parece que podemos concluir varias cosas, siendo la más importante ésta: La **contingencia** (y entiéndase por contingencia el carácter absolutamente excepcional de varias situaciones):

- El carácter excepcional de la vida (humana) en este planeta.
- El carácter excepcional del desarrollo del pensamiento, por parte de esa vida humana.
- El carácter excepcional de esas dos condiciones conjuntamente.

Creo que este es, básicamente, el presupuesto inicial y, sin embargo, este “animal astuto” que surge de manera excepcional, azarosa, dentro del tiempo total que cubre la historia del universo (hoy sabemos que se extiende por varios miles de millones) es, simplemente, un segundo, un destello, un relámpago que regresará luego a la noche primigenia, al estado del desierto original, constatándose así la sentencia del gran Leopardi: “*L’infinita vanità del tutto*”. Esta es la regla, al menos hasta donde sabemos.

Pero, si tenemos estas condiciones cosmológicas, ontológicas y antropológicas básicas, surge una cuestión que –ya con esto nos acercamos más al pensamiento central de Wittgenstein– es la siguiente: ¿Sobre la base de qué, o mejor aún, cuál es el cimiento por el que nosotros (los seres humanos, estos “animales astutos”) afirmamos que este conocimiento particular, singular que hemos desarrollado, capta el mundo y el universo? Y no solamente que capta el mundo y el universo físico, sino que capta lo que está más allá de este mundo y este universo. ¿Cuál es nuestra autoridad para sostener semejante cosa? ¿No creen ustedes que si hubiera alguna forma de constatarlo, también esa hormiga –que en este momento pasea por el piso del salón– afirmaríala que ella y su “cultura” han captado la esencia del universo, del mundo en su esencial realidad?

¿No es este el “momento más arrogante en la historia.”? ¿Cómo se supone que, con el lenguaje de estos “animales astutos”, se ha de captar la trascendencia? ¿De dónde procede la autoridad para sostener

(20) *Idem.*

semejante idea? ¿Quién nos ha dado esa autoridad? O incluso, para efectos prácticos de ustedes –si lo que estoy diciendo no les parece “práctico”– ¿por qué creemos que nuestra autoridad y dignidad se sobrepone no solo a las hormigas que uno mata por allí cuando camina [“Pero si pudiéramos entendernos con un simple mosquito...”], sino también, después de inventar el conocimiento, decimos que ese conocimiento capta, aprehende el mundo, este mundo que conocemos, visible, así como otros mundos por descubrir, otros mundos posibles. Y se repite el interrogante: ¿Cuál es la razón suficiente, el *principium rationis sufficientis* del que hablaba Leibniz, para afirmar categóricamente tal pensamiento? ¿Dónde reposa la jurisdicción, el imperio de este “animal guardamuertos”?

Realidad física y realidad valorativa. El problema de la trascendencia. Así, pues, nos dice Nietzsche, solo porque hemos creado un lenguaje –el gruñido elaborado y sofisticado de una forma de homínido (*i.e.*, de animal astuto, de animal guardamuertos), solo porque ese homínido se puso de pie y logró enderezar su traquea y logró que el aire pasara por su faringe emitiendo luego sonidos, decimos: “El lenguaje capta lo trascendental”. Y si existe lo trascendental, este mundo es valioso, tiene sentido. Pero, por otro lado, nos dice esta vez Wittgenstein: “En el mundo todo es como es y acaece como acaece”. Y luego agrega: “[...]en el mundo] en él no hay ningún valor, y aunque lo hubiese no tendría ningún valor.”⁽²¹⁾ La pregunta capital: ¿Sobre qué presupuesto mantenemos, pues, que en este mundo, en este universo, las cosas, no son como son sino que tienen un valor, nuestro valor? ¿Por qué tiene que existir el valor en un “apartado rincón del universo”? ¿Un valor sobre qué? ¿De qué tipo? ¿Por qué decimos que hay un valor? Y si un valor es algo que, supuestamente, viene desde fuera del mundo, en términos de Wittgenstein, entonces, ¿dónde se ha de ubicar ese fuera del mundo? ¿En el Paraíso? ¿En el Cielo? ¿Pero existe el Paraíso? ¿Existe el Cielo? “El cielo yo lo dejo a los ángeles y a los gorriones.”(H. Heine)

La única base que tenemos para decir, para creer que aquí hay un valor trascendente y que no todo ha sido un juego macabro, un sin sentido, un mundo de tinieblas, la única base, repito, que se me ocurre a mí es que exista **Dios** (aunque Wittgenstein no lo expresa con estas palabras, sino en términos de “trascendencia”, de lo “místico”).

(21) Wittgenstein, L., *Tractatus*, prop. (6.41).

SALAS: Laberintos de la razón práctica...

Hagamos un experimento mental: Imaginemos que yo tomo este borrador de pizarra que tengo ahora en mis manos y logro purificarlo, esterilizarlo de cualquier forma de vida; lo meto en cianuro y luego lo saco y lo meto nuevamente en una cápsula hermética sin oxígeno y con un gas letalmente venenoso. Entonces, ya purificado de toda forma de vida, lo tomé y lo lanzo en “algún apartado rincón del universo” (remoto, muerto, estéril) y millones de años después, este objeto se cubre de moho y nacen allí unos organismos microscópicos que luego colonizan ese mundo, evolucionan y tras millares y millares de años “inventan” el conocimiento y luego que lo inventan dicen: “Esto y aquello tienen valor (que no es de este mundo), pues en este mundo todo es como es y acaece como acaece.”

La única forma en que se puede afirmar consecuentemente esto, es que exista alguien o algo que le haya otorgado valor y ese algo o alguien no puede ser de este mundo. Por lo tanto, dice Wittgenstein: “El sentido del mundo debe quedar fuera del mundo.”⁽²²⁾ Pero entonces, señoras y señores, veamos que la salvación, la redención prometida, el sentido de la existencia solamente está garantizado, no por la mundanidad y la corrupción, la muerte y la decadencia, donde todo es lo que es y acaece como acaece, sino por Dios mismo. Pues:

“No soy nada fuera de Dios, y Dios no es nada fuera de mí.
Soy su brillo y esplendor,
Él es mi Pastor.”(Angelus Silesius)⁽²³⁾

Esta no es, empero, una idea inocente en el campo de la razón práctica. Lo expresado –tal vez en tono metafórico, aunque necesario para esclarecer el oscuro pensamiento de Wittgenstein– es el presupuesto de toda ética. El hecho de que haya un **axioma fundamental** (llámese Dios, la Razón, la Dignidad o lo Místico) es el principio de razón necesario por el cual se fundamenta la ética, porque, de lo contrario: ¿cómo se explicaría el valor, en un mundo en el que todo es –en su sentido más brutal– físico, físico y nada más que físico?

Entonces, concedamos que ese es el presupuesto que hace posible la ética. Concedamos también que existe Dios o que existe

(22) *Ibid.*, prop. (6.41).

(23) Silesius, A., *Cherubinischer Wandersmann*, kritische Ausgabe, Reclam, Stuttgart, 2001, p. 43:
“Jch bin nicht ausser GOtt,
und GOtt nicht ausser mir
Jch bin sein Glantz und Liecht
Und Er ist meine Zihr.”

“algo” (¿la Trascendencia? ¿lo Místico?) que le da sentido a esto que conocemos (o que decimos conocer) y que ese es un presupuesto del cual han partido casi todas las culturas (no importan si fueron los Aztecas, los Incas, los Mayas, lo Egipcios, los Romanos), pues se sabía (o al menos se intuía) que sin esa base, es decir, sin un *presupuesto esencial de carácter metafísico*, una ética fundamental (en el sentido de una ética que fundamente sus decisiones valorativas) es un imposible.

Más allá de este presupuesto axiológico, la cuestión que se plantea Wittgenstein es la siguiente: Admitamos que existe efectivamente el valor, pero si existe, eso que existe no puede estar estrictamente en este mundo, porque si está en el mundo no puede darle sentido trascendente al mundo. En el mundo todo es lo que es y acaece como acaece, de tal suerte que el sentido del mundo tiene que estar fuera de él, y si está fuera del mundo significa que es trascendente: Todo valor es trascendental. “Es claro que la ética no se puede expresar.”⁽²⁴⁾ “La ética es trascendental.”⁽²⁵⁾ Ahora bien: ¿Por qué es la ética trascendental? Porque si hay una ética, es decir, si existe realmente una teoría del valor –que no una teoría del mundo físico, del mundo de la degeneración y la corrupción, sino una teoría del valor– esa teoría del valor tiene que estar sobre el mundo y al estar sobre el mundo es trascendental. Esta es, como se puede ver, la implacable lógica de Ludwig Wittgenstein, una lógica, sin duda, siniestra, aciaga, impenetrable.

Y aquí viene la pregunta de las preguntas: Si esta situación es así, si el mundo fenomenológico, factual que conocemos obedece a esta lógica: ¿Cómo se puede captar lo trascendental? ¿Cómo puede una mente que ha sido producto de eso, del mundo físico (al menos que consideremos nuestra mente trascendental, pero resulta que nuestra mente no puede ser trascendental porque surgió de las condiciones *biológicas* de la vida, *rectius*: surgió de las condiciones *zoológicas* de la vida) captar lo trascendental? ¿No nace acá la arrogancia a la que refería Nietzsche? ¿El “hediondo orgullo” al que refería Leopardi? ¿Cómo puede un ser que no es trascendental, decir, afirmar, atreverse a decir, que el lenguaje que posee capta lo trascendental? ¿Qué es la plegaria, la oración religiosa, sino un intento por captar lo trascendental? ¿Qué es pronunciar el nombre de Dios –en muchas culturas el nombre de Dios está prohibido

(24) Wittgenstein, *Tractatus*, prop. (6.42.1).

(25) *Ibid.*, prop. (6.421).

SALAS: Laberintos de la razón práctica...

pronunciarlo— sino un intento de atraer lo trascendental hacia sí, hacia el corazón humano? ¿Pero se puede captar lo trascendental con un lenguaje zoológico? ¿Con qué derecho me atribuyo yo esta potestad?

Este es, si ustedes miran bien la situación, el *problema epistemológico*, o sea, el problema del conocimiento del valor que se suma, como segundo momento, al ya explicado *problema ontológico* de la existencia o no del valor.

Entonces, repito: asumamos, a título de hipótesis heurística, que Dios efectivamente existe, pero de existir es trascendental. ¿Y contamos nosotros con los medios adecuados para captarlo, para percibirlo, para hacerlo nuestro? ¿La vista, el ojo, el oído o el corazón? Señoras y señores, un mosquito tratando de comprender el origen del Todo (si es que ese Todo existe), no puede captarlo y, por eso, algunas culturas y tradiciones religiosas me parecen a mi mucho más consecuentes. Vean ustedes que si, eventualmente, Dios existiera (¡vaya cosa más fantástica y fabulosa sería esta!), si Dios existiera, repito, significaría que existe la posibilidad, qué digo la posibilidad: la realidad, de lo trascendental, existiría el valor absoluto, existiría lo meritorio, bueno y bello más allá de lo factual; es decir, que nosotros no seríamos meramente contingentes, que somos algo valioso, no simple polvo en el viento. “¡Queremos bulto y no sobra de inmortalidad!” (Unamuno)⁽²⁶⁾. Y si existiera Dios, entonces cada vez que uno pronunciara la palabra ‘Dios’, tendría que caer postrado como una criatura humillada, como una lombriz pisoteada por un ángel maligno, revolcándose en el suelo ante el hecho de pronunciar semejante palabra, con un júbilo infinito, y con un goce indescriptible, porque existiría el sentido ‘de’... No todo sería, al decir de Quental, “*silêncio e escuridão – e nada mais!*” (¡silencio y oscuridad, y nada más!).

¿Se dan cuenta ustedes? Por eso es que yo no voy a la Iglesia. Cada vez que voy a la Iglesia y escucho: “Dios, padre nuestro que estás en el cielo...” no dejo de caer en un estado de pasmo y asombro, pues “Dios es una nada estruendosa”(Silesius)⁽²⁷⁾. Me digo: entonces, allí está el sentido del mundo, esa es la posibilidad del valor. Sin Él soy nada. Con Él, nada absoluta. Pero, de existir, ¿cómo captarlo? ¿Cómo caminar de la mano junto a Él?

(26) Unamuno, M., *op. cit.*, p. 34.

(27) Silesius, A., *op. cit.*, p. 31.

Hay culturas religiosas que dicen: ¡No! El lenguaje no puede captar lo trascendente. ¿Por qué? Porque es lenguaje: o sea, articulación de sonidos producidos por materia, es decir, fenómeno físico. ¿Y cómo puede lo físico captar lo no-físico? Otros dicen: lo mejor es no pronunciar el nombre de Dios. Guardar silencio. Permanecer impávido. Nuestra cultura religiosa (básicamente de origen cristiano), paupérrima en su iconografía y escatología, lo pronuncia a cada instante, mediante misas, congregaciones, ofrendas y oraciones. Por eso, decía Nietzsche, la religión cristiana es una religión de plebeyos. ¿Cómo va uno a orar a Dios? No se puede. Si alguien me garantiza en esta clase que Dios existe, no solo aprueba este curso de Filosofía del Derecho, sino que también yo me despido de esta Facultad, qué digo: de esta vida. ¡Ya! Subo al quinto piso y me lanzo, con la Biblia en la mano, pues ella sería el sentido de...Todo. Al decir del dolido Unamuno:

“De lo hondo de la congoja,
del abismo del sentimiento de nuestra mortalidad,
se sale a la luz del Cielo.”⁽²⁸⁾

Pero, resulta que nada de esto es, según el pensamiento de Wittgenstein que estamos exponiendo, posible, viable, comunicable. La trascendencia no se puede captar, ni tampoco expresar. Los límites del lenguaje son los límites del mundo. ¿Qué es lo que nosotros expresamos con el lenguaje? El mundo. El mundo. El mundo. ¿Se puede expresar otra cosa? No. ¿Acaso puede expresar una lombriz otra cosa que no sea pensamiento y lenguaje de lombriz? No. Si a mí me dijeran que no solo existe Dios, sino que también Él ha enviado a su hijo primogénito y único a nosotros, ahí la cosa adquiere sentido, porque entonces Él se ha dignado a venir acá, es decir, a humanizarse, a volverse materia física, hecho, empirie, mundo, hombre, dando, desde acá, sentido hacia allá. Esa es la única posibilidad de sentido que puede tener toda la escatología cristiana del cuerpo y de la redención de Cristo, el Salvador. No es mediante un siervo, un empleado, un sacerdote que se alcanza la trascendencia. ¡No! ¡No! Es de Dios mismo, hecho hombre. Y ahí surge el problema teológico de saber si quien viene al mundo es Dios o el Hijo, o Dios hecho hombre, porque si es un ciervo, un Cristo empleado, mandado, nada funciona; tiene que ser Dios encarnado, de lo contrario, no se puede otorgar sentido al mundo terrenal. Pero si Dios ha adoptado la forma física, material del mundo y después se ha expresado en él, la cosa cambia, esa es la salvación, es la buena nueva.

(28) Unamuno, M., *op. cit.*, p. 31.

SALAS: Laberintos de la razón práctica...

Hay aún otros que dicen: No. El lenguaje humano (de ese “animal astuto”) no puede expresar lo trascendente y por eso hay que conformarse con un onomatopéyico: ¡Ohmmm!, ¡Ohmmm!, ¡Ohmmm! (según los monjes budistas). Dios no se expresa, a lo sumo se (pre-)siente. Yo comulgo con lo trascendental. ¿Qué son los cantos budistas o los cantos gregorianos sino un acercamiento a lo divino sin la palabra, tan solo con el *suspiro*? Un acercamiento nada más.

Todavía otros, aún con más decoro (en esto no hay que perder la dosis de *glamour* espiritual) dicen: Si existe un Dios se trata de un *Deus scondito*, o sea, de un Dios escondido. Si Él existe, no puede ser pronunciado, pensado, dicho, razonado, imaginado, hablado. No puede ser objeto de pensamiento en absoluto. La única forma de referirme a lo trascendental es con una mente en blanco: ¡cero pensamiento, cero idea, cero razón! Es un estado donde voy al desierto o el desierto viene a mí y no pienso en nada, no razono en nada y quizá, así, logre captar algo (por mínimo que sea) de lo trascendental. Esta es la tesis de Nicolás de Cusa y junto con él de Meister Eckehart y de otros místicos. La aproximación a lo divino es con la mente limpia, renunciando al pensamiento, a la palabra.

Pero noten ustedes que el rasgo común de todos los planteamientos expuestos es que albergan una esperanza. Y el señor Wittgenstein dice: ¡no hay esperanza! El mundo **es**, simplemente, en su sentido más brutal y ciego. En él solo es posible referirse a hechos, hechos y nada más que hechos. “Ciega para el bien y para el mal, indiferente a la destrucción, la materia omnipotente sigue su marcha inexorable. Al hombre, condenado hoy a perder lo que más quiere, mañana a pasar él mismo por la muerte de la oscuridad, lo único que le queda es acariciar, antes de que caiga el golpe, los elevados pensamientos que ennoblecen sus breves días.”(Russell)⁽²⁹⁾

Un Paréntesis: ¡para bajar mi emoción!: ¿Imaginan ustedes un mundo donde nada acaeciera? ¿Qué es un mundo donde nada acaece? Un mundo muerto, estático, petrificado –como en las fotografías en blanco y negro– porque allí nada sucede más allá de lo que *ya* sucedió. El tiempo se ha detenido por siempre. Sería, valga la tristísima imagen:

(29) Russell, B., *Misticismo y lógica y otros ensayos*, trad. de José Rovira Armengol, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1975, p. 72.

“como una llanura cuyo suelo está privado de todo planta.” (Dante) Imaginemos, a título de otro experimento mental, que en este momento, como una recompensa a nuestras miserias (o alegrías, como quieran verlo), Dios proclama solemnemente: “Deténgase todo. ¡Ya!” Y todo queda detenido, congelado por la eternidad. Nada se mueve, ni un átomo, ni un haz de luz, ni una nueva célula se descompone, ni una nueva célula surge a la vida, ni un nuevo átomo gira en la materia. Como diría, nuevamente, el divino Dante: ¡El cielo quedaría sin estrellas (y sin viento)! ¿Qué es un estado semejante? Es la muerte. La fría, sólida muerte, siniestra muerte, todo congelado por los siglos venideros. Entonces: ¿qué es el mundo para Wittgenstein (y nótese que aquí utilizo la palabra “mundo”, contrariamente a como lo he hecho hasta ahora, en su sentido técnico)?

Respuesta: Lo que acaece, lo que acontece, lo que sucede. Pero lo que acontece siempre es un fenómeno absolutamente físico ¿Por qué? Pues, ¿cómo puede acontecer algo que no sea físico o un efecto del universo físico? ¿Cómo se puede mezclar lo físico con lo no físico? ¿Ustedes han pensado en este problema? Alguien dirá: ¡el pensamiento es la solución! Él es inmaterial. Falso. El pensamiento es también físico (en el tanto es producido por el mundo bio-físico) de nuestro cerebro, a menos que alguien, con mucho orgullo, diga: No. Mi pensamiento es divino. Pero en ese caso, frente a tan “divinas palabras” lo mejor será callarse.

Y así, aunque uno quiera captar lo trascendental, no puede. El mundo está desprovisto de todo sentido ultramundano, porque en este mundo que nosotros percibimos, solamente hay proposiciones de hechos. No puede haber de otra naturaleza. ¿Cómo podría haber proposiciones de otra naturaleza en un mundo constituido, hasta sus últimas fibras, de manera fáctica? A menos que alguien me muestre una zona, una sección, una grieta de este universo que no sea puramente físico, él carecerá de sentido trascendente.

Alguien, de forma romántica, podría replicar: “El alma existe”. Pero, el alma es la posibilidad de Dios. Y ya vimos que todos los entresijos, todos los caminos del mundo físico son, finalmente, hechos empíricos o efectos de hechos empíricos. Cuando yo hablo del mundo, incluso cuando hablo de Dios –si es que me digno a hablar de Él– adopto una ética de esclavos, como es la religión cristiana (pues, lo más sensato es no hablar, quedar pasmado en estado de asombro, de alelamiento inefable). En esta medida, no crean que soy yo quien está profiriendo frases heréticas. El padre de la Iglesia: Agustín de Hipona –uno de esos especímenes filosóficos que me resultan tolerables–

SALAS: Laberintos de la razón práctica...

mientras se desparramaba a sí mismo en orgías y excesos, decía, “Dios dadme fe”. Qué hermoso, ¿no? ¿Cómo no envidiarlo? Mujeres, sexo, vinos, uvas y, en medio de este fandango, decía, “Dios, dadme fe”, porque la única posibilidad que tengo de negar o afirmar y de dar significado a todo esto, es que Tú existas, sino ¿qué sentido tiene todo? Si Tú no existes, todos somos –como diría Martín Heidegger– de la muerte (*Sein zum Tode*). Sí, de la muerte. Expresión más contundente, irrefutable, pero a la vez trivial no hay. Solamente si usted cree en la vida del más allá. Pero, ¿cómo será la vida del más allá? ¿Será igual que esta? Pues, como dice Unamuno, si no existen en el Paraíso los mismos vicios, los mismos pecados y contradicciones: ¿de qué sirve esa vida ultraterrena? Una vida así, en estado de plena gracia, con pensamientos divinos, sin preocupaciones, congojas y dudas. Pero, en un mundo donde nada de esto suceda, es un mundo muerto. Ergo, el Paraíso, de existir, es un Paraíso muerto. Es la muerte continua, imperecedera, eterna. ¿Qué es Paraíso previo al pecado? Una cripta, un sarcófago perpetuo.

En definitiva: ¡Todo es como es y sucede como sucede! *In der Welt ist alles wie es ist und geschieht alles wie es geschieht*. No puede existir la ética. No puede existir la estética. No puede existir el pensamiento del deber-ser. No puede existir Dios (al menos en este mundo). Él es trascendente. Inefable. Con la contundencia de Wittgenstein: “*Nur das übernatürliche kann das Übernatürliche ausdrücken*.” [Solo lo sobrenatural puede expresar lo Sobrenatural.]⁽³⁰⁾

Pero, la historia –al igual que las buenas historias– no termina allí. Wittgenstein sigue con otras frases no menos arrolladoras y devastadoras: “El mundo de los felices es distinto del mundo de los infelices” [*Die Welt des Glücklichen ist eine andere als die des Unglücklichen*]⁽³¹⁾. “Cómo sea el mundo, es completamente indiferente para lo que está más alto del mundo”⁽³²⁾ ¿Se imaginan ustedes algo más siniestro? Aun si Dios existe, eso no garantiza, para Wittgenstein, la eticidad –o sea, el sentido moral o normativo– de nuestro mundo. “Dios no se revela en el mundo.”⁽³³⁾ ¿Por qué no se revela? Porque no puede revelarse. ¿Cómo podría revelarse lo trascendente en el mundo físico?

(30) Wittgenstein, L., “Verschiedene Bemerkungen über Glauben und Religion”, en: Thomas H. Macho, *Wittgenstein*, Deutscher Taschenbuch Verlag, Munich, 2001, p. 385.

(31) Wittgenstein, *Tractatus*, prop. (6.43).

(32) *Ibid.*, prop. (6.432).

(33) *Idem*.

¿Pueden ustedes imaginar lógicamente tal cosa? Es como mezclar el agua y el aceite en un mismo barril. Como si usted llegara a una gasolinera y pidiera: “Écheme, por favor, cinco litros de aceite y en el mismo envase, ponga dos litros de agua” y luego pretendiera que el motor de su vehículo encendiera con semejante mezcla. Se presenta en esta relación de Dios con el mundo empírico un problema de doble vía:

- (1) *Para arriba: la posibilidad del lenguaje de captar lo trascendental.*
- (2) *Para abajo: la posibilidad de lo trascendental de infiltrarse, de penetrar en el mundo.*

Problema, repito, que tiene dos cursos de acción, siendo de doble naturaleza: primero, la posibilidad que de un lenguaje físico, de que un pensamiento fáctico, de que un pensamiento que es materia capte lo trascendental; segundo, que a partir de un pensamiento o mejor aún de una idea trascendental quepa la posibilidad de penetrar en el mundo físico, y entonces, vean lo que concluye Wittgenstein: “Una sola proposición de la ética, es decir, una sola proposición absoluta que fuera realmente una proposición ética [o para decirlo de otra manera, una sola partícula de Dios, de lo trascendental] que penetrara en el mundo empírico lo haría explotar en mil pedazos”. ¡Cosa terrible, esta!

Es decir: Si Dios existiera (cosa que de por sí está por verse) también existiría un abismo insondable entre su grandeza, su omnipotencia, su espiritualidad y su capacidad de acceder al mundo material. Se parte acá, por supuesto, de que Dios no es materia (es inmaterial), puesto que si estuviera sometido a las leyes físicas sería un Dios decadente, un Dios absolutamente impotente, una patraña de Dios. O sea, que a pesar de su omnipotencia no puede infiltrarse en la materia, en el mundo físico en el cual vivimos, por lo que permanece siendo un Dios ajeno, de otro plano. Esto me lleva a una conclusión devastadora en el plano teológico-metafísico:

Si Dios existiera, el mundo físico no existiría. El mundo físico es incompatible ontológicamente con la naturaleza de Dios. Una sola partícula de lo trascendental (de la ética, por ejemplo) serviría para desmoronar todo el universo. Pero, el mundo físico existe. Luego: Dios no existe. Hasta acá llega la lógica impecable de nuestro solitario pensador austriaco.

Pero, para Wittgenstein existe (o al menos así se puede extraer de sus textos) lo místico (*Das Mystische*). ¿Qué opinar entonces al respecto? Él nos dice que “no es lo místico cómo sea el mundo, sino

SALAS: Laberintos de la razón práctica...

qué sea el mundo.”⁽³⁴⁾ De lo místico no se puede hablar con sentido. “Para una respuesta que no se pueda expresar, la pregunta tampoco puede expresarse.”⁽³⁵⁾ El mundo pudo existir a como pudo no existir. Las probabilidades de que no existiera son infinitamente superiores a las probabilidades de que existiera. Ahora, que el mundo sea materia muerta, podría ser, pero que el mundo sea en un minuto, o mejor aún, en una micro centésima de segundo de la duración total del universo, que el mundo sea materia viva es algo que escapa a la razón humana. Es por eso que, repito, lo místico no es *cómo* sea el mundo, lo místico es que el mundo *sea*.

Aquí surge una idea fundamental. Sobre esto que el mundo sea, ya sabemos que este “sea” es equivalente a lo que es la realidad. Solamente sobre esta realidad es posible hablar con sentido. ¿Por qué? Porque el lenguaje es únicamente compatible con el mundo (no con la trascendencia), el lenguaje es una imagen, una figura (*ein Bild*, en términos de Wittgenstein), un reflejo de la realidad empírica. “Nosotros nos hacemos figuras de los hechos.”⁽³⁶⁾ Pensemos en la siguiente situación límite: ¿Qué pasaría si yo hubiera crecido en un estado de la mente –puede ser por alguna alteración en el cerebro– que me impidiera totalmente la presencia y percepción (visual, auditiva, olfativa, táctil, etc.) del mundo físico conocido? [Una especie de autismo absoluto, aunque debo reconocer que la mayoría de las formas de autismo no llegan a semejante extremo]. En esta hipótesis, yo no podría referirme con sentido al mundo físico. Es más, un lenguaje sería imposible. Pero, ¿por qué no puedo hablar con sentido de algo que se encuentre fuera de esto? Porque el lenguaje, instrumentalmente creado y pensado, no puede captarlo. ¿Cómo lo captaría? Tendría que tratarse de una especie de lenguaje divino, puesto en mi mente por medios no-físicos, lo cual es imposible.

En fin: Las proposiciones con sentido son siempre proposiciones sobre hechos. “El mundo está determinado por los hechos y por ser todos los hechos.”⁽³⁷⁾ Pero la conclusión que se sigue de esto es arrolladora (como si ya no hubiera sido suficiente): Las proposiciones de la ética, de la estética, del derecho, de la moral, las proposiciones

(34) Wittgenstein, *Tractatus*, prop. (6.44).

(35) *Ibid.*, prop. (6.5).

(36) *Ibid.*, prop. (2.1).

(37) *Ibid.*, prop. (1.11).

que digan: “esto es bueno” o “esto es malo”, “esto es bello”, “feo”, “justo” o “injusto” son proposiciones que se posicionan *sobre* el mundo y una proposición que se posicione *sobre* el mundo es una proposición que no existe. Por lo tanto, no hay proposiciones de la ética (ni tampoco de la ética, de la estética, del derecho o de la moral).

Eso que nosotros decimos (...bueno, malo...justo...injusto...) son retortijones de una lombriz. Elocuencia de un espermatozoide verboso. ¡Todo lo que nosotros hacemos o pensamos es físico, físico, físico! Materia física –como el mosquito de Nietzsche– pura materia física, nada más. Lo siento por ustedes y por mí. No hay otra cosa, al menos que alguien me diga que hay algo divino allí, que cuando yo aplasté al mosquito ustedes vieran salir una especie de halo (que no solo saliera de la atmósfera, sino que también saliera fuera de este mundo, y, por añadidura, fuera del universo), porque si se permaneciera allí en algún lugar [...imaginemos que el alma de nosotros se quedara arropada en algún escondrijo misterioso del universo], entonces se trataría de todo menos de un alma. El alma, como manifestación de lo trascendente, tendría que estar fuera del universo visible e invisible, es la única salvación, pues de lo contrario todo el universo conocido se destruiría.

Pero, ¿qué queda de todo esto?

Nada, dice Wittgenstein. Es por eso que termina su obra magna, su *Tractatus* de una forma tremenda, desesperanzadora: “*Wovon man nicht sprechen kann, darüber muß man schweigen*” [De lo que no se puede hablar, mejor es callarse]⁽³⁸⁾. Pero si la situación es así, si de esto (el asunto de la ética que nos ha ocupado) no solamente no puede hablarse, sino que, además, ni siquiera puede pensarse, surge la pregunta metafísica por excelencia (en mi caso, todas las mañanas me despierto sudando frío, desde que tengo cinco años, haciéndome la misma pregunta): ¿Qué queda del mundo? ¿Qué sentido tiene la vida? Si sobre lo no-fáctico, lo trascendente, el bien y el mal, lo bello y lo feo no solamente no puede hablarse, sino que hay un abismo, una cesura lógica, un espacio inconmensurable, infranqueable entre el valor y los hechos, ¿qué sentido ha de tener la empresa humana? Estas dificultades, estos interrogantes muestran, para recordar el duro libro de Ciorán, “...*el inconveniente de haber nacido*”.

(38) *Ibid.*, prop. (7.).

SALAS: Laberintos de la razón práctica...

EL SEGUNDO WITTGENSTEIN

Jugando (¡muy en serio!) con las palabras

Deine Fragen beziehen sich auf Wörter; so muss ich von Wörtern reden. [Tus preguntas se remiten a palabras; y por eso, debo yo también hablar de palabras].

WITTGENSTEIN

Texto y contexto de la filosofía del lenguaje. Hoy voy a referirme a un tema que quisiera explicar con cierto detalle. Se trata de, llamémosle así, la segunda parte de lo que había ya conversado con ustedes respecto al señor Ludwig Wittgenstein. En la lección anterior, se examinó una primera etapa que, espero, haya quedado más o menos clara, y ahora me toca ahondar, ojalá con alguna claridad y brevedad (trataré de exponer durante unos veinte minutos), en la segunda fase de la vida intelectual de este enigmático pensador austriaco.

Wittgenstein vivió relativamente pocos años —como tiene que ser— pero extremadamente productivos. Ya dije en la lección anterior que su vida filosófica fue una verdadera obra de arte. Hizo lo que tenía que hacer, que no fue poca cosa, y después murió. No perdió su tiempo en aventuras superficiales del espíritu, cosa que nos sucede con harta frecuencia. Durante su vida tuvo ideas que influyeron notablemente en la primera parte del siglo XX (hasta 1960-1970), cuando se dio un desarrollo muy amplio y generalizado de lo que se conoce como *Filosofía Analítica*⁽³⁹⁾, específicamente en dos versiones: la filosofía del lenguaje ordinario (propia de la llamada Escuela de Oxford) y una vertiente más logicista, cuyo punto de referencia es el primer Wittgenstein y que hunde sus raíces en el conocido movimiento del positivismo lógico (propio del llamado *Círculo de Viena*)⁽⁴⁰⁾.

(39) Al respecto siguen siendo clásicas dos obras fundamentales: *La concepción analítica de la filosofía*, 2 tomos, selección e introducción de Javier Muguerza, Alianza Editorial, Madrid, 1974; y, Victor Kraft, *El círculo de Viena*, trad. del alemán de Francisco Gracia, Taurus, Madrid, 1966.

(40) Al respecto, el incomparable libro citado de Victor Kraft, *El círculo de Viena*, trad. del alemán de Francisco Gracia, Taurus, Madrid, 1966.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 120 (41-88) setiembre-diciembre 2009

Ambas concepciones, repito, influyeron mucho hasta mediados del siglo XX, pues la filosofía analítica junto con el marxismo y el existencialismo representan –creo yo– las tres concepciones más representativas de ese siglo, aunque hay que señalar que para algunas tendencias marxistas de izquierda la filosofía analítica siempre fue “conservadora” e incapaz de utilizarse como instrumento para el análisis social. Empero, más allá de esta opinión (infundada, desde mi perspectiva), lo cierto es que las dos tendencias citadas de la filosofía analítica tuvieron, y siguen teniendo hasta la fecha, mucho que decir en el campo del análisis social y filosófico.

La filosofía analítica tuvo una influencia muy marcada por parte de Wittgenstein, tal y como se refleja en autores como F. Waismann⁽⁴¹⁾, Ch. Stevenson⁽⁴²⁾ o J. Ayer⁽⁴³⁾, quien terminó aceptando, en su primera fase, que las proposiciones de la ética son proposiciones sin-sentido, pseudo-proposiciones o proposiciones para-teóricas, como les llamaba él. En fin, y expresémoslo en términos un poco dramáticos pero no por ello menos certeros, yo creo que el primer Wittgenstein causó en el mundo filosófico una pequeña revolución sobre toda la primera mitad del siglo XX, y a la fecha hay autores que –sea de manera directa o indirecta– se siguen sumando a las ideas que se orientan en esa línea de trabajo.

Pero, como si no hubiera sido suficiente, después de los años 1940s, Wittgenstein atravesó por un periodo un tanto “místico” (para ponerlo así). Tuvo algunas intuiciones o, mejor aún, algunas conversiones intelectuales y llegó a la conclusión de que el autor del *Tractatus* (como diría él) se había equivocado. Esto, obviamente, uno puede decirlo actualmente de manera desapasionada, pero lo cierto del caso es que esa evolución no se dio de forma sencilla, llana, sin conflictos, pues Wittgenstein era ya un autor muy conocido. El *Tractatus* era un texto prácticamente canónico en algunas esferas. Considerado un clásico en el tratamiento de ciertos problemas de la filosofía. Recordemos que para alguien que goce de ese reconocimiento

(41) Consultar, por ejemplo, el ensayo clásico mencionado, en la nota 5.

(42) Fundamental resulta su obra: Stevenson, Ch., *Ethics and Language*, Yale University Press, New Haven y Londres, 14. reimpresión, 1972.

(43) Clásico el texto de: A.J. Ayer, *Lenguaje, verdad y lógica*, trad. del inglés de Marcial Suárez, Editorial Planeta – De Agostini, Barcelona, 1994.

SALAS: Laberintos de la razón práctica...

mundial, decir que se ha equivocado, que hay planteamientos que no son correctos, que hay ideas que le parecen terriblemente simplistas, decir esto requiere, repito, un coraje y una honestidad intelectuales que no todo el mundo posee. Lo más fácil en estos casos es engañarse y tratar, por supuesto, de engañar a los demás.

Aparte de lo dicho, el mismo Wittgenstein, años atrás (hacia 1918), cuando había publicado la primera edición del *Tractatus*, había señalado, en su Prólogo, que él creía haber resuelto todos los problemas filosóficos. “Por otra parte la verdad de los pensamientos aquí comunicados me parece intocable y definitiva. Soy, pues, de la opinión de que los problemas han sido, en lo esencial, finalmente resueltos.” Entonces, sobre esta base, es doble la dificultad de aceptar y reconocer los propios errores. Esta situación, evidentemente, fue muy difícil para él, hasta el punto de que nunca llegó a escribir sus pensamientos de una manera sistemática, como sí hizo con el propio *Tractatus*. Lo que aventuró fue un intento –fallido, por lo demás–, de comunicar claramente sus pensamientos, tomando nota en sus cuadernos, manteniendo un grupo reducidísimo de estudiantes que buscan seguirle –al menos físicamente, pues en el plano intelectual resultaba extremadamente difícil– la evolución filosófica.

Esta segunda etapa de Wittgenstein no es una etapa sistemática propiamente. Es una fase llena de altibajos y lagunas. Complejísima. Más adelante el propio Bertrand Russell, quien había reconocido en la primera etapa de Wittgenstein, cuando hizo el prólogo al *Tractatus*, que había visto cosas interesantes, se retractó⁽⁴⁴⁾ diciendo, de una manera más o menos indirecta, que a partir de cierto periodo Wittgenstein se había dedicado a perder el tiempo y que no había desarrollado muchos de los pensamientos que habían quedado pendientes en la fase inicial. Y si esto lo decía Bertrand Russell, imagínense ustedes lo que podía decir el común denominador de la gente sobre este pensador.

En fin: Wittgenstein, repetimos la idea, NO sistematizó nunca, durante la segunda parte de su vida, sus ideas filosóficas y lingüísticas.

(44) En su autobiografía afirma (en especial, refiriéndose al *Tractatus*, que: “He llegado a pensar que en muchos puntos llegué demasiado lejos al avenirme con él...” [con Wittgenstein]. Ver Russell, B., *La evolución de mi pensamiento filosófico*, trad. de Juan Novella Domingo, Alianza Editorial, Madrid, 1976, en especial el capítulo 10: “La influencia de Wittgenstein”, pp. 113 y ss. (p.115).

Lo único que hizo fue anotar algunos pensamientos (que luego pasarían a formar parte de lo que se conoce como los Cuadernos Azul y Marrón)⁽⁴⁵⁾, así como anotaciones que después formarían su obra más relevante en este segundo periodo: sus *Investigaciones Filosóficas*.⁽⁴⁶⁾ Esta situación dificulta mucho entenderle los principales argumentos al filósofo vienés.

Una línea de pensamiento para estómagos fuertes. Muy bien, dejemos ya esta pequeña introducción y adentrémonos (como Virgilio en el infierno) en la pregunta esencial del día de hoy: ¿Qué nos dice Wittgenstein en esta segunda etapa de su evolución filosófica? Yo creo –pero obviamente ustedes no tienen que creer lo mismo– que esta segunda etapa es, probablemente, una de las revoluciones filosóficas más importantes del siglo XX, una revolución filosófica que, como veremos luego, no puede ser aceptada prácticamente por nadie (especialmente por los filósofos) debido a las implicaciones que ella tiene en los más diversos órdenes de la vida académica. El segundo Wittgenstein (si ya el primero había resultado ser, en alguna medida, enigmático y, una vez que se comprendía, indigerible) el segundo, repito, será un trago imposible de beber por parte del universo filosófico y académico en general.

Insisto, esta es la idea principal. Yo creo que los conceptos que él desarrolló, conceptos que luego veré con más detalle, como son: juegos del lenguaje, formas de vida, gramática, embrujos del lenguaje, etc., son nociones que, cabalmente comprendidas por una persona que se dedique a estas cosas de verdad (una persona que se dedique a sembrar papas difícilmente vaya a cultivar las papas de forma diferente por conocer las nociones filosóficas de Wittgenstein), pero, repito, para alguien que se dedique seriamente a estas actividades, las categorías desarrolladas por este pensador transforman radicalmente la visión que se tenga de esas actividades. Se da un giro de 360 grados. Es un verdadero cambio de “paradigma”, como dice la jerga actual.

(45) Wittgenstein, L., *Los cuadernos azul y marrón*, prefacio de Rush Rhees, trad. del inglés por Francisco Gracia Guillén, Editorial Tecnos, Madrid, 1976.

(46) El texto consultado acá y en lo sucesivo es: Wittgenstein, L., *Werkausgabe*, tomo 1: *Tractatus lógico-philosophicus, Tagebücher 1914-1916, Philosophische Untersuchungen*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1984.

SALAS: Laberintos de la razón práctica...

Con otras palabras: Sépanlo ustedes o no, estén conscientes de ello o no, los pensamientos expuestos por este pensador, si es que se toman con suficiente rigor, pueden cambiar, de manera radical, la comprensión que se tenga ya no solo del derecho, de la sociología, de las ciencias políticas, de la ética, sino prácticamente de cualquier línea de pensamiento teórico en general. Esto es, insisto, un juicio de valor mío, que comparten algunas otras gentes por allí, algunas personas que se han dedicado a leer de manera sistemática y sesuda este tipo de reflexiones, pero que otros no comparten y, bueno, sobre eso no se puede hacer mucho o nada.

Dicho esto, cabe preguntarse ahora: ¿Qué es eso que Ludwig Wittgenstein dijo, que le resulta a este servidor que les habla, tan importante? ¿Qué es lo que nos ha expuesto para que se le califique de “indigerible” y de haber causado una revolución en el mundo teórico? ¡Adentrémonos en los recintos de su oscuro pensamiento!

Empecemos de una manera sencilla (pero ojalá algo inusual). Imaginándonos situaciones de la vida cotidiana, es decir, partamos de **ejemplos prácticos** de nuestra experiencia vital. Quiero que ustedes, por favor, me sigan, pues lo que pretendo es realizar una especie de experimento, el cual consiste en ubicarse imaginariamente en el contexto que yo les voy a narrar, para que ustedes, a partir de lo narrado, saquen sus propias conclusiones. Es decir, que lo que busco es que ustedes mismos *construyan* las ideas y no que yo se las dé ya elaboradas, pues en ese caso no se logra mayor cosa.

Tres ejemplos de la vida cotidiana: Imaginemos las siguientes situaciones prácticas:

(a) *Primer ejemplo:* Imaginemos a una persona que le gusta cocinar, es decir, es un cocinero aficionado. Hoy en día, se ha puesto muy de moda que los hombres cocinen, lo cual me parece muy bien, yo no tengo nada en contra de eso (excepto cuando lo convierten en un esnobismo, y entonces uno le dice a una mujer bonita, a quien intenta seducir: “Vamos, mi amor yo cocino” y va y cocina por un día, para que el resto de los 60 años de matrimonio nunca vuelva a hacerlo). Pero bueno, esta es una historia aparte. Sigamos con lo nuestro. Imaginemos, pues, al cocinero. Decía, entonces, que el cocinero se reúne con la novia. Pero, este sí es un cocinero legítimo, un cocinero realmente interesado en la comida...(aparte del sexo, que quiere tener luego con la novia). Pero, digamos que es un cocinero que le interesa

el espagueti y lo *otro*. Digamos que le interesa más el espagueti que lo *otro* (al menos por el momento). Es decir, que es un cocinero de vocación. Entonces, el cocinero llega y hace señalamientos del siguiente orden, a los cuales quiero que ustedes presten especial atención:

“Mire, vamos a cocinar estos espaguetis”. Si es un cocinero de vocación, él probablemente haya preparado los espaguetis previamente; es decir, que él mismo ha hecho la pasta, ha utilizado la maquina manual para hacer los espaguetis, metió la pasta ahí, le dio vuelta a la maquina y salieron los rollos de espaguetis; entonces, metió los rollos en el agua hirviendo y, por supuesto, que el agua debe estar hirviendo (no tibia). ¿Cuánto tiempo ha de esperar? Generalmente, entre 10 y 15 minutos hasta que los espaguetis, dependiendo del grosor que tengan, estén debidamente cocinados. Una vez que estén listos, él va a sacar uno de los espaguetis y lo va a pegar contra la pared para ver si, efectivamente, ya está cocinado o está crudo. Si el espagueti no está cocinado, va a esperar un minuto más hasta que se quede pegado contra la pared y luego caiga. No debe quedarse adherido del todo porque entonces eso quiere decir que ya se pasó de cocción, ni tampoco debe caerse inmediatamente porque está crudo. Esa es una forma posible (quizás no la única ni la más higiénica, dirían algunos de ustedes, un poco indignados) de cocinar espagueti, y saber si está listo o no.

Muy bien, vean ustedes que el cocinero, en este caso, ha seguido (e incluso le ha explicado a su novia) unos aspectos propios de la cocción de los espaguetis. Le ha dicho, por ejemplo: “Mire, hay que hacer esto, hay que hacer aquello otro.” Luego, cuando ya estén cocinados los espaguetis los va a pasar por un colador y va a decir: “Ahora, a esto se le agrega un poco de mantequilla, mucho orégano y si usted quiere le pone queso parmesano y sal al gusto”. Más o menos esa es la imagen de nuestro primer ejemplo. Veán que estoy utilizando una imagen; todavía no se les ocurra, por tanto, pensar en conceptos abstractos. Simplemente imagínense la situación, recordando que imaginar significa crear imágenes, no categorías filosóficas.

(b) Segundo ejemplo: Pasemos del ámbito de la cocina a algo que sea muy distanciado de ello y de su posible esnobismo. Pensemos ahora en una persona conocedora de perros; es decir, es un entrenador profesional de perros para la protección y seguridad, o sea, de perros para matar a alguien si fuera del caso o para protegerlo si fuera del caso. Pongo este ejemplo pensando ya no sólo en aquel famoso refrán de “cuanto más conozco a mi vecino, más quiero a mi perro”, sino tratando

SALAS: Laberintos de la razón práctica...

de ubicarme en el plano más elemental (“mundano”) posible. Supongamos que este individuo es un conocedor de unas ciertas razas muy grandes y fuertes (perros Doberman o Rottweiler, por ejemplo). Un día, esa persona se reúne con otro aficionado al tema y sostienen una conversación como la siguiente:

“Bueno, este perro como usted ve es un Rottweiler”. La otra persona le va a preguntar: “¿Y el Rottweiler que usted ha entrenado cumple con todos los estándares de la raza?” Entonces el especialista le va a decir algo así como: “Efectivamente, cumple con todos los estándares fenotípicos y genotípicos.” El otro individuo le dirá: Veamos: empecemos por lo más sencillo. Abrámosle la boca: ¿tiene que tener 42 dientes? “Sí, tiene los 42 dientes”; le cierra la boca y dice: ¿Tiene mordida de tijera (lo cual significa que no tiene mordida de tenaza y, por lo tanto, los dientes están correctamente colocados). ¿No tiene los dientes flojos?. “No”. ¿Tiene los labios firmemente unidos a la mandíbula? “Sí”. ¿La pigmentación es de color negro? “Efectivamente, es de color negro”. ¿Las orejas están debidamente posicionadas sobre ambos lados de la cabeza? “Sí”, ¿La cabeza no es ni chata ni tipo sabueso, sino plana, con un stop debidamente pronunciado? “Efectivamente”. ¿La altura a la cruz –punto donde se unen los omoplatos– es 65-66 centímetros exactos? “Sí”. Y así continúa una conversación que puede tardar horas, con un lenguaje (jerga) cada vez más técnico y preciso cuando se refiere a la descripción o características del animal en cuestión.

Hemos hablado de cocina y hemos hablado de perros, los cuales parecen ser (ojalá sea así) ejemplos bastante cotidianos, nada elaborados conceptualmente, ni mucho menos filosóficos. Además, les pido, por favor, que no se aburran (más de lo que ya están), pues los ejemplos son, eso creo, necesarios.

(c) Tercer ejemplo: Imaginemos que hay otro experto. Este es un experto en jardinería. Le gusta sembrar plantas y se reúne con otro jardinero, y entonces planean sembrar un X tipo de planta en un jardín de una de sus casas.

Se inicia una conversación exactamente en la misma línea que los anteriores ejemplos: primero ¿de dónde van a provenir las futuras plantas? ¿Van a obtenerse mediante injerto o no? ¿Van a ser tomadas de planta viva o no? ¿Extraídas de la raíz o no? ¿Se pueden reproducir mediante el sistema de extracción de raíz o de tallo? ¿Vamos a ir a

comprar –cosa que para el experto sería muy comercial– las semillas al “Supermercado Más X Menos” (que por lo general están secas y no nacen) o las vamos a adquirir en otro lugar? Digamos que, efectivamente, se va a hacer mediante corte de tallo. Pensemos en una amapola (en todo caso –para lo interesados– de ahí proviene también el opio ¿o la heroína?, ya no recuerdo). Entonces, el experto comentará: (1) ¿Cuándo hay que sembrarlo? ¿Ahora en octubre o en noviembre? ¿Será un buen momento para la siembra? Él podrá decir: No. Eso es falso. El mejor momento era hace más o menos un mes, es decir, en septiembre, para que se aprovechara todo el invierno y el tallo pudiera crecer debidamente. Ahora es un poco tarde, pues se corre el riesgo de que nazca la raíz, y en noviembre y principios de diciembre el tallo cortado no tenga la suficiente fuerza y se sequé. Es decir, no es un buen momento, ya no se puede hacer. (2) ¿Cuántos centímetros se entierra el tallo en la tierra? ¿Diez centímetros o simplemente uno llega y lo mete hasta donde le dé la mano? Hay que tener cuidado, pero esto el experto lo conversa con el otro jardinero, quien también sabe de estas cosas.

Señoras y señores: suficiente.

Quedémonos con estos tres ejemplos de la vida cotidiana. Estoy consciente que alguien me podría objetar que todos los casos puestos son muy banales, muy artesanales. Se podrían traer ejemplos de otros campos más de tipo cultural o académico. Por ejemplo, dos expertos que se reúnan a hablar sobre el tema de la literatura mística de Maister Eckhart y Angelus Silesius o de la tragedia clásica de Grecia y Roma, o de la teoría especial de la relatividad de Einstein, o del Principio de Incertidumbre de Heisenberg, o de cualquier otro tema complejo por el estilo. Pero, estoy convencido que la *lógica interna* que se va a seguir, en una u otra conversación, es más o menos la misma. Y es esa lógica, precisamente, la que por ahora me interesa enfatizar.

En resumen: Lo que quiero que quede lo más claro posible hasta este momento es la siguiente idea básica: todas esas discusiones (no importan si son de la vida cotidiana, artística, académica, intelectual) han tenido lugar en un *contexto* muy particular. En ese contexto se han hecho afirmaciones que justamente *allí* (o sea, en esa particular situación histórica de vida), tienen un valor o no lo tienen, resultan plenamente claras o no, son comprensibles o incomprensibles, son válidas o inválidas. No importa la cantidad de casos o de situaciones de vida que se analicen, en cada una de esas situaciones de vida, se va a

SALAS: Laberintos de la razón práctica...

erigir una cierta *pretensión de validez y de verdad* que es, no solo vinculante para quienes participan en esa conversación en especial, sino para aquellos otros interlocutores, actuales o potenciales, que se interesen por cuestiones similares. Esa pretensión es, a su vez, propia de los *usos lingüísticos* que allí se acepten, expresa o implícitamente, por parte de los individuos involucrados. Desarrollemos esta idea, algo abstracta, con más precisión.

Los juegos del lenguaje, la gramática y las formas de vida:

Una pregunta que a mí me parece fundamental y que deseo formularles entonces es: ¿Qué ven ustedes como características o rasgos *comunes* en los ejemplos citados? Alguien (¡un estudiante listo!) podría responder: “Lo que tienen en común es un lenguaje que se utiliza para transmitir unos datos (información) que pueden ser comprobados empírica- e intersubjetivamente por la praxis de esa disciplina, donde, además, se pueden establecer criterios más o menos verificables sobre ciertas cosas con base en esas observaciones protocolares. Los participantes en la discusión tienen una comprensión común sobre la funcionalidad de estos criterios, de las afirmaciones que allí se hagan y de las conclusiones a las cuales se pueda llegar.”

Una opinión de este tipo no sería incorrecta. Lo que pasa, es que, para los efectos de lo que estoy tratando de explicar, resulta ser excesivamente conceptual, abstracta. Vean ustedes que estas personas (incluidas las de los ejemplos) se reúnen, unos para hablar de verduras, otros para hablar de sus telenovelas favoritas, otros para hablar de perros, otros para hablar de astrofísica, otros para hablar de música, o de cine, etc., etc. La cuestión fundamental aquí es, empero: ¿qué es lo que ellos *hacen* (en el plano más básico y elemental del término “hacer” en todos estos casos)?

Veamos lo más obvio, sencillo, pero no por eso trivial. Yo diría que estas personas *hacen afirmaciones, negaciones, preguntas* (muchas veces incluso categóricas) sobre una X o Y cosa, una X o Y idea, todo en el marco establecido por la *conversación* que están sosteniendo. Es decir, utilizan las palabras, en ese contexto, de una manera particular, alcanzando allí unos consensos básicos sobre los diversos *usos* del lenguaje. Por lo tanto, quienes participan en esa conversación se entienden, o al menos, parece que se están entendiendo. Los partícipes en los diálogos de la vida cotidiana (o de cualquier otro orden de la vida) operan o trabajan allí con unos determinados *criterios de verdad* establecidos en una forma rudimentaria, del tipo: “Es verdad que el tallo

debe ser sembrado cinco centímetros dentro de la tierra”, “es verdad que el perro debe pesar entre cincuenta y sesenta kilos”; “es verdad que los espaguetis se cocinan a los diez minutos de permanecer en agua hirviendo”. Nadie, por lo general, pondría en duda esta forma de *usar el lenguaje ordinario* dentro del marco específico de las situaciones de vida que se han explicado en los ejemplos. En esas conversaciones, para ponerlo en un lenguaje algo más preciso, operan unos *criterios veritativos*, o sea, con una pretensión de verdad para la situación de vida concreta.

Esos criterios ya no son únicamente veritativos, sino que establecen, expresa o tácitamente, unas *reglas de validez*, que buscan establecer, específicamente dentro del contexto en que tiene lugar la conversación, cuándo lo que se dice es válido (en el sentido de que es congruente o consecuente con el conocimiento que exista en ese particular), cuándo esos criterios alcanzan fines puntuales que se persiguen, cuándo las observaciones y comentarios que se hagan resultan aceptables o plausibles, cuándo lo que se afirme respecto a una situación es probable o no, cuándo y sobre qué materias específicas puede existir un consenso entre los expertos involucrados, entre otras muchas cuestiones más.

No crean ustedes que esas reglas y criterios de los que he hablado eliminan del todo las posibilidades de *discrepancia* o *desacuerdo*. Perfectamente, y de hecho así sucede en las relaciones sociales cotidianas, las personas discrepan con frecuencia sobre qué ha de considerarse una buena comida, o qué es un buen libro, o una idea interesante. Sí. Pero: ¿cuál es el problema con que haya esos desacuerdos? El hecho de que se presenten desacuerdos no suprime, al menos del todo, el elemento más o menos común (la “lógica interna” de la que se habló anteriormente) que hay en los ejemplos discutidos, y es que así funcionan las conversaciones ordinarias en los más diversos contextos.

Por supuesto, que hay desacuerdos, y nótese que hemos puesto unos casos extremos, donde asumimos que hay personas que conocen acá [ejemplo 1] y que conocen allá [ejemplo 2] y que conocen más allá [ejemplo 3], simplemente como una suerte de experimento mental; pero, ¿qué es lo que sucede en las discusiones de la vida real? Les voy a decir lo que sucede en esas discusiones: lo que sucede es que uno conoce y el otro no, uno conoce mucho y el otro ignora todo, uno conoce más y el otro menos, y así sucesivamente. Pero, ¿no opera de idéntica manera una conversación que se sostenga entre dos estudiantes

SALAS: Laberintos de la razón práctica...

allí en la cafetería, por ejemplo? Sobre cualquier cosa. Imagínense las conversaciones reales de ustedes, no las que ustedes creen que tienen en abstracto. Es más, llévense consigo esa grabadora que tiene el compañero, pónganle un casete de 24 horas y póngala a grabar y olvidense de ella; vayan y mantengan una conversación y después escuchen lo que se habló. Ustedes se sorprenderán. La conversación transcurrirá, palabras más, palabras menos, de la forma en que se ha descrito.

Y aquí la situación se empieza a complicar. Voy a tener que apresurarme un poco porque si no, no voy a terminar. Ya pasaron los veinte minutos y sigo todavía enfrascado en este barullo, pero lo que sigue pienso que es absolutamente fundamental. Veamos.

Si esto es así –señoras y señores– si para cada *contexto* de nuestra vida, sea un contexto puramente artesanal, sea un contexto técnico, sea un contexto científico o sea un contexto estético, si esto opera así, entonces surge una **pregunta decididamente fundamental** (la pregunta de las preguntas, para ponerlo así), que es la siguiente:

¿Cómo es posible que nosotros (los seres humanos, que somos seres sociales) a partir de estas experiencias lingüísticas, que son experiencias vitales, experiencias cotidianas, experiencias del diario vivir, hagamos preguntas como las siguientes: ¿Qué es la Verdad? ¿Qué es la Belleza? ¿Qué es el Ser? ¿Qué es la Nada? ¿Qué es el Bien y el Mal?

Señoras y señores, ahí está el gran dilema, porque si nosotros estamos inmersos dentro de este conjunto de situaciones vivenciales, prácticas, cotidianas, históricas: ¿por qué en determinado momento, cuando nos volvemos a reflexionar sobre estas situaciones vitales, cotidianas, vivenciales, hacemos una pregunta de *naturaleza totalmente distinta* a la que haríamos si estuviéramos en las situaciones concretas descritas? Es decir, ahí a nadie se le ocurriría preguntar “¿Qué es la Verdad?” (en abstracto). A nadie se le ocurriría preguntar: ¿Qué es la Belleza o el Ser? (en abstracto). Uno simplemente NO habla en esos términos.⁽⁴⁷⁾ Uno sencillamente dice: “Mire, me parece que ese árbol

(47) Por eso es que Wittgenstein señala sorprendido: “Las preguntas ‘¿qué es longitud?’, ‘¿qué es significado?’, ‘¿qué es el número uno?’, etc., producen en nosotros un espasmo mental. Sentimos que no podemos señalar a nada para contestarlas y, sin embargo, tenemos que señalar algo. (Nos hallamos frente a una de las grandes fuentes de confusión filosófica: un sustantivo nos hace buscar una cosa que le corresponda.)”, *Los cuadernos azul y marrón*, p. 27.

está muy bonito”, “el tipo de hojas que posee es hermoso”, “yo prefiero estos arbolitos en lugar de aquellos otros”, pero uno no dice: “¿Qué es lo Bello?” “¿Qué es la Verdad?” Esa forma de preguntar, valga la expresión de uno de los discípulos de Wittgenstein (*i.e.*, Waismann), simplemente atenta, de manera violentísima, contra la lógica normal de las preguntas en la vida cotidiana, contra la lógica lingüística empleada por las personas reales, de carne y hueso.

Pero vean ustedes que durante la historia del pensamiento filosófico casi nunca, prácticamente, se ha prestado suficiente atención a este fenómeno, sino que cuando se decía, yo voy hablar de filosofía se empezaba así: “¿Qué es la Filosofía?”. Incluso hoy día, cuando se da un curso de Derecho, por ejemplo, de Derecho Penal en esta u otras Facultades de Derecho, se empieza, con excesiva frecuencia, de la siguiente manera: “¿Qué es el derecho penal?” “¿Qué es la pena?” Vean ustedes que este planteamiento del problema es –valga la expresión un poco fuerte– **contra-natura**, o sea, “contra-natura” en un sentido figurado, contra toda experiencia de vida, pues uno no empieza de definiciones para luego elevarse a la vida, sino que empieza con aspectos caóticos de la vida, para luego tratar de extenderlos hasta posibles definiciones o teorías. “*Grau, teurer Freund, ist alle Theorie, und grün des Lebens goldner Baum.*” [Gris, mi caro amigo, es toda teoría, y verde el frondoso árbol de la vida.] (Mefistófeles).

Entonces, ¿por qué es que se *habla* así? ¿Por qué insistimos en violentar, de manera tan gruesa, el uso cotidiano del lenguaje? Desde la concepción del segundo Wittgenstein, uno tendría que decir: “Yo no puedo entender ese salto.” ¿Cómo es que paso de una expresión plenamente comprensible como: “los crisantemos me parecen unas flores muy hermosas” a un postulado totalmente distinto, en su lógica lingüística, como: “¿Qué es lo Bello?” Este salto no tiene una explicación racional. Es un salto en el vacío. Un salto que nos obliga a ponernos –valga la imagen– en un *estado mental* que no es el estado mental que usualmente experimentamos ante situaciones concretas; y entonces surge toda una serie de preguntas que, presuntamente, y ahí viene lo realmente extraordinario, quieren abarcar la totalidad de los fenómenos que hay acá (en las situaciones de la discusión referida); y entonces, cuando alguien se pregunta “¿qué es la Verdad?”, aspira a encontrar una respuesta incondicional (¡mítica!) que cubra todo el ámbito posible de experiencias, cosa que no es viable. Por eso Wittgenstein nos dice, nos advierte: “esto no puede ser” y utiliza una imagen muy grafica, la cual creo es suficientemente adecuada para los

SALAS: Laberintos de la razón práctica...

efectos que persigue. Nos dice: “Pegar un salto desde allá hasta acá es una forma de embrujo”. Una persona que haga eso está “embruja”, “hechizada”, ha caído en una especie de “encanto” lingüístico.

Se pueden imaginar, en este sentido, muchas situaciones absurdas. Por ejemplo, supongamos a una ama de casa que está cocinando unos huevos revueltos para sus hijos, y de pronto tire los huevos para arriba y exclame: “¿Existe la huedad?”. ¿No sería esto totalmente ridículo y descabellado? Digo yo. Lo que existe es ese huevo, y habrá unos más grandes y otros más pequeños, huevos de gallina jardinera, otros de gallina ponedera, otros de codorniz (e incluso los “huevos de la gallina de oro”, si ustedes quieren); y así podemos entrar en una discusión sobre gallinas, codornices y huevos. Pero, uno no se plantea (en el uso ordinario del lenguaje) la pregunta por la “huedad”. Solo en el teatro de Eugène Ionesco –Teatro del absurdo– ven ustedes semejantes escenas.

En cambio, y aquí radica el absurdo, los filósofos **sí** se hacen preguntas sobre el Ser, la Nada, la Verdad, la Belleza y otras cosas similares. Entonces, nos dice Wittgenstein, todo esto consiste en unos “embrujo” en los cuales han caído los filósofos en los últimos dos mil años, incluso el propio autor del *Tractatus*. ¡Ironiza!

Hay una pregunta del tipo señalado, esto es del tipo: “¿Qué es X?”, que tiene importancia. Dice Wittgenstein: ¿Qué es la Filosofía? La filosofía no es –en el entendido que le hagamos caso a una pregunta que en buena medida es, como ya se dijo, “contra-natural”– un conjunto de teorías (teorías de la Verdad, de la Belleza, de la Conciencia). No. La filosofía es, en primer lugar, una **actividad vital**. Es una actividad, o sea, algo que yo *hago*, al igual que se hace una casa, un jarrón de artesanía o una fuente para el jardín. Esto es la filosofía.

En esa actividad, nos dice Wittgenstein, al igual que en otras actividades, hay que desconfiar de los embrujo del lenguaje en que se suele caer de manera despreocupada.⁽⁴⁸⁾ ¿Cómo debería proceder, entonces, la filosofía? Cuando nos preguntamos sobre si algo es

(48) De allí la famosa definición de Wittgenstein de lo que él entiende por filosofía: “La filosofía, tal como nosotros utilizamos la palabra, es una lucha contra la fascinación que ejercen sobre nosotros las formas de expresión.” *Los cuadernos azul y marrón*, p. 56.

verdadero o falso, bello o feo, bueno o malo, no formulemos la pregunta *en abstracto*, realicemos la pregunta siempre referida a su contexto. Toda palabra, todo concepto, es necesariamente contextual, lo cual implica, en esencia, su *uso lingüístico* en ese contexto específico.

¿Quién no ha leído, por ejemplo, sobre el eterno problema de “qué es la Justicia?” Una idea contra-natura, insisto, artificiosa. ¿Qué sucedería si de pronto dos señoras que están discutiendo sobre un intercambio de zanahorias por naranjas (una le dice a la otra, que le da una zanahoria por dos naranjas, y la otra señora le replique: “¿será eso lo Justo?”. O qué pasaría si cuando usted va a comprar a la feria, compra tres remolachas, y el señor de la feria le cobra ₡200, y usted le dice: “¿satisface esto la Justicia?” “¿200 colones equivalen a tres remolachas o no?” ¿Cómo sé yo que las tres remolachas compensan los 200 colones y a quien las cultivo? ¿Ustedes saben cuánto tiempo hay que esperar para que crezcan tres remolachas? Un montón de días. Uno espera y espera –como en el teatro de Beckett– y nada pasa. Godot nunca llega. Incluso yo he hecho la prueba, siembro una semilla y me quedo viéndola fijamente hasta el momento en que brota y crezca. Unas dos o tres semanas. Una cosa horrible. La conciencia entra en un estado de desesperación y absurdo. Pero, así es la vida: ¡tarda en crecer y es fácil destruir! Hagan ustedes la prueba. Siembren un fríjol y se quedan esperando a que nazca, pero sin dormir, pues de lo contrario el experimento no tiene valor. Ahora bien, imagínense ustedes a un agricultor consecuente. Siembra siete hectáreas de fríjol, y después permanece observando –en el sigilo de la noche– para ver cuándo nacen. Problema realmente agudo éste. ¿Ustedes nunca se dieron cuenta de ese fenómeno? Uno llegaba –cuando era niño, aún con imaginación– y echaba un fríjol o un grano de maíz en una maceta, le ponía la tierra, y entonces la mamá le decía: “Ahora sí, hijo, déjelo ahí”. Y a los ocho días, uno regresaba para verlo. ¿Cuál es la gracia de esto? Uno llegaba, y estaba la plantilla crecida con todo y hojas. ¿Cuál es la gracia? No tiene absolutamente ninguna gracia. Yo por eso, cada vez que siembro un fríjol, entro en un problema ontológico, qué digo: cosmológico, de descomposición total. Tiene que venir mi esposa con un carrito y meterme a la casa, tirándome en una esquina, y luego me dice: “¡Para que se recupere!”. Así es la vida con las esposas.

En resumen: Las situaciones filosóficas, reflexivas, de la inteligencia abstracta, referidas a cuestiones como: el Ser, la Nada, la Conciencia, la Belleza, la Verdad, el Derecho, el Bien, el Mal, no son

SALAS: Laberintos de la razón práctica...

–valga nuevamente el término– “naturales”. El significado de un término es siempre contextual. Nunca general-abstracto. He aquí la clave de todo lo que he tratado de decirles.

Ahora sí, juguemos en serio: Wittgenstein se percató, aparte de todo lo dicho, de otra idea, y esa otra idea es la siguiente: las personas, cuando hablan sobre los más distintos órdenes de la vida, desarrollan unas ciertas *formas de expresarse*. Tienen un lenguaje particular. Una especie de jerga. Conversen ustedes después de esta clase, sobre cualquier tema, y verán lo que sucede. Se desarrolla inmediatamente –y aquí la situación empieza a tornarse cada vez más interesante– unos *juegos del lenguaje* (*Sprachspiele*, así les llama Wittgenstein) que sirven, se supone, en el proceso de la comunicación cotidiana.⁽⁴⁹⁾ Ahora bien, ¿por qué se habla aquí de juegos del lenguaje? Yo creo que por varias razones, dentro de las cuales se podrían mencionar, a título de hipótesis, algunas:

- En primer lugar, es un juego porque hay ciertas reglas del lenguaje, hay reglas que se cumplen, aunque quienes están jugando no estén plenamente conscientes de ellas en ese momento específico. Sin embargo, no estar consciente de algo no significa que ese algo no exista. En buena medida, el uso diario de las palabras funciona de esa manera: inconsciente.
- En segundo lugar, es un juego en el tanto no se toma con toda la solemnidad, con el aire metafísico respectivo, como sí se toma, por ejemplo, y ya en un plano totalmente artificial y ficticio, la discusión filosófica o teórica tradicional.

¡Es un juego, pues, en ese doble sentido de la palabra!

Ahora bien: vean ustedes lo que pasa con los individuos que están allí, en la conversación cotidiana, en la escena social concreta. Esas personas, a pesar de que están en un *juego*: ¿qué sucede realmente

(49) Al respecto dice Wittgenstein: “Das Wort ‘Sprachspiel’ soll hier hervorheben, dass das Sprechen der Sprache ein Teil ist einer Tätigkeit, oder einer Lebensform.” [La expresión ‘juego del lenguaje’ se usa para resaltar aquí que el hablar un lenguaje es parte de una actividad, o de una forma de vida], *Philosophische Untersuchungen*, § 23.

con la cabeza de ellos? ¿Qué pasa por sus mentes? Lo que sucede es, básicamente, lo siguiente: ¡Ellos se toman ese juego muy en serio! De tal manera que si uno de ellos insiste en no aceptar las reglas implícitas (la “gramática” o “*Grammatik*” del juego, diría Wittgenstein), por ejemplo, yo llego y le digo (para regresar al ejemplo de los perros) a otro individuo: “Muy bien, lo voy a llevar a un criadero de Rottweilers para que usted vea los *enormes* animales que se crían allí.” Llegamos ahí y el dueño del criadero me dice: “Bien. Ahí está.” Y resulta que me quedo viendo al animal y le digo: “¿Pero qué le pasa a usted? Eso es un diminuto perro Chihuahua. No es un “enorme “ animal, como usted me dijo.” Si usted va a un criadero de Rottweilers y le sucede eso: ¿qué opinaría usted del dueño del sitio? Pues simple y llanamente que está loco o fuera de sus casillas. Las reglas del lenguaje, incluso en la vida cotidiana, se toman en serio, en unos contextos más que en otros, pero en serio al fin y al cabo. Esto sucede incluso en el plano del humor y la ironía: ¡Esa es la seriedad del chiste!

¿Qué significa todo lo dicho, en términos de Wittgenstein? Significa, en esencia, que el tipo de juegos que usted lleve a cabo, el tipo de reglas de utilización del lenguaje (la gramática) bajo las cuales usted oriente su conducta, o sea, su juego, condiciona en buena medida –pero no determina finalmente– la *forma de vida* (*Lebensform*) que usted asuma como propia.⁽⁵⁰⁾ Y aquí sí conserva, en buena medida, su valor aquella expresión que Wittgenstein había postulado en el *Tractatus*: “Los límites de mi lenguaje son los límites de mi mundo”. O sea, la forma en que estas personas se comuniquen, las reglas implícitas o expresas que acepten, eso es la forma de vida. El juego del lenguaje es parte de una forma de vida. Esta idea es de máxima importancia.

Acá la situación comienza a ponerse interesante, porque ya hemos llegado a un punto donde se han visto las palabras claves:

- a) *Contexto: Uso en contexto de las palabras.*
- b) *Significado: El viejo interrogante por el sentido de una expresión.*
- c) *El problema de los embrujos del lenguaje.*
- d) *El problema de la gramática del lenguaje.*
- e) *El problema de los juegos de lenguaje.*
- f) *El problema de las formas de vida.*

(50) Por lo tanto, “...eine Sprache vorstellen heisst, sich eine Lebensform vorstellen.” [Imaginar un lenguaje implica imaginar una forma de vida.], *Philosophische Untersuchungen*, § 19.

SALAS: Laberintos de la razón práctica...

Señoras y señores: este es el esqueleto básico de la segunda filosofía de Ludwig Wittgenstein. Su estructura arquitectónica que, como ustedes ven, implica unas pocas ideas, pero cuyas esferas de aplicación son múltiples y diversas. Esa es la grandeza de su filosofía: su gran variedad de aplicaciones, a pesar de las pocas categorías que le subyacen.

Réplicas y contrarréplicas. Pensemos en posibles réplicas a lo que se ha dicho hasta ahora. Alguien podría sostener, por ejemplo: “Mire, yo voy a sembrar todas las plantas tal como usted (que es experto en jardinería) me dice, excepto por un criterio. El criterio (regla en sentido amplio) que no voy a seguir es muy sencillo, muy elemental, a saber: no voy a echarles, a partir de ahora, más agua a esas plantas” Mi respuesta sería: bueno, siga esa regla. Haga lo que le dé la gana. Únicamente, le garantizo que su aventura de jardinería no va a prosperar. Usted será un fiasco de jardinero.

Dicho con otras palabras: Si usted desea formar parte de ciertos *círculos* en la vida social en general, tiene que seguir, precisamente, esas formas del lenguaje y las reglas implícitas que allí dominan. Debo respetar las reglas de la gramática. O para ponerlo de otra forma, la gramática determina el conjunto de reglas que deben seguirse para utilizar, de manera adecuada, en ese contexto específico, esos juegos del lenguaje en cuestión.

Con esta afirmación llego a una **tesis elemental**, básica, pero de unas consecuencias decisivas para la totalidad de formas discursivas, o sea, para la totalidad de las disciplinas del conocimiento humano (incluido, por supuesto el derecho). Esta tesis es, en esencia, la siguiente: Uno habla (se expresa) siempre, señoras y señores, para alguien, para un *auditorio* (como decía un filósofo belga), respetando unas reglas que son válidas y legítimas, en cierto contexto y para alguien. A esto se le debe llamar, en lenguaje wittgensteiniano, *regiones del lenguaje*. Hablar es, en este sentido preciso, un acto eminentemente social, compartido, *gremial* en su sentido más estricto. La ciencia, pero también la brujería, es una actividad grupal, cooperativa.

Traslademos esta tesis al campo de la filosofía, al campo de las eternas preguntas, las llamadas cuestiones inmemoriales e impercederas: ¿Quién soy? ¿Para dónde voy? ¿Qué es la Verdad? ¿Qué es lo Bueno? ¿Qué es lo Justo? O acaso incluso: ¿Qué es el Derecho? ¿Qué es un Delito? ¿Qué es el Dolo? ¿Qué es la Culpa?... Traslademos todo esto,

estas consecuencias arriba expresadas, a la totalidad de lo que conocemos y nos han enseñado a lo largo de los breves años que algunos de ustedes tienen. Las *consecuencias* son –me temo yo– radicales, devastadoras. Uno siempre habla en un determinado contexto, para un determinado *círculo o región* (más o menos pequeño o grande) de hablantes, que utiliza unos determinados juegos del lenguaje y esos juegos del lenguaje reproducen unas determinadas formas de vida. Ahora bien, alguien se planteó después la pregunta, aunque Wittgenstein no exploró esta dimensión específica (pero creo que vale la pena), repito, alguien se planteó la pregunta: Y estas formas de vida: ¿se *comunican* entre sí, unas con otras? ¿Son los juegos del lenguaje trasmisibles de un universo lingüístico (simbólico) a otro? O con otras palabras: ¿pueden aplicarse –*rectius*–: trasladarse, las reglas de un juego lingüístico a otro juego? ¿Las reglas del ajedrez son intercambiables con las reglas del boxeo o del karate? ¿Qué tienen en común unas y otras? ¿O son más bien *incommensurables* unas con otras?⁽⁵¹⁾

Las preguntas parecen, a primera vista, sencillas. Pero la cuestión de fondo es realmente decisiva: las formas de vida que uno tiene, y los juegos del lenguaje que uno cultiva: ¿serán trasmisibles a otras formas de vida y a otros juegos del lenguaje? Puesto en términos más concretos, más gráficos: ¿Será posible que el criador de perros se ponga de acuerdo con el jardinero de rosas percederas? ¿De qué van a hablar? El problema, lo que está en juego en estas preguntas es, señoras y señores, nada más y nada menos que el problema de la *comunicación humana*; es decir, ¿cómo nos comunicamos? ¿Nos comunicamos? ...

¡*That is the Question!* Sucede como en aquella famosa obra de Ionesco, donde en la última escena de la obra, aparece el personaje principal en una habitación. La historia (la cual modifiqué para hacerme entender) es, palabras más palabras menos, la siguiente: Se trata de un Sabio. Una especie de Fausto enloquecido, rabioso, que ha hecho un pacto con el Diablo y que lo conoce todo. Aquí todo significa Todo. Las verdades últimas: el fin de la vida, qué hay después de la muerte, cómo surgió el universo y cómo va a terminar. Repito: aparece el Sabio a

(51) Respecto a este problema en el campo del derecho y de las ciencias sociales en general, conf. mi artículo: “Interdisciplinariedad de las Ciencias Sociales y Jurídicas: ¿Impostura intelectual o aspiración realmente científica?”. En: *Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Costa Rica*, No. 113 (III), Instituto de Investigaciones Sociales, San José, Costa Rica, 2007.

SALAS: Laberintos de la razón práctica...

punto de morir (ya es hora de morir, pues después de saberlo todo hay que morirse o incluso antes, como diría Nietzsche: hay que morir a tiempo, y morir a tiempo casi siempre significa antes de que nosotros consideremos que es a tiempo). Entonces el sabio –que lo sabe Todo– va a comunicar las verdades últimas a la Humanidad y para ello se convocan a los presidentes, a los grandes líderes del mundo, a los grandes académicos y profesores, filósofos, todas las personas importantes: Oscar Arias estaría allí con su gran Ego, parece que el Papa también estaría, incluso Fidel Castro, Hugo Chávez, Madonna, y por supuesto, no podría faltar, Michael Jackson que quiere prolongar su vida por 200 años más. Todo va a ser contestado en esa reunión especialísima y solemne. Todos reunidos en una plaza, frente a la casa del Sabio. Se abre la ventana. El Sabio se mueve con dificultad (¡de tanto peso que tiene el conocimiento!) Va a exponer sus últimas verdades (que serán también sus últimas palabras) y qué hace: ¡Ghrrrrrr! ¡Ghrrrrr! ¡Grrrrrr! Emite un estertor. Un gruñido. Una especie de alarido incomprensible. Momento dramático, patético al extremo. ¡Onomatopeya de la bestialidad!

Damas y caballeros: Las formas de vida son las que condicionan e influyen en los juegos del lenguaje. ¿Cuál es la forma de vida del Sabio? ¿Cuál es el contexto en el que ha construido su conciencia y conocimiento? ¿Cuál es el contexto en que ha vivido y en que ha elaborado su lenguaje, su gramática? Para ponerlo en un plano más sublunar, terrenal (ya no de Sabios, sino justamente lo contrario): ¿Cuál es contexto en que don Oscar Arias, Madona y Michael Jackson han vivido y construido su conciencia a través de los respectivos juegos del lenguaje? ¿Son ellos compatibles? ¿En qué grados?

¡Es imposible meter océanos en cabezas de alfileres! Pero si esto es así, entonces una tragi-comedia se abre antes nuestros ojos: ¿Qué queda de la comunicación entre los hombres? ¿En qué termina la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano? ¿Qué es la declaración universal de los derechos del hombre? ¿Un juego del lenguaje de alguna gente que vive precisamente de eso? Imaginemos lo siguiente: me invitan al palacio de las Naciones Unidas y me dicen “Mire, por favor, quiero que usted nos dé una pequeña charla sobre los derechos humanos”. Entonces yo les contesto: “Voy a hacer un esquemita lo más “aterrizado” posible sobre los derechos humanos” ¿Ustedes creen que estos señores van a compartir lo que ahí se diga? O si lo comparten: ¿Van a sacar las mismas *consecuencias* prácticas que yo saque?

A este respecto, recuerdo una anécdota simpática. Una vez me dijeron: “Venga y hable sobre el tema de la corrupción” y me invitaron a un X país (al parecer muy corrupto). Casi nunca voy, porque esos juegos del lenguaje de las conferencias me parecen tremendamente aburridos, pero, en este caso, se trataba de un amigo cercano; después de la conferencia, es decir después de que había explicitado lo que yo creía sobre el tema en cuestión, tuvieron que ponerme un grupo de policías atrás. ¡Eso es lo que sucede cuando usted no respeta las reglas del lenguaje implícitas en esas formas de vida! ¡Corre peligro, literalmente, de que lo maten!

Por lo tanto, las preguntas realmente fundamentales que hay que hacerse siempre, en los más heterogéneos contextos y situaciones, son las siguientes: ¿En qué nivel de esos juegos del lenguaje me muevo yo? ¿Cuáles formas de vida son las que allí asumo y cultivo? Responderse estas preguntas de manera honesta nos liberará, sin duda, de muchos malentendidos (y hasta de policías).

A partir de lo expuesto uno podría (aunque no tiene que) concluir que la comunidad humana, la convivencia social, el vivir con..., se asienta, en buena medida, en una *farsa* (al menos en el plano de la comunicación). Todo el mundo hace *como si* se estuviera entendiendo en esto y aquello. Pero al fin y al cabo, cada sector de intereses reproduce sus respectivas formas de vida (los científicos, los políticos, los académicos, los artistas, los abogados, los jueces, etc.). Este es un buen ejemplo, me refiero a los jueces: ¿Qué pasaría si los jueces cambiaran su forma (esencialmente normativista y legalista) de expresarse? Imaginemos que de pronto aparece un juez sumamente creativo, un verdadero Ionesco en el campo jurídico, el cual a mitad de la sentencia explota y dice: “Voy a escribir y a describir la situación tal cual yo la veo, más allá de lo que diga la Ley o la Doctrina”. ¿Qué pasaría?... La respuesta la libro a su imaginación.

En definitiva: Los juegos del lenguaje condicionan las formas de vida y las formas de vida condicionan nuestro comportamiento social, las reglas implícitas de protocolo y de convivencia entre las personas. Incluso la teoría marxista –vean ustedes qué curioso (bueno, no es curioso, porque Marx era un hombre que veía cosas extraordinarias)– ha llegado a una conclusión parecida, pero por otras vías. El marxismo dice, en esencia, que todas las personas tienen una *conciencia de clase* (esta es una palabra incluso más gráfica) que no les permite relacionarse abierta y humanamente con individuos que no tienen esa misma

SALAS: Laberintos de la razón práctica...

conciencia. Ustedes los podrán revolver (como gallinas en un gallinero) pero tarde o temprano terminaran picoteándose. Los juegos del lenguaje que aquí se imponen en el nivel de la conciencia, nunca podrán ser del todo, y menos si no se está consciente de ello, evadidos. Siempre van a estar presentes como trasfondo (*Background*) de las relaciones sociales y humanas en general.

Ahora bien, lo explicado (*i.e.*, las relaciones entre los juegos del lenguaje y las formas de vida) no opera de manera *mecánica* o *absoluta*. Hay que considerarlo a la luz de la *historia* de las formas de vida, pues las formas de vida son históricas y sus juegos del lenguaje, su gramática, también. No es exacto decir, pues, que yo adopto una forma de vida de manera absolutamente voluntaria (como si me pusiera una camisa o un pantalón nuevos). No. Yo me construyo históricamente como forma de vida. Al construirme históricamente, esa forma de vida se hace íntima, se encarna, se vuelve mi conciencia.

¿No implica todo esto un *determinismo*?

Puede ser. En cierta medida, aunque no del todo. ¿Se puede escapar de aquello? Y aquí surge la frase –demoledora y devastadora– del señor Wittgenstein, que es, finalmente, una imagen: La tarea nuestra (o de la filosofía), nos dice, el último gran objetivo, es: *enseñar a la mosca a salir de la botella*⁽⁵²⁾ Pero, plenamente consciente de que la mosca no saldrá jamás de esa botella. Y allí, querido público, se entiende porqué este personaje se muere a tiempo, después de haber desarrollado un universo como este y de haber llegado a unas conclusiones como estas. Lo expresado hasta aquí, de manera quizás excesivamente sintética, no se digiere de la noche a la mañana. Es un alimento para espíritus (y estómagos) fuertes. Es un pensamiento contracultural, si por “cultural” entendemos la filosofía del asno y el rebaño. El escenario que queda detrás de esto es desolador, pero a la vez liberador. Esa es la gran paradoja de todo gran pensador (“ver el amanecer –¡o el anochecer!– antes que los demás”) y Wittgenstein fue, indudablemente, un gran pensador.

(52) “Was ist dein Ziel in der Philosophie? – Der Fliege den Ausweg aus dem Fliegenglas zeigen.” [¿Cuál es tu meta en la filosofía? – Enseñarle a la mosca su salida de la botella.] en: Wittgenstein, L., *Philosophische Untersuchungen*, § 309.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 120 (41-88) setiembre-diciembre 2009

A todo esto, que es una presentación básicamente conceptual, súmenle ustedes las siguiente características de muchos seres humanos: el egoísmo implícito en diversas y variadas condiciones sociales, la vanidad y la arrogancia infinita (o casi infinita) de las personas, los múltiples e intrincados intereses materiales, la orientación natural a evitar el dolor y buscar el placer, etc., etc. Sumemos todo esto: damas y caballeros, y de allí se obtendrá la tragicómica “*provincia de los hombres*” (encerrada en una “botella” de la que no hay salida...).

CARRANZA MAXERA: Problemas graves en las costas de Costa Rica

PROBLEMAS GRAVES EN LAS COSTAS DE COSTA RICA

Lic. Elías Carranza Maxera^()*

(Recibido 06/09/08; aceptado 26/11/08)

(*) Licenciado en Derecho. Abogado de la Oficina de Asesoría Técnica y Relaciones Internacionales del Ministerio Público.
Teléfono 8399-0965 • Fax 2524-3061
e-mail: elias81cr@gmail.com

RESUMEN

El objeto del presente artículo es aportar algunas notas sobre varios de los problemas más serios que se están presentando actualmente en las zonas costeras de Costa Rica.

Palabras clave: Acceso a las Playas, Concesión, Patrimonio Natural del Estado, Plan Regulador Costero, Zona Marítimo Terrestre.

ABSTRACT

This paper depicts some issues of the most serious juridical and ecological problems presently occurring on the coastal areas of Costa Rica.

Key words: Beach access, Concession, State's Natural Patrimony, Coastal Zoning Plan, Maritime Zone.

SUMARIO

Introducción

1. Problemas que se presentan en las zonas costeras de Costa Rica
 - 1.1. Privatización de las playas
 - 1.2. El problema con el agua
 - 1.3. Favorecimientos en el otorgamiento de las concesiones
 - 1.4. Compra de tierras costeras por parte de extranjeros
 - 1.5. Otorgamiento de las concesiones a distintas personas jurídicas que están controladas por las mismas personas
 - 1.6. Usurpación del patrimonio natural del Estado y destrucción de los bosques costeros
 - 1.7. Deficiente planificación costera

Conclusiones

Bibliografía



CARRANZA MAXERA: Problemas graves en las costas de Costa Rica

INTRODUCCIÓN

Desde hace ya varios años, la gran mayoría de las zonas costeras de Costa Rica están experimentando un gran auge urbanístico que está produciendo diversos problemas sociales y ambientales, que si no son tratados con las medidas adecuadas y urgentes, producirán consecuencias negativas irreparables.

En este trabajo, se pretende enumerar varios de los problemas más graves que se presentan en esta zona, problemas que con el paso del tiempo sólo han tendido a agravarse.

1. PROBLEMAS QUE SE PRESENTAN EN LAS ZONAS COSTERAS DE COSTA RICA

Los problemas que afectan las zonas costeras de nuestro país son muchos y de muy diversa índole. A continuación se detallan varios que son sumamente serios y preocupantes:

1.1. Privatización de las playas

El artículo 20 de la Ley de la Zona Marítimo Terrestre, Ley Número 6043, dispone que la zona pública estará dedicada al uso público y en especial al libre tránsito de las personas. También afirma que las municipalidades respectivas, el Instituto Costarricense de Turismo, el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo y el Ministerio de Obras Pública y Transporte, deberán dictar y hacer cumplir las disposiciones necesarias para garantizar el libre y seguro tránsito de las personas y el uso público de esta zona.

Muy importante es el artículo 23 de la Ley 6043 en lo que respecta al derecho que tienen los ciudadanos de acceder a las playas, ya que le impone al Estado y a las Municipalidades la obligación de *“construir vías, para garantizar el acceso a la zona pública”*. Además, este mismo artículo dispone que *“se declara de interés público toda vía de acceso existente o que se origine en el planeamiento del desarrollo de la zona pública y procederá su expropiación. Pero si se trata de inmuebles que estuvieran con restricciones específicas para vías públicas a favor del Estado o sin inscribir en el Registro Público, bastará que sean declaradas de libre tránsito mediante decreto ejecutivo.”*

Revista de Ciencias Jurídicas N° 120 (89-108) setiembre-diciembre 2009

El artículo 53 de la misma ley establece distintas causas por las que las concesiones en la zona restringida pueden ser canceladas por la municipalidad respectiva, por el ICT o el Instituto de Tierras y Colonización, según corresponda. En lo que respecta a esta ponencia es importante la causal d de este artículo que dice que:

- d. Si el concesionario impidiere o estorbare el uso general de la zona pública.

El artículo 55 de la Ley de la Zona Marítimo Terrestre dispone que “extinguida una concesión por motivos imputables al concesionario, las mejoras, edificaciones e instalaciones que hubiere en la parcela quedarán a favor de la municipalidad respectiva, sin que esta deba reconocer suma alguna por aquéllas.”

Tenemos que entender que estos dos últimos artículos son herramientas muy valiosas que tienen las municipalidades para hacer respetar el uso público de las playas, debido a que si se demuestra que el concesionario impide o estorba el uso general de la zona pública, el municipio no debe reconocer a éste el valor de las edificaciones y mejoras que existieran en la parcela objeto de la concesión.

El artículo 58 de esta ley es muy particular debido a que hace una distinción que me parece antojadiza y que creo que se debería aplicar tanto a las concesiones con fines agropecuarios como a las que tienen fines turísticos:

“Las concesiones para fines agropecuarios deberán indicar el destino que se dará a los terrenos y la cabida de la parcela o lote respectivo, a cuyo efecto deberá levantarse el plano del área a concederse. Quedan sujetas a la condición de que el concesionario no podrá impedir, antes bien la facilitará, la construcción de vías de acceso a la zona pública, sin que el Estado o sus instituciones, ni las municipalidades deban reconocer suma alguna por las áreas tomadas para hacerlas.”

También el reglamento de la ley 6043 hace referencia al uso público de las playas al definirlo en su artículo 2 inciso 1 como:

“El derecho que tiene toda persona de usar y disfrutar de la zona pública en toda su extensión, sin otra limitación que la que impongan las leyes y sus reglamentos”.

CARRANZA MAXERA: Problemas graves en las costas de Costa Rica

En el artículo 9 de este mismo reglamento se dispone que en el ejercicio del derecho al uso público *“debe tenerse siempre presente el interés general, garantizándose en todo momento el acceso a la zona y el libre tránsito en ella de cualquier persona, la práctica de deportes y de actividades para el sano esparcimiento físico y mental.”*

Leyes posteriores a la 6043 también se refieren al uso público a que están destinadas las playas de nuestro país. La Ley de Incentivos Turísticos, ley número 6990 de 1985, establece en su artículo 16 que: *“Esta ley no afecta los alcances de la ley N° 6043 del 2 de marzo de 1977, en lo concerniente a la zona pública...”*

El artículo 17 de la Ley 6990 es muy interesante y poco mencionado en las sentencias de nuestros tribunales o en los dictámenes u opiniones de la Procuraduría. Esta norma hace una interpretación auténtica de la Ley 6043, al indicar que: *“Interprétase auténticamente la Ley sobre la Zona Marítimo-Terrestre, N° 6043 del 10 de marzo de 1977, en el sentido de que todas las concesiones otorgadas sobre la zona restringida, con fundamento en dicha ley, no pueden impedir el acceso del público a la zona inalienable de cincuenta metros, salvo si dicho acceso es posible por una vía destinada a ese efecto.”* Esta norma es clara por lo que tenemos que entender que en el caso de una playa que fue mal planificada al no prever un camino público para que la gente pueda acceder a ésta, los concesionarios no pueden impedir que la gente llegue a la zona pública a través de sus concesiones.

La Ley de Concesión y Operación de Marinas Turísticas, Ley número 7744 de 19 de diciembre de 1997 también se refiere al uso público de las playas. En su artículo dos párrafo tercero, establece que: *“Garantízase el derecho de toda persona a usar la zona pública y disfrutar de ella en toda su extensión, sin perjuicio de las restricciones que la Comisión interinstitucional de marinas y atracaderos turísticos establezca por razones topográficas, de seguridad o de salud de las personas.”*

El Reglamento a la Ley 7744, que es el Decreto número 27030-TUR-MINAE-S-MOPT de mayo de 1998, regula en su artículo 5 párrafo segundo que:

“Además el concesionario deberá proveer las medidas de seguridad necesarias para garantizar el libre tránsito por la zona pública.”

Revista de Ciencias Jurídicas N° 120 (89-108) setiembre-diciembre 2009

Pero a pesar de que las leyes nacionales son tan claras en cuanto al uso público de las playas, se presentan en Costa Rica problemas en el acceso a las playas. Actualmente, en distintas zonas costeras de nuestra nación, la gente común no puede del todo acceder a ciertas playas o, su acceso se le hace muy difícil.

Algunos de los problemas que se dan con el acceso a las playas son los siguientes:

- 1) En muchas zonas costeras en donde había un camino por el que la gente accedía a ésta, cuando se aprueban los planes reguladores, se han dado casos de que se suprimen estos caminos y se los pasa a otro lugar que hace más difícil el acceso para las personas.
- 2) Se hacen caminos públicos que en teoría están abiertos para todas las personas pero que en la realidad están cerrados por agujas, portones o guardas que sólo permiten que pasen determinadas personas. Ejemplo de esto es Bahía Pez Vela en Guanacaste.⁽¹⁾
- 3) Se hacen caminos públicos diseñados de una forma para que indirectamente la gente desista de ir a ese lugar. Esto es el caso de Playa Blanca en Papagayo, en donde para poder llegar a la playa hay que caminar por un trillo de más de un kilómetro y medio de bajada y en el que para retornar hay que hacerlo todo de subida, en una cuesta con una gran pendiente.⁽²⁾
- 4) Se cierran caminos públicos que por años las comunidades han utilizado para acceder a la costa y que en muchas ocasiones son los únicos que existen para llegar a ésta, por lo que se da una privatización de hecho del litoral. En la península de Osa esto es muy frecuente.⁽³⁾

(1) Luis Guillermo Miranda (2005). *El acceso a las playas*. Entrevista: San José. 24 de julio de 2005.

(2) Gira del autor de este artículo a Papagayo. 5 de septiembre del 2004.

(3) Alcides Parajeles (2005). *Caminos cerrados en el Golfo Dulce*. Entrevista: Rincón de Osa. 15 de agosto de 2005.

CARRANZA MAXERA: Problemas graves en las costas de Costa Rica

- 5) Hasta se ha dado el caso de que se prohíba a las personas en unas playas de Isla Caballo, llegar a la costa por el mar, debido a que guardas de seguridad privado lo impiden. Esto lo han contado pobladores de las Islas Venado y Caballo.⁽⁴⁾

Para todos estos problemas, la Ley 6043 tiene una excelente solución, cancelar la concesión al que impida el disfrute de la zona pública. El problema es que esta norma parece letra muerta, pero si se empezara a utilizar y se dieran sanciones ejemplarizantes en este sentido, el problema se podría empezar a solucionar.

1.2 El problema con el agua

En nuestro país, a diferencia de otros, tenemos una gran cantidad de agua dulce. Pero como se viene denunciando desde hace mucho tiempo, este recurso está seriamente amenazado por distintas razones, como son: la falta de tratamiento de las aguas servidas, la contaminación por el uso de pesticidas y agroquímicos, contaminación de mantos acuíferos, disminución del caudal de muchos ríos, entre otros muchos problemas.

La provincia de Guanacaste es la que tiene más serios problema con este líquido. En los veranos, hay una gran sequedad que produce muchos incendios forestales y pérdidas para la agricultura.

Pero aunque esta sea la zona más seca de nuestro país, esto no ha importado para que se pongan canchas de Golf en los Hoteles más lujosos o para que casi todo el que tiene una casa en la playa, si tiene buenos ingresos, tenga una piscina.

Además del gran desperdicio de este preciado líquido en actividades que no son vitales, como sería el abastecimiento de poblaciones, desde hace algunos años se viene dando una gran disputa entre los vecinos de estos lugares con el sector turístico y de bienes raíces. Ejemplos de estas disputas las tenemos en Conchal, Papagayo y más recientemente en Sardinal de Carrillo.

(4) Entrevista del autor a pobladores de Isla Venado (2005). Gira por la isla. 30 de agosto de 2008.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 120 (89-108) setiembre-diciembre 2009

Guanacaste es una provincia muy pobre pero con grandes riquezas. Tenemos comunidades en las que el gobierno no invierte lo suficiente en la infraestructura que necesitan, pero por otro lado Instituciones como el A y A y el SENARA presentan iniciativas como el “*Proyecto Conducción de Agua para los sectores Nimboyores y Papagayo*”.

En este se pretende invertir 25 millones de dólares para llevar 500 litros por segundo para riego en la zona Nimboyores-Conchal y otros 500 litros por segundo para riego en Papagayo.⁽⁵⁾

Ante este tipo de proyectos surgen preguntas de ¿quién serán los beneficiados? o ¿si será sostenible? En este tema creo que se deben ver cuáles son las prioridades, y garantizar como una prioridad el derecho al agua para satisfacer las necesidades básicas humanas.

1.3. Favorecimientos en el otorgamiento de las concesiones

El área del Proyecto Turístico del Golfo de Papagayo abarca un área que mide casi 2000 hectáreas. El grupo Ecodesarrollo Papagayo “*es el concesionario que más hectáreas posee en la zona marítimo terrestre de todo el país.*”⁽⁶⁾

Lo anterior no necesariamente significa que hay algo ilegal en que les hayan dado una concesión, pero lo que parece un abuso es que a cualquier persona, sea física o jurídica, se le entreguen en concesión porciones tan grandes de terreno.

Por otra parte, en los medios periodísticos de nuestro país se informó de las concesiones que se le habían otorgado al señor Rubén Pacheco Lutz, ex Asesor Presidencial en Turismo, quien también fue

(5) Gadi Amit (2004). *Invertir en Desarrollo. ¿Para quién?* Confraternidad en Acción, número 9, página 4, en igual sentido ver el Periódico *La Nación*, del 26 de septiembre del 2004, *Pulso en Guanacaste por suministro de agua*.

(6) Periódico *El Financiero*, Informe Especial, *Muchas Concesiones, pocos proyectos*, del 14-20 de marzo del 2005, N° 505, página 14.

CARRANZA MAXERA: Problemas graves en las costas de Costa Rica

Ministro de Turismo de nuestro país y quién es primo del ex presidente de la República, Abel Pacheco de la Espriella.⁽⁷⁾

Estos son sólo dos casos, pero que reflejan el gran desorden que se está dando con este tema en todas las zonas costeras del país. Hay que hacer mención que el Estado, a través de sus distintas instituciones, no puede promover que grandes extensiones de tierra sean otorgados a pocas personas, sino que su deber es repartir la riqueza entre todas las personas.

1.4. Compra de tierras costeras por parte de extranjeros

Ordena la ley 6043 (en su artículo 47) que **no se otorgarán concesiones a:**

- “a. A extranjeros que no hayan residido en el país por lo menos durante cinco años;***
- b. A sociedades anónimas con acciones al portador;*
- c. A sociedades o entidades domiciliadas en el exterior;*
- cb. A entidades constituidas en el país por extranjeros; y*
- d. A entidades cuyas acciones o cuotas o capital, correspondan en más de cincuenta por ciento a extranjeros.”*

En el artículo 57 de este mismo cuerpo normativo se ordena en el inciso d) que ninguna persona junto con su cónyuge e hijos menores, podrá tener más de una concesión.

Las dos normas anteriormente citadas han sido violadas en muchos casos debido a que ni las municipalidades ni el ICT han podido o han querido establecer un buen registro de las concesiones que otorgan.

(7) En este sentido, ver el Periódico *La Nación* del Lunes 30 de mayo, páginas 4-6, martes 31 de mayo, páginas 3-5 y miércoles 1 de junio, páginas 3-5, todos del 2005.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 120 (89-108) setiembre-diciembre 2009

Los administradores de las costas carecen de sistemas informáticos para los expedientes y las búsquedas de información deben hacerse manualmente. Esto ha influido en que algunos casos personas físicas tengan en su nombre más de una concesión o que se otorguen a sociedades controladas por extranjeros, aunque ambos hechos están prohibidos por la ley, o que existan personas y empresarios con obras construidas en la ZMT sin tener el derecho.

Distintas investigaciones, la más reciente del periódico nacional el Financiero, señalan un hecho innegable, que los extranjeros dominan las concesiones costeras. Estos extranjeros, cuyo principal país de origen es Estados Unidos, aparecen como socios o directivos de las sociedades anónimas concesionarias.

Exactamente, ocho de cada diez concesiones otorgadas en la Zona Marítimo Terrestre tienen participación de capital o administrativa de personas extranjeras.

Esto es alarmante y debe hacerse algo urgentemente, porque se dan muchas situaciones en las que por un lado a muchos nacionales no se les otorga la concesión si la solicitan, o en otros casos, si no tienen ésta y son pobladores, ocupantes u ocupantes ilegales, son reubicados si aparece una persona que hace un plan regulador y le otorgan toda la playa en concesión, pero para combatir el fenómeno de que la gran mayoría de los dueños son extranjeros no se toma ninguna acción.

1.5. Otorgamiento de las concesiones a distintas personas jurídicas que están controladas por las mismas personas

Otro gran problema que se está dando es que se otorgan concesiones a distintas personas jurídicas que están controladas por las mismas personas. Esto se ha utilizado para violar la ley, por lo que tenemos casos como el de Playa Pará en Manuel Antonio, en el que dos extranjeros, a través de más de 20 sociedades anónimas distintas, lograron la aprobación de un Plan Regulador Costero, con el consentimiento de la Municipalidad de Aguirre, del Instituto Costarricense de Turismo y del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo. También es el caso de Playa Zapotillal y Nombre de Jesús, en Santa Cruz, Guanacaste.

Se debe entender que hay que tratar de evitar una concentración de terrenos estatales entre pocas personas, procurando repartir

CARRANZA MAXERA: Problemas graves en las costas de Costa Rica

adecuadamente las posibilidades de uso y disfrute de estos bienes entre el mayor número de personas posible, de manera que se beneficie a toda la comunidad.

Sobre el tema de las personas jurídicas que tienen más de una concesión, la PGR se pronunció en el Dictamen 157-2001.

“El fin público que se persigue, que es el de reparto de la riqueza y beneficio de todos, faculta a los municipios a denegar solicitudes de concesiones cuando el solicitante, sea incluso una persona jurídica, ostente con anterioridad una concesión.”⁽⁸⁾

Es claro que el artículo 57, inciso e) de la Ley 6043 prohíbe el otorgamiento de más de una concesión a una persona física. *“Pero lo anterior no impide que la Administración, en uso de sus potestades discrecionales, pueda denegar una solicitud a personas jurídicas, a sus participantes o socios, previa verificación, cuando se encuentran en la misma situación prevista por ese numeral para las personas físicas.”⁽⁹⁾*

A criterio de la Procuraduría, igual criterio podrá seguirse en aquellas áreas declaradas como no turísticas, tanto para personas físicas como jurídicas, con el fin de evitar concentraciones de terrenos en manos de unos pocos.

Lleva la razón el abogado del Estado en este dictamen, porque si seguimos el criterio de que esto sólo aplica para las personas físicas, la ley 6043 es totalmente fácil de burlar. Al seguir esta interpretación del artículo 57, se logra el fin de la norma que es evitar la concentración de las concesiones en pocas manos. Es una lástima que este criterio no se está siguiendo en el país, por lo que creo que una reforma legal en este sentido es urgente.

(8) Procuraduría General de la República, Dictamen Número 157-2001, del 29 de mayo del 2001.

(9) Procuraduría General de la República, Dictamen Número 157-2001, del 29 de mayo del 2001.

1.6. Usurpación del patrimonio natural del Estado y destrucción de los bosques costeros

El artículo 73 de la Ley de la Zona Marítimo Terrestre señala que ésta “*no se aplica a las zonas marítimo terrestres, incluidas en los parques nacionales y reservas equivalentes, las cuales se registrarán por la legislación respectiva.*”

Por su parte, el artículo 13 de la Ley 7575 establece que el “*patrimonio natural del Estado estará constituido por los bosques y terrenos forestales de las reservas nacionales, **de las áreas declaradas inalienables...***”. Continúa este artículo diciendo que el MINAET administrará el patrimonio natural.

Los bosques de la zona marítimo terrestre están incluidos en el patrimonio natural al ser bienes de dominio público, que son bienes inalienables, inembargables e imprescriptibles.

Nuestra Sala Constitucional, en diversos fallos ha señalado que estos bosques pertenecen a este patrimonio:

“*El Patrimonio Natural del Estado es aplicable a todos los bienes nacionales donde hayan recursos naturales forestales*”⁽¹⁰⁾, por lo que tenemos que entender que este concepto incluye los parques nacionales, reservas biológicas, reservas absolutas, refugios de vida silvestre, reservas forestales, zonas protectoras, humedales, entre otros.

“*Pero hay que recalcar que los bosques y terrenos forestales ubicados en la zona marítimo terrestre, dentro de las áreas inalienables, de titularidad estatal, constituyen bienes integrantes del Patrimonio Natural del Estado, en virtud de la afectación inmediata, sin concurrencia de la Administración, que hace la Ley Forestal (arts.13 y 14), e invalida los actos administrativos de enajenación o aplicación a otros usos*”.⁽¹¹⁾

(10) Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto Número: 4587-97.

(11) Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto Número: 3789-92.

CARRANZA MAXERA: Problemas graves en las costas de Costa Rica

También la Procuraduría General de la República en diversos dictámenes y opiniones jurídicas ha tenido la misma posición que la Sala Constitucional sobre este tema.

La Ley Forestal opera un cambio de destino, usos o aprovechamiento, traslado de competencia para la administración, planificación, conservación y protección de los bienes en donde hay recursos forestales. Es por esta razón que las Municipalidades están inhibidas para otorgar concesiones sobre los bosques o terrenos forestales de la zona marítimo terrestre que integran el Patrimonio Natural del Estado y no administran.

El Patrimonio Natural del Estado es de dominio público; su conservación y administración están confiadas por ley al Ministerio de Ambiente y Energía, a través del Sistema Nacional de Áreas de Conservación (Ley Forestal, arts. 6 inc. a y 13 pfo.2º, y 14; Ley Orgánica del Ambiente, artículo 32, pfo. 2º).

Pero a pesar de que los bosques públicos están destinados a la conservación y de que su administración está conferida al MINAE, en diversos casos se ha denunciado que las municipalidades costeras aprueban planes reguladores costeros y aprueban las correspondientes concesiones, en terrenos que constituyen patrimonio natural del Estado. Es el caso de Zapotillal, Nombre de Jesús y Punta Castilla en Guanacaste y Playa Pará y Punta Ventanas en Puntarenas, entre otros casos.

1.7. Deficiente planificación costera

En general podemos definir el plan regulador costero como *“el instrumento legal y técnico para el desarrollo económico, social y ambiental equilibrado en la zona marítimo terrestre, y áreas adyacentes cuando así lo implique”*⁽¹²⁾.

Según la ley 6043, no se pueden otorgar concesiones ni autorizar construcciones ni remodelaciones en la Zona Marítimo Terrestre hasta

(12) Proyecto de Reglamento para la elaboración de planes reguladores en los litorales marítimos. Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, 1993, p.10, citado por la Procuraduría General de la República, Dictamen N° 100-95.

tanto no se apruebe el plan regulador. Pero como ha señalado la Contraloría General de la República, en un informe sobre la superior vigilancia que corresponde realizar al ICT en la ZMT, del total de la ZMT bajo la jurisdicción de las municipalidades, el porcentaje que cuenta con planes reguladores es mínimo. Esto incide en que no se logre un desarrollo ordenado y planificado de esta zona.⁽¹³⁾

También detectó la Contraloría que se otorgan concesiones en terrenos que invaden áreas, que según los planes reguladores costeros, están destinadas al uso público como parqueos, calles públicas, áreas de camping; en estos terrenos existen construcciones permanentes que impiden el adecuado uso de los terrenos para lo que se tenía originalmente previsto.⁽¹⁴⁾

Otro de los problemas de los planes reguladores es *“el irrespeto que las instancias políticas municipal y nacional tienen hacia ellos, muchas veces en aras de complacer apetencias de los variados grupos de presión –tanto económicos como sociales–, a lo que se añade que la planificación urbana no ha sido, ni hay expectativas de que lo sea, una prioridad del gobierno central.”*⁽¹⁵⁾

Parte del fracaso, o de los problemas, de los planes reguladores se debe a la idiosincrasia del costarricense, sobre todo en aspectos de participación comunal. *“La escasa presencia de los ciudadanos en audiencias públicas a las que se ha convocado insistentemente es notable –a algunas ni siquiera han llegado los regidores y síndicos municipales.”*⁽¹⁶⁾ La falta de participación ciudadana ha hecho que algunos planes reguladores lleven únicamente los aportes del grupo de profesionales que lo propuso y que no expresen las verdaderas aspiraciones de la población, la cual se ve obligada a aceptar lo que se podría calificar como imposiciones contenidas en el plan.

(13) Contraloría General de la República; Informe No. DFOE-AM-42/2004; 14 de Diciembre del 2004; página 9.

(14) Contraloría General de la República; Informe No. DFOE-AM-42/2004; 14 de Diciembre del 2004, página 10.

(15) Ambientico (1999).
<<http://www.una.ac.cr/ambi/Ambien-Tico/99/mora.htm>> Consulta 4 de junio. *Deficiencias de los Planes Reguladores*.

(16) Ambientico (1999).
<<http://www.una.ac.cr/ambi/Ambien-Tico/99/mora.htm>> Consulta 4 de junio. *Deficiencias de los Planes Reguladores*.

CARRANZA MAXERA: Problemas graves en las costas de Costa Rica

También es un gran problema que los planes reguladores están hechos a la medida del inversionista, debido a que son estos los que pagan para que los elaboren, porque los municipios no tienen los recursos. Para corregir esto, sería importante dotar de más recursos al INVU, ICT o a las municipalidades, para que pudieran ser ellas mismas las que hicieran estos planes, y así se podría tutelar mejor los intereses de las comunidades afectadas.

Los planes tampoco han cumplido a cabalidad con los contenidos que obligatoriamente le impone la Ley de Planificación Urbana en sus artículos 16 y 20; ya que hay ausencia de elementos tendientes a lograr –entre otros– **la reserva de suficiente espacio para futuros usos públicos** y se carece de estudios sobre circulación y vialidad. En este sentido, sería muy importante que las municipalidades tuvieran más visión y no entregaran todas las costas en concesión, sino que deberían guardar grandes extensiones de ésta para crear parques públicos, con sus respectivas áreas para acampar, parqueos, baños, electricidad, agua, etc... y así se garantizarían que las playas van a seguir siendo para el uso de todos y que se proteja la naturaleza.

Hay que darse cuenta que la naturaleza que hay en los litorales no puede soportar el gran desarrollo turístico al que se están viendo sometidas. Si seguimos en este camino, sólo vamos a encontrar bosque en las playas que son áreas protegidas oficialmente declaradas. Hay un acuerdo muy interesante que tomó la Municipalidad de Liberia en este sentido, que consistió en *“aprobar el uso y disfrute de la zona restringida de playa Cabuyal, como uso público, no aprobando concesiones ni tramitando solicitudes de concesiones a particulares, reservándose su uso como municipal, en atención al interés comunal y a la protección de los recursos naturales...”*⁽¹⁷⁾.

CONCLUSIONES

Las zonas costeras de Costa Rica están sufriendo gran cantidad de problemas que amenazan gravemente los recursos naturales presentes en ellas, problemas que se han incrementado enormemente con el gran auge turístico e inmobiliario que se está desarrollando en éstas zonas del territorio costarricense.

(17) Diario Anexión. *Regidores liberianos quieren que playa sea del pueblo*, febrero 2005, página 7.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 120 (89-108) setiembre-diciembre 2009

Entre los problemas más graves que se están dando en estos terrenos podemos citar los siguientes: problemas con el acceso a las playas, el problema con el agua, favorecimientos en el otorgamiento de las concesiones, compra de tierras costeras por parte de extranjeros, otorgamiento de las concesiones a distintas personas jurídicas que están controladas por las mismas personas, usurpación del patrimonio natural del Estado, destrucción de los bosques costeros y una deficiente planificación costera.

Los problemas que se han detallado requieren tomar acciones urgentes por parte del Estado para detener su avance y para intentar reparar en alguna medida el gran daño que ya se ha producido. Lastimosamente, por parte de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, que deberían tener un interés primordial en solucionar estos problemas, no se han propuesto ninguna iniciativa para solucionar estos problemas, sino que más bien se promueven reformas legales que sólo van a agravar estos problemas (como la reforma a la Ley de Marinas o el Plan Regulador para el Área Chorotega).

BIBLIOGRAFÍA

Jurisprudencia

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto Número: 3789-1992 del 27 de noviembre de 1992.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto Número: 4587-1997 del 5 de agosto de 1997.

Pronunciamientos de la Procuraduría General de la República

Procuraduría General de la República, Dictamen Número: C-100-1995, del 10 de mayo de 1995.

Procuraduría General de la República, Dictamen Número: 157-2001, del 29 de mayo del 2001.

Informes de la Contraloría General de la República

Contraloría General de la República; Informe No. DFOE-AM-42/2004; 14 de Diciembre del 2004.

CARRANZA MAXERA: Problemas graves en las costas de Costa Rica

Publicaciones Periódicas

Francisco Mora. *Deficiencias y Escollos de los Planes Reguladores*. **Revista Ambientalico**, 2001, número 99. <http://www.una.ac.cr/ambi/Ambien-Tico/99/mora.htm>.

Diario Anexión. *Regidores liberianos quieren que playa sea del pueblo*, febrero 2005, página 7.

Gadi Amit. *Invertir en Desarrollo. ¿Para quién?* Confraternidad en Acción, 2004, número 9, página 4.

Edgar Delgado Montoya. *Extranjeros dominan concesiones costeras*. Periódico *El Financiero*, Informe Especial, del 14-20 de marzo del 2005, N° 505.

Ángela Ávalos y Oliver Pérez. *Pulso en Guanacaste por suministro de agua*. Periódico *La Nación*, del 26 de septiembre del 2004.

Carlos A. Villalobos y Eduardo Alvarado. *Cónsul nombrado por Pacheco pretende concesión en Papagayo*. Periódico *La Nación*, del lunes 30 de mayo del 2005, páginas 4-6.

Eduardo E. Alvarado. *Concesión a exministro se tramitó contra criterio técnico*. Periódico *La Nación*, del Martes 31 de mayo, páginas 3-5.

Eduardo E. Alvarado. *Entrevista: Rubén Pacheco Lutz*. Periódico *La Nación*, del miércoles 1 de junio del 2005, páginas 3-5.



ROMERO PÉREZ: Las compras verdes. Enfoque ambiental en la contratación pública

LAS COMPRAS VERDES. ENFOQUE AMBIENTAL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez^(*)
Catedrático de Derecho Administrativo
y de Contratación Pública

(Recibido 17/09/08; aceptado 26/11/08)

(*) Director Instituto de Investigaciones Jurídicas. Facultad de Derecho.
Universidad de Costa Rica.
e-mail: jorgerp@hotmail.com; jorgerp9@yahoo.com; jorgerp10@gmail.com
Telfax 506-2250-1160; 506-2259-4844
P.O. Box 1264 Y Griega 1011, San José Costa Rica

RESUMEN

En la contratación pública, estatal, administrativa se incorpora el enfoque ambiental para los efectos de que el Estado cumpla con su deber de proteger la naturaleza, siendo un consumidor de bienes y servicios destinados a su función pública, teniendo presente los parámetros ambientales. Por ello es que se ha divulgado este enfoque como las compras o adquisiciones verdes de parte de la Administración pública.

Palabras clave: Estado, adquisiciones, ambiente, legalidad, pliego de condiciones.

ABSTRACT

In public, state and administrative contracting, the environmental approach is incorporated for the State to fulfill its duty of protecting nature, being a consumer of goods and services destined to its public function, and keeping in mind the environmental bounds. This is why this approach has been spread out as green purchases or acquisitions by the Public Administration.

Key words: State, acquisitions, environment, legality, bid specifications.

SUMARIO

Introducción

1. Definiciones de: a) compras públicas verdes y b) de compras públicas sustentables
2. Aspectos ambientales y compras públicas verdes
3. Elementos que se deben considerar para estimar las compras como “verdes”
4. Referencias a las compras públicas verdes en la normativa de Costa Rica
5. Jurisprudencia de la Contraloría General de la República
6. Manual para la puesta en ejecución del programa de compras verdes en el sector público de Costa Rica
7. Beneficios al poner en ejecución las compras verdes en el sector público
8. Metodología de implementación de compras públicas verdes
9. Algunas referencias sobre experiencias de *compras verdes* fuera de Costa Rica

Conclusión

Bibliografía



ROMERO PÉREZ: Las compras verdes. Enfoque ambiental en la contratación pública

INTRODUCCIÓN

La Fundación Centro de Gestión Tecnológica e Informática Industrial, CEGESTI, ha propuesto lo que ha bautizado como el *Manual para la implementación de compras verdes en el sector público de Costa Rica*. La preocupación de la protección al ambiente se une con la temática de la contratación administrativa, con el fin de colaborar con las políticas del llamado desarrollo sustentable o sostenible.

El poder de compra de la Administración Pública en nuestro país se calcula en el proyecto de presupuesto de gastos de bienes y servicios del Estado costarricense fue de 3.470.449 millones de colones, en el año 2008.

La forma de calificar esta negociación podría ser: las compras verdes en el sector público o la contratación pública verde.

Precisamente, la *Ley de administración financiera de la República*, No. 8131 del 2001, en su artículo 99, inciso f) manda que la Dirección general de administración de bienes y contratación administrativa, será el órgano rector del Sistema de administración de bienes y contratación; por lo tanto, le corresponderá desarrollar investigaciones tendientes a confirmar los estándares de calidad; asimismo, promover técnicas que reduzcan los costos, mejoren los procedimientos *y protejan el medio ambiente*.

Este es un mandato legal que desarrolla a norma constitucional 50, párrafo segundo que ordena que *toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado*.

El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones.

En los pliegos de condiciones o de bases o carteles de las compras o adquisiciones públicas, se pueden establecen cláusulas, condiciones o requisitos de carácter ambiental (protección ambiental o de carácter sustentable) acordes con el mandato citado constitucional.

1. DEFINICIONES

a) *Compras públicas verdes*

Se entiende por compra verde la adquisición de productos o servicios verdes, tomando en cuenta no sólo los aspectos económicos o técnicos de lo adquirido, sino además el comportamiento o impacto ambiental que ellos tienen.

La expresión *compras verdes* equivale a realizar compras de manera inteligente, comprar productos que ayuden a conservar los recursos naturales, ahorren energía y eviten el desperdicio. Estas compras implican aprender sobre todas las maneras en las que un producto puede afectar al medio ambiente durante su ciclo de vida: los materiales que se usaron para su fabricación, la manera como se usan, que se hace con él cuando terminamos de usarlo; todo para que podamos hacer elecciones inteligentes (Miranda, p. 4, 2008).

Compra verde implica que las personas cuando adquieren bienes o servicios toman en cuenta criterios ambientales para tomar su decisión final, por ejemplo comprar papel que en su manufactura se hayan utilizado materiales reciclables.

El citado *Manual* define la compra verde como aquella contratación en la cual se han contemplado requisitos ambientales relacionados con una o varias de las etapas del ciclo de vida del producto por comprar.

b) *Compras públicas sustentables*

Proceso que siguen las organizaciones públicas para satisfacer sus necesidades de bienes, servicios, trabajo e insumos de manera que obtengan valor por su dinero sobre la base del ciclo de vida, con la finalidad de generar beneficios para la institución, para la sociedad y la economía, al tiempo que se minimiza el impacto sobre el medio ambiente (Cabrera; y, Marras, *compras públicas...*).

En el *Informe Brundtland*, conocido como *Nuestro futuro común*, de 1987, fruto de la Comisión de las Naciones Unidas dirigida por la médica noruega Gro Harlem Brundtland (1939-), incluyó el concepto de *desarrollo sustentable* o *sostenible*, como aquel que

ROMERO PÉREZ: Las compras verdes. Enfoque ambiental en la contratación pública

satisface las necesidades del presente sin comprometer las necesidades de las futuras generaciones.

En 1992, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre medio ambiente y desarrollo, la Declaración de Río de Janeiro, Brasil, de 1992, en los principios 3 y 4, respectivamente se afirmó que *el derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras; y, a fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada.*

En esta conferencia se consideró que el *desarrollo sostenible* debía contener tres pilares: el progreso económico, la justicia social y la preservación del medio ambiente.

Es decir, el desarrollo económico y social ; y la protección del ambiente. Con ello se amplió la cobertura de este desarrollo sostenible, en su versión del *Informe Brundtland*.

Por su parte, la *Declaración de Johannesburgo del 2002*, en su punto 5 afirmó que *asumimos la responsabilidad colectiva de promover y fortalecer, en los planos local, nacional, regional y mundial, el desarrollo económico, el desarrollo social y la protección ambiental, pilares interdependientes y sinérgicos del desarrollo sostenible.*

Por esta razón, el desarrollo sostenible, sustentable o durable es más amplio que el concepto de *compra verde*, que se refiere al aspecto ambiental.

Compras públicas verdes: énfasis en la aplicación de criterios ambientales a las adquisiciones del Estado.

Compras públicas sustentables: énfasis en los criterios de desarrollo económico, social y ambiental, en las adquisiciones del Estado.

En este estudio nos referiremos a las *compras públicas verdes* en el contexto de la contratación administrativa o la incorporación de criterios o especificaciones técnico-ambientales en las compras públicas (Moreno, 2006, pp. 397 a 400).

Revista de Ciencias Jurídicas N° 120 (109-140) setiembre-diciembre 2009

Hacemos la observación de que Costa Rica, en la *Fuerza de Tarea de Marrakech, liderada por Suiza (Marrakech Task Force)*, forma parte de un plan piloto formado por cuatro países más: Ghana, Túnez, Mauritius y México en este tema de las *compras públicas sustentables* (Cabrera; y, Marras, *Proceso de Marrakech...*).

Tanto las *compras públicas verdes* como las *compras públicas sustentables* pueden ser puestas en ejecución en nuestro país, de acuerdo con el mandato constitucional del artículo 50, párrafos segundo y tercero (en cuanto a las *compras públicas verdes*); y, por lo que atañe a las *compras públicas sustentables*, se amparan en el mismo numeral, párrafo primero:

Artículo constitucional 50: *El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.*

Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado.

El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes.

2) ASPECTOS AMBIENTALES Y COMPRAS PÚBLICAS VERDES

Los aspectos ambientales se pueden referir a los materiales y productos usados o adquiridos, los métodos y procedimientos en la ejecución de los contratos y el comportamiento ambiental de los oferentes, contratistas y fabricantes.

3) ELEMENTOS QUE SE DEBE CONSIDERAR PARA ESTIMAR LAS COMPRAS COMO “VERDES”

- Reducción de emisiones al aire y agua
- Exclusión o limitación de sustancias químicas nocivas

ROMERO PÉREZ: Las compras verdes. Enfoque ambiental en la contratación pública

- Uso de materiales reciclados
- Garantizar la duración, reparabilidad y piezas de recambio
- Garantizar la separación de materiales y su reciclabilidad
Se deben comprar productos duraderos, en lugar de desechables.
- Evitar los empaquetados excesivos (www.una.ucr.ac.cr/redibec-cisda/ponencias/comercio/sylvia.pdf).

4) REFERENCIAS A LAS COMPRAS PÚBLICAS VERDES EN LA NORMATIVA DE COSTA RICA

En la normativa legal vigente en nuestro país se encuentra una referencia a contrataciones de obra pública y su impacto en el medio ambiente, como un primer acercamiento al tema de la contratación administrativa y su incidencia en el ambiente:

Ley de Contratación Administrativa, en su artículo 59:

“El inicio del procedimiento de contratación de una obra pública siempre estará precedido, además de los requisitos establecidos en esta Ley y sus reglamentos, por un estudio de impacto ambiental que defina los efectos de la obra. Los proyectos incluirán las previsiones necesarias para preservar o restaurar las condiciones ambientales, cuando puedan deteriorarse”.

Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, artículo 148:

“Los órganos y entidades competentes en la materia deberán participar en resguardo del medio ambiente en general o del impacto ambiental de la obra en particular, en todos aquellos procedimientos que procuren preservar o restaurar las condiciones ambientales afectadas por dicha obra”.

Dentro del ordenamiento jurídico de nuestro país hay referencias al tema de las compras que sean amigables con el ambiente, como se observa en el siguiente cuadro:

Ejemplos de normativa costarricense relacionada con el proceso de contratación

<p>Constitución Política de la República de Costa Rica</p>	<ul style="list-style-type: none"> • “Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a un trato equitativo” (artículo 46). • “Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado” (artículo 50).
<p>Ley Orgánica del Ambiente, Ley N.º 7554 del 4 de octubre de 1995</p>	<ul style="list-style-type: none"> • “Quien contamine el ambiente o le ocasione daño será responsable conforme lo establezcan las leyes de la República y los convenios internacionales vigentes” (artículo 2, inciso d). “El Estado adoptará las medidas que sean necesarias para prevenir o corregir la contaminación ambiental” (artículo 59).
<p>Ley General de Salud, Ley N.º 5395 del 30 de octubre de 1973</p>	<ul style="list-style-type: none"> • “Todos los desechos sólidos que provengan de las actividades corrientes personales, familiares o de la comunidad y de operaciones agrícolas, ganaderas, industriales o comerciales, deberán ser separados, recolectados, acumulados, utilizados cuando proceda y sujetos a tratamiento o dispuestos finalmente, por las personas responsables a fin de evitar o disminuir en lo posible la contaminación del aire, del suelo o de las aguas” (artículo 278).

En la recién aprobada Ley N°8660 del 2008 (alcance 31 a la Gaceta 156 del 13 de agosto del 2008; la Imprenta Nacional sólo imprimió una cantidad reducida de folletos con esta ley; pero, propiamente en ese alcance citado no salió publicada, <http://histórico.gaceta.go.cr>, accesado 23 de junio del 2009) “**Fortalecimiento y Modernización de las entidades públicas del Sector Telecomunicaciones**, en su artículo 12 se hace referencia a las compras verdes y se indica lo siguiente:

“Autorízase al ICE y sus empresas, para que promuevan la compra y utilización de materiales reutilizables, reciclables, biodegradables y valorizables,

ROMERO PÉREZ: Las compras verdes. Enfoque ambiental en la contratación pública

así como de productos fabricados con material reciclado bajo procesos ambientalmente amigables, que cumplan las especificaciones técnicas requeridas por la Administración Pública.

Para ello, en la valoración de las licitaciones y compras directas, deberán dar un veinte por ciento (20%) adicional a los oferentes que, en igualdad de condiciones, demuestren que los productos ofrecidos, incorporan los criterios de la gestión integral de residuos, así como la gestión del residuo, una vez terminada su vida útil.

La Proveeduría de la Institución deberá incluir, en los carteles de licitación o de compra directa, criterios ambientales y de ciclo de vida de los productos, para evaluar las licitaciones de conformidad con los criterios establecidos en el Reglamento de esta Ley”.

Al respecto amerita una serie de valoraciones con respecto a lo indicado en el anterior artículo de esta ley, en primer lugar nos dice que se promueva a través de las contrataciones la adquisición de bienes y servicios ambientalmente amigables, siempre que cumplan con las especificaciones técnicas requeridas por la Administración Pública, al ser un tema relativamente nuevo en el país, del cual no se tiene mayores referencias al menos en compras de grandes volúmenes a nivel estatal, no se tienen establecidos parámetros o estándares de cómo se deben realizar estas compras en Costa Rica, no se cuenta con un estimado de cuantas empresas a nivel local entrarían en la categoría de ser “empresas ambientalmente amigables”, ni tampoco si en la realidad del mercado en la que nos encontramos se pueda presentar realmente una libre participación de las empresas, que produzca precios razonables para esta serie de bienes y servicios, y no nos veamos expuestos a condiciones de mercado casi monopolísticas, que no permitan competir en igualdad de condiciones, tanto a pequeñas, medianas y grandes empresas locales y extranjeras. En segundo lugar nos habla que en la valoración de las licitaciones y compras directas, se otorgue un 20% adicional a los oferentes, que demuestren que en sus productos incorporan criterios de gestión integral de residuos, el problema es que no ofrece ninguna luz adicional al respecto sobre el tema, no se indica bajo qué criterio técnico se estableció ese 20% y más

aún porque el porcentaje se estableció en ese valor en particular, hay que resaltar también el carácter imperativo de aplicar este porcentaje adicional, con el agravante que esos criterios de gestión integral de residuos ni siquiera se mencionan o se hace referencia al ente que podría certificar la condición de cumplir con los criterios que se requieren para cumplir con dicho fin. Finalmente se indica que en los carteles de licitación o compra directa, se deben incluir criterios ambientales y de ciclo de vida de los productos, *para evaluar las licitaciones*, de conformidad con el Reglamento de esta Ley, en este caso también se evidencia la falta de indicación expresa de cuáles son los criterios ambientales y de ciclo de vida de los productos y que ente u organismo define cuales parámetros se utilizan, para determinar con exactitud esos criterios ambientales y de ciclo de vida de los bienes a adquirir (Miranda, cit., p. 6 a 8).

Proyecto de ley para la gestión integral de residuos, expediente No. 15897:

Artículo 30.–Compras del Estado:

Se autoriza a Instituciones de la Administración Pública, Empresas Públicas y Municipalidades a promover la compra y utilización de materiales reutilizables, reciclables, biodegradables y valorizables, así como de productos fabricados con material reciclado bajo procesos ambientalmente amigables que cumplan las especificaciones técnicas requeridas por la Administración Pública.

Para ello, en la valoración de las licitaciones y compras directas, deberán dar un 20 por ciento adicional a los oferentes, que en igualdad de condiciones, demuestren que los productos ofrecidos, incorporan criterios de la gestión integral de residuos, así como la gestión del residuo una vez terminada su vida útil.

Tanto la Proveduría Nacional como las provedurías de las instituciones de la Administración Pública, Empresas Públicas y Municipalidades deberán incluir en los carteles de licitación o de compra directa criterios ambientales y de ciclo de vida de los productos para evaluar las licitaciones de conformidad con los criterios establecidos en el reglamento a esta Ley.

Decreto ejecutivo 35242- 2009, reglamento para el desarrollo, promoción y fomento de la actividad agropecuaria orgánica (La Gaceta 107 del 4 de junio del 2009):

ROMERO PÉREZ: Las compras verdes. Enfoque ambiental en la contratación pública

Artículo 9º–Elaboración de los Planes Operativos:

Aplicando la metodología de extensión participativa con enfoque de agrocadena, anualmente el Especialista Regional y los Agentes de Servicios Agropecuarios en coordinación con las organizaciones regionales de productores orgánicos, determinarán las acciones prioritarias para el desarrollo de la agricultura orgánica en los ámbitos locales y regionales. Sobre la base de dichas prioridades, el Departamento de Fomento de Producción Agropecuaria Orgánica y la Gerencia del PNAO, gestionarán los apoyos necesarios. Sobre la base de los planes operativos para el desarrollo, fomento y promoción de la producción orgánica que se originen en cada una de las regiones, el DFPAO elaborará el plan operativo y su respectivo presupuesto.

Artículo 10.–Funciones específicas del DFPAO:

El Departamento de Fomento a la Producción Agropecuaria Orgánica, DFPAO, articulará esfuerzos para:

Generar mecanismos con las instituciones públicas para que las mismas, por medio de sus diferentes órganos especializados, generen la apertura institucional para desarrollar acciones concretas a los procesos productivos e industriales acordes con las condiciones y ventajas de la producción agropecuaria orgánica, con el fin de cumplir la normativa relacionada con el cuidado de la salud, el ambiente, la generación de trabajo y mejora de la competitividad.

Decreto ejecutivo 33889 del 2007, Reglamento para la elaboración de planes de gestión ambiental en el sector público de Costa Rica (La Gaceta 160 del 22 de agosto del 2007):

Considerando:

1º–Que la Constitución Política establece el deber de tutela del ambiente a cargo del Estado.

2º–Que el Planeta es un ecosistema de cuyos equilibrios ecológicos depende la vida de todas las especies, incluyendo la misma especie humana, siendo Costa Rica, junto con todos los otros países del mundo, parte interdependiente de este único ecosistema planetario.

3º–Que para satisfacer las necesidades del presente sin comprometer la posibilidad de las futuras generaciones de satisfacer las

Revista de Ciencias Jurídicas N° 120 (109-140) setiembre-diciembre 2009

suyas, Costa Rica ha venido enrumbándose hacia la adopción de un modelo de desarrollo ecológica, social y económicamente sostenible, conforme con los compromisos y anhelos de la comunidad internacional.

Artículo 1°—Párrafo segundo: Los Planes de Gestión Ambiental se elaborarán para cada institución pública según la estructura organizacional y espacial de la misma, y de la forma más práctica posible, de manera que se facilite y agilice la aplicación inmediata de las medidas ambientales que se establezcan.

Artículo 5°—Guías ambientales de orientación para las instituciones. El MINAE, bajo la coordinación de la Dirección de Gestión de Calidad Ambiental, DIGECA, elaborará y promoverá la divulgación de guías ambientales para los diferentes sectores de desarrollo en que se desenvuelve la gestión pública, con el objetivo de que sirvan de instrumento de orientación y educación al personal de las instituciones involucradas en la elaboración y puesta en marcha de los Planes de Gestión Ambiental.

Decreto ejecutivo 30310 del 2002, reforma al reglamento de la ley forestal y reconoce el sistema de certificación forestal del Consejo de manejo forestal como un sistema nacional de certificación (La Gaceta 88 del 9 de mayo del 2002).

Artículo 8: el gobierno central y sus instituciones que en lo sucesivo utilicen madera para nuevas construcciones y reparaciones de instalaciones, darán prioridad en igualdad de condiciones a los proveedores y contratistas que ofrezcan madera proveniente de plantaciones forestales o de los bosques manejados sosteniblemente, que cuenten con una certificación forestal otorgada por una entidad u organización certificadora acreditada ante la administración forestal del Estado o un sistema nacional de certificación, de conformidad con los términos de este decreto.

En los casos en los cuales no sea factible ofrecer el cien por ciento de la madera certificada, tendrán prioridad quienes ofrezcan un mayor porcentaje de madera debidamente certificada.

ROMERO PÉREZ: Las compras verdes. Enfoque ambiental en la contratación pública

5) JURISPRUDENCIA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Dentro de la Jurisprudencia reciente que ha emitido la Contraloría General de la República, hay una en particular que está relacionada con la temática de la contratación administrativa y la gestión adecuada de los equipos de desecho, como forma de mitigar el impacto de una sustitución de un determinada cantidad de equipo de cómputo, la *resolución es la número R-DCA-209-2007, del 31 de mayo del 2007*, referente a unos recursos de objeción al cartel interpuestos por Importaciones Office de Costa Rica, OFFICE CR., S.A. y Grupo Computación Modular Avanzada, GRUPO CMA, S.A. en contra del cartel de la licitación pública N° 2007LN-000008-SCA, promovida por la Universidad Nacional (UNA), para la “*compra de equipo de cómputo*”.

“3) Sobre la obligación del eventual adjudicatario de recibir equipo de cómputo de desecho de la Universidad (sección VII, punto 6 del cartel). *La objetante señala que estamos frente a una licitación para la compra de equipos de cómputo, siendo esta la razón de ser del procedimiento; por ello cuestiona que se exija recibir, no como parte del pago sino que en forma gratuita, equipo de desecho que la UNA determine eliminar (botar). Además de requerir labores ajenas a su giro comercial se piden condiciones agravadas, como presentar un plan de almacenamiento, tratamiento o disposición de los equipos de desecho; hasta se exige un centro de acopio a los efectos, lo cual determina un costo adicional evidente. La Administración argumenta que la disposición cartelaria aquí cuestionada surge ante la obligación de conservar el medio ambiente dispuesta en el artículo 50 Constitucional, a partir del cual la UNA desde el año 2003 inició una fuerte política de conservación ambiental, dentro de la que se busca crear conciencia sobre la necesidad y responsabilidad de encontrar usos alternativos para los desechos que se producen; responsabilidad que no reside exclusivamente en la Universidad como cliente, sino que también debe ser asumida por los fabricantes y comercializadores de los diferentes productos que salen al mercado. Por ello, las empresas que se dedican a la venta de equipo de cómputo no están exentas de la responsabilidad ambiental que se genera a partir de la actividad que desarrollan. Por ello la UNA decidió que paulatinamente se establecerían cláusulas en los diferentes pliegos de condiciones y carteles de contratación, en las cuales se vaya involucrando a todas las partes implicadas para que asuman ese compromiso con la conservación del ambiente.*

Criterio para resolver: *por ahora, recordemos que efectivamente el artículo 50 de nuestra Constitución Política reconoce expresamente el derecho de toda persona a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, y obliga al Estado a garantizar, defender y preservar ese Derecho. Véase que desde antes de la incorporación de esta norma en el texto constitucional (mediante reforma operada por Ley N° 7412 del 3 de junio de 1994), ya existían en nuestro ordenamiento una serie de principios y normas encaminadas a lograr este objetivo; tal es el caso de las disposiciones respecto del manejo de desechos contenidas en la Ley General de Salud, Ley N° 5395 del 30 de octubre de 1973, que en su artículo 278 ordena lo siguiente: “Todos los desechos sólidos que provengan de las actividades corrientes personales, familiares o de la comunidad y de operaciones agrícolas, ganaderas, industriales o comerciales, deberán ser separados, recolectados, acumulados, utilizados cuando proceda y sujetos a tratamiento o dispuestos finalmente, por las personas responsables a fin de evitar o disminuir en lo posible la contaminación del aire, del suelo o de las aguas.”. Vemos así como la obligación de separar, reutilizar, reciclar y disposición adecuada de los desechos se encuentra incorporada en nuestro ordenamiento jurídico desde hace más de treinta años, como una obligación para toda persona, familia, comunidad, industria, comercio o institución que genere desechos, sí lleva razón la Universidad Nacional respecto a su planteamiento acerca de la responsabilidad compartida entre el consumidor y los productores y comerciantes de este tipo de productos, es lo cierto que no resulta ajeno, y por el contrario es consustancial al objeto contractual, el procurar que quien vaya a vender un equipo de cómputo (en este caso 500 computadoras), cuente entonces con un plan de manejo para el adecuado reuso, reciclaje o tratamiento final de los equipos que produce y/o comercializa, una vez estos agoten su vida útil. Al respecto, téngase presente que existen una serie de principios generales que, en esta materia, integran nuestro ordenamiento jurídico, para lograr así la mejor aplicación del referido artículo 50 constitucional. Entre estos principios tenemos el llamado principio de “quien contamina paga”, mediante el cual se pretende la internalización de los costos ambientales, de tal forma de quien genere un factor contaminante, cargue con los costos de la contaminación. Este principio se encuentra reconocido en el Principio 16 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Declaración de Río, 1992), así como en los artículos 2 inciso d), 59 y 60 de la Ley Orgánica del Ambiente, Ley N° 7554 del 4 de octubre de 1995. Asimismo, tenemos el principio preventivo, el cual la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha definido de la*

ROMERO PÉREZ: Las compras verdes. Enfoque ambiental en la contratación pública

siguiente forma: “[...] El principio rector de prevención se fundamenta en la necesidad de tomar y asumir todas las medidas precautorias para evitar y contener la posible afectación del ambiente o la salud de las personas.” (Voto N° 6322-2003 de las 14:14 hrs. del 3 de julio de 2003). Este postulado es reconocido en el Principio 15 de la citada Declaración de Río, así como por los artículos 4 incisos b) y c) de la Ley Orgánica del Ambiente y 11 inciso 1) de la Ley de Biodiversidad, Ley N° 7788 del 30 de abril de 1998. Por otra parte, es importante recordar que esa misma Sala Constitucional ha señalado que: “El ejercicio de los derechos fundamentales, como la propiedad privada y la libertad de comercio no es irrestricto, pueden y deben limitarse por razones de bienestar social. El derecho a un ambiente sano, a la salud e integridad física también son derechos fundamentales que el Estado está en la obligación de proteger.” (Voto N° 240-92 de las 9:00 hrs. del 31 de enero de 1992; en el mismo sentido, de esa misma Sala, véase el Voto N° 5906-99 de las 16:15 hrs. del 28 de julio de 1999). Ahora bien, es precisamente en virtud de la ya expuesta responsabilidad que tiene la Administración — y cualquier consumidor— de dar la disposición más adecuada a los desechos que produce —según lo indicado por la Ley General de Salud y lo que deriva del artículo 50 constitucional y los principios generales antes citados—, que deviene entonces natural que, en el momento de establecer las condiciones para la adquisición de un bien, se considere la variable de la disposición final de ese bien (por ejemplo, los costos en que se incurrirá para procesar el bien una vez éste agote su utilidad). Por ello, es lo propio que la Administración tome en cuenta la responsabilidad del productor a la hora de definir las especificaciones cartelarias, enfocando así el producto a adquirir como un todo, sea, considerando su ciclo de vida (desde la extracción de los recursos para producirlo, el proceso de manufactura, la distribución, el uso y su procesamiento al final de su vida útil); con el fin de que se internalicen los costos ambientales de cada etapa de ese ciclo de vida, tal y como lo prescriben los principios “el que contamina paga” y el principio preventivo, antes mencionados. De ahí que no resulta ajeno al proceso de compra de un equipo de cómputo el que se incorporen en el cartel una serie de cláusulas que exijan a quien produzca, importe, distribuya y/o comercialice estos productos, que cuente con una serie de medidas para que, una vez estos equipos agoten su vida útil, puedan ser adecuadamente procesados; como sería el hecho de procurar que el proveedor cuente con planes de manejo o sistemas de recolección, reuso, reciclaje y tratamiento adecuado de los equipos que le vende a la Administración, ya sea que lo haga directamente o por medio de terceras personas. Por ello, si bien es posible reconocer que,

Revista de Ciencias Jurídicas N° 120 (109-140) setiembre-diciembre 2009

probablemente, en un mediano plazo la norma sea exigir en los carteles –como requisito de admisibilidad– que quien resulte adjudicatario de la compra de un equipo de cómputo a la Administración, deba también contar con los sistemas y planes de manejo para que, una vez esos equipos cumplan su vida útil, sean entonces recibidos por ese adjudicatario –o por quien este designe– para su adecuado reuso, reciclaje o tratamiento final”.

Si bien el objeto de esta contratación promovida por la *Universidad Nacional*, no estaba orientado precisamente a lo que es una compra verde, si permite establecer a partir de esta resolución de la Contraloría General de la República, una línea de pensamiento la cual sentaba las bases para hablar en un futuro cercano de la imperiosa necesidad de establecer dentro del sector público costarricense, la inquietud de reformular la noción de compras y plantear una opción para establecer la figura de compras que fueran amigables con el ambiente, con la consecuente responsabilidad social que tienen los diferentes actores tanto compradores como vendedores de velar para que se implemente una gestión integral de residuos, tanto en el ámbito municipal, gubernamental y empresarial, para tratar el problema de la contaminación en forma integral. Dimensionando el papel del Estado y sus instituciones como generador de residuos y por lo tanto el papel preponderante que éste tiene como consumidor, promoviendo el consumo de productos sostenibles, reciclables, biodegradables, a través de las llamadas “*compras verdes*” (Miranda, *idem.*, p. 9 a 12).

Hago la observación de que no cito algún voto de la **Sala Constitucional** sobre este tema de las *compras públicas verdes*, por cuanto no he podido localizarlo.

6) **MANUAL PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE COMPRAS VERDES EN EL SECTOR PÚBLICO DE COSTA RICA**

A partir del segundo semestre del 2008, la Fundación Centro de Gestión Tecnológica e Informática Industrial (CEGESTI), en conjunto con la Contraloría General de la República dan a conocer la iniciativa promulgada por CEGESTI concretada en el *Manual para la implementación de Compras Verdes en el sector público de Costa Rica*, como una herramienta que le permitirá implementar a las diferentes organizaciones que conforman el sector público en Costa Rica, las denominadas compras que sean amigables con el medio ambiente.

ROMERO PÉREZ: Las compras verdes. Enfoque ambiental en la contratación pública

7) BENEFICIOS AL PONER EN EJECUCIÓN LAS COMPRAS VERDES EN EL SECTOR PÚBLICO

Ambientales

Hay una reducción de impactos ambientales negativos.

Impulsa la innovación en productos y servicios más amigables con el ambiente, al crear una demanda por parte del Estado.

Económicos

Se da un ahorro como producto de la compra de bienes y servicios que utilizan de manera más eficiente la energía y el agua, por ejemplo (o inclusive por no comprar bienes/servicios innecesarios).

Organizativos

Hay una reducción de los riesgos de incumplimiento legal.

Mejora la imagen pública mediante la comunicación de los resultados a ciudadanos, contratistas, proveedores, autoridades, vecinos y público en general.

De la lectura que se hace del manual, no se indica la referencia a partir de cuales estudios o experiencias en países que ya implementaron los procesos de compras verdes, se obtuvieron estos beneficios y debido a que en nuestro país el manual es reciente, no se ha podido determinar a la fecha si estos beneficios se reflejarán en la práctica en Costa Rica, solo el tiempo lo dirá.

8) METODOLOGÍA DE IMPLEMENTACIÓN DE COMPRAS PÚBLICAS VERDES

La metodología de implementación de las compras verdes se ha basado en el ciclo de mejora continua que tiene las siguientes fases: planear, hacer, verificar y actuar. Este ciclo debe ser constante buscando que la institución aspire a metas cada vez más altas que le permitan mejorar de forma continua su gestión. Las cuatro fases están divididas en:

PLANEAR

Compromiso de los altos jefes de la institución

Sin duda el apoyo y el grado de compromiso de los altos mandos de la organización es primordial, tomando en consideración que se toca el tema de la adquisición de bienes y servicios de la organización, que generalmente es un tema primordial en cualquier empresa, ya que impacta directamente en la rentabilidad de la empresa, en los niveles de ingresos y egresos. Dicho compromiso se evidencia en la definición y aprobación de la política ambiental en el tema de las compras y de los objetivos de la empresa en materia ambiental y el compromiso con la responsabilidad social.

Definición de un comité de compras verdes

Los altos mandos de la organización debe decidir quien será responsable por implementar el tema de compras verdes, e incluso promover la creación de un comité de compras verdes que se haga responsable y que cuente con suficiente autoridad para implementar los planes de acción definidos y el cual rendirá informes periódicos de avance a los altos mandos. Para que este comité tenga éxito en su funcionamiento es necesario que este integrado por colaboradores del área de adquisición de bienes y servicios de la organización y que sea asesorado por expertos en temas de medio ambiente.

Definición de una política ambiental de compras

El fin primordial de la definición de una política ambiental de compras es que sirva como herramienta que brinde información para tomar decisiones a los altos mandos sobre cuales son los compromisos que sigue la organización en materia ambiental, por lo que es necesario realizar un diagnóstico sobre las compras de la entidad (montos, tipos de productos y servicios a adquirir). Para que esta política funcione es lógico que debe ser conocida, comunicada, interiorizada y aplicada por todo el personal que conforma la organización, y las empresas proveedoras de bienes y servicios que requieran contratar con la organización.

ROMERO PÉREZ: Las compras verdes. Enfoque ambiental en la contratación pública

Definición de objetivos ambientales de compras

A partir de la definición de la política ambiental de compras, se debe de definir los objetivos que le posibiliten a la organización insertar el concepto de este tipo de compras, así como la forma en que se van a ejecutar en cuanto a procedimientos y plazos de las mismas. Debido a que las compras de las instituciones son muy variadas en cuanto a la naturaleza de los bienes, es recomendable que se determine sobre cuáles productos se trabajará, de modo que de forma gradual se implementen las especificaciones ambientales dentro de los mismos.

HACER

Ajustes al proceso de compras

Al incluir la modalidad de compras verdes dentro de los procesos de compra es lógico que dentro de la misma se incluyan actividades adicionales a las establecidas, asimismo una justificación sobre la necesidad de utilizar esta modalidad con el fin de que se eviten gastos innecesarios. El Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa nos dice “cómo” comprar, pero no establece límites de “qué” comprar, por lo que las organizaciones tienen la discrecionalidad de definir qué es lo que requieren.

A manera de ejemplo en el Manual propuesto por CEGESTI de compras verdes se indica en cuales apartados del cartel de contratación en los que se puede incluir la variable ambiental (CEGESTI, 2008).

Sistema de valoración y comparación de las ofertas

Cuando únicamente se considere el precio, la contratación deberá incluir cualquier requerimiento ambiental desde la definición de las especificaciones técnicas, pues de lo contrario, en la etapa de valoración y comparación de ofertas será muy tarde. Si la institución no está segura con respecto a la disponibilidad de productos ambientales, o está preocupada por el incremento en costos por comprar un producto ambientalmente amigable, la opción es diseñar un sistema para la valoración y comparación de ofertas.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 120 (109-140) setiembre-diciembre 2009

Estos sistemas otorgan puntos basados en diferentes características comprobables de calidad, desempeño, tiempo de entrega y otras variables del servicio/producto; en este sistema también se pueden adjudicar puntos por desempeño ambiental, siempre y cuando esté relacionado con el objeto de la contratación y sea comprobable. De este modo, se asegura que no se pagará más caro por el producto, pero sí le dará cierto empuje.

Lugar y fecha de inicio y conclusión de la entrega de los bienes o servicios, cuando así proceda, y seguimiento a contratos

Es recomendable que la entrega de productos se haga en la menor cantidad de viajes posibles, con el fin de aprovechar al máximo los transportes. También se recomienda solicitarle al proveedor que minimice el uso de material de empaque.

Cuando en los carteles se hayan incluido especificaciones ambientales que deban ser cumplidas durante la prestación del servicio o entrega del bien, es imprescindible que a lo interno de la institución quede claramente establecido quién será el responsable de dar seguimiento y generar los reportes que sean necesarios en caso de incumplimiento (véase el artículo 9, "Previsión de verificación", de la Ley de Contratación Administrativa, y el artículo 8, "Decisión inicial", del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa).

Esta será la principal herramienta con la cual contará la institución para poder penalizar a los proveedores que incumplan requisitos ambientales, de acuerdo con el debido proceso.

En el siguiente cuadro se muestra un resumen de las diferentes consideraciones ambientales en las etapas de un proceso de compras (CEGESTI, 2008).

ROMERO PÉREZ: Las compras verdes. Enfoque ambiental en la contratación pública

Cuadro No. 2. Consideraciones ambientales en el proceso de compras

Etapa del proceso de compra	Consideraciones ambientales
1. Identificación de la necesidad de comprar	Repensar las necesidades actuales. Se puede eliminar (no comprar o alquilar) o reutilizar (pedirlo prestado a otra dependencia). En el caso de alquilar, es importante también su justificación para los efectos del costo-beneficio para la Hacienda Pública, pues no es correcto terminar pagando en alquileres un monto mayor del que hubiera costado el bien (considerando todos los costos en caso de que lo hubiera adquirido y lo hubiera utilizado por ese mismo lapso).
2. Definir las especificaciones del bien por comprar	Definir una serie de especificaciones ambientales que deben ser respetadas en el producto o prestación del servicio (con el fin de prevenir impactos).
3. Preselección del proveedor	Pedir pruebas de que el proveedor es capaz de cumplir con determinado comportamiento ambiental
4. Evaluación de ofertas / adjudicación del contrato	Adjudicar más puntos a aquellas ofertas en las que se indica un mejor cumplimiento ambiental que el mínimo definido.
5. Administración del contrato	Asegurar altos estándares ambientales cuando se ejecuta el contrato, insertando en él cláusulas claras de cumplimiento y señalando las multas por incumplimientos (las cuales de previo se deben indicar en el cartel).

Capacitación

La capacitación es prioritaria para que la implementación de una política tenga éxito, por lo que es clave que el personal de la organización conozca sobre gestión ambiental y compras verdes.

Comunicación

La comunicación tanto de la política como los objetivos y otras iniciativas implementadas por la organización, así como logros en el campo de compras verdes y gestión ambiental en general, tiene que comunicarse a proveedores, usuarios, empleados y otros entes interesados.

Implementación de otras prácticas ambientales

Paralelamente a la implementación de las compras verdes, la organización deberá implementar prácticas ambientales en su quehacer diario, lo que producirá en el corto y mediano plazo ahorros económicos para la organización, tales como disminuir el consumo de papel, imprimir los documentos por los dos lados de la hoja, fomentar el uso del correo electrónico, reutilizar el papel, adquirir equipos electrónicos con un bajo consumo de energía, campañas de reciclaje, clasificación, separación y tratamiento de los desechos.

VERIFICAR

Monitoreo

La organización como parte del control que se debe seguir sobre el proceso, debe de forma periódica darle seguimiento a su desempeño ambiental y de su gestión de compras, así como darle seguimiento del cumplimiento de los objetivos planteados.

ACTUAR

Nuevo inicio del ciclo

Debido a que se está trabajando bajo un modelo de mejoramiento continuo, se debe de hacer hincapié en que la única

ROMERO PÉREZ: Las compras verdes. Enfoque ambiental en la contratación pública

forma de mejorar es a través de los errores que se cometieron sobre la marca, tratando de mejorar los procedimientos y apoyarse en una base de datos con información de las compras verdes, para procesos de compras futuros. Cada año deberá definir sus objetivos, con base en su desempeño ambiental, así como revisar si su política ambiental de compras se mantiene o requiere cambios.

9) ALGUNAS REFERENCIAS SOBRE EXPERIENCIAS DE COMPRAS VERDES EN EL RESTO DEL MUNDO

La experiencia en Europa (CEGESTI, 2008)

Las compras públicas en la Unión Europea están reguladas a través de las Directivas sobre contratos públicos (Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, y la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales). En las consideraciones y disposiciones de ambas Directivas, se mencionan de forma específica las posibilidades de integración de características medioambientales en las especificaciones técnicas, en los criterios de adjudicación y en las cláusulas de ejecución de los contratos.

En 2004, la Comisión Europea edito un manual titulado *Buying Green* para ayudar a introducir criterios y/o consideraciones ambientales en los procedimientos de compra pública, pero es también de gran utilidad para contratistas y proveedores cuyos productos o servicios “verdes” presentan una ventaja competitiva.

Con el mismo objetivo de impulsar el nivel de compra pública ecológica en los estados miembros, la Dirección General para el Medio Ambiente (Comunidad Económica Europea) encargo en abril de 2005 a un Consorcio formado por cinco organizaciones europeas, desarrollar un instrumento para medir el nivel actual de compras verdes en la Unión Europea. El resultado fue un informe que se presento en octubre de 2005, en un evento convocado por el Reino Unido durante su presidencia de turno de la UE. Dicho informe resalta el hecho de que existen 7 países (Austria, Dinamarca, Finlandia, Alemania, Holanda,

Suecia y Gran Bretaña), denominados los 7 verdes, que son los que realizan una gran cantidad de compras ecológicas. Es decir, estos países tienen un número mayor de licitaciones que incorporan criterios medioambientales que los 18 países restantes.

En el caso de España, la contratación pública está regulada por la Ley de Contratos del Sector Público, Ley 30/2007, de 30 de octubre de 2007. Las administraciones local y autónoma también están siendo muy activas a la hora de incorporar criterios de sostenibilidad en los contratos. Un ejemplo a destacar es el del Ayuntamiento de Barcelona. Ya en el año 2000 este municipio publicó la “Guía de la Oficina Verde”, en la que se identificaron los elementos estratégicos prioritarios para promover la ambientación interna. A raíz de esto, en el año 2001 se da un especial impulso a la Oficina Verde y comienzan a introducirse parámetros ambientales en los pliegos de condiciones técnicas de equipos informáticos: homologación general de papel resma, de material de oficina y consumibles de oficina; acciones que van adquiriendo solidez hasta conseguir, en la actualidad, haber implantado los criterios verdes en diez ámbitos: equipos informáticos, papel, equipamiento y material de oficina, mobiliario, madera, limpieza de edificios, pavimento, mobiliario urbano, limpieza y recogida de residuos.

Por su parte, el Gobierno de Aragón ha desarrollado una serie de especificaciones, ejecutadas principalmente por el Servicio de Régimen Interno, con el fin de minimizar las afecciones al medio ambiente generadas por su propia actividad. Dichas especificaciones contemplan criterios de sostenibilidad, tanto a nivel de contratación de servicios como de compra de materiales. Por ejemplo, en la contratación de servicios, destaca la exigencia contractual a la empresa adjudicataria del servicio de limpieza, de recoger de forma separada los residuos en origen en las dependencias del Gobierno de Aragón. Respecto a las compras de material, hay una especial sensibilidad hacia el uso de papel reciclado.

La experiencia en América del Norte

Los miembros del TLC en América del Norte atribuyen gran importancia al fomento de mercados para los productos y servicios verdes y están comprometidas con su compra y la promoción de su uso en todos los niveles de gobierno y en entidades no gubernamentales. La aplicación de decisiones ambientales incluso a una fracción del

ROMERO PÉREZ: Las compras verdes. Enfoque ambiental en la contratación pública

mercado de compras gubernamentales, que suma un billón de dólares anuales en América del Norte, ayudaría a estimular la demanda de productos y servicios verdes, y representaría importantes beneficios ambientales.

Hay diversos obstáculos, sin embargo, que no dejan que el mercado de compras verdes crezca en América del Norte, por ejemplo la necesidad de intercambiar información respecto de las técnicas de compra exitosas, información sobre los atributos energéticos o ambientales, segmentos del mercado dentro o fuera de los gobiernos nacionales, las herramientas disponibles para evaluación de ciclo de vida o análisis de costo-beneficio al comprar determinado producto o servicio y oportunidades de certificación gubernamental o de terceros. Tampoco se cuenta con una base comparativa sobre atributos energéticos o ambientales para una serie de productos o servicios.

La CCA emprendió la Iniciativa de Compras Verdes de América del Norte (NAGPI, por sus siglas en inglés) y dio los pasos iniciales para reunir a los representantes de los principales programas de compras verdes de la región, documentar los niveles de las compras verdes e identificar algunas historias exitosas al respecto.

Con liderazgo de la CCA, la NAGPI está integrada por representantes de las tres Partes, gobiernos estatales y locales, organizaciones independientes de certificación, organismos sin fines de lucro, el sector privado y el sector académico que trabajan en temas relacionados con las compras verdes en América del Norte. La misión de la NAGPI es “mejorar, promover y facilitar el desarrollo de herramientas y actividades para las adquisiciones ambientales en América del Norte con el fin de crear mercados para los productos y servicios con preferencia ambiental de empresas con manejo sustentable, generando con ello beneficios económicos, sociales y ambientales tangibles”.

Entre otras actividades, en los dos años y medio previos la NAGPI ha recopilado un conjunto de estudios de caso y políticas de compras verdes, desarrollado una base de datos de herramientas de apoyo y políticas de adquisiciones en América del Norte y desarrollado una herramienta de autoevaluación de compras verdes para las organizaciones.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 120 (109-140) setiembre-diciembre 2009

El Consejo de la CCA dio instrucciones al Secretariado en 2003 de que trabajara con las Partes y la NAGPI en la elaboración de un plan de acción sobre compras verdes que fuera coherente con las obligaciones nacionales e internacionales de las Partes.

Se pidió también al Secretariado que, como parte del plan, identificara herramientas, prioridades y prácticas idóneas que auspiciaran las compras verdes, y explorara la disponibilidad de las Partes para identificar categorías específicas de productos para posible atención prioritaria en el programa de trabajo de 2004. De acuerdo con las prácticas usuales de la CCA, la elaboración del plan ha continuado y seguirá incluyendo participación de los diversos sectores.

Los miembros del grupo coordinador de la NAGPI propusieron tres categorías específicas de productos para posible atención prioritaria en los programas de trabajo de 2004 y 2005: energía renovable, productos de oficina verdes y productos de limpieza verdes.

Durante su sesión de 2004, en su Declaración de Puebla, el Consejo de la CCA ordenó al Grupo de Trabajo sobre el Artículo 10 del ACAAN que elaborara un plan estratégico sobre comercio y medio ambiente. En febrero de 2005, el Grupo 10 acordó incluir las compras verdes como una de las áreas prioritarias de este plan estratégico y desarrollar en mayor detalle el plan de acción de compras verdes, de modo coherente con las obligaciones nacionales e internacionales de las Partes, para las tres categorías de productos propuestas por la NAGPI.

Los estudios preliminares y contactos previos nos indican que los mercados de productos de limpieza verdes, productos de oficina verdes y electricidad verde parecen más maduros en Estados Unidos y Canadá que en México. En los tres países, sin embargo, es similar la necesidad de promover la importancia y ampliar con rapidez el uso de productos y equipo de oficina verdes, productos de limpieza verdes y electricidad verde.

Conclusiones

El consumo de los gobiernos representa una gran parte del consumo total mundial (se dice que representan aproximadamente 15% del PIB en países occidentales), por lo que es importante que los gobiernos en su rol de consumidores, apliquen criterios ambientales

ROMERO PÉREZ: Las compras verdes. Enfoque ambiental en la contratación pública

dentro de sus procesos de contratación, debido a que sirven como modelos de comportamiento para otros actores socioeconómicos.

El concepto de compras verdes se refiere a la forma de utilizar nuestro poder como compradores para beneficiar al ambiente comprando productos que impacten de menor manera al medio ambiente (*ambientalmente amigables*). Como individuos, gobiernos, compañías, universidades, hospitales y otras instituciones, que tomamos decisiones de compras diariamente, tenemos el potencial de realizar este cambio en nuestro y el de nuestro entorno.

Los productos y servicios verdes tienen atributos benéficos para el medio ambiente o en términos de energía, por ejemplo contenido de reciclados, eficiencia energética y pocas o nulas cantidades de sustancias peligrosas o tóxicas. Con frecuencia generan beneficios económicos a partir de estos y otros atributos.

Las compras verdes consideran factores ambientales y sociales así como los costos totales asociados con cada compra. Esto implica tener en cuenta de qué están hechos los productos, de dónde vienen, cómo están hechos y cómo se realizar su disposición final, es decir, su ciclo de vida.

El propósito es realizar un cambio de comprar productos y servicios con un impacto negativo en el ambiente y la sociedad, hacia la compra de productos que son menos impactantes al ambiente y que son benéficos a la sociedad.

El criterio de compras públicas sustentables es más amplio que lo que cubre la negociación estatal verde.

Los beneficios de las *compras públicas sustentables*, se pueden clasificar:

A) *En lo social:*

- a) Garantizar adecuadas condiciones laborales para los contratistas y obreros que trabajan en obras públicas.
- b) Garantizar que se está adquiriendo un bien y/o servicio de calidad.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 120 (109-140) setiembre-diciembre 2009

- c) Asegurar el acceso a la gente con capacidades diferentes a iguales condiciones y oportunidades laborales.
- d) Dar nuevas oportunidades de trabajo a grupos marginales.
- e) Apoyar acciones de comercio justo.

Estos requisitos se pueden establecer en los pliegos de condiciones o carteles, para la compra del bien o del servicio.

B) *Beneficios políticos y en la salud:*

- a) Cumplimiento de la legislación ambiental.
- b) El Estado se ocupa de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos.
- c) Predicar con el ejemplo, en lo sustentable y en lo ambiental.
- d) Se demuestra el compromiso de la autoridad pública con el desarrollo sustentable a través de acciones concretas y efectivas
- e) Mejoría en la imagen de la institución estatal ante la sociedad (Cabrera; y, Marras, *compras públicas...*).

Por lo que se refiere a Costa Rica indicaremos que con la normativa existente supracitada, se pueden llevar a cabo acciones de realización de compras públicas *verdes* (inclusión de elementos ambientales); y, de *sustentables* (inclusión de elementos que promuevan el desarrollo económico, social y ambiental).

BIBLIOGRAFÍA

- Cabrera, Jorge. *Las compras "verdes" del Estado* (San José: periódico La Nación, 23 de junio del 2009, p. 31-A).
- Chaves, Cynthia *Compras verdes* (San José: Maestría de Derecho Público, Universidad de Costa Rica, 2008).
- CEGESTI. *Manual para la Implementación de Compras Verdes en el sector público de Costa Rica*. (San José: 2008).

- ROMERO PÉREZ: Las compras verdes. Enfoque ambiental en la contratación pública
 Contraloría General de la República. *Memoria Anual 2005*. Resolución R-DCA-
 209-2007, del 31 de mayo del 2007.
- Miranda, Hugo. *Las compras verdes* (San José: Maestría en Contratación
 Administrativa, Universidad de Costa Rica, 2008).
- Moreno, Andrés. *Contratación sostenible* (Bogotá: en Perspectivas del Derecho
 Ambiental. Colombia, Universidad del Rosario, 2006).

Normas Jurídicas

- Constitución Política de la República de Costa Rica (1949). (San José: IJSA,
 1995).
- Ley de Contratación Administrativa y su reglamento. (San José: Investigaciones
 Jurídicas, S. A., 2008).
- Ley de Fortalecimiento y Modernización de las entidades públicas del Sector
 Telecomunicaciones. (San José: Imprenta Nacional, 2008).

Internet

- Acosta Zúñiga, Marta. *Implementación de "compras verdes"*. (www.nacion.com.
 Accesado el 18/09/08).
- Ambienta. *Compras verdes en la contratación pública*. (www.dialnet.unirioja.es/
 Accesado el 18/09/08).
- Cabrera, Alejandra; e Isabella Marras. *Introducción a las compras públicas
 sustentables* (octubre 2008, versión digital, www.ricg.org).
- Proceso de Marrakech: fuerza de tarea, compras públicas sustentables* (octubre
 2008, versión digital, www.ricg.org).
- Comisión para la Cooperación Ambiental. *Las compras verdes: elementos
 influyentes, claves de éxito y modelos de implantación"*



CAMPOS ZAMORA: Ética del discurso y corrección normativa

ÉTICA DEL DISCURSO Y CORRECCIÓN NORMATIVA

M.Sc. Francisco J. Campos Zamora^()*

(Recibido 18/07/08; aceptado 24/11/08)

(*) Profesor de la Universidad de Costa Rica.

e-mail: fcocampos@gmail.com

Teléfono 8306-7498

RESUMEN

Lo que nos proponemos en este trabajo es exponer cómo Habermas, a partir de su teoría de la acción comunicativa, realiza el salto de una ética subjetiva (Imperativo categórico) a una ética intersubjetiva (ética discursiva). En segundo término examinar si esa propuesta puede aportar algo frente a los problemas de participación política y desempeñarse como parámetro de corrección normativa.

Palabras clave: Filosofía del Derecho, ética del discurso, participación política, problemas de legitimación.

ABSTRACT

In this article, we first seek to explain how HABERMAS, from his theory of communicative action, makes the leap from subjective ethics (Categorical Imperative) to inter-subjective ethics (Discursive Ethics). Second, we seek to analyze whether such proposal can bring something into the changing challenges of political participation and serve as a guide for rule amendment.

Key words: Philosophy of Law, Discourse Ethics, political participation, legitimation issues.

SUMARIO

- I. Introducción
- II. De la fundamentación ética a través del discurso
 - A. La ética del discurso de Jürgen Habermas
 - B. Críticas a la ética del discurso
 - 1. El dogma de la igualdad
 - 2. La “situación ideal del habla”
 - 3. La problemática idea del consenso
- III. De la corrección normativa a través del discurso
 - A. Democracia, participación y problemas de legitimidad
 - B. Un intento de corrección normativa por vía de discursividad
- IV. Conclusiones
- V. Bibliografía



I. INTRODUCCIÓN

Kant ha tomado el cielo por asalto.⁽¹⁾ Esa genial frase del poeta Heine refleja la revolución provocada por el pensamiento kantiano. En su deseo de acabar con las contradicciones surgidas en ese inacabable campo de disputas que es la metafísica, destacó el deber de la filosofía de eliminar ilusiones y malentendidos, aún cuando ello supusiera la pérdida de preciados errores. Respecto a esos problemas que sobrepasan el límite de la experiencia, la razón tiene el singular destino de hallarse acosada por cuestiones que no puede rechazar por proceder de sí misma, pero a las que tampoco puede responder por exceder todas sus facultades.⁽²⁾ Se propone un llamado a la razón para que de nuevo emprenda la más difícil de todas las tareas, a saber, la del autoconocimiento y, por otra, para que instituya un tribunal que garantice sus pretensiones legítimas y sea capaz de terminar con todas las arrogancias infundadas, no mediante afirmaciones de autoridad, sino con las leyes eternas e invariables que la razón posee. Semejante tribunal no es otro que la “crítica de la razón pura” (*kritische reinen Vernunft*), la cual no procede de libros y sistemas, sino de la facultad de la razón en general, en relación con los conocimientos a los que puede aspirar prescindiendo de toda experiencia.⁽³⁾

Kant lleva ese desarrollo del plano epistemológico al campo de la moral y en este último encuentra formulación a través del imperativo categórico, esto es, “actúa de tal forma que la máxima de tu voluntad pueda servir al mismo tiempo como principio de una legislación universal”. Con ello intenta elevar a ley moral el principio de imparcialidad mismo y pretende hacer surgir la ley de la razón como máxima que todo ser humano encuentra en sí mismo.

Su mérito radica en lograr que el contenido concreto de las normas jurídico-morales se separe de un código divino o de una ley natural eterna, el ser humano, afirmarí, sólo se encuentra sometido al “Tribunal de la Razón” que dicta sus propias leyes. En la razón práctica como autolegisladora se fundamenta la autonomía ética del ser humano.

-
- (1) “Er hat den Himmel gestürmt” Heine, Heinrich. *Schriften über Deutschland. Werke 4*, Insel Verlag, Frankfurt am Main, 1968, p. 132.
 - (2) Kant, Immanuel. *Crítica de la razón pura*. Traducción de José del Perojo, Lozada, Buenos Aires, 1983, p. 119.
 - (3) *Ibid*, p. 121.

Cuestiona la validez de las construcciones de la metafísica tradicional y muestra que ellas fracasan a la hora de fundamentar leyes prácticas con pretensiones de validez universal, pues la razón sólo puede reconocer carácter necesario y vinculante a aquellas normas que ella misma se ha dictado. En esta idea de la razón práctica como autolegisladora se fundamenta la autonomía ética del ser humano al punto que en “La fundamentación de la metafísica de las costumbres”, la eleva al rango de principio de moralidad.⁽⁴⁾

El problema del imperativo categórico reside en el proceso de su elaboración, el cual transcurre a lo interno del sujeto. Los problemas morales no pueden recibir un tratamiento monológico, pues se corre el riesgo de que el criterio de uno, siempre parcial y por tanto, representativo de un momento limitado desde la perspectiva temporal, espacial y subjetiva, se imponga arbitrariamente a la colectividad, generando, de esta forma, relaciones de vinculación ilegítima. El tratamiento de esos problemas debe ser discursivo. El poder de definición jurídico, sólo es legítimo, esto es, no violento, en la medida en que la definición de lo que debe crearse como derecho, así como las condiciones en que este derecho debe ser mantenido y ejecutado, hayan podido ser discutidas ampliamente por todo aquel que tenga interés en ello.⁽⁵⁾ La inconsistencia del enfoque kantiano pretende ser superada por una teoría que traslada su validez de la subjetividad del individuo a la intersubjetividad de las relaciones de comunicación y consenso a lo interno de una comunidad. Esa teoría lleva por nombre “ética del discurso” o “ética discursiva” (*Diskursethik*).

Dentro de los desafíos planteados por la ética del discurso, nos proponemos reseñar sus líneas principales, y algunas de las críticas a ella presentadas. En este breve bosquejo nos limitaremos al estudio de la vertiente de Jürgen Habermas, aún cuando se conocen también la de Karl-Otto Apel y en menor medida las de Axel Honneth, Klaus Günther y Albrecht Wellmer, entre otros. A partir de allí, analizaremos el problema de la corrección normativa a fin de determinar si este puede solucionarse desde la ética del discurso.

(4) Kant, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Traducción de Manuel García Morente, Espasa-Calpe, Madrid, 1963, pp. 88-90.

(5) Rivero Sánchez, Juan Marcos. *Diez tesis sobre la violencia y el derecho*, p. 33. En: *Nuevo Proceso Penal y Constitución*. Investigaciones Jurídicas, San José, 1998.

CAMPOS ZAMORA: Ética del discurso y corrección normativa

II. DE LA FUNDAMENTACIÓN ÉTICA A TRAVÉS DEL DISCURSO

A partir de los años setenta, surge en la Universidad de Frankfurt a.M. un movimiento que pretende dotar a la ética de nuevos fundamentos. La ética discursiva es desarrollada por un personaje que ha dominado la escena filosófica alemana de los últimos años. Hablamos de Jürgen Habermas. Éste afirma que las reglas aplicables a una comunidad deben ser aprobadas previamente a través de procesos discursivos. Lo anterior pareciera no aportar mayor cosa, empero, una observación detallada nos permite apreciar un salto cualitativo desde la fundamentación interna de la conducta (imperativo categórico) hasta una de carácter intersubjetivo (ética del discurso).

A. La ética del discurso de Jürgen Habermas

Habermas postula la ética del discurso a partir de su “Teoría de la acción comunicativa” (*Theorie des kommunikativen Handelns*), la cual contrapone a las variables teleológica, normativa y dramática de acción. Para nuestro autor, la “acción teleológica” ocupa desde Aristóteles el centro de la teoría filosófica de la acción. El actor busca realizar un fin o lograr que se produzca un estado de cosas eligiendo en una situación dada los medios más congruentes y aplicándolos de manera adecuada. El concepto central es el de una decisión entre alternativas de acción, enderezada a la realización de un propósito, dirigida por máximas y apoyada en una interpretación de la situación que el mundo le plantea.⁽⁶⁾ Ahora bien, cuando la acción teleológica se amplía e interviene la decisión de otro agente que también busca su satisfacción, se torna en acción estratégica, orientándose de una forma utilitarista por la cual el actor elige calculando medios y fines desde el punto de vista de la maximización de su utilidad.

La “acción normativa” se refiere no al comportamiento de un actor aislado en cuyo entorno se sitúan otros actores, sino a los miembros de un grupo que orientan su acción por valores comunes y expresan acuerdos mediante normas que pueden ser acatadas o ignoradas.⁽⁷⁾ Todos los miembros de un grupo obligado tienen derecho

(6) Habermas, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo, Tomo I, Taurus, México, 1985, p. 122.

(7) *Ibid*, p. 123.

a esperar unos de otros que se ejecuten u omitan, respectivamente, las acciones obligatorias o prohibidas. El concepto central de observación de una norma significa el cumplimiento de una expectativa generalizada de comportamiento materializada en un mandato. La expectativa de comportamiento, advierte Habermas, no tiene sentido cognitivo de expectativa de un suceso pronosticable, sino el sentido normativo de que los integrantes del grupo tienen derecho a esperar un determinado comportamiento.

Distinto es el caso de la “acción dramática”. En ésta, no se alude ni a un actor solitario (acción teleológica) ni al miembro de un grupo social (acción normativa), sino al participante en una interacción en que unos constituyen para otros un público ante el cual se ponen a sí mismos en escena.⁽⁸⁾ El actor suscita en su público una determinada impresión de sí mismo, según revele más o menos de su propia subjetividad, pudiendo controlar el acceso a la esfera de sus sentimientos, pensamientos, actitudes, deseos, etc. La autoescenificación se presenta como el concepto central y significa no un comportamiento expresivo espontáneo, sino una estilización de la expresión de las propias vivencias, hecha con vistas a los espectadores.

Habermas no se encuentra del todo satisfecho con esos tipos de acción, y propone la “acción comunicativa”, en la cual opera un nuevo supuesto, el de un medio lingüístico en que se reflejan como tales las relaciones del actor con el mundo. Alcanzado este nivel de formación de conceptos, la problemática de la racionalidad, que hasta aquí sólo se planteaba al científico social, cae ahora dentro de la perspectiva del agente mismo, introduciéndose el entendimiento lingüístico como un mecanismo bilateral para coordinar la acción. Para Habermas, esa bilateralidad del lenguaje es lo que caracteriza a la acción comunicativa, pues aún cuando el lenguaje es también un mecanismo para los modelos teleológico, normativo y dramático, en ellos se da de forma unilateral, quedando sin la debida exploración la verdadera naturaleza del lenguaje.

La acción comunicativa se refiere a la interacción de cuando menos dos sujetos capaces de lenguaje que entablan una determinada relación. Los actores buscan entenderse sobre una situación para poder coordinar sus planes. Si bien se persigue un acuerdo de intereses (y, en

(8) Habermas, *op. cit.*, p. 124.

CAMPOS ZAMORA: Ética del discurso y corrección normativa

ese sentido sería un concepto teleológico de acción), los agentes no se orientan primariamente al éxito, sino que persiguen sus intereses a condición de que puedan llegar a un entendimiento con los otros sobre sus respectivos planes. El punto central se refiere, primordialmente, a la negociación y búsqueda de consensos.⁽⁹⁾

En la interacción diaria, esa búsqueda de consenso en la cual todos ganan y obtienen beneficios, se enfrenta a situaciones de controversia, y cuando lo que se problematiza son las pretensiones de verdad o corrección se produce el paso desde la acción comunicativa hacia el discurso, en donde el hablante que postula una determinada afirmación, deberá fundamentar la veracidad de sus aserciones o bien la corrección de normas.⁽¹⁰⁾ La pretensión de verdad da lugar al discurso “teórico de constatación”, la de corrección origina el discurso “práctico regulador”. En ambos lo que se busca es un consenso basado en la fuerza de los argumentos, pero mientras el discurso teórico se rige por el “principio de inducción”, el discurso práctico lo hace por el “principio de universalización”.

La ética del discurso se sirve del concepto de acción en su variante comunicativa y desde allí busca el consenso para determinar la corrección de las normas éticas. Kant acertó al señalar que la conciencia autolegislada la ley moral, sin embargo, esa ley no procede de la individualidad. No. Esta debe ser consensuada socialmente por un acuerdo y a él sólo se puede llegar por medio de la comunicación canalizada mediante un discurso. Con ello, es transformada en una disciplina que reinterpreta las condiciones universales de la racionalidad como condiciones de interacción pragmático-lingüística, y como reglas que rigen la producción de actos de habla.⁽¹¹⁾

(9) Habermas, *op. cit.*, p. 136.

(10) Aienza, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 152, 153.

(11) Falcón y Tella, María José. *Concepto y fundamento de la validez del derecho*. Civitas, Madrid, 1994, p. 121. Habermas, Jürgen. *Escritos sobre moralidad y eticidad*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo, Paidós, Barcelona, 1991, pp. 102 y 115. Sáez Rueda, Luis. *Movimientos filosóficos actuales*. Trotta, Madrid, 2001, p. 385.

La pragmática universal habermasiana se enfoca en el estudio de las condiciones del consenso mediante la comunicación y pretende identificar las condiciones universales de un posible entendimiento (*Verständigung*). El propósito de llegar a ese entendimiento es alcanzar un acuerdo (*Einverständnis*) que determine en la mutualidad intersubjetiva del entendimiento recíproco, conocimiento compartido y confianza mutua. Esa situación no sólo expresa las instituciones de una determinada cultura o época, sino que posee, asegura Habermas, validez universal.⁽¹²⁾

La comunicación no es estática en la medida en que sus intervinientes son –cuando menos en tesis de principio– seres libres y racionales que actúan lingüísticamente y que están dispuestos a escuchar la réplica generada por sus argumentos.⁽¹³⁾ Todo interlocutor debe tener las mismas posibilidades de participar en la discusión e incluso de presentar recomendaciones. La idea central es que el consenso gire en torno a la fuerza del mejor argumento y no de la arbitrariedad o la coacción.

Se pretende que los interlocutores no establezcan sus planes de acción calculando únicamente su éxito personal, sino por medio de un acuerdo que sea aplicable y beneficie al mayor número de sujetos participantes en el proceso comunicativo. Eso es posible para Habermas, gracias al supuesto de una “situación ideal del habla” (*Ideale Sprechsituation*), por la cual cada interviniente en el discurso posee las mismas posibilidades para presentar preguntas, añadir ejemplos, formular advertencias, etc.

La justificación de normas morales no puede hacerse apelando a unos principios materiales, accesibles por vía de intuición, a partir de

(12) Habermas, Jürgen. *Communication and the evolution of society*. Translated by Thomas McCarthy, Beacon Press, Boston, 1979, pp.1-3. Habermas, Jürgen. *Aclaraciones a la ética del discurso*. Traducción de José Mardomingo, Trotta, Madrid, 2000. Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en términos de teoría del discurso*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 2005.

(13) Schroth, Ulrich. *Probleme und Resultate der Hermeneutik-Diskussion*, p. 192. En: *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Herausgegeben von Arthur Kaufmann und Winfried Hassemer, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg-Karlsruhe, 1997.

CAMPOS ZAMORA: Ética del discurso y corrección normativa

los cuales se deducen las normas y que deben ser interpretados por una autoridad. Esos principios materiales no existen como lo evidencia el pluralismo de los grupos sociales contemporáneos. Quedan descartados autoritarismos, y la pregunta “¿qué es lo moralmente correcto?” podrá determinarse sólo mediante un diálogo entre todos los afectados por la norma en cuestión. El diálogo al que se hace referencia no es de cualquier clase, sino que debe someterse a determinadas reglas en su condición de “discurso práctico”.

La expresión “ética discursiva” resulta fiel reflejo del hecho de que esta reconstruya el imperativo categórico en términos de teoría del discurso y no desde una filosofía de la conciencia. El punto de llegada no se presenta, como una voluntad individual con aspiraciones universales, antes bien, como un conjunto de individuos con competencia comunicativa que tienen derecho a participar en pie de igualdad en la deliberación sobre las normas a las que han de someterse.⁽¹⁴⁾ Como puede apreciarse, está situada en la tradición kantiana, aunque sustituyendo el imperativo categórico por el principio del discurso ético el cual se formula de la siguiente manera: “la validez de una norma requiere que todas las personas por ella afectadas acepten o puedan aceptar las consecuencias derivadas del seguimiento de la misma”. Hasta aquí el “credo habermasiano”. Acto seguido expondremos sólo algunas de las críticas presentadas a la ética discursiva.

B. Críticas a la ética del discurso

Luego de lo señalado surge la interrogante acerca del valor y la utilidad de la ética discursiva. Primeramente, ella como modelo de pensamiento posee un “valor heurístico”. Se presenta como uno de los principales esfuerzos por corregir las debilidades de la ética kantiana según las necesidades de la “modernidad”. Sin embargo, no se encuentra libre de oscuridades a nivel teórico y problemas de aplicación. Son muchas –y desde muy distintas ópticas– las críticas que pueden oponérsele. Ya hace algunos años en el marco de “La disputa del positivismo en la sociología alemana” (*Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie*) Hans Albert señaló algunas inconsistencias en el pensamiento de Habermas. Con todo, omitiremos ese punto por ser

(14) Cortina, Adela. *Ética comunicativa*, p. 183. En: *Concepciones de la Ética*. Trotta, Madrid, 2004.

previo a su “etapa discursiva”, y nos enfocaremos, únicamente, en tres críticas: el dogma de la igualdad, la “situación ideal del habla” y la problemática idea del consenso.⁽¹⁵⁾

1. El dogma de la igualdad

Un primer problema imputable a la ética del discurso se encuentra en que Habermas se aventura a afirmar, así sin más, la existencia de una posición de igualdad entre los individuos participantes en un discurso. En su desarrollo, hace de ella un estandarte y lo introduce con el único fin de mantener a flote la “situación ideal del habla”. Con ello, convierte a la idea de igualdad en un dogma, en algo que, en apariencia, es obvio e incuestionable, aún cuando el entorno nos muestra todo lo contrario.⁽¹⁶⁾

Habermas no aporta ningún argumento, y simplemente postula, por la libre, la existencia de una posición de igualdad entre los participantes de un discurso, cuando por el contrario, su existencia debería ser uno de los primeros puntos a dilucidar. De ese modo, nuestro autor, fundamenta su teoría en base a una idea que, por lo

(15) Las tres críticas aquí formuladas corresponden a un mismo problema, empero, hemos optado por dividir el razonamiento de Habermas a fin de mostrar que cada una de ellas –individualmente consideradas– presenta dificultades en su estructura que la tornan inadmisibles. Igualmente, abordaremos sólo las contradicciones de la “teoría en sí” y omitiremos el análisis de las “estrategias de inmunización lingüísticas” a las que Habermas ha echado mano a fin de tener siempre una eventual salida como lo es la estrategia del “Sí, pero no” y “No, pero sí”. Sobre este último punto muy clara la crítica de Haba Müller, Enrique Pedro. *Standortbestimmung zeitgenössischer Rechtstheorie-Rawls, Dworkin, Habermas und andere Mitglieder der Heiligen (Rede-) Familie*, p. 307. EN: *Rechtstheorie, System der Rechte, demokratischer Rechtsstaat und Diskurstheorie des Rechts nach Jürgen Habermas*, Habermas-Sonderheft, Hrsg. von Werner Krawietz/Gerhard Preyer, Band. 27, Heft 3, Duncker & Humblot, Berlin, 1996.

(16) La interrupción de la cadena argumentativa y la introducción de ese dogma, hace caer a Habermas en la tercera variante del “Trilema de Münchhausen” elaborado por Albert. Al respecto Albert, Hans. *Tratado sobre la razón crítica*. Traducción de Rafael Gutiérrez Girardot, Editorial Sur, Buenos Aires, 1973, pp. 25, 26.

demás, es sumamente dudosa y cuya adecuación a la realidad es más que cuestionable. La explicación de ese proceder se encuentra, muy probablemente, en algo que Russell ya había señalado: “El método de postular lo que uno necesita tiene muchas ventajas. Son las mismas que las del robo con respecto al trabajo honrado”.

2. La “situación ideal del habla”

Como mencionáramos anteriormente, la “situación ideal del habla” hace referencia a que cada participante se halla en las mismas condiciones para aportar sugerencias, ejemplos o críticas, a una determinada discusión. Supone, de esa manera, la existencia de un estado de igualdad entre una comunidad de sujetos.

Una suposición del tipo señalado contradice la experiencia, sin embargo, con ánimo de defenderla, ha llegado a afirmarse que no debe entenderse en sentido real, sino que es, simplemente, una idea regulativa en sentido kantiano, de la que no se sabe si podrá encarnarse alguna vez, pero por la que es racional orientar la acción ya que hunde sus raíces en la práctica.⁽¹⁷⁾ Es un presupuesto pragmático y por tanto, un componente del sentido y la validez de los actos de habla. Lo “racional” es adoptarla como orientación y canon para la crítica de nuestros diálogos reales. No obstante, incluso en esa línea, consideramos que una ficción tan grande no es el camino para guiar procesos discursivos. El concepto de “situación ideal del habla” es una idealización pésima; no considera ni la esencia de la disputa de opiniones, ni las condiciones para favorecer el progreso de la discusión misma.⁽¹⁸⁾

Al pensamiento de Habermas podría oponerse un autor que aún cuando no se encuentra exento de fuertes críticas, es mucho más realista respecto a dicho punto. En ese sentido, Luhmann ha señalado que el principal problema que se plantea hoy en día no es ya el de la corrección de las normas, sino el de la superación de la complejidad. Para Luhmann, una aproximación a partir de la teoría de sistemas no se detiene en la exigencia de ficciones como la “situación ideal del habla”, ni de búsqueda de consensos, sino que debe trabajar sobre las

(17) Cortina, *op. cit.*, p. 187.

(18) Weinberger, Ota. *Diskursive Demokratie ohne Diskursphilosophie*, p. 428. En: *Rechtstheorie, op. cit.*

limitaciones de cualquier sistema de discusión y mostrar las posibilidades de aumentar su utilidad mediante organizaciones alternativas del discurso.⁽¹⁹⁾

3. La problemática idea del consenso

Tanto el dogma de la igualdad, como la “situación ideal del habla”, conducen al tercer gran problema de la ética discursiva, esto es, la idea del consenso. Esta se presenta como sumamente problemática por varios motivos.

En una primera crítica que podríamos denominar teleológica, TUORI denuncia el arrogante fin que busca el consenso, en el tanto revela un problema que él denomina “condicionamiento cultural”. Este resulta familiar como consecuencia de las acusaciones de etnocentrismo que se dirigen contra el concepto de racionalidad comunicativa utilizado en la ética del discurso. En la sociedad moderna dicho problema está conectado con la diferenciación de culturas, y el análisis de las concepciones ético-jurídicas no puede limitarse a las estructuras generales de la conciencia en una única visión de mundo, antes bien, debe considerar las diferentes respuestas que brinda cada cultura.

Una segunda crítica enfatiza las dificultades metodológicas que giran alrededor del consenso. Siguiendo el razonamiento de Habermas, se tiene que éste consenso se formará alrededor del mejor argumento, empero, no se ofrece ninguna indicación acerca de aquello que lo caracteriza, ni del método para alcanzarlo. Ese principio postula que en el discurso existe siempre un argumento que goza de prioridad y, por lo tanto, habrá de ser el resultado del discurso, sin que sepamos cuál es. Ello conduce, en última instancia, a un principio vacío, que tan sólo nos dice que para cada discurso hay una solución, sin profundizar en su naturaleza.⁽²⁰⁾

(19) En ese sentido puede consultarse la discusión Habermas-Luhmann en Alexy Robert. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 131.

(20) Kern, Lucian. *De Habermas a Rawls. El discurso práctico y el modelo del contrato: una comparación desde la lógica de la decisión*, p. 142. En: *La*

Una última crítica es aquella que pone en tela de juicio la aplicabilidad y eficacia del consenso. Esta es esgrimida por Alexy para quien su carácter ideal, así como la posibilidad de engañarse sobre la medida de su cumplimiento, muestra que ningún consenso producido tácticamente es una garantía de validez en los resultados de un discurso. Las reglas señaladas no indican cómo debe por ejemplo resolver un jurista un caso determinado. De aquí se podría concluir que, si bien la teoría de Habermas describe un bello ideal, sirve de muy poco en la práctica de la argumentación moral cotidiana y en la jurisprudencia.⁽²¹⁾ En ese sentido como indica Weinberger: “El consenso no es ninguna verdad o criterio de corrección, sino sólo el indicio de una retórica eficaz. La práctica de la democracia no debe concentrarse exclusivamente en la búsqueda del consenso, sino también en las diferencias de opinión y en el disenso”.⁽²²⁾

Más allá de las críticas apuntadas, podemos agregar que Habermas se facilita en exceso las cosas y en su teoría introduce afirmaciones sin explicar claramente su origen o su correspondencia con la realidad. Contrario a lo que él pareciera asumir, la suposición del consenso es inaplicable y por el contrario, constituye uno de los problemas más serios del discurso político real.⁽²³⁾ Con la presentación

justicia: ¿discurso o mercado? Los nuevos enfoques de la teoría contractualista. Traducción Ernesto Garzón Valdés, Gedisa, Barcelona, 2000.

- (21) Alexy, *op. cit.*, p. 137.
- (22) Weinberger, *op. cit.*, p. 429. Asimismo, tal como indica Kaufmann: “También la teoría del discurso o del consenso muestra, si se utiliza la lupa, que los contenidos vienen de la experiencia, en lo fundamental en todo caso. Quien crea que los ha inferido sólo de la forma, del procedimiento, sucumbe ante un autoengaño. Los contenidos provienen –cuando menos– de la experiencia, pero no tienen valor absoluto. Los esfuerzos de Habermas, Apel, Höffe y muchos otros por suministrar una fundamentación final, a los enunciados morales y jurídicos (y ciertamente de contenido), significan un exceso intelectual, que nadie puede alcanzar. Tampoco el principio de consenso garantiza ninguna verdad (exactitud) en última instancia, sino nada más que plausibilidad, como probabilidad, como decisión riesgosa.” Kaufmann, Arthur. *La filosofía del derecho en la posmodernidad.* Traducción de Luis Villar Borda, Temis, Bogotá, 2007, p. 51.
- (23) Rehg, William. *The Place of Consensus in Democratic Legitimation: A Recommendation*, p. 467. En: *Rechtstheorie*, *op. cit.*

Revista de Ciencias Jurídicas N° 120 (141-166) setiembre-diciembre 2009

precedente acerca de la ética discursiva, es posible abordar el tema propuesto al inicio de este ensayo: “¿puede la ética discursiva aportar algo al debate sobre los problemas de corrección normativa?”. De ello nos ocuparemos a continuación.

III. DE LA CORRECCIÓN NORMATIVA A TRAVÉS DEL DISCURSO

Las consideraciones llevadas a cabo nos proporcionan la base para examinar un problema concreto desde la ética discursiva. El tema elegido corresponde a la corrección normativa. Pretendemos con ello evidenciar dos aspectos que, por lo demás, pueden parecer evidentes pero que de sólo son olvidados. En primer lugar, la reflexión ética no es una abstracción irrelevante ni una labor exclusiva de teóricos y segundo, su análisis refresca la discusión en torno a temas que han sido relegados. Estudiaremos, inicialmente, algunos aspectos de la idea de participación popular y su importancia en el régimen democrático, así como uno de los principales vicios de corrección normativa que ha derivado de esa falta de participación. Posteriormente, investigaremos si la ética discursiva puede aportar alguna luz sobre ese problema.

A. Democracia, participación y problemas de legitimidad

Las nociones de democracia y participación política se encuentran estrechamente vinculadas. El ejercicio del poder político y el punto de partida para la legitimación de este poder no deben atribuirse a unos pocos, sino a todos los miembros del pueblo en común y del mismo modo. La igualdad de participación es imprescindible para la democracia. Si la democracia se funda en la libertad y en la autodeterminación, tiene que tratarse en ella de una libertad igual y de una autodeterminación, para todos; democracia significa aquí y siempre, participación e igualdad en la libertad.⁽²⁴⁾

Esa democracia se concreta en contenidos que afectan a las condiciones de la formación de la voluntad política, la cual se asegura a través de garantías formales y procedimentales, a saber: la libertad de participación democrática de todos los ciudadanos en la formación de

(24) Böckenförde, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Traducción de Rafael de Agapito Serrano, Trotta, Madrid, 2000, p. 83.

CAMPOS ZAMORA: Ética del discurso y corrección normativa

la voluntad política y las correspondientes garantías complementarias de la libertad de opinión, de prensa e información, de reunión y de asociación.⁽²⁵⁾ Dicho fundamento garantiza una apertura duradera del proceso político; hace que las decisiones a favor de un determinado contenido –se hayan tomado en un sentido u otro–, sean revisables y puestas en cuestión, (re)consideradas, modificadas o confirmadas.

La igualdad de participación que implica y exige la democracia se refiere a la posibilidad de alcanzar el poder político que se ejerce en órganos y cargos estatales. Su principio fundamental es el de asegurar la igualdad de oportunidades para ejercerlo, o bien asegurar el disfrute de aquellos derechos que tienen a este como su objeto: a los derechos políticos de participación. En este terreno el principio de participación y el consiguiente derecho de cooperación adquieren, en unión del principio de igualdad, una importancia extraordinaria como elemento fundamental en la construcción de un Estado democrático participativo.⁽²⁶⁾

La democracia no puede considerarse cancelada por el mero hecho de que se tomen decisiones injustas por su contenido, pero sí cuando se olvida que el Estado es un conjunto de personas, sustentado por los miembros que pertenecen a él y configurado por la colaboración de todos realizada en las formas previstas para ello. El Estado se encuentra con cada uno de sus miembros en una relación jurídica, que origina derechos y deberes.⁽²⁷⁾ Este es un punto que ya había anticipado Jellinek en su célebre “Sistema de los Derechos Públicos Subjetivos” (*System der subjektiven öffentlichen Rechte*).⁽²⁸⁾ En el marco de ese sistema, esboza la tesis de que cada individuo se encuentra en una relación específica con el Estado, de acuerdo a sus propias características, relación que denomina “Status”.⁽²⁹⁾

(25) Böckenförde, *Loc. cit.*

(26) Larenz, Karl. *Derecho Justo. Fundamentos de ética jurídica*. Traducción de Luis Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 1985, p. 132.

(27) Larenz, *op. cit.*, p. 133.

(28) Jellinek, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Scientia, Aalen, 1919. Sosa Wagner, Francisco. *Maestros alemanes del Derecho Público*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 169.

(29) Según Jellinek, existen cuatro tipos de relaciones ciudadano-Estado, las que dan origen, a su vez, a cuatro status: un status subiectionis, un status

Existiría un “status activo” (*status activae civitatis*) caracterizado, esencialmente, por la competencia otorgada a un individuo. Para que el sujeto se encuentre en dicha posición jurídica, deben otorgársele capacidades ubicadas fuera de su libertad natural, competencias que, en primer término, deberían corresponder únicamente al Estado en el ejercicio de sus “potestades de imperium”. La condición de ciudadano implica, a partir de allí, un protagonismo en la determinación de la política y se materializa en una cesión de competencias, que le permiten participar en la construcción de la voluntad estatal.

Pero basta de utopías. Sostener que los conceptos de “democracia” y “participación” funcionan al estilo de casos paradigmáticos, no parece tener correlato con los datos de la experiencia diaria. Ante la imposibilidad de una participación directa de la totalidad de los ciudadanos en la vida política, ha surgido –no sin razón– la participación delegada en la cual los representantes deben velar por los intereses de sus representados y proponer el diálogo con respecto a cuestiones consideradas “de importancia nacional”. No obstante, esa representación no siempre se ha ajustado al modelo concebido y en la práctica algunos vicios han tenido lugar, siendo uno de los principales el denominado “síndrome de Moisés”. Cuenta la Biblia en el libro del Éxodo que:

“Al tercer mes de la salida de los hijos de Israel de la tierra de Egipto, en el mismo día llegaron al desierto del Sinaí. Habían salido de Refidim, y llegaron al desierto del Sinaí, y acamparon en el desierto; y acampó allí Israel delante del monte. Y descendió Jehová sobre el monte Sinaí y llamó a Moisés a la cumbre del monte y Moisés subió. (Éxodo 19, 1-3). Y Jehová dijo a Moisés: Desciende, ordena al pueblo que no traspase los límites para ver a Jehová, porque caerá multitud de ellos. (Éxodo 19, 20-22). Y habiendo hecho las prevenciones respectivas al pueblo, subió de nuevo Moisés para recibir las tablas de la Ley, mientras todo el pueblo observaba el estruendo y los relámpagos, y el sonido de la bocina, y el monte que humeaba; y viéndolo el pueblo temblaron, y se pusieron de lejos (Éxodo 20, 18-19)”.

libertatis, un status civitatis y, por último, un status activae civitatis. Analizaremos aquí únicamente este último por ser el que concierne directamente a la participación política.

CAMPOS ZAMORA: Ética del discurso y corrección normativa

Esa misma historia se repite hoy en día en el contexto jurídico. Al igual que en esa época se retira el legislador del pueblo –quienes irónicamente serán los obligados por la norma– y se ve poseído por el “espíritu de la ley”. En su retiro no debe ser perturbado por las intervenciones de sujetos ajenos a su discurso. Las voces de estos quedan ahogadas por la prohibición de traspasar los límites de su retiro y tanto hoy como ayer ese proceso se hace acompañar de estruendos, relámpagos y montes humeantes, signos que, en definitiva, intimiden al pueblo con el objetivo de que no ose molestar al legislador quebrantando el lugar santo en que se determinará el orden jurídico.⁽³⁰⁾

La historia nos enseña una aberración desde el punto de vista democrático-discursivo y muestra claramente a qué nos referimos al hablar de problemas de corrección normativa en este caso específico falta de legitimidad. Un grupo ha reservado para sí la facultad de imponer una determinada forma de actuar a sus semejantes, lo que estos desean o necesitan es absolutamente irrelevante en el discurso oficial y quien ose enfrentarse a él, debe prepararse para lo peor.

La consecuencia de que se limite o impida a los ciudadanos el ejercicio de su autonomía pública –fundamento de la democracia– es la pérdida o carencia de legitimidad desde la perspectiva democrático-discursiva.⁽³¹⁾ El discurso que se origina, en el ejercicio de la autonomía pública, es un parámetro de crítica de las leyes que se emitan en un sistema jurídico determinado y pone de manifiesto que allí donde la ley adolezca de dicha legitimidad, ésta ha perdido de vista su fin y su vigencia obedece a motivos del más diverso tipo, convirtiéndose, tal como anticipaba Rodell, en un aparato de dominación:

“En tiempo de las tribus, eran los curanderos. En la Edad Media, fueron los sacerdotes. Hoy son los abogados. En cada época existe un grupo de muchachos brillantes, conocedores de su negocio y celosos de sus conocimientos, que mezclan competencia técnica con fina y simple charlatanería para erigirse en amos de sus semejantes. En cada época

(30) Rivero Sánchez, Juan Marcos. *(¿Muchas?) nueces... ¡poco ruido! Reflexiones sobre el estado actual del discurso jurídico penal costarricense*. Editorial Jurídica Continental, San José, 2002, p. 62.

(31) Rivero Sánchez. *Diez tesis sobre la violencia y el derecho*, op. cit., p. 34.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 120 (141-166) setiembre-diciembre 2009

una autocracia pseudointelectual, ocultando a los no iniciados los secretos de su negocio, se las arregla para manejar a su gusto la civilización de su tiempo. Son los abogados quienes rigen la nuestra: nuestros gobiernos, nuestros negocios, nuestras vidas privadas. La mayor parte de los legisladores son abogados: hacen nuestras leyes. La mayor parte de los presidentes, gobernadores, intendentes, así como sus consejeros y asesores son abogados: ellos administran nuestras leyes. Los jueces son abogados: interpretan y aplican nuestras leyes. No hay separación de poderes en lo que a abogados se refiere”.⁽³²⁾

B. Un intento de corrección normativa por vía de discursividad

La ética del discurso intenta tender un puente entre los planos de la moral y el derecho. Mientras el derecho puede solucionar los problemas de “imputación” e “institucionalización” que afectan al discurso moral, esta, a su vez, puede contribuir a solventar los problemas jurídicos de “legitimidad normativa”.⁽³³⁾

El problema de la imputación refiere que en los discursos morales, la validez se evalúa bajo la premisa de que todos los concernidos deben seguir normas válidas. Una norma sólo puede imputarse válida cuando alguien esta seguro que los demás también se verán obligados a seguirla. La moral, por su naturaleza, no puede garantizar que sus normas serán cumplidas. Esta deficiencia puede superarse transformando las normas morales en normas jurídicamente obligatorias.

El problema de la institucionalización es distinto. En este se acepta que el discurso moral está basado sobre ciertos presupuestos contrafácticos que nunca pueden darse por completo en la realidad, en esta los discursos están sometidos a diversas restricciones (temporales,

(32) Rodell, Fred. *¡Ay de vosotros, abogados!*. Traducción de Carlos Alberto Benites, Depalma, Buenos Aires, 1966, p. 25.

(33) Tuori, Kaarlo. *Positivismos crítico y derecho moderno*. Traducción de David Mena, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, México D.F., 1998, p. 93.

CAMPOS ZAMORA: Ética del discurso y corrección normativa

espaciales, sociales, etc.). En orden a permitir la solución discursiva de problemas morales prácticos, los discursos deben institucionalizarse mediante instrumentos definidos: reglas que regulen el principio y el fin de los discursos, los participantes en los mismos, los pasos argumentativos, el procedimiento de toma de decisiones, etc. La institucionalización requerida no se encuentra en el sistema de la moral, ella debe provenir del derecho.

Desde la perspectiva jurídica, la moral –en el marco de la ética discursiva– contribuye a solventar uno de los conflictos más serios de corrección normativa, cual es el “problema de la legitimidad” (e.g. síndrome de Moisés). Se toma como punto de partida la relación entre los procedimientos jurídicos y aquellos que la misma teoría ha diseñado para la solución de las cuestiones morales problemáticas. La teoría jurídico-discursiva no se limita a sostener simplemente que las normas y los juicios jurídicos reclaman una pretensión de validez análoga a la de las normas y los juicios morales. Mantiene además que los procedimientos jurídicos pueden caracterizarse como discursos morales institucionalizados. Ello implica que el propio derecho ha adoptado, institucionalizado, el criterio de legitimidad formulado sobre la base de la ética discursiva; el concepto de legitimidad normativa no es, pues un patrón externo al derecho moderno, sino un requisito interno que abre la posibilidad de la llamada crítica inmanente del derecho.⁽³⁴⁾

El aporte de la ética discursiva al plano jurídico y especialmente al tema de la corrección normativa, consiste principalmente en denunciar un problema cual es la ausencia de legitimidad. Los procesos discursivos-delegados deben ser cuidadosamente vigilados ante el riesgo de desembocar en abusos. El discurso que se origina en la autonomía pública, es un parámetro de crítica de las leyes que se emitan en un sistema jurídico, y en aquellos casos en que se limite o impida a los ciudadanos el ejercicio de su autonomía pública, la ley carece de legitimidad desde la perspectiva democrático-discursiva, obedeciendo a criterios de Estado, imperativos políticos, presiones económicas, mas no a criterios democráticos.

El problema de esa visión radica en su incapacidad de superar las críticas enfiladas contra la ética discursiva. Su aplicación al campo del derecho no logra sortear los inconvenientes señalados anteriormente

(34) Tuori, *op. cit.*, p. 94.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 120 (141-166) setiembre-diciembre 2009

(ideas de “igualdad”, “situación ideal del habla” y “consenso”), más grave aún, trascendiendo el ámbito de la moral y adentrándonos en terrenos jurídicos, a estos se suman dos nuevos problemas.

El primero consiste en que el sistema jurídico real no funciona en la forma en que Habermas parece suponer. El proceso de creación normativa no es homogéneo y su elaboración no se lleva a cabo de manera pura. La búsqueda de un consenso a partir de “premisas racionales” no es, en definitiva, lo que guía al legislador. Tal como denunciara con agudeza Nieto:

“Existen, sin duda, ciudadanos que creen a pies juntillas que la Ley es obra del pueblo o, al menos, fruto de las discusiones de razón que se celebran en el Congreso. Es muy dudoso, no obstante, que piensen lo mismo los diputados que han asistido a tales “discusiones” después de haber participado en las negociaciones secretas que las preceden: regateos con los sindicatos, concesiones a partidos no gubernamentales dispuestas a votarlas a cambio de otras ventajas, sobornos personales directos, sugerencias de la banca [...] Hay que ser muy ciego o muy consentidor para aceptar la imputación de paternidades tan inverosímiles como la “voluntad popular””.⁽³⁵⁾

Las dificultades a que se enfrenta Habermas no son combatibles ni con más “ética discursiva”, “acción comunicativa”, “racionalidad discursiva”, “situación ideal del habla”, “consenso”, “discurso práctico”, “universalización”, etc. Aún cuando todos los conflictos de comunicación (socioeconómicos, antropológico-culturales, etc.), se solucionaran el día de mañana, los verdaderos problemas políticos apenas si se verían aludidos. No serán derrumbados con nueva terminología, ni se disolverán en el lenguaje, estos son, si se quiere ver así, más pedestres (voluntad política, recursos económicos, estructuras mentales, etc.).

El segundo gran inconveniente consiste en que incluso aceptando que el sistema jurídico funciona, como Habermas expone, en base a parámetros racionales a través de los cuales es posible alcanzar acuerdos

(35) Nieto, Alejandro. *Balada de la Justicia y la Ley*, Trotta, Madrid, 2002, p. 20.

CAMPOS ZAMORA: Ética del discurso y corrección normativa

y consensos, con la teoría en cuestión se obtiene una mayor legitimidad en las normas jurídicas; empero, esa es sólo una arista del problema de la corrección normativa, la cuestión del contenido es ignorada, siendo perfectamente concebible un sistema con un alto grado de legitimidad, sin que ello implique que sus normas sean correctas.

La ética del discurso como ética procedimental no reflexiona acerca de contenidos morales –como sí lo hace una ética material-sustancial– sino únicamente sobre los procedimientos empleados para definir si una norma ha nacido correctamente según parámetros de legitimidad. De las dos facetas del fenómeno moral –contenido y forma– Habermas atiende sólo a la segunda. El criterio de corrección normativa no debe entenderse únicamente como una institucionalización que presta atención a aspectos formales y deja de lado las dimensiones teleológica y axiológica en la creación de normas jurídicas. La debilidad de la ética discursiva radica en creer que una renuncia a la experiencia y al contenido es posible. La complementación es indispensable. Se requiere de un modelo de convergencia que unifique los aspectos formales con el contenido, pues contrario a lo que Habermas como “guardián de la racionalidad”, pretende, el contenido no puede deducirse de la forma.

Ante ese panorama, debe buscarse una ética que conjugue tanto lo procedimental como el contenido, y en la cual este último venga dado por la idea del Ser Humano –el Ser Humano como persona, por simple que parezca–, sólo en él, y no en situaciones ideales del habla, consenso o discurso, deben fundar la ética y el derecho su verdadera racionalidad. La idea de discurso siempre es necesaria, mas no bajo la forma de una ficción, sino a manera de comunidades reales en las cuales se intercambien experiencias y convicciones. Es claro que ello necesita ya no de una base a partir de ideas regulativas, sino de un fundamento empírico.⁽³⁶⁾

IV. CONCLUSIONES

La mejor forma de arrojar luz acerca del pensamiento de un autor consiste en el estudiarlo (estudiar su obra) en el marco de un problema concreto, a fin de averiguar si sus tesis inciden en la realidad, o si se mantienen como simple “juego académico”. Al iniciar este ensayo nos

(36) Kaufmann, *op. cit.*, p. 71.

propusimos reseñar las ideas principales de Habermas y su ética discursiva, con el objetivo de determinar si más allá de problemas lógico-argumentativos (falacias, contradicciones, etc.), esta tenía aplicación a situaciones de la vida real.

Habermas aporta algunas ideas interesantes en el campo de la fundamentación ética al ir más allá del imperativo categórico e intentar sustituirlo por un supuesto de intersubjetividad. En el plano jurídico, su mérito descansa en la denuncia a los problemas de legitimidad normativa y en ser un mecanismo de control –a nivel ideal– en la creación de la ley. Sin embargo, su teoría falla constantemente ante su déficit de realidad y al pasar del plano ético al de la corrección normativa se autocondena al fracaso. Se detiene en su función crítica, y la opción que plantea no alcanza el nivel de una propuesta seria de acuerdo a las posibilidades que ofrece la sociedad contemporánea. Cabría preguntarse entonces, “¿es implementable la ética discursiva en un plano político real?”, o bien “¿existe interés porque ello sea así en una realidad política que muestra grupos excluidos por doquier?” Evidentemente la respuesta es “no” para ambos casos.

La ética del discurso como ética procedimental no logra esquivar los problemas que siempre se han imputado a éstas. En su afán de conseguir mayor legitimidad descuida el contenido y no propone salidas reales a equívocos colectivos y consensuados –legítimos discursivamente hablando– en los cuales más allá de buscar la corrección material, se apuesta simplemente al orden y a la seguridad jurídica –en el peor de los sentidos de este término–, situación que hace recordar la acertada observación de Höffe quien parafraseando a Kant refiere: “Incluso un pueblo de demonios requiere un Estado”.⁽³⁷⁾

(37) Höffe, Otfried. *Justicia política*. Traducción de Carmen Innerarity, Paidós, Barcelona, 2003, p. 152. En realidad Kant afirma: “El problema del establecimiento del Estado tiene solución, incluso para un pueblo demonios, por muy fuerte que suene (siempre que tengan entendimiento), y el problema se formula así: ordenar una muchedumbre de seres racionales que, para su conservación, exigen conjuntamente leyes universales, aún cuando cada uno tienda en su interior a eludir la ley, y establecer su constitución de modo tal que, aunque sus sentimientos particulares sean opuestos, los contengan mutuamente de manera que el resultado de su conducta pública sea el mismo que si no tuvieran tales malas inclinaciones”. Kant, Immanuel. *Sobre la paz perpetua*. Traducción de Joaquín Abellán, Alianza, Madrid, 2006, p. 74.

CAMPOS ZAMORA: Ética del discurso y corrección normativa

V. BIBLIOGRAFÍA

- Albert, Hans. *Tratado sobre la razón crítica*. Buenos Aires, Editorial Sur, 1973.
- Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- Atienza, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- Böckenförde, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid, Trotta, 2000.
- Cortina, Adela. *Ética comunicativa*. En: *Concepciones de la Ética*. Trotta, Madrid, 2004.
- Falcón y Tella, María José. *Concepto y fundamento de la validez del derecho*. Madrid, Civitas, 1994.
- Haba Müller, Enrique Pedro. *Standortbestimmung zeitgenössischer Rechtsbeorie-Rawls, Dworkin, Habermas und andere Mitglieder der Heiligen (Rede-) Familie*. En: *Rechtstheorie, System der Rechte, demokratischer Rechtsstaat und Diskurstheorie des Rechts nach Jürgen Habermas, Habermas-Sonderheft*, Hrsg. von Werner Krawietz/Gerhard Preyer, Band. 27, Heft 3, Duncker & Humblot, Berlin, 1996.
- Habermas, Jürgen. *Aclaraciones a la ética del discurso*. Madrid, Trotta, 2000.
- Habermas, Jürgen. *Escritos sobre moralidad y eticidad*. Barcelona, Paidós, 1991.
- Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en términos de teoría del discurso*. Madrid, Trotta, 2005.
- Habermas, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Tomo I, México, Taurus, 1985.
- Habermas, Jürgen. *Communication and the evolution of society*. Boston, Beacon Press, 1979.
- Heine, Heinrich. *Schriften über Deutschland*. Werke 4, Frankfurt am Main, Insel Verlag, 1968.
- Höffe, Otfried. *Justicia política*. Barcelona, Paidós, 2003.
- Jellinek, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Aalen, Scientia, 1919.
- Kant, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Madrid, Espasa-Calpe, 1963.
- Kant, Immanuel. *Crítica de la razón pura*. Buenos Aires, Lozada, 1983.

Revista de Ciencias Jurídicas Nº 120 (141-166) setiembre-diciembre 2009

- Kant, Immanuel. *Sobre la paz perpetua*. Madrid, Alianza, 2006.
- Kaufmann, Arthur. *La filosofía del derecho en la posmodernidad*. Bogotá, Temis, 2007.
- Kern, Lucian. *De Habermas a Rawls. El discurso práctico y el modelo del contrato: una comparación desde la lógica de la decisión*. En: *La justicia: ¿discurso o mercado? Los nuevos enfoques de la teoría contractualista*. Traducción Ernesto Garzón Valdés, Gedisa, Barcelona, 2000.
- Larenz, Karl. *Derecho Justo. Fundamentos de ética jurídica*. Madrid, Civitas, 1985.
- Nieto, Alejandro. *Balada de la Justicia y la Ley*. Madrid, Trotta, 2002.
- Rehg, William. *The Place of Consensus in Democratic Legitimation: A Recommendation*. En: *RECHTSSTHEORIE, System der Rechte, demokratischer Rechtsstaat und Diskurstheorie des Rechts nach Jürgen Habermas*, Habermas-Sonderheft, Hrsg. von Werner Krawietz/Gerhard Preyer, Band. 27, Heft 3, Duncker & Humblot, Berlin, 1996.
- Rivero Sánchez, Juan Marcos. *(¿Muchas?) nueces... ¡poco ruido! Reflexiones sobre el estado actual del discurso jurídico penal costarricense*. San José, Editorial Jurídica Continental, 2002.
- Rivero Sánchez, Juan Marcos. *Diez tesis sobre la violencia y el derecho*. En: *Nuevo Proceso Penal y Constitución*. Investigaciones Jurídicas, San José, 1998.
- Rodell, Fred. *¡Ay de vosotros, abogados!* Buenos Aires, Depalma, 1966.
- Sáez Rueda, Luis. *Movimientos filosóficos actuales*. Madrid, Trotta, 2001.
- Schroth, Ulrich. *Probleme und Resultate der Hermeneutik-Diskussion*. En: *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Herausgegeben von Arthur Kaufmann und Winfried Hassemer, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg-Karlsruhe, 1997.
- Sosa Wagner, Francisco. *Maestros alemanes del Derecho Público*, Madrid, Marcial Pons, 2002.
- Tuori, Kaarlo. *Positivismismo crítico y derecho moderno*. México D.F., Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, 1998.
- Weinberger, Ota. *Diskursive Demokratie ohne Diskursphilosophie*. En: *Rechtstheorie, System der Rechte, demokratischer Rechtsstaat und Diskurstheorie des Rechts nach Jürgen Habermas*, Habermas-Sonderheft, Hrsg. von Werner Krawietz/Gerhard Preyer, Band. 27, Heft 3, Duncker & Humblot, Berlin, 1996.

DÍAZ MOLINA: El financiamiento del terrorismo

EL FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO

Licda. Jenory Díaz Molina
Abogada costarricense

(Recibido 07/08/08; aceptado 26/11/08)

e-mail: jenorydm@yahoo.com

Teléfono 2226-2137.

RESUMEN

El sector financiero aplica actualmente medidas preventivas contra el delito de lavado de dinero. Hoy día es necesario ampliar esos controles para abarcar también el delito de financiamiento del terrorismo, tomando en consideración las similitudes y diferencias entre ambos. Costa Rica recientemente tipificó el delito de financiamiento del terrorismo con el fin de cumplir con compromisos internacionales.

Palabras clave: financiamiento del terrorismo, lavado de dinero, sector financiero, recomendaciones especiales del GAFI, convenios internacionales.

ABSTRACT

Presently, financial institutions are applying measures to prevent money laundering. Now, it is necessary to extend these controlling measures to include financing of terrorism, considering both the similarities and differences existing between them. In order to comply with international treaties, Costa Rica has recently defined financing of terrorist as a crime.

Key words: financing of terrorism, money laundering, financial institutions, FATF special recommendations, international treaties.

SUMARIO

- I. Introducción
- II. Sobre el delito de terrorismo
- III. Normativa internacional sobre el financiamiento del terrorismo
- IV. Recomendaciones Especiales del GAFI I y II
- V. Similitudes entre el lavado de dinero y financiamiento del terrorismo
- VI. Diferencias entre el lavado de dinero y el terrorismo
- VII. Informe de Evaluación Mutua del GAFIC de mayo de 2007
- VIII. Ley de fortalecimiento de la legislación contra el terrorismo, N° 8719, 2009
- IX. Consideraciones finales

Bibliografía



DÍAZ MOLINA: El financiamiento del terrorismo

I. INTRODUCCIÓN

En el año 2005, el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) Kofi Annan, con motivo de la conmemoración del primer año del ataque terrorista con bombas cometidos en la estación de Atocha, propuso en Madrid una estrategia contra el terrorismo que incluye negar a los terroristas los medios para llevar a cabo un ataque.⁽¹⁾

En Costa Rica, a partir del 16 de marzo existe el delito de financiamiento del terrorismo, como resultado de los impactantes acontecimientos mundiales de los últimos años actualmente tal conducta es perseguible penalmente, al igual que lo son determinados actos terroristas, relacionados con secuestro de naves, secuestro extorsivo, explosión, incendio y similares. La Ley de fortalecimiento de la legislación contra el Terrorismo, N° 8719, publicada el 16 de marzo de 2009, incorpora el delito de financiamiento al terrorismo al ordenamiento jurídico penal, tal legislación ha surgido por la presión de organismos de derecho internacional para que el país cumpliera con los compromisos y los estándares internacionales y particularmente con los del Grupo de Acción Financiera Internacional contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo. Este artículo aborda las implicaciones en el sector financiero de la temática del financiamiento del terrorismo.

Costa Rica firmó y ratificó la *Convención Internacional para la represión de la financiación del terrorismo* (Nueva York, 1999). En su derecho interno, Costa Rica ha tipificado el delito de financiamiento del terrorismo, debido fundamentalmente a las presiones del Grupo Egmont⁽²⁾ para que se tipificara el delito, so pena de dejar por fuera a Costa Rica de esa organización.

En el sector financiero, la incorporación del delito al ordenamiento jurídico costarricense, no puede verse con indiferencia

(1) Tomado de Internet el 24-10-2007 de:
<http://www.un.org/spanish/terrorism/framework.shtml>

(2) El Grupo Egmont (GE) es la instancia que reúne a las Unidades de Inteligencia Financiera del mundo, fija los principios y mejores prácticas para el intercambio de información entre dichas unidades. La información intercambiada entre las UIFs podrá ser utilizada únicamente para los fines para los que fue obtenida o suministrada.

porque implica un reforzamiento de los controles en materia de legitimación de capitales, que como se verá tiene la peculiaridad de que los fondos pueden provenir de una actividad lícita o ilícita.

II. SOBRE EL DELITO DE TERRORISMO

La dificultad de definir el delito de terrorismo es evidente, sin embargo, los términos de la Convención de Nueva York, son suficientemente amplios al incluir tanto una **definición de terrorismo** como una lista de **actos terroristas**. Según esa Convención, es **terrorismo** *“Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo”*, y son **actos terroristas** los incluidos en los tratados enumerados en su anexo, entre los más importantes se encuentran los siguientes:

1. Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves (“Convenio de Tokio”) de 1963 seguridad de la aviación.
2. Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (“Convenio de Montreal”) de 1971, relativo a los actos de sabotaje aéreo, como explosiones de bombas a bordo de una aeronave en vuelo.
3. Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (1973) relativa a los ataques contra altos funcionarios de gobierno y diplomáticos.
4. Convención internacional contra la toma de rehenes (“Convención sobre los rehenes”) de 1979.
5. Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil de 1988.

DÍAZ MOLINA: El financiamiento del terrorismo

6. Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (1988) relativo a las actividades terroristas en los buques.
7. Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas de 1997.

III. NORMATIVA INTERNACIONAL SOBRE EL FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO

A continuación se citan algunos de los instrumentos internacionales que contemplan normas relacionadas propiamente con el financiamiento del terrorismo.⁽³⁾

- a) *Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) de 1999*

De conformidad con el artículo 2 del citado convenio:

“Comete delito en el sentido del presente Convenio quien por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer:

- a) *Un acto que constituya un delito comprendido en el ámbito de uno de los tratados enumerados en el anexo y tal como esté definido en ese tratado; o*
- b) *Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo”.*

(3) Naciones Unidas, Oficina contra la droga y el delito. *Textos de las Convenciones Universales de las Naciones Unidas Contra el Terrorismo y de la Convención Interamericana contra el Terrorismo*. San José, 2004.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 120 (167-186) setiembre-diciembre 2009

b) *La Declaración y Convención Interamericana Contra el Terrorismo del 2002*

Este Convenio obliga a los Estados a “*establecer un régimen jurídico y administrativo para prevenir, combatir y erradicar la financiación del terrorismo y para lograr una cooperación internacional efectiva al respecto*”.

c) *La Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de la ONU del 28 de setiembre 2001*

Esta resolución fue emitida en el año 2001 después del ataque a las Torres Gemelas en Nueva York, la resolución requiere de los Estados:

1. Tipificar como delito la provisión por cualesquiera medios, de fondos para perpetrar actos de terrorismo;
2. Congelar los fondos de personas o entidades que participen en o faciliten actos de terrorismo;
3. Prohibir a todas las personas en sus territorios que pongan fondos, recursos financieros o económicos, o servicios financieros o servicios conexos, a disposición de las personas que cometan o intenten cometer actos de terrorismo o faciliten su comisión o participen en ella;
4. Negar refugio a quienes financian o prestan apoyo a actos de terrorismo; y
5. Asegurar el enjuiciamiento de toda persona que participe en la financiación de actos de terrorismo y que el castigo que se imponga corresponda a la gravedad de esos actos de terrorismo.

d) *La Resolución 1390 del Consejo de Seguridad de la ONU del 16 de enero del 2002*

Esta resolución mantiene las medias emitidas en la resolución 1373, y requiere además de los Estados: “*Congelar sin demora los fondos*”.

e) *La Resolución 1455 del Consejo de Seguridad de la ONU del 17 de enero del 2003*

DÍAZ MOLINA: El financiamiento del terrorismo

Esta resolución en lo que aquí interesa solicita la actualización de los datos de identificación de los terroristas.

f) *La Resolución 1456 del Consejo de Seguridad de la ONU del 20 de enero del 2003*

Esta resolución, en lo que aquí interesa, dispone que “3. *Los Estados tienen que llevar ante la justicia a quienes financien, planeen, apoyen o cometan actos terroristas o proporcionen refugio seguro, de conformidad con el derecho internacional y en especial basándose en el principio de extradición o enjuiciamiento*”.

g) *Recomendaciones Especiales del GAFI*

Se agregan a las conocidas 40 Recomendaciones del GAFI, 9 Recomendaciones Especiales para combatir el financiamiento del terrorismo, cabe destacar que además se solicita a los países que participen en un ejercicio de auto evaluación sobre la aplicación de esas recomendaciones.

IV. RECOMENDACIONES ESPECIALES DEL GAFI I Y II

Establecen esas recomendaciones lo siguiente:

I. Todos los países deben dar los pasos inmediatos para ratificar y ejecutar plenamente la Convención Internacional de las Naciones Unidas de 1999 para la Eliminación del Financiamiento del Terrorismo. Los países también deben poner en práctica de forma inmediata las resoluciones de las Naciones Unidas relacionadas con la prevención y eliminación del financiamiento de actos terroristas, particularmente la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

II. Todos los países deben tipificar el financiamiento del terrorismo, de los actos terroristas y de las organizaciones terroristas. Los países deben asegurar que estos delitos sean designados como delitos precedentes de lavado de dinero.

Según la nota interpretativa de la Recomendación Especial II debe entenderse por **fondos**: “*los activos de toda clase, ya sea tangibles o intangibles, muebles o inmuebles, como fuera que hayan sido adquiridos, y documentos o instrumentos legales de cualquier clase,*

Revista de Ciencias Jurídicas N° 120 (167-186) setiembre-diciembre 2009

incluyendo electrónico o digital, que evidencien derecho a, o con interés en, dichos activos, incluyendo pero no limitado a, créditos bancarios, cheques de viajero, cheques bancarios, órdenes de pago, acciones, valores, bonos, letras de cambio, cartas de crédito”.

Adicionalmente, la Nota establece:

- “6. *El delito de financiamiento del terrorismo no debería requerir que los fondos: (i) fueran efectivamente utilizados para realizar o intentar un acto terrorista, o (ii) sean vinculados a un acto terrorista específico.*
- 7. *También debería considerarse un delito la tentativa de cometer el delito de financiamiento del terrorismo”.*
- “9. *El financiamiento del terrorismo debería ser delito precedente del lavado de activos”.*
- “11. *La Ley debería permitir que el elemento intencional del delito de financiamiento del terrorismo sea inferido de circunstancias de hecho objetivas”.*
- “13. *El hecho de que las personas jurídicas estén sujetas a responsabilidad penal no debería eludir la posibilidad de procesos penales, civiles o administrativos paralelos en aquellos países donde se dispone de más de una forma de responsabilidad.*
- 14. *Las personas físicas y jurídicas deberían estar sujetas a sanciones penales, civiles o administrativas efectivas, proporcionales y disuasivas”.*

Hay que reconocer que desde el punto de vista preventivo es ciertamente difícil para las entidades del sector financiero conocer previamente el destino de esos fondos, sin embargo, existen algunos ejercicios de tipología⁽⁴⁾ que permiten ser más cautelosos en la revisión de algunas operaciones y en la vinculación con clientes que presentan riesgo.

(4) Tipología hace referencia a una serie de esquemas de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo que parecen estar contruidos de una forma similar o estar usando métodos similares, lo que permite que los esquemas puedan ser clasificados como tipología.

DÍAZ MOLINA: El financiamiento del terrorismo

El delito de financiamiento del terrorismo debe además ser un delito **precedente** del delito de lavado de dinero (legitimación de capitales en nuestro medio). En el supuesto de que los recursos provengan de actividades ilícitas la relación con el lavado de dinero es clara, pues las ganancias o productos del delito deben ser disimuladas para luego ser utilizadas en actos de terrorismo, por el contrario cuando se trata de recursos que provienen de actividades lícitas pero destinados a financiar el terrorismo, se complica enormemente la vinculación del delito con el lavado de dinero.

En el ámbito de las **actividades ilícitas**, el GAFI ha señalado que *“Un grupo terrorista en una región particular puede sustentarse a sí mismo a través de secuestros y extorsiones. En esta situación, los rescates pagados para recuperar a los rehenes, junto con un ‘impuesto revolucionario’ especial (en realidad, un eufemismo para dinero de protección) exigido a las empresas, proporcionan los recursos financieros necesarios aunque también desempeñan un papel secundario como otro medio de intimidación a la población elegida como objetivo. Además de secuestros y extorsiones, los grupos terroristas pueden dedicarse a contrabando en gran escala, varios tipos de fraude (por ejemplo, a través de tarjetas de crédito o instituciones de beneficencia), robos y hurtos y tráfico de estupefacientes”.*⁽⁵⁾

El gobierno de los Estados Unidos y la Unión Europea incluyen a las FARC en su lista de organizaciones terroristas, al igual que lo hacen con los guerrilleros del ELN y los paramilitares del AUC. Los medios de prensa señalan que las FARC son responsables de la mayoría de los secuestros reconocidos en Colombia y esta actividad es una fuente importante de sus ingresos. También se ha acusado a las FARC de proveer protección a algunos narcotraficantes en el pasado, además de cuidar activamente de sus cultivos ilícitos y laboratorios procesadores de droga.

En Costa Rica en el año 2007 se detuvo a un ex guerrillero colombiano del M-19, Libardo Parra, con la suma de \$1,5 millones en efectivo, quien además tiene pendiente una condena de 24 años de prisión por secuestro en Colombia, y fue juzgado por legitimación de capitales. En el 2008 fueron encontrados \$480 mil de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) en una casa en barrio Jesús de Santa Bárbara de Heredia.

(5) GAFI. *Guía destinada a Entidades Financieras para la Detección de Actividades de Financiación del Terrorismo*, 2002, pág. 11.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 120 (167-186) setiembre-diciembre 2009

En el ámbito de las **actividades lícitas**, los fondos pueden provenir de organizaciones sin fines de lucro, que muchas veces son utilizadas a espaldas de sus donantes. Las organizaciones sin fines de lucro utilizan varios métodos para recaudar fondos con fines filantrópicos o humanitarios. Muchas veces acuden a fuentes de ingresos que incluyen el apoyo público, la obtención de recursos gubernamentales, donaciones privadas u honorarios cobrados por los servicios que brindan como parte de programas de caridad.⁽⁶⁾ Si bien en esta hipótesis, los fondos son legítimos y no tienen que ser *lavados*, sí es necesario que sean disimulados los vínculos entre la organización terrorista y los fondos, en ese proceso de disimular se pueden observar algunas similitudes entre el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo.

V. SIMILITUDES ENTRE EL LAVADO DE DINERO Y FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO

Es claro, que las organizaciones criminales utilizan sus ganancias para cometer más delitos, entre ellos actos terroristas y que en esa medida el modelo establecido para la legitimación de capitales aplica en toda su magnitud como instrumento preventivo. Desde el punto de vista de los procesos, las tres etapas conocidas de la legitimación de capitales pueden ubicarse también en el financiamiento del terrorismo: la colocación, la estratificación y la integración. *“Estas tres etapas también están presentes en los esquemas de financiamiento del terrorismo, excepto que la tercera etapa (Integración) comprende la distribución de fondos de terroristas y sus organizaciones mientras que el lavado de dinero, como se vio anteriormente, va en la dirección opuesta, es decir, su objetivo es integrar los fondos ilícitos en la economía legítima”.*⁽⁷⁾

(6) *“Desde 2001, las organizaciones de caridad han sido señaladas como posibles canales para financiar organizaciones terroristas en Estados Unidos y otros países, en especial debido a que los procesos de donación y movimiento de dinero dejan pocos rastros de papel y algunos gobiernos temen que indagar en organizaciones de caridad manejadas por grupos religiosos puede provocar una reacción adversa contra el país” (Un banco corresponsal de Bank of New York fue relacionado con la financiación del terrorismo, tomado de Internet el 16-08-2006 www.lavadododinero.com.).*

(7) Schott Paul Allan. *Guía de referencia para la lucha contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo*. Banco Mundial, 2003, pág. I-10.

DÍAZ MOLINA: El financiamiento del terrorismo

VI. DIFERENCIAS ENTRE EL LAVADO DE DINERO Y EL TERRORISMO

Las diferencias se aprecian en el siguiente cuadro.⁽⁸⁾

	Lavado de dinero	Financiamiento del terrorismo
Motivo	Ganancias	Ideologías
Fuente de los fondos	Internamente dentro de las organizaciones criminales	Internamente de células que se autofinancian y externamente de benefactores y donantes
Canales	Favorece el sistema financiero formal	Favorece a transportadores de dinero en efectivo o sistemas financieros informales
Foco de detección	Transacciones sospechosas, como depósitos inusualmente grandes que no concuerdan con la actividad del cliente	Relaciones sospechosas como transferencias entre partes aparentemente no relacionadas
Montos de las transacciones	Grandes montos a menudo estructurados para evitar la obligación de reportar	Montos pequeños generalmente por debajo de los montos sujetos a reporte
Actividades financieras	Red compleja de transacciones que a menudo involucra compañías pantalla	No existe un perfil financiero que se aplique a los terroristas operativos
Rastro del dinero	Circular el dinero eventualmente vuelve a la persona que lo generó	Lineal el dinero generado es utilizado para difundir actividades y grupos terroristas.

(8) Colegio de Contadores Públicos de Costa Rica. Deloitte. *Taller de implementación de programas de prevención de legitimación de capitales*, 2006, pág. 35.

Respecto al monto de las transacciones, en el modelo actual de prevención contra el blanqueo de capitales, son objeto de reporte los montos iguales o superiores a un umbral generalmente alto, por el contrario el financiamiento del terrorismo utiliza montos pequeños, de forma que cobra mayor importancia el análisis de *señales de alerta* que permitan hacer un reporte de operación sospechosa,⁽⁹⁾ con fundamento en otros aspectos, lo cual reitero hace difícil la aplicación de las recomendaciones especiales del GAFI. En los casos más conocidos los terroristas han acudido a la transferencia electrónica, no al dinero en efectivo, de manera que los controles al movimiento en efectivo se han quedado cortos.

En vista de las diferencias señaladas, para el sector financiero la tipificación del delito de financiamiento del terrorismo, implica un reforzamiento de los controles no solo desde el punto de vista legal sino desde una perspectiva operativa, que obligará a mirar con otros ojos las transacciones de organizaciones sin fines de lucro, las transacciones de montos bajos, las transferencias electrónicas de fondos, etc. Aun así, no es razonable esperar una investigación completa por parte del sector financiero, el mismo GAFI así lo ha reconocido.⁽¹⁰⁾

- (9) Según el artículo 2 de la Normativa para el cumplimiento de la Ley sobre estupefacentes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas Ley 8204 una operación sospechosa es *“Aquella transacción efectuada o realizada en forma periódica o aislada, que de acuerdo con los usos y costumbres de la actividad de que se trate, resulte inusual, sin justificación material, económica o legal evidente, o de complejidad inusitada o injustificada”*.
- (10) *“Debería reconocerse también que las entidades financieras probablemente no podrán detectar la financiación del terrorismo como tal. En realidad, la única vez que las entidades financieras podrían claramente distinguir la financiación del terrorismo de otra utilización errónea delictiva del sistema financiero es cuando un terrorista conocido o una organización terrorista conocida ha abierto una cuenta. Las entidades financieras se encuentran, en consecuencia, en posición de detectar operaciones sospechosas que, si se informan, pueden más tarde resultar estar relacionadas con financiación del terrorismo. Es la autoridad competente o la Unidad de Inteligencia Financiera (FIU) entonces quien está en posición de determinar si la operación se relaciona con un tipo de actividad delictiva o terrorista especial y decidir un curso de acción. Por este motivo, las entidades financieras no necesariamente necesitan determinar la legalidad de la fuente o destino de los fondos. En cambio, deberían averiguar si las operaciones son inusuales, sospechosas o de otro modo indicativas de actividad delictiva o terrorista”*. **GAFI, Guía destinada a Entidades Financieras para la Detección de Actividades de Financiación del Terrorismo**, 2002, pág. 9.

DÍAZ MOLINA: El financiamiento del terrorismo

Recae entonces gran parte del peso del análisis en la Unidad de Inteligencia Financiera y en su eficacia para relacionar transacciones con organizaciones o actos terroristas, “*Un grupo terrorista exitoso, como cualquier organización delictiva es, en consecuencia, el que puede establecer y mantener una infraestructura financiera efectiva. Para esto debe desarrollar fuentes de financiación, un medio de blanqueo de ese capital y luego finalmente una manera de asegurar que los fondos puedan ser utilizados para obtener material y otros elementos logísticos necesarios para cometer actos terroristas*”.⁽¹¹⁾

VII. INFORME DE EVALUACIÓN MUTUA DEL GAFIC DE MAYO DE 2007

En la Evaluación Mutua que se realizó a Costa Rica en el año 2006 y cuyo informe se emitió en mayo del 2007, el GAFIC realizó algunas importantes recomendaciones⁽¹²⁾ al país en materia de financiamiento del terrorismo, las cuales se pueden apreciar en el siguiente cuadro.

(11) GAFI. *Guía destinada a Entidades Financieras para la Detección de Actividades de Financiación del Terrorismo*, 2002, pág. 9.

(12) GAFIC. *Informe de la Evaluación Mutua a Costa Rica*, Mayo 2007.

Plan de acción recomendado para mejorar el sistema

Riesgo	Acción que se recomienda
Penalización del Financiamiento del Terrorismo (RE. II, R.32)	<ul style="list-style-type: none"> • Costa Rica debe impulsar el proyecto de ley que tipifica el delito de FT. • Debe hacerse un programa de divulgación, promulgación y capacitación a fin que el delito sea visto (en la práctica) como un delito principal y autónomo, y se persiga paralelamente a los delitos predicados. • Costa Rica a base de las estadísticas debe revisar periódicamente la efectividad de sus sistemas para combatir el LD y FT. Pág. 173.
Declaración transfronteriza o revelación (RE IX)	<ul style="list-style-type: none"> • Introducir medidas legislativas efectivas para frenar o retener el dinero que sospechan está vinculado con el FT o el LD. La cifra de US \$ 50,000 para los valores a reportar en las fronteras debe ser evaluada para que se reduzca. • Contemplar los mecanismos a seguir para prevenir el transporte de dinero en Efectivo Transfronterizo. • Implementar las estipulaciones de GAFI sobre la RE IX y que, específicamente Aduanas, guarden estadísticas de Reporte de Operación Sospechosa y las ayudas mutuas a organismos internacionales en materia de LD y FT. Págs. 175 y 176.
Servicios de transferencia de dinero/valor (RE. VI)	<ul style="list-style-type: none"> • La Misión recomienda que se emita legislación que obligue a los servicios de transferencia de dinero a tomar medidas para prevenir ser utilizadas en el FT. Pág. 177.
Organizaciones sin fines de lucro (RE. VIII)	<ul style="list-style-type: none"> • La Ley de Fundaciones y la Ley de Asociaciones deberían establecer e implementar medidas específicas para el uso indebido de estas figuras jurídicas, específicamente en materia FT. Pág. 178.
Las Convenciones y las Resoluciones Especiales de las NU (R.35 y RE. I)	<ul style="list-style-type: none"> • Costa Rica debe tipificar en su Ley Penal el delito de FT e imponer sanciones efectivas, proporcionales y disuasivas, según las Convenciones Internacionales relacionadas al tema. • Es recomendable utilizar el tipo penal sobre LD exclusivamente para lavado de dinero. Pág. 178.

FT: Financiamiento del terrorismo; LD: Lavado de dinero

DÍAZ MOLINA: El financiamiento del terrorismo

VIII. LEY DE FORTALECIMIENTO DE LA LEGISLACIÓN CONTRA EL TERRORISMO, N° 8719

El Grupo Egmont había advertido a Costa Rica en varias oportunidades sobre la necesidad de tipificar como delito el financiamiento del terrorismo, so pena de quedar por fuera de esa organización. La advertencia fue grave ya que Costa Rica pudo haber quedado fuera del grupo.

Es importante destacar que la Ley también contiene reformas importantes a la *Ley de capitales y actividades conexas sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación*, en adelante, Ley N° 8204, con el fin de ampliar los controles en el sector financiero y abarcar de esa forma al financiamiento del terrorismo.

Con la nueva legislación se tipifica el financiamiento del terrorismo y se incluye como delito precedente del lavado de dinero, en consecuencia, el sector financiero aplicaría el modelo preventivo actual también a esas actividades.

En términos generales, en cuanto al financiamiento del terrorismo la Ley contempla los siguientes aspectos:

- Reforma algunos delitos que castigan actos terroristas.
- Modifica el nombre de la Ley N° 8204 para que se lea “Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo”.
- Agrega en la Ley N° 8204 el delito de financiamiento del terrorismo a los supuestos en los cuales únicamente se contempla hoy día el delito de legitimación de capitales.
- Se tipifica el delito de financiamiento del terrorismo en el párrafo final del artículo 69 de la Ley N° 8204, actualmente dice ese numeral:

“Será sancionado con pena de prisión de ocho (8) a veinte (20) años:

- a) *Quien adquiera, convierta o transmita bienes de interés económico, sabiendo que estos se originan en un delito que,*

Revista de Ciencias Jurídicas N° 120 (167-186) setiembre-diciembre 2009

dentro de su rango de penas, puede ser sancionado con pena de prisión de cuatro (4) años o más, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir el origen ilícito, o para ayudarle a la persona que haya participado en las infracciones, a eludir las consecuencias legales de sus actos.

- b) *Quien oculte o encubra la verdadera naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o los derechos sobre los bienes o la propiedad de estos, a sabiendas de que proceden, directa o indirectamente, de un delito que dentro su rango de penas puede ser sancionado con pena de prisión de cuatro (4) años o más.*

La pena será de diez (10) a veinte (20) años de prisión, cuando los bienes de interés económico se originen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, legitimación de capitales, desvío de precursores, sustancias químicas esenciales y delitos conexos, conductas tipificadas como terroristas, de acuerdo con la legislación vigente o cuando se tenga como finalidad el financiamiento de actos de terrorismo y de organizaciones terroristas”.

Ahora bien, confrontando la Ley con las recomendaciones emitidas por el GAFIC en el Informe de Evaluación Mutua, hay que indicar que no se hace referencia alguna a la utilización indebida de las organizaciones sin fines de lucro.

IX. CONSIDERACIONES FINALES

En el contexto mundial actual los países deben tipificar tanto el delito de terrorismo y/o actos terroristas, como la financiación del terrorismo.

Existen algunas diferencias importantes entre las características del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, diferencias que deben ser tomadas en consideración si se pretende aplicar un modelo preventivo similar al que actualmente se aplica para el lavado de dinero, especialmente en el sector financiero.

Es de vital importancia, que los países cooperen y compartan información en el ámbito internacional en la prevención de la actividad

DÍAZ MOLINA: El financiamiento del terrorismo

terrorista, porque se ha demostrado que la prevención en forma aislada no funciona en el estado actual de globalización.

En este orden de cosas, la existencia de estándares internacionales como las recomendaciones especiales del GAFI contribuyen favorablemente a que los mecanismos sean más efectivos y uniformes en la medida que lo permita la legislación interna.

BIBLIOGRAFÍA

BID-OEA. Programa de capacitación para la prevención del lavado de activos, *Los sistemas financieros contra el lavado de activos*, Manual del instructor, Diciembre 2003.

Colegio de Contadores Públicos de Costa Rica. Deloitte, *Taller de implementación de programas de prevención de legitimación de capitales*, San José, 2006.

Fondo Monetario Internacional, Departamento Jurídico, *Combate al lavado de activos y a la financiación del terrorismo*, Material de referencia, Junio 2005.

GAFI. *Guía destinada a Entidades Financieras para la Detección de Actividades de Financiación del Terrorismo*, 2002.

GAFIC. *Informe de la Evaluación Mutua a Costa Rica*, Mayo 2007.

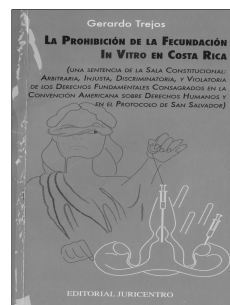
Schott Paul Allan. *Guía de referencia para la lucha contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo*, Banco Mundial, Washington D. C., Primera edición, 2003.



Reseñas bibliográficas a cargo del Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

Trejos, Gerardo. ***La prohibición de la fecundación in vitro en Costa Rica. Una sentencia de la sala constitucional: arbitraria, injusta, discriminatoria y violatoria de los derechos fundamentales consagrados en la Convención Americana sobre Derechos humanos y en el Protocolo de San Salvador, voto 2306-00*** (San José: Editorial Juricentro, 182 pp., 2008).

En la *Introducción* el autor nos indica que el voto de la Sala Constitucional 2306-00 desde el punto de vista estrictamente jurídico es única, inicua, alucinante, fantástica, arbitraria, injusta, discriminatoria, conculcadora, espuria, inaudita, bárbara, irracional, extravagante, irreverente, cruel, inhumana, infamante, oprobiosa, ignara, asombrosa, imprudente, retrógrada, antojadiza, nefanda, nefasta, pantagruélica y violatoria de los derechos y libertades fundamentales (p. 48).



El *índice* de este libro es:

Sentencia 2306-00

Introducción

- Capítulo I. El derecho a la vida en la convención Americana sobre Derechos Humanos
- Capítulo II. El derecho a la vida
- Capítulo III. El derecho a la vida en el derecho interno de Costa Rica
- Capítulo IV. Violaciones al Pacto de San José por la Sala Constitucional
- Capítulo V. Violación continuada de los derechos reproductivos de las parejas y de los individuos



Revista de Ciencias Jurídicas N° 120 (187-200) setiembre-diciembre 2009

Capítulo VI. La tarea que espera al Juez

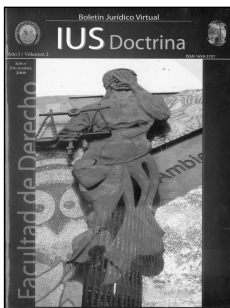
Capítulo VII. Necesidad de que los Tribunales de Justicia restituyan el derecho a la práctica de la fecundación *in vitro* en Costa Rica

Capítulo VIII. De lege ferenda

Anexo: Sentencia C-365-06 de la Corte Constitucional de Colombia, adaptada parcialmente al Derecho Costarricense.

– o –

Boletín Jurídico Virtual IUS doctrina. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. (San José: Editorial Isolma S.A., 231 pp., 2008).



El contenido de este *Boletín* es el siguiente:

Seguridad ciudadana y prevención del delito.
Retos de la protección de datos ante las necesidades de seguridad.

Dr. Alfredo Chirino Sánchez

De la Universidad de Santo Tomás a la Universidad de Costa Rica. 165 de historia de la Facultad de Derecho. *Lic. Tomás Federico Arias Castro*

Obligaciones *Propter Rem* y su relación jurídica con los Derechos Reales
Máster Jorge Jiménez Bolaños

Siete pecados capitales en la enseñanza del Derecho.

Dr. Minor E. Salas

El desarrollo histórico- legislativo del instituto de *avería gruesa* en la *Lex Marítima*.

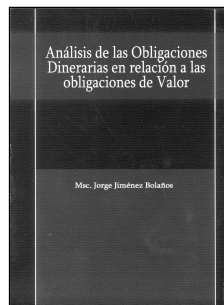
Lic. Carlos Valenciano Góngora

– o –



ROMERO-PÉREZ: Reseñas

Jiménez Bolaños, Jorge. **Análisis de las obligaciones dinerarias en relación a las obligaciones de valor** (San José: Editorial Isolma, 194 pp., 2008).



En la *Introducción* el Máster Jiménez nos señala que el objeto de este libro es analizar la obligación dineraria y su regulación jurídica. Además, de hacer una comparación entre las deudas en dinero y deudas de valor; y, analizar la evolución de la jurisprudencia desde una perspectiva crítica.

El contenido de esta obra es:

Introducción

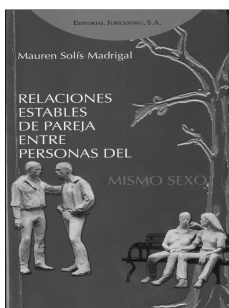
- La Obligación dineraria
- Objeto de la Obligación dineraria
- Evolución Histórica del dinero
- Fundamentos y función jurídica del dinero
- Cumplimiento de las obligaciones dinerarias
- La Inflación y sus efectos en las obligaciones dinerarias
- Consecuencias dañinas que produce el ámbito de las relaciones jurídicas obligatorias
- Efectos que ocasiona el proceso inflacionario en el ámbito de las obligaciones dinerarias
- Aplicación del principio nominalista en el cumplimiento de las obligaciones dinerarias
- Depreciación monetaria
- Mecanismos que sirven para paliar los efectos de la inflación en las obligaciones dinerarias
- Obligaciones de valor
- Concepto y fundamento de la obligación de valor
- Elementos constitutivos de la obligación de valor
- Función Jurídico Social que desempeña la noción obligación de valor
- Análisis sobre la posibilidad de reajustar las obligaciones dinerarias aplicando el concepto obligación de valor
- Reajuste de las obligaciones dinerarias
- Análisis crítico de la jurisprudencia sostenida por el Tribunal superior
- Obligaciones de valor momento procesal en que se solicite su aplicación
- Obligaciones de valor estimación de la demanda
- Conclusiones
- Bibliografía

— o —



Revista de Ciencias Jurídicas N° 120 (187-200) setiembre-diciembre 2009

Solís Madrigal, Mauren. ***Relaciones estables de pareja entre personas del mismo sexo*** (San José: Editorial Juricentro, 318 pp., 2009).



En el *Planteamiento general* su autora nos informa que se ofrece a la comunidad jurídica algunos elementos que permitan determinar si la orientación sexual es un criterio jurídico objetivo suficiente de diferenciación. Es vital cuestionar si la orientación sexual permite denegar derechos humanos (p. 17).

El *índice* de este libro es:

- I. Planteamiento general
- II. Generalidades del discurso homofóbico y lesbofóbico: la homosexualidad y el lesbianismo vistos como pecado, delito y enfermedad mental
- III. Transición hacia el reconocimiento de la orientación sexual como derecho humano y no como opción de vida
- IV. La orientación sexual en el derecho internacional de los derechos humanos
- V. Las relaciones estables de pareja entre personas de igual sexo en el derecho comparado
- VI. Situación legal actual de parejas estables homosexuales y lésbicas en la República de Costa Rica
- VII. La orientación sexual y la adopción en la República de Costa Rica
- VIII. Sensibilidad sociojurídica en la administración de justicia y el quehacer legislativo, con perspectiva de género y equidad: enfoque de derechos humanos

Conclusiones

Bibliografía

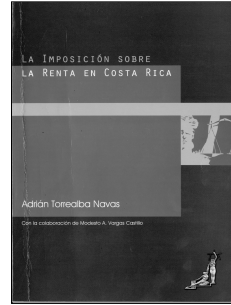
Anexo: Proyecto de ley de unión civil entre personas del mismo sexo, expediente No. 16.390.

— o —



ROMERO-PÉREZ: Reseñas

Torrealba Navas, Adrián. Con la participación de Modesto Vargas Castillo. **La imposición sobre la renta en Costa Rica** (San José: Poder judicial. Escuela Judicial, 487 pp., 2da. edición, 2009).



En la *Introducción* el Dr. Adrián Torrealba nos indica que la imposición sobre la renta costarricense se adscribe al criterio de territorialidad en su vertiente de vinculación objetiva; esto es, de gravar no por residencia, sino por el lugar donde se genere la renta (p. 10).

El contenido de este libro es:

Introducción

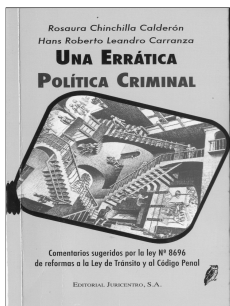
- I. El impuesto sobre las utilidades de las empresas
- II. El impuesto sobre la renta disponible
- III. El impuesto sobre las rentas provenientes de la captación de recursos del mercado financiero
- IV. Impuesto sobre las rentas del trabajo independiente, pensiones y jubilaciones u otras remuneraciones por servicios personales
- V. Impuesto sobre las remesas al exterior
- VI. Otros impuestos

— o —



Revista de Ciencias Jurídicas N° 120 (187-200) setiembre-diciembre 2009

Chinchilla Calderón, Rosaura; Hans Roberto Leandro Carranza. ***Una errática política criminal. Comentarios sugeridos por la ley 8696 de reformas a la Ley del tránsito y al Código Penal*** (San José: Editorial Juricentro, 223 pp., 2009).



En la *Introducción* sus autores nos afirman que si se analizan los marcos punitivos se observa una clara desproporción entre las penas en relación con la escala de bienes jurídicos tutelados por los tipos penales, pues las sanciones no tienen una sistematicidad obedeciendo a una axiología de los bienes tutelados, sino que responden a las políticas del momento (p. 129).

El contenido de esta obra es:

Introducción

La (i) responsabilidad en el acto de legislar (a propósito de los errores en la “nueva” Ley de tránsito). *Rosaura Chinchilla*

¿Vincula la jurisprudencia constitucional al Congreso?

Rosaura Chinchilla

¿Una ley penal preventiva en un Estado de Derecho?

Hans Roberto Leandro

Conducción en estado de ebriedad: ¿doble sanción?

Hans Roberto Leandro

¿Y la especialidad de la materia penal juvenil? ¡Bien, gracias! *Rosaura Chinchilla*

Algunos (otros) despropósitos en la Ley de tránsito.

Rosaura Chinchilla

Conclusión

— o —



ROMERO-PÉREZ: Reseñas

Revista jurídica estudiantil Hermenéutica No. 17. (San José: Asociación de Estudiantes de Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica, 70 pp., 2009).
Director: *Alejandro Guevara Arroyo*.

Los artículos que se publican son los siguientes:

El sofisma “bueno en teoría y malo en la práctica”.
Distinciones básicas para discernir sobre la (in)sensatez de un argumento común en la vida social y académica. *Alejandro Arroyo Guevara*

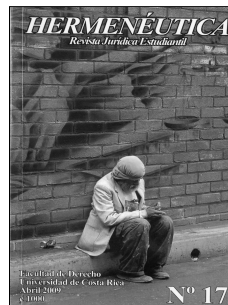
El desdoblamiento de la jurisdicción constitucional de la libertad en Costa Rica. ¿Una solución al problema? *Julián Castro Argueta*

La violencia doméstica y su abordaje psicológico forense.

Dr. Alvaro Burgos M.

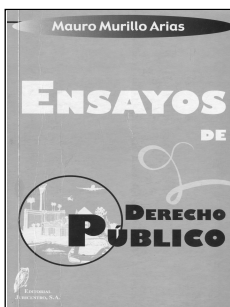
El delito de legitimación de capitales en Costa Rica.

Rafael Gullock Vargas



— o —

Murillo Arias, Mauro. **Ensayos de Derecho Público** (San José: Editorial Juricentro, volumen IV, 296 pp., 2008).



El Dr. Murillo nos informa en la *Introducción general* el voto 2771 del 2003 sobre la reelección presidencial es histórico. Terminó de demostrar que la sala constitucional lo puede todo, en cuanto se interese en el asunto.

En este voto 2771-03, la Sala Constitucional anula una reforma constitucional de hacía 34 años. Según nuestra tesis, siendo que esta Sala sólo puede anular reformas constitucionales por razones de procedimiento, en este caso lo que hizo fue camuflar arbitrariamente un supuesto vicio de fondo (de todos modos inexistente , pues sólo podía existir suponiendo principios que

Revista de Ciencias Jurídicas N° 120 (187-200) setiembre-diciembre 2009

están por encima de la Constitución Política, los que no existen y lo niega el mismo artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, aparte de que no hay tal principio general allí inventado) para transformarlo en un vicio de procedimiento. Fue una salida hábil, pero nada más (p. 11).

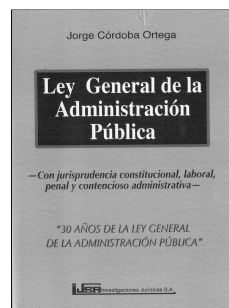
El contenido de este libro lo divide en grupos de Derecho Público:

Introducción general

- A. Derecho Constitucional
- B. Derecho Procesal Constitucional
- C. Derecho Administrativo
- D. Derecho procesal Administrativo

— o —

Córdoba Ortega, Jorge. ***Ley general de administración pública***. Con jurisprudencia constitucional, laboral, penal y contencioso administrativa. En conmemoración de los 30 años de promulgada la ley general de la administración pública (San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 765 pp., 2008).

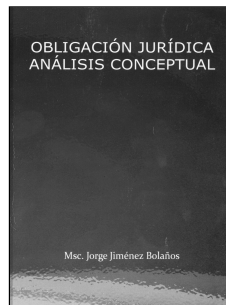


— o —

ROMERO-PÉREZ: Reseñas

Jiménez Bolaños, Jorge. ***Obligación jurídica. Análisis conceptual*** (San José: Editorial Isolma, 214 pp., 2009.)

El Máster Jorge Jiménez en la Introducción nos indica que el objetivo de la obra es sentar las características propias de la obligación jurídica para a partir de allí poder diferenciarlas de otras figuras (p. 4).



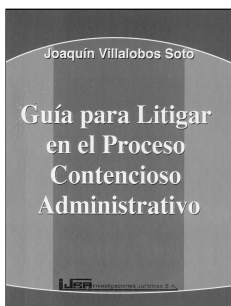
El contenido de esta obras es:

- Precisión conceptual del término obligación jurídica
- La obligación jurídica. Reseña histórica
- Concepto y características de la obligación jurídica
- Elementos de la obligación jurídica
- Análisis de la obligación natural en contraposición con la obligación jurídica
- Teoría del débito sin responsabilidad
- Naturaleza jurídica de la obligación natural
- Origen de las obligaciones
- El cumplimiento de las obligaciones jurídicas
- Pago realizado por tercero
- Tesis del pago como acto jurídico
- Análisis de la naturaleza jurídica del pago
- Conclusiones
- Bibliografía

- o -

Revista de Ciencias Jurídicas N° 120 (187-200) setiembre-diciembre 2009

Villalobos Soto, Joaquín. ***Guía para litigar en el proceso contencioso administrativo*** (San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 264 pp., 2008).



En la *Introducción* su autor nos dice que esta obra pretende ser una guía básica de la mecánica del juicio, que describe en forma breve cuál es el tipo de proceso que se puede presentar, cómo se interpone, cómo se le da curso y se recibe la prueba, cómo se dicta la sentencia y cómo se ejecuta (p. 13).

Los capítulos en que se divide este libro son:

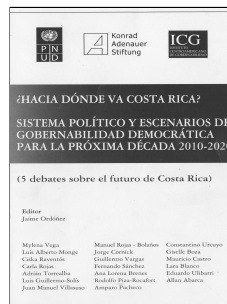
- I. Tipos de proceso disponibles
- II. Requisitos formales de la demanda
- III. Trámite para dar curso
- IV. Contestación de la demanda
- V. Conciliación
- VI. Reglas de las audiencias orales
- VII. Audiencia preliminar
- VIII. Etapa de juicio oral y público
- IX. Sentencia o terminación del proceso
- X. Recursos
- XI. Medidas cautelares
- XII. Procesos especiales
- XIII. Ejecución de sentencia

— o —

ROMERO-PÉREZ: Reseñas

Ordoñez, Jaime, editor. ***¿Hacia dónde va Costa Rica? Sistema político y escenarios de gobernabilidad democrática para la próxima década, 2010-2020*** (San José: Instituto Centroamericano de Gobernabilidad, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 394 pp., 2009).

El editor Dr. Jaime Ordoñez señala en su *nota*, que se tuvo la sensación de que Costa Rica se está moviendo a tientas, tomando decisiones derivadas de la inmediatez, sin mayor capacidad para formular decisiones de mediano o largo plazo, es decir, sin mayor norte ni puerto (p. 5).



Los capítulos que componen esta obra son, posteriores a la *Introducción* que hace el Dr. Ordoñez, son:

1. Recomposición de la clase política y del sistema de partidos en Costa Rica. ¿Hacia dónde vamos?
2. Cambio electoral en Costa Rica; partidos políticos y conducta de los votantes. ¿Qué ha sucedido en las últimas décadas?
3. Sistema electoral y representación en Costa Rica.
4. Las metas de la política pública: crecimiento económico, redistribución y equidad.
5. Guías para una reflexión futura sobre nuevos protagonismos en el escenario político actual costarricense: medios de comunicación, movimientos sociales y sociedad civil organizada.

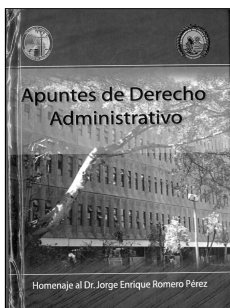
- o -

Revista de Ciencias Jurídicas N° 120 (187-200) setiembre-diciembre 2009

Reseña del Dr. Rafael González Ballar, Decano de la Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica.

Hines Céspedes, César, editor. **Apuntes de Derecho Administrativo** (San José: editorial Isolma S.A., tomo segundo, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica, 831 pp., 2009).

El *Dr. César Hines Céspedes* en la *Presentación* de este libro manifiesta que se le ofrece a la comunidad nacional otra nacida de la más elevada y sana intención de ofrecer a nuestros estudiantes y a todos los profesionales del derecho, una doctrina autóctona del Derecho Administrativo (p. 7).



En la *Dedicatoria* de este libro escribí que el Catedrático *Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez* a quien se le hace un homenaje con este libro, es un profesor nacido de las mismas raíces de los valores y principios que han permeado la sociedad costarricense y ha dedicado prácticamente toda su vida a la academia, por 40 años.

Los artículos que se publican en esta obra son los siguientes:

Cobertura subjetiva y excepciones del régimen de la contratación administrativa.
Dr. Ernesto Jinesta

Comentarios sobre responsabilidad objetiva del Estado. Análisis jurisprudencial.
Magister José Roberto Garita Navarro

Consideraciones en torno al contencioso de legalidad en el Derecho Comunitario.
Dr. Alvaro Mora Espinoza

La nueva modalidad semiformalista del recurso de casación en el Código Procesal Contencioso Administrativo y otras reflexiones complementarias.
Dr. Manrique Jiménez Meza

La formación del cartel en las licitaciones: el significado del recurso de objeción para la libre competencia.
Magister Ronald Hidalgo Cuadra

Daño ambiental y prescripción.
Magister Mario Peña Chacón

Acción de la contratación administrativa en el Código Procesal Contencioso Administrativo.
Dr. Fernando Castillo Víquez

La relación pobreza y ambiente, un problema de muchas cáscaras y pocas nueces: el ejemplo del pago por servicios ambientales en Costa Rica, un ejemplo fallido para solucionar algunos problemas de pobreza y ambiente.
Dr. Rafael González Ballar

La responsabilidad del Estado-juez.
Rendición de cuentas y poder judicial. Una visión externa desde la perspectiva de la democracia participativa. Específicamente el caso de Costa Rica.
Dr. César Hines Céspedes

Dr. Jorge Córdoba Ortega

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.
San José, Costa Rica
www.lilicr.com
Tel. (506) 2235-0011
383517