

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

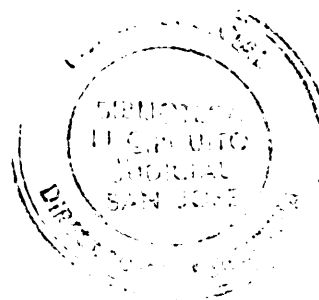


CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISTA JUDICIAL

Año XXII — Núm. 74

Contiene Jurisprudencia de setiembre 1996 a diciembre 1996



Director: Dr. Víctor Pérez Vargas
Revista Judicial
Corte Suprema de Justicia
San José, Costa Rica

Distribución y canje:
Biblioteca Judicial
Corte Suprema de Justicia
San José, Costa Rica

PRESENTACIÓN

Servicio Público, ciudadanía y tendencias de la jurisprudencia, son algunos de los ejes de las colaboraciones que aparecen en nuestra sección de Estudios.

El distinguido jurista **Dr. Virgilio Calvo Murillo** nos presenta en el trabajo titulado **“Servicio Público, Administración Portuaria y Fijación Tarifaria”**, la evolución del concepto de servicios públicos. Analiza el precio o la tarifa del servicio y especifica los límites de la fijación tarifaria. Se refiere, en particular a la Administración portuaria y a las prerrogativas de la autoridad portuaria. Finalmente trata los temas del Dominio Público portuario y del servicio público portuario, con especial consideración de la situación de JAPDEVA.

La **Licda. Paula Lizano Van Der Laat** formula, en este trabajo, titulado **“Algunas aproximaciones al concepto de ciudadanía y su fundamentación desde la perspectiva del liberalismo, el socialismo y el comunitarismo”**, los conceptos de nacionalidad, extranjería y ciudadanía. La autora inicia con el estudio de los elementos del Estado y la Nación; comenta la relación de ambos con el término nacionalidad y sus definiciones. Confronta el régimen de tutela del extranjero frente al nacional. Finalmente observará la incidencia que tiene cada uno de estos conceptos en la determinación del concepto de ciudadanía. Delimitados estos conceptos, la licenciada Lizano Van Der Laat establece la relación con las corrientes filosóficas del liberalismo, el socialismo y el comunitarismo y dilucida el contenido de derechos que se le confieren al ciudadano ante el Estado. Para tal efecto, establece los rasgos principales de cada una de estas corrientes en cuanto a la construcción que han hecho de la relación entre el Estado y el individuo.

“Algunas tendencias de la jurisprudencia en el Derecho Privado costarricense” es el texto de la lección inaugural del curso de 1998, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Después de algunas consideraciones sobre el sentido de la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte y su significación actual, se ofrecen aquí algunas líneas evolutivas, especificándose cuáles de ellas continúan las orientaciones de la Sala de Casación y en cuáles más bien se afirman nuevas ideas, reglas o valores. Se muestra aquí la relatividad del papel de la jurisprudencia con diversos ejemplos, afirmándose, en consecuencia, que el Derecho no es simplemente lo que los jueces dicen que es, sino mucho más que eso.

Continuamos con nuestra sección de **Jurisprudencia** a cargo de la **Licda. Cecilia Sánchez**.

Dr. Víctor Pérez Vargas

SUMARIO

Pág.

PRESENTACIÓN.	5
----------------------------	---

Dr. Víctor Pérez Vargas

SECCIÓN I: ESTUDIOS.

Algunas aproximaciones al concepto de ciudadanía y su fundamentación desde la perspectiva del liberalismo, el socialismo y el comunitarismo.	9
---	---

Licda. Paula Lizano Van der Laat

Servicio Público, Administración Portuaria y Fijación Tarifaria.	43
---	----

Dr. Virgilio Calvo Murillo

Algunas tendencias de la jurisprudencia en el Derecho Privado costarricense.	57
---	----

Dr. Víctor Pérez Vargas

SECCIÓN IV: PRONUNCIAMIENTOS ESPECIALMENTE RELEVANTES.

Contenido de votos salvados en resoluciones de interés	69
--	----

Licda. Cecilia Sánchez Romero

SECCIÓN V: JURISPRUDENCIA.	97
---	----

Centro Electrónico de Información Jurisprudencial

Directora Licda. Cecilia Sánchez Romero

ALGUNAS APROXIMACIONES AL CONCEPTO DE CIUDADANÍA Y SU FUNDAMENTACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL LIBERALISMO, EL SOCIALISMO Y EL COMUNITARISMO

LICDA. PAULA LIZANO VAN DER LAAT

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	10
CAPÍTULO I: Aproximaciones conceptuales a la relación Estado-individuo	
1) Estado y nación	11
1.1) El concepto de nación	12
1.2) Concepto de Estado	13
1.3) Relación entre nación y Estado y su aplicación en la población	13
2) Individuos y su relación con el Estado	13
2.1) Concepto de nacionalidad	13
a) Evolución	15
b) Definiciones sobre el término «Nacionalidad»	16
2.2) Concepto de «Extranjero»	17
2.3) Concepto de ciudadanía	17
CAPÍTULO II: La relación individuo-Estado desde la perspectiva del liberalismo, el socialismo y el comunitarismo y su influencia en el concepto de ciudadanía	
1) La justificación del liberalismo político	19
1.1) El individuo en el Estado liberal	21
a) El individuo y la libertad	21
b) El ciudadano y la libertad	22
1.2) El papel del Estado liberal	23
2) La justificación del socialismo	24
2.1) El individuo en el Estado social de bienestar	24
a) El individuo y la igualdad	25
b) La ciudadanía social	26
2.2) El papel del Estado de bienestar social	26
3) La justificación del comunitarismo	27
3.1) El individuo relación individuo-comunidad	30
a) Individuo y la solidaridad	30
b) Ciudadano como miembro de comunidad	31
3.2) El papel del Estado como comunidad solidaria	33
4) Los derechos sociales y su influencia en el concepto de ciudadanía	34
CONCLUSIÓN.	36
BIBLIOGRAFÍA.	40

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

INTRODUCCIÓN

El concepto de ciudadanía surge en los anales de nuestra historia como el *status* que se le concede a ciertos individuos frente a la organización política bajo la cual están sometidos. Cada época y cada sociedad con su respectivo Estado, le reconocerá, a ciertos sujetos, esta condición aparejada de determinados derechos y deberes.

La utilización tan frecuente de este término ha llevado a su uso para definir concepciones fundamentadas en criterios opuestos, lo que nos obliga a abocarnos a la búsqueda de una mayor precisión conceptual de la figura. El concepto que se adopte de ciudadanía nos permitirá determinar el contenido de derechos fundamentales del que puede gozar el ciudadano. Debemos advertir, que a pesar de que la doctrina actual no restringe el estudio de la ciudadanía frente al Estado, sino, además ante ámbitos supranacionales, para efectos del presente trabajo nos limitaremos al estudio del contenido de los derechos fundamentales del ciudadano ante el Estado.

Para cumplir con lo anterior, nos hemos permitido estructurar el estudio en dos capítulos. En primer término, intentaremos formular lo que debe entenderse por nacionalidad, extranjería y ciudadanía. Iniciaremos con los elementos del Estado y la Nación, así como la relación entre ambos con el término nacionalidad y sus definiciones. Confrontaremos el régimen de tutela del extranjero frente al nacional. Finalmente se observará la incidencia que tiene cada uno de estos conceptos en la determinación del concepto de ciudadanía.

Delimitados estos conceptos, en el segundo capítulo trataremos de establecer la relación entre éstos y las corrientes filosóficas del liberalismo, el socialismo y el comunitarismo, con la intención de dilucidar el contenido de derechos que se le confieren al ciudadano ante el Estado. Para tal efecto, estableceremos los rasgos principales de cada una de estas corrientes en cuanto a la construcción que han hecho de la relación entre el Estado y el individuo, y la respectiva determinación de esta relación en el concepto de ciudadano y sus derechos fundamentales. Análisis que será finalizado con el principal aporte que han hecho la corriente socialista y la comunitarista, a la teoría de los derechos fundamentales, cuales son los derechos sociales.

Nuestro objetivo es entender los retos que ha sufrido la figura del ciudadano, tanto para entender sus cambios en el tiempo, como también para establecer su posible adaptación a los nuevos retos que debe enfrentar ante los cambios vertiginosos que se dan en la relación individuo-Estado.

CAPÍTULO I: Aproximaciones conceptuales a la relación Estado-individuo

1) Estado y nación

1.1) El concepto de nación

Desde un punto de vista semántico, nacionalidad se nos define como «la condición de nacional», que nos conduce de inmediato a una noción subyacente, la de Nación.¹ Tal y como lo afirmaban los profesores ARJONA COLOMO y BAUER, el concepto «Nación» ofrece tantas dificultades,² pues es una de esas manifestaciones de las que no sabemos qué son, hasta tanto nos lo pregunten, complejo de explicar sin vueltas ni rodeos.³

Las definiciones que se hacen del concepto de «Nación», suelen llevar aparejadas concepciones de corte sociológico, político, histórico o filosófico, pero por lo general, no revisten un carácter jurídico propiamente dicho. Dentro de los diferentes contenidos que se le dan a este término, hemos escogido dos que consideramos representativos.

Por una parte, el profesor MANCINI, entendió como «Nación», la «sociedad natural de hombres conformados en comunidad de vida y de conciencia social por la unidad de territorio, de origen, de costumbres y de lengua.»⁴ Establece que los elementos naturales

(geografía común, raza y lengua) permitieron el desarrollo de los elementos históricos (costumbres, creencias y leyes), pero el punto de unidad de los elementos naturales e históricos encuentran su convergencia en la conciencia nacional.⁵

Por otra parte, BAUER señala que la «Nación» es una comunidad de destino, entendida, no como una mera homogeneidad ni como un mismo destino, sino como una vivencia común del mismo destino. Esta vivencia supone que se dé una recíproca interacción general a través de la lengua.⁶ Este autor critica las teorías que consideran que la «Nación» se forma por elementos materiales y espirituales,⁷ estableciendo que salvo el territorio, todos los demás elementos se desprenden de una historia común. Sobre esta base, afirma que la «Nación» como comunidad de destino, sustituye «la mera enumeración de los elementos por un sistema: la historia común como causa eficiente, la cultura común y la ascendencia común como medios de su eficacia, y la lengua común, a su vez, como mediadora de la cultura común, simultáneamente producto y productora de ésta.»⁸

Más allá de adoptar una u otra postura como la óptima, debemos recalcar que ambas

¹ GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.: op. cit., p. 3, y en un mismo sentido FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: *Derecho español de la nacionalidad*. Prólogo de Julio D. González Campos. Madrid: Editorial Tecnos, 1987, p. 19.

² ARJONA COLOMO, M.: *Derecho Internacional Privado*. Parte Especial. Barcelona: Bosch, 1954, p. 2.

³ BAUER, O.: *La cuestión de la nacionalidad y la socialdemocracia*. Primera edición. México: Siglo veintiuno editores, 1979, p. 23.

⁴ MANCINI, P.S.: *Sobre la Nacionalidad*. Edición de Antonio Pérez Luño. Traducción de Manuel Carrera Díaz. Madrid: Tecnos, 1985, p. 37.

⁵ Ib., pp. 27-37. En este mismo sentido, HAURIU ha señalado que por «Nación» se entiende generalmente una agrupación humana en la que los individuos se sienten unidos los unos a los otros por lazos a la vez materiales y espirituales y se consideran diferentes de los individuos que componen otras agrupaciones nacionales. HAURIU, A. y otros. *Derecho constitucional e Instituciones Políticas*. Traducción castellana, adaptación a apéndice a cargo de José Antonio González Casanova. Barcelona: Ariel, 1980, p. 119.

⁶ Para BAUER la lengua es tan sólo un instrumento porque no todos los que hablan una misma lengua forman una nación, pero ninguna nación resulta posible sin una lengua común. BAUER, O.: op. cit., p. 134.

⁷ V. ib. pp. 137-138.

⁸ Ib., p. 138.

concepciones están impregnadas de elementos sociológicos que tienen como punto de cohesión, el sentimiento de unidad en una determinada población. ¿Son estos elementos suficientes para establecer una identidad de la «Nación» con el «Estado»? Consideramos que no, con fundamento en razones históricas. La conexión entre los términos «Nación» y «Estado» surge a partir de los siglos XVIII y XIX, momento en el que, como señala el profesor GONZÁLEZ CAMPOS, la «Nación» aparece como base esencial y constitutiva del Estado.⁹ Es decir, que la formación de la construcción natural¹⁰ o la comunidad de destino son anteriores al establecimiento del Estado, siendo este último una construcción artificial.¹¹

1.2) Concepto de Estado

El concepto «Estado» responde a diversos sentidos, de acuerdo con la amplitud o restricción que se le dé.¹² Para efectos de esta investigación, partiremos del sentido amplio del término «Estado», es decir, como una colectividad organizada jurídicamente en un determinado territorio. Tomando como base las construcciones hechas por los profesores JELLINEK¹³ y HAURIUO,¹⁴ podemos afirmar que

esta organización llamada «Estado» está caracterizada por tres elementos necesarios para su formación, a saber territorio, población y poder.¹⁵

En cuanto al territorio, HAURIUO establece que su importancia radica en considerar el mismo como una circunscripción en cuyo interior se ejerce el poder del Estado,¹⁶ es decir, el ámbito físico en el que el Estado tiene su competencia exclusiva. Según el profesor JELLINEK, la significación jurídica del territorio se exterioriza en una doble dimensión: negativa una, en tanto que se prohíbe a cualquier otro poder no sometido al del Estado ejercer funciones de autoridad en el territorio sin autorización expresa por parte del mismo; positiva la otra, en cuanto a que las personas que se hallan en el territorio quedan sometidas al poder del Estado.¹⁷

La característica de la «dominación»,¹⁸ en términos de JELLINEK, o bien el «monopolio de la coerción material»,¹⁹ en palabras de HAURIUO, es lo que diferencia el tipo de poder que ejerce el Estado frente a cualquier otro tipo de asociación colectiva, pero además, coinciden ambos, al afirmar que esta coerción tiene su base en una serie de normas jurídicas que le han dado la legitimidad a esa fuerza que tiene este tipo de organización.

⁹ GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.: op. cit., p. 3.

¹⁰ Tal y como afirma PÉREZ LUÑO, «(...) común a casi todas las doctrinas decimonónicas (... se entiende que) nación es una entidad natural mientras que el Estado es un producto artificial. Tesis a la que subyace que durante todo el siglo XVIII y buena parte del XIX se entiende que lo que es natural posee un valor, una razón de ser, superior a lo artificial.» MANCINI, P.S.: op. cit., p. XXI-XXII.

¹¹ A nivel doctrinario existe la discusión entorno a la necesidad o no de que la «Nación» se deba convertir en un Estado. Como representante de la postura a favor. Véase HAURIUO, A.: op. cit., p. 123. En contra v. PEREZNIETO CASTRO, L.: *Derecho Internacional Privado*. Quinta edición. México D. F.: Harla, 1991, p. 30.

¹² Véase HAURIUO, A.: op. cit., p. 118.

¹³ JELLINEK, G.: *Teoría del Estado*. Traducción de la segunda edición alemana y prólogo por Fernando de los Ríos. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1981, pp. 295 y ss.

¹⁴ HAURIUO, A.: op. cit., pp. 118 y ss.

¹⁵ Tal y como lo señala JELLINEK, «Los elementos particulares del Estado se condicionaba mutuamente, y por esto, sólo es posible aislar a uno de los demás de un modo hipotético, ya que cada cual tiene como supuesto a los demás.» JELLINEK, G.: op. cit., p. 319.

¹⁶ Véase HAURIUO, A.: op. cit., pp. 127-129.

¹⁷ JELLINEK, G.: op. cit., p. 295.

¹⁸ V. ib., pp. 320-324.

¹⁹ Véase HAURIUO, A.: op. cit., p. 150.

En cuanto a la población como tercera característica, HAURIOU la identifica con el concepto «Nación» que explicábamos más arriba.²⁰ Coincidimos con JELLINEK en el otorgamiento de un contenido más amplio al concepto, pues reconoce al hombre como persona y no sólo como miembro de una comunidad popular. En otras palabras, el hecho de un «individuo, aunque sea de manera transitoria, se encuentre sometido a un Estado extraño, no sólo lo hará ser considerado como *subditus* del mismo, sino también como *cives temporarius*, que si bien tiene derechos públicos, tiene a su vez derechos de esta naturaleza.»²¹ En este mismo sentido, DÍEZ DE VELASCO afirma que el Estado tiene la potestad de ejercer sus competencias sobre un determinado territorio y sobre los nacionales o extranjeros que en él se encuentren.²²

1.3) Relación entre nación y Estado y su aplicación en la población

De lo estudiado hasta el momento se desprende, que la «Nación» encuentra su reconocimiento jurídico por medio del «Estado», y a su vez la «Nación» le da un fundamento al Estado.²³ Siguiendo al profesor ESPINAR VICENTE²⁴ dentro de la población de cada uno (Estado) pueden distinguirse dos clases de personas: las que pertenecen al grupo (nacionales) y los individuos que se hallan en el territorio. Es decir, que cada sistema jurídico tiene asignado un doble objetivo: el primario, que consiste en establecer las normas que rigen las relaciones

de los miembros del grupo (es decir, los nacionales); y, el secundario, que estriba en promulgar los preceptos de derecho público que organizan la convivencia en el territorio.²⁵

Como lo afirma el profesor ARJONA COLOMO el nacional es un miembro de la comunidad estatal. Sin embargo, consideramos de insuficiente su aseveración, pues el extranjero ya no es totalmente excluido, como lo era antes, de esta comunidad. Tiene en ella derechos y deberes, y, en cierto sentido, es un afiliado al Estado, un súbdito de éste.²⁶ Los conceptos aquí esbozados serán desarrollados en los apartados siguientes con mayor amplitud.

2) Individuos y su relación con el Estado

2.1) Concepto de nacionalidad

a) Evolución

Sin pretender hacer un examen exhaustivo del aspecto histórico de la nacionalidad, nos hemos permitido dar unos breves trazos de su evolución. En Roma se parte de la distinción entré «la natio» como el grupo sociológico definitivamente constituido y el «populus» como agrupación unificada por el derecho.²⁷

En la Edad Media, surgen dos tipos de vínculos. Por una parte, la nacionalidad es entendida como la relación de fidelidad absoluta personal entre el súbdito y el señor feudal, y en último término, la del señor feudal con el soberano.²⁸ Por otro lado, la relación del natural

²⁰ V. supra nota 5.

²¹ JELLINEK, G.: op. cit., p. 306.

²² DÍEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Tomo 1. Quinta edición. Madrid: Editorial Tecnos, 1980, p. 366.

²³ Esto último tal y como lo vemos supra al relacionar históricamente el concepto de nación con el del Estado.

²⁴ ESPINAR VICENTE, J.M.: *Derecho internacional privado*. La nacionalidad. Segunda edición. Granada: Ediciones TAT, 1988, pp. 26 y 27. Tesis que reitera en su obra más reciente sobre esta materia. ESPINAR VICENTE, J.M.: *La Nacionalidad y la Extranjería en el Sistema Jurídico Español*. Con la coautoría de Elena Pérez Marín. Primera edición. Madrid: Editorial Civitas, 1994, pp. 44-43.

²⁵ En este mismo sentido, v. JELLINEK, G.: op. cit., p. 306.

²⁶ ARJONA COLOMO, M.: op. cit., p. 3.

²⁷ Ib., p. 11.

²⁸ LETE DEL RÍO, J.M.: *La nueva regulación de la Nacionalidad*. Cuaderno Civitas. Madrid: Editorial Civitas, 1984, p. 16. En el mismo sentido, v. GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.: op. cit., p. 4 y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: op. cit., p. 19.

de la tierra con el señor de ésta; vínculo que procede del hecho de pertenecer a una determinada comunidad territorial.²⁹

A partir de la Revolución Francesa, la nacionalidad se entiende referida a la nación.³⁰ En este momento histórico, la «Nación» se presenta como un elemento imprescindible para la constitución de la nueva organización política: el Estado. Tal y como afirman los profesores GONZÁLEZ CAMPOS y FERNÁNDEZ ROZAS, la utilización de la «Nación» como vínculo sociológico posterior a la Revolución Francesa, hace que las relaciones de la persona con una comunidad política que simbolizan las naciones del «natural» y del «súbdito» se traslade ahora a la «Nación» y al «Estado», respectivamente.³¹ Tal y como lo decíamos supra, la nación es el fundamento del Estado y el Estado le da reconocimiento jurídico a la nación.

No existe acuerdo en la doctrina acerca del rumbo del concepto de nacionalidad en el siglo XIX. Por una parte, el profesor ARJONA COLOMO señala que en este período, la nacionalidad entendida como el vínculo sociológico, pasa a ser un concepto jurídico al manifestarse en las relaciones con el Estado.³² Por otro lado, el profesor LETE DEL RÍO

establece que en el siglo pasado existieron dos corrientes sobre la nacionalidad: una que la define como vínculo jurídico político, y otra, que la explica como vínculo sociológico.³³

Esta situación de contrasentido en la doctrina, a mi juicio, obedece a que la nacionalidad, en el siglo XIX, deja de ser un vínculo sociológico para pasar a ser parte de la definición de población de un Estado. Es decir, que al vínculo sociológico tradicional, se le agregará un vínculo jurídico. Es aquí donde la nación y la nacionalidad tendrán evoluciones diferentes, ya que aunque ambas están relacionadas con el Estado: la primera es fundamento para parte de la población del Estado y la segunda, sin dejar de ser un vínculo sociológico, es reconocida jurídicamente a un determinado individuo frente al Estado como organización política. En otras palabras, la nacionalidad, en este momento histórico, no dependerá sólo del contenido que se derive del término «Nación», sino que además, supondrá un vínculo jurídico con la organización estatal. Podríamos, entonces, no de nacionalidad, sino de «estatalidad» que supone el reconocimiento jurídico de la nacionalidad de la que hablaba MANCINI en sentido sociológico.³⁴

²⁹ GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.: op. cit., p. 4 y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: op. cit., p. 19.

³⁰ PRIETO CASTRO Y ROUMIER, F.: *La nacionalidad múltiple*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto «Francisco de Vitoria», 1962, p. 5.

³¹ GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.: op. cit., p. 4 y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: op. cit., p. 19.

³² ARJONA COLOMO, M.: op. cit., p. 12.

³³ LETE DEL RÍO, J.M.: op. cit., pp. 5-6. En este mismo sentido señala Díez Pícazo, L. y Guillón, A.: «(...) a principios del siglo XIX, comienza a dibujarse la idea moderna de nacionalidad, que posee, en el pensamiento de los autores, una doble carga ideológica. La primera es la idea de nacionalidad como un vínculo que liga a un individuo o súbdito con un determinado Estado. (...) Otra dirección, en cambio, piensa que por encima y por debajo del Estado existe o puede existir una realidad histórica, cultural y social llamada Nación, que constituye una auténtica comunidad natural de carácter orgánica, en razón de la unidad de destino, de historia y características culturales de sus componentes. La pertenencia a esta comunidad nacional no tiene que coincidir necesariamente con la sumisión al Estado como organización política (...).» Díez Pícazo, L. y Guillón, A.: *Sistema de Derecho Civil*. Volumen 1. Séptima edición. Madrid: Tecnos, 1989, p. 314.

³⁴ Sobre esta misma idea de la estatalidad de la nacionalidad, señala el profesor Mijangos de la Muela que en «(...) rigor semántico, la nacionalidad debiera llamarse al vínculo de la persona con una nación, no con un Estado. Nombre más exacto para este último lazo es el empleado por los alemanes de Staatsangehörigkeit (dependencia de un Estado), que solamente por un neologismo o perifrasis muy forzados podrá aplicarse en las lenguas romances, en las que un largo uso ha consagrado la denominación de nacionalidad, cuya impropiedad puede salvarse distinguiendo su acepción jurídica, que es la que nos interesa, de la política o sociológica de dependencia con una nación.» Mijangos de la Muela, A.: *Derecho Internacional Privado*. Tomo 2. Décima edición. Puesta al día, entre otros, por Manuel Díez de Velasco. Madrid: Ediciones Atlas, 1987, p. 19.

b) Definiciones sobre el término «Nacionalidad»

Las definiciones que encontramos del término «nacionalidad» responden a modos distintos de plantear la problemática que estudiábamos anteriormente, es decir, lo que ha supuesto la estatalización de la nacionalidad. Es así como podemos dividir las diferentes concepciones en cuatro grandes grupos:

b.1) Vínculo único:

Bajo esta perspectiva se define la nacionalidad como la pertenencia o el vínculo jurídico de una persona a la población que constituye un Estado (sic). Es decir, en estricto sensu, se define nacionalidad como estatalidad.³⁵

b.2) Doble vínculo:

La nacionalidad para este sector está constituida por dos dimensiones: una sociológica y otra jurídica.³⁶ En la primera, la nacionalidad es expresión jurídica de un hecho social, es decir, de pertenencia a una comunidad nacional. En la segunda, la nacionalidad

constituye un vínculo entre una persona y el Estado al que se halla sometida.³⁷

b.3) Triple vínculo:

El profesor MIAJA DE LA MUELA ha criticado el doble vínculo recién esgrimido, por ser, a su juicio, una visión muy simplista, por lo que propone el estudio de la nacionalidad desde una tridimensionalidad: política, jurídica y sociológica. La dimensión política se concreta en que el Estado determine quiénes pueden ser sus nacionales, la dimensión jurídica en el contenido de derechos y deberes que tendrá el estatuto que rija a los nacionales y la dimensión sociológica como una realidad existencial.³⁸

En cuanto a la posición planteada por el profesor MIAJA DE LA MUELA, entendemos que lo que ha hecho es realizar una subdivisión en la dimensión jurídica, pues el vínculo con el Estado no sólo supone una relación vertical entre el individuo y la organización política de que se trate, sino que esta relación le permite al primero hacerse adjudicatario de un estatuto de derechos y deberes.

De acuerdo con lo estudiado hasta el momento, y ciñéndonos a la relación del individuo con la nación y el Estado, coincidimos

³⁵ PÉREZ VERA, E.: *Derecho internacional privado*. Volumen 1. Sexta edición. Madrid: Impresa, 1996, p. 169. El profesor DÍEZ DE VELASCO, distingue que para algunos el vínculo jurídico supone un *status civil*, mientras que para otros responde al vínculo político entre la organización estatal y el individuo. DÍEZ DE VELASCO, M.: op. cit., p. 362. En el último sentido que apuntaba el profesor DÍEZ DE VELASCO, lo aceptan PRIETO CASTRO Y ROUMIER, F.: op. cit., p. 5 y ORTIZ MARTÍN, G.: *Derecho internacional privado de Costa Rica*. Edición del Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, 1969, p. 68.

³⁶ En palabras del profesor MIAJA DE LA MUELA, la sociológica sería la dimensión horizontal del individuo en la sociedad y la jurídica la relación vertical entre el Estado y el individuo. MIAJA DE LA MUELA, A.: Tomo 2, op. cit., p. 20.

³⁷ GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.: op. cit., p. 5 y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: op. cit., p. 19. El profesor BOGGIANO utiliza esta misma distinción, pero llama al vínculo sociológico, nacionalidad de hecho y al vínculo jurídico, nacionalidad de derecho. Teniendo estos conceptos los mismos contenidos, respectivamente. BOGGIANO, A.: *La doble nacionalidad en Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973. Por su parte, el profesor ESPINAR VICENTE, hace varios matices en cuanto al vínculo jurídico. Por una parte, lo define como un vínculo jurídico-político, por ser éste entre el Estado y el individuo. Por otra parte, da dos ámbitos de aplicación al vínculo jurídico-político: uno, *ad intra* en cuanto a las regulaciones propias que hace el Estado; y otro, *ad extra*, ya que, según afirma, en el orden internacional, se consagra la nacionalidad como un derecho fundamental del individuo, en la medida en la que constituye el principal vehículo que utiliza este ordenamiento para instrumentar la protección de derechos humanos. ESPINAR VICENTE, J.M.: *Derecho internacional...* op. cit., pp. 19-22. Por otro lado, el profesor ARJONA COLOMO hace la distinción entre vínculo social-político y jurídico, pese a que le da igual sentido al que hemos explicado arriba. En definitiva como él mismo lo expresa, «uno social (político) que hace referencia a la nación y otro jurídico, que hace referencia al Estado.» ARJONA COLOMO, M.: op. cit., pp. 1 y 13.

³⁸ MIAJA DE LA MUELA, A.: Tomo 2, op. cit., pp. 22-23. Sin entrar a definir las, el autor LETE DEL RÍO hace la misma división de dimensiones. LETE DEL RÍO, M.: op. cit., p. 17.

en la definición que sobre la misma ha hecho el Tribunal Internacional de Justicia en su decisión de 6 de abril de 1955, cuando establece: «(...) la nacionalidad es un vínculo jurídico que tiene fundamento en un hecho social de relación: una solidaridad efectiva de existencia, de intereses, sentimientos, junto a una reciprocidad de derechos y deberes (...)». En otras palabras, la nacionalidad obedece a dos dimensiones: por una parte a la pertenencia del individuo a una comunidad nacional con su respectivo vínculo sociológico, y por otra parte, a que con base en el vínculo sociológico el Estado reconoce al individuo, mediante un vínculo jurídico, propio de la organización política actual.

2.2) Concepto de «Extranjero»

Tal y como lo analizábamos cuando nos referimos al Estado y su población, el primero tiene la potestad de ejercer su poder sobre un territorio y sobre las personas que estén en él. En cuanto a estas últimas, entendemos que pueden ser tanto nacionales como extranjeros. De los primeros hemos hecho la definición supra, pero en cuanto a los extranjeros debemos decir, que la doctrina, por lo general, los ha definido en sentido negativo de lo que se entiende por nacional, es decir, que el extranjero es quien no forma parte de una comunidad política.³⁹ El término extranjero supone, por una parte, que un individuo o su grupo es llamado así frente a una determinada comunidad política de la que no forman parte. Por otro lado, se le reconoce como no nacional, tanto al que os-

tenta un vínculo con otro Estado o a quien carezca de éste, como el caso de los apátridas.⁴⁰

Al ser los extranjeros, provisional o permanentemente, parte de la población del territorio en que ejerce su poder un Estado, deben los no nacionales someterse al derecho interno del poder instituido. Las normas que dicta un determinado Estado con respecto a población, responden a tres grandes esferas. La primera, está compuesta por las disposiciones que debe acatar la población en general, tanto extranjeros como nacionales. Según afirma DÍEZ DE VELASCO, se trata de «normas de aplicación territorial, de seguridad pública y, en general, todas aquéllas cubiertas por el concepto del orden público interno e internacional.»⁴¹ La segunda esfera de normas, refiere a la regulación del disfrute de ciertos derechos y el cumplimiento de ciertas obligaciones que se les concederán sólo a los nacionales.⁴² Y finalmente, en la tercera esfera cuando el Estado dicta un estatuto o conjunto de normas específico para el sector foráneo de la población.

Aunque no entraremos en la evolución detallada de este concepto,⁴³ sí podemos afirmar que la misma se ha caracterizado por una evolución positiva⁴⁴ en la que el extranjero, como titular de derechos, tiende a equipararse con el nacional.

Según el profesor GONZÁLEZ CAMPOS, debemos resaltar que dentro de este último grupo, existen varias distinciones.⁴⁵ La primera surge entre los extranjeros «privilegiados» y los

³⁹ GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.: op. cit., p. 123 y en igual sentido, DÍEZ DE VELASCO, M.: op. cit., p. 366; ESPINAR VICENTE, J.M.: «La nacionalidad ...» op. cit., p. 23; PÉREZ VERA, E.: op. cit., p. 227.

⁴⁰ GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.: op. cit., p. 123 y en igual sentido, DÍEZ DE VELASCO, M.: op. cit., p. 366.

⁴¹ DÍEZ DE VELASCO, M.: op. cit., p. 367 y en igual sentido, v. ESPINAR VICENTE, J.M.: «La nacionalidad ...» op. cit., p. 28.

⁴² El término nacional se utiliza en este caso en sentido amplio, ya que más adelante se hará la distinción con el concepto de ciudadanía.

⁴³ Para tener una evolución sucinta de la evolución del concepto de extranjero, v. PEREZNIETO CASTRO, L.: op. cit., pp. 82-83.

⁴⁴ PÉREZ VERA, E.: op. cit., p. 227.

⁴⁵ GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.: op. cit., pp. 125-126. En igual sentido, v. PÉREZ VERA, E.: op. cit., p. 228.

«desfavorecidos». La disparidad aparece en que los primeros gozan de ciertos privilegios e inmunidades en razón de sus labores diplomáticas u oficiales. La segunda particularidad está en el otorgar un «estatuto especial» a quienes tienen una doble nacionalidad. Estas diferentes normas, como afirma la profesora PÉREZ VERA, que rigen la vida de los extranjeros en un Estado determinado tienen una dimensión predominantemente interna, y depende en gran medida, del Derecho estatal, salvo ciertas obligaciones impuestas por el Derecho internacional público.⁴⁶

2.3) Concepto de ciudadanía

El concepto de ciudadanía, en nuestros días es una noción muy compleja que no ha terminado de definirse, tanto en cuanto a quiénes son los adjudicatarios de este *status* cuanto de los derechos y alcances que supone el mismo. Coincidimos con HEATER en que en este momento histórico podríamos definir la «ciudadanía como el derecho básico del hombre

para nada más que el derecho a tener derechos.»⁴⁷ El problema actual de este concepto es que existen no sólo diferencias en cuanto a las actuaciones gubernamentales, sino también, diferencias filosóficas sobre la naturaleza de ciudadanía como tal y su relación con los problemas sociales.

En todo caso, consideramos que la diferenciación del concepto de ciudadanía con respecto al concepto de nacional, de extranjero o de población ante un Estado, nos supondría al menos una primera brecha de estudio. El sentido del concepto de ciudadanía no es unívoco, podemos señalar que hay tres grandes significados que se han dado para identificar a un determinado grupo de individuos dentro de un Estado, bajo el *status* de ciudadanos.

En un sentido amplísimo, el profesor GUASTINI establece que se puede entender ciudadano como «cualquier miembro de la «sociedad civil» en cuanto realidad diferente de, y opuesta a, la «sociedad política», es decir al Estado (...).»⁴⁸ Tal y como lo analizábamos más arriba, entenderíamos ciudadano como cualquier miembro de la población, sea éste

⁴⁶ PÉREZ VERA, E.: op. cit., p. 228. En igual sentido, v. RIGAUX, F.: *Derecho Internacional Privado*. Parte General. Traducido y adaptado al derecho español por Alegría Borrás Rodríguez. Madrid: Editorial Civitas, 1985, p. 162 y Díez DE VELASCO, M.: op. cit., p. 367; y MARIÑO MENÉNDEZ, F.: *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*. Madrid: Ministerio de Asuntos Sociales en su Instituto Nacional de Servicios Sociales, 1996, p. 118. Esta última esfera, ha ido acompañada de un fuerte proceso de internacionalización que podemos analizar en dos etapas que se han dado en este siglo. En la primera mitad del siglo XX, surgen una serie de convenios bilaterales o multilaterales sobre el derecho de extranjería. Como antecedentes en el continente americano tenemos las siguientes normas internacionales: Convención relativa a los derechos de extranjería, 29 de enero de 1902. Segunda Conferencia Internacional Americana celebrada en México D.F.; Convención sobre condiciones de los extranjeros, 20 de febrero de 1928; Sexta Conferencia Internacional Americana elaborada en La Habana. En la segunda mitad aparece la normativa del Derecho internacional de los derechos humanos y con ello se tutela, entre otros, el reconocimiento de la persona en general por su condición de ser humano. Se ha dicho que «todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica». Artículo 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Recientemente se ha aprobado la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en el que viven (1985). A nivel regional existen las siguientes normas que tienen el mismo sentido del sistema universal: artículo 1 del Convenio para la Salvaguardia de los derechos del hombre y las libertades fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950), artículo 2 la Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José, 1969) y el artículo 1 Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul, 1981). IIDH. Disco Compacto: Dimensión jurídica de los derechos humanos. San José (Costa Rica), 1995.

⁴⁷ HEATER, D.: *Citizenship: the civic ideal in world history, politics and education*. First published. Singapore: Longman Singapore Publishers, 1990, p. 247.

⁴⁸ GUASTINI, R.: «Derechos: Una Contribución Analítica.» Traducido por Andrea Greppi. En A.A.V.V. Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales. Edición de José María Sauca. Madrid: I Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1994, p. 137.

nacional o extranjero, que esté bajo el poder de dominación y en el territorio de un determinado Estado.

En un sentido amplio, sin embargo menor que el anterior, como es el caso de cierto sector de la doctrina⁴⁹ como también de algunas legislaciones de origen anglosajón, se utilizan los términos nacionalidad y ciudadanía, indistintamente. En esta situación como afirma, el profesor GUASTINI, la ciudadanía presupone la existencia del ligamen nacional.⁵⁰ Bajo esta visión, se entendería el concepto de ciudadanía como el *status* que se le otorga a un conjunto de individuos que son nacionales en un Estado, es decir, aquellos individuos que tienen un vínculo sociológico y jurídico con la organización política a la que pertenecen.

Por último, en un sentido estricto, el profesor ARJONA COLOMO ha señalado que los

conceptos de nacionalidad y ciudadanía, «no son idénticos en el tecnicismo científico, por más que algunas veces se confunden.»⁵¹ Si estamos siendo tan precisos, debemos agregar que por el hecho de poseer una nacionalidad, no supone dar cabida inmediata a adjudicarse la condición de ciudadano. En otras palabras, cada ordenamiento jurídico determinará que otros prerequisites, aparte de la nacionalidad, deben cumplirse para la obtención del *status* de ciudadano.⁵² Por las razones anteriores, en este sentido estricto, podemos afirmar que si bien todo nacional no es ciudadano, todo ciudadano debe ser nacional.⁵³

Coincidimos con el profesor GUASTINI, al establecer que la expresión «derechos humanos» y su aplicación universal con respecto a los ciudadanos depende de la corriente doctrinaria que se siga.⁵⁴

CAPÍTULO II:

La relación individuo-Estado desde la perspectiva del liberalismo, el socialismo y el comunitarismo y su influencia en el concepto de ciudadanía

Con el fin de conocer el fundamento que tiene cada una de las concepciones de ciudadanía antes mencionadas, nos ceñiremos al estudio de tres corrientes filosófico-políticas que se han dado a la labor de estudiar la relación individuo-Estado. Esta relación nos permitirá determinar a cuáles individuos se les considera como ciudadanos, para así conocer los derechos fundamentales que se les ha concedido.

Antes de entrar en el análisis de cada una de estas posturas y sus respectivas críticas, debemos esclarecer los valores que han dado el fundamento a los derechos fundamentales. De acuerdo con el profesor PRIETO SANCHIS, los valores de la ética de la modernidad que dan fundamento a estos derechos fundamentales, se remiten a la dignidad, y a su vez, ésta tiene dos grandes manifestaciones: la libertad y la igualdad.⁵⁵

⁴⁹ Dentro de la doctrina española en este tema, VICENTE ESPINAR y PRIETO-CASTRO ROUMIER.

⁵⁰ GUASTINI, R.: op. cit., p. 137.

⁵¹ ARJONA COLOMO, M.: op. cit., p. 15. En un sentido parecido afirma el profesor MIAJA DE LA MUELA que esta similitud de términos no es la más afortunada ya que se basa en una forma política ya superada. MIAJA DE LA MUELA, A.: Tomo 2, op. cit., p. 20; y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: op. cit., pp. 22-23.

⁵² Entre los prerequisites que se suelen mencionar en los ordenamientos jurídicos internos podemos mencionar el pleno uso de las facultades mentales y el haber alcanzado una edad determinada, que por lo general coincide, con el alcanzar la «capacidad de actuar» a lo que hacen referencia los civilistas.

⁵³ En igual sentido v. ARJONA COLOMO, M.: op. cit., p. 15; y MIAJA DE LA MUELA, A.: Tomo 2, op. cit., p. 21.

⁵⁴ V. en igual sentido HÄBERLE, P.: «El concepto de los derechos fundamentales.» En A.A.V.V. Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales. Edición de José María Sauca. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1994.

⁵⁵ PRIETO SANCHIS, L.: *Estudios sobre Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Debate, 1990, p. 127. En igual sentido v. DE CASTRO CID, B.: *Los derechos económicos, sociales y culturales*. Análisis a la luz de la Teoría General de los Derechos Humanos. Ponferrada: Universidad de León, Secretariado de Publicaciones, 1993, p. 122.

Pese a la multiplicidad de clasificaciones que nos ofrece la doctrina, nos hemos permitido resaltar dos, que consideramos como representativas, en razón del estudio que supone la relación entre los derechos concedidos al ciudadano y el papel que juega el Estado, tanto en la provisión como en su garantía. La clasificación hecha por el profesor PRIETO SANCHIS de acuerdo con el destinatario, nos ofrece el perfil al que debe responder el ciudadano, es decir, si debe ser ideal o situado. Por su parte, el análisis del profesor PECES-BARBA, sobre la proyección de los derechos, nos permite establecer la función del Estado o de la comunidad social, con respecto a los derechos de los individuos.

El profesor PRIETO SANCHIS señala que de acuerdo con el destinatario, hay dos maneras de traducir estos valores en derechos. Por una parte, con la contemplación de un sujeto moral, abstracto y universal que busca proteger la dignidad del ser ideal, con lo cual se dan fundamentaciones abstractas. Mientras que si se contemplan esos valores en relación con condiciones materiales de existencia, es decir, a un sujeto situado, estaremos ante fundamentaciones históricas.⁵⁶ En apoyo a esta última postura, la más connotada doctrina ha reconocido que los derechos fundamentales que han ido aparejados a los ciudadanos, obedecen a procesos históricos. Los derechos fundamentales no son instituciones inmutables, son instituciones históricas, que adquieren sentido de acuerdo con el contenido que se haya dado a los mismos y al concepto de Estado que se maneje.⁵⁷

Mientras que si analizamos lo anterior de acuerdo con la proyección de los derechos, clasificación hecha por el profesor PECES-BARBA,⁵⁸ debemos distinguir entre las justificaciones liberales y las justificaciones sociales. Las primeras otorgan el fundamento de los derechos fundamentales, en la esfera de la libertad individual, dejando el papel del Estado respecto de estos derechos, en la no interferencia. En el caso de las justificaciones sociales se habla de la igualdad en la vida social. En esta postura el Estado, o bien la comunidad, tienen una actuación más activa en la promoción de los derechos. Dentro de esta clasificación se incluye una tercera subdivisión, que es la llamada justificación democrática. En relación con esta última nos sumamos a la posición del profesor DE ASIS, quien ha señalado que es muy difícil pensar en un planteamiento democrático que no sea o bien liberal o social.⁵⁹

Partiendo de estas caracterizaciones generales sobre el papel del individuo como ciudadano y de su relación con el Estado, analizaremos de manera general algunos de los postulados del liberalismo, el socialismo y el comunitarismo.

1) La justificación del liberalismo político

Durante los últimos dos siglos, los liberales, han tratado de desarrollar una teoría que sea lo suficientemente neutral para otorgar una libertad amplia a sus ciudadanos.⁶⁰ Parte de los antecedentes de estas corrientes, según lo

⁵⁶ PRIETO SANCHIS, L.: op. cit., p. 22.

⁵⁷ Véase HÄBERLE, P.: op. cit., pp. 104-107.

⁵⁸ Véase PECES-BARBA, G.: *Curso de derechos fundamentales*. Teoría General. Con la colaboración de Rafael de Asis Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Ángel Llamas Cascón. Madrid: Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado, 1991, pp. 61-68.

⁵⁹ DE ASIS ROIG, R.: «Concepto y Fundamento.» Asignatura del Doctorado en Derechos Fundamentales de la Universidad Carlos III de Madrid, diciembre de 1996 y enero de 1997.

⁶⁰ El concepto que por lo general ha manejado el liberalismo político, ha sido el que Isaiah Berlin ha denominado como libertad negativa. Véase BERLIN, Y.: «Dos conceptos de libertad.» En Cuatro ensayos sobre la libertad. Traducción al castellano de J. Bayón. Madrid: Alianza Editorial, 1988.

manifiesta el profesor RUIZ MIGUEL, la encontramos en las declaraciones de derechos revolucionarias (sic), parece haber transmitido «un marco moral muy exigente que se derivaría del carácter moralmente categórico y último de los derechos individuales, prevalecientes sobre los intereses de la sociedad. Ese marco puede resumirse en la atribución a los derechos humanos de tres rasgos especialmente fuertes: universalidad, absolutidad e inalienabilidad. Los tres, y especialmente los dos últimos, han sido muy discutidos dentro de la propia tradición en su significado y alcance e incluso en su validez.»⁶¹

Actualmente la corriente política denominada liberalismo, tiene una serie de «subcorrientes», las cuales plantean posiciones incluso contradictorias. Es válido señalar que «en cualquier caso habremos de convenir que lo que existe son más «los liberalismos» que el liberalismo.»⁶² Sin embargo, no debemos perder de vista, que se tienen bases comunes para ser denominados liberalismos. Como explica el profesor REQUEJO se pueden señalar, entre los más importantes elementos comunes: el individualismo y el universalismo.⁶³ En palabras de PRIETO SANCHIS, se «contempla la dignidad, la libertad y la igualdad de un sujeto moral fuera del tiempo y del espacio, y que por tanto, se postula como universalmente válida.»⁶⁴

Bajo este planteamiento, el profesor REQUEJO ha establecido una posible articulación de los liberalismos actuales, que ha denominado el «cuadro mágico.» Por una parte, encontramos el liberalismo deontológico que se

basa en «la defensa, siguiendo las ideas clásicas de Locke y Madison, de una esfera de privacidad en la que el individuo debe estar protegido de las interferencias del Estado y de las acciones de otros individuos.»⁶⁵ Por otra parte, en el liberalismo consecuencialista destacan las consecuencias más que los derechos, incluso aunque eso vulnere los últimos. Se aplica «el realismo hobbesiano que hace de la paz y la seguridad una base de legitimación prudencial de la organización política,»⁶⁶ es decir, que se incluyen las posturas de James Mill y Bentham, quienes defienden que se dé la mayor felicidad al mayor número. Por otra parte, el liberalismo perfeccionista que se vincula a «la reivindicación de una «autonomía positiva», basada entre otras, en las consideraciones ilustradas de Kant y Stuart Mill sobre unos ciudadanos capaces de mejorar constantemente su calidad moral.»⁶⁷ Finalmente, tenemos el liberalismo de la neutralidad, entendido como «la defensa tradicional de la organización liberal», hoy renovada por autores influyentes como Rawls, Dworkin o Larmore, en tanto que un orden político neutral en el que cada individuo pueda realizar sus proyectos personales de acuerdo con su visión particular de «vida buena».⁶⁸

El mismo autor de esta clasificación simplifica las corrientes liberales en tres grandes grupos que explica de la siguiente manera. El primero de ellos es la «autonomía negativa» como principal elemento legitimador de la economía de mercado y del Estado mínimo, tradición que tiene en Hayek y Nozick —dos de sus principales referencias actuales—. Allí

⁶¹ RUIZ MIGUEL, A.: «Derechos Humanos y Comunitarismo. Aproximación a un Debate.» En Cuadernos de Filosofía del Derecho. Doxa. Núm. 12. Madrid: Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, 1989, p. 97.

⁶² REQUEJO COLL, F.: «El cuadro mágico del liberalismo.» En Claves de Razón Práctica, Núm. 46, octubre, 1994, pp. 3-4.

⁶³ Ib., p. 8.

⁶⁴ PRIETO SANCHIS, L.: op. cit., p. 21.

⁶⁵ REQUEJO COLL, F.: op. cit., p. 4.

⁶⁶ Ib.

⁶⁷ Ib.

⁶⁸ Ib.

suelen encontrarse también las justificaciones liberales de carácter *hobbesiano* que aparecen habitualmente, sobre todo en el discurso de algunos utilitarismos.

El segundo, el extremo opuesto al anterior, vendría a ser «el conjunto de tradiciones vagamente denominado como liberalismo social», basado en la concepción de la «autonomía positiva», es decir, que el Estado tendrá alguna injerencia para garantizar que se den los derechos. Dentro de esta corriente incluye a Habermas y a Apel.⁶⁹

Por último, «el liberalismo procedimental» de autores como Rawls, Dworkin o Larmore, (...) «esquina legitimadora de la «neutralidad» del Estado en relación con las concepciones individuales sobre el bien.»⁷⁰

Para efectos de esta investigación, partiremos de las concepciones liberales que se han denominado como «autonomía negativa» y la «esquina legitimadora de la neutralidad», ya que si bien el llamado «liberalismo social» se basa en una concepción individualista, su visión supone la intervención del Estado, influencia propia del socialismo.

1.1) El individuo en el Estado liberal

a) El individuo y la libertad

El liberalismo ha buscado la fundamentación del valor, libertad como garante de la dignidad de los seres humanos. Sobre este valor HAYEK explica en su obra *Constitution of Liberty*, cómo las llamadas reglas del cosmos imponen que no se produzca ninguna actuación

específica. En otras palabras, la libertad se caracterizará por ser una falta de coacción.⁷¹

El fundamento de los derechos radica en la existencia de una esfera de libertad que pertenece al individuo. Los derechos se formulan como derechos mínimos, dentro de los que se incluyen el derecho de propiedad y los de autonomía; amparados en el sistema de mercado, y van generalmente acompañados del rasgo de la universalidad.⁷²

La libertad y la autonomía del individuo llevan a que el sujeto sea responsable de sus actos, es decir, que si hay algún tipo de control económico-social, se le quita responsabilidad al individuo. Esta será una de las grandes críticas que le hace el liberalismo a las tendencias socialistas o comunitaristas, apoyándose en que se le está coartando la libertad absoluta a la que tiene derecho todo individuo. Ante esta crítica, HARRIS ha respondido que si bien «(...) la redistribución de la renta o recursos puede realmente limitar la libertad del contribuyente, pero sólo en la misma medida en que amplía la libertad de los beneficiarios. Lo que un grupo pierde, otro lo gana.»⁷³ El liberalismo ha replicado que «sólo puede atribuirse responsabilidad a aquellas consecuencias de la acción individual que una persona está capacitada para prever y decidir. La responsabilidad, para ser eficaz, ha de ser individual. Uno es responsable de sus propios actos.»⁷⁴

Lo que esta corriente del liberalismo ha querido defender es la libertad, entendida como la no intervención del Estado en el desarrollo del sistema de mercado. Según HARRIS, esta

⁶⁹ Autores que no se denominan liberales, sino por el contrario, se califican partidarios de las corrientes socialistas.

⁷⁰ REQUEJO COLL, F.: op. cit., p. 5.

⁷¹ Véase. HAYEK, F.A.: *The Constitution of Liberty*. London: Routledge and Keagan Paul, 1960.

⁷² El tema de la universalidad será discutido infra, cuando se establezcan las diferencias con el comunitarismo.

⁷³ HARRIS, D.: *La justificación del Estado de Bienestar*. La nueva derecha versus la vieja izquierda. Estudio introductorio de Juan J. Fernández Cainzos. Madrid: Instituto de Economía y Hacienda. Instituto de Estudios Fiscales, 1990, p. 70.

⁷⁴ HAYEK, F.A.: «*Constitution ...*» op. cit., p. 83.

formulación de normas del mercado constituyen en sí mismas limitaciones a la libertad.⁷⁵

Con base en las ideas anteriores, los liberales establecen como proyección de esta libertad, los llamados derechos de propiedad. Sin embargo, hay desacuerdo en cuanto al origen de la fundamentación de los mismos; ya se dan dos vertientes principalmente (sic). Por una parte, HAYEK afirma que estos derechos surgen de la evolución de procesos históricos. Mientras que NOZICK, siguiendo la tradición de los derechos naturales del siglo XVII, establece que los derechos se deducen a partir de proposiciones abstractas sobre la naturaleza del hombre.⁷⁶ Sin embargo, esta divergencia sobre el origen hace cambiar el reconocimiento de estos derechos como absolutos en la sociedad de mercado, al grado que incluso se ha llegado a afirmar que la noción de justicia debe entenderse referida a los derechos de propiedad.

Esta última postura es criticada por HARRIS al afirmar que «(...) la libertad puede requerir algún tipo de sistema de propiedad, pero esto no demuestra que o bien sean necesarios los derechos de propiedad plenos o que lo sean primordialmente. En segundo lugar, si la libertad refuerza la propiedad ha de admitirse que el sistema forja una estructura de libertad y dependencia y que es necesario valorar el funcionamiento del mismo desde el punto de vista de la justicia.»⁷⁷

b) El ciudadano y la libertad

La exaltación de la libertad por medio de los derechos de propiedad, llega a influir inicialmente en la concepción decimonónica de los ciudadanos. En esta época se otorgaba este *status* a los hombres de cierta edad que

tuvieran derechos de propiedad. Los ciudadanos disfrutarán de los derechos de autonomía sobre la base de los derechos de propiedad absolutos.

La ciudadanía liberal al unirse con el sistema democrático, deberá dar igualdad jurídica en cuanto a la participación del ciudadano en la esfera pública, pero mantendrá ampliada la esfera privada. Como lo explica el profesor PECES-BARBA, «el sufragio universal (...) se ha insertado en la concepción liberal de los derechos, que sería hoy más adecuado denominar (como corriente) liberal-democrática.»⁷⁸ Los derechos civiles y políticos estarán en la esfera pública de forma restringida, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales serán parte del ámbito de la autosuperación.

La estructuración de los derechos de los ciudadanos, se hace a través de la relación de dos esferas claramente diferenciadas: una de ellas la pública restringida, pues lo que busca en realidad es que se dé el desarrollo del ciudadano como individuo autónomo en la esfera privada.

En definitiva los ciudadanos liberales, disfrutarán de los derechos de autonomía concedidos a los individuos de la población de un Estado, y además, los derechos políticos como una esfera diferenciada de derechos que les otorga la organización política en la que se inscriben. Para poder acceder a esta última esfera, se debe obtener el *status* del ciudadano, de acuerdo con los requisitos que se impongan. Podemos afirmar que la concepción del ciudadano liberal coincide con el sentido muy restringido, al cual hacíamos referencia al final del capítulo anterior. En otras palabras, la condición de ciudadano, en el Estado liberal, será otorgada a los nacionales de determinada

⁷⁵ HARRIS, D.: op. cit., p. 70.

⁷⁶ Véase NOZICK, R.: *Anarchy, State and Utopia*. Oxford: Blackwell, 1971.

⁷⁷ HARRIS, D.: op. cit., p. 287.

⁷⁸ PECES-BARBA, G.: *Curso ... op. cit.*, p. 67.

edad, que cumplan con los requisitos que les imponga la ley.

1.2) El papel del Estado liberal

El papel del Estado es garantizar la no interferencia en la autonomía de sus ciudadanos, para el disfrute de sus derechos. El Estado debe estar configurado por un mínimo de instituciones que garanticen la no intervención, ya que el ciudadano ejercerá sus derechos en un sistema de mercado.⁷⁹ La acción positiva del Estado, supone la coartar la libertad (sic). Tal y como nos lo explica PLANT, incluso las normas que dicta este Estado, las cuales conceden derechos a los individuos, deben ser un marco de referencia que permita al individuo actuar sin la interferencia de otros y así poder perseguir sus propósitos.⁸⁰

HAYEK establece que hay dos tipos de organización social que no pueden combinarse a voluntad. El primero de ellos es el orden espontáneo o «cosmos»;⁸¹ el segundo, la organización o «taxis». Un cosmos es un orden social autoengendrado basado en reglas abstractas, independientes de la voluntad. Un taxi no es autoengendrado, depende de poderes vinculados a la voluntad que dispone unos resultados concretos.⁸²

De esto se sigue que sólo las sociedades descentralizadas orientadas por el mercado

pueden ser productivas y que éstas sirven mejor a los fines de un individuo representativo. Un «orden fabricado» o *taxis* necesariamente debe resultar sencillo. Por contraste, el cosmos puede ser más complejo de lo que cualquier mente puede dominar. Nuestro conocimiento del mismo se limita a las normas generales que siguen los elementos del orden, no pudiendo conocer todos los elementos específicos y circunstancias concretas a que se enfrentan.

Según nos explica HARRIS, de ser cierta esta afirmación, «va desde luego contra cualquier teoría social que trate de garantizar unos resultados específicos a individuos concretos, o cualquier teoría que considere a la justicia como aseguradora de una relación categórica entre las circunstancias de distinta gente.»⁸³ En definitiva, para HAYEK, el estado de bienestar es moralmente detestable, ya que el derecho al bienestar es un ilógico, porque hace que las personas coactivamente obtengan los derechos y no como producto del disfrute de su libertad. Una organización política de este tipo sacrifica la libertad del sujeto ideal.

Desde la perspectiva de las justificaciones sociales y comunitaristas, se dice que en defensa de la libertad negativa y absoluta, se paga un alto precio al sacrificar la solidaridad social deseable.⁸⁴ En realidad el punto de discusión vendría a ser el tipo de igualdad que defiende el liberalismo, ya que el mismo se ha carac-

⁷⁹ Tal y como lo veremos de seguido, según HAYEK el mercado queda enmarcado en un orden espontáneo o cosmos. Habla del «sistema de mercado como la «catalaxia» siendo una clase especial de orden espontáneo producto del actuar de los individuos en el mercado a través de las leyes de la propiedad y la contratación.» La traducción es mía. HAYEK, F.A.: *Law, Legislation and Liberty*. Vol. 2. London: Routledge & Keagan Paul, 1976, p. 109. En sentido contrario HARRIS afirma que «(...) los mercados no son simplemente instrumentos neutrales que funcionan equitativamente en interés de todos los individuos racionales. Los mercados no son útiles para todos los objetivos o a todos los individuos indiferentemente. Debido a las inseguridades y desigualdades del mercado se hace necesario estudiar los contratos desde el punto de vista de la justicia.» HARRIS, D.: op. cit., p. 293.

⁸⁰ V. capítulo 3 en PLANT, R.: *Modern Political Thought*. Cambridge: Blackwell, 1995.

⁸¹ Tal y como vemos supra en nota 89, el mercado pertenece a este orden.

⁸² Véase HAYEK, F.A.: *Law, Legislation and Liberty*. Vol. 1. London: Routledge and Keagan Paul, London, 1973, p. 37.

⁸³ HARRIS, D.: op. cit., p. 67.

⁸⁴ Este concepto de solidaridad será desarrollado luego en el apartado del comunitarismo.

terizado por rescatar el valor de la igualdad ante la ley, es decir, una igualdad de comienzo.⁸⁵

2) La justificación del socialismo ⁸⁶

Como lo afirma el profesor DE CASTRO, «la decepción práctica y teórica producida por la impotencia de la simple autonomía de la libertad individual y por la inoperancia social de la igualdad jurídica, meramente formal, empujó a los pensadores sociales y políticos a abrir un amplio proceso de revisión.»⁸⁷ Las ideas socialistas se centrarán en la crítica de la organización liberal, sobre todo en lo referente a su estructura económico-social, es decir, en la utilización del mercado como sistema garante de las libertades de los individuos. El divorcio entre la actividad del Estado y la de los individuos, limitó el mismo ejercicio de los derechos liberales. Si bien el período de crítica se inicia en el siglo XIX, no va a ser sino hasta después de la década de los años 20 de este siglo, que se cuestiona de manera más fuerte la concepción de que los derechos individuales eran tan sólo los derechos civiles y políticos clásicos. La nueva corriente doctrinal, busca que el Estado «abandone la propia neutralidad social para intervenir de forma positiva en la lucha por el disfrute general e igualitario de los derechos fundamentales tradicionales y por la conquista de nuevas cotas de bienestar por parte de todos los ciudadanos.»⁸⁸ En este mismo sentido apunta el profesor DE ASIS, el socialismo absoluto surge como «reacción a la sociedad liberal discriminatoria, a la que se

intenta destruir tanto en su organización económica como en la jurídica y la política (imperio de la ley, separación de poderes y derechos fundamentales).»⁸⁹

Según afirma HARRIS, en los años 50 y 60 surgen los llamados «defensores de la izquierda tradicional», con autores como Titmuss, T.H. Marshall, Robson y Townsend.⁹⁰ Para el estudio de este apartado, tomaremos algunos de los criterios relevantes que han esgrimido algunos de estos autores.

2.1) El individuo en el Estado social de bienestar

a) El individuo y la igualdad

Esta corriente lo que vendrá a defender es la igualdad real de los individuos frente a la igualdad formal que profesaba el liberalismo. En otras palabras, buscará que se dé una protección de la igualdad en la ley y no una igualdad ante la ley.

Esta idea del establecimiento de una igualdad material obedece a una preocupación por las consecuencias morales perjudiciales que puedan tener sobre los individuos las desigualdades económico-sociales, es decir, el objetivo consiste en ofrecer las oportunidades materiales para participar en la forma de vida de la sociedad.

Según señala TWANEY de lo que se trata es de dar una igualdad de oportunidades a los individuos para garantizarles ciertos bienes y servicios, y así hacerlos aptos para el disfrute

⁸⁵ Según nos explica el profesor PECES-BARBA, explica que la «igualdad ante la ley es, como igualdad reguladora del Ordenamiento una dimensión del valor seguridad jurídica y pretende crear ámbitos de certeza y de saber a qué atenerse, y se articula en lo que nos concierne como derecho fundamental a la seguridad jurídica.» El mismo autor de seguido nos explica los diversos sentidos que se le pueden dar a la relación entre igualdad y seguridad jurídica. PECES-BARBA, G.: Curso, op. cit., p. 284 y 285.

⁸⁶ Entendido no como comunismo o marxismo, sino como una corriente que defiende la igualdad material, pero dentro de la concepción liberal de la relación entre individuo-Estado.

⁸⁷ DE CASTRO CID, B.: op. cit., p. 42.

⁸⁸ Ib., pp. 39-40.

⁸⁹ DE ASIS ROIG, R.: *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*. Madrid: Editorial Debate, 1992, p. 47.

⁹⁰ HARRIS, D.: op. cit., p. 55.

de su libertad.⁹¹ En este mismo sentido, el profesor PECES-BARBA señala que la «igualdad material, como fundamento de derechos, no puede ser el igualitarismo que disuelve al individuo en la comunidad, porque ese punto de vista desconoce la autonomía y hace imposible pensar al hombre desde los derechos fundamentales.»⁹² Según afirma HARRIS, para esta postura, la igualdad vendría a ser un valor instrumental, ya que «se valora sólo porque una mayor igualdad es una condición necesaria para alcanzar otros objetivos que son apreciables como fines en sí mismos.»⁹³

b) La ciudadanía social

Sobre esta base de igualdad material, esta corriente tratará de otorgar una serie de derechos que garanticen este tipo de igualdad, idea que calará en la nueva concepción y contenido que se otorgue al concepto de ciudadanía. Esta idea es desarrollada por MARSHALL, quien afirma que «la modernidad conduce hacia la igualdad social, lo que creo, es la última fase de la evolución de la ciudadanía que ha estado en progreso constante desde hace unos 250 años.»⁹⁴

El profesor MARSHALL en los años 50 en Inglaterra, época en que estaba recién instalado el Estado de bienestar, estableció que la ciudadanía era un concepto variable en el tiempo. Situación por la cual los derechos y las obligaciones de quienes ostenten este *status* no son inherentes al concepto de ciudadanía, sino que son producto de un desarrollo histórico que se va dando. Partiendo de esta premisa, explica que los derechos civiles fueron establecidos en el siglo XVII y XVIII, siendo un elemento crucial

en la transformación premoderna de las sociedades modernas. Luego vendrá la segunda categoría, los derechos políticos, que permiten al individuo participar en el gobierno de su comunidad. Estos derechos son desarrollados en el siglo XIX, dejando de ser derechos de un grupo para ser derechos universales para la participación democrática. Y la tercera categoría, son los derechos económico-sociales, que se han diseñado para permitir al individuo participar, en general, en la forma de vida de la comunidad.⁹⁵

Esta justificación social de aumento en el contenido de los derechos del ciudadano, ha supuesto que se amplíen los deberes que tiene el mismo como miembro de una comunidad política. La ciudadanía en una tradición social democrática da mayor peso a las obligaciones, tales como son el pago de impuestos de acuerdo con sus ingresos para que a su vez se le garanticen los derechos a la vivienda, salud, alimentación.

Por ciudadanía social se entiende que todos los ciudadanos son fundamentalmente iguales en *status* y en dignidad, de manera que a ninguno se debe disminuir su condición económica y social. Es así como en respuesta a la lealtad y las conductas virtuosas de los ciudadanos, el Estado tiene la obligación de eliminar las diferencias garantizando un parámetro de vida básico en términos de ingresos, vivienda, alimentación, salud y educación. Parámetros que deben ser disfrutados por todos los ciudadanos sin distinción de riqueza, poder, sexo, edad o raza.

Tras haber obtenido este nuevo contenido aún más sustancial de los derechos ciudadanos, TURNER ha afirmado que la

⁹¹ TWANEY, Equity. London: Unwin Books, 1964, p. 15.

⁹² PECES-BARBA, G.: Curso, op. cit., p. 289.

⁹³ HARRIS, D.: op. cit., p. 254.

⁹⁴ MARSHALL, T. H.: *Citizenship and Social Class and Other Essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1950, p. 10.

⁹⁵ Ib.

«ciudadanía puede ser concebida como círculos en expansión que empujan hacia adelante en momentos de conflicto y batalla.»⁹⁶

Según afirman KYMLICKA y NORMAN esta postura de posguerra ha recibido dos fuertes críticas. Por una parte, «un primer grupo se basa en la necesidad de sustituir la aceptación pasiva de los derechos por el ejercicio activo de las responsabilidades de los ciudadanos, incluyendo la independencia económica y la participación política.»⁹⁷ Por otra parte, la segunda crítica está en la «necesidad de revisar el concepto tradicional de ciudadanía para acomodar el aumento social y cultural del pluralismo en las sociedades modernas.»⁹⁸

El liberalismo político afirma «que las demandas eran inconsistentes con la libertad negativa, que además eran económicamente ineficientes y es una vuelta atrás en la autosuficiencia.»⁹⁹ Según sus expositores, el contenido social llevaría a una pasividad entre los pobres sin que en realidad se mejore el nivel de vida, sino que por el contrario, se lleve a una dependencia. En otras palabras, no hay evidencia que los programas de bienestar promuevan una ciudadanía activa.

Frente a las críticas que se hacían a la postura de MARSHALL, se ha dicho que es difícil encontrar evidencia que las reformas del Nuevo Derecho de los ochentas haya promovido una ciudadanía responsable, sino que al contrario, pues la desregulación del mercado ha hecho posible la irresponsabilidad económica. Además, se dice que el recorte de los beneficios del bienestar, más que quitar una

desventaja de la espalda se han extendido a la clase baja, con lo cual se han promovido las desigualdades de clase de manera exacerbada.

Esta nueva aproximación al concepto de ciudadanía, supone que la misma se entienda, con lo que explicábamos en el primer capítulo, como ciudadanía en sentido amplio, es decir, en un sentido medio. Se entiende el concepto de ciudadanía como el *status* que se le otorga a un conjunto de individuos que son nacionales en un Estado, es decir, aquellos individuos que tienen un vínculo sociológico y jurídico con la organización política a la que pertenecen. La naturaleza misma de los derechos económicos y sociales, suponen que el individuo tenga una relación de cercanía con el Estado de bienestar que le garantizará sus necesidades básicas, sobre todo si partimos de consideraciones que se pueden dar sobre la escasez que se apareja a estos derechos.¹⁰⁰

Debemos resaltar que pese a esta nueva construcción y sus diferentes contenidos, el concepto de ciudadanía, sigue obedeciendo a la tradicional relación entre el individuo y el Estado. La única distinción serán las nuevas responsabilidades que tendrán ambas partes para el desarrollo de sus respectivas actividades.

2.2) El papel del Estado de bienestar social

Tal y como lo señala el profesor DE ASIS «estas ideas desembocarán en último término en la búsqueda de un Estado que no sólo

⁹⁶ TURNER, B.S.: *Citizenship and Capitalism*. London: Allen and Unwin, 1986, p. xii.

⁹⁷ KYMLICKA, W. y NORMAN, W.: «Return of the Citizen: A Survey of Recent Work on Citizenship Theory.» En *Ethics*. Núm. 104, January 1994, p. 355.

⁹⁸ Esta última crítica no será analizada, ya que supone comentar la discusión que se ha dado en la década de los noventas con respecto a la ciudadanía frente al reconocimiento de grupos diversos o multiculturales en nuestras sociedades.

⁹⁹ KYMLICKA, W. y NORMAN, W.: op. cit., p. 355.

¹⁰⁰ V. en este tema PECES-BARBA, G.: «Escasez y Derechos Humanos.» En A.A.V.V. *Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales*. Edición de José María Sauca. Madrid: I Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1994.

puede ser caracterizado como legalista y protector de derechos, sino también como promotor de condiciones de igualdad.»¹⁰¹

Estas corrientes hacen una propuesta para la descentralización y democratización del Estado de bienestar; y por otra parte, se lucha por la constitucionalización de los derechos (de contenido social). Dentro de esta corriente, tal y como lo afirmábamos anteriormente, encontraremos la necesidad de que exista una «autonomía positiva», es decir, es importante admitir la injerencia de la esfera pública dentro de la esfera privada para que esta última pueda alcanzar su desarrollo pleno, en un plano de igualdad jurídica material y no de igualdad jurídica formal. En palabras del profesor BOBBIO, «mientras los derechos de libertad nacen contra el abuso de poder de Estado, y por consiguiente, para limitar el poder de éste, los derechos sociales requieren para su práctica realizaciones, es decir, para el paso de la declaración puramente verbal a su protección efectiva, lo contrario, esto es, el aumento de los poderes del Estado.»¹⁰²

Este tipo de medidas buscan reivindicar una serie de desigualdades que se han dado en el Estado liberal democrático actual, que si bien otorga una autonomía en la esfera privada del individuo, en la esfera pública se limita a ejercer un poder casi de «gendarme», con lo cual los grupos desprotegidos en el sistema procuran ampliar el contenido del *status* del ciudadano para disminuir las desigualdades que el mismo produce.

Dentro de las medidas más importantes, que se defienden dentro de esta postura, está la de la provisión de servicios universales, con

el fin de incluir a los ciudadanos que han sido excluidos por las leyes del mercado, así como para que quienes participen de estos servicios, no sean estigmatizados por la utilización de los mismos. Según afirma HARRIS al parecer esta limitación en cuanto a que los servicios de bienestar sean suministrados por el mercado, tiene como fin el proteger la dignidad de los grupos en los que si se diera la provisión privada quedarían excluidos.¹⁰³ Por otra parte, el Estado de bienestar social tendrá dentro de sus funciones eliminar las diferencias que produce el sistema de mercado, con lo cual establecerá políticas para la distribución de la riqueza, así como el aseguramiento del pleno empleo.

Las circunstancias históricas, mostraron que la actuación del Estado de bienestar social, causó un bajo crecimiento sumado al aumento del gasto público, aumentándose los impuestos. Ante estas circunstancias, tal y como lo señalábamos en el apartado supra, el liberalismo ha afirmado que la libertad ha sido mal concebida porque los derechos morales no pueden existir, si los mismos significan coartar la libertad o autonomía al individuo.

3) La justificación del comunitarismo

Este pensamiento moral y político que surge en los años 60 y se inspira en un primer momento en el pensamiento de Marx, y a partir de los años 80 se inspira en el pensamiento de Aristóteles¹⁰⁴ y Hegel.¹⁰⁵ Según nos explica el profesor RUIZ MIGUEL del principio aristotélico de la prioridad del todo sobre las partes, esto supone para el comunitarismo, la justificación de la importancia de la comunidad sobre sus

¹⁰¹ DE ASIS, R.: op. cit., p. 37.

¹⁰² BOBBIO, N.: *El tiempo de los derechos*. Traducción de R. de Asis. Madrid: Sistema, 1991, p. 118.

¹⁰³ Véase HARRIS, D.: op. cit., pp. 132-136.

¹⁰⁴ PLANT analiza la influencia que tuvo la filosofía política en la génesis del comunitarismo. PLANT, R.: op. cit., pp. 36-37.

¹⁰⁵ PLANT señala que la gran diferencia entre los comunitaristas modernos y Hegel es que los modernos rechazan el intento de Hegel de unir formas específicas de sociedad y los diferentes estados de la naturaleza del ser. En lo que sí coinciden es en que los valores sociales son históricos, con lo cual cambian en el tiempo y su significado tiene que ser entendido de acuerdo con el desarrollo histórico. Véase PLANT, R.: op. cit., 345.

habitantes. De Hegel se toma, por una parte, la subordinación mecánica del Estado a los derechos e intereses de los individuos propia del iusnaturalismo racionalista; y por otra parte, la presuposición de que las comunidades humanas son diversas y están sometidas a pautas culturales específicas.¹⁰⁶

Por otra parte, explica PLANT que el comunitarismo asociado a autores como Sandel, Walzer y Taylor surge como una reacción al trabajo de los teóricos liberales como Rawls y Dworkin.¹⁰⁷ Señala WALZER que la teoría política liberal ha creado individuos aislados y egoístas que están divididos por sus derechos inalienables. Además agrega como segunda crítica que la teoría liberal hace una mala representación de la vida real, ya que afirma que los sujetos tomarán sus propias decisiones, sin tomar en cuenta que estos agentes se desenvuelven en un contexto social.¹⁰⁸ El comunitarismo surge por el descontento en las sociedades liberales cuando se produce un desarraigo entre individuos y la sociedad, como crisis en la familia o sus instituciones morales o su comunidad. En razón de lo anterior, se habla de que son negaciones generales porque niegan las construcciones liberales que se tenían hasta el momento para en vez de centrarse en el individuo se focalicen en la comunidad.¹⁰⁹

Tal y como lo explica el mismo profesor RUIZ MIGUEL por comunitarismo ha de entenderse «la reformulación de la moral como un conjunto de pautas nacidas, practicadas y aprendidas dentro de la cultura de una comunidad concreta y determinada, que sólo tienen sentido dentro de ella, pues son aquellas pautas las que establecen el propio punto de vista moral, sitúan constitutivamente y motivan a los individuos dentro del contexto moral determinado y configuran a los deberes hacia la respectiva comunidad como prioritarios sobre cualesquiera otros deberes y derechos.»¹¹⁰

De acuerdo con autores como CORTINA ORTS, MARTÍNEZ NAVARRO, NINO Y THIEBAULT, el más radical oponente de la doctrina de los derechos humanos ha sido el pensamiento comunitarista.¹¹¹ Esta oposición surge porque la teoría de la ciudadanía o comunitarista toma como punto de partida que el ciudadano al ser miembro de la comunidad, tiene derechos, y no por su condición de ser humano.¹¹²

Sobre esta misma base de la pertenencia a una determinada comunidad, se ha establecido que toda argumentación moral debe basarse en una construcción existente en una determinada cultura. PLANT hace una distinción sobre lo que persiguen los liberales y los comunitaristas. Los primeros creen que «la

¹⁰⁶ RUIZ MIGUEL, A.: op. cit., p. 97.

¹⁰⁷ PLANT, R.: op. cit., p. 325.

¹⁰⁸ WALZER, M.: «*The Communitarian Critique of Liberalism*.» En *Political Theory*. Vol. 18. Núm. 1. London: Sage Publications, February, 1990. En este mismo sentido, ver NEAL, P.: «Vulgar Liberalism.» En *Political Theory*. Vol. 21, Núm. 4. November, 1993.

¹⁰⁹ V. en este mismo sentido la clasificación hecha por el profesor PECES-BARBA, en donde muestra la negación general que hicieron los comunitaristas, en particular Macintyre, en relación con la tradición liberal de los derechos fundamentales. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: *Curso op. cit.*, p. 78.

¹¹⁰ PLANT, R.: op. cit., p. 325.

¹¹¹ La frase por excelencia que nos permite hacer esta aseveración es la de Macintyre, quien establece que «no existen tales derechos (derechos humanos) y creer en ellos es como creer en brujas y unicornios.» MACINTYRE, A.: *Tras la virtud*. Barcelona: Editorial Crítica, 1987, p. 96. Sobre la discusión en este tema del liberalismo y el comunitarismo véase NINO, C.S.: «*Liberalismo versus comunitarismo*.» En *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Núm. 1. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, set.-dic., 1988; CORTINA ORTS, A.: *Ética sin moral*. Madrid: Tecnos, 1990; MARTÍNEZ NAVARRO, E.G.: «*La polémica de Rawls con los comunitaristas*.» En *Sistema*. Núm. 107, marzo, 1992.

¹¹² En este sentido ver HARRIS, D.: op. cit., p. 160.

filosofía trata de proveer un fundamento universal y básico, mientras que los segundos, piensan que la filosofía política trata de una comprensión coherente y autoconsciente de los valores políticos y morales que se utilizan en una sociedad particular.»¹¹³

Según señala PLANT una de las críticas que le ha hecho el comunitarismo al liberalismo, es que los «bienes políticos no pueden ser determinados por un razonamiento abstracto, ya que no son escogidos libremente por agentes morales independientes, sino que surgen y tienen implícito las formas de vida de comunidades particulares.»¹¹⁴ Esta crítica se basa en que el filósofo liberal no tiene una fundamentación externa racional de lo que afirma.¹¹⁵ En definitiva, se ha apuntado, que «el florecimiento de una sociedad no puede estar seguro por el acuerdo de un principio abstracto, sino por el contrario, deben negociarse los valores que están implícitos en la forma de vida de la sociedad.»¹¹⁶

Coincidimos con el profesor RUIZ MIGUEL en su análisis sobre la distinción entre el universalismo liberal y el relativismo comunitarista, pues en realidad no existen diferencias abismales entre ambas.

En la *Teoría de la Justicia*, RAWLS desarrolla un concepto a priori y universalmente visto de una manera de razonar moralmente de los individuos que se despegan de sus prejuicios cuando están detrás del velo de la ignorancia.¹¹⁷ En estos casos, según critica PLANT no habría que preguntar sobre condiciones universalizables, sino por el contrario, partir de preguntarle a individuos situados como nosotros que compartimos una cultura. Lo anterior res-

ponde a que las preguntas de filosofía política son para determinadas sociedades que llevan aparejados ciertos valores.¹¹⁸

El profesor RUIZ MIGUEL establece que si se reduce la universalidad a los sujetos, «conlleva también por implicación, una negación de la universalidad del punto de vista adoptado, que no resulta tan imparcial como parecía.»¹¹⁹ Por otra parte, explica que entre los individuos y la humanidad se interpuso, la mediación de las distintas comunidades políticas, posiblemente fruto de la realidad histórica. Si bien es cierto el iusnaturalismo racionalista universaliza la fórmula del Estado y los derechos que se le conceden a los hombres, anota el autor que «sin embargo, esa ausencia de referencias particulares era sólo posible al precio de una doble abstracción, creída cierta al menos en el plano del deber ser ideal, y tal vez en el del ser histórico: en primer término, que todo individuo forma parte de una comunidad política que protege sus derechos de manera suficiente; y, en segundo término, que cada comunidad política está en una relación suficiente igual con las demás como para evitar la ruptura del equilibrio (...).»¹²⁰ Para nuestros efectos, podemos afirmar que los derechos del hombre así establecidos, se poseerán en la medida en que estemos situados ante un ciudadano y sólo dentro del ámbito del correspondiente Estado.

Sobre afirmaciones como las expuestas se evidencia cómo los representantes actuales del liberalismo, se han visto obligados a modificar su postura absolutista de la universalidad. Esta posición se ve matizada en el artículo de RAWLS titulado «*Kantian Constructivism in Moral Theory*»,¹²¹ en donde reconoce que no

¹¹³ PLANT, R.: op. cit., p. 20. La traducción es mía.

¹¹⁴ Ib., p. 324.

¹¹⁵ Ib., p. 326.

¹¹⁶ PLANT, op. cit., p. 329.

¹¹⁷ Véase RAWLS, J.: *A Theory of Justice*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University, 1971, pp. 136-142.

¹¹⁸ Véase PLANT, R.: op. cit., pp. 344 y ss.

¹¹⁹ RUIZ MIGUEL, A.: op. cit., pp. 99-100.

¹²⁰ PLANT, R.: op. cit., pp. 101-102.

¹²¹ RAWLS, J.: «*Kantian Constructivism and Moral Theory*». En *Journal of Philosophy*. Núm. 77, 1980.

está tratando de dar una concepción de justicia universal para toda sociedad, sino que su construcción responde a circunstancias históricas de la cultura política americana. Según PLANT con estas afirmaciones está aceptando que está teorizando sobre una forma de vida particular que no se le puede dar una fundamentación metafísica, ya que esta última es tirada por la historia y la tradición.¹²²

Por su parte, DWORKIN aceptando que «al final, la teoría política no puede hacer ninguna contribución de como nos gobernamos a nosotros mismos, excepto peleando contra todos los impulsos que nos arrastran hacia nuestra propia cultura, para el logro de la generalidad y las bases reflexivas para decidir cuál de nuestras distinciones y discriminaciones tradicionales son genuinas y cuáles son espurias, cuáles contribuyen para florecimiento de los ideales que queremos, después de la reflexión, poder abrazar.»¹²³

En la postura contraria, si analizamos las afirmaciones de WALZER, todos somos seres productores de cultura, y por tanto, hacemos mundos relevantes. Como no existe una clasificación de estos mundos creados por cada uno, haremos justicia a los actuales hombres y mujeres si respetamos sus particulares creaciones.¹²⁴ El principio moral de no invadir y aceptar los valores políticos y culturales tiene una connotación universalista, con lo cual no se puede afirmar que los autores del comunitarismo, son relativistas extremos.

Lo expuesto hasta el momento en este apartado, nos permite afirmar que no existe brecha abismal entre los liberales y los comunitaristas, en cuanto al concepto de universalidad. En definitiva, las diferencias entre éstos descansan por una parte, en la concepción moral de la sociedad y el individuo,

respectivamente, pero no en la distinción entre universalismo y relativismo; y por otra parte, en la prevalencia que le dan los comunitaristas a los deberes de los ciudadanos con respecto a la comunidad, a diferencia de los liberales que conceden trascendencia a los derechos individuales sobre los de la colectividad.

3.1) El individuo relación individuo-comunidad

a) Individuo y la solidaridad

El comunitarismo, al ser un intento de reformular las relaciones entre la sociedad, los individuos y el Estado, se fundamenta en valores distintos a los se defendían (sic) hasta el momento por la tradición liberal. Se habla del concepto de solidaridad entendida dentro de una comunidad. La solidaridad proviene de la «calidad de ser miembro pleno de la comunidad y no de presupuestos individualistas de carácter contractual: no hay, pues, una legitimación de las políticas públicas en un contrato inicial, sino una posición de igualdad proveniente del derecho a la ciudadanía que da lugar a derechos y obligaciones cuyo fundamento se encuentra en la importancia moral de las relaciones entre los miembros de la misma sociedad.»¹²⁵

Tal y como veremos de seguido, en la corriente comunitarista se utilizará la solidaridad comunitaria como punto de partida para la organización y la adjudicación de derechos y deberes a los miembros de esa sociedad. La solidaridad es entendida como el hecho de asumir los intereses del otro como propios. Además establece HARRIS que «la idea de miembro pleno enlaza con una noción de

¹²² PLANT, R.: op. cit., p. 358. La traducción es mía.

¹²³ DWORKIN, R.: *A Matter of Principle*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1985, p. 219. La traducción es mía.

¹²⁴ Véase WALZER, M.: *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism & Equity*. Oxford: Blackwell Publishers, 1993.

¹²⁵ HARRIS, D.: op. cit., p. 35.

igualdad. Cada miembro de la sociedad ha de ser tratado como igual en su derecho a disfrutar y tener acceso a esos frutos de la sociedad que definen la calidad de miembro pleno.»¹²⁶

Una definición en este sentido, nos obliga a hacer una diferenciación entre la solidaridad y la igualdad, ya la primera «requiere no sólo asumir los intereses del otro como propios sin quebrar su propia identidad, ni aún asumir los intereses comunes del grupo.»¹²⁷ En otras palabras, el alcance del concepto de solidaridad va más allá que lo que se ha entendido por igualdad.

La concepción de solidaridad que maneja el comunitarismo, busca diluir la figura del individuo dentro de su comunidad. Es así como, PECES-BARBA señala que el valor solidaridad para ser fundamento de los derechos fundamentales debe integrarse con «los demás valores, libertad, seguridad jurídica e igualdad, por el común objetivo de contribuir, por medio de los derechos que fundamenta, al dinamismo de la libertad, que facilita el ejercicio de la libertad de elección hacia la conservación de la libertad o autonomía moral.»¹²⁸

Por otra parte, señala el profesor DE LUCAS que esta visión de solidaridad como pertenencia a una comunidad conlleva a dos problemas. El primero de ellos es que ante la «aparición del *nosotros*, del colectivo, del grupo: si lo decisivo de la solidaridad es la idea de comunión, de unidad, de reconocimiento de similitudes sin las que resulta imposible el afecto, la ayuda y el esfuerzo o sacrificio comunes, la insistencia en destacar los rasgos comunes puede producir efectos perversos, desde la mera invención de los mismos hasta su hallazgo en la negación de rasgos «diferentes» (...) El segundo problema, es «hasta qué punto

cabe afirmar la existencia de tal identidad colectiva en sociedades en las que el grado de especialización del trabajo y la multiplicidad y complejidad de las relaciones sociales provocan tal heterogeneidad que indudablemente se arriesga a perder la integración/identificación/reconocimiento en el grupo.»¹²⁹

b) Ciudadano como miembro de comunidad

Es interesante la explicación que hace PLANT sobre la existencia del concepto de comunidad durante diferentes teorías filosóficas de los últimos 200 años, figura que ha servido para combatir los fenómenos de la sociedad liberal.¹³⁰ En este mismo sentido, nos advierte WALZER que la crítica del comunitarismo al liberalismo es (...) transitoria a través de los años, sin embargo, es seguro su regreso.¹³¹

Según lo explica HARRIS, la comunidad es el punto de unión, en el sentido de que «la calidad del miembro de la comunidad y una percepción de los otros miembros de la sociedad como ciudadanos asociados es un fundamento sociopsicológico para un reconocimiento consensual de la importancia moral del derecho de cada persona a ser considerada como miembro pleno de la comunidad.»¹³²

Una de las grandes críticas del comunitarismo al liberalismo, es que el ciudadano sea tratado como un ser abstracto, idea que se ha encontrado fundamentada en la concepción de ser humano. Los comunitaristas abogan porque se entienda al ciudadano como un miembro de la comunidad, es decir, como un ser situado que parte de los valores de la

¹²⁶ Ib., p. 367.

¹²⁷ DE LUCAS, J.: «El concepto de solidaridad.» En Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Núm. 89, México: Fontamara, 1993, pp. 29-30.

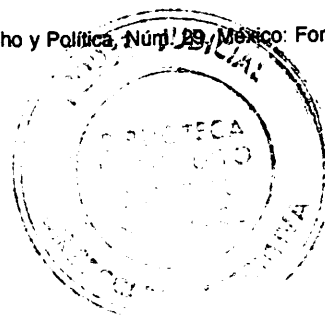
¹²⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: op. cit., p. 279.

¹²⁹ DE LUCAS, J.: op. cit., pp. 22-23.

¹³⁰ Ib.

¹³¹ WALZER, M.: *Spheres*. Op. cit., p. 6. La traducción es mía.

¹³² HARRIS, D.: op. cit., pp. 348-349.



comunidad en la que se desenvuelve. En un sentido un tanto irónico, WALZER afirma que los miembros de una «sociedad liberal no comparte ni tradiciones políticas ni religiosas; ellos sólo pueden contar una historia en común, y ésta es la historia de la creación *ex nihilo*, la cual se inicia en el estado de naturaleza o posición original.»¹³³

Los ciudadanos, miembros de la comunidad, encuentran su calidad de socios en la comunidad comprometida. Existen en los márgenes de su propia sociedad o más allá de los mismos: están «en» comunidad, pero no son «de» la comunidad. A lo que se refiere, esta última frase, es a la importancia de que se comparten una serie de valores que obedecen a la satisfacción de una forma de vida que se ha escogido en la comunidad.¹³⁴

Según afirma HARRIS, el definir en estos términos a la relación de los miembros o ciudadanos con la comunidad, presupone «el ser capaz de definir una forma de vida que pueda afirmarse correctamente como la de la comunidad o sociedad. Naturalmente, esto supone una medida de la abstracción de las formas de vida o estilos de vivir que son propios de los grupos dentro de la sociedad. (...), por tanto, indica la existencia de algún tipo de cultura nacional que existe al lado o por debajo de una diferenciación cultural en el seno de la comunidad.»¹³⁵

En este punto, el comunitarismo es víctima de basarse en una abstracción vacía sin existencia real, ya que al definir la forma de vida de una determinada comunidad, se deja de lado la existencia de un pluralismo cultural.¹³⁶

A esta crítica, afirma HARRIS, los comunitaristas no han puesto atención, sino que

por el contrario, han afirmado que «sólo son pertinentes aquellas actividades, relaciones y pautas de consumo que son fuertemente valoradas y se encuentran generalmente disponibles dentro de la comunidad. Estas actividades variarán, naturalmente de una sociedad a otra, de período a período y también con el nivel y carácter de desarrollo económico de la sociedad. La idea es, sin embargo, que a pesar de la variedad y diferencia en una sociedad, existen habitualmente patrones que son generalmente satisfechos y que, en la práctica, la mayoría de la gente les atribuye importancia.»¹³⁷

Según HARRIS «para la teoría de la ciudadanía, la meta no es la homogeneidad; el enemigo no es la heterogeneidad. La meta es ofrecer a todos lo necesario para disfrutar y participar en los beneficios del pluralismo. Los enemigos son sólo esas diferencias relacionadas con los procesos de exclusión y dominación.»¹³⁸ Estos últimos fruto, como se analizaba supra, del sistema de mercado.

En la concepción comunitarista el ciudadano tendrá importancia, en el tanto o en el cuanto, sea miembro de la comunidad. El individuo, de acuerdo con esta corriente, no tiene una relación de contingencia con los principios y los valores de la sociedad en la vive (sic). De acuerdo con PLANT, «si la comunidad es la fuente de valores y es constitutiva del ser, entonces la idea de comunidad se convierte de relevancia normativa y la comunidad por sí misma como algo a ser valorado. En contraposición a los valores políticos típicos expresados por el liberalismo.»¹³⁹

¹³³ HARRIS, D.: op. cit., pp. 7-8.

¹³⁴ V. supra la crítica que le hacía el comunitarismo al liberalismo precisamente por tomar de fundamento unos valores, sobre la base del concepto de «ser humano», es decir, de ser abstracto. Además, v. HARRIS, D.: op. cit., pp. 352-353.

¹³⁵ HARRIS, D.: op. cit., p. 353.

¹³⁶ V. en este mismo sentido el prefacio que hace David Miller en el libro de HARRIS, D.: op. cit., pp. 46-47.

¹³⁷ HARRIS, D.: op. cit., p. 355.

¹³⁸ Ib., p. 356.

¹³⁹ PLANT, R.: op. cit., p. 329. La traducción es mía.

La ciudadanía es más que una etiqueta que lleva un determinado individuo, es necesario que se tengan sentimientos de pertenencia a esa comunidad, en este sentido DURKHEIM ha establecido que «el hombre es más vulnerable a una autodestrucción cuando es arrancado de cualquier colectividad.»¹⁴⁰ En igual sentido, podemos afirmar que la identificación social requiere de un proceso recíproco entre el sujeto y otros sujetos pero a su vez, de que surja una diferenciación del primero con respecto al resto. El sentido de unidad deriva de compartir intereses comunes, territorio y orgullo, pero si nuestras sociedades enfrentan diferencias nacionales y culturales, debemos estar alertas a lo que advierte TAYLOR,¹⁴¹ en cuanto a la existencia, en nuestro tiempo, de una arrogancia excesiva al querer eliminar a otras culturas por considerarlas indignas.

Ser miembro de la comunidad supone, que el resto de sus integrantes lo auxiliarán en momentos de dificultad, y así evitar que alguno de los ciudadanos sea excluido de la comunidad a la que pertenece. Según afirma HARRIS «permitir que un ciudadano sea separado de la comunidad es más grave que una limitación de la renta personal disponible. (...)» En otras palabras, al ser «miembros de la sociedad es por lo que tiene obligaciones para con sus conciudadanos sin que importe que las haya aprobado.»¹⁴²

De lo estudiado hasta aquí, podemos señalar que el concepto de ciudadanía, establecido por la visión comunitarista, coincide con el sentido amplísimo del concepto de ciudadanía que establecíamos en el capítulo 1, es decir, que el carácter de ciudadano coincide con lo que definíamos como población. En este sentido, para los comunitaristas serían tan ciudadanos los nacionales como los extran-

jeros, porque lo importante no es ostentar la nacionalidad de un Estado, sino el ser miembro de una comunidad.

Partiendo de esta idea, de ciudadano como miembro de la comunidad, estos teóricos de la ciudadanía defenderán los derechos sociales o al bienestar como derechos morales. En palabras de HARRIS, «los derechos sociales o al bienestar se colocan al lado de los derechos civiles y políticos. Tomados conjuntamente, la implicación de las demandas de justicia es el imperativo de reconocimiento y fortalecer este conjunto de derechos.»¹⁴³ Tal y como lo señalábamos supra, este tema será tratado con mayor detenimiento en el último apartado de este capítulo.

3.2) El papel del Estado como comunidad solidaria

WALZER señala que los Estados son como las familias, ya que sus miembros están moralmente conectados, a pesar de la ausencia de voluntad en escoger el nacer y desarrollarse en ese medio. En comunidades formadas diferenciadamente, en donde el Estado representa a la nación, otro tipo de compromisos se desarrollan comúnmente por medio de parámetros determinados por el principio de la nacionalidad. En época de conflicto el Estado sirve como refugio para los miembros de la nación, independientemente de que sean residentes o ciudadanos. Probablemente la frontera de la comunidad política fue trazada con anterioridad para dejar a tras sus pueblos y ciudades del lado equivocado.¹⁴⁴

Como lo explica GALSTON, la comunidad con su significado de pertenencia y compartir es de hecho el concepto de nación.¹⁴⁵ A lo que añadiríamos que se adjudicaría a la ciudadanía

¹⁴⁰ DURKHEIM, E.: *Moral Education*. Free Press of Glencoe, 1961, pp. 68-69.

¹⁴¹ TAYLOR, Ch.: *Multiculturalismo*. México: Fondo de Cultura Económica, 1991, p. 20.

¹⁴² HARRIS, D.: op. cit., p. 383.

¹⁴³ HARRIS, D.: op. cit., p. 267.

¹⁴⁴ WALZER, M.: *Spheres ...*, op. cit., pp. 41-42.

¹⁴⁵ GALSTON, W. A.: «Community, Democracy, Philosophy: The Thought of Michal Walzer.» En *Political Theory*. Vol. 17. Núm. 1, 1989, p. 121. La traducción es mía.

una identificación con la comunidad. El problema que se puede suscitar es si, como lo analizábamos en el primer capítulo, se entiende nación en el sentido del vínculo sociológico a una comunidad, es decir, en el sentido que lo apuntaba BAUER,¹⁴⁶ ya que en el caso de existir nacionalismos, no coincidiría la comunidad o nación, con el Estado que esté al mando de esa o esas comunidades. Esta dificultad también la enfrentaría la comunidad que esté bajo el mando de dos o más Estados.

HARRIS señala que en definitiva el Estado de bienestar es un «medio esencial para promover la justicia social, mejorar el autodesarrollo individual y alimentar el sentido comunitario.»¹⁴⁷ Los teóricos comunitaristas han establecido como fines de la política social, dos elementos: por una parte, la compensación por los fallos del mercado, y por otra parte, que los servicios que sean provistos por el Estado no conlleven a un estigma entre quienes los utilicen.¹⁴⁸ Según afirma HARRIS, la compensación se vincula a una noción de justicia: la desgracia de un individuo es el problema de la comunidad.¹⁴⁹ El problema de este principio de compensación es la dificultad que implica determinar quién necesita de este recurso.

Pese a esta dificultad, debemos señalar que la importancia del Estado en cuanto tal, no es tanto que sea liberal o de bienestar, sino que vele porque los individuos sean miembros plenos de la comunidad. En otras palabras, el ideal de Estado de bienestar no es necesariamente un modelo público de bienestar, sino la aplicación efectiva de la solidaridad social

también el ámbito más estrictamente privado de las relaciones interindividuales.»¹⁵⁰

4) Los derechos sociales y su influencia en el concepto de ciudadanía

Tanto las diversas concepciones socialistas¹⁵¹ como la corriente comunitarista establecen dentro de sus postulados la necesidad de la expansión de la esfera de los derechos de sus ciudadanos. Si bien cada una de las corrientes, tendrá una concepción diferenciada de lo que debe entenderse por ciudadanía, más amplia o más restringida, el elemento común de estas dos escuelas supuso, la búsqueda de la transformación de la configuración liberal. Coincidimos con el profesor DE CASTRO, en cuanto a que el cambio «clave que llevan a cabo los derechos económicos, sociales y culturales a la historia, ha sido transformación de la función que tales derechos tenían asignada dentro de la organización de las relaciones individuo-Estado, más que la incorporación de unos cuantos derechos nuevos.»¹⁵²

Frente a esta concepción, tal y como lo analizábamos más arriba, los comunitaristas defenderán que debe transformarse la relación individuo-Estado y hacerse una configuración de la relación sociedad-Estado, ya que el ciudadano es relevante, en tanto o en cuanto, pertenezca a la comunidad social. A nuestro juicio, esta nueva etapa de reconocimiento de derechos, buscará que tanto el ciudadano como el Estado,

¹⁴⁶ Véase BAUER páginas 3 y 4 de este trabajo.

¹⁴⁷ GALSTON, W.A.: op. cit., p. 103.

¹⁴⁸ Debemos resaltar sobre todo la primera función, ya que en cuanto a la universalización de los servicios, se siguen prácticamente los mismos principios que se establece el Estado de bienestar en la corriente socialista (sic).

¹⁴⁹ HARRIS, D.: op. cit., p. 119.

¹⁵⁰ HARRIS, D.: op. cit., p. 30.

¹⁵¹ Según señala el profesor DE CASTRO, la orientación marxista establece que los derechos económicos, sociales y culturales son el principio y fundamento de la organización económica, política y social, así como del desarrollo de la dignidad y de la libertad de los ciudadanos. Mientras que para los liberales sociales, dichos derechos son más que el medio necesario para dar contenido real y concreto a la libertad de los individuos. DE CASTRO, B.: op. cit., p. 79.

¹⁵² Ib., p. 47.

tengan una mayor participación activa en las esferas de actuación del otro. Este proceso histórico, como lo señala el profesor DE ASIS, extiende los dos elementos de la relación individuo-Estado; «por el lado del individuo se amplía la concepción de la persona y por el del Estado se amplía también su actuación.»¹⁵³ Es decir, que no supone que se cambie la relación individuo-Estado, sino por el contrario, supone una innovación en cuanto a la proyección de las actividades de ambas partes.

El profesor DE ASIS apunta que este nuevo giro, supone una paradoja para la teoría de los derechos fundamentales, ya que los mismos deben su origen a la necesidad de limitar el poder y la consecuente actuación del Estado, para el disfrute de los derechos individuales. Y ante la aparición de los derechos económicos, sociales y culturales, surge la obligación de actuar del Estado, es decir, que se da la paradoja de la generalización, se exige al Estado no interventor, a actuar en determinadas circunstancias.¹⁵⁴

Podríamos, a manera de hipótesis considerar, que esta paradoja obedece a las características y fundamentaciones que se otorgan a los derechos civiles y políticos, frente a los derechos económicos, sociales y culturales, es decir, a que cada tipo de derechos obedece a un momento histórico, con lo cual se hacen incompatibles. De acuerdo con lo visto en los apartados anteriores, mientras los derechos civiles y políticos proclamados en la etapa liberal consideraban al individuo como ser abstracto, universal e inmutable, desde la perspectiva de los derechos

económicos, sociales y culturales se ve al hombre como una persona que está inmiscuida en su realidad. Mientras los derechos civiles y políticos obedecen a una organización social en la que se exaltaba la libertad y la igualdad jurídica formal, los derechos económicos, sociales y culturales responden a la igualdad económica y social en la trama organizativa de las relaciones sociales, así como con la idea de la solidaridad de la comunidad. Por último, para el disfrute de los derechos civiles y políticos, es necesario un Estado que se abstenga de intervenir y que tan sólo garantice la protección de los derechos de autonomía de los ciudadanos; en sentido contrario, para el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales es im-prescindible una acción positiva por parte del Estado para satisfacer las necesidades de sus ciudadanos. En este último caso, una de las funciones más importantes del Estado suponía su intervención para compensar a los miembros de la comunidad por las fuerzas del mercado.

Si bien la distinción entre unos y otros se da por una transformación histórica, preferimos inclinarnos por la postura que define a los derechos económicos, sociales y culturales como complemento de los derechos individuales.¹⁵⁵ Tal y como señala el profesor PÉREZ LUÑO, es «innegable que entre los derechos tradicionales de libertad y la nueva categoría de los derechos sociales se dan importantes diferencias, lo mismo respecto a su significación que en lo que se refiere a los medios jurídicos para su tutela. Ahora bien, esto no debe conducir a un desconocimiento de la

¹⁵³ DE ASIS, R.: op. cit., p. 91.

¹⁵⁴ Ib., p. 93.

¹⁵⁵ La interpretación que se hace que «sólo los derechos de origen liberal son susceptibles de ser reconocidos como tales (derechos fundamentales), y desenmascara el artificial edificio que pretende la exclusiva en esta materia para el pensamiento liberal. (...) Por el contrario, y en esa posición integradora que incábamos (sic), se puede afirmar que todos los derechos fundamentales son derechos de libertad, es decir, que todos los derechos fundamentales pretenden facilitar la autonomía de las personas y su desarrollo integral creando esas condiciones de libertad. Lo que ocurre es que se utilizan diversas técnicas para alcanzar esa finalidad, y que a partir del siglo XIX con la crítica socialista a la concepción liberal pura de los derechos fundamentales, se incorpora un componente igualitario que matiza y completa esa idea de los derechos fundamentales como derechos de libertad sin hacerla imposible y sin desvirtuarla, como pretenden los liberales doctrinarios. PECES-BARBA, G.: *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Madrid: Eudema, S.A., 1988, pp. 201-202.

profunda complementariedad que existe entre ambas categorías ni a la negación de la positividad de los derechos sociales.»¹⁵⁶

En definitiva, los derechos sociales, han ampliado el concepto de libertad que se defendía desde la perspectiva liberal de los derechos fundamentales, lo cual ha hecho que se tengan mayores derechos con titularidad individual, pero de realización social.

Esta ampliación de competencias del Estado, aunado al reconocimiento de mayores

derechos para el individuo, ha permitido que se le otorguen al ciudadano más esferas de protección, ante las dificultades que surgen. El estudio realizado hasta aquí, nos hace establecer que si bien el concepto de ciudadanía irá modificándose de acuerdo con las necesidades de sus sociedades y de las organizaciones políticas, la evolución que se ha dado del mismo hasta la fecha, ha supuesto el reconocimiento progresivo de derechos.

CONCLUSIÓN

Para una mejor comprensión de la relación entre el individuo y el Estado, y en particular la de los ciudadanos con la organización política a la que pertenece, con este fin nos hemos dado a la tarea de hacer algunas determinaciones conceptuales en el primer capítulo, dentro de las que hemos sacado las siguientes premisas:

1. Diferencia entre nación y Estado. El uso indistinto entre nación y Estado surge en los siglos XVIII y XIX, induciendo a pensar que el uso de cualquiera de los dos términos se refiere a lo mismo. En realidad, el concepto de nación está impregnado de elementos sociológicos como son los sentimientos de unidad de una determinada población, o en palabras de BAUER, de una comunidad de destino o comunidad natural. Mientras que el Estado se ha dicho que es una construcción artificial, que se ha determinado por estar caracterizada por tener una población, un

territorio y un poder de dominación, es decir, una colectividad organizada jurídicamente en un determinado territorio.

2. Población y su relación con el Estado. La población como uno de los elementos constitutivos del Estado puede obedecer a dos significados. Por una parte, el profesor HAURIOU lo identifica con el concepto de nación, mientras que JELLINEK establece que la población está compuesta por personas y no con miembros de una comunidad que tengan un vínculo con esta última. En otras palabras, entendemos por población el grupo de individuos que están en el territorio de un Estado, sea permanente o transitoriamente. Si entendemos población en este sentido tan amplio, podemos entender que la misma se forma por los siguientes grupos de individuos:

a) Nacional. Debemos resaltar que el concepto de nación y de nacionalidad tendrán

¹⁵⁶ PÉREZ LUÑO, A.: *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Quinta edición. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 87. En cuanto a la negación de positividad de los derechos sociales v. el profesor GUASTINI, quien establece que «1) Son «verdaderos» derechos aquellos que satisfacen conjuntamente tres condiciones: a) son susceptibles de tutela jurisdiccional; b) pueden ser ejercitados o reivindicados frente a un sujeto determinado; c) su contenido consiste en una obligación de conducta bien definida, al igual que el sujeto que era su titular. 2) Son derechos «sobre el papel» —derechos ficticios— todos los que no satisfacen alguna de estas consideraciones.» Señala que los derechos frente al Estado pueden ser de acción o de omisión. Sin embargo, afirma que «hay que señalar que, en la mayoría de los casos, los derechos sociales —al igual que los derechos morales— son derechos «sobre el papel.»» GUASTINI, R.: op. cit., pp. 134-136.

una evolución distinta a partir del siglo XIX, ya que mientras la nación se basa en un vínculo sociológico, la nacionalidad es el reconocimiento jurídico del Estado a quienes tienen el vínculo sociológico. Tal y como se analizaba supra, la nacionalidad, a partir de este momento histórico, no dependerá sólo del contenido que se derive del término «Nación», sino que además, supondrá un vínculo jurídico con la organización estatal. En razón de lo anterior, podríamos establecer que nacionalidad se debe entender como «estatalidad», ya que supone el reconocimiento jurídico de la nacionalidad de la que hablaba MANCINI en sentido sociológico.

b) Extranjero. Entendido como el individuo o su grupo que no forma parte de una determinada comunidad. En este mismo sentido, podríamos afirmar que a estos individuos se les reconoce como no nacionales, indistintamente que ostenten un vínculo con otro Estado o que carezcan de éste, como el caso de los apátridas.

c) Ciudadano. Este no es un concepto unívoco, sino que se puede identificar el mismo con tres grandes significados:

1) En sentido amplísimo se puede identificar con cualquier miembro de la sociedad civil, es decir, ciudadano sería cualquier miembro de la población, sea éste nacional o extranjero. La única condición sería que se estuviera bajo el territorio y el poder de dominación del Estado.

2) En sentido amplio, se identifica ciudadanía con nacionalidad. En otras palabras, es necesario el disfrutar del ligamen nacional para ser miembro de la ciudadanía.

3) En sentido estricto, son ciudadanos los nacionales que cumplan los requisitos de ley, como pueden ser tener determinada edad y tener capacidad de actuar. En este sentido, la ciudadanía sería el *status* que disfrutaran sólo algunos de los nacionales de un Estado.

3. Fundamentaciones de las concepciones de ciudadanía. Nuestro capítulo II) tenía por objeto conocer el fundamento que tiene cada una de las concepciones de ciudadanía antes mencionadas, en virtud de lo cual nos abocamos al estudio de tres corrientes filosófico-políticas que se han visto involucradas en la definición de la relación individuo-Estado. Estudio que nos permite afirmar cuáles individuos se consideran como ciudadanos, para así conocer los derechos fundamentales que se les ha concedido en cada una de las corrientes:

a) El ciudadano liberal

La corriente liberal fundamentará su construcción en la libertad negativa, es decir, en conceder a los individuos una serie de derechos autonomía (sic), mientras que la función del Estado se mantiene como garante de los mismos, es decir, sin ningún tipo de injerencia dentro de la esfera privada de los individuos.

La exaltación de la libertad a través de los derechos de propiedad, llega a influir inicialmente en la concepción decimonónica de los ciudadanos. En esta época se otorgaba este *status* a los hombres de cierta edad que tuvieran derechos de propiedad. Los ciudadanos disfrutarán de los derechos de autonomía sobre la base de los derechos de propiedad absolutos.

La ciudadanía liberal al unirse con el sistema democrático, deberá dar igualdad jurídica en cuanto a la participación del ciudadano en la esfera pública, pero mantendrá ampliada la esfera privada. Los derechos civiles y políticos estarán en la esfera pública de forma restringida, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales serán parte del ámbito de la autosuperación.

La estructuración de los derechos de los ciudadanos, se hace a través de la relación de dos esferas claramente diferenciadas: una de ellas la pública restringida, pues lo que busca en realidad es que se dé el desarrollo del ciudadano como individuo autónomo en la esfera privada.

En definitiva los ciudadanos liberales, disfrutarán de los derechos autonomía (sic) concedidos a los individuos de la población de un Estado, y además, los derechos políticos como una esfera diferenciada de derechos que les otorga la organización política en la que se inscriben. Para poder acceder a esta última esfera, se debe obtener el *status* del ciudadano, de acuerdo con los requisitos que se impongan en el ordenamiento jurídico correspondiente. Podemos afirmar que la concepción del ciudadano liberal coincide con el sentido muy restringido, al cual hacíamos referencia al final del capítulo primero. En otras palabras, la condición de ciudadano, en el Estado liberal, será otorgada a los nacionales de determinada edad, que cumplan con los requisitos que les impone la ley.

b) La ciudadanía social

Ante las desigualdades sociales producto del sistema liberal, surgen corrientes como las sociales, en sentido amplio, que defenderán una construcción que tiene como fundamento el valor de la igualdad material. Estas corrientes le otorgarán a los individuos una serie de derechos sociales, que deben ser garantizados por la intervención activa del Estado en la esfera económica.

Sobre esta base, autores como MARSHALL y TITMUS establecen que la ciudadanía es un concepto variable en el tiempo, situación que lleva a la conclusión que los derechos y obligaciones de quienes ostenten este *status* no son inherentes al concepto de ciudadanía, sino que son producto de un desarrollo histórico que se va dando. La ciudadanía deja de ser un *status* de un sujeto ideal para convertirse en la calidad que se otorga con ciertos derechos a un sujeto situado.

Este concepto de ciudadanía social recibe dos grandes críticas. Por una parte, se establece que hará a los individuos irresponsables y por otra parte, que desconoce las diferencias de los diferentes grupos que componen la sociedad. A esto último haremos referencia al final.

Esta nueva aproximación al concepto de ciudadanía, supone que la misma se entienda, con lo que explicábamos en el primer capítulo, como ciudadanía en sentido amplio, es decir, en un sentido medio. Se entiende el concepto de ciudadanía como el *status* que se le otorga a un conjunto de individuos que son nacionales en un Estado, es decir, aquellos individuos que tienen un vínculo sociológico y jurídico con la organización política a la que pertenecen. La naturaleza misma de los derechos económicos y sociales, suponen que el individuo tenga una relación de cercanía con el Estado de bienestar que le garantizará sus necesidades básicas.

Debemos resaltar que pese a esta nueva construcción y sus diferentes contenidos, el concepto de ciudadanía, sigue obedeciendo a la tradicional relación entre el individuo y el Estado. La única distinción serán las nuevas responsabilidades que tendrán ambas partes para el desarrollo de sus respectivas actividades.

c) Ciudadano comunitarista

Ante la decepción del desapego del individuo con la sociedad, buscan hacer su propia teoría de los derechos que deben ostentar los ciudadanos. Es así como parten, que no hay una teoría de los derechos fundamentales, ya que en palabras de MACINTYRE, eso es como creer en brujas y unicornios. Además, aseveran que la comunidad es el punto de unión para todas las actuaciones del individuo, con lo cual establecen que en cada comunidad prevalecerán los valores que se quieran en ese núcleo y por otro lado, que se dejará de hablar del sujeto ideal liberal, y se tomarán en cuenta las necesidades del individuo situado.

La corriente comunitarista utilizará la solidaridad comunitaria como valor que le dará punto de partida a la organización social y política, así como a la adjudicación de derechos y deberes sociales a los miembros de esa comunidad. La solidaridad es entendida como el hecho de asumir los intereses del otro como propios. El Estado, en esta construcción, tendrá el papel de ser la solidaridad institucionalizada, es decir, tendrá como funciones compensar a

los miembros de la comunidad para evitar el proceso de exclusión de la misma.

En definitiva, las diferencias entre comunitaristas y liberales descansan en dos elementos. Por una parte, en la concepción moral de la sociedad y el individuo, respectivamente, pero no en la distinción entre universalismo y relativismo; y por otra parte, en la prevalencia que le dan los comunitaristas a los deberes de los ciudadanos con respecto a la comunidad, mientras los liberales conceden trascendencia a los derechos individuales sobre los de la colectividad. Es así como el ciudadano será entendido como el miembro de la comunidad, que tendrá los derechos y deberes que le imponga el núcleo en el que se desarrolla, es decir, la comunidad en la que viva.

Podemos afirmar que el concepto de ciudadanía, establecido por la visión comunitarista, coincide con el sentido amplísimo del que hablábamos en el capítulo 1, es decir, que el carácter de ciudadano coincide con lo que definíamos como población. En este sentido, para los comunitaristas serían tan ciudadanos los nacionales como los extranjeros, porque lo importante no es ostentar la nacionalidad de un Estado, sino el ser miembro de una comunidad.

4. La importancia de los derechos sociales en el concepto de ciudadanía. El estudio de las corrientes anteriores, tanto las concepciones socialistas como la corriente comunitarista, establecen dentro de sus postulados la necesidad de la expansión de la esfera de derechos de sus ciudadanos. Si bien cada una de las corrientes tendrá una concepción diferenciada de lo que debe entenderse por ciudadanía, más amplia o más restringida, el elemento común de estas dos escuelas supuso la búsqueda de la transformación de la configuración liberal. Coincidimos con el profesor DE CASTRO, en cuanto a que el cambio «clave que llevan a

cabo los derechos económicos, sociales y culturales a la historia, ha sido transformación de la función que tales derechos tenían asignada dentro de la organización de las relaciones individuo-Estado, más que la incorporación de unos cuantos derechos nuevos.»¹⁵⁷

En definitiva, los derechos sociales, han ampliado el concepto de libertad que se defendía desde la perspectiva liberal de los derechos fundamentales, lo cual ha hecho que se tengan mayores derechos con titularidad individual, pero de realización social.

Esta ampliación de competencias del Estado, aunado al reconocimiento de mayores derechos para el individuo, ha permitido que se le otorguen al ciudadano más esferas de protección, ante las dificultades que surgen. El estudio realizado hasta aquí, nos hace establecer que si bien el concepto de ciudadanía irá modificándose de acuerdo con las necesidades de sus sociedades y de las organizaciones políticas, la evolución que se ha dado del mismo hasta la fecha, ha supuesto el reconocimiento progresivo de derechos.

Si bien hemos analizado los cambios producto de la introducción de conceptos como los derechos sociales, debemos advertir, que el concepto de ciudadanía está inacabado. La década de los 90 ha hecho que el concepto de ciudadanía sea puesto a prueba una vez más, tanto por el proceso de diferenciación como por los diferentes ámbitos de internacionalización en los que se encuentra inmiscuido todo ciudadano de finales del siglo XX. En cuanto al proceso de diferenciación, debemos señalar que se ha tomado como base la idea del comunitarismo, de ciudadanía como membresía dentro de una comunidad, con el fin de que se dé un cambio de relación individuo-Estado por la relación sociedad-Estado. Lo anterior responde a que se busca el reconocimiento de derechos de grupos que tanto en el seno de nuestras sociedades como en el mundo (sic). En cuanto al proceso

¹⁵⁷ Ib., p. 47.

de internacionalización, debemos rescatar que estamos viviendo una serie de procesos de integración, lo cual nos significa establecer los nuevos ámbitos de protección que tendrá el ciudadano frente a otras organizaciones

políticas que se formen. Así como estos procesos, sucederán otros, los nuevos tiempos nos establecerán los requisitos y derechos que se asocien con el concepto de ciudadanía.

BIBLIOGRAFÍA

ARJONA COLOMO, M.: *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*. Barcelona: Bosch, 1954.

DE ASIS ROIG, R.: *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*. Madrid: Editorial Debate, 1992.

BAUER, O.: *La cuestión de la nacionalidad y la socialdemocracia*. Primera edición. México: Siglo veintiuno editores, 1979.

BERLIN, Y.: «Dos conceptos de libertad.» En: *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Traducción al castellano de J. Bayón. Madrid: Alianza Editorial, 1988.

BOBBIO, N.: *El tiempo de los derechos*. Traducción de Rafael de Asis. Madrid: Sistema, 1991.

BOGGIANO, A.: *La doble nacionalidad en Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973.

DE CASTRO CID, B.: *Los derechos económicos, sociales y culturales*. Análisis a la luz de la Teoría General de los Derechos Humanos. Ponferrada: Universidad de León, Secretariado de Publicaciones, 1993.

CORTINA ORTS, A.: *Ética sin moral*. Madrid: Tecnos, 1990.

DÍEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Tomo 1. Quinta edición. Madrid: Editorial Tecnos, 1980.

DÍEZ-PICAZO, L.: y GUILLON, A.: *Sistema de Derecho Civil*. Volumen 1. Séptima edición. Madrid: Tecnos, 1989.

DURKHEIM, E.: *Moral Education*. Free Press of Glencoe, 1961.

DWORKIN, R.: *A Matter of Principle*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1985.

ESPINAR VICENTE, J.M.: *Derecho internacional privado. La nacionalidad*. Segunda edición. Granada: Ediciones TAT, 1988.

ESPINAR VICENTE, J.M.: *La Nacionalidad y la Extranjería en el Sistema Jurídico Español*. Con la coautoría de Elena Pérez Marín. Primera edición. Madrid: Editorial Civitas, 1994.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: *Derecho español de la nacionalidad*. Prólogo de Julio D. González Campos. Madrid: Editorial Tecnos, 1987.

GALSTON, W.A.: «Community, Democracy, Philosophy: The Political Thought of Michael Walzer.» En *Political Theory*. Vol. 17. Núm. 1, 1989.

GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.: *Lecciones de Derecho internacional privado. Derecho de la Nacionalidad. Derecho de Extranjería*. Universidad de Oviedo: Servicio de Publicaciones, 1979.

- GUASTINI, R.: «Derechos: Una Contribución Analítica.» Traducido por Andrea Greppi. En A.A.V.V. *Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales*. Edición de José María Sauca. Madrid: I Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1994.
- HÄBERLE, P.: «El concepto de los derechos fundamentales.» En A.A.V.V. *Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales*. Edición de José María Sauca. Madrid: I Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1994.
- HARRIS, D.: *La justificación del Estado de Bienestar. La nueva derecha versus la vieja izquierda*. Estudio introductorio de Juan J. Fernández Cainzos. Madrid: Instituto de Economía y Hacienda. Instituto de Estudios Fiscales, 1990.
- HAURIOU, A., y otros: *Derecho constitucional e Instituciones Políticas*. Traducción castellana, adaptación a apéndice a cargo de José Antonio González Casanova. Barcelona: Ariel, 1980.
- HAYEK, F.A.: *The Constitution of Liberty*. London: Routledge and Keagan Paul, 1960.
- HAYEK, F.A.: *Law, Legislation and Liberty*. Vol. 1. London: Routledge and Keagan Paul, London, 1973.
- HAYEK, F.A.: *Law, Legislation and Liberty*. Vol. 2. London: Routledge & Keagan Paul, 1976.
- HEATER, D.: *Citizenship: the civic ideal in world history, politics and education*. First published. Sigapore: Longman Sigapore Publishers, 1990.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. Disco Compacto: *Dimensión jurídica de los derechos humanos*. San José (Costa Rica), 1995.
- JELLINEK, G.: *Teoría del Estado*. Traducción de la segunda edición alemana y prólogo por Fernando de los Ríos. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1981.
- KYMLICKA, W. and NORMAN, W. «Return of the Citizen: A Survey of Recent Work on Citizenship Theory.» En *Ethics*. Núm. 104, January 1994.
- LETE DEL RÍO, J.M.: *La nueva regulación de la nacionalidad*. Cuaderno Civitas. Madrid: Editorial Civitas, 1984.
- DE LUCAS, J.: «El concepto de solidaridad.» En *Biblioteca de Ética, Filosofía del derecho y Política*. Núm. 29. México: Fontamara, 1993.
- MANCINI, P.S.: *Sobre la Nacionalidad*. Edición de Antonio Pérez Luño. Traducción de Manuel Carrera Díaz. Madrid: Tecnos, 1985.
- MACINTYRE, A.: *Tras la virtud*. Barcelona: Editorial Crítica, 1987.
- MARIÑO MENÉNDEZ, F.: *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*. Madrid: Ministerio de Asuntos Sociales en su Instituto Nacional de Servicios Sociales, 1996.
- MARTÍNEZ NAVARRO, E.G.: «La polémica de Rawls con los comunitaristas.» En *Sistema*. Núm. 107, marzo, 1992.
- MARSHALL, T.H.: *Citizenship and Social Class and Other Essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1950.
- MIAJA DE LA MUELA, A.: *Derecho Internacional Privado*. Tomo 2. Décima edición. Puesta al día, entre otros, por Manuel Díez de Velasco. Madrid: Ediciones Atlas, 1987.
- NEAL, P.: «Vulgar Liberalism.» En *Political Theory*. Vol. 21, Núm. 4. November, 1993.

- NINO, C.S.: «Liberalismo versus comunitarismo.» En *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Núm. 1. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, set.-dic., 1988.
- NOZICK, R.: *Anarquía, State and Utopia*. Oxford: Blackwell, 1971.
- ORTIZ MARTÍN, G.: *Derecho internacional privado de Costa Rica*. Edición del Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, 1969.
- PECES-BARBA, G.: *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Madrid: Eudema, S.A., 1988.
- PECES-BARBA, G.: *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*. Con la colaboración de Rafael de Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Ángel Llamas Cascón. Madrid: Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado, 1991.
- PECES-BARBA, G.: «Escasez y Derechos Humanos.» En A.A.V.V. *Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales*. Edición de José María Sauca. Madrid: I Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1994.
- PÉREZ LUÑO, A.: *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Quinta edición. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.
- PÉREZ VERA, E.: *Derecho internacional privado*. Volumen 1. Sexta edición. Madrid: Impresa, 1996.
- PEREZNIETO CASTRO, L.: *Derecho Internacional Privado*. Quinta edición. México D. F.: Harla, 1991.
- PLANT, R.: *Modern Political Thought*. Cambridge: Blackwell, 1995.
- PRIETO CASTRO Y ROUMIER, F.: *La nacionalidad múltiple*. Madrid: Consejo Superior de investigaciones científicas, Instituto «Francisco de Vitoria», 1962.
- PRIETO SANCHIS, L.: *Estudios sobre Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Debate, 1990.
- RAWLS, J.: *A Theory of Justice*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University, 1971.
- RAWLS, J.: «Kantian Constructivism and Moral Theory.» En *Journal of Philosophy*. Núm. 77, 1980.
- REQUEJO COLL, F.: «El cuadro mágico del liberalismo.» En *Claves de Razón Práctica*, Núm. 46, octubre, 1994.
- RIGAUX, F.: *Derecho Internacional Privado*. Parte General. Traducido y adaptado al derecho español por Alegría Borrás Rodríguez. Madrid: Editorial Civitas, 1985.
- RUIZ MIGUEL, A.: «Derechos Humanos y Comunitarismo. Aproximación a un Debate.» En *Cuadernos de Filosofía del Derecho. Doxa*. Núm. 12. Madrid: Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, 1989.
- TWANEY, *Equity*. London: Unwin Books, 1964.
- TAYLOR, Ch.: *Multiculturalism and «The Politics of Recognition»*. New Jersey: Princeton University Press, 1992.
- TAYLOR, Ch.: *La ética de la autenticidad*. Barcelona: Paidós, 1993.
- TURNER, B.S.: *Citizenship and Capitalism*. London: Allen and Unwin, 1986.
- WALZER, M.: «The Communitarian Critique of Liberalism.» En *Political Theory*. Vol. 18. Núm. 1. London: Sage Publications, February, 1990.
- WALZER, M.: *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism & Equity*. Oxford: Blackwell Publishers, 1993.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



SERVICIO PÚBLICO, ADMINISTRACIÓN PORTUARIA Y FIJACIÓN TARIFARIA

DR. VIRGILIO CALVO MURILLO

ÍNDICE

I. Teoría del servicio público:	44
A. Concepción del servicio público ayer y hoy.	44
B. Las actividades privadas de interés público.	45
C. El precio o tarifa del servicio.	46
D. Límites a la fijación tarifaria.	46
II. Administración portuaria y prerrogativas de la autoridad portuaria.	47
A. Generalidades.	47
B. Gestión financiera y su régimen de derecho público.	48
C. Dominio público portuario y servicio público portuario.	48
III. Aspectos jurídicos de la carga y descarga de mercancía en la zona portuaria.	50
A. Introducción.	50
B. Intervención indirecta.	50
C. Intervención directa.	51
D. Naturaleza jurídica.	51
D. 1 Servicio público.	52
D. 2 Actividad privada de interés público.	52
E. Situación especial del muelle de Limón de acuerdo con la solución legal.	53
IV. Potestad de fijación de tarifas de JAPDEVA y sus límites.	53
A. Normas que delimitan la atribución.	53
B. La fijación tarifaria desde el punto de vista sustancial.	54

I. TEORÍA DEL SERVICIO PÚBLICO

A. CONCEPCIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO AYER Y HOY.

El Consejo de Estado francés a través de los casos Blanco (1973), Terrier (1903) y, Therond (1910) y el tratadista León Duguit en su obra «Traité de droit Constitutionnel» (1911), han contribuido inicialmente en la formación de esta teoría.

En sus inicios, ni la doctrina francesa ni el Consejo de Estado establecieron claramente los alcances de la misma.

Si bien existía acuerdo sobre la necesaria prestación de un servicio o actividad por parte de la administración, se disentía en el régimen aplicable (derecho público o derecho privado).

En sus albores se daba importancia fundamental a la naturaleza de la actividad o servicio y, se concluía que en las actividades de cumplimiento regulado, por su estrecha relación con las necesidades generales, sólo podían prestarse y asegurarse su cumplimiento por medio de la autoridad (criterio objetivo del servicio). Después se enfocó el asunto desde el punto de vista de la autoridad o la empresa que prestaba el servicio (criterio subjetivo del servicio).

La idea básica o fundamental fue la de que se debía aplicar un régimen especial distinto del derecho privado; se llega así a un «régimen

exorbitante» o «excepcional», integrado por normas y procedimientos de derecho público.

Acorde con esa línea de pensamiento la Escuela Clásica definió tres notas importantes en el criterio del servicio:

1. Existencia de una necesidad pública;
2. Satisfacción de la misma a través de la prestación de un servicio;
3. Intervención necesaria de una autoridad u organismo público en la prestación.

La noción cobró tal importancia dentro de la doctrina y jurisprudencia ius publicística, que llegó a identificarse con toda la actividad del Estado. Entonces, cayó en lo abstracto y general y perdió valor.

Sin embargo, merece destacarse como legado de la teoría las denominadas «Leyes o Principios de Servicio Público», a saber: mutabilidad, continuidad y regularidad e igualdad. Estas han sido la guía en la aplicación concreta de la teoría del servicio público.

En una etapa posterior, la denominada teoría clásica hizo crisis en sus mismos cimientos y, apareció el concepto de servicios públicos prestados por empresas privadas por medio del sistema de concesión; por tanto, la evolución en la actividad prestacional que ha sufrido el Estado ha hecho ver que la denominada noción clásica del servicio se ha tornado vaga, imprecisa e incompatible con la realidad actual.¹

¹ La Ley de la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos No.7593 de 9 de agosto de 1996, define el servicio público como el que se califique así por la Asamblea Legislativa, por su importancia con el desarrollo sostenible del país.

Como consecuencia de lo anterior, se habló de crisis de la noción de servicio público; no obstante, parece más propio concluir que se ha operado una evolución conceptual de la misma.

Hoy se incluyen dentro del concepto actividades, no sólo las que se prestan directamente por la administración (servicios propios), sino también las que satisfacen necesidades vitales de la población (servicios públicos impropios o virtuales), que son prestados por particulares con base en regulaciones dadas por la administración misma.²

En cuanto al régimen aplicable, hoy más que considerarlo de tipo especial se estima de derecho público. El elemento público se refiere al destinatario del mismo y, a la índole de la necesidad que se pretende satisfacer.

El servicio público puede tener usuarios determinados o indeterminados (servicios públicos *uti singuli* y *uti universi*), en el primer caso estamos en presencia entre otros de la actividad de carga y descarga en la actividad portuaria; mientras que en el segundo, puede citarse como ejemplo la actividad de policía en general.

B. LAS ACTIVIDADES PRIVADAS DE INTERÉS PÚBLICO.

Los servicios públicos impropios o virtuales, en algunos casos dan lugar a actividades privadas de los particulares, que por su conexión con el interés público, se ven sometidas a regulaciones administrativas específicas y constituyen lo que se denomina un ordenamiento sectorial. La actividad es privada pero el operador que la presta entra en una dependencia especial con la administración.³

Estas actividades requieren de autorización (caso que exista ley que así lo exija para ser prestada), su otorgamiento es discrecional y, está sujeta a cancelación cuando razones de interés público así lo aconsejen; si existiera alguna actividad igual o similar en manos del Estado, la autorización debe darse con base en el principio de que el Estado puede suprimir la actividad estatal igual o sucedánea.

A través de las autorizaciones programáticas (se orienta la actividad del particular hacia programas previamente fijados y se le acompaña de condiciones especiales que garanticen la adecuación de su conducta a los fines públicos) el Estado se aprovecha de la iniciativa privada y de sus fines de lucro para obtener un fin de interés público.⁴

La doctrina jurídica ha discutido reiteradamente la diferencia existente entre estas actividades y los servicios públicos virtuales e impropios. Podría decirse que muchas veces se trata de una cuestión terminológica que denomina distinto, situaciones de hecho muy similares. Así, en las actividades privadas de interés público, son privadas la empresa y la actividad, sin desconocer que en esta última existe un alto grado de interés público involucrado y en consecuencia, permiten el control estatal a través de procedimientos y medios específicos. La situación entonces, podría equipararse a un servicio público en manos de un particular, que como norma general va a ser mejor explotado por éste que como lo haría el Estado.

Tratándose de que en ambos casos se requiere un acto inicial que permita la prestación (concesión en el servicio público y autorización en las actividades privadas de interés público), en la hipótesis de actividades que tengan claros nexos con el interés público porque satisfacen necesidades públicas, podría considerarse uno

² ALBI, Fernando. *Tratado de los Modos de Gestión de las Corporaciones Locales*, Madrid, 1960, p. 19.

³ GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo segundo, Madrid, 1963, p. 377.

⁴ CALVO MURILLO, Virgilio. *Enfoque jurídico de los Ordenamientos de Sector, en especial en el Sector Vivienda y Asentamientos Humanos*, MIDEPLAN, 1981, p. 1.

u otro. Lo que sí es conveniente resaltar es que en ambos casos se requerirá de un acto estatal de inicio, de una normativa implícita que debe seguirse y de una actividad sustancialmente distinta de las meramente privadas, no obstante ser ejercitada por un particular.

C. EL PRECIO O TARIFA DEL SERVICIO.

La doctrina indistintamente denomina precio, tasa, tarifa o canon para referirse a la retribución en el servicio público. En mi concepto los términos precio y tarifa se ajustan mejor al caso de nuestro ordenamiento. Se trata de contraprestaciones por los bienes y servicios que el Estado presta en el campo económico. Desde el punto de vista jurídico se fundamentan en el consentimiento del obligado y, el motivo de los mismos es la ventaja o provecho que a éste le proporciona la prestación estatal.

Desde el punto de vista económico-político los precios se clasifican en privados, cuasiprivados y públicos, según que su fijación se haga igual que como lo hacen los particulares, en el caso de los primeros; se fijan por las condiciones del mercado pero de conformidad con ciertas finalidades públicas que inciden en la prestación del servicio y la percepción del precio, caso de los segundos. En los precios públicos⁵ predominan finalidades de tipo público y, el precio es sólo un instrumento para la obtención de aquéllas. Su cobro se hace con criterio político por el alto grado de interés público involucrado en el servicio respectivo.⁶ Sin embargo, debe indicarse como elemento importante que existe

libertad del obligado de usar o no el servicio que da lugar al cobro.

D. LÍMITES A LA FIJACIÓN TARIFARIA.

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD O RAZONABILIDAD:

La fijación tarifaria que corresponde al Estado se encuentra limitada de modo expreso o implícito por el ordenamiento jurídico por medio de normas escritas y no escritas. El acto respectivo es discrecional y participa de los límites existentes de conformidad con los artículos 15 y 16 de la Ley General de Administración Pública. Estos, se ven sintetizados en el llamado «principio de proporcionalidad o razonabilidad» que la Sala Constitucional ha ido perfilando a través de sus diferentes resoluciones (entre otros pueden verse los Votos 336-91, 464-91, 1209-91, 1295-91, 1372-92, 5305-93, 4205-96 y 5027-97). El análisis de razonabilidad de la norma implica establecer si los medios elegidos por el legislador son o no admisibles a efecto de justificar la consiguiente restricción de los derechos. Por tanto, tales restricciones no pueden ser infundadas, excesivas o arbitrarias, lo que significa decir que deben ser proporcionadas a las circunstancias que las originan y a los fines que se pretende alcanzar con ellas.

En el caso específico de la fijación tarifaria significa decir que la misma debe ajustarse al principio de justicia conmutativa; o sea, que las prestaciones deben compensarse para lograr una equivalencia entre quien da el servicio y

⁵ La resolución 1251 del Tribunal Superior Contencioso Administrativo de 16.00 horas del 6 de enero de 1975, confirmada por la resolución número tres de las 15.30 horas del 27 de enero de 1978 de la Sala de Casación, estableció que es precio público el que se cobra por los servicios que cobra JAPDEVA. En el considerando noveno se indica que el precio que se paga por cada caja de banano en proporción de su peso en el muelle metálico de Limón por concepto de derecho de muellaje es un precio justo, pues es el precio del uso y de los servicios que presta el muelle para la movilización de las cajas de banano desde las cajas del ferrocarril a las bodegas del barco.

⁶ En el mismo sentido: COSCIANI, CESARE, *Istituzione de Scienza delle Finanze*, Torino, 1970, p.143; GIANNINI, Aquile Donatto, *Istituzione di Diritto Tributario*, Milano, 1972, p. 53 y VALDEZ COSTA, Ramón, *Curso de Derecho Tributario*. T.I, Montevideo, 1970, p.161 y 162.

quien lo recibe. Debe existir una medida y proporcionalidad tal que no restrinja en forma indebida la libertad del usuario. Sin embargo, esa proporcionalidad no puede ni debe ser matemática, pues debe tener cierto margen que permita tomar en cuenta factores propios del servicio que den como consecuencia que las tarifas resulten justas y razonables.

La proporcionalidad cobra aún más importancia si se analiza la situación que sirve de base al cobro de la tarifa, ya que podría ocurrir que en casos determinados sirvan como base situaciones ficticias que tornen ilegítima y por tanto nula la fijación tarifaria. Por tanto, deben tomarse en cuenta factores directos y necesariamente relacionados con el servicio específico y no con otro similar o parecido. De la misma manera debe ser hecha por autoridad competente, por el procedimiento requerido y con las aprobaciones que signifiquen un control de la misma. Esto cobra aún más importancia en casos de actividades prestadas por empresarios privados; no sólo por la clara

relevancia de tipo público, sino igualmente por el peligro que se realicen fijaciones arbitrarias no sólo por estar divorciadas de la realidad, sino por representar una ganancia desmedida para quien la presta en detrimento de los usuarios.

La facultad de aprobar tarifas es consecuencia de la atribución para organizar el respectivo servicio; se realiza por medio de un acto unilateral que debe ser publicado para que adquiera eficacia y en consecuencia pueda ser cobrada a los usuarios.

Si se diera la hipótesis de una fijación desmedida, irrazonable o desproporcionada, porque no corresponde al verdadero costo más un porcentaje razonable de utilidad; o, porque tome como base situaciones ficticias, se estaría en el evento del vicio de los actos discrecionales conocido como exceso de poder. Nuestra Ley General, en el artículo 16, párrafo 2, permite al juez ejercer el control respectivo sobre el acto discrecional.

II. ADMINISTRACIÓN PORTUARIA Y PRERROGATIVAS DE LA AUTORIDAD PORTUARIA

A. GENERALIDADES.

La doctrina jurídica es acorde en considerar como de dominio público las zonas dedicadas a las actividades portuarias;⁷ lo que en consecuencia determina la aplicación en cuanto a su utilización de los principios del derecho público. Originalmente, el dominio público estuvo formado por los denominados «bienes de dominio público natural» (playas, mar, etc.); sin embargo, posteriormente y, como necesidad impuesta por la situación misma de las funciones de las zonas portuarias, fue necesario incorporar a la noción otros grupos de bienes de dominio público accidental;⁸ sean los que son de dominio público natural forman los

que se denominan «dominio público marítimo». Fundamentalmente dos factores marcan el signo de dominio público de los puertos: 1) su origen como obra pública, que históricamente fue el título de intervención de la Administración estatal frente a otras administraciones locales, en cuanto a la gestión del puerto;⁹ y 2) su afectación al servicio portuario.

No obstante la afectación directa al interés público de la actividad portuaria, es lo cierto que modernamente ya no se discute sobre su utilización por los particulares; y, más bien se afirma que es susceptible de utilización económica por ser parte de la riqueza nacional. O sea, los bienes demaniales o de dominio público portuario son instrumentales, en el

⁷ Entre otros: GARRIDO FALLA, Fernando. Op. cit., p. 518; GARCÍA OVIEDO, Carlos. *Derecho Administrativo*, Madrid, 1962, p. 894.

⁸ LANDI, Guido y POTENZA, Guiseppe, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milano, 1971, p. 95.

⁹ COSCULLUELA MONTANER, Luis. *Administración Portuaria*. Madrid, 1973, p. 24.

sentido de producir una utilidad económica a su titular y, a través de ella a la colectividad entera.¹⁰

B. GESTIÓN FINANCIERA Y SU RÉGIMEN DE DERECHO PÚBLICO.

Consecuencia obligada de lo dicho líneas atrás es, la sumisión al derecho público del régimen financiero de tarifas, con base en los principios de rentabilidad razonable, tanto para la fijación como para la revisión de los precios a pagar por los servicios que la prestan.

Interesa igualmente destacar que, conforme con la Ley 5337 de 27 de agosto de 1973, mediante la cual se creó la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica, artículo 17, inciso h), corresponde a la citada institución «establecer tarifas o cánones o cobrar por los servicios que preste, previa aprobación del Poder Ejecutivo y de acuerdo con la Ley»; de igual manera, el artículo 30 indica que tales tarifas «razonablemente basadas en el costo de proporcionarlas». Tales disposiciones serán analizadas más adelante en detalle.

C. DOMINIO PÚBLICO PORTUARIO Y SERVICIO PÚBLICO PORTUARIO.

Dentro de la variada gama de las prestaciones que un puerto brinda a los particulares usuarios, interesa fundamentalmente la obra pública, el dominio público, el servicio público; y, este último, es el modo como se prestan los servicios de tráfico marítimo,

carga y descarga y, en general actividades propias de manipulación de mercancías.

La necesidad actual de los puertos ha llevado a soluciones que implican la utilización de sectores, relacionados con la actividad portuaria, para dar al puerto y a estos sectores un tratamiento de conjunto que permita la satisfacción de un cúmulo de necesidades públicas anexas a las portuarias propiamente dichas.¹¹

Los estudiosos del problema portuario han discutido a través de los años la conveniencia de que los puertos deban ser administrados por la Administración Central del Estado; o, por administraciones dotadas de autonomía (o sea que pueda darse régimen propio de normas y, de igual modo de organización administrativa); esta autonomía implica la utilización de un sistema de gestión del puerto por medio de un ente instrumental en el que haya representación de los elementos directamente involucrados, como sería el caso de cámaras empresariales, sindicatos, etc.

Ayuda de igual manera a que se logre la eficiente prestación del servicio la creación de entidades regionales, que supongan la conjunción de intereses de ámbito más amplio que el meramente cantonal; que es, justamente la hipótesis de JAPDEVA en nuestro país. De modo pues, que el modelo de gestión descentralizada de los puertos es el que aparece actualmente como más idóneo.

La doctrina del derecho administrativo contemporánea ha establecido que la utilización del dominio público a través de la concesión, cede en importancia a la concesión o, a la

¹⁰ BENVENUTI, Francesco. *Il Demani Marittimo fra passato e futuro*, en *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX*, en *Estudios en Homenaje al Profesor Enrique Sayagués Laso*, T. V., p. 142.

¹¹ Los puertos desde este enfoque moderno son verdaderas autoridades portuarias públicas que, incluso deben desarrollar económicamente la zona de influencia del puerto y, así: deben coordinar otras actividades de transporte complementarias del transporte marítimo; debe existir una zona industrial próxima que gire en torno al puerto; deben crearse zonas francas aledañas. Consecuencia de toda la argumentación hecha es que se da una clara interdependencia entre el puerto y la zona industrial complementaria.

relación de servicio en general (servicio público en manos de particulares o ejercicio privado de funciones públicas), o sea, la que permite la explotación propiamente tal de los servicios portuarios.¹²

El dominio público portuario pertenece al Estado; en consecuencia, los organismos portuarios, propiamente dichos, son administradores del mismo con prerrogativas y obligaciones especiales en cuanto a esa administración.

El dominio público comprende en términos generales todos los terrenos afectos al servicio del puerto: a las obras construidas en la zona de servicio, terrenos donde se realicen las operaciones comerciales y, terrenos de la denominada zona marítimo-terrestre.

El dominio es susceptible de dos tipos de usos: el normal o general y, el especial o privativo. El primero hace relación a los aprovechamientos generales de la zona, como sería por ejemplo el simple paso por los senderos peatonales de la misma; y, el segundo, implica la intensidad especial en el uso, como es el caso de quienes prestan servicios en la zona portuaria, y que requieren de un permiso, autorización o concesión especial para su uso. Esta segunda posibilidad la contempla la Ley Orgánica de JAPDEVA, en el artículo 6, inciso h), donde establece que tal institución tramitará las solicitudes de concesión para el establecimiento de los servicios portuarios y de transporte privados; y que corresponde al Poder Ejecutivo resolver en forma definitiva.

En cuanto al servicio público cabe anotar que su titularidad corresponde al organismo público organizador del mismo.¹³ Pero existe una variada gama de actividades cuyo desempeño se concede a particulares, como es el caso concreto de la carga y descarga de mercancías. Estas actividades, cuyo análisis en detalle se hará más adelante, han creado discusión en la doctrina en cuanto a su configuración desde el punto de vista jurídico; así, se les ha considerado verdaderos servicios públicos por unos y actividades privadas de interés público por otros.

Interesa para finalizar este punto, analizar dos disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico en la materia: a) El artículo 121, inciso 14), párrafo 4 de la Constitución Política y, b) el artículo 2 del Código Fiscal.¹⁴

1) Artículo 121, inciso 14) de la Constitución Política:

Distingue entre muelles «nacionales» y los «no nacionales» y, de igual modo de los «privados». No obstante la redacción del texto, es lo cierto que permite, sin lugar a dudas, la posibilidad de concesión de uso o «arrendamiento», como dice el texto, de muelles, siempre y cuando no estén en servicio.

Conforme a lo que por tal término entiende la respectiva doctrina, debe considerarse que «puerto» hace relación en forma principal a las obras que permiten aprovechamiento, como es el caso de las instalaciones existentes y el muelle.

La disposición que se analiza no quiso crear un monopolio público, porque habla de que los

¹² En este sentido: VILAR PALASÍ, José Luis, *vos Concesiones Administrativas*, Nueva Enciclopedia Jurídica, p. 684; ROMANO, Santi, *Frammenti de un Dizionario Giuridico*, voz Mitología Giuridica, Traducción de Sentís Melendo y Ayerra Rendí, Buenos Aires, 1964, p. 225 y ss.

¹³ En el caso del estudio que nos ocupa, el artículo 1 de la Ley Orgánica de JAPDEVA, atribuye expresamente a esta entidad la calidad administradora del Puerto de Limón y su extensión a Cieneguita, así como los puertos marítimos y fluviales de la Vertiente Atlántica.

¹⁴ El artículo 121, inciso 14), párrafo 6, establece, además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa: a) ... b) ... c) ... Los ferrocarriles, muelles y aeropuertos nacionales —estos últimos mientras se encuentren en servicio no podrán ser enajenados, arrendados, ni gravados, directa o indirectamente, ni salir en forma alguna del control y dominio del Estado—.

El artículo 2, del Código Municipal dice: "Los puertos habilitados para el comercio de altura son: en el Golfo de Nicoya, Puntarenas, y en el mar Caribe, el puerto de Limón". Posteriormente, a través de los decretos números 19 del 10 de agosto de 1939 y número 25 de 10 de julio de 1941, se habilitó, por su orden, a Quepos y Golfito como puertos de altura.

nacionales no podrán ser enajenados, gravados, arrendados, directa o indirectamente mientras estén en servicio. Así contempla esa posibilidad sólo en relación con los muelles propiedad del Estado y no lo hace en cuanto a los muelles no estatales, sean públicos o privados. —Consecuencia de lo dicho es que la norma constitucional analizada permite la existencia de muelles no estatales, privados o públicos—.

c. 2) artículo 2 del Código Fiscal.

Dentro del punto de nuestro interés, establece que el puerto de Limón está habilitado

legalmente para el comercio de altura y que es el último de la Vertiente Atlántica, ya que la creación de nuevos puertos, de acuerdo con el artículo 3 del mismo Código, debe ser objeto de creación legal.

Queda claro, entonces, que si bien el Estado es propietario de los terrenos e instalaciones de las zonas portuarias, en toda la extensión necesaria para cumplir con las finalidades y objetivos públicos impuestos, JAPDEVA es la que administra, conserva y opera la respectiva zona.

III. ASPECTOS JURÍDICOS DE LA CARGA Y DESCARGA DE MERCANCÍA EN LA ZONA PORTUARIA

A. INTRODUCCIÓN.

Las operaciones de carga y descarga, no obstante referirse dentro de la hipótesis del transporte marítimo al embarque de mercancía para su traslado por el mar, es lo cierto que se desarrollan principalmente en tierra. La doctrina jurídica respectiva, considera como actividades de carga y descarga, las siguientes: colocación de las mercancías a bordo en un buque; extracción y descenso a la tierra de la mercancía; el depósito y desalmacenaje de las mercancías previamente a su embarque y posterior a la descarga; la puesta en el muelle del cargamento transportado; las operaciones que se desarrollan en tierra de manutención; determinación de peso; separación y clasificación de mercancías; los desplazamientos de éstas dentro de la zona portuaria, en la rada del puerto para la aproximación del buque a los almacenes en tierra u otro lugar.

Es innegable la directa conexión con los intereses y necesidades públicos que estas operaciones tienen, desde que su localización está en zonas públicas, como son las zonas portuarias o, del dominio marítimo.

Al Estado le interesa que las mismas se presten eficientemente, porque es a la institución administradora de la zona portuaria

a la que correspondería ejecutarlas. Aunque, como se sabe, nada obsta para que por medio de concesión o autorización puedan realizarlas los particulares a través de empresas constituidas al efecto. Como lógica conclusión de eso, estas empresas se verán sometidas a un régimen especialmente intenso de control, justamente por desarrollar una actividad que trascienda lo meramente privado, para entrar en la órbita de lo público general.

Consecuencia de lo anterior es la intervención administrativa. Esta opera y se da fundamentalmente en dos situaciones, que a continuación se explican y analizan.

B. INTERVENCIÓN INDIRECTA.

A través de este tipo de actuación se regula el dominio público, no las actividades de carga y descarga propiamente dichas. Sin embargo, éstas en alguna medida se ven reguladas, encauzadas o restringidas, desde que el referido dominio público está directamente referido o encauzado al cumplimiento de finalidades de tipo público.¹⁵

Como se explicó ya en este estudio, en primer lugar el desarrollo de las actividades citadas implica un uso general, desde que deben, necesariamente, usarse los terrenos,

¹⁵ GONDRA ROMERO, José María. Régimen Jurídico de las Operaciones de Carga y Descarga en el Tráfico Marítimo. Madrid, 1970, p. 26.

pasajes peatonales, vehiculares, etc., de la zona portuaria. En este caso, las mismas se ven sometidas al llamado «poder de policía», que es la posibilidad que tiene la administración, por el hecho de serlo, de vigilar y ejercer los actos correspondientes, para que se dé la utilidad pública en los terrenos de dominio público portuario o marítimo.

Pero, como además, el ejercicio de las actividades en estudio reviste un uso más intenso del dominio público, como es el uso de éste para la prestación de una actividad especial de interés público, que implica un uso especial o privativo, entonces se da el supuesto de las concesiones o autorizaciones, que configuran las ya explicadas figuras de la concesión de servicio público en manos de particulares y de ejercicio privado de funciones públicas.

La Ley Orgánica de JAPDEVA contempla ambos supuestos así: el artículo 6, inciso b), le atribuye a la administración de servicios e instalaciones a su cargo; el inciso f) del mismo artículo le obliga a organizar un servicio propio de resguardo y seguridad de la zona portuaria y el artículo 17, inciso i), atribuye al Consejo Director de la Institución dar permisos de usos y prestación de servicios sobre espacios y actividades portuarias.

C. INTERVENCIÓN DIRECTA.

En esta hipótesis se da la intervención sobre las actividades en sí mismas consideradas y fundamentalmente se hace a través de la fijación de tarifas, aunque, de igual

manera, puede darse el caso de que la administración asuma en monopolio el ejercicio de esos servicios y así, ser explotada directamente por aquélla o, a través de concesión por empresas particulares de carga y descarga.¹⁶ En consecuencia, la intervención puede oscilar, desde una mera actuación ordenadora hasta una actuación política de prestación.

Esta actividad administrativa de prestación puede ser especialmente importante para la actividad administradora de los servicios, de manera que ésta se reserva el monopolio de habilitación legal para el ejercicio de esas actividades; de modo que, como se dijo, puede realizarse directamente por la administración o, por empresas concesionarias privadas.¹⁷ Esta intervención cada vez mayor de las diversas administraciones en las esferas jurídicas de los particulares, tiene en este caso justificación mayor, si se analiza el incremento del tráfico marítimo y la insuficiencia de las instalaciones portuarias por un lado; la necesidad de satisfacer finalidades y necesidades públicas, como son, en el caso concreto las de regularizar y dar eficiencia y rapidez a estas operaciones.¹⁸

D. NATURALEZA JURÍDICA.

Como se indicó líneas atrás, estas actividades mantienen dividida a la doctrina en cuanto a su naturaleza jurídica. Unos consideran que se trata de un auténtico servicio público mientras que otros opinan que son actividades privadas de interés público.

¹⁶ Como ejemplo puede citarse el artículo 111 del Codice della Navigazione de Italia, donde se impone la obligación de que cuando estas actividades se presten en régimen de empresa y por cuenta de terceros, se requiere el otorgamiento de una concesión de servicio público. De igual modo, como se explicará más adelante, la Ley Orgánica de JAPDEVA, artículos 1 - 6, inciso h) y 17, inciso i), configuran un verdadero monopolio en la prestación de esos servicios y como su consecuencia, de habilitación legal para que empresas particulares los realicen.

¹⁷ Conforme a este criterio, GONDRA ROMERO, José María, op. cit., p. 33

¹⁸ El estudio en lo referente al Derecho de la Navegación y lo referente a zonas portuarias y sus servicios conexos ha recibido especial tratamiento por parte de la doctrina italiana. Incluso, se edita regularmente una Revista de Derecho de la Navegación. Dentro de los muchos artículos interesantes sobre este tema, cito a Acquarone, *Aspetti Publicistici della disciplina delle imprese portuali*, Rivista Diritto della Navigazione, Roma, I, p. 34 y ss.

A continuación se analizarán ambas posiciones.

D.1. Servicio Público:

Supone, como ya ha quedado indicado en este estudio, el sometimiento del concesionario privado que lo presta a un régimen especial que regule la prestación de la actividad. Se indica ¹⁹ que el servicio público portuario no es sólo las operaciones de tráfico marítimo en los puertos, sino también, toda la actividad complementaria del transporte marítimo y que constituye una auténtica unidad dogmática reconocida a la categoría de servicio público.

En consecuencia, el régimen de explotación del servicio público de carga y descarga está comprendido dentro de la potestad organizativa de la administración, lo que no obsta, como ya se advirtió, para que pueda ser ejecutado por empresas particulares en régimen de concesión.

Es importante aclarar que lo indicado se refiere a la relación que se da entre el concesionario y la administración, porque cosa distinta sucede en las relaciones que se presentan entre ese concesionario y los usuarios del servicio; hipótesis esta, catalogada unánimemente por la doctrina como de derecho privado y en consecuencia regida por éste, especialmente en lo referente a los servicios de carácter industrial o comercial. ²⁰

D.2. Actividad privada de interés público:

Este criterio ha sido sostenido con vigor dentro de la doctrina española por el tratadista Gondra, ²¹ el cual indica que la actuación de la

administración, ordenadora del ejercicio de estas actividades que ejecutan los particulares, normalmente se traduce en la exigencia de una autorización previa o, la inscripción en registros especiales como habilitación para su ejercicio y una reglamentación poco más o menos intensa en la forma de ejecución de estas operaciones.

Son por tanto, dentro del criterio del citado autor, actividades privadas de interés público, cuyo ejercicio viene condicionado al cumplimiento de una serie de actos administrativos previos y sometido a una reglamentación administrativa que reviste una especial intensidad; por ejemplo, en caso de la fijación de tarifas. De modo que, dentro del criterio del autor que se cita, tal reglamentación aun siendo particularmente intensa, no es suficiente a su juicio para darle el carácter de servicio público. ²²

Sin embargo, el criterio expuesto abre la puerta y da entrada a la teoría de estas actividades como servicio público, cuando más adelante el varias veces citado tratadista acepta que existe una creciente tendencia en el derecho comparado a la institucionalización administrativa de los servicios portuarios en carga y descarga; ²³ y en cuanto a la hipótesis de gestión directa por parte de la administración o por el concesionario en régimen de monopolio sí acepta en forma clara y definitiva que se da la hipótesis de servicio público. ²⁴

En resumen, se consideran como actividades privadas de interés público, salvo que las mismas se ejerciten directamente por la administración o por el concesionario en régimen de monopolio, sea, sin que sea posible para otros la prestación del mismo servicio, por existir atribución legal expresa y únicamente en beneficio de la entidad pública respectiva.

¹⁹ COSCULLUELA MONTANER, Luis, op. cit., p. 200 y DE LAUBADERE, Andre, *Traite Elementaire de Droit Administratif*, Paris, 1968, T. III, p. 659.

²⁰ Por todos GONDRA ROMERO, José María. Op. cit., p. 136 y ss. y GARRIDO FALLA, Fernando. Op. cit., p. 427.

²¹ GONDRA ROMERO, José María, op. cit., p. 30.

²² GONDRA ROMERO. Op. cit., p. 30.

²³ GONDRA ROMERO. Op. cit., p. 33.

²⁴ GONDRA ROMERO. Op. cit., p. 128.

E. SITUACIÓN ESPECIAL DEL MUELLE DE LIMÓN DE ACUERDO CON LA SOLUCIÓN LEGAL.

La Ley Orgánica de la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollos Económicos de la Vertiente Atlántica, contiene algunas disposiciones de importancia para determinar la solución adoptada en nuestro país, en cuanto a la polémica de que se hizo mención. En efecto, el artículo 1 le confiere prerrogativas y funciones de Autoridad Portuaria y dentro de tal concepto, en forma exclusiva debe administrar y operar el puerto de Limón. El artículo 6, inciso b), en concordancia con el artículo 1 especifica aún más el concepto anterior y lo refiere a los servicios e instalaciones a su cargo. El artículo 6, inciso h), le atribuye la facultad, siempre en su concepto de actividad portuaria, de tramitar las solicitudes de concesión (que deberá otorgar el Poder Ejecutivo con recomendación de JAPDEVA) para establecer servicios portuarios en general. Finalmente, el artículo 17, inciso i), atribuye al Consejo de Administración del organismo citado el otorgamiento de permisos para la prestación de servicios y actividades portuarias, pero referidos a tres hipótesis solamente: a) caso de empresas navieras; b) de empresas aduanales; c) empresas de transporte.

En consecuencia, JAPDEVA puede conceder permisos sólo para prestación de servicios y actividades portuarias, siempre que estén destinados a las funciones propias de la empresa de transporte, aduanal o naviera (supuesto de actividades privadas de interés público). Y deberá otorgar concesión de servicio público para los demás servicios portuarios; uno de los cuales sería el de las actividades de carga y descarga.

Interesa igualmente destacar, que la Ley General de Administración Pública, complementa lo relativo a los servicios públicos, con dos disposiciones, a saber, los artículos 12 y 14. El primero, plantea la situación de servicio público que no implique el uso de potestades de imperio frente a los usuarios; caso en que el servicio se pueda prestar con la sola autorización dada al ente en la norma respectiva; y el segundo plantea la posibilidad para el ente encargado del servicio, la posibilidad de reglamentar la relación jurídica especial y ejercer vigilancia y disciplina sobre el particular que lo presta. Esta segunda situación es lo que doctrinariamente se denomina como «situación de supremacía especial».

Por tanto, existe una relación de supremacía especial y debe regirse por las reglas respectivas del derecho público; la relación que se da entre las empresas estibadoras que prestan el servicio de carga y descarga del banano en el muelle de Limón y JAPDEVA. Sin embargo, y no obstante lo anterior, es otra cosa distinta la situación que se presenta entre las empresas usuarias del servicio y las compañías estibadoras; en efecto, en este caso, se trata de una relación regida por el derecho privado. Pero, corresponde a JAPDEVA asegurar a estos usuarios que las compañías estibadoras le presten eficiente, regular y sin discriminación alguna, los servicios respectivos. Para lo cual, debe usar los instrumentos que la ley le da y los respectivos de los servicios públicos. Uno de los aspectos más importantes, y talvez el que más lo es, es la fijación de una justa retribución, para ambas partes de la relación (empresa estibadora-empresa usuaria); representada por un precio o tarifa, cuyo análisis desde el punto concreto del ordenamiento jurídico costarricense se hará de seguido.

IV. POTESTAD DE FIJACIÓN DE TARIFAS DE JAPDEVA Y SUS LÍMITES

A) NORMAS QUE DELIMITAN LA ATRIBUCIÓN.

En primer lugar interesa establecer que los siguientes artículos delimitan la potestad

tarifaria de JAPDEVA. En primer lugar el artículo 49 de la Constitución Política que vincula la actuación de la administración al fin impuesto por ley, como condición de legitimidad del acto; en segundo lugar, los artículos 1, 6, inciso b),

17, inciso h), 29 y 30 de la Ley Orgánica de JAPDEVA, que le otorgan a esta institución condición de operación de autoridad portuaria y por tanto la administración y operación del muelle, y consecuentemente los servicios e instalaciones a su cargo le atribuyen la posibilidad de cobrar tarifas, previa aprobación del Ejecutivo y finalmente le impone límites en esa fijación.

Desde la perspectiva apuntada, se dan dos requisitos en la fijación de una tarifa que conviene delimitar: a) el formal y b) el material o sustancial. El primero hace relación a la forma que debe seguirse para la aprobación de una tarifa.²⁵

Concretamente la Ley de JAPDEVA, en el artículo 17, inciso h), establece a quién corresponde establecer las tarifas... «previa aprobación del Poder Ejecutivo»; en realidad usa indebidamente la voz «aprobación», pues ésta es un acto de control, que por definición se da después de la fijación y no en forma previa como lo dice la ley. Sin embargo, el error se corrige por el artículo 29, donde estipula que JAPDEVA establecerá tarifas... «cuya aprobación final corresponderá al mismo organismo competente ...» Debe quedar claro en consecuencia, que la intervención del ejecutivo es POSTERIOR a la fijación hecha por JAPDEVA y a modo de órgano de control que puede aprobar o improbar, pero no dejar sin efecto la fijación hecha por JAPDEVA y dictar

otra en su lugar. La falta eventual de este requisito, daría lugar a la anulación del acto por vicios de forma.

Sin embargo, el punto que reviste más importancia, por la falta de criterios exactos, al estilo de los que existen en las ciencias exactas, es el relativo a los requisitos materiales, sustanciales o de fondo, que a continuación se analizarán.

B) LA FIJACIÓN TARIFARIA DESDE EL PUNTO DE VISTA SUSTANCIAL.

En páginas anteriores se analizó el principio de proporcionalidad o razonabilidad como instrumento de delimitación o freno de la fijación tarifaria.

Conviene ahora referirse a los artículos 30 de la Ley Orgánica de JAPDEVA y 11,15, 16, 17 y 18 de la Ley General de Administración Pública. Esta última admite la posibilidad de la discrecionalidad²⁶ aun en ausencia de ley, siempre que por lo menos exista una regulación mínima del sujeto y el fin y alternativamente el motivo o contenido aunque sea en forma imprecisa (artículo 11). Esta regulación, aun en forma imprecisa, debe darse dentro del respeto a las reglas elementales de la lógica, justicia y oportunidad (Principio de Razonabilidad o Proporcionalidad), y las reglas unívocas de la ciencia y la técnica, como lo incorpora al deno-

²⁵ Ver el artículo 158 de la Ley General de Administración Pública. Es importante hacer relación a la resolución de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de las quince horas del 23 de marzo de 1982, en Juicio Contencioso Administrativo seguido por Coordinated Caribbean Transport Inc. contra JAPDEVA. En el considerando V se estableció: «la citada institución incurrió en una transgresión legal que vicia de nulidad absoluta la tarifa, porque en lugar de ser fijada por la Junta Directiva ... fue puesta en vigencia por ... Asistente de la Gerencia para la Administración Portuaria, quien evidentemente no tendría facultades legales para proceder al cobro del servicio por estacionamiento. El aumento de la mencionada tarifa tampoco fue acordado en forma legal, debido a que, cuando esta se produjo —24 de mayo de 1974—, ya estaba en vigencia la Ley número 5337 del 27 de agosto de 1973, y aunque se incrementó en el precio del servicio de aparcadero que cobraba JAPDEVA fue acordado por su Junta Directiva, como era lo correcto, a tono con el mencionado inciso h) de su artículo 17, le faltó, para su bonificación, que lo aprobara el Poder Ejecutivo, conforme lo exige la citada disposición legal y esto no ocurrió ...» Como consecuencia de violaciones de tipo formal por parte de JAPDEVA, se anuló la fijación tarifaria hecha.

²⁶ La discrecionalidad es elección de comportamiento en el marco de una realización de valores: FORSTHOFF, Ernest, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, España, 1958, p.125. Nace conjuntamente de la concurrencia, en una misma situación concreta, de diversos intereses jurídicamente relevantes. FRUGONE SCHIAVONE, Héctor, *La discrecionalidad Administrativa*, Revista de la Facultad de Derecho y las Ciencias Sociales, Montevideo, 1982, p. 96.

minado «bloque de legalidad». Sólo hay discrecionalidad cuando el ordenamiento o esas reglas no indiquen una regla exacta que seguir (artículos 15 y 16). Estos son los denominados «límites internos de la discrecionalidad». Los «límites externos» son los derechos subjetivos del particular y los principios de la libertad individual. En estos supuestos, la posibilidad de que la autoridad administrativa pueda interferir la libertad privada, tiene que ser dada por norma expresa de ley (artículos 17 y 18).

El artículo 30 de la Ley Orgánica de JAPDEVA, hace ver que las tarifas deberán ser «razonablemente basadas en el costo de proporcionarlas...»; sea que, se deben ponderar todos los intereses afectados por el obrar administrativo, presente en una situación determinada, y en consecuencia, efectuar la fijación con base en los criterios previstos en el ordenamiento, y eventualmente también en las directivas de tipo general adoptadas por los órganos competentes en el sistema democrático, igualmente acordes al ordenamiento.

El ser razonablemente basada en el costo de proporcionarlas implica que debe existir una lógica en la fijación; no debe, en consecuencia, ser manifestación ilógica o irracional, que haga ver que el ente que fija la tarifa no tiene una visión clara de los fines que debe perseguir.²⁷

El concepto de «costo» comprende la inversión realizada para su prestación, lo que im-

plica, en consecuencia, que no pueden fijarse las tarifas por debajo del costo del servicio que se presta. Pero la fijación respectiva sirve de base para su cálculo, el costo de proporcionarlas; y queda a criterio del ente que fija la tarifa, reconocer un porcentaje superior para las empresas que prestan el servicio, siempre y cuando este porcentaje de más se ajuste a factores directamente relacionados con el servicio mismo. En consecuencia, corresponderá al ente que fija o establece la tarifa, estudiar detenidamente la «composición del costo», o sea, qué factores o rubros son «verdaderamente» parte del mismo y desechar los que no formen parte, por corresponder a situaciones o factores financieros de la empresa que presta el servicio, pero ajenos a éste (p. ej. eventuales donaciones o contribuciones que la empresa otorga a asociaciones, sindicatos, cooperativas, entidades de beneficencia, en general ajenos al servicio mismo; fondos para actividades deportivas).

Entonces, se aprecia que sirven de complemento al artículo 30 de la Ley Orgánica de JAPDEVA, los artículos 11, 15, 16, 17 y 18 de la Ley de Administración Pública.

De la explicación hecha se concluye que es difícil, en general, apreciar la legitimidad de una fijación tarifaria y que debe verse caso por caso, la situación que se presenta y la violación o no, a normas formales o sustanciales.

²⁷ La doctrina italiana considera como vicio lo que denomina como «ilogicidad manifiesta» o sea, un acto totalmente irracional o ilógico (p. ej. sería el caso de decretar una cuarentena total a la producción de banano de todo el país, porque en el Pacífico Sur apareció en una finca una enfermedad sin importancia). Véase al respecto, DE CESARE, Giovanni, *Problematica dell'Eccesso di Potere Amministrativo*, Padova, 1973, p. 85 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



ALGUNAS TENDENCIAS DE LA JURISPRUDENCIA EN EL DERECHO PRIVADO COSTARRICENSE

DR. VÍCTOR PÉREZ VARGAS ¹

La vieja imagen del I Ching de “el árbol sobre la montaña” nos enseña que el crecimiento de un árbol requiere sólidas y profundas raíces y que debe ser gradual. Este árbol, una vez que se ha formado, es visible desde lejos y con su presencia influye sobre todo el paisaje de la región. Pronto ustedes saldrán a la vida de la competencia profesional, por cierto bastante saturada, pero no para los mejores, para quienes —como dice el refrán— “siempre hay campo en las cumbres”. La responsabilidad más grande, tanto de estudiantes como de profesores es con el país, con la Universidad financiada con recursos públicos y, sobre todo, con nosotros mismos, sabiendo responder, mediante el estudio constante a los retos del designio profesional que hemos proyectado para nuestra vida.

El abogado que queremos formar no es un mero manoseador de códigos con fines lucrativos. Hace algunos años, ésta era una Escuela de Leyes y los graduados eran licenciados en Leyes. Hoy, el título que ustedes alcanzarán pronto es de “Licenciado en Derecho”. No se trata de un simple cambio de nombre: el Derecho es algo más que la ley; es la vida, son los intereses reales de ésta y es también la jurisprudencia, como respuesta a estos intereses y a los nuevos problemas. La experiencia jurídica es siempre más rica que cualquier sistematización legislativa. Queremos

abogados con una formación más amplia. Queremos que el estudiante comprenda que el Derecho no es solamente las leyes formales; que el Derecho es una manifestación de la cultura caracterizada por ser expresión de valores de una determinada comunidad en un determinado tiempo y lugar, que los valores jurídicos no se expresan solamente en los textos formales, sino también en la vida diaria de los Tribunales de Justicia y en la misma conducta cotidiana de las personas que, mediante la autonomía privada, introducen constantemente nuevos intereses jurídicamente relevantes dentro del Ordenamiento.

Los que inician hoy su carrera pronto oirán hablar de las fuentes del Derecho. Hoy vamos a hablar de ellas: la jurisprudencia. Para los más avanzados talvez no caiga mal un repaso sobre el tema...

**Sentidos de la expresión jurisprudencia.
Distinciones: Antecedentes y jurisprudencia.**

Antes de analizar las orientaciones jurisprudenciales concretas conviene hacer algunas aclaraciones.

Una sentencia aislada puede constituir un importante antecedente para resolver casos posteriores, pero no constituye jurisprudencia. Sin embargo, estos antecedentes, por su propio

¹ Lección inaugural. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 11 de marzo de 1998.

peso, se convierten a menudo en faro solitario pero luminoso para los demás tribunales. También el precedente aislado puede llegar a ser fuente de jurisprudencia en el sentido tradicional.

La palabra jurisprudencia tiene diversos sentidos:

1. Un sentido general es el ya usado por Ulpiano como sinónimo de Ciencia del Derecho (de lo justo y de lo injusto). Muchas facultades de Derecho del mundo se llaman Facultad de Jurisprudencia.
2. Por otro lado, se habla de jurisprudencia en relación con la reiteración de resoluciones en un mismo sentido. Dentro de esta concepción se puede hablar de la jurisprudencia de un órgano administrativo o de cualquier tribunal. Sería en este sentido jurisprudencia la rica colección de resoluciones en materia de defensa del consumidor o el conjunto de importantes resoluciones de la Defensoría de los Habitantes.
3. Hoy, sin embargo, la expresión tiene otro sentido más específico, limitado por el órgano del que emana. Constituye jurisprudencia obligatoria la reiteración de principios en las sentencias de las salas de la Corte. Esto puede enten-

derse como un volver los ojos a la manera de crear Derecho del pretor romano.

"La jurisprudencia contribuirá a informar el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezcan las salas de casación de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Plena al aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho", expresa el nuevo texto del artículo 9 del Código Civil.

"...los principios generales del Derecho y la jurisprudencia servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del Ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpreten, integren o delimiten. Cuando se trate de suplir la ausencia y no la insuficiencia de las disposiciones que regulen una materia, dichas fuentes tendrán rango de Ley...", establece actualmente el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Con esta nueva dimensión, la jurisprudencia tiene actualmente tal fuerza que su violación puede acarrear una anulación de la resolución correspondiente precisamente "por violación de jurisprudencia", como se ha aclarado.² En tales casos es posible recurrir en Casación alegando infracción de normas jurisprudenciales, siempre que la jurisprudencia invocada sea reiterada (mínimo dos sentencias concordantes) y procedente de las salas de la Corte Suprema de Justicia.³

El papel de la jurisprudencia en la transformación del Derecho

LA JURISPRUDENCIA. ESTABILIDAD Y CAMBIO

La jurisprudencia no escapa a la doble exigencia de continuidad y discontinuidad, a la necesidad de conjugar equilibradamente la preservación con la metamorfosis, la conservación con la transformación y entenderlas como estados de polaridad complementarios (representa-

dos en la Trinidad India, junto con "**Brahma**", el creador, por "**Vishnu**", el Principio Conservador y "**Siva**" el Transformador (sic), con su danza de muchos brazos). Al mismo tiempo, la jurisprudencia, es innovadora, cumpliéndose con ella la máxima china que ve la conservación y la

² Véase ZELEDÓN, Ricardo, en Revista Iustitia.

³ Véase ALBACAR, Ley de Enjuiciamiento Civil, BBV, Madrid, 1994, Tomo III, p. 482.

transformación como estados de polaridad complementarios. La jurisprudencia nos revela que el cambio es continuo y que también lo que continúa cambia y que los efectos jurídicos son las respuestas a las cambiantes exigencias, intereses, necesidades y problemas de la vida.

Es interesante observar cómo la jurisprudencia latinoamericana en general evoca a menudo los principios del Derecho Romano, preservando y continuando la tradición de nuestro subsistema latinoamericano de Derecho Comparado.

Encontramos ejemplos como el de la *Iusta causa possidendi* en relación con los antecedentes del concepto de justo título ⁴ o la referencia a la Ley Cincia (sic) del año 204 antes de Cristo, en materia de donaciones, para explicar la tendencia restrictiva. ⁵

El Derecho Romano, entendido como comunidad terminológica y de valores de muchos ordenamientos jurídicos, sigue vivo, pero transformándose en las sentencias de los tribunales.

La jurisprudencia responde a esta doble exigencia de continuidad y discontinuidad del sistema y ha sabido preservar lo valioso, transformándolo, comprendiendo que nuestro marco axiológico y conceptual es romano, pero entendiendo el Derecho Romano como un Derecho vivo, como un sistema en transformación del cual participan los países latinoamericanos y europeos continentales.

Con la jurisprudencia, el Ordenamiento da respuesta a las nuevas exigencias de la vida, sin necesidad de una continua intervención de los señores diputados..., tanto vivificando el espíritu de la ley, como creando instituciones que vienen a llenar los vacíos del Ordenamiento.

Particularmente interesante ha sido el ejemplo de nuestro Código de Familia de 1974, como

resultado de una maduración jurisprudencial de 25 años de los principios constitucionales del 49. Muchos principios que luego fueron incorporados al Código de Familia, resultaron del trabajo de la jurisprudencia. Esto ocurrió en temas tan importantes como la no discriminación en materia de filiación, tanto en materia de investigación de paternidad, mediante la ampliación del concepto de posesión notoria de estado, ⁶ como de reconocimiento de hijos, el interés prioritario de los menores, la modificabilidad de las resoluciones en materia de patria potestad ⁷ y la propiedad exclusiva de los bienes adquiridos por cada cónyuge durante la separación de hecho. ⁸ Al mismo tiempo la jurisprudencia vino a perfilar temas fundamentales de hoy, como la relevancia jurídica de la unión de hecho, considerada en otro tiempo casi diabólica y no merecedora de tutela.

Como lo afirmaba Paresce: "La más reciente sentencia incide sobre el Ordenamiento obligando al jurista a una constante e interminable reconstrucción del sistema".

Jurisprudencia, interpretación e integración del Derecho.

Es imposible para el legislador imaginar todos los posibles conflictos de la vida social. Las leyes siempre tienen vacíos, que los juristas llamamos lagunas. La ley siempre se quedará corta frente a las nuevas realidades; siempre tendrá lagunas. De ahí la importancia de la jurisprudencia como instrumento de rejuvenecimiento constante del Ordenamiento. También las lagunas pueden presentarse cuando disposiciones contradictorias de igual valor, reglas incompatibles, normas simultáneamente aplicables, se anulan recíprocamente. Se

⁴ Sentencia Nº 113 de 1981, p. 26 Jurisprudencia.

⁵ Sentencia Sala I, Nº 137-92, p. 134 Jurisprudencia.

⁶ Sentencias Nº 86 de 1952, Nº 60 de 1951, Nº 34 de 1958, Nº 133 de 1955, Nº 39 de 1959, Nº 68 de 1966, Nº 36 de 1962, Nº 104 de 1965.

⁷ Sentencias Nº 72 de 1953, Nº 132 de 1953, Nº 74 de 1955, Nº 85 de 1956, Nº 2 de 1964.

⁸ Sentencias Nº 54 de 1964, Nº 100 de 1959, Nº 110 de 1966, Nº 126 de 1967.

trata de las llamadas lagunas de colisión (Betti, Nawiaski).

Por otra parte, por más completo que fuera, el proceso de producción legislativo es lento (comisiones, debates, promulgación, publicación) y siempre irá detrás de la realidad.

El comercio internacional nos ofrece muchos ejemplos de contratos legalmente atípicos, pero socialmente típicos, verdaderas lagunas, que son hoy parte de la vida cotidiana, aunque no estén regulados en ninguna ley, como los contratos de transporte mediante contenedores, o los de franquicia comercial (para la producción de las llamadas comidas rápidas, para lavado de carros, para hotelería, envase de bebidas y

para mil cosas más), o como tantos otros contratos que son producto de la actividad creadora de la autonomía privada, que no hace mucho eran desconocidos en nuestro medio (que por cierto todos tienen nombres en inglés, como resultado de la misma globalización; Factoring, Joint Venture, Know How, Leasing, etc.). Ya en cuanto a algunos de ellos la Sala Primera ha debido manifestarse, viniendo a perfilar disposiciones precisas, que ya han tenido eco en sentencias de tribunales superiores, como es claro en materia de responsabilidad contractual del franquiciante derivada de revocación unilateral de franquicias comerciales exclusivas, con plazo y territorio definido. Este es un buen ejemplo de un antecedente aislado que ya ha orientado otras decisiones.

JURISPRUDENCIA Y PLURIDIMENSIONALIDAD DE LO JURÍDICO

La jurisprudencia puede observarse en su triple dimensión de: 1) hecho social, 2) valor y 3) norma.

1. La jurisprudencia como hecho

La jurisprudencia recoge los hechos de la vida social y los enjuicia a la luz del sistema de valores de la comunidad según cada momento histórico.

El legislador es muchas veces insensible frente a los matices y novedades de la experiencia jurídica, que no se recogen en las leyes. El juez, en cambio, está en directo contacto con el problema, con el conflicto de intereses.

Como conducta humana, la jurisprudencia es susceptible de ser medida en cierta forma y su estudio puede permitir una relativa previsibilidad en cuanto a casos nuevos no regulados en las leyes, pero sobre los que la Sala Primera ha manifestado opinión. Esta dimensión sociológica de la jurisprudencia tiene su importancia en el ejercicio profesional.

Algunas tendencias "sociologizantes" reducen el estudio del Derecho a una especie de estadística judicial. Es clara la importancia de

estudiar el Derecho viviente, pero éste tampoco es solamente la jurisprudencia.

2. La jurisprudencia como valor

Cada afirmación jurisprudencial es una toma de posición axiológica. Siempre refleja la proclamación reiterada de un valor prioritario y de un principio dentro de una determinada jerarquía axiológica.

3. La jurisprudencia como norma

La norma jurisprudencial puede formularse como una preposición condicional, compuesta de una parte condicionante y una parte condicionada.

La jurisprudencia no es el antecedente, pero tampoco es la acumulación de fallos; es más bien la reiteración de principios jurídicos de los cuales puede extraerse este juicio condicional. Ella es el resultado de un proceso de producción jurídica de normas que, pueden ser formuladas como juicios hipotéticos, con una premisa condicionante y una consecuencia jurídica condicionada, correspondientes respectivamente a hechos y consecuencias jurídicas:

Por ej.:

Cuando fuere necesario demostrar una simulación contractual, un adulterio, o vicios de la voluntad... (hecho condicionante).

Entonces puede usarse la prueba indiciaria, llamada también de presunciones de hombre (efecto condicionado).

Otro ej.:

Cuando hubiere conflicto de títulos repetidos sobre un mismo inmueble... (hecho).

Entonces debe darse preferencia al propietario que con el ejercicio de su posesión revela la actualidad de su interés jurídico.

Podría formularse todo un Código de Principios Jurisprudenciales...

Tenemos en estos ejemplos verdaderas normas jurídicas, a pesar de que los supuestos y efectos jurídicos enunciados no se encuentran en ninguna ley.

En su triple dimensión (como hecho, como valor y como norma), la jurisprudencia, más dinámica que la ley, ha venido a dar respuesta a los nuevos retos, con diversas valoraciones jurídicas que, por disposición legal, ahora son normas integrantes del Ordenamiento.

LOS APORTES JURISPRUDENCIALES

No es posible, en esta breve charla, mencionar siquiera los diversos campos donde la jurisprudencia nacional ha venido a completar nuestro Ordenamiento Jurídico. Comentaré, para ustedes, sin embargo, algunas líneas evolutivas.

Con una perspectiva que cubre los últimos cincuenta años es posible detectar —entre

otras— las siguientes orientaciones de nuestra jurisprudencia:

En algunos temas se han consolidado tendencias jurisprudenciales anteriores (a la citada reforma del Código Civil), entre ellos:

—La necesidad de concurrencia de identidad de partes, objeto y causa para que se produzca aquella losa sepulcral del proceso de que hablaba Carnelutti, la cosa juzgada.⁹

—El justo título, entendido como negocio traslativo justificante de la posesión.¹⁰

—La distinción entre Acción Pauliana y Acción de Simulación, con base en la diferencia entre invalidez e ineficacia relativa o inoponibilidad.¹¹

—La prueba, ya mencionada, mediante indicios de la simulación.¹²

—La Reivindicación entendida como acción del propietario no poseedor, contra el poseedor no propietario, reclamando la restitución del bien y sus presupuestos¹³ y, en particular, la identidad de objeto.¹⁴

—Recordemos de nuevo que en esta materia que, en el caso de títulos repetidos sobre un mismo inmueble, se ha dado preferencia a quien con el ejercicio de su actividad productiva demuestre la actualidad de su interés, en contra de las pretensiones del propietario no poseedor de título más antiguo,¹⁵ siguiendo así nuestra jurisprudencia, lo mismo que la española,¹⁶ la tesis romana de los sabinianos y no la de los proculeyanos, haciendo eco de las palabras de Pugliatti en el sentido de que "la actividad productiva es preferible sobre la simple titularidad formal".¹⁷

⁹ Sentencias de 10.30 h de 8 de junio de 1949, N° 47 de 1994, N° 22 de 1996.

¹⁰ Sentencias N° 230 de 1990, N° 63 de 1997, N° 45 de 1996.

¹¹ Sentencias N° 172 de 1992, N° 79 de 1993.

¹² Sentencias N° 26 de 1954, N° 123 de 1967, N° 125 de 1973, N° 22 de 1970, N° 106 de 1975, N° 123 de 1967, N° 172 de 1992, N° 79 de 1993.

¹³ Sentencia N° 22 de 1953 y N° 50 de 1993.

¹⁴ Sentencias N° 6 de 1982, N° 169 de 1991, N° 45 de 1996.

¹⁵ A partir de la Sentencia N° 132 de 1974, N° 50 de 1993.

¹⁶ Sentencia Tribunal Supremo Español desde 27 de noviembre de 1912.

¹⁷ PUGLIATTI, Salvatore, *La Proprietà e le Proprietà*. Giuffrè-ed. Milano, 1964, p. 267.

—Ha sido reiterada también la afirmación del criterio “de globalidad o de conjunto” en materia de interpretación contractual y el valor de los propios actos de ejecución, como interpretación auténtica.¹⁸

Hay muchos temas en los que la jurisprudencia ha afirmado principios doctrinarios:

—La distinción entre derechos reales y personales¹⁹ y las implicaciones en materia de títulos sujetos a inscripción que no se inscriban y su inoponibilidad a terceros.

—La delimitación de diversos tipos de situaciones jurídicas como las potestades y su ejercicio discrecional como libertad sin arbitrariedad, con sujeción al control jurisdiccional²⁰ y los intereses legítimos²¹ y las cargas.²²

—La determinación del concepto de orden público como Derecho Privado vinculante, que se impone sobre los contratos, por ejemplo en materia de representación de casas extranjeras,²³ inquilinato,²⁴ leyes procesales²⁵ y leyes agrarias.²⁶

—La definición de los elementos de la prescripción:²⁷ inercia, tiempo y voluntad de hacerla valer, si bien, en mi criterio, la voluntad de hacerla valer no es realmente un elemento del supuesto (lo sería también en la reivindicación, en la simulación, en casi todo lo que no sea de oficio).

—La distinción entre prescripción y caducidad,²⁸ con base en el carácter rígido y aceleratorio del plazo y el carácter infungible de la acción en la segunda.

—La definición de los elementos del contrato de sociedad: aportes, ejercicio en común de una actividad económica y fin de dividir las utilidades.²⁹

—La distinción entre sociedad de hecho y sociedad irregular.³⁰

—La teoría de la empresa.³¹

—Ha sido también mérito jurisprudencial el desarrollo de la doctrina de la accesión invertida por construcción extralimitada, con la cual se permite al edificante invasor de buena fe, obtener la propiedad, pagando la compensación correspondiente en lugar de declarar procedente las tradicionales reivindicaciones o demoliciones. Esta orientación se desarrolla a partir de un célebre voto salvado de don Fernando Coto Albán.³²

—También los conceptos clasificatorios de la teoría del negocio jurídico, impregnada de una orientación romana y napolitana, con citas de Emilio Betti y Cariota Ferrara se han convertido en una realidad jurisprudencial, a pesar de que las leyes ni siquiera mencionan el negocio jurídico.³³

—La afirmación de la indemnización extracontractual como obligación de valor³⁴ para que se reconozca el valor real y verdadero vigente en el mercado, de modo que la reparación sea integral.

¹⁸ Sentencias Nº 14 de 1959, Nº 112 de 1959, Nº 67 de 1993, Nº 3 de 1995 y Nº 7 de 1997.
¹⁹ Sentencias Nº 95 de 1968, Nº 60 de 1991, Nº 84 de 1992, Nº 60 de 1991, Nº 37 de 1996.

²⁰ Sentencia Nº 19 de 1997.

²¹ Sentencia Nº 28 de 1996.

²² Sentencia Nº 33 de 1995.

²³ Sentencia Nº 51 de 1992.

²⁴ Sentencia Nº 13 de 1995.

²⁵ Sentencia Nº 108 de 1992.

²⁶ Sentencia Nº 80 de 1990.

²⁷ Sentencias Nº 120 de 1992, Nº 19 de 1995 y Nº 3 de 1997.

²⁸ Sentencia Nº 43 de 1997.

²⁹ Sentencias Nº 50 de 1983, Nº 351 de 1990, Nº 69 de 1994.

³⁰ Sentencia Nº 364 de 1990.

³¹ Sentencia Nº 7 de 1994, p. 65 Jurisprudencia.

³² Sentencias Nº 104 de 1971, Nº 141 de 1981, Nº 183 de 1991, p. 74 Jurisprudencia.

³³ Sentencia Nº 111 de 1996.

³⁴ Sentencias Nº 108 de 1992 y Nº 106 de 1994.

—Se han producido nuevas ampliaciones de criterio en cuanto al daño moral, ³⁵ abriéndose ampliamente el fértil campo de los derechos de la personalidad cuando son conculcados. ³⁶

Doctrina y jurisprudencia:

Si bien es cierto que la jurisprudencia se apropia de la doctrina, al igual que el legislador, la convierte en norma, sin importar su origen, la verdad es que abundan en los fallos las citas de doctrina. A menudo aparecen autores como Stolfi, Ferrara, Cámara, Betti, Planiol, Carbonnier, Díez Picazo, Alterini, Albaladejo, Puig Brutau, Hernández Gil, Duque Corredor, Alberto Brenes Córdoba, Francisco Luis Vargas Soto, Rodrigo Barahona y Diego Baudrit Carrillo citados en los fallos. El Magistrado Zeledón ha hablado de las fuentes doctrinales de la jurisprudencia.

Los ejemplos abundan:

—Otro mérito de nuestra jurisprudencia reciente es el énfasis en postulados real objetivos (sic) y el haber dado respuesta a muchas situaciones más con base en valores, que en conceptos. Se encuentra aquí la huella de Ihering y de la jurisprudencia de intereses. Así ocurre en materia de acción reivindicatoria en el supuesto ya comentado.

—La distinción entre norma y artículo (un antecedente). No hay duda que esta distinción refleja conocimientos profundos de eficacia jurídica. ³⁷

—Se habla ya de Capacidad Jurídica y Capacidad de actuar, ³⁸ a pesar de las deficiencias de nuestro Código.

—Se ha ampliado el campo de la anulabilidad por falta de capacidad cognoscitiva y volitiva. ³⁹

—Se perfila cada vez mejor la distinción entre rescisión, resolución e invalidez (tema en el que tradicionalmente hubo siempre gran confusión).

Los aportes frente a la nueva tecnología:

—“el telex es considerado un medio científico de prueba, no obstante el texto legal no le asigna un valor legal específico como sí lo hace con otros elementos probatorios tasados... por lo que su valoración se debe hacer siguiendo las reglas del sano entender”. Lo mismo se afirmó aplicable al fax y al correo electrónico, en correspondencia con el nuevo dinamismo de las prácticas mercantiles. ⁴⁰

Los aportes en cuanto a los nuevos contratos:

Contratos de adhesión. Hay resoluciones en materia de cláusulas abusivas. ⁴¹

Venta de condominios:

Se ha afirmado el inicio del régimen desde la primera venta ⁴² “pues vendido uno solo de los pisos o locales, desde ese momento el régimen de propiedad horizontal comienza a producir plenos efectos”.

³⁵ A partir de la importante sentencia N° 7 de 1970, N° 114 de 1979, N° 49 de 1987, N° 22 de 1989, N° 112 de 1992, N° 99 de 1995, N° 1 de 1996.

³⁶ Sentencia N° 84 de 1993.

³⁷ Sentencia N° 6 de 1993.

³⁸ Sentencia N° 122 de 1991.

³⁹ Sentencias N° 174 de 1990, N° 175 de 1991, N° 122 de 1991, N° 16 de 1993.

⁴⁰ Sentencia N° 28 de 1995.

⁴¹ Sentencia N° 65 de 1996.

⁴² Sentencia N° 245 de 1990.

Hay nuevas luces en el campo del incumplimiento en la venta de propiedad horizontal.⁴³

Otros temas tratados han sido:

Suministro⁴⁴

Leasing⁴⁵

Franchising (o franquicia comercial)

Existe un importante antecedente,⁴⁶ (basado expresamente en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) que ya ha sido citado por tribunales superiores civiles.⁴⁷

Otros temas donde se han dado nuevas soluciones —reiteradas—:

—Durante muchos años se discutió si el requerimiento hecho por el acreedor debía ser notificado al deudor para interrumpir la prescripción. Hoy, la jurisprudencia, apartándose del criterio de la antigua Sala de Casación⁴⁸ afirma tal necesidad de notificación al deudor de la interpelación judicial gestada por el acreedor, para los efectos de interrumpir la prescripción. Se ha venido estableciendo, ya en diversos fallos recientes, el carácter *recepticio* de las notificaciones, lo cual significa que adquieren eficacia a partir del momento en que llegan a posibilidad de conocimiento por el destinatario.⁴⁹

En otros casos, las soluciones judiciales han afirmado nuevos valores:

—Por ejemplo: Los recursos naturales y el ambiente sano.⁵⁰ El cuadro constitucional ha sufrido una profunda evolución. "Ahora se consagra expresamente el derecho al ambiente sano y ecológicamente equilibrado... En tal virtud... constituye un verdadero derecho

humano. Se le ubica dentro de los derechos de solidaridad, o derechos humanos de la tercera generación".

Muchos otros temas podrían ser mencionados, dentro de las tendencias a la superación del formalismo, hacia un mayor acercamiento con los intereses reales no basado exclusivamente en el conceptualismo y en el mecanicismo silogístico tradicional, en el cual el juez, que conocía las leyes, subsumía los hechos pertinentes, reduciéndose su función a aplicar una regla abstracta a un caso concreto. Frente a esa aplicación mecánica comienza a desarrollarse todo un movimiento, especialmente en los años sesentas, bajo el liderazgo de magistrados como don Fernando Coto Albán, don Ulises Odio Santos, don Édgar Cervantes y don Juan Jacobo Luis, que afirma la necesidad de analizar constantemente los intereses reales y de verlos en su dinámica evolutiva, para no caer en interpretaciones meramente literales, insuficientes frente a los requerimientos de la transformación. La propia Sala Primera ha reafirmado recientemente su función creadora⁵¹ por medio de la llamada analogía iuris, contribuyendo así al desarrollo progresivo de las normas y a su adaptación a las nuevas situaciones.

Las limitaciones de la jurisprudencia:

Es clara la relevancia de la jurisprudencia, su carácter de fuente, su jerarquía y su importancia en el proceso de transformación del Ordenamiento Jurídico. Sin embargo, su papel debe relativizarse en los siguientes términos:

No es suficiente el estudio de la jurisprudencia para entender el Derecho. Muchas escuelas de Derecho enfatizan excesivamente el método del casuismo probabilístico. Es cierto

⁴³ Sentencia N° 94 de 1996.

⁴⁴ Sentencia N° 365 de 1990.

⁴⁵ Sentencia N° 163 de 1992.

⁴⁶ Sentencia N° 73 de 1996.

⁴⁷ Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, N° 294 de 1996. Cas. N° 49 de 1978.

⁴⁸ Sentencias N° 120 de 1992, N° 41 de 1994, N° 28 de 1995, N° 119 de 1996.

⁴⁹ Sentencia N° 101 de 1996.

⁵¹ Sentencia N° 52 de 1993.

que este método prepara al estudiante para el ejercicio profesional, pero si es casi exclusivo como método, como lo es en algunas escuelas norteamericanas, más bien deforma al estudiante al mostrarle solamente una de las facetas del ordenamiento, porque la jurisprudencia revela solamente parte de los valores jurídicos que se afirman diariamente.

Toda la zona de normalidad, no de patología, contratos que se cumplen (que evidentemente son muchos más que los que se incumplen), derechos que se respetan, potestades que se ejercitan debidamente... todo esto queda por fuera de la jurisprudencia y, sin embargo, esta conducta social no conflictiva ha sido siempre creadora de instituciones jurídicas, como lo ha demostrado la doctrina del Derecho de los Particulares en Italia y como lo ha demostrado la Lex Mercatoria del Comercio Internacional, que desde la Edad Media ha sido producto de las costumbres de los propios comerciantes, con cortes propias de solución de diferencias y lo sigue siendo.

Por otro lado, no toda la zona patológica pasa a formar parte de los anales jurisprudenciales:

a. Muchos asuntos de cuantía mínima jamás son llevados a los tribunales. El costo sería demasiado.

b. Tampoco los grandes negocios del comercio internacional son confiados a los tribu-

nales. Prácticamente en casi todo contrato importante de fideicomiso, de seguro, de reaseguro, de fletamento, de transporte, de distribución, de agencia comercial, con o sin representación... podemos encontrar una cláusula especial, llamada cláusula compromisoria, por la cual las partes se comprometen a formalizar un contrato de compromiso arbitral en el caso de que surja un conflicto, en lugar de acudir a los tribunales. Si el conflicto es por ejemplo, de seguros marítimos o de transporte marítimo internacional de carga, las partes prefieren poner el asunto en manos de un profesional en esa materia y no en las de un juez de la República que normalmente tampoco tiene formación en Derecho Marítimo y podría hasta confundir la proa con la popa y estribor con babor.

En otras palabras, los grandes negocios no aparecen en los registros jurisprudenciales. Todos ellos tienen un mecanismo arbitral de solución de conflictos.

Esta observación es particularmente importante en esta época de ruptura de paradigmas tradicionales y de aparición de modelos globalizantes que trascienden los ordenamientos jurídicos nacionales. El profesor Bergman de Harvard ha hablado de la transnacionalidad de esta nueva Lex Mercatoria.

Estos pocos ejemplos nos muestran la importancia relativa de la jurisprudencia.

CONCLUSIONES:

No quiero concluir sin realizar algunas observaciones generales:

En relación con el estudio del Derecho:

Los que hayan tenido que engomarse las manos haciendo ficheros de Derecho Privado saben que es imposible tener una visión poco más o menos completa de un tema cualquiera, si no se revisa la jurisprudencia sobre él.

En todos los cursos debe procederse al análisis sistemático de la jurisprudencia relativa a los temas del programa. Sólo así estaríamos

dando a nuestros estudiantes una visión integral, no meramente legalista, de lo jurídico.

Cabe destacar el esfuerzo por recopilar y organizar la jurisprudencia realizado por algunas cátedras, siendo en esto pionera la de Penal. También cabe reconocer el mérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas en esta materia. Sí creo conveniente insistir en profundizar y ampliar estas iniciativas, para que, talvez algún día, todas las cátedras tengan su propia antología de jurisprudencia, como necesario complemento práctico de la teoría jurídica.

En relación con la práctica del Derecho.

No olvidemos que si estamos frente a un caso cualquiera por debatir o resolver, es necesario acudir al examen de situaciones semejantes ya resueltas.

El precio de no hacerlo es incurrir en malpraxis profesional, por impericia, la cual genera, como ustedes saben, responsabilidad civil para el abogado. Moraleja: "para ser buenos abogados tienen que seguir siendo buenos estudiantes una vez graduados".

El Derecho es algo más que la Ley escrita. La jurisprudencia, como quiera se entienda, es actividad de creación jurídica y su estudio es indispensable en la formación y en la actividad profesional. Con el estudio de la jurisprudencia podremos acercarnos a la verdadera experiencia jurídica, conocer las situaciones conflictivas,

saber cuáles son los hechos jurídicamente problemáticos, detectar los intereses merecedores de tutela y los valores reales en la vida social. Ninguna investigación jurídica es completa si falta en ella la jurisprudencia sobre el tema. Sin embargo, "el Derecho no es solamente lo que los jueces digan que es". No es posible circunscribir el estudio del Derecho, como se hace en otras latitudes, a la estadística judicial, con fines premonitorios.

Hay una amplia zona de lo jurídico que no llega nunca a los tribunales. Su estudio, sin embargo, puede revelar los verdaderos y auténticos valores de la comunidad: los que realmente se practican en la vida, sin conflicto, los que constituyen las pautas efectivas de nuestras vivencias compartidas y de nuestras comunes aspiraciones.
